

ifst

Institut Finanzen und Steuern

Überlegungen zur Reform  
der Hinzurechnungsbesteuerung

Prof. Dr. Florian Haase, M.I.Tax

In Medienkooperation mit

**DER  
BETRIEB**

**Zitiervorschlag:**

*Haase*, ifst-Schrift 521 (2017)

ISBN: 978-3-89737-181-1

15,00 Euro inkl. USt. zzgl. Versandkosten

© Institut Finanzen und Steuern e.V.

Gertraudenstraße 20, 10178 Berlin

In Medienkooperation mit DER BETRIEB

Einzelbezug über [www.der-betrieb-shop.de/ifst](http://www.der-betrieb-shop.de/ifst)

E-Mail: [kundenservice@fachmedien.de](mailto:kundenservice@fachmedien.de)

Tel.: (0800) 0001637; Fax: (0800) 0002959

Abonnenten von DER BETRIEB wird ein Rabatt in Höhe  
von 20 % eingeräumt.

ifst

Institut Finanzen und Steuern

# Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung

RA/FAStR Prof. Dr. Florian Haase, M.I.Tax

HSBA Hamburg School of Business Administration  
und  
Rödl & Partner, Hamburg

In Medienkooperation mit

**DER  
BETRIEB**

Das Institut Finanzen und Steuern überreicht Ihnen  
die ifst-Schrift 521:

## **Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung**

Die Hinzurechnungsbesteuerung weist eine hohe Praxisrelevanz auf – einerseits aufgrund ihres prohibitiven Charakters, andererseits aufgrund der Vielzahl unentdeckter Anwendungsfälle und der daraus folgenden Nähe zur Steuerhinterziehung. Tatsächlich kennen viele Steuerpflichtige die mit den §§ 7 ff. AStG einhergehenden Konsequenzen sowie die daraus resultierenden steuerlichen Verpflichtungen nicht; es besteht kaum Planungssicherheit.

Dies liegt insbesondere darin begründet, dass das Gesetz in seinen Kernaussagen seit der Einführung 1972 im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Tiefgreifende Änderungen des Wirtschaftslebens sind im Gesetzestext nicht reflektiert worden, und nahezu jedes Tatbestandsmerkmal ist in erheblichem Maße streitbefangen, sei es aufgrund des unpräzisen Wortlauts im Allgemeinen, sei es aufgrund überschießender Tendenzen im Besonderen. Dass es nahezu keine Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex gibt, erleichtert die Rechtsanwendung ebenfalls nicht, und wenn doch ausnahmsweise – sogar höchstrichterliche – Rechtsprechung zu Grundsatzfragen ergeht wie jüngst zur Gewerbesteuerfreiheit des Hinzurechnungsbetrags, wirft dies weitere Fragen auf.

Zum 1.1.2019 nun besteht Handlungsbedarf, denn die gemeinschaftsrechtliche Anti-Tax-Avoidance-Directive I muss in nationales Recht umgesetzt werden. Die Auswirkungen dessen werden sich zwar eher in Grenzen halten, aber es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die historische Chance nutzt, die Hinzurechnungsbesteuerung einer grundlegenden Reform zu unterziehen, um diesen Regelungskomplex praktikabler, folgerichtiger, zielgenauer, nachvollziehbarer und nicht zuletzt gemeinschaftsrechtskonform zu gestalten. Die ifst-Schrift soll hierzu Anregungen geben.

Institut Finanzen und Steuern  
*Prof. Dr. Johanna Hey*

Berlin/Köln, im November 2017

# Inhaltsverzeichnis

<b>Das Wichtigste auf einen Blick</b> .....	11
<b>I. Ausgangslage</b> .....	14
1. Vorbemerkung .....	14
2. Gang der Untersuchung .....	17
3. Grundkonzeption der Hinzurechnungsbesteuerung.....	17
4. Historie.....	22
5. Standortbestimmung.....	25
a. Überschießende Tendenzen .....	25
b. Überkommene wirtschaftliche Vorstellungen.....	27
c. Strukturelles Vollzugsdefizit.....	28
d. Gewerbesteuer .....	29
e. „Strafbesteuerung“ .....	31
f. Unbestimmte Rechtsbegriffe .....	33
g. Nahezu keine Gestaltungsanfälligkeit.....	35
h. Treaty override.....	36
i. Komplexität .....	38
j. Inkonsistenz von AStG und AEASTG .....	39
k. Gegenwärtiges steuerpolitisches Umfeld .....	42
<b>II. Lehren aus Cadbury Schweppes</b> .....	46
1. Allgemeines.....	46
2. Der Begriff des Missbrauchs .....	50
a. Verhältnis zu § 42 AO.....	50
b. Genuin europäischer Missbrauchsbegriff .....	52
3. Offene Fragen .....	56
a. Größenklassen .....	57
b. Bereichsausnahmen.....	57
c. Verwaltung von Wirtschaftsgütern.....	57
d. Outsourcing .....	58
e. Drittstaatenfälle .....	64
f. Beweislastfragen .....	66
g. Ausländische Betriebsstätten und Personengesellschaften .....	66

<b>III. BEPS-Aktionspunkt 3</b> .....	68
1. Allgemeines .....	68
2. Empfehlungen der OECD .....	70
a. Definition einer Zwischengesellschaft .....	70
b. Eintrittsschwelle in die Hinzurechnungsbesteuerung .....	71
c. Definition der Beherrschungsbeteiligung .....	71
d. Definition der Zwischeneinkünfte .....	72
e. Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags .....	74
f. Zurechnung des Hinzurechnungsbetrags .....	74
g. Regelungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung .....	74
3. Konsequenzen für Deutschland .....	74
<b>IV. ATAD I</b> .....	76
1. Allgemeines .....	76
2. Überblick .....	77
3. Vorgaben und Grenzen:	
Die Bedeutung des Mindeststandards .....	79
4. GAAR .....	80
<b>V. Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung</b> .....	83
1. Inländerbeherrschung .....	83
a. Allgemeines .....	83
b. Wesentliche Kritikpunkte .....	86
aa. Klein- und Kleinstbeteiligungen .....	86
bb. Kein Näheverhältnis erforderlich .....	87
cc. Steuerfolgen ohne aktives Handeln .....	87
dd. Berücksichtigung von im Ausland verwirklichten Tatbestandsmerkmalen .....	88
ee. Doppelansässige Gesellschafter und doppelansässige Zwischengesellschaften .....	89
ff. Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen .....	89
gg. Über Personengesellschaften gehaltene Beteiligungen .....	90
hh. Zurechnung weisungsgebundener Anteile .....	92
c. Sonderfall Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter .....	93
aa. Allgemeines .....	93
bb. Wesentliche Kritikpunkte .....	95
aaa. Verzicht auf Beherrschungsbeteiligung .....	95

bbb. Reichweite des Verweises auf Beteiligung an der Zwischengesellschaft unklar . . . . .	96
ccc. Offene Fragen des § 7 Abs. 6 S. 2 AStG . . . . .	97
ddd. Offene Fragen des § 7 Abs. 6 S. 3 AStG . . . . .	98
eee. Definition der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter . . . . .	99
d. Vorgaben der ATAD I . . . . .	101
aa. Bestimmung des Hinzurechnungsverpflichteten . . . . .	101
bb. Bestimmung der Beherrschungsbeteiligung. . . . .	103
e. Bewertung . . . . .	105
2. Passive Einkünfte . . . . .	108
a. Allgemeines . . . . .	108
b. Regelungstechnik im Detail . . . . .	112
aa. Regel: Aktive Tätigkeit. . . . .	112
bb. Ausnahme: Konzerninterner Handel („soweit nicht“) . . . . .	113
cc. Rückausnahme: Funktionsnachweis („es sei denn“) . . . . .	115
c. Wesentliche Kritikpunkte . . . . .	119
aa. Allgemeines. . . . .	119
aaa. Kein systematisches Anknüpfungskonzept erkennbar . . . . .	119
bbb. Komplexität und Ungenauigkeit der Normen. . . . .	120
ccc. Verhinderung von Innovation . . . . .	120
ddd. Beweislastumkehr . . . . .	121
eee. Segmentierung von Einkünften . . . . .	122
fff. Funktionale Betrachtungsweise . . . . .	123
ggg. Reichweite der Mitwirkungstatbestände . . . . .	124
bb. Ausgewählte Einkunftstatbestände des § 8 Abs. 1 AStG . . . . .	125
aaa. § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG . . . . .	125
bbb. § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG . . . . .	126
ccc. § 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG . . . . .	127
ddd. § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG . . . . .	128
eee. § 8 Abs. 1 Nr. 9 und 10 AStG . . . . .	129
d. Vorgaben der ATAD I . . . . .	129
aa. Allgemeines. . . . .	129

bb.	Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I . . . . .	130
aaa.	Passivkatalog . . . . .	130
bbb.	De-Minimis-Regelung . . . . .	130
cc.	Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I . . . . .	131
aaa.	Principle Purpose Test . . . . .	131
bbb.	De-Minimis-Regelung . . . . .	132
e.	Bewertung . . . . .	133
3.	Niedrigbesteuerung . . . . .	136
a.	Allgemeines . . . . .	136
b.	Wesentliche Kritikpunkte . . . . .	138
aa.	Konzeptionell fragwürdige Niedrigsteuergrenze . . . . .	138
bb.	Effektive Steuerbelastung . . . . .	139
cc.	§ 8 Abs. 3 S. 2 AStG . . . . .	140
c.	Vorgaben der ATAD I . . . . .	141
d.	Bewertung . . . . .	142
4.	Ausnahme: Substanztest . . . . .	144
a.	Wesentliche Kritikpunkte . . . . .	144
b.	Vorgaben der ATAD I . . . . .	145
c.	Bewertung . . . . .	145
<b>VI.</b>	<b>Rechtsfolge der Hinzurechnungsbesteuerung . . . . .</b>	<b>147</b>
1.	Allgemeines . . . . .	147
2.	Wesentliche Kritikpunkte . . . . .	151
a.	Anwendung des deutschen Steuerrechts . . . . .	151
b.	Ausschluss steuerlicher Vergünstigungen . . . . .	152
c.	Drohende Doppelbesteuerung . . . . .	153
d.	Keine Verlustberücksichtigung . . . . .	154
e.	Teilabzugsverbot . . . . .	155
f.	Bilanzierungsfragen . . . . .	155
3.	Vorgaben der ATAD I . . . . .	156
a.	Hinzurechnungsbesteuerung . . . . .	156
b.	Berechnung der einzubeziehenden Einkünfte . . . . .	157
aa.	Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I . . . . .	157
bb.	Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I . . . . .	159
cc.	Zeitpunkt der Hinzurechnung . . . . .	159
dd.	Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei Ausschüttung . .	160

ee. Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei Veräußerungen.....	160
ff. Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei ausländischer Steuer.....	161
4. Bewertung.....	161
<b>VII. Sonderfälle.....</b>	<b>164</b>
1. Sonderfall: Betriebsstätte.....	164
a. Allgemeines.....	164
b. Wesentliche Kritikpunkte.....	164
c. Vorgaben der ATAD I.....	166
d. Bewertung.....	167
2. Sonderfall: Nachgeschaltete Zwischengesellschaften.....	168
3. Sonderfall: Investmentfonds und AStG.....	169
4. Sonderfall: REIT und AStG.....	171
<b>VIII. Bewertung und Ausblick.....</b>	<b>173</b>
1. Auflösung des steuerpolitischen Polylemmas?.....	173
2. Forderungen an den Steuergesetzgeber.....	177
a. Beschränkung auf Missbrauchstatbestände.....	177
b. Beschränkung auf den betrieblichen Bereich.....	180
c. Beschränkung auf Zwischengesellschaften.....	180
d. Anwendung von Verrechnungspreisregeln für Beziehungen zum Inland.....	181
e. Erstreckung des Substanztests auch auf Drittstaaten.....	181
f. Anpassung der Niedrigsteuergrenze.....	182
g. Anpassung der Freigrenze.....	182
h. Ausnahme bei beschränkter Steuerpflicht.....	182
i. Übergang zum Passivkatalog.....	183
j. Vermeidung von Doppelbesteuerungen.....	183
k. Vollständige Umsetzung der Cadbury Schweppes-Vorgaben...	184
<b>Literaturhinweise.....</b>	<b>185</b>



## Das Wichtigste auf einen Blick

Die sog. Hinzurechnungsbesteuerung soll endlich reformiert werden – ein (bislang nicht öffentlich zugängliches) Eckpunkte-Papier der Außensteuerreferatsleiter liegt bereits vor, welches dann letztlich „nur noch“ in den notwendigen politischen Willen übersetzt werden muss. Verständlich ist das Ansinnen zunächst im Grundsatz. Seit 1972 ist das Außensteuergesetz in seinen zentralen Punkten unverändert, es hat mit wesentlichen wirtschaftlichen Entwicklungen wie z.B. einer arbeitsteiligen, geschweige denn digitalen Wirtschaft nicht Stand gehalten.

Rechtlich verpflichtend besteht Änderungsbedarf – jedenfalls im Detail – aufgrund der jüngsten Vorgaben der gemeinschaftsrechtlichen Anti-Tax-Avoidance-Directive I, die (auch) in Umsetzung des BEPS-Aktionspunkts 3 nunmehr einen europaweiten Mindeststandard für CFC-Regeln vorgibt. Aufgrund des Art. 3 der Richtlinie, der schärfere Vorschriften der Mitgliedstaaten zulässt, steht jedoch zu befürchten, dass Deutschland „cherry picking“ betreiben könnte: Ein Beibehalten der gegenwärtigen Gesetzesfassung de lege lata einerseits hier und andererseits die Implementierung der Richtlinienvorschriften dort, wo sie über die aktuelle Gesetzeslage hinausgehen (etwa im Bereich der Definition der Inländerbeherrschung, die nach der Richtlinie in bestimmten Konstellationen auch auf eine „Ausländerbeherrschung“ auszudehnen ist). Weiteren Änderungsbedarf veranlasste zudem der BFH, indem er in der m.E. systematisch verfehlten Entscheidung I R 10/14 den Hinzurechnungsbetrag der Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 3 GewStG unterwarf und an anderer Stelle (I R 84/15) eine wegen § 8b Abs. 5 KStG eintretende Doppelbelastung auf tatsächlich ausgeschüttete Dividenden einer Zwischengesellschaft akzeptiert hat.

Abseits dessen ist sachlicher Anlass zur Änderung des AStG und v.a. auch des begleitenden AEASTG allemal gegeben und hätte steuerpolitisch längst adressiert werden müssen. Die Liste der systematischen Ungereimtheiten und praktischen Schwierigkeiten innerhalb der §§ 7 ff. AStG ist lang: Die Definition der sog. Inländerbeherrschung muss überarbeitet werden, u.a. weil der Steuerpflichtige bei Unkenntnis über andere Anteilseigner oft im Unklaren über seine Pflichten nach § 18 AStG bleibt – ganz abgesehen davon, dass auch die materielle Rechtsfolge zweifelhaft ist. Klein- und Kleinstbeteiligungen jenseits jedweden Missbrauchscharakters gehören aus dem Tatbestand ausgeschlossen.

Bei sog. nachgeschalteten Zwischengesellschaften ist die Berechnung der Beherrschungsbeteiligung bzw. die Zurechnung von Zwischeneinkünften zumindest klarstellungsbedürftig – im Wege einer teleologischen Reduktion wird man wohl richtigerweise eine durchgerechnete quotale Beherrschung ausreichen lassen müssen. Der Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG ist ein Relikt aus dem vergangenen Jahrhundert und muss ebenfalls grundlegend reformiert werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der sog. Mitwirkungstatbestände, die besonders aus der Zeit gefallen sind. Und schließlich ist die Grenze zur Niedrigbesteuerung (derzeit 25 % effektive Steuerbelastung) zu überdenken, weil nach dem gegenwärtigen Maßstab Deutschland selbst als Niedrigsteuerland qualifiziert.

Überdies ist zu konstatieren, dass die Vorgaben des EuGH-Urteils in der Rs. *Cadbury Schweppes* vom 12.9.2006 trotz des § 8 Abs. 2 AStG immer noch nicht hinreichend umgesetzt worden sind. Wichtige Fragestellungen sind höchstrichterlich noch nicht geklärt: Gibt es Bereichsausnahmen für den Substanztest oder muss die Zwischengesellschaft eine gewisse Größe erreichen, um in den Genuss der Entlastungsmöglichkeit zu gelangen? Begründet die Verwaltung eigener Wirtschaftsgüter (etwa Lizenzverwertung) eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit? Sind outgesourcte Tätigkeiten für Zwecke des § 8 Abs. 2 AStG wie originäre wirtschaftliche Tätigkeiten der Zwischengesellschaft anzusehen? Für § 8 Abs. 1 AStG immerhin ist dies bereits im bestätigenden Sinne geklärt.

Die Steuerpflichtigen werden schließlich mit den Auswirkungen des § 7 Satz 7 GewStG in der Fassung des „BEPS-Umsetzungsgesetzes I“ noch zu kämpfen haben. Die Vorschrift ist sprachlich und inhaltlich verunglückt. Die gesetzgeberische „Korrektur“ der fiskalisch unerwünschten BFH-Rechtsprechung gehört systematisch allein in den § 10 AStG, und dass durch die Norm, wie mancherorten schon befürchtet wurde, sogar eine Fiktion einer inländischen Betriebsstätte begründet werden könnte, wo nicht einmal ein inländischer Gewerbebetrieb besteht (etwa bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften), wird gerichtlich (hoffentlich) kaum gehalten werden.

In diesem Spannungsfeld befindet sich der Gesetzgeber bei der notwendigen Neuregelung, die er bis zum 31.12.2018 vorzunehmen hat, zumal er auch die berechtigten Interessen des Steuerpflichtigen nach Rechts- und Planungssicherheit sowie die eigenen fiskalischen Interessen zu berücksichtigen hat. Es bleibt zu hoffen, dass er „Maß und Mitte“ findet und nicht mit noch mehr überschießenden Tendenzen reagiert, die bereits jetzt schon die §§ 7 ff. AStG beherrschen.

Dazu gehört insbesondere eine sorgfältige Analyse der o.g. Richtlinie, aus der keine voreiligen Schlüsse gezogen werden sollten, zumal die Richtlinie selbst an allerlei Ungereimtheiten krankt. Sie ist sprachlich (beispielsweise durch unsinnige Wortneuschöpfungen wie „Abrechnungsunternehmen“) und inhaltlich (beispielsweise durch die fragwürdige Gleichsetzung von Körperschaften und Betriebsstätten in Tatbestand und Rechtsfolge) wahrlich kein Meisterstück. Gute Gesetzgebung bzw. „Regelungsgebung“ braucht bekanntlich Zeit, und diese Zeit hat sich die EU aus nicht erklärlichen Gründen nicht genommen. Das merkt man der Richtlinie auch an. Die Umsetzungsfrist sollte daher ausgeschöpft werden, um weitere systematische Unzulänglichkeiten zu vermeiden, einen sauberen Abgleich mit der bestehenden Rechtslage herauszuarbeiten und die bislang hinlänglich erkannten und in dieser Schrift nochmals adressierten systematischen Fehler einer Lösung zuzuführen.

Dividenden etwa werden in der Richtlinie, anders als in § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG, einerseits als passiv definiert (wohl aufgrund der Tatsache, dass nach der Richtlinie nur nicht ausgeschüttete Einkünfte der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen), andererseits fehlt eine Regelung über nachgeschaltete Zwischengesellschaften und insbesondere eine Regelung zur Vermeidung der Doppelbesteuerung bei konkurrierenden CFC-Regeln mehrerer Staaten. Das mutet seltsam an und bedarf einer „praktischen Konkordanz“. Der damit schon angesprochene Passivkatalog hingegen ist aus Gründen der Anwenderfreundlichkeit zu begrüßen, auch wenn die Systematik der Umsetzung in der Richtlinie nicht festgelegt und daher auch ein Festhalten an dem bisherigen deutschen Aktivkatalog möglich erscheint. Wünschenswert wäre es insgesamt, allein den Mindeststandard der Richtlinie umzusetzen und alle bisherigen, schärferen Besteuerungsregeln (z.B. für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter) entsprechend zurückzuschneiden. Der im BEPS-Projekt sorgfältig verhandelte Konsens innerhalb der Staatengemeinschaft hat gezeigt, dass hierfür aus globaler Perspektive kein Bedürfnis besteht.

Dem Vernehmen nach soll in der Hinzurechnungsbesteuerung insgesamt „kein Stein auf dem anderen bleiben“. Dies ist für die Kommentatoren des AStG bedauerlich, für die Steuerpflichtigen hingegen hoffentlich von Vorteil, nur: „Die Botschaft hör ich wohl, allein mir fehlt der Glaube“ (*Goethe*, Faust. Der Tragödie erster Teil, 1808. Nacht, Faust mit sich allein).

# I. Ausgangslage

## 1. Vorbemerkung

Spätestens mit Ergehen des EuGH-Urteils in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>1</sup> musste man die §§ 7 ff. AStG im Grunde für eine passagere Erscheinung halten – das Gegenteil hat sich bewahrheitet. Mit dem weltweiten „Trend“ der Senkung von Körperschaftsteuersätzen sind zunehmend mehr Staaten in den Anwendungsbereich der sog. Hinzurechnungsbesteuerung geraten, und seit längerem steht angesichts der steuerpolitischen Rückendeckung für Maßnahmen gegen internationale Gewinnverlagerungen zu vermuten, dass dieser Normenkomplex regelungstechnisch sogar ausgebaut werden könnte.

Dem Vernehmen nach soll nun also mit der Hinzurechnungsbesteuerung das Herzstück des deutschen Außensteuerrechts reformiert werden – ein (noch) nicht veröffentlichtes Eckpunktepapier der Außensteuerreferatsleiter liegt seit Mitte 2016 vor. Ohne Übertreibung lässt sich konstatieren: Die Gerüchteküche brodelt. Zudem nötigt die ATAD I<sup>2</sup>, die bis zum 1. Januar 2019 von den EU-Mitgliedstaaten umzusetzen ist, zu Anpassungen, über deren Notwendigkeit und Ausmaß naturgemäß im Einzelnen zwischen den verschiedenen „steuerpolitischen Interessengruppen“ Streit besteht. Und schließlich ist festzustellen, dass die Hinzurechnungsbesteuerung seit geraumer Zeit, im Grunde sogar seit ihrer Einführung 1972 einer grundlegenden Reform harrt.

Kritik an diesem breit angelegten, pönalen Sonderbesteuerungsregime mit teilweise geradezu ungeheuren und dann auch noch wenig bekannten Vorschriften wie § 17 Abs. 2 AStG ist jedenfalls im Schrifttum aus diversen

---

<sup>1</sup> EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.

<sup>2</sup> „Richtlinie 2016/1164 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts“, EU Abl. v. 19.7.2016 (Anti-Tax Avoidance Directive I: „ATAD I“, im deutschsprachigen Schrifttum auch „Anti-BEPS-Richtlinie“ genannt; dazu *Linn*, IStR 2016, 645 ff.; *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 ff.). Die ATAD I wurde bereits kurze Zeit später durch die sog. ATAD II geändert: Am 29.5.2017 hat der Rat eine weitere Richtlinie angenommen, mit der verhindert werden soll, dass Unternehmensgruppen Inkongruenzen zwischen zwei oder mehr Steuergebieten im Wege hybrider Gestaltungen insbesondere mit Drittstaaten nutzen, um ihre Gesamtsteuerschuld zu reduzieren. In nur drei zentralen neuen Artikeln 9, 9a und 9b wird damit der BEPS-Aktionspunkt 2 der OECD umgesetzt, und zwar formal im Wege der Änderung der ATAD I.

Perspektiven mannigfaltig vorgetragen worden<sup>3</sup>, aber weitgehend ungehört verhallt. Lediglich punktuelle gesetzgeberische Nachbesserungen<sup>4</sup>, denen indes kein schlüssiges Gesamtkonzept zugrunde lag, waren zu gewärtigen, obwohl es an Vorschlägen für eine konzeptionelle Neuausrichtung im Allgemeinen<sup>5</sup> wie im Besonderen<sup>6</sup> keineswegs mangelte.

Anhaltspunkte oder gar Leitlinien für die Ausgestaltung einer maßvollen und trotzdem zielgenauen Hinzurechnungsbesteuerung, die durch die nationale unter- wie obergerichtliche Rechtsprechung vorgegeben wären, sucht man ebenfalls so gut wie vergebens. Zu dem Normenkomplex der §§ 7 ff. AStG sind bislang nahezu keine Judikate ergangen, was – so zeigt jedenfalls die Anwendungspraxis – in der Hauptsache auf drei Gründe zurückzuführen ist: Erstens wirkt die Hinzurechnungsbesteuerung nachhaltig prohibitiv auf das Verhalten der Steuerpflichtigen, und zweitens gibt es eine Vielzahl unentdeckter Fälle aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis, die dann drittens, einmal doch entdeckt, in der Betriebsprüfung im Verhandlungswege einer wie auch immer gearteten „Lösung“ zugeführt werden. Die „Dunkel-

---

<sup>3</sup> Statt vieler etwa (jeweils aus etwas anderem Blickwinkel) *Wassermeyer/Schönfeld*, GmbHR 2006, 1065 ff.; *Kaminski/Strunk/Haase*, IStR 2007, 726 ff.; *Haase*, IStR 2009, 24 f.; *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109 ff.; *Kraft/Schreiber*, FR 2015, 328 f.; *Kraft*, IStR 2010, 377 ff.; jüngst *Eilers/Hennig*, ISR 2015, 422 ff.

<sup>4</sup> Ein „schönes“ Beispiel für das Flickwerk des Gesetzgebers ist der durch das JStG 2010 (Gesetz v. 8.12.2010, BGBl. I S. 1768) geänderte § 8 Abs. 3 S. 2 AStG, durch den dem sog. Malta-Modell Einhalt geboten werden sollte. Das Modell basierte auf einer maltesischen doppelstöckigen Kapitalgesellschaftsstruktur, bei der die Obergesellschaft zwar niedrig besteuert war, aber aktiven Tätigkeiten nachging, und bei der die Untergesellschaft entsprechend zwar passive Tätigkeiten aufwies, aber keiner Niedrigbesteuerung unterlag.

<sup>5</sup> Vgl. etwa nur *Rust*, Die Hinzurechnungsbesteuerung: Notwendigkeit und Umsetzbarkeit einer Reform, Diss., München 2007; *Cortez*, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Köln 2013.

<sup>6</sup> Vgl. zu unterschiedlichen Perspektiven auf die Hinzurechnungsbesteuerung etwa nur *Schulte-Rummel*, Steuerumgehung und Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Hamburg 2005; *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und europäisches Gemeinschaftsrecht, Diss., Köln 2005; *Schmidtman*, Hinzurechnungsbesteuerung bei internationalen Umstrukturierungen, Diss., Berlin 2007; *Thiele*, Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht, Diss., Hamburg 2011; *Trennheuser*, US-amerikanische Subpart-F-legislation und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Wiesbaden 2014; *Moser*, Die Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7–14 AStG und die Besteuerung ausländischer Familienstiftungen nach § 15 AStG, Diss., Köln 2015.

ziffer“ solcher Sachverhalte ist hoch, eine empirische Messung bei Lichte betrachtet schwierig, wenn nicht gar unmöglich.<sup>7</sup> Es darf füglich bezweifelt werden, dass es auch prospektiv jemals gelingen könnte, hierzu eine annähernd realitätsbezogene Einschätzung zu erlangen.

Aus diesem Grunde wirft die Hinzurechnungsbesteuerung immer noch eine Fülle von theoretischen und praktischen Detailfragen auf, die mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet sind.<sup>8</sup> Die Anwendungspraxis erleichtert dies freilich nicht. Das Fehlen von Rechtsprechung vor dem Hintergrund unklarer Normbefehle mag zwar prima facie Gestaltungsspielräume eröffnen, in Wahrheit aber erschwert es jedenfalls die Kautelarjurisprudenz ganz erheblich, von der mangelnden Akzeptanz<sup>9</sup> solcher Regelungen beim Steuerpflichtigen einmal ganz abgesehen. Insofern hätte auch ein rechtzeitiger, fachöffentlicher Diskurs über geplante Neuregelungen in der Hinzurechnungsbesteuerung (vor allem bei grundlegenden Änderungen) dem Regelungswerk vermutlich weit mehr genützt als die alleinige Ausarbeitung in diversen klandestinen Treffen der Finanzverwaltung.

---

<sup>7</sup> So auch das symptomatische Fazit der Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage von Abgeordneten zum Thema “Internationale Steuerflucht“ und insbesondere zur Hinzurechnungsbesteuerung v. 28.5.1996 (BT-Drs. 10/5562; S. 2): „Zu Ihren Fragen nach Zahlenmaterial ist vorweg festzustellen, daß statistischen Erhebungen innerhalb der Finanzverwaltung durch deren Überlastung enge Grenzen gesetzt sind; die in der Großen Anfrage angeforderten Schätzungen Unterstellungen über Fehlverhalten von Steuerbürgern voraussetzen würde, von denen aus grundsätzlichen Überlegungen abgesehen wird; über Dunkelziffern und über vermutete Hinterziehungsbeträge aus diesen Gründen keine verantwortlichen Angaben möglich sind.“ Dieser Befund gilt nicht nur unverändert fort, sondern hat sich vermutlich sogar verschärft.

<sup>8</sup> Gelungener Überblick über die Probleme zum „40. Geburtstag“ des AStG bei *Haarmann*, IStR 2011, 565 ff. sowie bei *Kraft*, IStR 2010, 377 ff.

<sup>9</sup> Die auf der Normverständlichkeit und inhaltlichen Sinnhaftigkeit fußende Akzeptanz des Steuerbürgers ist aber gerade *conditio sine qua non* für den Steuervollzug im Allgemeinen und den v.a. bei den „Anmeldesteuern“ anzutreffenden „selbstregulierenden Steuervollzug“ (so treffend *Seer*, *StuW* 2015, 315, 321) im Besonderen. Das Postulat der Akzeptanz von Steuerregeln oder Steuerreformen zieht sich wie ein roter Faden durch ganze steuerliche Grundsatzprogramme, siehe etwa das steuerpolitische Programm der Kommission „Steuer-gesetzbuch“ der Stiftung Marktwirtschaft v. 30.1.2006 auf den S. 5, 15, 29 oder 56.

## 2. Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Schrift die Hinzurechnungsbesteuerung, gewissermaßen aus einer übergeordneten Perspektive und bei aller Subjektivität in der Auswahl der behandelten Themenkreise, zunächst in aller Kürze einer Bestandsaufnahme im Hinblick auf ihre systemischen Fehler unterziehen. Es schließt sich eine Analyse der offenen Fragestellungen an, die sich aus dem zentralen Urteil des EuGH in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>10</sup> ergeben (*infra* II.). Nach einem kurzen Blick auf den BEPS Aktionspunkt 3 (*infra* III.) folgt die Einordnung der Vorgaben der o.g. sekundärrechtlichen ATAD I – Richtlinie (*infra* IV.), bevor Tatbestand (*infra* V.) und Rechtsfolge (*infra* VI.) der Hinzurechnungsbesteuerung im nationalen Recht en détail beleuchtet werden.

Es wird insoweit aufgezeigt und verdeutlicht, wo im Einzelnen Unklarheiten oder überschießende Tendenzen bestehen bzw. heute selbstverständliche wirtschaftliche Entwicklungen oder Zusammenhänge nicht hinreichend berücksichtigt worden sind – und warum und in welchem Umfang der diesbezügliche gesetzgeberische Wildwuchs entsprechend zurückgeschnitten werden muss. Darüber hinaus soll die Schrift in zweierlei Hinsicht konkreten Anpassungsbedarf benennen, und zwar zum einen bezüglich *Cadbury Schweppes* und zum anderen und zuvörderst bezüglich der ATAD I.

Die Abhandlung schließt nach der Behandlung von Sonderfällen (*infra* VII.) mit einer Zusammenfassung und einem Desiderat zu Händen des Gesetzgebers (*infra* VIII.). Die Zielsetzung des Autors wäre jedenfalls erfüllt, wenn die hier angestellten Überlegungen im Rahmen des anlässlich der Neuregelung einzuleitenden Gesetzgebungsverfahrens Gehör finden würden.

## 3. Grundkonzeption der Hinzurechnungsbesteuerung

Man wird davon ausgehen können, dass Ausweichbewegungen von Steuerpflichtigen – in der Finanzwissenschaft als sog. Steuerwiderstand<sup>11</sup> beschrieben – so alt sind wie die Steuer selbst. In der Tat erscheint es für den im Inland unbeschränkt Steuerpflichtigen naheliegend und operativ vergleichsweise einfach umsetzbar, seine wirtschaftlichen Aktivitäten auf eine Gesellschaft im niedrig(er) besteuerten Ausland zu übertragen und so in den

---

<sup>10</sup> EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.

<sup>11</sup> Dazu lesenswert *Wrede*, Ökonomische Theorie des Steuerentzuges, Diss., Heidelberg 1993.

Genuss des ausländischen Steuerniveaus zu gelangen, ohne gleichzeitig auf die inländische Infrastruktur verzichten zu müssen. Auf die Spitze treiben können es Steuerpflichtige freilich, wenn sie – allein oder (offen bzw. verdeckt) gemeinsam mit anderen Steuerpflichtigen – relativ bewegliche Einkünfte (etwa Kapitaleinkünfte) verlagern, die ausländische Gesellschaft naturgemäß funktionsschwach ist (etwa bei Lizenzvergütungen oder anderen typisch vermögensverwaltenden Aktivitäten) oder sie die ausländische Gesellschaft sogar nur zum Schein gegründet haben, in Wahrheit aber deren wirtschaftliche Aktivitäten aus dem Inland heraus leiten, zumindest daran maßgebend mitwirken oder an deren Ertrag partizipieren.

All dies ist – auch in der Ära der jüngst viel beschriebenen „aggressiven Steuerplanung“<sup>12</sup> – im Ausgangspunkt ausdrücklich legal, sofern nicht der Anwendungsbereich des § 370 AO oder des § 379 AO eröffnet ist<sup>13</sup>. Im nationalen wie im internationalen Kontext gilt nach wie vor das Postulat des BFH: „Kein Steuerpflichtiger ist verpflichtet, den Sachverhalt so zu gestalten, dass ein Steueranspruch entsteht. Vielmehr steht es ihm frei, die Steuer

---

<sup>12</sup> Pointiert der von *Blumers*, BB 2013, 2785 ff. gewählte Titel: „Aggressive Steuerplanung – Vielleicht legal, aber jedenfalls verwerflich“. „Aggressive tax planning“ kann durchaus als Modewort, eher aber als Unwort der jüngeren Zeit angesehen werden, zumal sich der Begriffsinhalt nicht präzise erschließt und vermutlich auch bewusst im Ungefähren belassen wurde. Es hat seinen Ursprung in Papieren der EU-Kommission, die bereits in 2012 zwei Empfehlungen zu den Bereichen aggressive Steuerplanung (Empf. 2012/772/EU v. 6.12.2012, ABl. Nr. L 338 S. 41) und zu Mindeststandards für verantwortungsvolles Handeln von Drittstaaten im Steuerbereich (Empf. 2012/771/EU v. 6.12.2012, ABl. Nr. L 338 S. 37) publiziert hatte.

<sup>13</sup> Etwa durch absichtliches Verschweigen der Existenz einer ausländischen Gesellschaft gegenüber den inländischen Finanzbehörden unter Missachtung der (lediglich bis zu 5.000 Euro bußgeldbewehrten, vgl. § 379 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 AO) Anzeigepflicht nach § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO. Trotz des missverständlichen Verweises in § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO auf § 2 Nr. 1 KStG ist richtigerweise eine beschränkte inländische Körperschaftsteuerpflicht keine Voraussetzung für die Anzeigepflicht. Erfasst wird vielmehr jede „ausländische Körperschaft“, d.h. mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland (so auch implizit *Zechner*, DStR 2003, 2010). Für diese Sichtweise spricht auch der zwar unausgesprochene, aber sachlich doch unmittelbare Zusammenhang zwischen § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO einerseits und den §§ 7 ff. AStG andererseits. In der Gesetzesbegründung zum Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz (BGBl. I 2001, 3858 ff.) etwa hat der Gesetzgeber die Änderung des § 138 Abs. 2 Nr. 3 Var. 3 AO (Einführung der Obergrenze von 150.000 Euro) ausdrücklich mit der Herabsetzung der Beteiligungsgrenze für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6 S. 1 AStG) auf 1 % begründet (vgl. BR-Drs. 638/01).

zu vermeiden und eine Gestaltung zu wählen, die eine geringere Steuerbelastung nach sich zieht. Eine sog. Steuervermeidung bleibt folgenlos.“<sup>14</sup>

Neben die Grundsätze der Rechtsformwahlfreiheit<sup>15</sup> und der Finanzierungsfreiheit<sup>16</sup> tritt daher beim Gang des Steuerpflichtigen über die Grenze die Möglichkeit der freien, internationalen Standortwahl, die im EU-Raum zudem als Wahrnehmung der gemeinschaftsrechtlich verbürgten Grundfreiheiten jedenfalls im Grundsatz einen besonderen Schutz auch dann genießt, wenn damit in casu eine Steuerersparnis gegenüber dem rein nationalen Sachverhalt verbunden sein sollte. Gleichwohl ist festzustellen, dass die Einschaltung ausländischer Gesellschaften zum Zwecke der Steuerersparnis in der Praxis grundsätzlich Misstrauen sät und zumindest potenziell die Finanzbehörden auf den Plan ruft.

An diesem Punkt setzen seit 1972 in Deutschland die Hinzurechnungsbesteuerung bzw. für im Ausland ansässige Steuerpflichtige entsprechende ausländische Regeln für sog. controlled foreign companies („CFC“) an, und zwar – nota bene – unabhängig davon, wie die Besteuerung bei dem beherrschenden Gesellschafter im Einzelfall rechtstechnisch ausgestaltet ist. Deutschland hat sich in der Umsetzung in Gestalt des sog. Hinzurechnungsbetrags bekanntlich für den Weg einer fiktiven Dividende bzw. eines „Einkünfterhöhungsbetrag eigener Art“ außerhalb der normalen Gewinn- oder Überschussermittlung entschieden, wie § 10 Abs. 2 S. 1 AStG ausdrücklich belegt. Die Steuersubjektivität der Zwischengesellschaft wird rechtlich gewahrt und lediglich wirtschaftlich durchbrochen<sup>17</sup>, während andere Rechtssysteme steuerrechtlich einen Durchgriff anordnen oder die ausländische Zwischengesellschaft gar in die unbeschränkte Steuerpflicht des Ansässigkeitsstaates des beherrschenden Steuerinländers einbeziehen wollen<sup>18</sup>. Im

---

<sup>14</sup> Beschluss v. 20.5.1997, VIII B 108/96, BFHE 183, 174 ff. im Gliederungspunkt II.2.c) der Gründe.

<sup>15</sup> Grundlegend dazu *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, Köln 2004. Die Rechtsformwahlfreiheit beschränkt sich freilich auf das Gesellschaftsstatut, vgl. zutreffend *Weller/Harms/Rentsch/Thomale*, ZGR 2015, 361, 369.

<sup>16</sup> Zum Grundsatz der Finanzierungsfreiheit (und seinem Spannungsverhältnis zur fehlenden Finanzierungsneutralität der Besteuerung) *Herzig*, FR 1994, 589 ff..

<sup>17</sup> Wie hier *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, Köln 2017, Rdn. 10.15 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> So im Übrigen auch die seit 1972 aufgehobene Bestimmung des § 15 Abs. 2 StAnpG.

Einzelnen ist die Technik der Hinzurechnung auch für das deutsche Recht in ihrer systematischen Einordnung umstritten<sup>19</sup>, und auch der Beweis einer ökonomischen Rechtfertigung ist bislang, soweit ersichtlich, nicht überzeugend geführt worden.<sup>20</sup>

Bei allen Vorbehalten hinsichtlich der Dogmatik lässt sich dennoch allgemein formulieren, dass CFC-Regeln unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Besteuerung im Ansässigkeitsstaat desjenigen Steuerpflichtigen führen, der entweder das wirtschaftliche Geschehen im Ausland kontrolliert oder jedenfalls ökonomisch an den Erträgen der Zwischengesellschaft beteiligt ist. Im Ergebnis vergleichbare Regeln kennen Staaten ferner für ausländische Betriebsstätten oder Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften, in Deutschland bekanntlich normiert in § 20 Abs. 2 AStG.

Uneinigkeit besteht nun darüber, welche Schwelle im Einzelnen überschritten werden muss, um den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung zu eröffnen. Diese Schwierigkeit in der Abgrenzung nimmt bereits die Gesetzesbegründung zum AStG 1972 auf, wenn es dort heißt: „Die durch solche Gestaltungen [*Anm. des Verf.*: Gemeint ist die Einschaltung ausländischer Basisgesellschaften] eintretende Abschirmung gegen die deutsche Steuerpflicht kann inländischen Steuerpflichtigen nicht mehr ohne Einschränkung auf das sachlich Vertretbare zugestanden werden.“<sup>21</sup> Über das Ausmaß dieses „sachlich Vertretbaren“ wird noch heute, also rund 45 Jahre nach Inkrafttreten des AStG, gerungen. Prima facie stellt das deutsche Recht mit seinen drei Tatbestandsmerkmalen der Inländerbeherrschung, der passiven Tätigkeiten und der Niedrigbesteuerung insoweit zwar scheinbar klare Kriterien auf. Tatsächlich aber sind viele Details in Tatbestand und Rechtsfolge ungeklärt.

---

<sup>19</sup> Vgl. nur ausführlich *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, Vor §§ 7–14 AStG Rdn. 15 ff. (Ausschüttungsfiktion versus Zurechnungs-, Repräsentations- bzw. Zweistufentheorie). Von der „Hinzurechnung“ ist die „Zurechnung“ sowie die „Durchgriffsbesteuerung“ zu unterscheiden. Es besteht Einigkeit, dass sich der Gesetzgeber in den §§ 7 ff. AStG für die Technik der Hinzurechnung entschieden hat. Darüber hinaus aber ist keine dieser Theorien in Reinform verwirklicht, vgl. *Diering*, Kritische Analyse der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Köln 2015, 18 f. m.w.N.

<sup>20</sup> Einen Versuch in diese Richtung immerhin unternimmt *Klapdor*, Die Betriebswirtschaft 2002, 359 ff.

<sup>21</sup> BT-Drs. VI/2886, S. 19 Tz. 30.

Zentral ist die Erkenntnis, dass die Hinzurechnungsbesteuerung konzeptionell im Kern auf einem Missbrauchsgedanken fußt. Dies ergibt sich unmissverständlich aus der bereits genannten Gesetzesbegründung. An gleich mehreren Stellen wird auf „ungerechtfertigte Steuervorteile“ verwiesen, die aus der „rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung“ des „internationalen Steuergefälles“ resultieren.<sup>22</sup> Doch die Hinzurechnungsbesteuerung geht – alternativ hierzu – bewusst noch darüber hinaus. Auch in Fällen, in denen sachlich oder von der Motivationslage des Steuerpflichtigen her kein Rechtsmissbrauch zu besorgen ist, sollen nach dem ausdrücklichen Willen des historischen [sic!] Gesetzgebers ungerechtfertigte Steuervorteile durch eine ersatzweise Besteuerung im Inland wieder ausgeglichen werden.<sup>23</sup>

Eine nähere Erläuterung der Fallkonstellationen, die davon betroffen sind, bleibt die Gesetzesbegründung indes schuldig. Man wird davon ausgehen müssen, dass beispielsweise sämtliche Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG, die nicht im Verdacht des Missbrauchs stehen, unausgesprochen mit dieser Begründung gerechtfertigt werden sollten. Man denke als pars pro toto etwa an § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. b) AStG, der mitnichten einen Missbrauchsfall regeln will. Vielmehr kommt es allein aufgrund der Tatsache, dass zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen und dem Belegenheitsstaat der Immobilie kein DBA geschlossen ist, zur Hinzurechnungsbesteuerung, obwohl der Steuerpflichtige auf die DBA-Politik der Bundesregierung<sup>24</sup> ersichtlich keinen Einfluss nehmen kann.

Zentral ist ebenfalls die Erkenntnis, dass der Hinzurechnungsbesteuerung konzeptionell kein Pönalisierungscharakter anhaften sollte.<sup>25</sup> Der Steu-

---

<sup>22</sup> BT-Drs. VI/2886, S. 14 Tz. 1 und 3, S. 15 Tz. 5, S. 16 Tz. 12–14, S. 19 Tz. 30.

<sup>23</sup> „Ungerechtfertigte Steuervorteile entstehen nicht allein aus Gestaltungen, die sich als Rechtsmissbrauch qualifizieren. Für eine Rechtsordnung, die die internationale Freizügigkeit bejaht, kann z.B. eine Wohnsitzverlagerung in das Ausland keinen Rechtsmissbrauch darstellen. Eine ganz andere Frage ist, welche steuerlichen Folgen an [...] andere ins Ausland reichende Sachverhalte zu knüpfen sind; hier verwirklicht der Gesetzesentwurf das Ziel, ungerechtfertigte Steuervorteile abzubauen.“, vgl. BT-Drs. VI/2886, S. 16 Tz. 14.

<sup>24</sup> Dazu jüngst *Brunsbach/Endres/Lüdicke/Schnitger*, Deutsche Abkommenspolitik, ifst-Schrift 492, 2013; zuvor bereits lesenswert *Lüdicke*, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, Baden-Baden 2008.

<sup>25</sup> „Der Gesetzesentwurf ist in keiner Weise darauf gerichtet, ins Ausland reichende Sachverhalte, nur weil sie aus dem Bereich der deutschen Besteuerung hinausführen, einer steuerlichen Erschwerung zu unterwerfen. Er bringt keine steuerliche Bestrafung.“, vgl. BT-Drs. VI/2886, S. 16 Tz. 14.

erpflichtige soll durch sie – natürlich – nicht besser, aber eben auch nicht schlechter gestellt werden, als wenn er die fragliche Tätigkeit a priori im Inland ausgeführt hätte. Dass die Praxis oftmals ein anderes lehrt, wird zu zeigen sein. Dies gilt umso mehr, als der Anwendungserlass<sup>26</sup> zum AStG (AEASTG) an einigen Stellen in Abkehr vom Gesetzesvorbehalt (Art. 20 Abs. 3 GG) Verschärfungen enthält, die sich im Gesetzestext selbst nicht wiederfinden. Dies ist besonders bedauerlich, weil die Hinzurechnungsbesteuerung – ähnlich wie § 6 AStG oder die Erbschaftsteuer – im Grunde den „worst case“ des Steuerrechts bedeutet: Besteuerung ohne Kapitalzufluss und damit Liquidität (sog. dry income). Dieser wird zwar in seinen Wirkungen über § 3 Nr. 41 lit. a) EStG etwas abgefedert, aber aufgrund der naturgemäßen Phasenverschiebung wird es regelmäßig notwendig sein, die Steuer aus anderen Mitteln als einer realen Dividende entrichten zu müssen.

#### 4. Historie

Erste Beobachtungen ausländischer Basisgesellschaften und daran ansetzende gesetzgeberische Reaktionen gehen aus deutscher Sicht bis in die frühen 1950er Jahre zurück, deren Fortschritte der Vollständigkeit halber nachstehend kurz skizziert werden.

Nachdem die USA bereits im Jahr 1962 als erste Industrienation westlicher Prägung mit der „Subpart F Legislation“<sup>27</sup> ein Maßnahmenpaket gegen Gewinnverlagerungen in Niedrigsteuerländer geschnürt hatten, wurde fast zeitgleich der Deutsche Bundestag durch den sog. Steueroasenbericht<sup>28</sup> der Bundesregierung über „Wettbewerbsverfälschungen“ unterrichtet, „die sich aus Sitzverlagerungen und aus dem zwischenstaatlichen Steuergefälle ergeben können“. Nach der Veröffentlichung des Berichts 1964 schlossen sich 1965 nahtlos der sog. Oasenerlass der Finanzverwaltung (BMF)<sup>29</sup> und sodann 1970 Leitsätze der Bundesregierung „für ein Gesetz zur Wahrung der

---

<sup>26</sup> Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, BMF v. 14.5.2004, IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernummer 1/2004.

<sup>27</sup> U.S. Code (IRC), Title 26, Subtitle A, Chapter 1, Subchapter N, Part III, Subpart F, § 951 ff.; dazu instruktiv aus historischer Perspektive mit enger Referenz auf die Motive des Gesetzgebers *Cherryman*, *The New „Subpart F“ Foreign Income Provisions of the Internal Revenue Code*, 4 *Wm. & Mary L. Rev.* 172 (1963).

<sup>28</sup> BT-Drs. IV/2412. Der Bericht beruhte auf einer Entschließung des Bundestages vom 12.4.1962.

<sup>29</sup> BMF v. 14.6.1965, BStBl. II 1965, 74 ff.; dazu *Debatin*, DB 1965, 1024 ff.

steuerlichen Gleichmäßigkeit bei Auslandsbeziehungen und zur Verbesserung der steuerlichen Wettbewerbslage bei Auslandsinvestitionen<sup>30</sup> an, bis es 1972 schließlich zum Inkrafttreten des Außensteuergesetzes kam.<sup>31</sup>

Die darin eingebettete Hinzurechnungsbesteuerung hat die vergangenen bald fünf Dekaden ohne gravierende systematische Änderungen überdauert. Gesetzgeberische Eingriffe waren selten und meist kosmetischer Natur oder die zwangsläufige Folge inländischer Gesetzesänderungen an anderer Stelle. Ganze zwanzig Jahre vergingen etwa, bis mit der Einführung der „Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter“ aufgrund des Steueränderungsgesetzes 1992<sup>32</sup> eine praxisrelevante politische Vorgabe umgesetzt wurde. Weitere acht Jahre verstrichen, bis das Steuersenkungsgesetz 2000<sup>33</sup> erstmals den Hinzurechnungsbetrag i.S.d. § 10 Abs. 1 AStG einer eigenen Einkunftsart zuschrieb und der Systemwechsel zur Steuerfreiheit von Dividenden und Veräußerungsgewinnen nachvollzogen wurde.<sup>34</sup>

Ab 2001 wurde infolgedessen auch ein weiterer, leichter systematischer Schwenk vollzogen: Die Stoßrichtung der bis dato primär sanktionierten Thesaurierung von Gewinnen in der ausländischen Zwischengesellschaft wurde zugunsten der Sanktionierung sog. passiver Einkünfte aufgegeben. Zwei Jahre später (2003) wurde für diese passiven Einkünfte ein genereller Treaty override (in § 20 Abs. 1 AStG) eingeführt und der DBA-Schutz insoweit vollständig aufgehoben.<sup>35</sup> 2006 erging in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>36</sup> ein zwar durchaus wegweisendes Urteil des EuGH, das jedoch in der praktischen Umsetzung hinter seinen Erwartungen und Möglichkeiten zurückgeblieben ist. Der infolgedessen durch das JStG 2008<sup>37</sup> eingeführte Substanztest (§ 8 Abs. 2 AStG) etwa wurde durch den EuGH<sup>38</sup> nicht auf ausländische

---

<sup>30</sup> Dazu *Debatin*, DStZ 1971, 89 ff.; zu den Belastungswirkungen der Hinzurechnungsbesteuerung vor dem Hintergrund des Postulats steuerlicher Wettbewerbsneutralität *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109 ff.

<sup>31</sup> Gesetz v. 8.9.1972, BGBl. I 1972, 1713 ff.

<sup>32</sup> Gesetz v. 25.2.1992, BGBl. I 1992, 297 ff.

<sup>33</sup> Gesetz v. 26.10.2000, BGBl. I 2000, 1433 ff.

<sup>34</sup> Zur Historie eingehend *Bogenschütz/Kraft*, IStR 1994, 153 ff.

<sup>35</sup> Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des § 20 Abs. 1 AStG vgl. insbesondere *Wassermeyer*, RIW 1983, 352 ff.; Rödder/Schumacher, DStR 2003, 805 ff.

<sup>36</sup> EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.

<sup>37</sup> Gesetz v. 20.12.2007, BGBl. I 2007, 3150 ff.

<sup>38</sup> EuGH v. 6.12.2007, C-298/05, Slg. 2007, I-10451 ff.

Betriebsstätten und Tochterpersonengesellschaften ausgedehnt (§ 20 Abs. 2 S. 1 AStG<sup>39</sup>), und zudem bekam das Gericht seither keine Gelegenheit, die drängendsten offenen Fragen rund um den Substanztest einer richterlichen Klärung zuzuführen.

In den vergangenen 10 Jahren erfolgten lediglich kleinere Korrekturen am Gesetzestext. Für einen Paukenschlag indes sorgte zuletzt das BFH-Urteil v. 11.3.2015<sup>40</sup>: Der Hinzurechnungsbetrag ist gewerbesteuerfrei wegen § 9 Nr. 3 GewStG. Das BMF reagierte mit einem Nichtanwendungserlass<sup>41</sup> und der Gesetzgeber mit § 7 S. 7 ff. GewStG<sup>42</sup>.

Immerhin wird in nicht allzu entfernter Zukunft aufgrund der anhängigen BFH-Verfahren I R 78/14<sup>43</sup> und I R 80/14<sup>44</sup> vermutlich durch den EuGH (Az. C-135/17) geklärt werden, wie mit der Hinzurechnungsbesteuerung in Drittstaatenfällen zu verfahren ist. Das EuGH-Verfahren betrifft zwar formal lediglich die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, aber es ist zu vermuten, dass die Grundaussagen des künftigen Urteils auch darüber hinaus Konsequenzen haben werden.

Es ist wichtig, diese Historie zu kennen. Sie erklärt, warum sich die Hinzurechnungsbesteuerung derzeit in einem derart desolaten Zustand befindet. Erstens: Einige gesetzgeberische Änderungen sind nicht mehr dem Primärzweck der Hinzurechnungsbesteuerung, also der Missbrauchsvermeidung, geschuldet, sondern dem ebenso in der Gesetzesbegründung zum AStG genannten, aber wenig beachteten weiteren Zweck<sup>45</sup>, jedwede Besteuerungsvorteile, die sich durch eine ausländische Zwischengesellschaft ergeben, wieder durch eine Besteuerung im Inland aufzufangen.

Zweitens: Sowohl der EuGH (in *Columbus Container Services*<sup>46</sup>) als auch der BFH (Urteil v. 11.3.2015) haben systematisch fragwürdige Urteile abgelie-

---

<sup>39</sup> Mit Ausnahme der sog. Dienstleistungsbetriebsstätte, vgl. dazu die Neufassung durch das JStG 2010 (Gesetz v. 13.12.2010, BGBl. I 2010, 1868 ff.).

<sup>40</sup> BFHE 249, 241 ff.

<sup>41</sup> Gleichlautende Erlasse v. 14.12.2015, IStR 2016, 215.

<sup>42</sup> Gesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000 ff.

<sup>43</sup> Dazu *Schönfeld*, IStR 2016, 416 ff.

<sup>44</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff.

<sup>45</sup> Dazu bereits oben unter Punkt I.1. (siehe v.a. die Nachweise in Fn. 16).

<sup>46</sup> EuGH vom 6.12.2007, C-298/05, Slg. 2007, I-10451 ff.

fert, die entsprechende gesetzgeberische Aktivitäten herausgefordert haben, und das BVerfG-Urteil zur Zulässigkeit des Treaty override<sup>47</sup> ist mindestens steuerpolitisch bedauerlich. Drittens: Eine systematische, in sich konsistente Reform der §§ 7 ff. AStG, die die Realität des globalen Wirtschaftslebens abbildet, ist bislang nicht im Ansatz unternommen worden. Die Folgen dieses Befunds werden sogleich in Eckpunkten nachgezeichnet.

## 5. Standortbestimmung

Im Folgenden werden, gleichsam vor die Klammer gezogen, die systemischen Unzulänglichkeiten der Hinzurechnungsbesteuerung dargestellt, bevor diese unter Punkt V. und VI. im Einzelnen für Tatbestand und Rechtsfolge extrapoliert werden. Aufgrund ihrer herausragenden Bedeutung wird der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>48</sup> zuvor unter Punkt II. besondere Beachtung geschenkt.

### a. Überschießende Tendenzen

Der Befund der „überschießenden Tendenz“ ist im Schrifttum aus verschiedenen Blickwinkeln als Argument gegen die Hinzurechnungsbesteuerung in Stellung gebracht worden. Dies betraf insbesondere zum einen die im jeweiligen Zeitablauf gegenwärtige oder potenzielle Gemeinschaftsrechtswidrigkeit,<sup>49</sup> zum anderen die Tatsache, dass auch Klein- und Kleinstbeteiligungen für die Begründung der Inländerbeherrschung genügen, weil auf die Gesamtheit aller beteiligten Steuerinländer abgestellt wird, ohne dass diese sich auch nur entfernt kennen müssten.<sup>50</sup> Weiterhin führen die die Hinzurechnungsbesteuerung arrondierenden Steueranrechnungs- und Ausschüttungsvorschriften zu Ergebnissen, die teils weit über das eigentliche Ziel hinausschießen.<sup>51</sup> Und

---

<sup>47</sup> BVerfG v. 15.12.2015, 2 BvL 1/12, DStR 2016, 359 ff.

<sup>48</sup> EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.

<sup>49</sup> In diesem Sinne zur Rechtslage vor dem EuGH-Urteil in der Rs. *Cadbury Schweppes* (EuGH v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.) prägnant *Wassermeyer*, IStR 2002, 59 ff. Die Diskussion nach *Cadbury Schweppes* konzentrierte sich auf § 20 Abs. 2 AStG, ohne dass die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit durch das Urteil in der Rs. *Columbus Container Services* (EuGH vom 6.12.2007, C-298/05, Slg. 2007, I-10451 ff.) überzeugend ausgeräumt worden wäre, vgl. nur *Kaminski/Strunk/Haase*, IStR 2007, 726 ff. m.w.N.

<sup>50</sup> Dazu *Gläser/Birk*, ISR 2015, 233 ff.

<sup>51</sup> Dazu *Wassermeyer/Schönfeld*, GmbHR 2006, 1065, 1067 f.

schließlich stehen auch Spezialvorschriften der §§ 7 ff. AStG im Verdacht, nicht zielgenau zu sein.<sup>52</sup>

Diese überschießenden Tendenzen werden unter Punkt V. und VI. im jeweiligen Sachzusammenhang näher erläutert und zugespitzt. Sie stehen auch in einer teilweisen Schnittmenge zu den nachstehenden Kritikpunkten. Man ist geneigt, die „überschießende Tendenz“ aufgrund ihres eher beschreibenden begrifflichen Charakters als zu wenig konkret ad acta zu legen oder sich mit diesem als harmlos empfundenen Befund abzufinden. Harmlos allerdings ist eine überschießende Gesetzgebung, die in einem Rechtsstaat über Jahre bzw. Jahrzehnte hinweg „einfach hingenommen“ wird, keinesfalls.

In diesem Zusammenhang darf auf *Wassermeyer/Schönfeld*<sup>53</sup> verwiesen werden, die bereits im Jahr 2006 – wenn auch speziell gemünzt auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit – wortmächtig formulierten: „Wir sollten beginnen, neu über die erforderliche Grenzziehung sachlich zu diskutieren und uns auf das wirklich Notwendige beschränken. [...] Jede überschießende Tendenz ist nämlich Rechtsbruch, der für sich genommen nicht strafbar ist, dem deutschen Gesetzgeber jedoch ein schlechtes Zeugnis in Sachen EG-Recht ausstellt.“ Auch ökonomisch ist dem, etwa durch *Kraft*<sup>54</sup>, beigeplant worden, wenn auch eher im Sinne eines Axioms: „Es ist weitgehend unbestritten, dass die deutschen Regeln [*Anm. des Verf.*: Gemeint sind die Regeln der Hinzurechnungsbesteuerung] insoweit gemessen am Maßstab ökonomisch rationaler Regelsetzung stark überschießende Tendenz aufweisen.“

Auch der Verfasser dieser Zeilen hat sich gelegentlich dazu hinreißen lassen, in den Kanon der Kritik an „überschießenden Tendenzen“ einzustimmen.<sup>55</sup> Bei näherer Betrachtung unter Heranziehung der Gesetzesbegründung allerdings schmelzen die Anwendungsfälle der „überschießenden Tendenzen“ schnell zusammen, denn die meisten dieser Anwendungsfälle resultieren aus der Tatsache, dass vorschnell allein auf den Missbrauchsgedanken abgestellt wird. In der Tat liegt die Rechtfertigung der Hinzurechnungsbesteuerung, wie oben bereits ausgeführt, primär in der Vermeidung des steuerlichen

---

<sup>52</sup> So etwa *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 260 zur „überschießenden Rechtsfolgentendenz“ bei § 7 Abs. 8 AStG.

<sup>53</sup> GmbHR 2006, 1065.

<sup>54</sup> FR 2017, 405, 411.

<sup>55</sup> Etwa *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015, 51.

Missbrauchs und daraus folgenden ungerechtfertigten Steuervorteilen.<sup>56</sup> Der mit 0,1 % an einer Zwischengesellschaft beteiligte Steuerinländer aber wird, sofern er die anderen inländischen Anteilseigner nicht kennt, kaum sinnvoll im Verdacht stehen können, missbräuchlich Steuervorteile erlangen zu wollen. So betrachtet sind die Regeln zur Inländerbeherrschung vor allem hinsichtlich der Kleinstbeteiligungen i.S.d. § 7 Abs. 6 S. 1 AStG prima facie in der Tat überschießend.

Nimmt man jedoch den in der Gesetzesbegründung ebenfalls genannten Rechtfertigungsgrund der generellen Abschöpfung von Steuervorteilen (gleich aus welchem Grund und in welcher Konstellation) hinzu, so wird sich nicht mehr von einer überschießenden Tendenz sprechen lassen können. Es darf nochmals daran erinnert werden, dass auch in Situationen jenseits jeden Rechtsmissbrauchs nach dem ausdrücklichen Willen des historischen Gesetzgebers ungerechtfertigte Steuervorteile durch eine ersatzweise Besteuerung im Inland kompensiert werden sollen.<sup>57</sup> Gemessen an diesem Zweck mag die Erfassung von Kleinstbeteiligungen durch die Hinzurechnungsbesteuerung nicht sinnvoll (weil nicht administrierbar) sein, aber überschießend ist sie so betrachtet nicht. Mit diesem zweiten, in der Gesetzesbegründung genannten Rechtfertigungsgrund für die Hinzurechnungsbesteuerung relativiert sich jedenfalls auf der Tatbestandsseite das Argument der „überschießenden Tendenz“ in fast allen Fällen.

## **b. Überkommene wirtschaftliche Vorstellungen**

Ebenso alt wie der Gesetzestext des AStG sind die dahinter stehenden Wertungen und Vorstellungen über die Abläufe des Wirtschaftslebens. Es gab keine, oder kaum, Anpassungen an wichtige wirtschaftliche Entwicklungen wie arbeitsteilige Prozessabläufe, die Wertschöpfung über Unternehmenseinheiten, den Vormarsch der Neuen Medien oder die zwingende Notwendigkeit zur internationalen Aufstellung von Unternehmensgruppen aufgrund der fortschreitenden Globalisierung, sodann der Digitalisierung und neu-

---

<sup>56</sup> BT-Drs. VI/2886, S. 14 Tz. 1 und 3, S. 15 Tz. 5, S. 16 Tz. 12–14, S. 19 Tz. 30.

<sup>57</sup> „Ungerechtfertigte Steuervorteile entstehen nicht allein aus Gestaltungen, die sich als Rechtsmissbrauch qualifizieren. Für eine Rechtsordnung, die die internationale Freizügigkeit bejaht, kann z.B. eine Wohnsitzverlagerung in das Ausland keinen Rechtsmissbrauch darstellen. Eine ganz andere Frage ist, welche steuerlichen Folgen an [...] andere ins Ausland reichende Sachverhalte zu knüpfen sind; hier verwirklicht der Gesetzesentwurf das Ziel, ungerechtfertigte Steuervorteile abzubauen.“, vgl. BT-Drs. VI/2886, S. 16 Tz. 14.

erdings der globalen Digitalisierung. Insbesondere die Mitwirkungs- und Bedienenstatbestände sind beklagenswert aus der Zeit gefallen.

Viele Strukturen und Phänomene, die heute selbstverständlich sind, stehen latent im Fokus der Hinzurechnungsbesteuerung: Man denke nur an zentrale Einkaufsgesellschaften, an Shared-Service-Center, an Call-Center oder an zentralisierte Vertriebsseinheiten mit jeweils lokalen Vertriebstochtergesellschaften. Was hat all dies mit Missbrauch zu tun? Auch Entsendungen von Mitarbeitern, Doppel- oder Mehrfachfunktionen auf der Leitungsebene in einer Gruppe und die an sich doch verständliche und bei einem Engagement in manchen Staaten auch tatsächlich oder rechtlich gebotene Letztentscheidungsbefugnis einer deutschen Konzernmutter auch im Hinblick auf ausländische Töchter können zu einer Art Strafbesteuerung (dazu sogleich gesondert) mittels der Hinzurechnungsbesteuerung führen.

### **c. Strukturelles Vollzugsdefizit**

„Die steuerliche Lastengleichheit fordert mithin, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit so weit wie möglich in sich selbst trägt. [...] Wirkt sich indes eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, und ist dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen, so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm. [...] Eine Steuerbelastung, die nahezu allein auf der Erklärungsbereitschaft des Steuerpflichtigen beruht, weil die Erhebungsregelungen Kontrollen der Steuererklärungen weitgehend ausschließen, trifft nicht mehr alle und verfehlt damit die steuerliche Lastengleichheit.“ – so die Ausführungen des BVerfG im sog. Zinsurteil zum strukturellen Vollzugsdefizit bei der Besteuerung privater Kapitalerträge.<sup>58</sup>

Die Anwendungspraxis zeigt eindeutig in Bezug auf die Hinzurechnungsbesteuerung: Jedenfalls bei dem Halten von Beteiligungen an Zwischengesellschaften in Nicht-EU/EWR-Staaten hängt der Steuervollzug nahezu ausschließlich an der Bereitschaft des Steuerpflichtigen, eine Anzeige nach § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO abzustatten. Bleibt diese aus, hängt es meist schlicht vom Zufall ab, ob die zuständige Finanzbehörde oder – wahrscheinlicher – die Informationszentrale Ausland (IZA) des Bundeszentralamtes für Steuern

---

<sup>58</sup> BVerfG v. 27.6.1991, BVerfGE 84, 239 ff., Tz. 110, 111 und 113.

Kenntnis von steuerrelevanten Beteiligungen erhält, die zumindest potenziell dann einer Besteuerung zugeführt werden können.

Ob dieses Faktum ausreichend ist, um nach Maßgabe des BVerfG wirklich ein rechtliches strukturelles Vollzugsdefizit auszumachen, muss zwar einer eigenständigen Erörterung vorbehalten bleiben. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass faktisch weder die den Steuerpflichtigen betreffenden erhöhten gesetzlichen Mitwirkungspflichten bei Auslandssachverhalten noch der die Staaten betreffende (automatische) Informationsaustausch ausreichende Instrumentarien darstellen, um in der Praxis auch nur annähernd einen gleichmäßigen Besteuerungsanspruch herzustellen.

#### **d. Gewerbesteuer**

Erstaunlicherweise ist gerade die inlandsradizierte Gewerbesteuer die Wurzel allen Übels für viele Probleme des internationalen Steuerrechts. Dies gilt – natürlich – insbesondere für den Bereich der grenzüberschreitenden Sondervergütungen bei internationalen Personengesellschaften<sup>59</sup>, aber auch beispielsweise für die grenzüberschreitende Verlustverrechnung und den Betriebsstättenbegriff, wie *Scheffler* kürzlich in einem lesenswerten Beitrag zusammengefasst hat.<sup>60</sup>

Ein Gleiches trifft auch auf das Spannungsfeld zwischen Hinzurechnungsbesteuerung und Gewerbesteuer zu<sup>61</sup>, und zwar dort in Bezug auf die Rechtsfolgende: Erstens ist zu konstatieren, dass (immer noch) keine Anrechnung ausländischer Steuern (hier der ausländischen Steuern der Zwischengesellschaft für Zwecke der Steueranrechnung nach § 12 AStG) auf die Gewerbe-

---

<sup>59</sup> Dazu statt vieler *Haase/Steierberg*, IWB 2014, 4, 6 f.

<sup>60</sup> ISR 2017, 63 ff.

<sup>61</sup> Dazu *Reiser/Cortez*, ISR 2013, 77 ff.

steuer vorgesehen ist.<sup>62</sup> Die von Deutschland abgeschlossenen DBA benennen zwar in der Art. 2 OECD-MA entsprechenden Vorschrift die Gewerbesteuer regelmäßig als unter das Abkommen fallende Steuer<sup>63</sup>, jedoch vollzieht sich auch bei Bestehen eines DBA die Anrechnung nach den Vorschriften des nationalen Rechts, und dieses sieht über § 34c EStG und § 26 KStG hinaus de lege lata keine Anrechnung auf die Gewerbesteuer vor.<sup>64</sup> Das ist besonders bedauerlich, weil die Gewerbesteuer gewöhnlich oft rund die Hälfte der Gesamtsteuerbelastung eines inländischen Körperschaftsteuersubjekts ausmacht<sup>65</sup> und sie auch bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften trotz der Steuerermäßigung nach § 35 EStG jedenfalls nennenswert zu

---

<sup>62</sup> Vgl. *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2017, Rdn. 336 m.w.N. Eine Steueranrechnung nach § 34c Abs. 1 EStG oder nach § 26 Abs. 1 KStG kann ohnehin keinen Einfluss auf die Gewerbesteuer haben, da die Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer der Gewerbeertrag ist (vgl. § 6 GewStG) und sich dieser nach dem nach den Vorschriften des EStG oder KStG ermittelten Gewinn richtet (§ 7 S. 1 GewStG). Dieser Gewinn bleibt aber von den Steuerermäßigungsvorschriften der §§ 34c Abs. 1 EStG, 26 Abs. 1 KStG unberührt. Hingegen wirkt sich der Steuerabzug nach § 34c Abs. 2 und 3 EStG (ggf. i.V.m. § 26 Abs. 6 Satz 1 KStG) durchaus mindernd auch auf den Gewerbeertrag aus, sofern nur die Einkünfte in den Gewerbeertrag einbezogen wurden. Als Korrektiv wirkt hier deshalb die spezielle Hinzurechnungsvorschrift § 8 Nr. 12 GewStG. Zum Spezialfall der Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf die Gewerbesteuer vgl. aber *Becker/Loose*, IStR 2012, 57 ff.

<sup>63</sup> Vgl. *Mai* in *Haase* (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, Heidelberg 2016, Art. 2 OECD-MA Rdn. 26.

<sup>64</sup> Die Nichtanrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer entspricht der (bislang) ganz h.M., weil es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Richtig ist allerdings, dass die Anrechnung geboten und auch wünschenswert wäre. Insofern gab es in der jüngeren Vergangenheit Versuche, die Anrechnung in bestimmten Konstellationen auch de lege lata dogmatisch zu begründen, vgl. beispielsweise *M. Frotscher* in *Lüdicke/Mössner/Hummel* (Hrsg.), FS für Gerit Frotscher, Freiburg 2013, 117 ff.; *Haarmann* in *Lüdicke/Mellinghoff/Rödter* (Hrsg.), FS für Dietmar Gosch, München 2016, 130 ff. Als Rechtsgrundlage für die Annäherung an den Inlandsfall wird jüngst zunehmend sogar Art. 3 Abs. 1 GG in Stellung gebracht, vgl. statt vieler *Gläser/Birk*, ISR 2015, 233, 236; *Schnorberger/Dust/Golz*, IStR 2014, 269, 272; *Schreiber/Kraft*, IStR 2015, 149, 154, jeweils m.w.N. Ob das zutreffend ist oder nicht, wird davon abhängen, inwiefern man den Inlandsfall und den grenzüberschreitenden Fall einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als „wesentlich gleich“ erachten kann. M.E. lässt sich eine Gleichheit systematisch kaum begründen.

<sup>65</sup> Vgl. *Reiser/Cortez*, ISR 2013, 77.

Buche schlägt. Zweitens potenziert sich das Problem, wenn auch der Hinzurechnungsbetrag i.S.d. § 10 Abs. 2 S. 1 AStG der Gewerbesteuer unterliegt.

#### e. „Strafbesteuerung“

„Der Gesetzesentwurf ist in keiner Weise darauf gerichtet, ins Ausland reichende Sachverhalte, nur weil sie aus dem Bereich der deutschen Besteuerung hinausführen, einer steuerlichen Erschwerung zu unterwerfen. Er bringt keine steuerliche Bestrafung.“<sup>66</sup> Die Gesetzesbegründung zum AStG, der diese Passage entnommen ist, geht mithin unmissverständlich davon aus, dass der inländische Steuerpflichtige aufgrund seiner Beteiligung an einer Zwischengesellschaft nicht schlechter gestellt sein soll, als wenn er sein wirtschaftliches Engagement im Inland ausgeübt hätte.

Aufgrund der eben schon angesprochenen Gewerbesteuerpflicht des Hinzurechnungsbetrags sowie der Nichtanrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbesteuer wird man insoweit nicht von einer Erreichung dieses Ziel sprechen können.<sup>67</sup> Im Gegenteil: Die Gewerbesteuer führt nahezu stets zu einer Schlechterstellung des Auslandsinvestments gegenüber dem reinen Inlandsfall.<sup>68</sup> Hiermit hat es aber nicht sein Bewenden: Insbesondere § 10 Abs. 2 S. 3 AStG, der die steuerlichen Begünstigungen für Dividenden bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags versagt, deutet auf den ersten Blick ebenfalls in eine andere Richtung.

Allerdings ist zu bedenken, dass diese Vorschrift nur die Besteuerung beim Beherrschungsbeteiligten, also auf Gesellschafterebene, regelt. Die Besteuerung der Zwischengesellschaft selbst findet unabhängig davon und im Ausland statt, so dass man die vollständige Erfassung des Hinzurechnungsbetrags in der inländischen Bemessungsgrundlage damit rechtfertigen könnte, dass die Gesellschaftsebene letztlich dem inländischen Besteuerungszugriff konzeptionell entzogen bleibt.<sup>69</sup> Andererseits wiederum gewährt § 10 Abs. 1

---

<sup>66</sup> BT-Drs. VI/2886, S. 16 Tz. 14.

<sup>67</sup> Siehe statt vieler nur *Schreiber/Kraft*, IStR 2015, 149 ff.

<sup>68</sup> Nachweise bei *Kraft/Mauch*, IWB Nr. 5 v. 17.3.2017, 175 ff. (konkret für Immobilieninvestments).

<sup>69</sup> So etwa *Rödter*, IStR 2009, 873, 874; *Röttig/Protzen*, IStR 2000, 548, 551. Allein ein Einkommensteuersatz von 30,23 % wäre aber in Verbindung mit einem unterstellten Gewerbesteuerhebesatz von 435 % im Stande, die fehlende steuerliche Vorbelastung der Zwischengesellschaft zu kompensieren, vgl. *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 115 m.w.N.

S. 1 AStG – insoweit eigentlich systemwidrig – den Abzug der Steuern, die zulasten der Zwischengesellschaft erhoben worden sind, von der inländischen Bemessungsgrundlage bzw. es gewährt § 12 Abs. 1 AStG alternativ hierzu die Steueranrechnung der ausländischen Steuer. Hierüber wird bei natürlichen Personen die Anwendung des individuellen Steuersatzes bzw. bei Körperschaften die vollständige Erfassung des Hinzurechnungsbetrags zumindest ein wenig kompensiert.

Abseits dessen bleibt festzuhalten, dass das durch die genannte Gesetzesbegründung angestrebte Ziel in praxi oft verfehlt wird: Die Beteiligung an einer Zwischengesellschaft kann für den daran beteiligten Steuerinländer zu einer echten Mehrbelastung werden. So haben etwa *Kraft/Quilitzsch* nachgewiesen, dass die in § 8 Abs. 3 AStG normierte Niedrigsteuergrenze von 25 % im Zusammenspiel mit der Anrechnung nach § 12 Abs. 1 AStG, die wie die allgemeinen Vorschriften §§ 34c EStG, 26 KStG gleichsam systemimmanent das Entstehen sog. Anrechnungsüberhänge<sup>70</sup> zulässt, (v.a. im Nicht-DBA-Fall) zu einer nicht zu rechtfertigenden Überbesteuerung führen kann.<sup>71</sup> Dies wirkt sich insbesondere bei einem ausländischen Steuersatz zwischen 15 % und 25 % nachteilig aus.<sup>72</sup>

Auch aus einer zeitlichen Inkongruenz zwischen Steueranrechnung und dem in § 10 Abs. 2 S. 1 AStG genannten Zeitpunkt für den Ansatz des Hinzurechnungsbetrags kann sich schließlich eine Strafbesteuerung ergeben, denn der Zufluss des Hinzurechnungsbetrags erfolgt fiktiv eine logische Sekunde nach Ablauf des maßgebenden Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft.<sup>73</sup> Ein Gleiches gilt für tatsächliche, aus der Zwischengesellschaft vorgenommene Ausschüttungen unter Anwendung von § 3 Nr. 41 lit. a) EStG, und zwar in Abhängigkeit vom Ausschüttungszeitpunkt. Gesamtsteuerbelastun-

---

<sup>70</sup> Zur damit einhergehenden, verfassungsrechtlich bedenklichen Strafbesteuerung vgl. *Haarmann*, IStR 2011, 565, 572; *Schaumburg/Schaumburg*, StuW 2005, 306, 311; *Hey*, StuW 2008, 167, 171; *dies.*, Spezialgesetzgebung und Typologie zum Gestaltungsmissbrauch, in: Hüttemann (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht, Köln 2010, 139, 168; *Thiel*, FR 2007, 729, 730.

<sup>71</sup> ISR 2012, 109 ff.

<sup>72</sup> So auch *Schnitger*, IStR 2011, 328, 329.

<sup>73</sup> *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, Heidelberg 2016, § 10 AStG Rdn. 55 (mit Beispielen zum Abweichen von Kalenderjahr und Wirtschaftsjahr).

gen von über 60 % können im Einzelfall die Folge sein.<sup>74</sup> Hinzu tritt nach jüngster BFH-Rechtsprechung auch innerhalb des 7-Jahres-Zeitraums die Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG, was zu einer weiteren wirtschaftlichen Doppelbelastung führt.<sup>75</sup> Mit einer von der Gesetzesbegründung getragenen Besteuerung hat all dies ersichtlich nichts zu tun.

## **f. Unbestimmte Rechtsbegriffe**

Es ist unmittelbar einsichtig, dass sich gerade im „Massenfallrecht“ der Ertragsbesteuerung die zugrunde liegenden Rechtsnormen nahezu zwingend unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen müssen, um jeden theoretisch denkbaren Einzelfall abbilden und einer eindeutigen Lösung zuführen zu können. Auf der anderen Seite verlangt der Steuerbürger nach klaren, widerspruchsfreien und zumindest einigermaßen praktisch rechtssicher zu handhabenden Regelungen.

Auch wenn es in dogmatischer Hinsicht zu beklagen ist, dass das Bundesverfassungsgericht das Folgerichtigkeitsgebot als „alter ego“ des Leistungsfähigkeitsprinzips im Steuerrecht (bislang) nicht hinreichend effektuiert hat<sup>76</sup>, so ist doch festzustellen, dass die Besteuerung sich an den Geboten der Konsistenz, der Widerspruchsfreiheit und der Systemgerechtigkeit messen lassen sollte. Auch wenn sich das BVerfG insoweit vergleichsweise früh zum Anwalt des Steuerbürgers aufgeschwungen hatte, als es in den 1960er Jahren befand, dass der Steuerpflichtige in der Lage sein müsse, „anhand des Gesetzestextes“ die auf ihn entfallende Steuerlast zu berechnen<sup>77</sup>, so blieb es bis dato weit hinter den damit geschürten Erwartungen zurück.

Kaum jemals hat das Gericht bislang steuerliche Vorschriften aufgrund eines Verstoßes gegen das Gebot der Normenklarheit (als spezielle Ausprägung des grundgesetzlich verbürgten Bestimmtheitsgebots) verworfen,<sup>78</sup> obschon nach diesen Maßstäben zahlreiche Vorschriften allein des EStG für verfas-

---

<sup>74</sup> *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109, 115.

<sup>75</sup> Urteil v. 26.4.2017, I R 84/15.

<sup>76</sup> Siehe die Nachweise bei *Hey*, StuW 2015, 1, 9; zum Ganzen bereits *Haase*, IStR 2015, 313 ff.

<sup>77</sup> BVerfG v. 10.10.196, BVerfGE 13, 153, 161.

<sup>78</sup> Erstmals wohl im Jahr 2007 zu § 93 Abs. 8 AO a.F., vgl. BVerfG v. 13.6.2007, verbundene Rs. mit den Az. 1 BvR 1550/03, 2357/04 und 603/05, BStBl. 2007, 896 ff.

sungswidrig erklärt werden müssten.<sup>79</sup> Das BVerfG begnügt sich hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots vielmehr damit, dass steuerliche Normen schon dann als hinreichend bestimmt gelten sollen, wenn Finanzverwaltung und Finanzgerichte etwaig auftauchende Zweifelsfragen mithilfe der anerkannten Auslegungsmethoden beantworten können.<sup>80</sup> Befriedigend ist diese Art der „richterlichen Notwehr“ zwar nicht, aber die Anwendungspraxis hat sich weitgehend darauf eingestellt und der betroffene Steuerbürger offensichtlich ebenso.

Das Steuerrecht insbesondere ist Eingriffsverwaltung par excellence. Es muss nach Tatbestand und Rechtsfolge hinreichend klar sein, was vom Steuerbürger erwartet wird, damit er sein Verhalten daran ausrichten kann. Diesem Anspruch genügen weder die bereits genannten Regeln zu Klein- und Kleinstbeteiligungen im Rahmen der Bestimmung der Inländerbeherrschung, noch insbesondere der zentrale Tatbestand des § 8 Abs. 1 AStG zu den passiven Tätigkeiten. Beispielhaft sei nur einmal die Rückausnahme aus § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG herausgegriffen: Auch der konzerninterne Handel führt zu aktiven Einkünften, wenn und soweit der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass die ausländische Gesellschaft einen für derartige Handelsgeschäfte in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unterhält und die zur Vorbereitung, dem Abschluss und der Ausführung der Geschäfte gehörenden Tätigkeiten „ohne Mitwirkung eines solchen Steuerpflichtigen oder einer solchen nahe stehenden Person“ ausgeübt werden.

Was genau nun eine schädliche Mitwirkung in diesem Sinne ist, beantwortet das Gesetz nicht. Die „Erläuterung“ in Tz. 8.1.4.3.1 AEASTG<sup>81</sup> gibt zwar Anhaltspunkte, hat aber keine Gesetzeskraft und ist zudem freischaffend erfunden. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt ebenfalls nicht vor. Wie soll nun der steuerpflichtige Inländer wissen, ob etwa ein zwingendes Weisungsrecht, das das Gesellschaftsstatut der Zwischengesellschaft ggf. vorsieht<sup>82</sup>, eine solche schädliche Mitwirkung begründet oder nicht? Hierzu mag man, auch als Berater, verschiedene, ggf. gut begründbare Auffassungen haben. Rechtssicherheit in diesem Bereich suchen jedoch alle Beteiligten verge-

---

<sup>79</sup> So *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Auflage, Heidelberg 2017, Rdn. 175.

<sup>80</sup> BVerfG v. 12.10.2010, BVerfGE 127, 335 ff.

<sup>81</sup> Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, BMF v. 14.5.2004, IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernummer 1/2004.

<sup>82</sup> Etwa vergleichbar dem (jedoch dispositiven) § 37 Abs. 1 GmbHG.

bens. Dies ist in Bezug auf die Hinzurechnungsbesteuerung besonders fragwürdig, weil der Steuerpflichtige ggf. schneller als in anderen Bereichen des Steuerrechts mangels besserer Erkenntnis einerseits seinen erhöhten Mitwirkungspflichten (§§ 16 f. AStG)<sup>83</sup> nicht nachkommen kann und sich andererseits zumindest potenziell dem Anwendungsbereich des § 370 AO annähert, ohne dies auch nur entfernt zu ahnen.

### **g. Nahezu keine Gestaltungsanfälligkeit**

Die Vorschriften der Hinzurechnungsbesteuerung sind kaum gestaltungsanfällig. Wer sich als inländischer Steuerpflichtiger zu 100 % an einer ausländischen, niedrig besteuerten Gesellschaft beteiligen möchte, dem wird es als Beraterhinweis kaum genügen, er könne sich zu maximal 50 % beteiligen, um § 7 Abs. 1 S. 1 AStG zu umgehen: Das wirtschaftliche Ergebnis ist schließlich dann ein gänzlich anderes als bei einer echten Mehrheitsbeteiligung, und die zivilrechtliche Absicherung der Entscheidungsbefugnisse wird schnell zur Herkulesaufgabe.

Die Hinzurechnungsbesteuerung ist sicherlich – wie hier dargestellt – konzeptionell überschießend, im Detail wenig präzise formuliert und zum Teil nicht mehr zeitgemäß. Eines aber kann man dem historischen Gesetzgeber m.E. nicht zum Vorwurf machen, nämlich dass der Tatbestand des § 7 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 AStG nicht im Vergleich zu anderen Steuernormen nicht „waserdicht“ formuliert wäre.

Echte Gestaltungsmöglichkeiten in dem Sinne, dass ein Sachverhalt „an sich“ unter die Hinzurechnungsbesteuerung fiel, er aber aufgrund formaler Steuerplanung unter Beibehaltung desselben wirtschaftlichen Ergebnisses nunmehr gerade nicht von den Rechtsfolgen erfasst wird, gibt es kaum. Und wenn sie vorgeschlagen werden, wie es kürzlich etwa für die „nachgelagerte Hinzurechnungsbesteuerung“ versucht wurde<sup>84</sup>, dann wirkt dies eher wie ein „untauglicher Versuch“ auf der Grundlage einer sehr formaljuristischen Betrachtungsweise, die den Normzweck außer Betracht lässt.

Auch die vom Verfasser dieser Schrift in seinem Werk „Die Hinzurechnungsbesteuerung“<sup>85</sup> vorgestellten „Gestaltungsmöglichkeiten“ verdie-

---

<sup>83</sup> Zu Steuererklärungspflichten in der Hinzurechnungsbesteuerung *Kraft*, IStR 2011, 897 ff.

<sup>84</sup> *Kollruss*, IStR 2017, 447 ff.

<sup>85</sup> *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015.

nen diese Bezeichnung daher im Grunde nicht, weil sie entweder auf einem anderen wirtschaftlichen Ergebnis oder schlicht einem anderen Sachverhalt basieren. Wenn der inländische Steuerpflichtige der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegt, weil er an den Dienstleistungen oder dem Handelsgeschäft der ausländischen Gesellschaft schädlich mitwirkt, so mag man ihn darauf verweisen, dass stattdessen eine Mitwirkung im Ausland ansässiger<sup>86</sup>, ihm nahe stehender Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG vorzugswürdig wäre, weil so die Hinzurechnungsbesteuerung vermieden werden könne.<sup>87</sup> Das ist zwar zutreffend, aber auch ein anderer Sachverhalt, der zudem nicht umsetzbar ist, wenn der Steuerinländer auch im Inland verbleiben möchte oder die im Ausland ansässige nahe stehende Person nicht über das gleiche Know-how verfügt.

Nun ließe sich argumentieren, dass die fehlende Gestaltungsanfälligkeit gerade ein Kennzeichen guter Arbeit des Steuergesetzgebers sei. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, der basierend auf Art. 3 Abs. 1 GG in § 85 Abs. 1 AO seine normative Anknüpfung hat, kann dem nur zugestimmt werden. Umso wichtiger ist es dann aber im Gegenzug, dass ein solches Gesetz den Grundsatz der Normenklarheit wahrt, dass seine Komplexität auf ein Mindestmaß zurückgenommen wird und dass das Gebot einer realitätsgerechten, folgerichtigen Umsetzung des Belastungsgrundes in der Bemessungsgrundlage des Einzelsteuergesetzes beachtet wird.<sup>88</sup>

## **h. Treaty override**

Aufgrund der Rechts- und Steuerrechtssubjektivität ausländischer Kapitalgesellschaften muss die Hinzurechnungsbesteuerung de lege lata die steuerliche Abschirmwirkung dieser Gesellschaften jedenfalls wirtschaftlich durchbrechen, um zu einer Besteuerung im Inland zu gelangen: Der Ertrag der ausländischen Zwischengesellschaft wird als Dividende fingiert, was aber nichts daran ändert, dass er wirtschaftlich durch die Zwischengesell-

---

<sup>86</sup> Beachte: Auch eine beschränkte Steuerpflicht kann bereits für die schädliche Mitwirkung ausreichen vgl. Tz. 8.1.5.2.2. AEASTG.

<sup>87</sup> *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015, 97.

<sup>88</sup> Dazu etwa BVerfG v. 22.6.1995, BVerfGE 93, 121 ff. sowie BVerfG v. 30.9.1998, BVerfGE 99, 88 ff.

schaft erzielt wird und daher nach der Grundregel des Art. 7 Abs. 1 S. 1 OECD-MA nur in deren Ansässigkeitsstaat zu besteuern wäre.<sup>89</sup>

Die gleichwohl vorgenommene Besteuerung im Inland wird sodann gegenwärtig konzeptionell über § 20 Abs. 1 AStG sichergestellt, der spätestens nach Streichung des § 10 Abs. 5 AStG a.F. nach wohl herrschender, m.E.<sup>90</sup> zutreffender Meinung einen offenen Treaty override sowohl hinsichtlich der §§ 7 ff. AStG als auch hinsichtlich des § 20 Abs. 2 AStG darstellt (Alt. 1 und Alt. 2 des § 20 Abs. 1 AStG),<sup>91</sup> sofern sich Deutschland (insbesondere in älteren DBA) nicht die Hinzurechnungsbesteuerung explizit vorbehalten hat.<sup>92</sup> Die §§ 7 ff., 20 Abs. 2 S. 1 AStG gehen daher etwaigen DBA vor bzw. überschreiben diese. Verbleibende dogmatische Zweifel in diesem Spannungsfeld könnten nach erfolgreicher NZB in dem anhängigen BFH-Verfahren I B 65/15 geklärt werden.<sup>93</sup>

Ungeachtet dessen hat das BVerfG – wenn auch in anderem Zusammenhang – durch Beschluss v. 15.12.15<sup>94</sup> in einer Grundsatzentscheidung für Recht

---

<sup>89</sup> Der Einwand der deutschen Finanzverwaltung (weitere Nachweise bei *Rupp* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 20 AStG Rdn. 35), ein Treaty override liege nicht vor, weil die fiktive Dividende allein an Art. 10 OECD-MA zu messen sei, geht ungeachtet der Tatsache fehl, dass auch auf andere fiktive Dividenden wie etwa die grenzüberschreitende vGA i.d.R. der Art. 10 OECD-MA anwendbar ist. Denn anders als bspw. bei der vGA, die eine gänzlich fiktive Einkünftezurechnung vorsieht, ist der HZB wirtschaftlich unterlegt und wird letztlich aus den Einkünften der Zwischengesellschaft gespeist, die nicht im Inland zu versteuern sind.

<sup>90</sup> In Abkehr von meiner zuvor in *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2017, Rdn. 572b geäußerten Rechtsauffassung.

<sup>91</sup> Vgl. statt vieler die Diskussion bei *Rupp* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 20 AStG Rdn. 30 ff. (i.E. insbesondere Rdn. 38 und 62), und bei *Kraft/Schreiber*, FR 2015, 328 ff., jeweils m.w.N.; ebenfalls zustimmend *Rödder/Schumacher*, DStR 2003, 805 ff.; *Schönfeld/Hoene*, IStR 2013, 349 ff.; a.A. ausführlich *Musil*, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht, Diss., Berlin 2000, 79 ff.; ebenfalls a.A. FG München v. 27.4.2015, 7 K 2819/12, EFG 2015, 1344 ff.

<sup>92</sup> Dazu *Wassermeyer*, IStR 2000, 65 ff.

<sup>93</sup> Siehe zum erstinstanzlichen Urteil des FG München v. 27.4.2015 (Az. 7 K 2819/12) *Kraft*, IStR 2016, 43 ff.

<sup>94</sup> Az. beim BVerfG: 2 BvL 1/12, DStR 2016, 359 ff.; zum Ganzen instruktiv *Gosch*, BFH/PR 2012, 235 ff.; *Lüdicke*, DB 2012, Heft 21, M 1; *Mitschke*, FR 2012, 467 ff.; *Schwenke*, FR 2012, 443 ff.

erkannt, dass eine Überschreibung eines DBA durch innerstaatliches Gesetz verfassungsrechtlich zulässig sei. Der Gesetzgeber sei auch dann nicht am Erlass eines zeitlich späteren Gesetzes gehindert, wenn dieses zu völkerrechtlichen Verträgen i.S.v. Art 59 Abs. 2 S. 1 GG im Widerspruch stehe. Nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG komme völkerrechtlichen Verträgen, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich speziellerer Öffnungsklauseln (Art. 1 Abs. 2, 23, 24 GG) fallen, innerstaatlich der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. In diesem Fall verlange das Demokratieprinzip, dass spätere Gesetzgeber die Rechtssetzungsakte früherer Gesetzgeber innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen revidieren können. Etwas anderes folge weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Auch letzterer habe zwar Verfassungsrang, beinhalte jedoch keine Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Normen. Diese Rechtsprechung ist in einem weiteren Verfahren durch den BFH auf die einem DBA zeitlich vorgehende nationale Norm übertragen worden.<sup>95</sup>

Die Entscheidung des BVerfG ist mit nur einem Sondervotum ergangen und darf somit im Grundsatz als einstimmig bezeichnet werden. Formaljuristisch mag man der Entscheidung zustimmen, auch wenn Zweifel verbleiben.<sup>96</sup> Sie ist aber außenpolitisch fragwürdig, weil Deutschland in der internationalen Staatengemeinschaft nahezu als einziger Staat sehr weitreichend vom Treaty override Gebrauch macht. Die Entscheidung ist zudem ein Signal an die deutsche Finanzverwaltung, mit „Einzelfallgesetzen“ systematisch inkonsistente DBA flächendeckend „reparieren“ zu dürfen.<sup>97</sup>

## **i. Komplexität**

Die Hinzurechnungsbesteuerung ist in ihrer Handhabung durchaus komplex. Als Beispiele mögen die Vorschriften über Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6, 6a AStG), das Verhältnis zum Investmentsteuerrecht (§ 7 Abs. 7 AStG) oder die „Dunkelnormen“ des § 8 Abs. 1 Nr. 9 und

---

<sup>95</sup> BFH v. 25.5.2016, I R 64/13, BFHE 254, 33 ff.

<sup>96</sup> Bedenken etwa bei *Hummel*, IStR 2016, 335 ff.

<sup>97</sup> Die einfachrechtlichen und verfassungsrechtlichen Fragen des Treaty override sollten damit weitgehend geklärt sein. Eine interessante neue Perspektive eröffnet indes *Lüdicke* in einem sehr lesenswerten Beitrag in IStR 2017, 289 ff. für das Verhältnis des Treaty override zu den abkommensrechtlichen Diskriminierungsverboten und den europäischen Grundfreiheiten.

10 AStG dienen, die zuweilen zu überraschenden Ergebnissen bei internationalen Umwandlungen führen. Auch der gesamte Aktivkatalog des § 8 Abs. 1 AStG, der unnötig verwirrend nach dem Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Prinzip aufgebaut ist, erschließt sich nicht auf den ersten Blick und erfordert ein genaues Studium des Gesetzestextes.<sup>98</sup> Das AStG ist schon lange zur Materie für Spezialisten geworden, das bestätigt die Anwendungspraxis immer wieder aufs Neue.

#### **j. Inkonsistenz von AStG und AEASTG**

Der Anwendungserlass zum AStG ist in weiten Teilen – man mag vermuten nicht zufällig – nicht mit dem Gesetzestext in Einklang zu bringen.<sup>99</sup> Dies wirft verfassungsrechtliche Fragen im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) jedenfalls dann auf, wenn sich die Interpretation der Finanzverwaltung nicht nur vom Norminhalt entfernt, sondern gleichsam neue Tatbestandsmerkmale aufstellt. Insgesamt begegnet uns die Inkonsistenz von AStG und AEASTG in drei Spielarten:

Fallgruppe (1): Es werden (neue) Tatbestandsmerkmale in Form von Bedingungen oder Erfordernissen aufgestellt, die sich im Gesetzestext nicht wiederfinden.

Fallgruppe (2): Es wird ein unklarer Gesetzestext ohne konkrete gesetzliche Anhaltspunkte tendenziell fiskalisch interpretiert.

Fallgruppe (3): Eine nicht im Gesetz ausdrücklich geregelte Fallkonstellation wird durch eine (mutmaßlich bewusst) vage Ausführung im AEASTG begleitet.

Der Rechtssicherheit ist keine dieser Fallgruppen zuträglich. Der Steuerpflichtige weiß – immerhin – lediglich, dass er sich auf Widerstand seitens der Finanzverwaltung einzustellen hat, wenn ein Sachverhalt entsprechenden Anlass bietet. Beispiele lassen sich zahlreich für alle drei Fallgruppen finden, es mag aber zur Illustrierung die folgende Auswahl genügen:

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG sind die Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Montage von Sachen, die Erzeugung von Energie sowie das Aufsuchen

---

<sup>98</sup> Dazu bereits *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015, 26 ff.

<sup>99</sup> Dazu bereits *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015, 1.

und die Gewinnung von Bodenschätzen aktive Tätigkeiten. Jede Produktionsstätigkeit ist im Grundsatz als aktive Tätigkeit anzusehen, soweit sie sich auf körperliche, bewegliche oder unbewegliche Sachen bezieht. Nach Auffassung der Finanzverwaltung muss hierbei allerdings jeweils „ein Gegenstand anderer Marktgängigkeit entstehen“, vgl. Tz. 8.1.1.2 AEASTG. Diese Voraussetzung erwähnt das Gesetz mit keiner Silbe (Fallgruppe 1).

Das folgende Beispiel verdeutlicht die Komplexität der Materie bei Fallgruppe 2: § 7 Abs. 6 Satz 2 AStG enthält eine Ausnahme von dem Grundtatbestand des § 7 Abs. 6 Satz 1 AStG, wenn die den Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter zugrunde liegenden Bruttoerträge nicht mehr als 10 % der den gesamten Zwischeneinkünften zugrunde liegenden Bruttoerträge der ausländischen Zwischengesellschaft betragen und die bei einer Zwischengesellschaft oder bei einem Steuerpflichtigen hiernach außer Ansatz zu lassenden Beträge insgesamt 80.000 € nicht übersteigen. Fraglich ist nun, wie im Hinblick auf die herabgesetzte Beherrschungsbeteiligung bei nachgeschalteten Zwischengesellschaften (§ 14 AStG) zu verfahren ist. Präziser gesagt steht in Frage, ob bei feststehenden Einkünften mit Kapitalanlagecharakter auf der Ebene einer Untergesellschaft eine Hinzurechnungsbesteuerung i.E. auch dann zum Tragen kommt, wenn auf der Ebene der Obergesellschaft, die passive oder sogar aktive sonstige Einkünfte erzielt, die gewöhnliche, d.h. mehr als 50%ige Beherrschungsbeteiligung nicht gegeben ist.

Zur Frage der Auswirkung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter auf der Ebene einer Untergesellschaft auf die Beherrschungsbeteiligung gibt es – soweit ersichtlich – keinerlei Rechtsprechung. Auch in der Literatur wird einzig die Frage diskutiert, ob auf der Ebene der Untergesellschaft selbst bei feststehenden Einkünften mit Kapitalanlagecharakter eine Beteiligung von mehr als 50 % oder eine Beteiligung von mehr als 1 % erforderlich ist. Die wohl h.M. folgert aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 Satz 1 AStG („Beteiligung gemäß § 7“), dass auch die Obergesellschaft allein oder zusammen mit inländischen unbeschränkt Steuerpflichtigen an der Untergesellschaft Anteile oder Stimmrechte zu mehr als 50 % aufweisen müsse<sup>100</sup>, während andere Autoren auch eine Beteiligung im Sinne des § 7 Abs. 6 AStG als „Beteiligung gemäß § 7“ verstehen.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 14 AStG Rdn. 74.

<sup>101</sup> Dazu *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 16.

Der Streit ist durch die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang nicht entschieden. Vor diesem Hintergrund kann sich die hier interessierende Frage auch als Scheinproblem darstellen, wenn man der wohl h.M. folgt: Wir wollen annehmen, die Steuerinländer seien zu 40 % an der Obergesellschaft beteiligt. Die übrigen Anteile werden von Steuerausländern gehalten. Nehmen wir weiter an, die Obergesellschaft sei zu 100 % an der Untergesellschaft beteiligt. Vertritt man den insbesondere von *Wassermeyer* eingenommenen Standpunkt, so sind Steuerinländer mittelbar nur zu 44 % und damit nicht zu mehr als der Hälfte an der Untergesellschaft beteiligt, so dass eine Zurechnung nach § 14 AStG und damit auch eine Hinzurechnung ausscheidet. Dies gilt danach und m.E. zutreffend auch unabhängig von der Frage der Einkünfte, die die Untergesellschaft erzielt. Die Finanzverwaltung vertritt jedoch in Tz. 14.0.4 AEASTG die Auffassung, dass § 7 Abs. 6 Satz 1 AStG auch im Rahmen des § 14 AStG gelten müsse, so dass es nicht ratsam ist, eine solche Struktur aufzusetzen, selbst wenn die h.M. in der Literatur eine gegenteilige Auffassung vertritt.

Die hier aufgeworfene Frage wird im Schrifttum – soweit ersichtlich – nicht weiter problematisiert. Sie kann ohnehin nur relevant werden, wenn neben den zu prüfenden Steuerinländern weitere inländische Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind. Ihre Beantwortung kann vorliegend nur ergebnisoffen sein. Aus der Systematik des Gesetzes folgt zwar einerseits, dass die Beteiligungsvoraussetzungen stets bezogen auf die Tätigkeit der Gesellschaft zu prüfen sind. Erzielt eine Obergesellschaft daher keine Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter und liegt bei ihr keine Beherrschungsbeteiligung vor, erfolgt unabhängig von der Tätigkeit der Untergesellschaft auch keine Hinzurechnung.

Andererseits werden bei der Zurechnung nach § 14 AStG die Einkünfte der Untergesellschaft der Obergesellschaft so zugerechnet, als wenn diese sie selbst erzielt hätte.<sup>102</sup> Da die Einkünfte im Rahmen des § 7 Abs. 6 AStG aber auch die Beteiligungshöhe zu beeinflussen vermögen, besteht eine erhebliche Gefahr, dass nach erfolgter Zurechnung zur Obergesellschaft die herabgesetzte Beteiligungsschwelle auch für die Hinzurechnung gilt, weil die Einkünfte im Rahmen der Zurechnung nach § 14 AStG bei der Obergesellschaft nicht – z.B. in Beteiligungserträge – unqualifiziert werden.<sup>103</sup> Die Einkünfte

---

<sup>102</sup> *Hauswirth* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 14 AStG Rdn. 56.

<sup>103</sup> Statt vieler *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 14 AStG Rdn. 83. Auch der BFH ist dieser Auffassung, vgl. Urteil v. 28.9.1988, Az.: I R 91/87, BStBl. II 1989, 13 ff.

würden daher auch bei der Obergesellschaft Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter bleiben, wo originär über die Hinzurechnung entschieden werden würde.

Da jedenfalls die 1%ige Beteiligungsschwelle bei den Steuerinländern annahmegemäß erreicht wäre, käme es bei einem solchen Verständnis des Gesetzes zu einer Hinzurechnungsbesteuerung. Rechtssicherheit in der Beratungspraxis kann aufgrund der nicht eindeutigen Aussagen in der Literatur sowie der umgekehrt sehr klaren Festlegung der Verwaltung im AEASStG daher in praktischer Hinsicht nur über eine verbindliche Auskunft erreicht werden.

### **k. Gegenwärtiges steuerpolitisches Umfeld**

Die anstehende Reform der Hinzurechnungsbesteuerung fällt, auch im Spiegel der letzten Jahrzehnte, in eine Zeit, die international-steuerlich betrachtet bedeutsamer und spannender kaum sein könnte. Die Geschwindigkeit, mit der sich das System des internationalen Steuerrechts verändert, ist gegenwärtig historisch beispiellos. Das auf die Vermeidung von Gewinnverlagerungen und die enge Orientierung der Besteuerung an der wirtschaftlichen Wertschöpfung ausgerichtete, global angelegte BEPS-Projekt<sup>104</sup> der OECD, das mit seinem Aktionspunkt 3<sup>105</sup> anknüpfend an das 1. Generalthema des IFA-Kongresses 2013 in Kopenhagen<sup>106</sup> CFC-Regeln zum Gegenstand hatte, ist weitgehend auf der Zielgeraden, und mit dem sog. Multilateralen Instrument<sup>107</sup> ist, ungeachtet aller berechtigter Kritik<sup>108</sup>, unbestritten ein steuerpolitisches Mammutprojekt nie gekanntem Ausmaßes auf den Weg gebracht worden. Dass sich derart viele Staaten trotz der unbestritten unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessenlagen breitflächig auf neue Standards in

---

<sup>104</sup> Im Internet abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>.

<sup>105</sup> Siehe zu diesem Aktionspunkt auch den finalen OECD-Bericht vom 5.10.2015, im Internet abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>.

<sup>106</sup> „The taxation of foreign passive income for groups of companies“; Landesberichte u. Generalbericht zum 67. IFA-Kongress in Kopenhagen, Cahiers de droit fiscal international, 2013; dazu *Schönfeld*, IStR 2013, 590 ff.

<sup>107</sup> Abrufbar im Internet inklusive der (sehr umfangreichen) Erläuterungen unter <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>.

<sup>108</sup> Etwa *Haase*, IWB 2017, 16 ff.; *ders.*, StuB 2017, 351 ff.

vielen wichtigen Steuerbereichen einigen konnten, ist sicherlich neben dem steuerpolitischen Rückenwind auch dem Zeitgeist geschuldet. Steuerhinterziehung und Steuervermeidung gelten in vielen Staaten schon lange nicht mehr als Kavaliersdelikt.

Dass gegenwärtig Maßnahmen gegen Gewinnverlagerungen und Steuerflucht en vogue sind, darf angesichts der Enthüllungen über Lux Leaks<sup>109</sup>, Panama Papers<sup>110</sup> oder die in manchen europäischen Staaten zu beobachtende präferenzielle Besteuerung US-amerikanischer Internet-Konzerne<sup>111</sup> auch nicht weiter verwundern. Sowohl national als auch international wurde eine tatsächliche oder manchmal auch nur behauptete<sup>112</sup> „öffentliche Meinungsbildung“ sowie ein darauf gründender politischer Impetus genutzt, um entsprechende Regelungen gleichsam im Parforceritt zu verabschieden. Zudem wurden gegen Gewinnverlagerungen jüngst auch Instrumentarien in Stellung gebracht, die man jahrzehntelang nicht im Steuerrecht verortet hatte, wie etwa die Regeln des Europäischen Beihilferechts.<sup>113</sup>

Darüber hinaus drängt neuerdings auch die EU als Regelungsgeber machtvoll vor und scheint angesichts der Tragweite des Maßnahmenpakets zur Steuervermeidung<sup>114</sup> aus Januar 2016 sowie des Maßnahmenpakets zur

---

<sup>109</sup> EU-Kommissarin *Margrethe Vestager* hatte am 8.6.2015 ausgewählte Steuerbescheide verschiedener inländischer Unternehmen angefordert, um zu prüfen, ob sich auch deutsche Konzerne ähnlich den US-amerikanischen Internetfirmen durch Absprachen mit ausländischen Steuerverwaltungen einen Wettbewerbsvorteil verschafft haben. Die EU-weite Prüfung in 28 Staaten lief bereits seit Dezember 2014.

<sup>110</sup> Dazu sowie zur gesetzgeberischen Reaktion in Form des Steuerumgehungs-bekämpfungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften; BGBl. I 2017, 1682 ff.) ausführlich *Beckschäfer*, ZRP 2017, 41 ff.; v. *Schweinitz/Schneider-Deters*, IStR 2017, 344 ff.

<sup>111</sup> Grundlegend *Pinkernell*, IStR 2013, 180 ff.; *ders.*, StuW 2012, 369 ff.

<sup>112</sup> In diese Richtung argumentieren etwa *Schanz/Feller*, Wieso Deutschland (fast) keine BEPS-Bekämpfung braucht; arqus Discussion Paper No. 171, Juli 2014.

<sup>113</sup> Instruktiv *Lang*, IStR 2015, 369 ff.; *Risch*, BWGZ 2015, 443 ff.

<sup>114</sup> Sog. Anti-Tax-Avoidance Package, bestehend aus COM(2016) 24 final, COM(2016) 25 final, COM(2016) 26 final und COM(2016) 27 final (Mitteilungen der Kommission v. 28.1.2016).

Unternehmensbesteuerung<sup>115</sup> aus Oktober 2016 im Bereich der direkten Steuern geradezu aus ihrem Dornröschenschlaf erwacht zu sein. Neben die bereits genannte ATAD I tritt die ATAD II<sup>116</sup>, die Vorschriften zu hybriden Gestaltungen mit Drittstaaten enthält. Ferner bedeutet, anknüpfend an die EU-Schiedskonvention<sup>117</sup>, jedoch inhaltlich über Verrechnungspreisthemen hinausgehend eine neue EU-Richtlinie<sup>118</sup> zur Beilegung von Streitigkeiten über die Vermeidung von Doppelbesteuerungen zwischen Staaten einen deutlichen Quantensprung, weil endlich ein verpflichtendes und verbindliches Verständigungsverfahren eingeführt wird.

Perspektivisch wird die Überarbeitung der Richtlinie über die Zusammenarbeit der Steuerverwaltungsbehörden hinsichtlich des Austausches von Informationen über das wirtschaftliche Eigentum<sup>119</sup> eine wichtige Rolle spielen, während die Revitalisierung der Idee einer GK(K)B<sup>120</sup> selbst in ihrem nunmehrigen Zuschnitt auf Großunternehmen eher rückwärtsgerichtet anmutet und vermutlich doch nach wie vor am Einstimmigkeitserfordernis scheitern wird. Die allgegenwärtige Europaskepsis, die im Brexit möglicherweise leider nur ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden haben wird, erleichtert die Verabschiedung jedenfalls nicht. Die zumindest perspektivische GKKB wäre aber auch für die Hinzurechnungsbesteuerung insofern bedeutsam, als die unterschiedliche Gewinnermittlung in verschiedenen Staaten als Anreiz für Steuergestaltungen beseitigt würde und „lediglich“ der Wettbewerb zwischen Steuersätzen als möglicher Anreiz verbliebe. Einen weiteren Berüh-

---

<sup>115</sup> Vgl. zuletzt Rat der EU, Vermerk v. 12.12.2016 – 15254/16, wonach dieses Maßnahmenpaket unter der seinerzeitigen slowakischen Ratspräsidentschaft forciert werden sollte.

<sup>116</sup> RL EU 2017/952 v. 29.5.2017 zur Änderung der RL EU 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern (ABl. EU 2017 Nr. L 144 S. 1).

<sup>117</sup> RL 1990/436/EWG v. 20.8.1990, ABl. EG 1990 Nr. L 225 S. 10.

<sup>118</sup> Rat der EU, Vermerk v. 19.5.2017 – 9420/17. Die neue RL wird voraussichtlich im Zusammenhang mit Wirtschaftsjahren anwendbar sein, die ab dem 1.1.2018 beginnen, oder alternativ für Beschwerden, die ab dem 1.7.2019 durch den Steuerpflichtigen anhängig gemacht werden.

<sup>119</sup> RL 2016/2258 v. 6.12.2016, ABl. EU 2016 Nr. L 342 S. 1.

<sup>120</sup> Vorschlag der EU-Kommission v. 25.10.2016 für eine Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage – COM(2016) 685 final und dazu Rat der EU, Vorschlag v. 26.10.2016 – 13730/16; dazu jüngst Scheffer/Köstler, Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage – mehr als eine Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung; ifst-Schrift 518, 2017.

rungspunkt hat die Hinzurechnungsbesteuerung mit den Arbeiten an einer „Liste nicht kooperativer Drittstaaten“<sup>121</sup>, was nahtlos an die bisherigen Überlegungen des OECD Global Forum on Transparency anschließt.

Diese kleine Auswahl der steuerpolitischen Vorhaben im internationalen Kontext macht deutlich, dass für den nationalen Steuergesetzgeber eine besondere Herausforderung in der Zukunft dahingehend bestehen wird, die unterschiedlichen Regelungskreise fortwährend inhaltlich so aufeinander abzustimmen, dass dem Steuerpflichtigen unnötiger bürokratischer Aufwand, die Unmöglichkeit des Beibringens steuerrelevanter Daten oder Informationen oder gar Doppelbesteuerungen erspart bleiben. Da bildet auch die Hinzurechnungsbesteuerung keine Ausnahme. Zwar lassen sich Kollektiventscheidungen in supranationalen Organisationen selbst für verhandlungsmächtige Staaten nur bedingt beeinflussen – für die nationale Steuergesetzgebung allerdings gilt dies nicht. Hier sind der Steuergesetzgeber und auch das BMF in der moralischen Verantwortung, für ein folgerichtiges, maßvolles, zielgenaues und praktikables Steuerrecht zu sorgen. Hieran hat es in der Vergangenheit leider allzu oft gefehlt.

Als Beispiel für erhöhten Abstimmungsbedarf mag die vorgenannte Liste nicht kooperativer Staaten dienen. Wie verhält sie sich zu den in § 8 Abs. 2 S. 2 AStG Bedingungen für den Substanztest, sofern dieser ggf. künftig auch in Drittstaatenfällen Anwendung finden könnte? Da der Steuerpflichtige auf das Verhalten und die Kooperationsbereitschaft eines anderen Staates keinen Einfluss hat, dürften daran folglich richtigerweise auch keine negativen Steuerfolgen geknüpft sein.

---

<sup>121</sup> Rat der EU, Beratungsergebnisse vom 25.5.2016 – 9452/16.

## II. Lehren aus Cadbury Schweppes

### 1. Allgemeines

Es ist unmittelbar einsichtig, dass die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, die an die Beteiligung an einer ausländischen Körperschaft anknüpft und bei ihr – im Gegensatz zu einer Beteiligung an inländischen Körperschaften – das Trennungsprinzip negiert, erheblichen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist<sup>122</sup>. Beim EuGH war bis zu den jüngst durch den BFH initiierten Verfahren (Az. dort: I R 78/14<sup>123</sup> und I R 80/14<sup>124</sup>) noch kein Verfahren anhängig, dass den Kernbereich der deutschen nationalen Vorschriften der §§ 7 ff. AStG auf den Prüfstand des Europarechts gestellt hätte<sup>125</sup>. Der EuGH hatte indes in seinem wegweisenden Urteil vom 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>126</sup> vergleichbare Vorschriften der englischen Hinzurechnungsbesteuerung für unvereinbar mit dem Europarecht erklärt. Allgemein wurde seinerzeit erwartet bzw. gehofft, der deutsche Gesetzgeber werde schnell reagieren, um die Europarechtswidrigkeit für das deutsche Recht zu vermeiden<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> Vgl. die Prüfung einzelner Tatbestandsmerkmale der §§ 7 ff. AStG bei *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 60 ff.; differenzierend auch *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 684; instruktiv *Schön*, DB 2001, 940 ff.; *Rödter/Schönfeld*, IStR 2006, 49 ff.; *Sedemund*, BB 2006, 2119 ff.; *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 ff.; *Wassermeyer*, GmbHR 2006, 1065 ff.; *Köhler/Eicker*, DStR 2006, 1871 ff.; *Lieber*, FR 2006, 993 ff.; *Hahn*, IStR 2006, 667 ff.; *Wagner*, Der Konzern 2006, 784 ff.

<sup>123</sup> Dazu *Schönfeld*, IStR 2016, 416 ff. Das Verfahren ist bis zur Entscheidung in der Rs. I R 80/14 ausgesetzt.

<sup>124</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff.; Az. beim EuGH: C-135/17.

<sup>125</sup> Vgl. hingegen die an den EuGH gerichtete Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV im Beschluss des FG Münster v. 5.7.2005, Az.: 15 K 1114/99, EFG 2005, 1512 ff. zu § 20 Abs. 2 und 3 AStG a.F. und sodann das BFH-Urteil v. 21.10.2009, Az.: I R 114/08, BStBl. II 2010, 774 ff.

<sup>126</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (Slg. 2006, I-7995); zur Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung seinerzeit *Axer*, IStR 2007, 162 ff.

<sup>127</sup> *Körner*, IStR 2006, 675 ff.; *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 ff.; *Sedemund*, BB 2006, 2119 ff.; vgl. auch das Urteil in DB 2006, 2045 ff. mit Anmerkung von *Wassermeyer*. Aus jüngerer Zeit zur Europarechtswidrigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 ff.

Einstweilen hatte für die Übergangszeit jedoch nur das Bundesfinanzministerium reagiert und mit BMF-Schreiben vom 8.1.2007<sup>128</sup> klargestellt, dass die Hinzurechnungsbesteuerung – unter Hinweis auf eine stattdessen tunliche und exakte Prüfung von Fragen der Gewinnabgrenzung – in allen offenen Fällen nur dann nicht anzuwenden sei, wenn die inländerbeherrschte Zwischengesellschaft in einem EU-/EWR-Staat ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung hat und wenn der inländische Steuerpflichtige nachweist, dass die Gesellschaft „eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in diesem Staat ausübt. Im Einzelnen war das BMF-Schreiben zu Recht mannigfaltiger Kritik ausgesetzt.<sup>129</sup> Eine – wenn auch ebenfalls unzureichende – Korrektur erfolgte erst durch § 8 Abs. 2 AStG n.F.<sup>130</sup>

Konkreter entschied der EuGH zu den englischen CFC-Regeln, dass die Niederlassungsfreiheit beschränkt sei, wenn bei der Hinzurechnung ausländischer Gewinne nach dem Steuersatz im Sitzstaat der Tochter unterschieden werde. Dies könne Unternehmen davon abhalten, Tochtergesellschaften in Ländern mit einem niedrigeren Besteuerungsniveau zu gründen. Die Beschränkung sei allerdings gerechtfertigt, wenn „das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird“.<sup>131</sup> Allein das Ziel eines Unternehmens, seine Steuerlast zu minimieren, so der EuGH weiter, und dazu die in den Mitgliedstaaten bestehenden unterschiedlichen Körperschaftsteuersätze auszunutzen, begründe noch nicht die Annahme einer solchen missbräuchlichen Gestaltung – dies liegt also insoweit im Ergebnis auf einer Linie mit der o.g. Rechtsprechung des BFH in der Rs. VIII B 108/96.<sup>132</sup> Neben dem subjektiven Element müssen nach Ansicht des Gerichtshofs jedoch noch weitere, objektiv überprüfbare Kriterien hin-

---

<sup>128</sup> Az.: IV B 4 – S 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99 ff. und dazu *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 ff.

<sup>129</sup> Vgl. zur Kritik, dass auch das BMF-Schreiben vom 8.1.2007 die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der §§ 7 ff. AStG nicht beseitigte, statt vieler nur *Köplin/Sedemund*, BB 2007, 244 ff.

<sup>130</sup> Zum Substanztest einführend *Goebel/Palm*, IStR 2007, 720 ff.

<sup>131</sup> Tz. 55 des EuGH-Urteils v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995.

<sup>132</sup> Beschluss v. 20.5.1997, VIII B 108/96, BFHE 183, 174 ff. im Gliederungspunkt II.2.c) der Gründe.

zutreten.<sup>133</sup> Nur wenn „die beherrschte ausländische Gesellschaft nur mit einer fiktiven Ansiedlung zusammenhängt, die keine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats entfaltet, so ist die Gründung dieser beherrschten ausländischen Gesellschaft als eine rein künstliche Gestaltung anzusehen. Dergleichen könnte insbesondere bei einer Tochtergesellschaft der Fall sein, die eine „Briefkastenfirma“ oder eine „Strohfirma“ ist.“<sup>134</sup> Angesprochen sind damit also lediglich die typischen Briefkastengesellschaften.

Der neue § 8 Abs. 2 S. 1 AStG schließt nunmehr (inzwischen auch für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter) die Hinzurechnungsbesteuerung für inländisch beherrschte Gesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der EU/des EWR aus, wenn die Gesellschaft eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und der Steuerpflichtige dies nachweist. Die Finanzbehörde muss hierfür lediglich eine Nachprüfungsmöglichkeit im Wege der zwischenstaatlichen Amtshilfe haben. Ungeachtet der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 AStG ist danach eine Gesellschaft, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der EU/des EWR hat, nicht Zwischengesellschaft für Einkünfte, für die unbeschränkt Steuerpflichtige, die im Sinne des § 7 Abs. 2 AStG an der Gesellschaft beteiligt sind, nachweisen, dass die Gesellschaft insoweit einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat nachgeht. Weitere Voraussetzung ist, dass zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem jeweiligen ausländischen Staat auf Grund der Amtshilferichtlinie<sup>135</sup> oder einer vergleichbaren zwei- oder mehrseitigen Vereinbarung Auskünfte erteilt werden, die erforderlich sind, um die Besteuerung durchzuführen.<sup>136</sup> Eine solch zweiseitige Vereinbarung ist z.B. ein dem Art. 26 OECD-MA entsprechender Artikel in einem DBA.

Dennoch ist es nach wie vor im Einzelnen völlig ungeklärt, wie das Erfordernis „einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat“ zu ver-

---

<sup>133</sup> Tz. 67 des EuGH-Urteils v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995.

<sup>134</sup> Tz. 68 des EuGH-Urteils v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995.

<sup>135</sup> Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19.12.1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern und der Mehrwertsteuer (ABl. EG Nr. L 336 S. 15).

<sup>136</sup> Zu den Besonderheiten mangels eines DBA am Beispiel Liechtenstein *Kraft*, IStR 2010, 440 ff.

stehen ist.<sup>137</sup> In der Beratungspraxis bestehen hier ganz erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die konkreten Substanzanforderungen ausländischer Gesellschaften, denen sogleich konkreter unter Punkt II.3. nachgegangen wird.<sup>138</sup> Insbesondere ist unklar, wie sich § 8 Abs. 2 AStG zu den Anforderungen des BMF-Schreibens vom 8.1.2007<sup>139</sup> verhält. Dort waren Voraussetzungen aufgestellt worden, die sich einerseits aus dem EuGH-Urteil nicht ableiten ließen und die sich andererseits im nunmehrigen Gesetzeswortlaut nicht wieder finden.

In dem BMF-Schreiben hieß es zwar wörtlich gemäß der EuGH-Vorgabe, dass für die Vermeidung der §§ 7 ff. AStG eine „wirkliche wirtschaftliche Geschäftstätigkeit“ in der ausländischen Gesellschaft/Betriebsstätte ausgeübt werden müsse. Das Vorliegen dieser Geschäftstätigkeit muss aber sodann der Steuerpflichtige nachweisen, der die „Begünstigung“ in Anspruch nehmen will. Insbesondere muss er nachweisen, dass (1) die Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung hat, am dortigen Marktgeschehen im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit aktiv, ständig und nachhaltig teilnimmt, dass (2) die Gesellschaft dort für die Ausübung ihrer Tätigkeit ständig sowohl geschäftsleitendes als auch anderes Personal beschäftigt, dass (3) das Personal der Gesellschaft über die Qualifikation verfügt, um die der Gesellschaft übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich und selbstständig zu erfüllen, dass (4) die Einkünfte der Gesellschaft ursächlich aufgrund der eigenen Aktivitäten der Gesellschaft erzielt werden und dass (5) den Leistungen der Gesellschaft, sofern sie ihre Geschäfte überwiegend mit nahe stehenden Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG betreibt, für die Leistungsempfänger eine wertschöpfende Bedeutung zukommt und die Ausstattung mit Kapital zu der Wertschöpfung in einem angemessenem Verhältnis steht. Diese Voraussetzungen lassen sich aus der EuGH-Rechtsprechung indes mit keiner Silbe ableiten.<sup>140</sup>

Völlig unklar ist nach dem Gesetz ferner, wie es um das Verhältnis von § 8 Abs. 2 AStG zum Katalogtatbestand des § 8 Abs. 1 AStG bestellt ist. Zwar leitet der Satz 1 von § 8 Abs. 2 AStG mit den Worten ein: „Ungeachtet des Absatzes 1 ...“, jedoch lässt das Gesetz einer Klarstellung vermissen, was

---

<sup>137</sup> Dazu *Stahl*, ISR 2014, 365 ff. aus der Sicht der Finanzverwaltung.

<sup>138</sup> Dazu bereits jüngst *Haase*, IStR 2016, 767 ff.

<sup>139</sup> Az.: IV B 4 – S 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99 ff. und dazu *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 ff.

<sup>140</sup> Ähnlich bereits *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 132 ff.

exakt unter einer „tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ in dem ausländischen Staat zu verstehen ist. Vor allem: Was ist eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit? Im Sinne von „effizient“ oder „ertragreich“ dürfte dies kaum zu verstehen sein, so dass auch wirtschaftlich erfolglose Steuerpflichtige die Begünstigung des § 8 Abs. 2 AStG in Anspruch nehmen können. Ist „wirtschaftlich“ als Abgrenzung zur Vermögensverwaltung und damit als gewerblich zu verstehen? Ist beispielsweise die Vergabe eines einzigen Darlehens durch eine ausländische Gesellschaft an fremde Dritte eine wirtschaftliche Tätigkeit? Bedarf es für eine wirtschaftliche Tätigkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs? Darf ein Steuerinländer bei der Tätigkeit der ausländischen Zwischengesellschaft schädlich mitwirken?

M.E. kann die Neufassung des § 8 Abs. 2 AStG nicht dazu führen, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AStG (aktive Tätigkeit z.B. mangels Mitwirkung bzw. mangels des „sich Bedienens“ bei § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG oder aufgrund eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs) i.E. doch wieder zu prüfen sind. Man wird den Gesetzgeber beim Wort nehmen dürfen und in einem Umkehrschluss sagen, dass die in § 8 Abs. 1 AStG genannten Voraussetzungen für § 8 Abs. 2 AStG irrelevant sind. Nur so verstanden ist die Hinzurechnungsbesteuerung in der EU/im EWR auf reine Missbrauchsfälle beschränkt, wie es im o.g. EuGH-Urteil angeklungen ist.<sup>141</sup> Anders gewendet: „Tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ kann vor diesem Hintergrund nur bedeuten, dass die ausländische Gesellschaft keine Briefkastengesellschaft sein darf und dass diese Gesellschaft irgendeine Art von Tätigkeit ausüben muss. Die Tätigkeit kann hingegen durchaus vermögensverwaltender Natur sein oder in der Teilnahme an nur einem Markt bestehen (dazu sogleich noch im Einzelnen).

## **2. Der Begriff des Missbrauchs**

### **a. Verhältnis zu § 42 AO**

Wenn die §§ 7 ff. AStG aufgrund des § 8 Abs. 2 AStG in der EU bzw. im EWR i.E. nur noch in Fällen des steuerlichen Missbrauchs eingreifen sollen, so muss zunächst das Verhältnis dieser Bestimmungen zur allgemeinen Missbrauchsvorschrift des § 42 AO<sup>142</sup> hinterfragt werden. Dieses ist indes

---

<sup>141</sup> Zu Fallgruppen im Sinne eines europäischen Missbrauchsbegriffs *Schönfeld*, IStR 2012, 215 ff.

<sup>142</sup> Die Vorschrift ist auch im internationalen Steuerrecht ohne Einschränkungen anwendbar, vgl. nur BFH v. 29.10.1997, BStBl. II 1998, 235 ff.

weitgehend geklärt: Bevor sich nämlich die Frage der Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung stellt, muss in einem ersten Schritt eine im Ausland zivilrechtlich wirksam gegründete Gesellschaft vorliegen.<sup>143</sup> Soweit diese gänzlich funktionslos<sup>144</sup> ist, wird ihre Steuerrechtssubjektivität negiert und die Einkünfte der Gesellschaft den inländischen Gesellschaftern zugerechnet. Rechtsgrundlage hierfür ist § 42 Abs. 1 AO. Ist die Gesellschaft hingegen nur funktionsschwach bzw. funktionsarm, so greift § 42 AO nicht ein und es entsteht grundsätzlich Raum für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung, sofern denn ihre in casu Voraussetzungen erfüllt sind. Liegt also keine gänzlich funktionslose Gesellschaft vor, sperren insoweit die besonderen Missbrauchsmeidungsvorschriften der §§ 7 ff. AStG den Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift des § 42 AO.

Die nunmehr in § 42 Abs. 1 S. 2 AO (zuvor: § 42 Abs. 2 AO 1977 n.F.) getroffene Regelung, nach welcher § 42 Abs. 1 AO 1977 n.F. anwendbar ist, wenn seine Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, ändert daran nichts. Bei dieser Regelung<sup>145</sup> soll es sich ausweislich der amtlichen Gesetzesbegründung zwar lediglich um eine „Klarstellung“ handeln<sup>146</sup>. Tatsächlich widerspricht sie aber der BFH-Rechtsprechung zum Verhältnis spezialgesetzlicher Missbrauchsverhinderungsnormen einerseits und der allgemeinen Missbrauchsverhinderungsregelung des § 42 AO 1977 andererseits. Der spezielleren Vorschrift kommt hiernach im Hinblick auf die allgemeine Regelung eine Abschirmwirkung zu. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass gerade diese Rechtsprechung Anlass für die Regelungsergänzung gab (BT-Drucks. 14/6877, 52 ff.). Obwohl von einer „Klarstellung“ demnach keine Rede sein kann, wirkt § 42 Abs. 2 AO 1977 n.F. unter den im Streitfall gegebenen Umständen nicht auf in der Vergangenheit verwirklichte Sachverhalte zurück. Da § 42 S. 1 AO 1977 (§ 42 Abs. 1 Satz 1 AO 1977) hier anwendbar ist, seine tatbestandlichen Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind, liegen zugleich auch die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 AO 1977 n.F. nicht vor.

---

<sup>143</sup> Liegt der Ort der Geschäftsleitung der ausländischen Gesellschaft im Inland, kann die Hinzurechnungsbesteuerung ebenfalls nicht eingreifen, weil dann bereits eine unbeschränkte Steuerpflicht vorliegt- zur unbeschränkten Steuerpflicht ausländischer Gesellschaften BFH v. 23.6.1992, BStBl. II 1992, 972 ff.

<sup>144</sup> Das bedeutet konkret: Außer der Steuerarbitrage wird keine wirtschaftliche Funktion erfüllt.

<sup>145</sup> *Crezelius*, DB 2001, 2214 ff.; *Pezzer*, FR 2002, 279 ff.

<sup>146</sup> BT-Drucks. 14/7341, 39 ff.; 14/6877, 52 ff.

Letzteres gilt auch dann, wenn die Hinzurechnungsbesteuerung mangels Erfüllung eines oder mehrerer Tatbestandsmerkmale in casu nicht anwendbar sein sollte. § 42 AO lebt dann nicht etwa wieder auf, sondern bleibt nach dem BFH-Urteil v. 20.3.2002<sup>147</sup> in seiner Anwendung untersagt. Dieses Urteil ist noch aus einem weiteren Grund von Interesse: Es hatte eine konzerninterne Finanzierungstätigkeit zum Gegenstand, wie sie auch in der Rs. *Cadbury Schweppes* festzustellen war. Hierzu hat der BFH entschieden, dass eine Finanzierungstätigkeit jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 42 AO eine steuerlich vollumfänglich anzuerkennende wirtschaftliche Tätigkeit sei.<sup>148</sup>

## **b. Genuin europäischer Missbrauchs begriff**

„Le droit cesse où l’abus commence.“<sup>149</sup> Dieser alte Satz gilt insbesondere im Steuerrecht, das seit jeher in besonderer Weise missbrauchs anfällig ist. Wohl herrschend ist die sog. Innentheorie<sup>150</sup>, nach der Missbrauchsvorschriften im Allgemeinen einen eher klarstellenden Charakter aufweisen. Die Steuerumgehung wird hier im Kern durch eine teleologische Auslegung bekämpft. Auch der EuGH stellt in punkto Missbrauch sehr deutlich auf den Sinn und Zweck der fraglichen Steuerregel ab.<sup>151</sup>

In § 42 Abs. 2 AO findet sich der Versuch einer Definition des Gestaltungsmissbrauchs aus der Sicht des deutschen Steuerrechts: Ein Missbrauch liegt nach der Grundregel des S. 1 vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nach S. 2 der Norm nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

---

<sup>147</sup> I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 ff.

<sup>148</sup> Letztlich bleibt das eine Tatfrage. Es kommt immer auf den konkreten Einzelfall an.

<sup>149</sup> *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, no 871, Band I, Paris 1900.

<sup>150</sup> Grundlegend *Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Heidelberg 1980, 224 ff.; *Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), AO/FGO, § 42 AO Rdn. 72 (Lfg. 197, März 2008); a.A. mit Ausführungen zur sog. Außentheorie statt vieler *Hahn*, DStZ 2005, 13, 186.

<sup>151</sup> Vgl. etwa *Schön* in Kirchhof/Nieskens (Hrsg.), FS für Wolfram Reiß, Köln 2008, weiske 571 und 576 m.w.N.

Es besteht Einigkeit, dass dieser nationale Missbrauchs begriff nicht isoliert Platz greifen kann, wenn und soweit es um die missbräuchliche Inanspruchnahme der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten geht. Im Hinblick auf eben diese Freiheiten geht es nämlich nicht primär um die Erzielung oder Versagung von Steuervorteilen, sondern zunächst um die Frage, unter welchen Voraussetzungen es dem Steuerpflichtigen nicht mehr zusteht, sich auf die Grundfreiheiten berufen zu können.<sup>152</sup> Weiterhin kann es nicht im Belieben der Mitgliedstaaten stehen, den Missbrauch „national“ definieren zu wollen, wenn es doch um die Anwendung und Auslegung des Europarechts geht. Der *effet utile* wirkt sich also auch bei der Frage begrenzend aus, wann Grundfreiheiten nicht in Anspruch genommen werden können bzw. wie die nationalen Missbrauchsvorschriften gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind.<sup>153</sup> Nur auf diese Weise lässt sich auch ein einheitliches, gemeinschaftsrechtliches Verständnis des Missbrauchs begriffs auf dem Gebiet der direkten Steuern herausbilden.<sup>154</sup>

Es besteht ferner Einigkeit, dass es im Hinblick auf die Hinzurechnungsbesteuerung – jedenfalls bis zur Umsetzung der ATAD I – nur um den durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Begriff des Missbrauchs geht und nicht etwa allein um ein Verständnis des Missbrauchs, wie es sich aus den verfügbaren Missbrauchsklauseln des europäischen Sekundärrechts<sup>155</sup> herleiten ließe.<sup>156</sup> Und drittens besteht Einigkeit, dass das vorteilhafte Ausnut-

---

<sup>152</sup> Hierbei mag dann das Motiv der Steuerersparnis aber freilich eine Rolle in der rechtlichen Bewertung spielen (dazu sogleich).

<sup>153</sup> *Bron*, DB 2007, 1273 ff.; *Weber*, EC Tax Review 1996, 63, 64.

<sup>154</sup> In diese Richtung bereits *Bergmann*, StuW 2010, 246, 249; *Kiegebeld*, EC Tax Review 2009, 144, 145.

<sup>155</sup> Während sich Missbrauchsüberlegungen in der Amtshilferichtlinie und der Zinsrichtlinie nahezu ausschließlich in den Erwägungsgründen finden, enthalten die Fusionsrichtlinie, die Mutter-Tochter-Richtlinie sowie die Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie ausdrückliche, jedoch inhaltlich nicht deckungsgleiche Missbrauchsklauseln (siehe dazu *Thiele*, IStR 2011, 452 ff. m.w.N.). Auch der Richtlinien vorschlag über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage enthält eine jüngst viel diskutierte Missbrauchsklausel (siehe dazu *Florstedt*, FR 2016, 1 ff.). Besonderheiten des europäischen Mehrwertsteuerrechts werden hier ausgeblendet (siehe dazu *Wilke*, UR 2011, 925 ff.). Zur ATAD I siehe unten.

<sup>156</sup> Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass auch der EuGH in mehreren Entscheidungen immer wieder auf die zur Fusionsrichtlinie ergangene Entscheidung in der Rs. *Leur-Bloem* (Urteil v. 17.7.1997, C-28/95, Slg. 1997, I-416, dort Tz. 44).

zen von (ggf. nicht aufeinander abgestimmten) steuerlichen Vorschriften im Grundsatz nicht die Berufung auf das Unionsrecht hindert.<sup>157</sup>

Was also das Primärrecht anbelangt, so hat der EuGH grundlegend in der Rs. *ICI* formuliert, dass eine missbräuchliche Steuerumgehung eine rein künstliche Konstruktion mit dem Zweck erfordere, das nationale Steuerrecht eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten zu umgehen.<sup>158</sup> Diese Formel ist im Laufe der Zeit zunehmend in ein objektives und ein subjektives Element untergliedert worden.

Hinsichtlich des objektiven Elements, das offenbar nach der Rs. *X und Y*<sup>159</sup> noch allein maßgebend sein sollte, wurde die vorgenannte *ICI*-Formel zunächst durch *Cadbury Schweppes* dahingehend präzisiert, dass eine künstliche Konstruktion im Gegensatz zu einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit eine rein künstliche Gestaltung bar jeder wirtschaftlichen Realität voraussetze. Dies sei aber wiederum anhand von durch Dritte nachprüfbaren Kriterien zu bemessen.<sup>160</sup> Für die Niederlassungsfreiheit hat der EuGH sich in *Cadbury Schweppes* infolgedessen insoweit festgelegt, dass ein Steuerpflichtiger sich auf den Schutz des Unionsrecht berufen könne, wenn eine tatsächliche Ansässigkeit im Aufnahmestaat gegeben sei und in diesem eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt werde. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aber immer anhand des tatsächlichen Geschäftsmodells zu beurteilen. Welche personellen und sachlichen Ressourcen hierfür erforderlich sind, richtet sich daher allein anhand der Tätigkeit in dem jeweiligen Einzelfall.<sup>161</sup>

Letztlich ist damit für die Beurteilung der Fremdvergleich heranzuziehen.<sup>162</sup> Diese Überlegung hilft auch in Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit wei-

---

<sup>157</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (Slg. 2006, I-7995) Tz. 35-37.

<sup>158</sup> EuGH-Urteil v. 16.7.1998, C-264/96 (Slg. 1998, I-4695) Tz. 26.

<sup>159</sup> EuGH-Urteil v.21.11.2002, C-436/00 (Slg. 2002, I-10829) Tz. 42.

<sup>160</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (Slg. 2006, I-7995) Tz. 52 und 67.

<sup>161</sup> *De Broe*, EC Tax Review 2008, 142, 144; *Schönfeld*, Umsetzung der neueren EuGH-Rechtsprechung in Deutschland, in Lüdicke (Hrsg.), Brennpunkte im deutschen internationalen Steuerrecht, Köln 2010, 1, 21.

<sup>162</sup> EuGH-Urteil v. 13.3.2007 in der Rs. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04 (Slg. 2007, I-2107) Tz. 80 f.; Urteil v. 17.1.2008 in der Rs. *Lammers & Van Cleeff*, Slg. 2008, I-0173, Tz. 29 f.

ter, die im Hinblick auf ein steuerliches Missbrauchsverständnis durch den EuGH bislang nicht zufriedenstellend interpretiert worden ist. Nach m.E. zutreffender Literaturansicht wird eine Kapitalüberlassung i.S.e. rein künstlichen Konstruktion im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit dadurch geprägt, dass sie hinsichtlich ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit, Investition, Ausgestaltung und Höhe der Verzinsung nicht mit ähnlichen Transaktionen vergleichbar und damit unangemessen ist.<sup>163</sup> Auch hierüber werden die Verfahren I R 78/14<sup>164</sup> und I R 80/14<sup>165</sup> nach der Entscheidung durch den EuGH voraussichtlich Aufschluss geben.

Hinsichtlich des oben bereits angedeuteten subjektiven Elements gilt im Ausgangspunkt nach *ICI*: Der Zweck der künstlichen Konstruktion muss die Umgehung des Steuerrechts eines oder mehrerer Mitgliedstaaten sein.<sup>166</sup> Aus unterschiedlichen Gründen war dieses subjektive Element in nachfolgenden Rechtssachen für den EuGH jedoch nicht entscheidungsrelevant,<sup>167</sup> während der EuGH erst wieder in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>168</sup> zu einer Verobjektivierung<sup>169</sup> des subjektiven Elements gelangte: Die künstliche Konstruktion muss darauf abzielen, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird. Insgesamt wird in jüngerer Zeit jedoch mehrheitlich von einer Nachrangigkeit des subjektiven Elements der Steuerumgehungsabsicht ausgegangen<sup>170</sup>, weil die gegen eine Steuerumgehung sprechenden, den Steuerpflichtigen insoweit entlastenden Gründe erst auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung an Relevanz gewinnen.<sup>171</sup>

---

<sup>163</sup> Treffend *Thiele*, IStR 2011, 452, 454.

<sup>164</sup> Dazu *Schönfeld*, IStR 2016, 416 ff.

<sup>165</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff. (Az. beim EuGH: C-135/17); dazu *Patzner/Nagler*, GmbHR 2017, 538 ff.; *Schwetlik*, GmbH-StB 2017, 204 ff.

<sup>166</sup> EuGH-Urteil v. 16.7.1998, C-264/96 (Slg. 1998, I-4695) Tz. 26.

<sup>167</sup> Urteil v. 17.1.2008 in der Rs. *Lammers & Van Cleeff*, Slg. 2008, I-0173, Tz. 33; Urteil v. 29.3.2007 in der Rs. *Rewe Zentralfinanz*, Slg. 2007, I-2647, Tz. 52.

<sup>168</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (Slg. 2006, I-7995), Tz. 55 f., 59.

<sup>169</sup> Treffend *Thiele*, IStR 2011, 452, 455.

<sup>170</sup> Statt vieler *Vanistendael*, EC Tax Review 2006, 192, 195; *Englisch*, StuW 2009, 3, 7.

<sup>171</sup> EuGH-Urteil v. 13.3.2007 in der Rs. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04 (Slg. 2007, I-2107) Tz. 82 ff.

Über allem aber steht: Der Missbrauch muss im Einzelfall nachgewiesen werden. Generalklauselartige Missbrauchsvermeidungsvorschriften des nationalen Rechts sind i.S.e. Typisierung unzulässig, sofern nicht dem Steuerpflichtigen jedenfalls im Grundsatz die Möglichkeit zur Exkulpation offensteht. Kommt man zur Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil ein grenzüberschreitender Sachverhalt im Prinzip vom Unionsrecht gedeckt ist, so müssen objektiv nachvollziehbare, andere wirtschaftliche Gründe dargelegt werden, um den Entlastungsbeweis führen zu können.

### 3. Offene Fragen

Ein Kernthema des internationalen Steuerrechts unserer Zeit ist die Frage nach der Bedeutung und dem Inhalt von „Substanz“, wie der Verfasser dieser Schrift bereits in IStR 2016, 767 ff. erörtert hat. Der Begriff wird jedenfalls im deutschen Ertragsteuerrecht nicht verwendet; er ist dennoch in aller Munde, und zwar sowohl im nationalen<sup>172</sup> als auch im internationalen Schrifttum<sup>173</sup>. Den damit verbundenen zentralen unbeantworteten Fragen, mit denen uns die Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>174</sup> zurücklässt und die in der Anwendungspraxis zunehmend seitens der Finanzverwaltung aufgeworfen werden, wird nachfolgend kurz nachgespürt. Die Antworten auf diese Fragen lassen sich, soweit das im Steuerrecht überhaupt möglich ist<sup>175</sup>, verhältnismäßig klar und verlässlich aus der *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung selbst sowie nachfolgenden Judikaten des EuGH in deren Kontext<sup>176</sup> ableiten, aber weder das – weil von der EuGH-Entscheidung bewusst abweichende – inhaltlich gänzlich missglückte, zwischenzeitlich aufgehobene BMF-

---

<sup>172</sup> Statt vieler etwa *Köhler*, ISR 2012, 1 ff. („Die geliehene Substanz“); *Kopp*, ISR 2013, 274 ff.

<sup>173</sup> Statt vieler etwa *McMechan*, *Economic Substance and Tax Avoidance: An International Perspective*, 2013.

<sup>174</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006 in der Rs. *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (Slg. 2006, I-7995); zur Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung seinerzeit *Axer*, IStR 2007, 162 ff.

<sup>175</sup> Siehe treffend beispielsweise FG Rheinland-Pfalz v. 6.10.1970, II 316 – 320/67, EFG 1971, S. 168: „Gesetze können nur abstrakt gefasst sein. Wenn sie auf einen konkreten Sachverhalt angewandt werden, müssen sie ausgelegt werden. Dabei irren sich Finanzbeamte und Richter.“

<sup>176</sup> Etwa EuGH v. 17.12.2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:735 („WebMind Licenses“).

Schreiben v. 8.1.2007<sup>177</sup> noch der spärliche Wortlaut des § 8 Abs. 2 AStG helfen bedauerlicherweise in dieser Hinsicht weiter.

### **a. Größenklassen**

Die erste Frage geht dahin, ob die Inanspruchnahme des Substanztests nach § 8 Abs. 2 AStG nur Unternehmen einer bestimmten Größe zusteht, und zwar im Ausgangspunkt ungeachtet der Frage, wie man die Größe denn in casu bemessen wollte. Das Erreichen bzw. Überschreiten einer Größenschwelle (etwa nach EBIT, Umsatz oder Mitarbeitern) sucht man in der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung jedenfalls vergebens, so dass auch, wirtschaftlich betrachtet, kleine und Kleinstunternehmen in den Genuss des Substanztests kommen müssen.<sup>178</sup> Hierfür spricht aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts auch ein *argumentum e contrario* aus der *de-minimis*-Regel in § 9 AStG: Wenn offenbar jedes Unternehmen bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung qualifiziert, muss folgerichtig auch die Ausnahmeregelung für jedes Unternehmen greifen.

### **b. Bereichsausnahmen**

Die zweite Frage geht dahin, ob bestimmte Branchen oder Wirtschaftszweige per se vom Anwendungsbereich des Substanztests ausgenommen sind. Der EuGH hat in seinem *Cadbury-Schweppes*-Urteil (und auch in nachfolgenden Judikaten) keine Bereichsausnahmen für bestimmte Branchen oder Wirtschaftszweige statuiert. Geht man einmal hiervon aus, so muss die Möglichkeit der Berufung auf § 8 Abs. 2 AStG bei entsprechender Nachweisbarkeit für jedwedes Unternehmen gelten.

### **c. Verwaltung von Wirtschaftsgütern**

Die dritte Frage geht dahin, ob bestimmte Tätigkeiten und insbesondere die Verwaltung eigener Wirtschaftsgüter (z.B. im Wege der Lizenzierung) per se nicht als begünstigt anzusehen sind. Eine Verweigerung des Substanz-

---

<sup>177</sup> IV B 4 – S 1351, BStBl. I 2007, 99 ff. Dieses Anwendungsschreiben setzte die *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung des EuGH bis zur Einführung des § 8 Abs. 2 AStG fehlerhaft und unzureichend um; statt vieler dazu die Kritik bei *Rainer/Müller*, IStR 2007, 151 ff.

<sup>178</sup> Hinzu kommt: Selbst der wirtschaftlich erfolglose Unternehmer steht unter dem Schutz des Europarechts!

tests für Unternehmen, die „nur“ eigene Wirtschaftsgüter verwalten, ist m.E. ohne Zweifel unzulässig. Auch insoweit hat der EuGH keine Unterscheidung in „gute“ und „schlechte“ Aktivitäten vorgenommen oder bestimmte Tätigkeiten a priori und ohne Gegenbeweis als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. Es darf nochmals in Erinnerung gerufen werden, dass es in der Rs. *Cadbury Schweppes*<sup>179</sup> um eine konzerninterne Finanzierungstätigkeit ging, die zumindest eine gewisse sachliche Nähe zur vermögensverwaltenden Kapitalanlage hat.

Die Verwaltung eigener Wirtschaftsgüter ist, wenn auch in anderem Zusammenhang, Gegenstand des m.E. ebenso eindeutig gemeinschaftsrechtswidrigen<sup>180</sup> § 50d Abs. 3 S. 3 Alt. 1 EStG: An einer eigenen Wirtschaftstätigkeit einer ausländischen Kapitalgesellschaft<sup>181</sup> fehlt es danach für Zwecke der sog. Entlastungsberechtigung nach § 50d Abs. 1 EStG, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt. Diese Bestimmung hat keinerlei Bezug zu § 8 Abs. 2 AStG, wird aber von der Finanzverwaltung zuweilen explizit, meist jedoch jedenfalls inhaltlich zunehmend auch in diesem Zusammenhang in Stellung gebracht. Wer aber die *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung aufmerksam durcharbeitet, findet von derlei Einschränkungen nichts. Vor allem die zentralen Tz. 53 – 55 des Urteils enthalten keinerlei Restriktionen in quantitativer oder qualitativer Hinsicht, sofern nur durch eine „eine tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft“ und „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats“<sup>182</sup> teilgenommen und dort einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“<sup>183</sup> nachgegangen wird.

#### **d. Outsourcing**

Die vierte Frage geht dahin, ob ein Outsourcing von Tätigkeiten durch die Zwischengesellschaft zulässig ist bzw. welche Tätigkeiten die Zwischengesellschaft zwingend selbst übernehmen muss. Hinsichtlich dieser Frage muss

---

<sup>179</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff.

<sup>180</sup> Dies wird sich in dem EuGH-Verfahren C-613/16 auf Vorlage des FG Köln v. 31.8.2016, 2 K 721/13, EFG 2017, 51 ff. erweisen.

<sup>181</sup> Zum Erfordernis, dass es ausschließlich eine ausländische Kapitalgesellschaft sein muss, sowie zu weiteren strukturellen Problemen des § 50d Abs. 3 EStG siehe grundlegend *Haase*, IStR 2014, 330 ff.

<sup>182</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff., Tz. 53 f.

<sup>183</sup> EuGH-Urteil v. 12.9.2006, C-196/04, Slg. 2006, I-7995 ff., Tz. 54.

zunächst grundsätzlich gesehen werden, dass weite Teile der arbeitsteiligen Wirtschaft davon leben. Es wäre nicht nur nicht sachgerecht, sondern auch zutiefst lebensfremd, wenn man „outgesourcte“ Tätigkeiten nicht steuerlich wie eigene Tätigkeiten einer Unternehmung behandelte. Insofern entspricht es für Zwecke des Aktivitätskatalogs des § 8 Abs. 1 AStG bislang auch der ganz herrschenden, ebenfalls durch die Rechtsprechung des BFH bestätigten Meinung, dass Aktivitäten, die von Unternehmen auf Fremdfirmen im Wege des Outsourcings übertragen werden, der beauftragenden Gesellschaft als eigene Aktivität zuzurechnen sind.<sup>184</sup> Zudem hat der BFH schon mehrfach entschieden, dass ein eigener wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb auch dann vorliegen könne, wenn ein Unternehmen zur Gänze auf Rechnung und im Namen einer anderen (ausländischen) Kapitalgesellschaft tätig werde.<sup>185</sup> Was aber für § 8 Abs. 1 AStG gilt, muss doch nach Lage der Dinge *ceteris paribus* auch für Abs. 2 der Norm Geltung beanspruchen dürfen, so dass das Outsourcing von Aktivitäten auch für Zwecke des Substanztests m.E. unschädlich sein muss.

Mit dem Themenkomplex des Outsourcings und seinen Auswirkungen auf § 8 Abs. 2 AStG befasst sich nunmehr indirekt ein erstinstanzliches Finanzgerichtsurteil<sup>186</sup> – indirekt deshalb, weil der Streitfall tatsächlich vor dem Inkrafttreten dieser Norm spielte. Die Urteilsbegründung wird aber in ihren grundsätzlichen Überlegungen auch in die Zukunft wirken, sofern der BFH das Urteil nicht aufhebt.<sup>187</sup> Dass es in der Diktion des EuGH dabei um eine „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ geht, § 8 Abs. 2 AStG aber den Passus

---

<sup>184</sup> Weitere Nachweise bei *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2016, Rdn. 535; *Füger*, Steuerliche Implikationen bei Änderung der inländischen Vertriebsstruktur von Steuerausländern, in Grottherr (Hrsg.), Handbuch der Internationalen Steuerplanung, 2. AL, Herne 2003, 751, 815 f.; *Höppner*, Nutzung von Doppelbesteuerungsabkommen und § 50d Abs. 1a EStG, in Haarmann (Hrsg.), Finanzierungen, Ausschüttungen und Nutzungsüberlassungen im internationalen Steuerrecht, Köln 1999, III 6.3; ebenso *Bosch*, IStR 1998, 392, 394, der es allerdings als erforderlich ansieht, dass die Gesellschaft den Kernbereich der Tätigkeit selbst ausübt. Was aber unter „Kernbereich“ zu verstehen ist, lässt er offen.

<sup>185</sup> BFH v. 13.10.2010, I R 61/09, BStBl. 2011 II, 249 ff.; BFH v. 20.3.2002, I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 ff.; BFH v. 1.7.1992, I R 6/92, BStBl. II 1993, 222 ff.

<sup>186</sup> 10 K 1410/12 F, EFG 2016, 453 ff.

<sup>187</sup> Rev. zum BFH anhängig unter dem Az. I R 94/15. Zu begrüßen ist, dass das FG Münster in seinen Entscheidungsgründen unmittelbar auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Cadbury Schweppes* Bezug nahm.

„tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ verwendet, ist insoweit m.E. ohne Belang.

Der Sachverhalt des Urteils stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:<sup>188</sup> Die inländische Klägerin war zu 100 % mittelbar über eine niederländische Gesellschaft an der zypriotischen C Ltd. beteiligt. Die C Ltd. hatte auf Zypern Büroräume angemietet und beschäftigte in Vollzeit eine Geschäftsführerin (mit nachweislicher betriebswirtschaftlicher Ausbildung). Weitere Beschäftigte waren für das angedachte Geschäftsmodell unzweifelhaft nicht erforderlich. Die Hauptaufgabe der C Ltd. bestand nämlich darin, Lizenzen an Urheberrechten einzuholen, um an diesen Unterlizenzen zugunsten der Konzerngesellschaften in der Ukraine und in Russland zu bestellen. Mittels der Unterlizenzen verbreiteten diese Gesellschaften Bücher auf dem russischsprachigen Markt. Da der wirtschaftliche Erfolg der C Ltd. ausschließlich von der Abnahme der erworbenen Lizenzen abhing, richtete sich die C Ltd. nach der Nachfrage bei den Konzerngesellschaften. Diese wiederum informierten sich auf Buchmessen und anderen Veranstaltungen über die am Markt erhältlichen Lizenzen und suchten erfolgversprechende Werke aus, um diese in russischsprachigen Gebieten zu verlegen. Vereinfachend stellten die Mitarbeiter dieser Konzerngesellschaften auf den Veranstaltungen auch direkt den Kontakt zur C Ltd. her. Der Ankauf der Lizenzen erfolgte dann durch C Ltd. im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einschließlich der Vertragsunterzeichnung. Gleichfalls erfolgte die gesamte Abwicklung (Schriftverkehr, Zahlungsverkehr, Verwaltung und Buchführung) durch die Geschäftsführerin.

Das FG Münster kam angesichts dessen in seiner rechtlichen Würdigung zu der Überzeugung, dass die Voraussetzungen für eine Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund von § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) AStG vorlagen. In der Tat waren die drei Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung (1) Inlän-

---

<sup>188</sup> In Teilen wörtlich dem Tatbestand des Urteils des FG Münster v. 20.11.2015 entnommen.

derbeherrschung, (2) passive Einkünfte<sup>189</sup> und (3) Niedrigbesteuerung richtigerweise erfüllt, so dass sich die rechtliche Diskussion auf die Möglichkeit des Gegenbeweises i.S.d. *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung konzentrierte. Hierzu führte das Gericht aus, dass der Klägerin der Gegenbeweis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit der C Ltd. auf Zypern nicht gelungen sei.

Maßgebend für diesen Befund sei, dass allein üblich ausgestattete Büroräume und eine Geschäftsführerin auf Zypern nicht genügten, um eine „wirtschaftliche Verflechtung“ der C Ltd. mit dem ausländischen EU-Mitgliedstaat zu begründen. Eine von der Niederlassungsfreiheit geschützte Verflechtung mit dem Markt des Ansässigkeitsstaates setze voraus, dass gezielt bestimmte Ressourcen im Aufnahmestaat, beispielsweise besonders günstige oder entsprechend der Tätigkeit besonders ausgestattete Räumlichkeiten, Maschinen, gut ausgebildetes Personal oder besondere Produktionsbedingungen, genutzt würden. Der Annahme einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit der C Ltd. auf Zypern stehe außerdem entgegen, dass die C Ltd. ihre wirtschaftliche Kernfunktion nicht selbst von Zypern aus ausgeübt und nicht selbst das Personal beschäftigt habe, das erforderlich gewesen wäre, um ihr Kerngeschäft, den Ankauf, die Verwaltung und die Weitergabe von Lizenzen gegen Entgelt, selbständig zu betreiben. Die wesentlichen, den Unternehmensgegenstand der C Ltd. charakterisierenden unternehmerischen Entscheidungen seien nicht vor Ort auf Zypern, sondern durch die in Russland und der Ukraine ansässigen Konzerngesellschaften der Klägerin getroffen worden.

Hierzu ist Folgendes zu bemerken: In der Tat wies der Sachverhalt die Besonderheit auf, dass die Entscheidung über den Lizenzeinkauf bei Lichte betrachtet nicht von der C Ltd., sondern von den Konzerngesellschaften in Russland und der Ukraine getroffen wurden, weil diese schlicht über Branchenkenntnisse des jeweiligen Absatzmarkts verfügten. Die Geschäftsführerin der C Ltd. hatte damit, wie das FG es ausdrückte, eine rein „administrative“ Funktion. Die formale Leitungsposition wollte das Gericht als Argument ebenso

---

<sup>189</sup> Das Hineinlesen eines strukturellen Inlandsbezugs in den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) AStG, an dem die Passivität hätte scheitern können, hat das FG Münster entgegen der Auffassung der Klägerin zu Recht abgelehnt. Der Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG ist in seinem Wortlaut insoweit klar gefasst und unterscheidet bei den einzelnen Tätigkeiten sehr deutlich nach dem Grad der Mitwirkung durch den Steuerinländer. Diese Mitwirkung des Steuerinländers ist in § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) AStG nur für die Entwicklungs- und Forschungstätigkeit, nicht aber für den Erwerb oder die Vermietung (bzw. Lizenzierung) der immateriellen Wirtschaftsgüter festgelegt, vgl. zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 54.

wenig gelten lassen wie den Haftungsaspekt. M.E. kann dies nicht überzeugen. In kapitalistisch aufgestellten Konzernen besteht für den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft in der Regel fast immer ein gesellschaftsrechtliches Weisungs- und Abberufungsrecht in Bezug auf den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft. Dies berechtigt indes richtigerweise nicht zu der Annahme, dass die Leitungsfunktion stets durch den Gesellschafter ausgeübt würde. Ein ordentlich bestellter Geschäftsführer wird vielmehr für Zwecke des Steuerrechts grundsätzlich anerkannt, und Besonderheiten der konzern-internen Verflechtung haben insoweit außer Betracht zu bleiben.

Eine qualitative Bewertung von Aufgaben oder Tätigkeiten sollte ferner richtigerweise für Zwecke des § 8 Abs. 2 AStG nicht erfolgen. Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung keinerlei Anhaltspunkte dafür gegeben. Das FG zieht sich zudem auf eine sehr formalistische Betrachtungsweise zurück, wenn es die Prüfung der Lizenzen durch einen unabhängigen Dritten akzeptiert hätte, die Prüfung durch andere Konzerngesellschaften aber negieren möchte. Für die Notwendigkeit des Vorliegens einer „wirtschaftlichen Verflechtung“ mit dem Aufnahmemitgliedstaat hat der EuGH bislang ebenfalls keinerlei Vorgaben gemacht. Es geht vielmehr nach dem EuGH um „objektive Anhaltspunkte“ für eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit, ohne dass diese näher spezifiziert würden. Wenn man bedenkt, dass es in der *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung um den Sachverhalt einer Konzernfinanzierung ging, der nach Lage der Dinge im Grunde gar kein Personal und auch kein besonderes Know-how erforderte, so liegen die Forderungen des FG Münster doch recht erheblich neben der Sache.

Der dritte Kritikpunkt bezieht sich auf die sehr pauschale Forderung des FG Münster, die Gesellschaft müsse zur Erreichung ihres betriebswirtschaftlichen Zwecks selbst tätig werden und dürfe diese Tätigkeit nicht von einem anderen ausführen lassen. Ganz abgesehen davon, dass der Verweis im Gliederungspunkt II(b)(3)(dd) der Entscheidungsgründe auf die Tz. 51 der *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung gar nicht die behauptete Aussage enthält, muss man sehen, dass es im Wesen des Outsourcings liegt, dass die „outgesourcte“ Tätigkeit dem Auftraggeber wie eine eigene originäre Tätigkeit zuzurechnen ist. Auch wer Dritte beauftragt oder diese in seinem Namen bzw. auf seine Rechnung gewähren lässt, übt daher eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Es gehört zur Entscheidungsfreiheit des Unternehmers (sei es aus Bequemlichkeit, sei es aufgrund betriebswirtschaftlichen Kalküls), welche Tätigkeiten er selbst ausführen möchte und welche Tätigkeiten er andere Personen vornehmen lässt. Richtigerweise hätte der Urteilsfall daher m.E. über Verrechnungspreisregeln gelöst werden sollen.

Weiterhin obliegt es weder der Finanzverwaltung, noch den Gerichten, zu bewerten, ob für eine bestimmte Aufgabenstellung die erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen vorhanden waren. Wenn man Outsourcing richtigerweise im Grundsatz akzeptiert, dann hat eine Unternehmung bei einem fiktiven ordentlichen Geschäftsleiter stets exakt die erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen. Anderenfalls würde sie ihr konkretes Geschäftsmodell nicht betreiben können. Zudem müssen die Anforderungen an die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit stets vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts und insbesondere einer betriebswirtschaftlich vernünftigen Unternehmensführung gesehen werden. Für die Verwaltung immaterieller Wirtschaftsgüter oder die Kapitalanlage beispielsweise benötigt eine Unternehmung oft nur eine einzige Person, in Zeiten der digitalen Wirtschaft ggf. sogar gar keine Person – jedenfalls keine, die ausschließlich, d.h. sozusagen exklusiv für ein einziges Unternehmen tätig wird. Ein Missbrauchsvorwurf lässt sich hieraus indes nicht konstruieren, und zwar insbesondere dann nicht, wenn der Steuerpflichtige, wie im Streitfall, die bereits bestehende Struktur gar nicht aufgesetzt, sondern sie nur erworben hatte.

Der Gedanke des Missbrauchs scheint ohnehin der Leitgedanke des FG Münster gewesen sein. Dies scheint auch im Gliederungspunkt I1(b)(3)(dd) zwischen den Zeilen durch, wenn es dort etwa heißt: „Eine Ansiedlung auf Zypern war hierfür nicht erforderlich. Bei der Beibehaltung der erworbenen Struktur durch die Klägerin dürften die günstigen steuerlichen Rahmenbedingungen auf Zypern deshalb eine mindestens ebenso große Rolle gespielt haben.“ Dies mag so sein, bleibt aber eine Vermutung und kann m.E. ohnedies dahinstehen: Steuerliche Vorteile dürfen auch nach Ansicht des EuGH durchaus ein Nebenzweck sein – sie dürfen sich lediglich nicht derart in den Vordergrund spielen, dass es sich um eine „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung“ handelt. Hiervon war der Streitfall allerdings weit entfernt. Die Forderung des FG Münster nach einem Nachweis darüber, dass in dem Ansässigkeitsstaat besondere, nicht steuerliche Vorteile bestehen, die die Ansiedlung der Unternehmung besonders attraktiv gemacht hätten, lässt sich jedenfalls aus der bisherigen EuGH-Rechtsprechung unzweifelhaft nicht ableiten.

Von dem Revisionsverfahren vor dem BFH bleibt zu hoffen, dass das oberste deutsche Gericht in Steuersachen die Verhältnisse „wieder gerade rückt“ – die nicht vorgenommene Prüfung einer möglichen Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit (dazu sogleich) fällt da angesichts der doch recht laxen Handhabung der Leitlinien des EuGH durch das FG Münster im Streitfall kaum noch ins Gewicht. Insbesondere bleibt zu hoffen, dass der BFH i.S.d.

Acte-clair-Doktrin<sup>190</sup> selbst insbesondere die folgenden beiden Feststellungen trifft: (1) Es unterliegt der unternehmerischen Freiheit, ob eine Unternehmung keine, manche oder sämtliche Tätigkeiten ganz, teilweise oder gar nicht an fremde Dritte oder verbundene Unternehmen „outsourct“. Outsourcte Tätigkeiten sind für Zwecke der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten i.S.d. 8 Abs. 2 AStG in vollem Umfang zu akzeptieren und der ausländischen Zwischengesellschaft als eigene Tätigkeiten in vollem Umfang zuzurechnen, sofern es sich nicht um eine „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung“ handelt. (2) Die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 2 AStG ist nicht an qualitativen oder quantitativen Maßstäben zu messen. Jedwede wirtschaftliche Tätigkeit, aus der ein Ertrag erwirtschaftet wird, ist hierfür ausreichend – dies betrifft auch die Verwaltung eigener Wirtschaftsgüter i.S.e. Fruchtziehung. Insbesondere die Anforderungen an die personellen und sachlichen Ressourcen sind ausschließlich vor dem Hintergrund des jeweiligen Geschäftsmodells der Zwischengesellschaft zu sehen.<sup>191</sup>

#### e. Drittstaatenfälle

Seit Jahren wird in der Literatur gefordert, der Substanztest des § 8 Abs. 2 AStG müsse auch auf Drittstaatenfälle angewendet werden. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Schweiz im Besonderen<sup>192</sup> als auch in Bezug auf andere Drittstaaten im Allgemeinen<sup>193</sup>. Die Argumente sind diesbezüglich weitge-

---

<sup>190</sup> Grundlegend dazu EuGH v. 6.10.1982, C-283/81, Slg. 1982, 3415 ff.; *Broberg/Fenger*, EuR 2010, 835 ff. Die in der sog. C.I.L.F.I.T-Entscheidung des EuGH wurde entschieden, dass es keiner (weiteren) Vorlage an den EuGH bedarf, wenn die zutreffende Anwendung des Unionsrecht derart offenkundig, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der zur Entscheidung gestellten Frage verbleibt.

<sup>191</sup> So bereits grundlegend BFH v. 20.3.2002, I R 63/99, BStBl. II 2003, 50 ff.

<sup>192</sup> Dazu *Schönfeld*, IStR 2016, 416 ff.; *Eicker/Obser/Kessler*, IStR 2005, 658 ff. Vgl. auch den bereits dahingehenden AdV-Beschluss des FG Baden-Württemberg v. 12.8.2015, EFG 2016, 17 f., wonach ernstliche unionsrechtliche Zweifel an den Vorschriften der §§ 7 ff. AStG im Verhältnis zur Schweiz bestehen; a.A. hingegen FG Münster v. 30.10.2014, EFG 2015, 351 ff.; zu den Besonderheiten des sog. Freizügigkeitsabkommens siehe *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 138 ff.

<sup>193</sup> Dazu *Weber*, DStR 2017, 1302 ff.

hend ausgetauscht<sup>194</sup>, so dass nunmehr der EuGH das Wort hat: Auf Vorlage durch den BFH bzw. in den Verfahren I R 80/14<sup>195</sup> wird sowohl über die Frage der Erstreckung des Substanztests auf Drittstaatenfälle aufgrund der gemeinschaftsrechtlich fundierten Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) als auch über eine Präzisierung eben dieses Substanztests zu befinden sein.

Ungeachtet der abzuwartenden Entscheidung des EuGH sei Folgendes angemerkt: Außer rein fiskalischen Gründen ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die vom EuGH vorgenommene Differenzierung in Missbrauchsfälle (dann geht der Substanztest zulasten des Steuerpflichtigen aus) und Nicht-Missbrauchsfälle (dann gelingt der Entlastungsbeweis) nicht auch in Drittstaatenfällen Platz greifen sollte. Wird die Zwischengesellschaft mit entsprechender Substanz ausgestattet, so soll der Steuerpflichtige auch in den Genuss des im Ausland geltenden Steuerregimes kommen. Es ist bedauerlich, dass diese Diskussion nun auf der rechtlichen Ebene der europäischen Grundfreiheiten geführt werden muss, obschon doch Deutschland auch in tatsächlicher Hinsicht unilateral hätte handeln können.

Wer nämlich die Gesetzesbegründung zum AStG 1972<sup>196</sup> aufmerksam studiert, der entdeckt durchaus Überraschendes: Der Passus von der „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“, die erfüllt sein muss, damit der Substanztest zugunsten des Steuerpflichtigen wirkt, ist mitnichten eine „Erfindung“ des EuGH, sondern findet sich bereits in besagter Gesetzesbegründung wieder. Unter Punkt B.4. heißt es wörtlich: „Durch ein Gesetz über die Besteuerung von Auslandsbeziehungen [...] sollen [...] die bei ausländischen Basisgesellschaften deutscher Unternehmen (z.B. Vermögensverwaltungsgesellschaften, Patentverwertungsgesellschaften) anfallenden Gewinne der deutschen Besteuerung wieder zugeführt werden, soweit sie nicht auf echter wirtschaftlicher Betätigung [sic!] im Ausland beruhen.“

Was nun eine solche echte wirtschaftliche Betätigung ist, darüber lässt sich zwar trefflich streiten. Eine Differenzierung in EU-/Nicht-EU-Fälle (seinerzeit freilich noch EWG) aber findet sich diesbezüglich in der Gesetzesbegründung nicht, so dass sich schon aus dem „Geiste des AStG“ bzw. aus den Überlegungen des historischen Gesetzgebers genügend Argumente ableiten

---

<sup>194</sup> Instruktiv *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 ff.; allgemeiner *Schönfeld/Gosch*, IStR 2015, 755 ff.

<sup>195</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff. (Az. beim EuGH: C-135/17); dazu *Patzner/Nagler*, GmbHR 2017, 538 ff.; *Schwetlik*, GmbH-StB 2017, 204 ff.

<sup>196</sup> BT-Drs. VI/2886, S. 13 unter Punkt B.4.

lassen, wonach der Substanztest auch für Drittstaatenfälle geöffnet werden müsste.

#### **f. Beweislastfragen**

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 AStG liegt die Beweislast für die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Substanztests ausdrücklich und allein bei den unbeschränkt Steuerpflichtigen, die i.S.d. § 7 AStG an der Zwischengesellschaft beteiligt sind. Diese Vorgabe steht ebenfalls nicht im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung. In der Tz. 70 der *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung bedeutet der EuGH lediglich, dass dem Steuerpflichtigen die „Gelegenheit“ eines Entlastungsbeweises gegeben werden müsse. Es ist unmittelbar einsichtig, dass dies sachlich eine andere Qualität hat als die gegenwärtige Gesetzesfassung, die die alleinige Darlegungs- und Beweislast beim Steuerpflichtigen sieht.<sup>197</sup> Richtigerweise deutet die EuGH-Entscheidung m.E. lediglich auf eine (ggf. erhöhte) Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren hin<sup>198</sup>.

Es ist dem Gesetzgeber daher zur Herstellung der Europarechtskonformität anzuraten, parallel zum Substanztest einen diesbezüglichen Amtsermittlungsgrundsatz festzuschreiben oder zumindest in den Fällen, in denen der Steuerpflichtige selbst den Nachweis (beispielsweise bei einer Minderheitsbeteiligung mangels gesellschaftsrechtlicher Handhabe) nicht führen kann, der Finanzverwaltung aufzugeben, ihrerseits das Fehlen von Substanz nachzuweisen. Besteht dann ein non liquet, sollte der Substanztest gleichwohl zugunsten des Steuerpflichtigen als erfüllt gelten.

#### **g. Ausländische Betriebsstätten und Personengesellschaften**

Zu beachten ist, dass die Entlastungsmöglichkeit durch den Substanztest gemäß § 8 Abs. 2 AStG nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 20 Abs. 2 S. 1 AStG für ausländische Personengesellschaften und Betriebsstätten nicht zur Verfügung steht. Der EuGH scheint dies in der Rs. *Columbus Container Services* (C-196/04)<sup>199</sup> bestätigt zu haben, jedoch fragt sich m.E. ernsthaft,

---

<sup>197</sup> Ebenso *Sedemund*, BB 2008, 696 ff.; *Hammerschmitt/Rehfeld*, IWB Fach 3, Gruppe 1, 2293, 2300.

<sup>198</sup> So bereits zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 131 m.w.N.

<sup>199</sup> Dazu *Franck*, IStR 2007, 489 ff.

ob damit schon das letzte Wort in dieser Sache gesprochen ist.<sup>200</sup> In Zeiten, in denen sich der Gesetzgeber zunehmend um eine rechtsformneutrale Besteuerung bemüht, ist eine derartige Ungleichbehandlung von Personengesellschaften und Betriebsstätten gegenüber Kapitalgesellschaften im EU/EWR-Raum kaum hinzunehmen. Selten war ein EuGH-Urteil in den Entscheidungsgründen so wenig überzeugend.

Der Gesetzgeber ist gefragt. Die ohnehin im Wortlaut missglückte Vorschrift des § 20 Abs. 2 AStG sollte reformiert und den Bedürfnissen der Praxis angepasst werden. Dies gilt insbesondere auch für die Anwendung der Mitwirkungstatbestände, auch wenn das Problem der Dienstleistungsbetriebsstätte von Freiberuflern und Gewerbetreibenden durch § 20 Abs. 2 Satz 2 AStG wenigstens für den Bedienenstatbestand endlich beseitigt worden ist: § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG behinderte in einem nicht zu rechtfertigenden Maße das Tätigwerden von Freiberuflern, Gewerbetreibenden und Land- und Forstwirten im Ausland, was einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des AEUV bedeutete, zumal sich diese Personen wegen der klaren Formulierung des § 20 Abs. 2 AStG nicht auf den Substanztest des § 8 Abs. 2 AStG berufen konnten. § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG war aus den genannten Gründen m.E. eindeutig europarechtswidrig. Ein Gleiches gilt für § 20 Abs. 2 AStG, was auch der BFH partiell bestätigt hat.<sup>201</sup> Mit § 20 Abs. 2 S. 2 AStG hat der Gesetzgeber den § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG nunmehr immerhin für den gesamten Bereich der Dienstleistungsbetriebsstätten jedenfalls innerhalb Europas wenigstens teilweise suspendiert, jedoch kann die Ratio bei den anderen Tatbeständen des § 8 Abs. 1 AStG kaum eine andere sein.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Zur Kritik am Urteil bereits im Vorwege *Kaminski/Strunk/Haase*, IStR 2007, 726 f.; vgl. aber FG Münster vom 11.11.2008, Az.: 15 K 1114/99 F, IStR 2009, 31 f., wonach auch die etwaige Europarechtswidrigkeit der §§ 7 ff. AStG nicht auf § 20 Abs. 2 AStG durchschlüge. Zudem verstoße § 20 Abs. 2 AStG nicht gegen das Grundgesetz und insbesondere den Gleichheitssatz.

<sup>201</sup> Vgl. BFH vom 21.1.2009, Az.: I R 114/08, wonach § 20 Abs. 2 und 3 i.V.m. §§ 7 ff. AStG a.F. gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

<sup>202</sup> A.A. etwa *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, München 2015, Rdn. 1126. Seiner Ansicht nach könne sich eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 20 Abs. 2 AStG nach Einfügung des § 8 Abs. 2 AStG nur aus § 20 Abs. 2 AStG selbst ergeben. Die Steueranrechnungsmethode bei Betriebsstätten begründe aber keine Diskriminierung, weil auch Inländer mit Betriebsstätten der gleichen Besteuerung unterliegen.

### III. BEPS-Aktionspunkt 3

#### 1. Allgemeines

Die OECD hatte den G20 bereits im Februar 2013 einen umfassenden Bericht über die Ursachen und Auswirkungen von Gewinnkürzungen und Gewinnverlagerungen von multinational tätigen Unternehmen vorgelegt. Aufgrund dieses Berichts hatten die G20 sodann der OECD ein Mandat für die Erarbeitung eines umfassenden Aktionsplans<sup>203</sup> erteilt. Bei der Erstellung des Aktionsplans, der von den G20 am 20.7.2013 in Moskau gebilligt wurde, haben Deutschland bzw. das BMF ganz maßgeblich mitgewirkt (und wohl auch finanziert). Letzteres ist besonders erstaunlich, weil das nationale deutsche Steuerrecht bereits über viele der jetzt verabschiedeten Steuerregeln verfügt.

Das BEPS-Projekt der OECD ist ein wahrhaft historisches, internationales steuerpolitisches Vorhaben. Seine Umsetzung ist es auch – sowohl auf der zeitlichen Schiene als auch inhaltlich. Innerhalb kürzester Zeit haben sich die Staaten, deren individuelle Interessen teils gegensätzlicher nicht sein könnten, auf konkrete Ergebnisse geeinigt und schritten sodann nach gerade einmal zwei Jahren zu ihrer Implementierung. Dass die Sinnhaftigkeit des BEPS-Projekts durchaus bezweifelt werden darf, spielt daher angesichts seines Fortschritts heute keine Rolle mehr. Dennoch: Valide empirische/quantitative Untersuchungen zu Gewinnverlagerungen lagen, entgegen den Behauptungen des BMF, kaum vor, und auch dass die Probleme, d.h. die BEPS-Ursachen, zu einem Gutteil in der Steuerpolitik und Steuergesetzgebung der Staaten selbst zu suchen sind, ist nunmehr müßig zu betonen.<sup>204</sup> Jedenfalls ist zu konstatieren, dass die Problematik der internationalen Gewinnverlagerung aus deutscher Sicht bzw. seitens deutscher Steuerpflichtiger nicht in dem Ausmaß zu beobachten ist, wie dies in anderen Staaten wie beispielsweise den Vereinigten Staaten der Fall ist.

Beim BEPS-Projekt und der konkreten Erarbeitung des Aktionsplans haben im Ausgangspunkt über 60 Staaten zusammengearbeitet. Darunter sind insbesondere Staaten der OECD und der G20, aber auch Entwicklungs- und Schwellenländer. Internationale Organisationen wie die UNO, der Internationale Währungsfonds, die Weltbank und die Europäische Union waren

---

<sup>203</sup> Im Internet abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>; dazu überblicksartig bereits *Bärsch/Quilitzsch/Schulz*, ISR 2013, 358 ff.

<sup>204</sup> In diese Richtung argumentieren scharfsinnig etwa *Schanz/Feller*, Wieso Deutschland (fast) keine BEPS-Bekämpfung braucht; arqus Discussion Paper Nr. 171, Juli 2014.

ebenso beteiligt wie überregionale und regionale Steuerorganisationen. Der Aktionsplan ist als ein Katalog mit Maßnahmen gegen Base Erosion and Profit Shifting zu verstehen, auf dessen Grundlage bis Ende 2015 international abgestimmte Regelungen gegen Gewinnkürzungen und Gewinnverlagerungen erarbeitet werden sollten.

Damit reagierte die Staatengemeinschaft in einem breiten internationalen Konsens auf die Beobachtung der vergangenen Jahre, wonach multinationale Unternehmen im Vergleich zu vorwiegend national tätigen Unternehmen durch Ausnutzung unterschiedlicher Steuersysteme in zunehmendem Maße ihre Steuerlast auf ein Minimum senken. Die Ergebnisse des BEPS-Projekts zielen deshalb laut BMF<sup>205</sup> darauf ab, Informationsdefizite der Steuererwerbungen abzubauen, Ausmaß und Ort der Besteuerung stärker an die tatsächliche wirtschaftliche Substanz zu knüpfen, die Kohärenz der einzelnen nationalen Steuersysteme der Staaten zu erhöhen und unfairen Steuerwettbewerb einzudämmen.

Dies ist im Grundsatz aus mehreren Gründen notwendig. Natürlich hat BEPS nachteilige Folgen für den Fiskus, denn schädlicher Steuerwettbewerb und aggressive Steuergestaltungen führen zu Steuerausfällen, die sich die Staaten gerade in Zeiten notwendiger Haushaltskonsolidierung kaum noch leisten können. Es ergeben sich aber auch weitere Nachteile. So verringert sich die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen, die solche Steuergestaltungen nicht nutzen und deswegen eine höhere Steuerlast tragen. Dies betrifft vor allem kleine und mittelständische Unternehmen. Zudem ist ganz grundsätzlich das Gebot der Steuergerechtigkeit betroffen, wenn einige wenige, wirtschaftlich im Grundsatz potente Steuerpflichtige durch komplexe Konstruktionen ihre Steuerlast auf ein Minimum reduzieren und andere Unternehmen nach dem gesetzlichen Regelsteuersatz besteuert werden.<sup>206</sup>

Teil des o.g., umfassenden BEPS-Aktionsplans gegen Gewinnverlagerungen war mit dem Aktionspunkt 3 auch die Erarbeitung von internationalen Standards für die Hinzurechnungsbesteuerung („Designing Effective Con-

---

<sup>205</sup> Siehe dazu auch im Folgenden die Q&A-Liste des BMF unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/FAQ/2017-06-02-faq-beps.html>.

<sup>206</sup> So die Gesetzesbegründung in BR-Drs. 406/16 v. 12.8.2016 zum „BEPS-Umsetzungsgesetz I“ (BGBl. I 2016 v. 23.12.2016, 3000 ff.).

trolled Foreign Company Rules“),<sup>207</sup> zu denen umfangreiche Stellungnahmen bei der OECD eingereicht wurden. Der finale Bericht vom 5.10.2015 enthielt jedoch lediglich unverbindliche Empfehlungen („Building Blocks“) im Wesentlichen in den folgenden Bereichen: (1) Grundsätzliche Anwendungsregeln und Ausnahmen von der Hinzurechnungsbesteuerung, (2) Definition von Zwischengesellschaften, (3) Definition von Zwischeneinkünften, (4) Regeln für die Ermittlung und Zurechnung der Zwischeneinkünfte sowie (5) Regeln über die Vermeidung von Doppelbesteuerungen.

Insgesamt sieben „Building Blocks“ enthält das OECD-Papier, und mit Ausnahme des Bausteins zur Definition des Hinzurechnungsbetrags ist das Ergebnis auch jeweils nur eine Empfehlung der OECD.<sup>208</sup> Angesichts der zentralen Bedeutung dieses Bausteins aber und auch seines Umfangs im Report mutet diese Ausnahme durchaus seltsam an. Zu den einzelnen Bausteinen, aus denen sich für Deutschland nahezu kein Handlungsbedarf und aufgrund der rechtlichen Unverbindlichkeit auch keine Handlungsverpflichtung ableiten lässt, nachstehend in aller Kürze.

## **2. Empfehlungen der OECD**

### **a. Definition einer Zwischengesellschaft**

Die OECD schlägt bei der Einbeziehung von Rechtsgebilden in die Hinzurechnungsbesteuerung einen weiten Bogen. Jede Form von Körperschaft, Personengesellschaft, Betriebsstätte oder Treuhandgesellschaft (und vergleichbare Rechtsgebilde) soll als CFC erfasst werden, wobei sich die steuerliche Qualifikation i.S.e. klassischen lex-fo-ri-Qualifikation idealiter nach dem Steuerrecht des Ansässigkeitsstaats des Hinzurechnungsverpflichteten richten soll.

Anknüpfend an die Arbeiten der OECD zu hybriden, also in zwei oder mehr Staaten unterschiedlich qualifizierten Rechtsformen wird zudem vorgeschlagen, auch eine besondere „hybrid mismatch“-Regelung vorzusehen. Es soll also nicht möglich sein, die Hinzurechnungsbesteuerung durch eine unterschiedliche Qualifikation der Zwischengesellschaft im Ansässigkeits-

---

<sup>207</sup> Siehe zu diesem Aktionspunkt auch den finalen OECD-Bericht vom 5.10.2015, im Internet abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>

<sup>208</sup> Dazu etwa *Bannes/Cloer*, BB 2016, 1565 ff.

staat der Zwischengesellschaft und im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zu umgehen. Als Paradebeispiel führt die OECD die US-amerikanischen „Check-the-box“-Regeln an, die sogar in mehrstufigen Unternehmensgruppen anwendbar sind und beispielsweise auch Enkelgesellschaften betreffen können.

## **b. Eintrittsschwelle in die Hinzurechnungsbesteuerung**

Die OECD erkennt an, dass es nicht sinnvoll (und nebenbei bemerkt wohl auch nicht völkerrechtskonform) wäre, mit der Eintrittsschwelle für die Hinzurechnungsbesteuerung allzu großzügig umzugehen. Die Erfassung jeglicher passiver Einkünfte ausländischer Tochtergesellschaften ohne weitere Voraussetzungen würde zu einer Durchbrechung der Steuerrechtssubjektivität dieser Rechtsgebilde führen, ohne dass dies im Kern auf einen steuerlichen Missbrauch zurückzuführen wäre.

Als maßgebende Eintrittsschwelle wird daher das Vorhandensein eines niedrigen ausländischen Steuersatzes vorgeschlagen, ohne diesen jedoch näher zu spezifizieren. Die OECD lässt sich lediglich dahingehend ein, dass der Steuersatz im Ansässigkeitsstaat der Zwischengesellschaft signifikant niedriger als im Ansässigkeitsstaat des Hinzurechnungsverpflichteten sein müsse. Es ist unmittelbar einsichtig, dass diese Voraussetzung jedenfalls im deutschen Recht nicht annähernd umgesetzt ist.

## **c. Definition der Beherrschungsbeteiligung**

Den Aspekten der Kontrolle und Beherrschung widmet der OECD-Report viel Aufmerksamkeit, was vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung, im Kern missbräuchliches Verhalten des Steuerpflichtigen zu sanktionieren, nicht weiter erstaunlich ist: Nur wer die Zwischengesellschaft rechtlich oder jedenfalls wirtschaftlich beherrscht, ist auch faktisch in der Lage, Besteuerungssubstrat in das niedriger besteuerte Ausland zu verlagern. Insofern ist es ebenfalls nicht erstaunlich, dass die OECD einen rechtlichen und einen wirtschaftlichen Beherrschungstest vorschlägt, wobei das positive Ergebnis eines dieser Tests ausreichend sein soll.

Ein ausländisches Rechtsgebilde soll nach Maßgabe der OECD jedenfalls dann als beherrscht gelten, wenn einer oder mehrere Gesellschafter mit gleichgerichtetem Interesse zu mehr als 50 % an der CFC beteiligt sind. Wie wir noch sehen werden, entspricht diese Beteiligungsschwelle auch den Vor-

gaben der ATAD I. Es werden bei der Berechnung der Beherrschung sowohl die Beteiligung des Gesellschafters selbst, als auch die Beteiligungen nahe stehender Personen berücksichtigt, um festzustellen, ob die Mindestbeteiligungsgrenze überschritten ist.

Überraschend ist, dass die OECD es den Mitgliedstaaten freistellt, auch eine niedrigere Aufgriffsgrenze für das Vorhandensein der Beherrschungsbeteiligung festzulegen. Hierdurch soll die Umgehung dieses Kriteriums ausgeschlossen oder zumindest erschwert werden. Hierzu ist festzustellen, dass es kaum Rechtsordnungen gibt, in denen das Gesellschaftsrecht dem Inhaber einer Beteiligung unterhalb von 50 % eine derartige Gestaltungsmacht zubilligt, dass ernsthaft davon gesprochen werden kann, der Gesellschafter könne das Geschehen auf Gesellschaftsebene nach seinem Gusto beherrschen. Genau dies wäre aber bei Lichte betrachtet erforderlich, damit der Gesellschafter auch auf die Verlagerung von Besteuerungssubstrat Einfluss nehmen kann.

#### **d. Definition der Zwischeneinkünfte**

Die OECD macht keine klaren Vorgaben in Bezug auf die Einkünfte, die zwingend einer Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen sollten. Es werden lediglich beispielhaft Einkünfte genannt, die herkömmlich entweder besonders flüchtig (also leicht zu verlagern) sind oder denen wenig wirtschaftliche Aktivität immanent ist. Es sind dies die folgenden Gruppen von Einkünften:

- Dividenden
- Zinsen und andere Finanzeinkünfte
- Versicherungseinkünfte
- Einkünfte aus Lieferungen und Leistungen
- Lizenzeneinkünfte oder andere Einkünfte aus immateriellen Wirtschaftsgütern.

Die Festlegung der Zwischeneinkünfte ist für das materielle Ergebnis der Besteuerung ersichtlich von hoher Relevanz. Einkünfte, denen eine echte Wertschöpfung zugrunde liegt oder jedenfalls aus tatsächlichen wirtschaftlichen Aktivitäten stammen, sollen nach einhelliger Ansicht nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Passive Einkünfte hingegen zeichnen sich, hierauf stellt die OECD in ihrem Report gleich mehrfach ab, im Kern durch eine hohe Mobilität aus.

Bemerkenswert ist allerdings, dass es die OECD nicht bei der Benennung bestimmter Kategorien von Einkünften belässt. Passive Einkünfte sollen nicht allein deshalb passiv sein, weil sie etwa in einem gesetzlichen Katalog als solche bezeichnet werden. Vielmehr schlägt die OECD eine genauere wirtschaftliche Analyse vor, um beurteilen zu können, ob bestimmte Einkünfte den Status der Passivität verdienen. Es soll also weniger an die Form der Einkünfte, als vielmehr an deren Substanz angeknüpft werden (sog. substanzbasierte Analyse). Diesbezüglich diskutiert die OECD drei mögliche Ausgestaltungen, wie eine solche Analyse aussehen könnte:

- Nach dem sog. Mindestwertschöpfungstest wird überprüft, ob das Personal der CFC einen ausreichenden Wertschöpfungsbeitrag zu den Einkünften der Zwischengesellschaft geleistet hat. Ist diese Voraussetzung gegeben, so werden die gesamten Einkünfte der Zwischengesellschaft als aktive Einkünfte angesehen.
- Nach dem sog. Unabhängigkeitstest wird überprüft, ob die CFC die ausgeführten Funktionen, die übernommenen Risiken und die eingesetzten Wirtschaftsgüter auch ausgeführt, übernommen oder eingesetzt hätte, wenn sie nicht Teil eines Konzerns oder einer Unternehmensgruppe gewesen wäre. Ähnlich wie beim AOA wird i.E. ohne dies so zu benennen, aber der Sache nach vorgeschlagen, eine Funktions- und Risikoanalyse bei der Zwischengesellschaft vorzunehmen. Wenn diese Analyse zeigt, dass bestimmte Funktionen, Risiken oder Wirtschaftsgüter nicht von der CFC ausgeführt, übernommen oder eingesetzt würden, falls keine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit bestünde, so liegen passive Einkünfte vor.
- Beim sog. Arbeitnehmertest wird untersucht, ob die CFC über die notwendige Substanz, d.h. Arbeitnehmer, unternehmerische Fähigkeiten und zureichende personelle Ressourcen im Allgemeinen verfügt, um die zugeordneten Funktionen auszuüben.

Weiterhin schlägt die OECD zwei unterschiedliche systematische Ansätze vor, um die Höhe des Hinzurechnungsbetrags zu bestimmen: Nach dem kategoriebasierten Ansatz unterscheidet man verschiedene Arten von Einkünften und wendet für jede dieser Einkunftsarten unterschiedliche Regeln an, während sich nach dem Alternativvorschlag der Hinzurechnungsbetrag als der Betrag berechnen lässt, um den die Einkünfte der Zwischengesellschaft die „gewöhnliche“ Profitabilitätsrate eines unabhängigen Unternehmens übersteigen.

#### **e. Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags**

Die OECD schlägt vor, für die konkrete Berechnung des Hinzurechnungsbetrags die gesetzlichen Regelungen im Ansässigkeitsstaat des Hinzurechnungsverpflichteten anzuwenden.

#### **f. Zurechnung des Hinzurechnungsbetrags**

Die OECD schlägt vor, die Zurechnung des Hinzurechnungsbetrags für jeden Gesellschafter separat vorzunehmen, wobei dies beispielsweise im Verhältnis zu der Beteiligung an der Zwischengesellschaft erfolgen kann. Dieses Konzept verfolgen auch schon derzeit die meisten Staaten, die jedenfalls im Grundsatz über eine Hinzurechnungsbesteuerung verfügen.

#### **g. Regelungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung**

Sollte der Hinzurechnungsbetrag auch im Ansässigkeitsstaat der Zwischengesellschaft einer Besteuerung unterliegen, so schlägt die OECD vor, die potentielle Doppelbesteuerung durch die Anwendung der Steueranrechnungsmethode zu vermeiden. Gesonderte Vorschläge für Dreieckssachverhalte und eine gleichzeitig bestehende Hinzurechnungsbesteuerung in mehreren Ländern sowie für nachgeschaltete Zwischengesellschaften enthält der Report jedoch nicht.

### **3. Konsequenzen für Deutschland**

Nach recht einhelliger Auffassung ergeben sich aus dem finalen Report zum BEPS-Aktionspunkt 3 vom 5.10.2015 keine oder nur sozusagen redaktionelle Änderungen für das deutsche Recht. Grund hierfür ist insbesondere, dass der Report eine relative Freiheit in der Umsetzung garantiert und dass Deutschland im Fahrwasser der Vereinigten Staaten – natürlich – die wesentlichen Charakteristika eines Hinzurechnungsbesteuerungssystems bereits umgesetzt hatte. Im Grunde ging es der OECD bei diesem Aktionspunkt auch nur darum, diejenigen Staaten auf ihre Linie einzuschwören, die noch über keinerlei Hinzurechnungsbesteuerungssystem verfügen (und das sind durchaus einige, wenn auch inzwischen meistens außerhalb Europas). Hinzu kommt, dass die Arbeiten der OECD mangels Rechtssetzungskompetenz keinerlei verbindlichen Charakter aufweisen. Es handelt sich vielmehr um bloße Absichtserklärungen der Staaten, die einer Umsetzung in nationales Recht bedürfen.

All dies gilt indes m.E. mit einer Ausnahme: Die OECD erwähnt im Report die Möglichkeit der Einführung einer sog. „Secondary Rule“, wonach im Falle der fehlenden Besteuerung des Hinzurechnungsbetrages einer Zwischengesellschaft durch den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft eine Konzerngesellschaft in einem anderen Staat diesen Hinzurechnungsbetrag besteuern dürfe, soweit dies beispielsweise durch die Art oder Belegenheit der Einkunftsquelle zu begründen sei. Die damit verbundenen Konsequenzen wären auch für das deutsche nationale Recht durchaus weitreichend, werden aber vorliegend mangels hinreichender Umsetzungswahrscheinlichkeit nicht weiter erörtert.

## IV. ATAD I

### 1. Allgemeines

Die ATAD I<sup>209</sup> bildet gleich in mehrfacher Hinsicht ein Novum im internationalen Steuerrecht.<sup>210</sup> Das betrifft erstens die Kürze der Zeit, in der die Richtlinie verabschiedet wurde. Von dem ersten veröffentlichten Vorschlag bis hin zur politischen Einigung sind nur sieben Monate vergangen. Damit ist auch schon die zweite Besonderheit angesprochen, nämlich dass sich neben der OECD nun quasi ein zweiter Regelungsgeber anschickt, in das Geschehen einzugreifen, d.h. OECD und EU „werkeln“ beide gleichzeitig, und man möchte fast meinen nebeneinander, an demselben Projekt. Das hat natürlich kein aleatorisches Element, sondern ist bewusst so gesteuert worden; überraschend (und unnötig) aber ist die Eile, die sich im Übrigen dann auch in handwerklichen Fehlern und sprachlich unsauberer Normen zeigt, nach Jahrzehnten des Stillstands dennoch.

Weiterhin handelt es sich bei der ATAD I, wenn man einmal von den Neuerungen des Korrespondenzprinzips in der Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>211</sup> absieht, um die erste Richtlinie im Bereich der direkten Steuern, die primär keine steuerlich begünstigende Wirkung für den Steuerpflichtigen mit sich bringt, sondern in Wahrheit eine Belastung darstellt. Und schließlich ist zu bemerken, dass die Richtlinie, ebenfalls anders als die bisherigen vier Richtlinien im Bereich der direkten Steuern, keine zwingende Harmonisierung bis ins Detail, sondern lediglich einen Mindeststandard vorschreibt. Strengere Vorschriften, als es die Richtlinie vorsieht, bleiben den Mitgliedstaaten daher im Grundsatz unbenommen, was auch nicht zur angestrebten Rechtsvereinheitlichung beitragen wird.

Die ATAD I ist als sekundäres Gemeinschaftsrecht bis zum 1.1.2019 in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen – das war zu erwarten, und die Frist erscheint auch angemessen lang. Ob allerdings die Richtlinie als den Steuerpflichtigen belastendes Regelungswerk überhaupt von der

---

<sup>209</sup> RL 2016/1164 v. 12.6.2016, Abl. L 193/1 v. 19.7.2016.

<sup>210</sup> Ausführlich zur Richtlinie *Linn*, IStR 2016, 645 ff.; *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 ff.; *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 ff.; *Oppel*, IStR 2016, 797 ff.; *Schönfeld*, IStR 2017, 721 ff.

<sup>211</sup> Siehe dazu Richtlinie (EU) 2015/121 des Rates v. 27.1.2015 zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten; Abl. EU L 21/1 v. 28.1.2015.

Ermächtigungsgrundlage des Art. 115 AEUV gedeckt ist, kann bezweifelt werden. Das Handeln der EU muss hierfür nämlich aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips streng genommen erforderlich sein, d.h. ein uni- oder bilaterales Handeln der Mitgliedstaaten darf das Problem einer Binnenmarktbeeinträchtigung nicht ebenso gut beseitigen. Angesichts der bisherigen Arbeiten der OECD-Mitgliedstaaten und der Möglichkeit, die Empfehlungen der OECD sodann wirksam in nationales Recht umzusetzen, erscheint eben dies jedoch zumindest fraglich.

## 2. Überblick

Die EU-Kommission stellte am 28.1.2016 den ersten Entwurf einer Richtlinie gegen BEPS vor, die politische Einigung der Mitgliedstaaten erfolgte binnen kürzester Zeit am 17.7.2016. Obwohl grundsätzlich die gleichen Themen wie im OECD-Aktionsplan gegen BEPS abgehandelt wurden, gab es in einigen Fällen abweichende Umsetzungen. Die Vorgaben der Richtlinie werden in den nachstehenden Gliederungspunkten zu Tatbestand (dazu unter V.2.d.) und Rechtsfolge (dazu unter VI.4.) im Vergleich zur bestehenden Rechtslage in Deutschland und im Detail erläutert. An dieser Stelle mag daher zunächst ein kurzer Überblick genügen.

Die ATAD I richtet sich an alle Steuerpflichtigen einschließlich Betriebsstätten von Unternehmen aus Drittstaaten, wenn diese in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Körperschaftsteuer unterliegen. Die Richtlinie enthält i.S.e. Mindeststandards verbindliche Vorgaben an die Mitgliedstaaten, in folgenden Bereichen Missbrauchsverhinderungsvorschriften zu erlassen: Zinsabzugsbeschränkungen, Wegzugsbesteuerung (Exit Tax), allgemeine Missbrauchsvermeidungsvorschrift (General Anti-Abuse Rule, GAAR), Hinzurechnungsbesteuerung und hybride Gestaltungen.

In Bezug auf die Hinzurechnungsbesteuerung sind die Mitgliedstaaten künftig verpflichtet, bestimmte nicht ausgeschüttete Gewinne von ausländischen Gesellschaften oder Betriebsstätten zu besteuern. Die Voraussetzungen für eine Hinzurechnungsbesteuerung ähneln im Grundsatz den deutschen Regeln, was die Beherrschung der ausländischen Gesellschaft und die effektive Niedrigbesteuerung angeht. Die von der (Zwischen-)Gesellschaft oder Betriebsstätte gezahlten Steuern müssen dabei weniger als die Hälfte der Steuern betragen, die im Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen bei Anwendung von dessen Steuersystem zu zahlen gewesen wären. Nicht steuerpflichtige Betriebsstätten der (Zwischen-)Gesellschaft sind dabei nicht einzubeziehen. Im Entwurf vom 28.1.2016 war noch ein Steuersatz von weni-

ger als 40 % des Steuersatzes, der im Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen angewendet worden wäre, vorgesehen, während nach deutscher Hinzurechnungsbesteuerung eine Niedrigbesteuerung schon bei einer effektiven Steuerbelastung von weniger als 25 % vorliegt. Durch die finalisierte Fassung soll insbesondere betont werden, dass es auf die effektive Steuerbelastung ankommt. Dies entspricht der bisher h.M. zum deutschen Recht; auch hier ist der nominelle Steuersatz im Ausland unerheblich.

Außerdem muss die CFC oder Betriebsstätte passive oder durch eine künstliche Gestaltung erzeugte Einkünfte erzielen. Passive Einkünfte sind nach der Richtlinie (i) Zinsen oder andere Einkünfte aus Finanzanlagen, (ii) Lizenzzahlungen oder andere Einkünfte aus IP, (iii) Dividenden und Veräußerungsgewinne, (iv) Einkünfte aus Finanzierungsleasing, (v) Einkünfte aus Versicherungs-, Bank- oder anderen Finanztätigkeiten, (vi) Einkünfte von Abrechnungsunternehmen, die Einkünfte durch Verkäufe und Dienstleistungen erzielen, die sie von nahestehenden Unternehmen kaufen und an nahestehende Unternehmen verkaufen oder erbringen, und die nicht oder wenig zur Wertschöpfung beitragen.

Eine Hinzurechnungsbesteuerung soll unterbleiben, soweit die ausländische Gesellschaft eine wesentliche wirtschaftliche Aktivität mit Mitarbeitern, Anlagen, Vermögenswerten und Räumlichkeiten ausübt und das nachgewiesen wird. Dieser Gegenbeweis muss allerdings bei Drittstaatengesellschaften nicht ermöglicht werden. Die Mitgliedstaaten können ferner Nichtaufgriffsgrenzen vorsehen.

Alternativ können die Mitgliedstaaten die Einkünfte nicht anhand des Katalogs passiver Einkünfte bestimmen, sondern vorsehen, dass Einkünfte aus einer künstlichen Gestaltung, deren wesentlicher Zweck die Erlangung eines Steuervorteils ist, der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Eine künstliche Gestaltung ist gegeben, wenn die (Zwischen-)Gesellschaft oder Betriebsstätte die für die Erzielung der gesamten oder eines Teils der Einkünfte notwendigen Wirtschaftsgüter nicht besitzen oder die Risiken nicht übernommen hätte, wenn sie nicht von einem Unternehmen kontrolliert werden würde, das die wichtigen Personalfunktionen für diese Wirtschaftsgüter und Risiken ausführt, die dem CFC-Einkommen dienlich sind. Das hinzurechnungspflichtige Einkommen bestimmt sich in dieser Variante nach den Wirtschaftsgütern und Risiken, die zu den Personalfunktionen des beherrschenden inländischen Gesellschafters in Beziehung stehen; dabei ist der Fremdvergleichsgrundsatz zu beachten. Insoweit dürfen die Mitgliedstaaten Nichtaufgriffsgrenzen vorsehen.

Die Gewinne des ausländischen Unternehmens sollen nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates des Steuerpflichtigen berechnet werden. Verluste sollen dem Steuerpflichtigen nicht zugerechnet werden, aber von der (Zwischen-) Gesellschaft oder Betriebsstätte vorgetragen und in späteren Jahren berücksichtigt werden können. Die Gewinne sollen den Steuerpflichtigen entsprechend ihrer Beteiligung zugerechnet werden. Das Einkommen soll in dem Steuerjahr berücksichtigt werden, in dem das Steuerjahr der ausländischen Gesellschaft endet. Zur Vermeidung von Doppelbesteuerung sollen die hinzugerechneten Beträge im Falle einer Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft oder wenn die Anteile an der (Zwischen-) Gesellschaft oder der Betrieb der Betriebsstätte veräußert werden, von der Bemessungsgrundlage abgezogen werden. Entsprechend den nationalen Regelungen des Steuerpflichtigen sollen die von der (Zwischen-) Gesellschaft oder Betriebsstätte gezahlten Steuern auf die Steuer des Steuerpflichtigen angerechnet werden können.

### **3. Vorgaben und Grenzen: Die Bedeutung des Mindeststandards**

Bei den vorstehend nur skizzierten Vorgaben handelt es sich um Mindeststandards, die Mitgliedstaaten dürfen also strengere Vorschriften erlassen bzw. beibehalten, vgl. Art. 3 der ATAD I („Mindestschutzniveau“).<sup>212</sup> Vorschriften, die hinter der Richtlinie zurückbleiben, sind hingegen unzulässig.<sup>213</sup> Die Bewertung, ob eine Vorschrift strenger ist als die Richtlinienvorgabe, darf dabei nicht nach den arithmetischen Kategorien von „Weniger“ und „Mehr“, sondern muss immer vor dem Hintergrund der Zwecksetzung der Richtlinie und im jeweiligen Einzelfall vorgenommen werden.

Beispiel: Die ATAD I schreibt für die Beherrschungsbeteiligung eine Beteiligung von 50 % vor. Eine in einem nationalen Recht der Mitgliedstaaten vorgesehene Beteiligung von 40 % ist gemessen daran nominell ein „Weniger“, jedoch bei Lichte betrachtet strenger, weil die Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung dann schneller erreicht sind. Dies wäre nach der Richtlinie aufgrund des Mindestschutzes zulässig, eine Grenze von beispielsweise 75 % jedoch nicht. Weiteres Beispiel: Die Richtlinie sieht, bezogen auf den gegenwärtigen deutschen Körperschaftsteuersatz, die Grenze zur Niedrigbesteuerung bei einer Schwelle von 7,5 %. Gemessen daran ist

---

<sup>212</sup> Siehe auch Abs. 3 der Erwägungsgründe.

<sup>213</sup> Zur Bedeutung des Mindestschutzniveaus *Fehling*, DB 2016, 2862 ff.

die in § 8 Abs. 3 AStG genannte Grenze von 25 % schärfer (und nicht laxer), weil bei einem höheren Schwellenwert mehr Staaten in die Hinzurechnungsbesteuerung fallen.

Dort, wo nationale Vorschriften bislang hinter den Vorgaben zurückbleiben, noch gar keine Regeln bestehen oder die Richtlinie gegenüber dem nationalen Recht erstmals einen neuen Sachverhalt regelt, sind die Mitgliedstaaten nach Art. 288 AEUV verpflichtet, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen; die hierfür vorgesehene Umsetzungsfrist endet am 31.12.2018. Dort, wo die Mitgliedstaaten sich für gegenüber der Richtlinie schärfere Regeln entscheiden, sind jedoch m.E. weiterhin die Vorgaben des europäischen Primärrechts bindend: Im Fall schärferer Regeln über die Hinzurechnungsbesteuerung haben sich diese daher insbesondere an den Grundfreiheiten messen zu lassen. Dies ergibt sich m.E. aus dem Urteil des EuGH in der Rs. *Inspire Art.*<sup>214</sup> Es kann für den Primärrechtsschutz keinen Unterschied bedeuten, ob nationale Regelungen – wie im Fall *Inspire Art.* – schon a priori nicht in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallen oder ob die Richtlinie den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume im Wege eines Mindestschutzes zuerkennt, das nationale Recht aber über den Mindestschutz hinausgeht. In beiden Fällen ist es sachlich geboten, dass eine Inhaltskontrolle jedenfalls anhand der Grundfreiheiten möglich bleibt, auch wenn sich dann die (ungeklärte) Frage stellt, ob eine nationale Norm, die sich isoliert betrachtet innerhalb des Mindestschutzniveaus bewegt, schon deshalb gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, weil der jeweilige Mitgliedstaat in anderen Normen einen gegenüber der Richtlinie strengeren Kurs eingeschlagen hat.<sup>215</sup> Ein Gleiches gilt für die (ungeklärte) Frage, wie man rechtssicher die Grenze zwischen einer wegen Art. 3 der Richtlinie zulässigen strengeren nationalen Norm und einer echten aliud-Regelung ziehen möchte.<sup>216</sup>

#### 4. GAAR

Art. 6 ATAD I sieht, entsprechend § 42 AO im Inland, die Einführung einer allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift (General Anti-Abuse Rule oder General Anti-Avoidance Rule = GAAR) vor. Dies überrascht ein wenig, da die meisten Staaten ohnehin über allgemeine oder besondere sog. Anti-Abuse-Rules verfügen. Auch die Hinzurechnungsbesteuerung ist als beson-

---

<sup>214</sup> EuGH v. 30.9.2003, C-167/01, Slg. 2003, 10195 ff., Tz. 73.

<sup>215</sup> Diese Differenzierung wohl ablehnend *Fehling*, DB 2016, 2862, 2864.

<sup>216</sup> Dazu *Schönfeld*, IStR 2017, 721, 723.

dere Ausprägung eines solchen Missbrauchsvermeidungsregimes zu verstehen.

Die Richtlinie hält sich in diesem Punkt sehr allgemein, was angesichts der vorgenannten Zielsetzung auch nicht weiter erstaunlich ist. Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie berücksichtigen die Mitgliedstaaten eine sog. unangemessene Gestaltung oder eine unangemessene Abfolge von Gestaltungen bei der Berechnung der Körperschaftsteuerschuld eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte i.S.d. Art. 1 der Richtlinie nicht, wenn unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke der Gestaltung darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, der dem Ziel oder Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft. S. 2 ergänzt, dass eine Gestaltung in diesem Sinne mehr als einen Schritt oder Teil umfassen kann.

Abs. 2 der Norm präzisiert, dass für Zwecke des Abs. 1 eine Gestaltung oder eine Abfolge solcher Gestaltungen in dem Umfang als unangemessen gilt, in dem sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln. Der Sache nach entspricht dies etwa dem § 42 Abs. 2 AO. Art. 6 Abs. 3 ATAD I schließt mit einem Abs. 3, der anordnet, dass die Steuerschuld eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte i.S.d. Art. 1 der Richtlinie im Einklang mit dem nationalen Recht des Mitgliedstaats berechnet wird, wenn eine Gestaltung oder Abfolge von Gestaltungen nach Abs. 1 der Norm unberücksichtigt bleibt.

Die ATAD I enthält in ihrem Art. 7 Abs. 2 lit. b) im Hinblick auf die Hinzurechnungsbesteuerung ferner eine besondere Missbrauchsvermeidungsvorschrift, die indes in Teilen mit demselben Wortlaut wie Art. 6 der Richtlinie arbeitet. Der wesentliche Zweck, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, ist danach das verbindende Kernelement unangemessener Gestaltungen im Sinne der Richtlinie. Für Deutschland ergeben sich hieraus allerdings keine Handlungsverpflichtungen, weil § 42 AO bereits diese Funktion erfüllt und weil Art. 7 Abs. 2 lit. b) nur ein Alternativkonzept für Mitgliedstaaten ist, welche noch nicht über eine Hinzurechnungsbesteuerung verfügen.

Hinzuweisen ist noch auf Abs. 11 S. 3 HS 2: „andernfalls [*Anm. des Verfassers*: Gemeint ist wohl „andererseits“, was in diesem Fall eine bessere Übersetzung des englischen „otherwise“ wäre] sollte der Steuerpflichtige das Recht haben, die steuereffizienteste Struktur für seine geschäftlichen Angelegenheiten zu wählen.“ Die Textstelle steht im Einklang mit der o.g. deutschen BFH-Rechtsprechung, wonach eine Steuervermeidung folgenlos

bleibt und der Steuerpflichtige seine Angelegenheiten so einrichten kann, dass keine oder eine möglichst geringe Steuerbelastung entsteht.<sup>217</sup>

---

<sup>217</sup> Beschluss v. 20.5.1997, VIII B 108/96, BFHE 183, 174 ff. im Gliederungspunkt II.2.c) der Gründe.

## V. Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung

### 1. Inländerbeherrschung

#### a. Allgemeines

§ 7 Abs. 1 AStG verlangt für das Eingreifen der Hinzurechnungsbesteuerung die Beteiligung unbeschränkt Steuerpflichtiger zu mehr als der Hälfte an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des KStG mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland. Wer i.d.S. unbeschränkt steuerpflichtig ist, richtet sich nach den Einzelsteuergesetzen und damit nach den allgemeinen Regeln<sup>218</sup>. In Betracht kommen daher natürliche Personen (§§ 1 Abs. 1–3; 1a EStG) sowie Körperschaften und damit v.a. Kapitalgesellschaften (§ 1 KStG). Bei Beteiligungen an Zwischengesellschaften, die über Personengesellschaften gehalten werden, gelten die Gesellschafter der Personengesellschaft (natürliche Personen oder Körperschaften oder bei Personengesellschaften deren Gesellschafter) kraft Gesetzes nach § 7 Abs. 3 AStG als unmittelbar an der Zwischengesellschaft beteiligt<sup>219</sup>.

Nicht von der Hinzurechnungsbesteuerung erfasst sind damit beschränkt Steuerpflichtige sowie ungeachtet des Verweises in § 7 Abs. 2 AStG erweitert beschränkt Steuerpflichtige im Sinne des § 2 AStG<sup>220</sup>. Beteiligungen erweitert beschränkt Steuerpflichtiger werden lediglich für die Frage der Beteiligungshöhe hinzuaddiert. Trotz der Verwendung der Pluralform „Steuerpflichtige“ in § 7 Abs. 1 AStG ist die Vorschrift nach h.M. nicht so zu verstehen, dass nur mehrere unbeschränkt Steuerpflichtige bei gemeinsamer Beteiligung an einer Zwischengesellschaft zu Subjekten der Hinzurechnungsbesteuerung würden. Vielmehr reicht die mehr als hälftige Beteiligung eines Steuerpflichtigen aus<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> Vgl. Köhler in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 73 ff.; Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 9.3.

<sup>219</sup> Tz. 7.3 AEASTG. Dies gilt auch für ausländische Personengesellschaften, vgl. BFH-Urteil v. 30.8.1995, Az.: I R 77/94, BStBl. II 1996, 122 ff.

<sup>220</sup> Köhler in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 35. Vgl. zur wichtigen Unterscheidung zwischen der sog. Beherrschungsbeteiligung des § 7 Abs. 1 HS 1 AStG und der sog. Hinzurechnungsbeteiligung nach § 7 Abs. 1 HS 2 AStG die Ausführungen bei Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 18.

<sup>221</sup> Köhler in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 34.

Aus dem ausdrücklichen Verweis in § 7 Abs. 1 AStG auf das KStG folgt, dass sich der Begriff der ausländischen „Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse“ nach § 1 KStG richtet. Es ist daher im Wege des Rechtstypenvergleichs zu entscheiden, welcher deutschen Rechtsform das ausländische Gebilde, das ggf. als Zwischengesellschaft in Betracht kommt, strukturell vergleichbar ist<sup>222</sup>. Zwischengesellschaften sind jedoch aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 7 Abs. 1 KStG nur solche Gesellschaften, die weder ihren Sitz noch ihren Ort der Geschäftsleitung im Inland haben<sup>223</sup>.

Ergibt der Rechtstypenvergleich<sup>224</sup>, dass das ausländische Gebilde, d.h. die potenzielle Zwischengesellschaft, keiner der in § 1 KStG genannten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen gleicht (wie etwa im Fall einer Personengesellschaft) oder dass es ihm gar gänzlich an einer auch nur partiellen Rechtsfähigkeit fehlt (so etwa im Falle von ausländischen Betriebsstätten eines inländischen Stammhauses), greift zwar die Hinzurechnungsbesteuerung der §§ 7 ff. AStG nicht ein. Jedoch kommt dann – beim Vorliegen der weiteren, nachstehend genannten Voraussetzungen – die ergänzende Regelung des § 20 Abs. 2 AStG<sup>225</sup> zur Anwendung, wonach die nach dem jeweiligen DBA regelmäßig vorliegende Freistellung der ausländischen

---

<sup>222</sup> H.M., vgl. *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 10.2; a.A. *Wöhrle* in Wöhrle/Schell/Gross (Hrsg.), § 7 AStG Rdn. 21; zur Hinzurechnungsbesteuerung bei atypisch stillen Gesellschaften *Haase*, IStR 2008, 312 ff.

<sup>223</sup> Beschränkt steuerpflichtige Körperschaften können damit eindeutig der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Doppelansässige Gesellschaften, die aufgrund der tie-breaker-rule in einem DBA entsprechend Art. 4 Abs. 3 OECD-Musterabkommen als in einem ausländischen Staat ansässig gelten, scheiden allerdings m.E. aus dem Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung aus. Sie sind in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig, jedoch darf Deutschland aufgrund des DBA das Besteuerungsrecht nicht ausüben. Das ist begrifflich und systematisch etwas ganz anderes als die fehlende unbeschränkte Steuerpflicht nach nationalem Recht; vgl. dazu § 12 Abs. 3 KStG n.F., wo sich der Gesetzgeber aufgrund dessen Neuregelung dieser Auffassung offenbar angeschlossen hat. Einschlägig ist aber ggf. § 20 Abs. 2 AStG; zum Ganzen *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 50 f sowie *Kollruss*, IStR 2008, 316 ff.; zur Hinzurechnungsbesteuerung bei doppelansässigen Gesellschaftern *Haase*, IStR 2008, 695 ff.

<sup>224</sup> Dazu im Zusammenhang des § 20 Abs. 2 instruktiv *Kempf/Kraft*, IStR 2016, 220.

<sup>225</sup> Vgl. zu dessen Gemeinschaftsrechtswidrigkeiten das BFH-Urteil v. 21.1.2009, Az.: I R 114/08, BStBl. II 2010, 774 ff.

Betriebsstätteneinkünfte (auch die Personengesellschaft wird im internationalen Steuerrecht wie eine Betriebsstätte behandelt) versagt und stattdessen die Anrechnungsmethode angewendet wird (dazu unter Punkt VII.1.)<sup>226</sup>.

§ 7 Abs. 1 AStG spricht von der Beteiligung unbeschränkt Steuerpflichtiger an der potenziellen Zwischengesellschaft<sup>227</sup> „zu mehr als der Hälfte“. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist in § 7 Abs. 2 AStG definiert. Danach ist eine mehr als hälftige Beteiligung gegeben, wenn dem unbeschränkt Steuerpflichtigen entweder allein oder zusammen mit Personen im Sinne des § 2 AStG (erweitert unbeschränkt Steuerpflichtige) am Ende des Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, in dem sie Zwischeneinkünfte bezogen hat, mehr als 50 % der Anteile oder Stimmrechte an der ausländischen Gesellschaft zuzurechnen sind. Maßgeblich ist damit für die sog. Beherrschungsbeteiligung eine Beteiligung am gesellschaftsrechtlichen Nennkapital (Anteile) oder die Möglichkeit der Einflussnahme über Stimmrechte. Im Falle des Fehlens dieser Anknüpfungspunkte ist die Beteiligung am Vermögen der ausländischen Gesellschaft entscheidend, § 7 Abs. 2 Satz 3 AStG<sup>228</sup>.

Insgesamt gilt: Die Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums (nach §§ 39, 41 oder 42 AO) ist ausreichend<sup>229</sup>. Die Anteile mehrerer unbeschränkt oder erweitert beschränkt Steuerpflichtiger werden für die Beurteilung der 50-%-Grenze zusammengerechnet. Es muss sich nicht um verbundene Unternehmen oder nahe stehende Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG handeln,<sup>230</sup> die beteiligten Personen können einander fremd sein. Auch ist es irrelevant, ob die Beteiligung an der Zwischengesellschaft im Privat- oder

---

<sup>226</sup> Es handelt sich gewissermaßen um eine nationale switch-over-Klausel. Selbstverständlich wird dadurch im Ergebnis eine Verlustverrechnung im Inland bewirkt (siehe dazu *Becker/Loose/Misere*, IStR 2016, 353, die gleichwohl daran Zweifel gehabt zu haben scheinen).

<sup>227</sup> Das Gesetz verwendet den Terminus „ausländische Gesellschaft“; zu diesem Begriff eingehend *Richter/Moser*, FR 2015, 888 ff.

<sup>228</sup> Ergänzende Regelungen für Fälle der Weisungsgebundenheit und der vom Nennkapital abweichenden Gewinnverteilung enthalten die Abs. 4 und 5 des § 7 AStG.

<sup>229</sup> Vgl. hierzu sowie insgesamt zur Mindestbeteiligung Tz. 7.1.1 AEASTG.

<sup>230</sup> Maßgebend für die Höhe der Beteiligung sind jeweils die Verhältnisse am Schluss des Wirtschaftsjahres, in dem die Gesellschaft die Einkünfte bezogen hat, vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 AStG (Legaldefinition des maßgebenden Wirtschaftsjahres).

Betriebsvermögen gehalten wird<sup>231</sup>. Erforderlich ist aber jedenfalls eine gesellschaftsrechtlich fundierte Beteiligung, und damit ist zugleich ausgesagt, dass rein schuldrechtliche Beteiligungen für die Annahme einer Beherrschungsbeteiligung nicht ausreichen<sup>232</sup>.

Nach § 7 Abs. 2 Satz 2 AStG sind den unbeschränkt oder erweitert beschränkt Steuerpflichtigen ferner auch mittelbar und anteilig von ihnen an einer ausländischen Gesellschaft gehaltene Beteiligungen zuzurechnen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung sowie aus dem Sinn und Zweck von § 7 Abs. 1 und 2 AStG folgt, dass es sich – anders als es der Wortlaut des § 7 Abs. 2 Satz 2 AStG nahe legt – bei der vermittelnden Gesellschaft ebenfalls um eine ausländische Gesellschaft handeln muss<sup>233</sup>. Bei beherrschenden Beteiligungen über eine inländische Kapitalgesellschaft erfolgt nämlich die Hinzurechnungsbesteuerung bereits bei dieser und damit auf der jeweils ersten inländischen Stufe, ohne dass die dahinter stehenden Gesellschafter davon unmittelbar betroffen wären<sup>234</sup>.

## **b. Wesentliche Kritikpunkte**

### **aa. Klein- und Kleinstbeteiligungen**

§ 7 Abs. 1 S. 1 AStG stellt hinsichtlich der Beherrschungsbeteiligung nicht auf den individuellen Steuerpflichtigen, sondern auf die Gesamtheit aller Inlandsbeteiligten ab. Die Beteiligungen aller unbeschränkt Steuerpflichti-

---

<sup>231</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 50.a

<sup>232</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 12; ebenso *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 51. Zu Zweifelsfragen bei der Auslegung des Anteilsbegriffs im Hinblick auf dessen Verwendung in den Einzelsteuergesetzen im Allgemeinen sowie im Hinblick auf schuldrechtliche und beteiligungsähnliche Genussrechte (profit participation rights) im Besonderen ausführlich *Strunk/Haase*, BB 2007, 17 ff.; *Kraft/Richter/Moser*, DB 2014, 85 ff.

<sup>233</sup> *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 103 ff. Bei der vermittelnden Gesellschaft kann es, muss sich aber nicht um eine Zwischengesellschaft handeln. Ist dies der Fall, greift hinsichtlich der Rechtsfolge die ergänzende Regelung des § 14 AStG.

<sup>234</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 73; ebenso *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 53: Hinzurechnung beim ersten unmittelbar beteiligten Inländer.

gen werden zur Berechnung der Beherrschungsbeteiligung addiert. Diese muss zwar in Summe eine mehr als hälftige Beteiligung ergeben, jedoch kann auf diese Weise auch eine 0,0001%ige Beteiligung das Zünglein an der Waage sein, das zur Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung auch auf den Steuerpflichtigen mit Zwergbeteiligungen führt – obwohl ein steuerlicher Missbrauch in dieser Situation ersichtlich nicht vorliegen kann.

#### bb. Kein Näheverhältnis erforderlich

Die Inlandsbeteiligten i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 AStG können, müssen aber keine nahe stehenden Personen i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG sein und es muss zwischen ihnen auch kein sonstiges Näheverhältnis (etwa i.S.d. der vGA-Dogmatik<sup>235</sup>) bestehen, um die Hinzurechnungsbesteuerung auszulösen. Dies verstärkt den vorgenannten Kritikpunkt noch, weil ein steuerlicher Missbrauch i.d.R. eine Form des kollusiven Zusammenwirkens voraussetzt, sofern daran mehrere Personen beteiligt sind.

#### cc. Steuerfolgen ohne aktives Handeln

Wir wollen annehmen, mehrere Steuerinländer, die einander nicht kennen, seien zu 50 % an einer ausländischen präsumtiven Zwischengesellschaft beteiligt. Der Steuerpflichtige X beteiligt sich in Unkenntnis dessen mit 0,1 % an der nämlichen ausländischen Gesellschaft. In diesem Fall trifft die Rechtsfolge des § 10 Abs. 2 S. 1 AStG nicht nur den X, sondern einheitlich sämtliche Inlandsbeteiligten, obwohl diese selbst durch aktives Handeln keinen Steuertatbestand i.S.d. § 38 AO verwirklicht haben<sup>236</sup>. Dies ist besonders misslich, weil es in praktischer Hinsicht keine Möglichkeit gibt, sich über bereits bestehende Beteiligungen gänzlich unbekannter Personen vorab zu informieren. Der Steuerpflichtige muss präziser formuliert nämlich nicht nur die Mitanteileigner und deren Beteiligungshöhen kennen, sondern er muss auch beurteilen können, ob diese im Inland unbeschränkt steuerpflichtig sind – für den steuerlichen Laien eine schier unlösbare Aufgabe in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Ähnlich wie es bei der unwillentlichen

---

<sup>235</sup> Dazu umfassend *Gosch* in *Gosch* (Hrsg.), 3. Auflage, München 2015, § 8 KStG Rdn. 227 ff.

<sup>236</sup> Freilich bleibt noch bis zum Ende des Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft Zeit zum Handeln (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 AStG), aber in Unkenntnis des Sachverhalts kann dieser Zeitpunkt schnell überschritten werden.

Entstrickung bei Neuabschluss eines DBA diskutiert wird<sup>237</sup>, sollte daher jedenfalls den bereits beteiligten Steuerpflichtigen Gelegenheit gegeben werden, sich ihrer Beteiligung zu entäußern oder sich anderweitig auf die neue Situation einzustellen. Ein mangels Kenntnis des gesamten Sachverhalts nicht einmal passives Dulden einer Situation sollte jedenfalls nicht die scharfen Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung auslösen können.

dd. Berücksichtigung von im Ausland verwirklichten Tatbestandsmerkmalen

Der vorgenannte Kritikpunkt wird noch unterstrichen, wenn man sich vor Augen führt, dass für Zwecke der Bestimmung der Beherrschungsbeteiligung nach § 7 Abs. 2 AStG nicht nur die vom inländischen Steuerpflichtigen gehaltenen Beteiligungen, sondern auch Beteiligungen im Rahmen der sog. erweiterten beschränkten Steuerpflicht berücksichtigt werden. Angesprochen ist damit § 2 AStG, der voraussetzt, dass Gesellschafter in das niedrig besteuerte Ausland verzogen sind, die in den letzten zehn Jahren vor dem Ende ihrer unbeschränkten Steuerpflicht als Deutsche insgesamt mindestens fünf Jahre unbeschränkt im Inland einkommensteuerpflichtig waren.<sup>238</sup>

Beim erweitert beschränkt Steuerpflichtigen erfolgt zwar mangels unbeschränkter Steuerpflicht keine Hinzurechnung<sup>239</sup>, jedoch werden seine Anteile in die Berechnung der Beherrschungsbeteiligung einbezogen. Wie aber soll die Dunkelnorm des § 2 AStG, die selbst – so lehrt die Erfahrung – manchen Angehörigen der steuerberatenden Berufe fremd ist, dem steuerlichen Laien so präsent sein, dass er ermessen kann, ob er in den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung gerät oder nicht? Hinzu kommt, dass die Handhabung der Norm eine rechtliche Bewertung anhand bestimmter Tatbestandsmerkmale voraussetzt (etwa Niedrigbesteuerung; wesentliche wirtschaftliche Interessen im Inland) und dass dem inländischen Steu-

---

<sup>237</sup> Dazu etwa *Schnitger*, Die Entstrickung im Steuerrecht, ifst-Schrift 487, 2013, 18; gegen ein solches Verständnis (konkret bei Immobiliengesellschaften im Rahmen des Art. 13 Abs. 4 OECD-MA) *Möller-Gosoge* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 6 AStG Rdn. 110.

<sup>238</sup> Dass sich die Ansässigkeit im niedrig besteuerten Ausland auch auf den 10-Jahreszeitraum beschränkt, ergibt sich indes nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift. Tz. 7.2.1 AEASTG behandelt daher einen der wenigen Fälle, in denen die Finanzverwaltung das AStG zugunsten des Steuerpflichtigen einschränkend auslegt.

<sup>239</sup> Ausnahme: Anwendung von § 5 AStG.

erpflichtigen die dafür erforderlichen Informationen realistisch kaum jemals vorliegen werden.

ee. Doppelansässige Gesellschafter und doppelansässige  
Zwischengesellschaften

§ 7 Abs. 1 S. 1 AStG erfasst nach dem Gesetzeswortlaut und aufgrund der alternativen Anknüpfung in § 1 Abs. 1 EStG an Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt bzw. in § 1 Abs. 1 KStG an Sitz oder Geschäftsleitung sowohl doppelansässige Gesellschafter<sup>240</sup> (unter Beteiligung Deutschlands) als auch im Ausland doppelansässige Zwischengesellschaften<sup>241</sup>, obwohl die Systematik der §§ 7 ff. AStG einerseits und des § 20 Abs. 2 AStG<sup>242</sup> andererseits darauf eigentlich nicht ausgelegt ist. Das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander ist jedenfalls gesetzlich nicht geklärt, und bei Dreieckssachverhalten unter Beteiligung mehrerer Staaten ist die Reichweite des § 20 Abs. 1 AStG unklar.<sup>243</sup> Mehrfachbesteuerungen, auch unter konkurrierenden CFC-Regimen, können die Folge sein.

ff. Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen

In die Beteiligungsquote werden nach § 7 Abs. 2 S. 2 AStG für Zwecke der Ermittlung der Beherrschungsbeteiligung auch mittelbare Beteiligungen einbezogen, und obwohl dies für die Anwendungspraxis ein wichtiges Thema ist, ist der Gesetzeswortlaut denkbar dürftig. Die Berücksichtigung erfolgt nämlich lediglich nach recht einhelliger Literaturansicht im Wege der „Durchrechnung“. Damit soll verhindert werden, dass die Hinzurechnungsbesteuerung durch das bloße Einschalten einer weiteren Gesellschaft unterlaufen wird. Dabei wird die mittelbare Beteiligung aber nicht in voller Höhe berücksichtigt, sondern nur i.H.d. Anteils, zu dem die unmittelbare (d.h. vermittelnde Beteiligung) besteht.

Diese Regelung ist von der Regelung über nachgeschaltete Zwischengesellschaften (§ 14 AStG) zu unterscheiden. § 14 AStG hat im Unterschied zu § 7

---

<sup>240</sup> Dazu *Haase*, IStR 2008, 695 ff.; *Schönfeld/Hoene*, IStR 2013, 349 ff.

<sup>241</sup> Dazu *Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 50 f. sowie *Kollruss*, IStR 2008, 316 ff.

<sup>242</sup> Dazu in diesem Zusammenhang *Reiche* in *Haase* (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 43.

<sup>243</sup> Beispiele dazu bei *Reiche* in *Haase* (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 30 ff.

Abs. 2 S. 2 AStG keinen Einfluss darauf, ob und welche Einkünfte bei dem unbeschränkt Steuerpflichtigen hinzuzurechnen sind. § 14 AStG sorgt nur dafür, dass der ausländischen Gesellschaft Einkünfte einer nachgeschalteten Zwischengesellschaft hinzugerechnet werden. Anderenfalls würde eine Hinzurechnung trotz schädlicher (mittelbarer) Beteiligung ausscheiden, weil für die Hinzurechnung die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital entscheidend ist. Die Gesellschaft, bei der der Steuerpflichtige am Nennkapital beteiligt ist, hätte ohne die Regelung des § 14 AStG aber möglicherweise keine passiven Einkünfte.<sup>244</sup>

Die Finanzverwaltung fordert zudem, dass auch im Fall des mittelbaren Anteilsbesitzes an der ausländischen Zwischengesellschaft eine Beherrschungsbeteiligung i.S.d. § 7 Abs. 2 AStG bestehen müsse. Nicht höchst-richterlich geklärt ist nach wie vor, ob danach die vermittelnde Gesellschaft eine solche Beherrschungsbeteiligung (d.h. mehr als 50 %) halten muss, oder ob es ausreicht, dass bezogen auf alle Gesellschafter eine Deutschbeherrschung an der Zwischengesellschaft vorliegt. Für eine Beteiligung der ausländischen Gesellschaft an der Zwischengesellschaft von mehr als 50 % gibt es im Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 2 AStG keinen Anhaltspunkt.

Auch aus § 14 Abs. 1 AStG ergibt sich ein solches Erfordernis ausdrücklich nicht. Diese Norm stellt nur darauf ab, ob die ausländische Gesellschaft alleine oder gemeinsam mit in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen zu mehr als 50 % an der Zwischengesellschaft beteiligt sind. Damit kann i.E. auch schon eine geringe Beteiligung ausreichen. Diese Wertung ist m.E. auch auf die dem Steuerpflichtigen vermittelte Beteiligung zu übertragen. Entscheidend ist daher nur, ob an der Zwischengesellschaft mittelbar oder unmittelbar eine Beteiligung von Inländern von mehr als 50 % vorliegt. Beide Beteiligungsarten können bei dem einzelnen Steuerpflichtigen zusammengerechnet werden.

### gg. Über Personengesellschaften gehaltene Beteiligungen

Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 AStG, wonach die von einem inländischen Steuerpflichtigen über in- oder ausländische Personengesellschaften gehaltenen Beteiligungen an einer Zwischengesellschaft dem Steuerinländer in seiner Eigenschaft als Hinzurechnungsverpflichteter unmittelbar zugerechnet werden, wirkt angesichts des knappen Wortlauts diverse Interpretationspro-

---

<sup>244</sup> Zum Ganzen umfassend und ausdrücklich *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 83 f. mit einzelnen Beispielen.

bleme auf. Das erste Problem ergibt sich aus der norminhärenten, systematischen Stellung der Bestimmung. Aufgrund der sachlichen Nähe zu Abs. 2 der Norm kann mit „Beteiligung“ nämlich nur die Beherrschungsbeteiligung, nicht aber die Hinzurechnungsquote gemeint sein.<sup>245</sup>

Zudem ist rechtsfolgende eine Beteiligung am Nennkapital vonnöten, und auf eine solche ist § 7 Abs. 2 AStG ausdrücklich nicht anwendbar. Andererseits: Wäre § 7 Abs. 3 AStG tatsächlich nur für die Bestimmung der Beherrschungsbeteiligung maßgebend, wäre die Anwendung der Rechtsfolge auf den Steuerinländer ohne die gesetzliche Fiktion der unmittelbaren Anteilszurechnung logisch nicht denkbar, weil der Steuerinländer so verstanden nicht mehr über eine ihm zuzurechnende Beteiligung am Nennkapital der Zwischengesellschaft nach § 7 Abs. 1 AStG a.E. verfügte.<sup>246</sup>

BMF<sup>247</sup> und BFH<sup>248</sup> sind einhellig der Ansicht, dass § 7 Abs. 3 AStG nur auf die Beherrschungsbeteiligung anwendbar ist. Das vorstehend skizzierte Problem der fehlenden unmittelbaren Beteiligung am Nennkapital indes wird dabei stillschweigend übergangen und bleibt dogmatisch nicht befriedigend gelöst.<sup>249</sup> Man wird sich daher bis zu einer Neuregelung damit behelfen müssen, dass die Hinzurechnung bei der Personengesellschaft erfolgt und dann nach den allgemeinen Regeln über das einkommensteuerliche Transparenzprinzip bis zur Ebene der Gesellschafter weitergereicht wird.<sup>250</sup>

Des Weiteren fragt sich, warum sich der Wortlaut des § 7 Abs. 3 AStG nicht auch auf Personen i.S.d. § 2 AStG erstreckt. Die Anteile erweitert beschränkt Steuerpflichtiger werden zwar im Grundsatz bei der Berechnung der Beherrschungsbeteiligung berücksichtigt, jedoch muss hierfür eine Direktbeteiligung dieser Personen gegeben sein, so dass die Zwischenschaltung von Personengesellschaften systemwidrige Gestaltungsspielräume eröffnet: Ein

---

<sup>245</sup> *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 88.

<sup>246</sup> Die Personengesellschaft selbst ist kein „Steuerpflichtiger“ i.S.d. EStG oder KStG.

<sup>247</sup> Tz. 7.3 AEASTG.

<sup>248</sup> BFH v. 30.8.1995, BStBl. II 1996, 122 ff.

<sup>249</sup> Klar allerdings ist: Die Beherrschungsbeteiligung muss auf der Ebene des Steuerinländers gegeben sein, nicht auf der Ebene der Personengesellschaft. Beteiligt sich daher ein Steuerausländer über eine inländische Personengesellschaft an einer ausländischen Zwischengesellschaft, so unterbleibt die Hinzurechnungsbesteuerung trotz der Anordnung in § 7 Abs. 3 AStG zur Gänze.

<sup>250</sup> So zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 89.

sachlicher Unterschied zwischen einem mittelbar an der Zwischengesellschaft beteiligten Steuerinländer und einem mittelbar beteiligten, erweitert beschränkt Steuerpflichtigen ist m.E. nicht erkennbar.

Auch hinsichtlich der Höhe der über § 7 Abs. 3 AStG zuzurechnenden Beteiligung ist der Wortlaut der Norm unklar. Die Fiktion der unmittelbaren Beteiligung kann denklogisch nicht dazu führen, dass die von der Personengesellschaft gehaltene Beteiligung an der Zwischengesellschaft jedem Steuerinländer in voller Höhe zuzurechnen wäre, weil sonst eine mehrfache Berücksichtigung eintreten würde. Vielmehr kommt im Wege einer teleologischen Reduktion nur eine Zurechnung in der Höhe der Beteiligung des Steuerinländers an der Personengesellschaft selbst in Betracht.<sup>251</sup>

#### hh. Zurechnung weisungsgebundener Anteile

Auch § 7 Abs. 4 AStG dient nicht als Beispiel für durchdachte gesetzgeberische Arbeit. Die Norm will zwar – was im Ausgangspunkt durchaus nachvollziehbar und sinnvoll ist – auf der Tatbestandsseite (nicht: für Zwecke der Bemessung der Hinzurechnungsquote) Anteile, die einer Weisungsbefugnis<sup>252</sup> unterliegen, gleichwohl in die Beherrschungsbeteiligung einbeziehen. Sie führt aber zu widersinnigen Ergebnissen, wenn die weisungsgebundene Person bereits ihrerseits ein unbeschränkt Steuerpflichtiger ist, weil dessen Anteile bereits über § 7 Abs. 2 AStG erfasst werden. Einer gesetzlich angeordneten Doppelberücksichtigung dieses Anteilsbesitzes einerseits bei der weisungsgebundenen Person kraft Zurechnung nach § 7 Abs. 4 AStG und gleichzeitig qua gesellschaftsrechtlichem Anteilsbesitz der weisungsgebundenen Person selbst kann daher nur im Wege einer teleologischen Reduktion und einer Anwendung auf im Inland nicht unbeschränkt steuerpflichtige Personen begegnet werden.<sup>253</sup> Auch hinsichtlich des Umfangs der Zurechnung ist der Wortlaut des § 7 Abs. 4 AStG unpräzise gefasst. Bei unbefangenen Lesern erscheint es denkbar, dass jedwede Weisungsgebundenheit sämtliche Anteile „infiziert“, die eine weisungsgebundene Person hält. Richtigerweise

---

<sup>251</sup> M.E. zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 95.

<sup>252</sup> Rechtsgrund und Ausgestaltung der Weisungsbefugnis sind einerlei. In Betracht kommen etwa Stimmbindungen, Treuhandverhältnisse und jedwede andere faktische Verfügungsmacht, die dem wirtschaftlichen oder zivilrechtlichen Eigentum gleichgestellt ist.

<sup>253</sup> *Köhler* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 132; a.A. *Schmidt* in Wöhrle/Schelle/Gross, Außensteuergesetz, § 7 AStG Rdn. 95; *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 98.

aber sollte sich die Weisungswidrigkeit gerade auf die Ausübung der Gesellschafterrechte beziehen müssen und eine Zurechnung auch nur insoweit stattfinden, wie sich die Verfügungsmacht erstreckt.<sup>254</sup> Rechtsprechung liegt, soweit ersichtlich, hierzu aber ebenso wie zur zuvor dargestellten Doppelberücksichtigung nicht vor.

### **c. Sonderfall Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter**

#### **aa. Allgemeines**

Für sog. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter enthält § 7 Abs. 6 und Abs. 6a AStG einen besonderen Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung, der gegenüber § 7 Abs. 1 AStG geringere Tatbestandsvoraussetzungen aufstellt.<sup>255</sup> Was das Verhältnis der Zwischeneinkünfte nach § 7 Abs. 1 AStG und nach § 7 Abs. 6 AStG angeht, so gehen die Regelungen des Abs. 6 (beachte die niedrigere Mindestbeteiligungsquote von 1 v.H.) so lange den Regelungen des Abs. 1 vor, bis die dort genannten Grenzen überschritten werden. Ist dies der Fall, verliert die Rechtsfolge des § 7 Abs. 6 AStG ihre eigenständige Bedeutung<sup>256</sup> und es treten die gewöhnlichen Rechtsfolgen des § 10 AStG ein (vgl. aber die Nichtaufgriffsgrenzen in § 7 Abs. 6 Satz 2 AStG (10-%-Grenze und 80 000 €-Grenze) und die weitere Absenkung der 1-%-Grenze nach § 7 Abs. 6 Satz 3 AStG). Seit 2013 endlich gilt § 8 Abs. 2 AStG auch für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter.<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 97 ff. m.w.N.

<sup>255</sup> Zu Besonderheiten der funktionalen Betrachtungsweise im Zusammenhang mit Einkünften aus Kapitalanlagecharakter vgl. *Stenert/Herrmann*, IStR 2013, 338.

<sup>256</sup> Außerdem entfaltet § 7 Abs. 6 AStG keinerlei Sperrwirkung ggü. Abs. 1 der Norm, d.h. selbst wenn für den individuellen Steuerpflichtigen die 1-%-Grenze nicht überschritten ist und daher bei ihm keine Hinzurechnung nach § 7 Abs. 6 AStG erfolgt, kann aufgrund der Beteiligungen anderer Steuerinländer immer noch eine Hinzurechnung nach § 7 Abs. 1 AStG erfolgen.

<sup>257</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (AmtshilfeRLUmsG), Beschluss des Deutschen Bundestags vom 28.2.2013 (BT-Drs. 17/12532); Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 5.6.2013; Zustimmung von Bundestag und Bundesrat am 6.6.2013 und 7.6.2013 (BT-Drs. 17/13722; BR-Drs. 477/13).

Hinsichtlich der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter ist zu bemerken, dass sich das anhängige BFH-Verfahren I R 80/14<sup>258</sup>, das allgemein über die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung im Verhältnis zu Drittstaaten<sup>259</sup> und insbesondere die Bedeutung der Stand-still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV<sup>260</sup> (alt: Art. 57 Abs. 1 EGV) entscheiden wird, im Kern Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter zum Gegenstand hat. Das Verfahren wird aber darüber hinaus wegweisend sein, etwa auch im Hinblick auf die Anforderungen an den Substanztest in diesem Zusammenhang.

Zum Sachverhalt in aller Kürze: Die Klägerin ist eine deutsche GmbH. Sie war zu 30 % an der Schweizer Y-AG beteiligt. Ende Juni 2005 hatte die Y-AG mit der inländischen Z-GmbH einen „Forderungskauf- und Übertragungsvertrag“ abgeschlossen. Die Z-GmbH schloss daraufhin mit vier Sportvereinen Verträge ab, nach denen die Z-GmbH berechtigt war, von den Vereinen für die Dauer der jeweiligen Verträge die Zahlung von den Vertragsparteien als „Erlösbeteiligungen“ bezeichnete(r) Beträge zu verlangen. Als Kaufpreis für die Abtretung der „Erlösbeteiligungen“ zahlte die Y-AG an die Z-GmbH einen Betrag, den sie in voller Höhe fremdfinanziert hatte.

Die Klägerin gewährte der Y-AG im November 2005 ein Darlehen. Die Verträge der Z-GmbH mit den Vereinen wiesen folgende Grundstruktur auf: Neben einem „Agenturvertrag“ für die Vermarktung medialer Verwertungsrechte des jeweiligen Vereins gewährte die Z-GmbH dem Verein ein

---

<sup>258</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff. (Az. beim EuGH: C-135/17); dazu *Patzner/Nagler*, GmbHHR 2017, 538 ff.; *Schwelik*, GmbH-StB 2017, 204 ff.

<sup>259</sup> Siehe dazu auch den AdV-Beschluss des FG Baden-Württemberg v. 12.8.2015, EFG 2016, 17 f. und dazu *Schönfeld*, IStR 2016, 416 ff.; *Weinschütz*, EFG 2016, 18 ff.

<sup>260</sup> Diesbezüglich führt der I. Senat des BFH aus, dass die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter auf Portfoliobeteiligungen von unter 10 % seiner Ansicht nach eine wesentliche Änderung darstellt. Gleichzeitig gibt er zu bedenken, dass der auf Direktinvestitionen beschränkte Zweck des Art. 57 EGV (jetzt Art. 64 Abs. 1 AEUV) dagegen spreche, eine nur auf Portfoliobeteiligungen beschränkte Erweiterung als wesentliche Änderung anzusehen, die dann wiederum zur Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit führe. Fraglich ist nach Ansicht des I. Senats auch, ob das zwar rechtlich in Kraft getretene, in praxi aber nie angewendete – weil noch vor dem Zeitpunkt der erstmaligen Anwendbarkeit wieder ersetzte – System der Schedulesbesteuerung des Hinzurechnungsbetrags bei der Prüfung der Stand-still-Klausel zu beachten sei. Dies würde formal dazu führen, dass die zum 31.12.1993 bestehenden Beschränkungsregeln vorübergehend unterbrochen worden wären.

„Abschreibungsdarlehen“ bzw. einen Zuschuss anlässlich der Vertragsunterzeichnung. Als Gegenleistung sollte der Verein die Z-GmbH für die Dauer der Vertragslaufzeit an den Einnahmen beteiligen, die er aus Marketing- und medialen Verwertungsrechten erzielen würde. Mit dem Forderungskaufvertrag trat die Z-GmbH die Forderungen auf Zahlung der Erlösbeteiligungen an die Y-AG ab – die sich aus den Agenturverträgen ergebenden Rechte und Pflichten waren nicht Vertragsgegenstand.

Das Finanzamt sah in der Y-AG eine Zwischengesellschaft für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter i.S.v. § 7 Abs. 6 u. 6a AStG i.d.F. des StVergAbG. Die Einkünfte aus abgetretenen Geldforderungen wurden zu Lasten der Klägerin als Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen. Das FG wies die hiergegen gerichtete Klage ab. Auf die Revision der Klägerin jedoch sah der BFH es als zweifelhaft an, ob die Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter in Drittstaatensachverhalten vollständig mit dem Unionsrecht vereinbar sei. Entscheidend wird sein, ob die im Streitjahr 2006 geltenden Vorschriften zur Hinzurechnungsbesteuerung für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter noch im Wesentlichen mit den zum 31.12.1993 geltenden Regelungen identisch sind.

M.E. ist dies aufgrund der zahlreichen Gesetzesänderungen (dazu oben unter Punkt I.4.) seit diesem Jahr nicht der Fall, so dass i.E. – im Einklang mit der BFH-Vorlage – die Regelungen der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung die Kapitalverkehrsfreiheit beschränken, ohne dass die Stand-still-Klausel vor der beschränkenden Wirkung schützen könnte.<sup>261</sup> Die weitere Entwicklung in diesem Bereich bleibt abzuwarten, denn das Rangverhältnis zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit ist höchstrichterlich definitiv noch nicht abschließend geklärt.

## bb. Wesentliche Kritikpunkte

### aaa. Verzicht auf Beherrschungsbeteiligung

§ 7 Abs. 6 S. 1 AStG verzichtet für den individuellen Steuerinländer zur Gänze auf eine Beherrschungsbeteiligung, indem die maßgebliche Beteiligungsschwelle auf 1 % herabgesetzt wird. Andererseits muss die Beteili-

---

<sup>261</sup> Wie hier *Kahlenberg*, NWB 2016, 268 ff.; *Weber*, DStR 2017, 1302 ff.; *Kraft*, NWB 2017, 9 f.; i.E. auch FG Münster v. 30.10.2014, 2 K 618/11 F, ISR 2015, 306 ff.

gung des einzelnen<sup>262</sup> Steuerpflichtigen – anders als bei § 7 Abs. 1 S. 1 AStG – mindestens 1 % betragen. Vor dem Hintergrund der Ausrichtung der Hinzurechnungsbesteuerung auf die Erfassung von Missbrauchsfällen ist diese Minimalgrenze, die in § 7 Abs. 6 S. 3 AStG unter bestimmten Bedingungen nochmals abgesenkt wird, äußerst kritisch zu sehen. Gesellschaftsrechtlicher oder tatsächlicher Einfluss kann auf diese Weise jedenfalls nicht ausgeübt werden.

bbb. Reichweite des Verweises auf Beteiligung  
an der Zwischengesellschaft unklar

§ 7 Abs. 6 AStG referenziert auf die „Beteiligung an der Zwischengesellschaft“, was ersichtlich terminologisch aus § 7 Abs. 1 AStG übernommen worden ist. Da aber die Beteiligung i.S.d. Abs. 1 in den Abs. 2–4 der Norm näher erläutert wird, ist unklar, ob ein Gleiches auch für § 7 Abs. 6 AStG gilt.<sup>263</sup> Nach m.E. zutreffender Ansicht der Finanzverwaltung kann sich jedenfalls die erforderliche Beteiligung sowohl aus dem Anteilsbesitz als auch aus den Stimmrechten ableiten.<sup>264</sup> Warum das BMF hingegen nur § 7 Abs. 2 AStG (und offenbar nicht Abs. 3 und 4 der Norm) anwenden möchte<sup>265</sup>, erschließt sich weder aus der Systematik, noch aus dem Wortlaut.<sup>266</sup> M.E. richtigerweise kann das Gesetz jedoch weder durch die Zwischenschaltung von Personengesellschaften, noch durch das Eingehen von Stimmbindungsvereinbarungen u.Ä. umgangen werden.

Die unklare Verweisteknik setzt sich bei der Berücksichtigung mittelbarer Beteiligungen fort, soweit es um nachgeschaltete Zwischengesellschaften i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 AStG geht. Da einerseits der Verweis in § 7 Abs. 2 AStG mangels dahingehender Einschränkung auch Beteiligungen i.S.d. § 7 Abs. 6 AStG meint, kann dies richtigerweise nur bedeuten, dass auch im Fall des § 14 Abs. 1 S. 1 AStG eine Beteiligung der vermittelnden Gesellschaft an

---

<sup>262</sup> Anders als bei § 7 Abs. 1 S. 1 AStG muss die einprozentige Beteiligung in der Hand eines Steuerpflichtigen gehalten werden. Vgl. die Diskussion bei *Protzen* in Kraft (Hrsg.), § 7 AStG Rdn. 283.

<sup>263</sup> Dafür *Gundel*, IStR 1993, 49, 56; dagegen *Röttig/Protzen*, IStR 2004, 625 f.

<sup>264</sup> Tz. 7.6.1 AEASTG; a.A. *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 110.

<sup>265</sup> Dafür *Gundel*, IStR 1993, 49, 56; dagegen *Röttig/Protzen*, IStR 2004, 625 f.

<sup>266</sup> Tz. 7.6.1 AEASTG, der ausdrücklich nur auf § 7 Abs. 2 AStG verweist; a.A. *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 112.

der Zwischengesellschaft Voraussetzung für die Hinzurechnung ist, m.a.W., die ausländische Gesellschaft, die die Beteiligung an der Zwischengesellschaft vermittelt, muss an dieser selbst zu mindestens 1 % beteiligt sein.<sup>267</sup>

ccc. Offene Fragen des § 7 Abs. 6 S. 2 AStG

Die in § 7 Abs. 6 S. 2 AStG genannte relative Grenze sowie die beiden dort ebenfalls genannten absoluten Grenzen werfen in ihrer Handhabung höchst-richterlich bislang nicht geklärte Fragen auf. Hinsichtlich der relativen Grenze lässt der Wortlaut eine Definition der Bruttoerträge vermissen.<sup>268</sup> Nach Verwaltungsansicht sind darunter zwar Solleinnahmen ohne durchlaufende Posten und ohne Umsatzsteuer zu verstehen<sup>269</sup>, jedoch muss gesehen werden, dass der Bezug zu Solleinnahmen i.S.v. vereinbarten Einnahmen nur Sinn ergibt, sofern es sich um leistungsbezogene Erträge handelt.

Seit der Aktivitätskatalog insbesondere in den Nr. 8-10 des § 8 Abs. 1 AStG aber auch Erträge umfasst, die nicht auf Leistungen des Steuerpflichtigen zurückgeführt werden können, ist die Bezugnahme aber nicht mehr stimmig, was es den Steuerpflichtigen letztlich erschwert, die Grenze des § 7 Abs. 6 S. 2 AStG zu halten.<sup>270</sup> Vor diesem Hintergrund ist es besonders bemerkenswert, dass die relative 10-%-Grenze – entgegen dem Gesetzeszweck der Sanktionierung passiver Einkünfte – letztlich zur Ausnutzung von Gestaltungsspielräumen dergestalt anreizt, dass es vorteilhaft sein kann, in einer Zwischengesellschaft mehr Erträge zu erzielen, die zu anderen passiven Einkünfte als Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter führen.<sup>271</sup>

Hinsichtlich der beiden absoluten Grenzen (einerseits die Summe der insgesamt nicht hinzuzurechnenden Beträge, wenn die Ausnahme auf der Ebene der Zwischengesellschaft eingreift, und andererseits die entsprechende Summe auf der Ebene des Steuerpflichtigen) ist zu bemerken, dass die Formulierung hinsichtlich der „bei einer Zwischengesellschaft [...] hiernach

---

<sup>267</sup> Tz. 14.0.4 AEASTG; a.A. *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 111.

<sup>268</sup> Ebenfalls offen gelassen bei BFH v. 13.2.2008, EFG 2020, 489 ff.

<sup>269</sup> Tz. 9.0.1 AEASTG.

<sup>270</sup> Wie hier *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 121 mit weiteren Erläuterungen.

<sup>271</sup> Alternativ können freilich auch die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter reduziert werden. Zudem müssen jedenfalls auch die absoluten Grenzen beachtet werden.

außer Ansatz zu lassenden Beträge“ wörtlich verstanden gänzlich eines Sinns beraubt wäre.<sup>272</sup> Erst aus dem Sinnzusammenhang mit der Alt. 2 der Norm, wonach auch auf die „bei einem Steuerpflichtigen“ außer Ansatz zu lassenden Erträge abgestellt wird, wird das Bild rund: Alle Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, die wegen § 7 Abs. 6 S. 2 AStG nicht der erweiterten Hinzurechnung unterliegen, ergeben den bei einem Steuerpflichtigen insgesamt nach dieser Norm außer Ansatz bleibenden Betrag.<sup>273</sup> Hinsichtlich des Ansatzes bei der Zwischengesellschaft gilt hingegen, dass der maßgebende Betrag auf der Ebene der Zwischengesellschaft selbst für alle Steuerpflichtigen zu ermitteln ist, für die potenziell die erweiterte Hinzurechnung nach § 7 Abs. 6 S. 1 AStG eingreift.

#### ddd. Offene Fragen des § 7 Abs. 6 S. 3 AStG

Die Regelung des § 7 Abs. 6 S. 3 AStG, die den Anwendungsbereich des S. 1 der Norm durch die (weitere) Absenkung der Beteiligungsgrenze erweitert und damit i.E. keinerlei Mindestbeteiligung von im Inland unbeschränkt Steuerpflichtigen mehr voraussetzt, belegt in besonderer Weise die oben bereits unter Punkt I.5.j. angesprochene Inkonsistenz von AStG und AEStG. Dies gilt v.a. für die sog. Börsenklausel des HS 2 der Norm, in die die Finanzverwaltung Voraussetzungen hineinliest, die sich im Gesetz auch nach längerem Studium des Normtextes nicht wiederfinden. Dass das Merkmal „ausschließlich oder fast ausschließlich“ seitens der Finanzverwaltung i.S.e. 10-%-Grenze verstanden wird, mag angesichts dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, der sich auch an anderer Stelle gelegentlich in den Ertragsteuergesetzen findet und dort vergleichbar interpretiert wird, dabei noch hinzunehmen sein, auch wenn man mit unbestimmten Rechtsbegriffen im Bereich der Eingriffsverwaltung generell behutsam umgehen sollte. Darüber hinaus aber wird die Finanzverwaltung in Bezug auf drei zentrale Fragen zum „Ersatzgesetzgeber“.

---

<sup>272</sup> Wie hier *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 126 mit weiteren Erläuterungen. Da die Hinzurechnung nach § 10 AStG beim Steuerpflichtigen und nicht auf der Ebene der Zwischengesellschaft erfolgt, wäre der hier nach anzusetzende Betrag stets null.

<sup>273</sup> Der Steuerpflichtige darf also insgesamt nicht mehr als 80 TEUR Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen, die nur aufgrund der Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 6 S. 2 AStG nicht der erweiterten Hinzurechnung nach § 7 Abs. 6 S. 1 AStG unterliegen.

Dies betrifft zum einen die gesetzliche Voraussetzung, dass mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein „wesentlicher und regelmäßiger Handel“ an einer anerkannten Börse stattfinden muss. Hieraus folgt die Finanzverwaltung, ein „nicht unbedeutender Teil“ der Hauptgattung der Aktien müsse „ohne weiteres“ gehandelt werden können.<sup>274</sup> Was unter der Hauptgattung der Aktien zu verstehen sein soll, präzisiert der AEASStG sogleich ebenfalls. Nach Ansicht der Finanzverwaltung repräsentieren die Aktien der Hauptgattung das Aktienkapital (mit einem entsprechenden, implizit hineingelesenen Gewinnbezugsrecht<sup>275</sup>) und verleihen i.d.R. Stimmrechte.<sup>276</sup> Damit wird die Frage, ob Aktien der Hauptgattung angehören, jedoch ausschließlich nach qualitativen und nicht nach quantitativen Merkmalen beantwortet. Die Anzahl der gehandelten Aktien wäre danach auch dann nicht entscheidend, wenn es sich um die Mehrheit der Anteile handelte.

Weiterhin verlangt die Finanzverwaltung (zunächst im Einklang mit dem Gesetz), es müsse ein Handel an einer anerkannten Börse stattfinden. Der Handel an einer anerkannten Börse sei aber – über den Gesetzestext hinaus – (nur?) gegeben, wenn die Börse durch die für sie zuständige Aufsichtsbehörde genehmigt worden sei.<sup>277</sup> Wie hingegen in den Fällen anerkannter, aber nicht regulierter ausländischer Börsen zu verfahren ist, besagt der AEASStG zwar nicht. Dafür wird im Gegenzug auf das Erfordernis hingewiesen, der Steuerpflichtige müssen die Voraussetzungen der Börsenklausel nachweisen, wenn er sich im Einzelfall darauf berufen wolle.<sup>278</sup> Absit omen!

#### eee. Definition der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter

Die Definition der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, die inzwischen im Hinblick auf Drittstaaten Gegenstand des bereits o.g., derzeit anhängigen EuGH-Verfahrens C-135/17 (auf Vorlage durch das BFH-Verfahren I R 80/14<sup>279</sup>) sind, ist derzeit in § 7 Abs. 6a AStG enthalten. Dabei wird der Zugang zu der Vorschrift dadurch erschwert, dass auch die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter zunächst Zwischeneinkünfte

---

<sup>274</sup> Tz. 7.6.2 AEASStG.

<sup>275</sup> Wie hier *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 135 mit weiteren Erläuterungen.

<sup>276</sup> Tz. 7.6.2 AEASStG.

<sup>277</sup> Tz. 7.6.2 AEASStG.

<sup>278</sup> Tz. 7.6.2 AEASStG a.E.

<sup>279</sup> BFH v. 12.10.2016, DStRE 2017, 534 ff.

i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG sein müssen<sup>280</sup> (d.h. sie müssen passiv und zugleich i.S.d. § 8 Abs. 3 AStG niedrig besteuert sein) und dass zudem die im Gesetz nur unzureichend präzierte, funktionale Betrachtungsweise eingreift.

Einkünfte aus Tätigkeiten der Kapitalanlage im weitesten Sinne können daher entweder aktiv sein, wenn sie unter den Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG fallen oder wenn sie an sich passive Einkünfte begründen, die aber in einem funktionalen Zusammenhang mit anderen aktiven Einkünften stehen. Hierfür dürfen sie aber kein eigenständiges Gewicht entfalten, d.h. der Umfang der Kapitalanlage muss ggü. den aktiven Einkünften von untergeordneter Bedeutung sein. Umgekehrt können originär passive Einkünfte aus Tätigkeiten der Kapitalanlage vorliegen (z.B. nach § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG) oder an sich aktive Einkünfte aus Kapitalanlage stehen in einem funktionalen Zusammenhang mit passiven Einkünften i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG.

Ein weiterer Umstand, der § 7 Abs. 6a AStG schwer zugänglich macht, ist das komplizierte Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Verhältnis, das vor dem Hintergrund der eben genannten funktionalen Zuordnung noch einmal eine besondere Brisanz gewinnt. Als Grundsatz umschreibt die Vorschrift bestimmte, im Gesetz ausdrücklich genannte Einkunftsquellen, die zu Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter führen sollen (Beispiele: Halten und Verwaltung von Wertpapieren). Als Ausnahme hiervon wird nach dem Gesetz der Fall gewertet, dass die Einkünfte aus einer Tätigkeit stammen, die einer aktiven Tätigkeit der Zwischengesellschaft dienen (das ist von der eben genannten funktionalen Betrachtungsweise, dies insgesamt einheitlich zu aktiven oder passiven Einkünften führen kann, sachlich zu unterscheiden, ohne dass dies indes trennscharf möglich wäre<sup>281</sup>).

Die Finanzverwaltung betrachtet ferner an sich aktive Einkünfte als aus passiven Einkünften stammend, wenn die passive Tätigkeit nach der Verkehrsauffassung einen Bereich mit eigenständigem wirtschaftlichem Schwergewicht darstellt.<sup>282</sup> Gleichwohl können aber auch diese passiven Einkünfte der Erzielung von aktiven Einkünften dienen.<sup>283</sup> Und wiederum ungeach-

---

<sup>280</sup> Wie hier *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 138 mit weiteren Erläuterungen.

<sup>281</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 207.

<sup>282</sup> Tz. 8.0.2 AEASTG.

<sup>283</sup> Beispiel bei *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 158 mit weiteren Erläuterungen.

tet dessen bestimmte die bis zum 21.12.2007 gültige, aber gleichwohl ironischerweise immer noch im Gesetz befindliche<sup>284</sup> Rückausnahme des § 7 Abs. 6a AStG a.E., dass i.E. doch wieder Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter gegeben sind, wenn die Tätigkeit unter § 1 Abs. 1 Nr. 6 KWG zu subsumieren ist.

Im Einzelnen ist die Vorschrift des § 7 Abs. 6a AStG in vielerlei Hinsicht umstritten.<sup>285</sup> So ist unklar, ob zu dem verhältnismäßig klar beschriebenen Tatbestand (Halten, Verwaltung, etc.) noch das ungeschriebene Merkmal einer Kapitalüberlassung auf Zeit mit dem Charakter einer Anlage eine eigenständige Bedeutung gewinnen sollte. Ferner ist unklar, ob nur Tätigkeiten (Halten; Verwaltung) erfasst werden sollten oder auch die reine Untätigkeit (Werterhaltung; Werterhöhung) als solche tatbestandsmäßig ist. Angesichts des klaren Wortlauts kann daran m.E. aber kein ernsthafter Zweifel bestehen, auch wenn dies steuerpolitisch fragwürdig ist.<sup>286</sup>

Auch ist nicht höchstrichterlich entschieden, ob auch die Veräußerung der in den Vorschriften genannten Wirtschaftsgüter stets zu Einkünften mit Kapitalanlagecharakter führt. Richtigerweise ist wohl zwischen den einzelnen Varianten der Tätigkeit und der Wirtschaftsgüter zu unterscheiden. So wird eine Umschichtung des Aktienportfolios zwar nicht unter das Halten, dafür aber unter die Verwaltung von (eigenkapitalähnlichen) Wertpapieren zu subsumieren sein.

#### **d. Vorgaben der ATAD I**

##### **aa. Bestimmung des Hinzurechnungsverpflichteten**

Nach Art. 1 ATAD I gelten nicht nur deren Bestimmungen über die Hinzurechnungsbesteuerung, sondern die Richtlinie in toto lediglich für Steuerpflichtige, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten körperschaftsteuerpflichtig sind, einschließlich der in einem oder mehreren Mitgliedstaaten

---

<sup>284</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 6 KWG ist durch das Investmentänderungsgesetz v. 21.12.2007 (BGBl. I 2007, 3089 ff.) aufgehoben worden. Die Rückausnahme hat damit keinen Anwendungsbereich mehr.

<sup>285</sup> Zum Ganzen *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 143 ff.; ebenso *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 7 AStG Rdn. 190 ff. m.w.N.

<sup>286</sup> Zumindest wird man nach allgemeinen Grundsätzen eine steuerliche Realisation fordern müssen, vgl. zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 7 AStG Rdn. 149.

belegenen Betriebsstätten von Unternehmen, die steuerlich in einem Drittland ansässig sind. Nach deutschem Recht wären daher alle in § 1 KStG genannten Steuersubjekte (=Körperschaften) tatbestandsmäßig, nicht etwa nur Kapitalgesellschaften.

Einzig klargestellt ist hiermit, dass jedenfalls natürliche Personen nach der Richtlinie nicht Adressat der Hinzurechnungsbesteuerung sein müssen, wegen des in Art. 3 niedergelegten Mindestschutzniveaus jedoch gleichwohl sein können. Im Übrigen aber wirft die Vorschrift diverse Fragen auf, die sich auch aus dem systematischen Zusammenhang der Richtlinie nicht hinreichend klar beantworten lassen. Die erste Zweifelsfrage betrifft die Behandlung von steuerlich transparenten Personengesellschaften. Handelt es sich um inländische Personengesellschaften, unterliegen diese nicht der Richtlinie, weil sie nicht nach dem KStG körperschaftsteuerpflichtig und insoweit keine Steuerpflichtigen i.S.d. Art. 1 der Richtlinie sind. Ausländische, steuerlich transparente Personengesellschaften hingegen können nach dem Wortlaut des HS 2 des Art. 1 durchaus der Richtlinie unterliegen, nämlich wenn und soweit sie in einem oder mehreren Mitgliedstaaten Betriebsstätten unterhalten.

Das Problem entzündet sich an dem verwendeten Begriff des „Unternehmens“, der nach dem natürlichen Sprachgebrauch, aber auch nach dem nationalen deutschen Verständnis (vgl. etwa nur § 12 AO) durchaus auch Personengesellschaften erfasst. Allerdings widerspräche eine solche Erfassung ausländischer, steuerlich transparenter Personengesellschaften mit inländischen Betriebsstätten eindeutig der Wertung des HS 1 des Art. 1, der allein auf körperschaftsteuerpflichtige Steuerpflichtige abstellt. Im Ausland intransparente Personengesellschaften hingegen könnten wiederum erfasst sein, ebenso wie inländische Körperschaften als Anteilseigner inländischer Personengesellschaften tatbestandsmäßig wären. Leider enthält die Richtlinie insoweit keine Definition des Unternehmensbegriffs, und auch die Erläuterungen in Abs. 4 der Erwägungsgründe schaffen keine Klarheit.

Die zweite Zweifelsfrage betrifft die Art der Steuerpflicht. Art. 1 ATAD I lässt nach seinem Wortlaut sowohl die unbeschränkte als auch entgegen § 7 Abs. 1 AStG die beschränkte Steuerpflicht ausreichen, obwohl Letzteres systematisch eigentlich nicht gemeint sein kann. Immerhin deutet Abs. 12 S. 2 der Erwägungsgründe zumindest an, dass die Einbeziehung der Zwischeneinkünfte und deren Besteuerung im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft zu erfolgen hat, und die steuerliche Ansässigkeit in diesem Sinne impliziert, obwohl in der Richtlinie nicht *expressis verbis* geregelt, auch im

internationalen Sprachgebrauch immer eine Art der unbeschränkten Steuerpflicht. Anschließend daran bleibt festzustellen, dass in der Richtlinie Regelungen über Doppelansässigkeiten fehlen, die aber dann m.E. wie bisher auch nach dem DBA-Recht zu lösen wären.

Andererseits: Art. 1 HS 2 ATAD I adressiert zweifelsfrei eine Dreieckskonstellation, einen tripolaren Sachverhalt. Obwohl es an Vorschriften zur rechtlichen oder funktionalen Zuordnung der Beteiligung an einer Zwischengesellschaft in der Richtlinie selbst mangelt, kann nach dem Wortlaut der Vorschrift nur der Fall gemeint sein, dass ein ausländisches Unternehmen eine Betriebsstätte in einem EU-Mitgliedstaat unterhält, der wiederum eine Beteiligung an einer Zwischengesellschaft zugeordnet ist. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 ATAD I, der in der Alt. 2 von Steuerpflichtigen spricht, die in einem Mitgliedstaat „belegen“ sind.

Hiermit wird präzise der Normtext des Art. 1 HS 2 aufgenommen, wenn auch die Konsequenz beider Vorschriften bei wörtlicher Lesart nicht in Deckung zu bringen ist: Art. 8 Abs. 1 geht offenbar davon aus, dass die in einem Mitgliedstaat belegene Betriebsstätte selbst der Steuerpflichtige ist, während die Formulierung in Art. 1 HS 2 eher dafür spricht, dass das ausländische Unternehmen gerade aufgrund der Tatsache, dass es in einem Mitgliedstaat eine Betriebsstätte unterhält, selbst zum Steuerpflichtigen i.S.d. Art. 1 erhoben wird. Bei letztgenanntem Verständnis wäre dann doch die beschränkte Steuerpflicht in einem Mitgliedstaat die notwendige Bedingung für die Erfüllung des Tatbestands. Dies aber widerspräche dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 ATAD I, der anordnet, unter welchen Voraussetzungen der „Mitgliedstaat eines Steuerpflichtigen“ ein beherrschtes ausländisches Unternehmen anzunehmen hat. In der Dreieckskonstellation des Art. 1 HS 2 jedoch ist das ausländische Unternehmen gerade kein Unternehmen eines Mitgliedstaates, sondern das Unternehmen eines Drittstaates.

#### bb. Bestimmung der Beherrschungsbeteiligung

Die Vorschriften über die Beherrschungsbeteiligung sind in Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) ATAD I enthalten. Der Mitgliedstaat eines Steuerpflichtigen i.S.d. Art. 1 der Richtlinie behandelt danach Unternehmen oder Betriebsstätten, deren Gewinne in diesem Mitgliedstaat nicht der Steuer unterliegen oder steuerbefreit sind, als sog. beherrschtes ausländisches Unternehmen, wenn im Falle eines Unternehmens der Steuerpflichtige selbst oder zusammen mit seinen verbundenen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar mehr als 50 % der Stimmrechte oder unmittelbar oder mittelbar mehr als 50 % des Kapitals hält

oder er Anspruch auf mehr als 50 % der Gewinne dieses Unternehmens hat. Die Regelung ist vergleichsweise knapp gefasst, was angesichts der Bedeutung der Beherrschung erstaunt.

Hierzu ist Folgendes zu bemerken: In Ermangelung der oben bereits angesprochenen Regelungen zur Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeit in Fällen der Doppellansässigkeit kann es in mehreren Mitgliedstaaten zur Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung in Bezug auf denselben Steuerpflichtigen kommen – dies jedenfalls, wenn die betreffenden Mitgliedstaaten eine Regelung vergleichbar dem § 20 Abs. 1 AStG enthalten. Dann hilft auch die Anwendung einer dem Art. 4 Abs. 3 OECD-MA vergleichbaren Vorschrift zur Konfliktlösung nicht weiter, was ansonsten durch Art. 4 MLI ggf. ohnehin noch einmal schwieriger bzw. langwieriger geworden wäre (Verständigungsverfahren zur Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeit in Fällen der Doppellansässigkeit).

Die Hinzurechnungsbesteuerung soll nach der Richtlinie grundsätzlich eingreifen, wenn die Gewinne im Ansässigkeitsstaat des Hinzurechnungsverpflichteten nicht der Besteuerung unterliegen oder dort steuerbefreit sind. Letzteres sollte wohl auch und gerade die Steuerbefreiung nach einem DBA erfassen, weil von „steuerbefreit“ und nicht „steuerfrei“ die Rede ist. Jedenfalls nach deutschem Verständnis wäre diese Differenzierung aufgrund der Rechtsprechung des BFH (etwa Urteil v. 28.4.1983, IV R 122/79, BStBl. II 1983, 566 ff.), wonach auch steuerbefreite Einkünfte steuerfreie Einkünfte i.S.d. § 3c EStG begründen können, aber ohnehin ohne Belang. Umgekehrt gewendet bedeutet die Richtlinie mithin, dass die beschränkte Steuerpflicht des ausländischen Unternehmens im Mitgliedstaat des Hinzurechnungsverpflichteten die Hinzurechnungsbesteuerung ausschließt. Offen bleibt hiernach, ob es ausreicht, dass nur einzelne Einkünfte der beschränkten Steuerpflicht unterliegen, um die Hinzurechnung zu vermeiden. Der Regelungszusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 ATAD I legt jedoch nahe, dass konkret auf die dort genannten Einkünfte („Gewinne“) Bezug genommen wird. Bezieht also beispielsweise ein ausländisches beherrschtes Unternehmen Dividenden (Art. 7 Abs. 2 S. 1 lit. a) iii) aus dem Inland, so scheidet wegen §§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG eine Hinzurechnung in Bezug auf einen inländischen körperschaftsteuerpflichtigen Steuerpflichtigen aus.

Die Referenzierung auf einheitlich 50 % der Stimmrechte, des Gewinns oder Kapitals begründet den Kern des Beherrschungstatbestands. Die alternative Anknüpfung an diese drei Größen soll Umgehungen vermeiden und erfasst in der Tat auch nach den meisten ausländischen Rechten alle gän-

gigen Ausgestaltungsmöglichkeiten. Liegt insoweit keinerlei Teilhabe an einem Unternehmen vor, ist eine Hinzurechnungsbesteuerung ohnehin nicht zu rechtfertigen.

Auffällig ist, dass Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) sich nur auf „Unternehmen“ bezieht. Legislativ intendiert ist damit zwar eindeutig die Erfassung eines ausländischen beherrschten Unternehmens i.S.d. Einleitungssatzes des Art. 7 Abs. 1 S. 1 und nicht ein Unternehmen i.S.d. eines Steuerpflichtigen nach Art. 1 der Richtlinie, nur geht eben dies nicht aus dem Wortlaut hervor. Bei anderer Lesart allerdings würden ausländische Betriebsstätten gänzlich aus der Hinzurechnungsbesteuerung ausscheiden, was nach dem Einleitungssatz des Art. 7 Abs. 1 S. 1 gerade nicht beabsichtigt erscheint. Die Verwirrung entsteht auch nur, weil diese Bestimmung den Begriff des beherrschten ausländischen „Unternehmens“ offenbar als Oberbegriff für Unternehmen und Betriebsstätte versteht, während ansonsten in der Richtlinie terminologisch zwischen Unternehmen und Betriebsstätten unterschieden wird.

Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) findet eine Zusammenrechnung der Stimmrechte, des Gewinns oder Kapitals zwischen dem Steuerpflichtigen und den mit diesem verbundenen Unternehmen statt. Was als in- oder ausländisches verbundenes Unternehmen i.S.d. Richtlinie zu verstehen ist, erläutert Art. 2 Abs. 4 S. 1 ATAD I ganz ähnlich wie § 1 Abs. 2 AStG im Sinne einer mehrdimensionalen Beteiligung von mindestens 25 %. Nur die Bedeutung des S. 2 der Norm erhellt sich nicht: Was in diesem Zusammenhang eine „hybride Rechtsform“ sein soll und warum dann eine abweichende Beteiligungsquote von 50 % gelten soll, bleibt unklar. Überhaupt muss davor gewarnt werden, im internationalen Steuerrecht ständig neue Begriffe einführen zu wollen. Dieses Phänomen hat in letzter Zeit leider zugenommen. „Hybrid“ ist zumindest bisher eher eine Beschreibung eines Zustands, aber kein Rechtsbegriff. Zwar bleibt es unbenommen, dass ein Regelwerk für seine Zwecke eine Definition vornimmt, wie es die Richtlinie in Art. 2 Abs. 9 für „hybride Gestaltungen“ getan hat. Die „hybride Rechtsform“ allerdings ist dort und auch an anderer Stelle nicht definiert, wird aber gleichwohl in Art. 2 Abs. 4 S. 2 ATAD I verwendet. Zur Rechtssicherheit trägt dies ersichtlich nicht bei.

## **e. Bewertung**

Die präzise Fassung der Inländerbeherrschung ist essentiell für die Hinzurechnungsbesteuerung. Umso bedauerlicher ist es, dass die ATAD I in dieser Hinsicht nicht so klar gefasst ist, wie es wünschenswert wäre. Die Rege-

lungen über Betriebsstätten in der Hinzurechnungsbesteuerung sind in der Richtlinie sowohl auf der Seite des Hinzurechnungsverpflichteten als auch im Hinblick auf das beherrschte ausländische Unternehmen terminologisch und inhaltlich nicht durchdacht und nicht aufeinander abgestimmt. Dies betrifft einerseits das Verhältnis zwischen Art. 1 und Art. 7 und 8 der Richtlinie, andererseits aber auch die Gleichbehandlung zwischen Körperschaftsteuersubjekten und Betriebsstätten. Die Fiktion des § 20 Abs. 2 AStG wirkt insoweit Probleme auf, und Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) tut es dieser Vorschrift gleich.

Des Weiteren bleibt im Anwendungsbereich des Art. 1 HS 2 offen, in welcher Weise bei inländischen Betriebsstätten die Zuordnung der Anteile an einem ausländischen beherrschten Unternehmen zu der inländischen Betriebsstätte ausgestaltet sein muss: Reicht eine rechtliche Zuordnung aus, oder muss es eine tatsächliche oder funktionale Zuordnung sein? Und wird mit besagtem HS 2 vielleicht sogar das bislang nach h.M. abgelehnte Konzept der Unterbetriebs-Betriebsstätte in Deutschland eingeführt, wenn der inländischen Betriebsstätte eine ausländische Betriebsstätte i.S.d. Art. 7 Abs. 1 zugeordnet ist? Sind mit Betriebsstätten i.S.d. Art. 7 Abs. 1 ATAD I und damit i.S.e. beherrschten ausländischen Unternehmens auch steuerlich transparente Personengesellschaften gemeint, die im internationalen Steuerrecht bekanntlich als anteilige Betriebsstätten der Gesellschafter anzusehen sind? Eindeutige Antworten auf diese wichtigen Fragen lässt die Richtlinie leider vermissen.

Weitere Fragen schließen sich an. Wer der maßgebende Steuerpflichtige i.S.d. Art. 1 ATAD I ist, bleibt wie oben dargestellt in mehrerlei Hinsicht unklar, Regelungen über die in praxi oft anzutreffenden Doppelansässigkeiten fehlen. Positiv ist hingegen die Klarstellung zu bewerten, dass eine beschränkte Steuerpflicht des ausländischen beherrschten Unternehmens im Ansässigkeitsstaat des an sich hinzurechnungsverpflichteten Steuerpflichtigen die Hinzurechnungsbesteuerung ausschließt. Die im deutschen Recht möglichen „loop structures“, wonach auch die inländischen Einkünfte einer Zwischengesellschaft i.S.d. § 49 EStG i.V.m. § 8 Abs. 2 KStG der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen können, unterfallen damit jedenfalls nicht dem Beherrschungstatbestand der ATAD I. Umgekehrt sollte man jedenfalls für Deutschland daran festhalten, dass auf Seiten des Hinzurechnungsverpflichteten eine unbeschränkte Steuerpflicht gegeben sein muss, obwohl die Richtlinie konzeptionell in bestimmten Zusammenhängen auch eine beschränkte Steuerpflicht ausreichen zu lassen scheint.

Die Definition der Beherrschungsbeteiligung und ihre Justierung anhand der Stimmrechte, des Gewinns und des Kapitals sind im Kern nicht zu beanstanden. Ganz ähnlich verfährt bereits jetzt § 7 AStG, so dass die Hinzurechnungsbesteuerung zur Vermeidung von Umgehungen jedwede ausländische Rechtsform und jedwede Teilhabe daran erfassen kann. Abgesehen davon aber weicht die Definition der Beherrschungsbeteiligung wohlthuend von der deutschen Rechtslage ab: Erstens fehlt eine Herabsetzung der Beteiligungsgrenze für Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter oder andere Einkünfte, und zweitens muss der Steuerpflichtige entweder alleine oder zusammen mit verbundenen Unternehmen ein ausländisches Unternehmen beherrschen. Obwohl an der Definition des verbundenen Unternehmens in Art. 2 Abs. 4 ATAD I zu bemängeln ist, dass in dessen lit. b) überraschend auch Personen (natürliche Personen?) einbezogen werden, obschon der Personenbegriff ansonsten in der Richtlinie im Hinblick auf die Hinzurechnungsbesteuerung keine Rolle spielt, sind diese „Richtlinienvorgaben“ hoffentlich wichtige Leitlinien bei der Neufassung des deutschen Rechts: Sowohl die 1-%-Grenze des § 7 Abs. 6 AStG als auch die Zusammenrechnung der Beteiligungen aller beteiligten Steuerinländer sollte aus ganz praktischen, aber auch aus Gründen der Gerechtigkeit aufgegeben werden.

Hinsichtlich dieser beiden wichtigen Punkte bleibt die Richtlinie daher hinter dem bisherigen deutschen Recht zurück, was aber dessen Fortbestand wegen Art. 3 ATAD I nicht ausschließt. Hinsichtlich der möglichen Einbeziehung auch von Konstellationen der beschränkten Steuerpflicht bleibt, falls die Richtlinie in diesem Sinne tatsächlich zu verstehen wäre, nur zu hoffen, dass diese – eine Verschärfung der lex lata bedeutende – Entwicklung vom deutschen Gesetzgeber aufgrund einer abweichenden Richtlinieninterpretation zunächst nicht aufgenommen wird. Hier sollte abgewartet werden, ob diesfalls ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV eingeleitet würde.

Eine weitere Verschärfung des deutschen Rechts, die leider eindeutig aus der Richtlinie hervorgeht, ergibt sich aus der Definition des verbundenen Unternehmens gemäß Art. 2 Abs. 4: Während die Beherrschungsbeteiligung nach § 7 Abs. 1-3 AStG gewissermaßen nur „top-down“ berechnet wird, weil nur über nachgeordnete Personen- oder Kapitalgesellschaften gehaltene Beteiligungen Berücksichtigung finden, strahlt das verbundene Unternehmen i.S.d. Art. 2 Abs. 4 ATAD I gleichsam in alle Richtungen aus. Sowohl die Anteile (in- oder ausländischer) Muttergesellschaften als auch die Anteile (in- oder ausländischer) Schwestergesellschaften werden mitgerechnet. Immerhin ist dann in sämtlichen Richtungen aber jeweils eine Beteiligung von min-

destens 25 % erforderlich, während im Anwendungsbereich des § 7 AStG durchgerechnet jedwede Beteiligung einbezogen wird. Zudem lässt sich aufgrund der Berücksichtigung der Beteiligungen auch ausländischer verbundener Unternehmen künftig richtigerweise nicht mehr von einer erforderlichen „Inländerbeherrschung“ sprechen.

Insgesamt betrachtet ist festzuhalten: Insbesondere die zwingende [sic!] Erfassung ausländischer verbundener Unternehmen kann Sachverhalte in die Hinzurechnungsbesteuerung hineinziehen, die bisher nicht den Rechtsfolgen der §§ 7 ff. AStG unterlagen. Sollte die Richtlinie tatsächlich auch die beschränkte Steuerpflicht ausreichen lassen, würde dies darüber hinaus eine völlige systematische Neuausrichtung der §§ 7 ff. AStG erfordern. Es empfiehlt sich für den deutschen Gesetzgeber, dieses Thema jedenfalls nicht progressiv anzugehen. Im Übrigen enthält die Richtlinie mit der einheitlichen 50-%-Beteiligungsgrenze für alle Arten von Zwischeneinkünften, der damit verbundenen tatbestandlichen Ausscheidung von Klein- und Kleinstbeteiligungen sowie der fehlenden Zusammenrechnung der Beteiligungen fremder Dritter begrüßenswerte Vorgaben, die seitens des Gesetzgebers aufgenommen werden sollten. Vor allem mit der Erfassung von Klein- und Kleinstbeteiligungen einander unbekannter Personen nimmt Deutschland im internationalen Vergleich eine Sonderstellung ein, was ab dem 1.1.2019 endgültig der Vergangenheit angehören sollte.

## **2. Passive Einkünfte**

### **a. Allgemeines**

Die Hinzurechnungsbesteuerung soll nur Einkünfte erfassen, bei deren Erzielung die ausländische Gesellschaft keine wesentliche wirtschaftliche Funktion ausübt. Das Gesetz unterscheidet daher zwischen Tätigkeiten, bei denen die ausländische Gesellschaft einen wesentlichen Wertschöpfungsbeitrag leistet (sog. aktive Tätigkeiten) und jenen Tätigkeiten, bei denen dies nicht der Fall ist (sog. passive Tätigkeiten)<sup>287</sup>. Rechtstechnisch wird dabei so vorgegangen, dass im § 8 Abs. 1 AStG Tätigkeiten definiert sind, die als aktiv anzusehen sind. Alle anderen Tätigkeiten, die nicht darunter fallen, sind damit nach gegenwärtiger Rechtslage per se passiv.

---

<sup>287</sup> Zur Systematik *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 691. Angeknüpft wird allein an Tätigkeiten. Es ist jedoch mittlerweile auch üblich geworden, auch von aktiven und passiven „Einkünften“ zu sprechen. Dies ist unschädlich, solange man sich der korrekten Anknüpfung im Gesetz bewusst bleibt.

Unter welche Einkunftsart im Sinne der §§ 2 Abs. 1 Satz 1, 13 ff. EStG die fraglichen Einkünfte konkret fallen würden, ist für die Frage der Aktivität irrelevant. Sämtliche von einer Zwischengesellschaft erbrachten Leistungen sind im Rahmen des § 8 Abs. 1 AStG gesondert zu würdigen<sup>288</sup> und erst im Anschluss daraufhin zu untersuchen, um welche Einkunftsart es sich handelt. Nebenerträge, die wirtschaftlich mit aktiven Tätigkeiten zusammenhängen, für sich genommen aber aus passiven Tätigkeiten stammen, sind aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise den aktiven Einkünften zuzuordnen<sup>289</sup>. Dies gilt aber nur, solange den Nebeneinkünften nach der Verkehrsauffassung kein eigenständiges wirtschaftliches Gewicht im Rahmen der Gesamtleistung zukommt<sup>290</sup>.

Der Katalog des § 8 Abs. 1 AStG hat über die Hinzurechnungsbesteuerung im engeren Sinne hinaus praktische Bedeutung für alle DBA, die Aktivitätsklauseln mit einem (m.E. richtigerweise statischen<sup>291</sup>) Verweis auf § 8 Abs. 1 Nr. 1–6 AStG enthalten. Dies betrifft aber i.d.R. nur die älteren DBA, die vor der Jahrtausendwende abgeschlossen oder nachverhandelt wurden. Ein Verweis auf die Vorschrift enthält zudem § 9 Nr. 7 GewStG für das internationale Schachtelprivileg.

Der in § 8 Abs. 1 Nr. 1–10 AStG genannte Katalog aktiver Tätigkeiten ist relativ detailreich aufgebaut und ohne Ausnahme abschließend: Nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 AStG gehören Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 13 EStG zu den aktiven Tätigkeiten. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG sind die Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Montage<sup>292</sup> von Sachen, die Erzeugung von Energie sowie das Aufsuchen und die Gewinn-

---

<sup>288</sup> Tz. 8.0.2 AEASTG. Bei Zwischengesellschaften mit aktiven und passiven Einkünften spricht man von einer sog. gemischten Gesellschaft, vgl. *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 42. Es hat dann eine Aufteilung zu erfolgen. Nur die passiven Einkünfte unterliegen der Hinzurechnungsbesteuerung. Ein Gleiches gilt, wenn eine ausländische Gesellschaft während des maßgebenden Wirtschaftsjahres in beispielsweise den ersten sechs Monaten ausschließlich aktive und in den zweiten sechs Monaten ausschließlich passive Einkünfte erzielt.

<sup>289</sup> Tz. 8.0.2 AEASTG. Zur funktionalen Betrachtungsweise *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 14 ff.

<sup>290</sup> Tz. 8.0.2 (letzter Satz) AEASTG.

<sup>291</sup> Diskussion bei *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 4 f. m.w.N.

<sup>292</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung muss hierbei jeweils ein Gegenstand anderer Marktgängigkeit entstehen, vgl. Tz. 8.1.2.2 AEASTG.

nung von Bodenschätzen aktive Tätigkeiten. Jede Produktionstätigkeit ist im Grundsatz als aktive Tätigkeit anzusehen, soweit sie sich auf körperliche, bewegliche oder unbewegliche Sachen bezieht.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG ist auch der Betrieb eines Kreditinstituts oder eines Versicherungsunternehmens<sup>293</sup>, die einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb im Sinne des Handelsrechts unterhalten, eine aktive Tätigkeit. Eine solche wird nur verneint, wenn mehr als die Hälfte der Geschäfte mit inländischen Gesellschaftern oder diesen nahe stehenden Personen abgewickelt wird.<sup>294</sup> Holdingtätigkeiten, eine reine Vermögensverwaltung und das Factoring sind im Allgemeinen passiv. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG ist der Handel mit Waren jeder Art grundsätzlich eine aktive und damit begünstigte Tätigkeit. Ein Gleiches gilt für Dienstleistungen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 5 AStG.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG führt die Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) zu aktiven Einkünften. Dies gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Einkünfte aus der Überlassung der Nutzung von Rechten, Plänen, Mustern, Verfahren, Erfahrungen und Kenntnissen (Know-how) sind nur dann aktiv, wenn die ausländische Gesellschaft eigene Forschungs- und Entwicklungsergebnisse verwertet, ohne dass der Gesellschafter oder eine nahe stehende Person daran mitgewirkt haben. Die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken sind aktiv, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass die daraus fließenden Einkünfte nach einem DBA auch dann steuerbefreit wären, wenn er die Einkünfte unmittelbar selbst bezogen hätte. Die Vermietung und Verpachtung von beweglichen Sachen (und damit insbesondere sämtliche Varianten des Leasings) ist aktiver Natur, wenn nachgewiesen wird, dass die Vermietung und Verpachtung geschäftsmäßig betrieben werden und ein inländischer Gesellschafter oder eine nahe stehende Person nicht mitwirken. Durch die Wendung „Geschäftsbetrieb gewerbsmäßiger Vermietung“ in lit. c) werden nach h.M. keine weitergehenden Voraussetzungen aufgestellt, als es bei § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG durch die Wendung „kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb“ der Fall ist<sup>295</sup>. Lediglich vermögensverwaltende Tätigkeiten aber sollen dadurch als passiv qualifiziert werden.

---

<sup>293</sup> Zur Bestimmung wird auf § 1 KWG und auf § 1 VAG (jeweils in analoger Anwendung) Bezug genommen, vgl. Tz. 8.1.3.1 f) AEASTG.

<sup>294</sup> Tz. 8.1.3.5 AEASTG.

<sup>295</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), AStG, § 8 Rdn. 236; *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 131.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG sind Darlehensaufnahmen und -vergaben stets passiv, wenn sie sich nicht im Anwendungsbereich des vorrangigen § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG vollziehen. Aktive Einkünfte liegen jedoch auch dann vor, wenn die ausländische Gesellschaft nachweislich das Kapital ausschließlich im Ausland und nicht bei einer dem Steuerpflichtigen oder der ausländischen Gesellschaft nahe stehenden Person aufgenommen und es als Darlehen entweder (1) einem solchen ausländischen Betrieb oder einer Betriebsstätte, der bzw. die ausschließlich oder fast ausschließlich (d.h. zu mindestens 90 %<sup>296</sup>) aktive Einkünfte im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1–6 AStG erzielt, oder (2) einem inländischen Betrieb oder einer Betriebsstätte zugeführt hat, und zwar unabhängig davon, ob diese aktiv ist oder nicht.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG sind Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften ohne Ausnahme als aktive Einkünfte anzusehen<sup>297</sup>, und nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG sind auch Einkünfte aus der Veräußerung des Anteils an einer Gesellschaft sowie aus der Auflösung oder der Kapitalherabsetzung aktiv, wobei es sich bei der veräußerten Gesellschaft nicht um eine so genannte Kapitalanlagegesellschaft im Sinne des § 7 Abs. 6 AStG oder um eine Gesellschaft i.S.d. § 16 des REIT-Gesetzes handeln darf<sup>298</sup>. Nach der wenig bekannten Norm des § 8 Abs. 1 Nr. 10 AStG schließlich sind Einkünfte aus Umwandlungen unter den dort genannten Voraussetzungen aktiv.<sup>299</sup>

---

<sup>296</sup> So das BFH-Urteil v. 30.8.1995, Az.: I R 77/94, BStBl. II 1996, 122 ff. Die Wendung „ausschließlich oder fast ausschließlich“ verwendet der Gesetzgeber häufiger, vgl. etwa § 9 Nr. 7 GewStG, wo auch die 90-%-Grenze in das Gesetz hineingelesen wird (Abschn. 65 Abs. 4 Satz 3 GewStR und *Güroff* in *Glanegger/Güroff* (Hrsg.), GewStG, § 9 Rdn. 12).

<sup>297</sup> Der Wortlaut bedarf nach h.M. einer weiten Auslegung, weil kein Grund ersichtlich ist, warum nicht sämtliche Erträge im Sinne des § 8b Abs. 1 KStG erfasst werden sollen, vgl. *Lieber*, FR 2002, 139, 144 und *Rüttig/Protzen*, DStR 2002, 241, 244.

<sup>298</sup> Fraglich ist, ob auch die Wirtschaftsgüter lediglich indirekter Beteiligungen einbezogen sind; für eine Einbeziehung *Lieber*, FR 2002, 139, 145; a.A. *Rüttig/Protzen*, IStR 2002, 123, 126.

<sup>299</sup> Zu hinzurechnungssteuerlichen Problemen im Zusammenhang mit Umwandlungen *Kraft/Seydewitz*, RIW 20016, 261. Speziell zu Drittstaatenverschmelzungen *Becker/Loose*, BB 2015, 1435.

## b. Regelungstechnik im Detail

Die in der Praxis wichtigsten Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG sind nach einem Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Prinzip aufgebaut, das auch sprachlich im Gesetz angelegt ist. Dieses Prinzip muss verinnerlicht und bei der Prüfung der Vorschrift unbedingt beachtet werden. Aufgrund der erheblichen Bedeutung des § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG werden der systematische Gesetzesaufbau sowie die beiden zentralen Begriffe der Vorschriften, die auch bei den anderen Tatbeständen Verwendung finden („kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb“ und „schädliche Mitwirkung“), nachstehend überblicksartig am Beispiel der Handelsaktivitäten erläutert.

### aa. Regel: Aktive Tätigkeit

Ausweislich des § 8 Abs. 1 Nr. 4 HS 1 AStG sind Handelstätigkeiten, die von einer Zwischengesellschaft ausgeübt werden, im Grundsatz aktiv. Der Begriff „Handel“ ist im Gesetz nicht definiert, und auch die Finanzverwaltung hat sich hierzu noch nicht explizit geäußert. Man wird darunter nach einer engen Auffassung jedenfalls den Handel und Umschlag von beweglichen, körperlichen Sachen, nach einer weiten Auffassung auch den Handel mit Rechten und Immobilien fassen können<sup>300</sup>. Die Vorschrift will den Handel als wirtschaftliche Betätigung erfassen, nicht aber zwischen verschiedenen Formen des Handels differenzieren, so dass m.E. der weiten Auffassung zuzustimmen ist.

Für die Abgrenzung zu § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG ist entscheidend, ob durch die Be- oder Verarbeitung erworbener Waren nach der Verkehrsauffassung ein Gegenstand anderer Marktgängigkeit (andere Verwertbarkeit, andere Einsatz- oder Gebrauchsfähigkeit<sup>301</sup>) entstanden und die Ware von der ausländischen Gesellschaft nicht nur geringfügig behandelt worden ist<sup>302</sup>. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, scheidet § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG aus und es liegt in vollem Umfang § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG vor<sup>303</sup>. Wenn indes umgekehrt eine

---

<sup>300</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 74 ff.; ausführlich *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 116 ff. m.w.N.

<sup>301</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 51.

<sup>302</sup> Ein bloßes Kennzeichnen, Umpacken, Umfüllen, Sortieren oder eine neue Zusammenstellung von Waren wertet die Finanzverwaltung nicht als mehr als geringfügige Behandlung, vgl. Tz. 8.1.2.2 AEASTG.

<sup>303</sup> Tz. 8.1.2.2 AEASTG.

Produktion, Herstellung oder eine Be- oder Verarbeitung von Sachen vorliegt, ist es unerheblich, ob hierfür Sachen (Rohstoffe) eingekauft worden sind oder die Erzeugnisse anschließend vertrieben werden<sup>304</sup>.

bb. Ausnahme: Konzerninterner Handel („soweit nicht“)

Soweit Handelstätigkeiten jedoch in einem bestimmten wirtschaftlichen Umfeld mit Inlandsbezug stattfinden, werden aus im Grundsatz aktiven Tätigkeiten gleichwohl passive Tätigkeiten. Ein sog. passiver konzerninterner Handel mit Inlandsbezug liegt danach vor, wenn

- entweder ein Beteiligter im Sinne des § 7 AStG oder eine diesem Beteiligten nahe stehende Person im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG, die mit ihren Einkünften im Geltungsbereich des AStG steuerpflichtig ist, der ausländischen Gesellschaft die Verfügungsmacht an den Handelsgütern oder Waren verschafft (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 lit. a) AStG), oder
- umgekehrt die ausländische Gesellschaft diesem Beteiligten oder einer ihm nahe stehenden Person die Verfügungsmacht über die in Rede stehenden Handelsgüter oder Waren verschafft (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) AStG).

Angesprochen sind damit sowohl sog. Verkaufsgesellschaften<sup>305</sup> (lit. a) als auch sog. Einkaufsgesellschaften (lit. b). Erweitert beschränkt Steuerpflichtige sind von der Regelung – anders als für Fragen der Beherrschung nach § 7 Abs. 2 AStG – nicht erfasst, weil die Vorschrift nur von „unbeschränkt Steuerpflichtigen“ spricht<sup>306</sup>. Ebenso wenig ist maßgebend, ob die Waren vom Ausland in das Inland geliefert werden oder nicht, weil nur auf die „Verschaffung der Verfügungsmacht“ abgestellt wird<sup>307</sup>. Hinsichtlich des Begriffs der „nahe stehenden Person“ wird auf § 1 Abs. 2 (Nr. 1–3) AStG Bezug genommen. Voraussetzung für eine Einbeziehung von dem Steuerpflichtigen nahe stehenden Personen ist insbesondere, dass diese Person „mit ihren Einkünften [...] im Geltungsbereich dieses Gesetzes steuerpflichtig ist.“ Die

---

<sup>304</sup> Vgl. hierzu *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 46; *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 68.

<sup>305</sup> Gelegentlich auch „Vertriebsgesellschaften“ genannt, vgl. *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 79.

<sup>306</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 126.

<sup>307</sup> *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 695.

nahe stehende Person muss daher in Deutschland unbeschränkt, beschränkt oder jedenfalls erweitert beschränkt steuerpflichtig sein<sup>308</sup>.

§ 8 Abs. 1 Nr. 4 Lit. a AStG war in der Vergangenheit Gegenstand zahlreicher Kontroversen. Sie betrafen insbesondere die Frage, wann die Voraussetzung erfüllt ist, dass „der ausländischen Gesellschaft die Verfügungsmacht an den gehandelten Waren oder Gütern verschafft“ wird. Es ist für das Verständnis der Vorschrift zu beachten, dass der Wortlaut des § 8 Abs. 1 Nr. 4 Lit. a AStG durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 16.5.2003<sup>309</sup> mit Wirkung für nach dem 31.12.2002 beginnende Wirtschaftsjahre der ausländischen Gesellschaft geändert worden ist. Während zuvor die Waren und Güter „aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes“ an die Zwischengesellschaft geliefert werden mussten, ist dieser Passus ersatzlos gestrichen worden, mit der Folge, dass nunmehr auch rein inländische und ausländische konzerninterne Lieferungen als im Grundsatz passiv qualifizieren<sup>310</sup>.

Würde also z.B. eine inländische Muttergesellschaft als inländischer Gesellschafter Waren im Ausland ankaufen und diese dann ohne den physischen Umweg über das Inland an die ausländische Zwischengesellschaft veräußern, wäre § 8 Abs. 1 Nr. 4 Lit. a AStG als gegeben anzusehen. Die zweite Änderung betraf den Inhalt des zugrunde liegenden Geschäfts. Während zuvor konzerninterne „Lieferungen“ erfasst waren, stellt das Gesetz nunmehr auf die „Verschaffung der Verfügungsmacht“ ab. Ob dies eine inhaltliche Änderung bedeutet, hat die Finanzverwaltung – soweit ersichtlich – bislang nicht erklärt. In der Kommentarliteratur ist man sich jedoch einig, dass durch die sprachliche Neufassung keine inhaltliche Änderung bewirkt werden sollte, weil schon zuvor der Lieferbegriff im umsatzsteuerlichen Sinne als Verschaffung der Verfügungsmacht ausgelegt worden war<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 81 sowie Tz. 8.1.4.1.3 AEASTG.

<sup>309</sup> BGBl. I 2003, 660 ff. Nr. 19 vom 20.5.2003.

<sup>310</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 165; *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 83.

<sup>311</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 73; ebenso implizit *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 165, der bereits in der Neukommentierung aus dem Jahr 2004 schlicht auf § 3 Abs. 1 UStG verweist.

Es bleibt daher bei dem Grundsatz, dass die Verschaffung der Verfügungsmacht maßgebend ist. Ebenso wie „Lieferung“ zuvor gleichbedeutend mit „Veräußerung“ war<sup>312</sup>, wird unter „Verschaffung der Verfügungsmacht“ in der Regel eine zivilrechtliche Veräußerung zu verstehen sein<sup>313</sup>. Im vorstehend genannten Beispiel müsste daher die inländische Muttergesellschaft der Zwischengesellschaft zivilrechtlich Waren verkaufen, damit eine passive Tätigkeit unterstellt werden kann. Jedenfalls wird in der Kommentarliteratur unter „Verschaffung der Verfügungsmacht“ die Übertragung wenigstens des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO) an den Gütern oder Waren verstanden bzw. es ist davon die Rede, dass der inländische Steuerpflichtige die „wirtschaftliche Substanz“ auf die ausländische Gesellschaft übertragen muss<sup>314</sup>. Sobald in die Lieferkette zwischen den inländischen Steuerpflichtigen und die potenzielle ausländische Zwischengesellschaft ein Dritter (mit Ausnahme einer nahe stehenden Person) eingeschaltet ist, scheidet § 8 Abs. 1 Nr. 4 lit. a AStG aus<sup>315</sup>.

cc. Rückausnahme: Funktionsnachweis („es sei denn“)

Ungeachtet einer nach den vorstehenden Grundsätzen passiven Tätigkeit einer Zwischengesellschaft gelangt man laut § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG a.E. zu einer insgesamt aktiven und damit unschädlichen Tätigkeit, wenn

- der Steuerpflichtige nachweist<sup>316</sup>, dass die ausländische Gesellschaft einen für derartige Handelsgeschäfte in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unterhält, und die
- zur Vorbereitung, dem Abschluss und der Ausführung der Geschäfte gehörenden Tätigkeiten ohne Mitwirkung des Steuerpflichtigen oder einer ihm nahe stehenden Person ausübt werden.

---

<sup>312</sup> *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 131.

<sup>313</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 83.

<sup>314</sup> Zu beidem *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 165 sowie 131.

<sup>315</sup> *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 83.

<sup>316</sup> Dies ist im Sinne des § 90 AO zu verstehen.

## *Kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb*

Die ausländische Gesellschaft unterhält einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb („qualifizierter Geschäftsbetrieb“), wenn sie sachlich und personell so ausgestattet ist, dass sie unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr die in Betracht stehenden Geschäfte vorbereiten, abschließen und ausführen kann<sup>317</sup>.

Die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr muss von dem Geschäftsbetrieb der ausländischen Einheit selbst ausgehen, der zu den Einkünften führt. Eine mittelbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr über abhängige Konzerngesellschaften genügt nach der Rechtsprechung nicht<sup>318</sup>. Eine Einschaltung von Drittfirmen, mit denen keinerlei rechtliche oder wirtschaftliche Verbindungen im Sinne eines konzernverbundenen Unternehmens bestehen (vgl. § 1 Abs. 2 AStG), ist nach den oben genannten Grundsätzen unschädlich<sup>319</sup>.

Eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt außerdem dann vor, wenn sich die ausländische Einheit mit ihrem Geschäftsbetrieb bei den in Betracht stehenden Geschäften in nicht nur unerheblichem Umfang an eine unbestimmte Anzahl von Personen wendet<sup>320</sup>. Eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr kann aber auch dann gegeben sein, wenn sich die unbestimmte Anzahl der Kunden aufgrund des Gegenstands der in Betracht stehenden Geschäftstätigkeit auf einen engen Personenkreis beschränkt<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> Hierzu sowie im Folgenden zum kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb ausführlich *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG und DBA, § 8 AStG Rdn. 85 ff.; *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer /Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 Rdn. 101 und 141; Tz. 8.1.4.2.1 ff. AEASTG.

<sup>318</sup> Vgl. das zum Dienstleistungsbereich ergangene BFH-Urteil v. 29.8.1984, I R 68/81, BStBl. II 1985, 120; a.A. offenbar *Weber-Grellet* in Schmidt (Hrsg.), EStG, § 15 EStG Rdn. 10 („mittelbare Tatbestandsverwirklichung“ ausreichend).

<sup>319</sup> Die Einschaltung eines Werkzeugs soll unschädlich sein, vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt (Hrsg.), EStG, § 15 EStG Rdn. 10.

<sup>320</sup> Vgl. nur *Weber-Grellet* in Schmidt (Hrsg.), EStG, § 15 EStG Rdn. 20; *Carlé/Bauschatz* in Korn (Hrsg.), EStG, § 15 Rdn. 301, jeweils m.w.N.

<sup>321</sup> Vgl. Tz. 8.1.4.2.3 AEASTG; BFH-Urteil v. 22.1.2003, X R 37/00, BStBl. II 2003, 464; BFH-Urteil v. 15.12.1999, I R 16/99, BStBl. II 2000, 404 (sofern eine vertragliche Vereinbarung vorliegt).

Ebenso ist die Begrenzung auf einen engen Kundenkreis unschädlich, wenn sich die ausländische Gesellschaft nicht auf einen fest begrenzten Personenkreis festlegt, sondern ihr Geschäftsbetrieb gerade auf Kundenwechsel angelegt ist<sup>322</sup>. Die ausländische Kapitalgesellschaft hat außerdem einen Geschäftsbetrieb in dem Umfang zu unterhalten, wie es für die Vornahme der geplanten und durchgeführten Tätigkeiten erforderlich ist. Insbesondere sollten die sachlichen und personellen Ressourcen vorhanden sein.

### *Keine schädliche Mitwirkung*

Ein selbstständiger ausländischer Geschäftsbetrieb soll aber nur dann vorliegen, wenn die ausländische Einheit ihre Tätigkeit ohne Mitwirkung der inländischen Gesellschafter vornimmt<sup>323</sup>. Eine Person wirkt an einem Geschäft der ausländischen Einheit mit, wenn sie Tätigkeiten ausübt, die nach ihrer Funktion Teil der Vorbereitung, des Abschlusses oder der Ausführung der fraglichen Geschäfte dieser Einheit sind. Dies gilt auch, wenn das Entgelt für diese Leistungen wie unter unabhängigen Dritten bemessen wurde<sup>324</sup>. Fallen im Rahmen einer aktiven Tätigkeit einzelne Geschäfte von untergeordneter Bedeutung an, an denen ein inländischer Steuerpflichtiger oder eine diesem nahe stehende Person mitwirkt, kann insoweit eine Prüfung, ob passiver Erwerb vorliegt, unterbleiben<sup>325</sup>. Eine Person wirkt in diesem (schädlichen) Sinne nach Ansicht der Finanzverwaltung mit, wenn sie z.B. für die ausländische Einheit den Vertrieb übernimmt, den Vertretereinsatz leitet, deren Finanzierungsaufgabe übernimmt oder deren Handelsrisiko trägt. Zumindest

---

<sup>322</sup> BFH-Urteil v. 29.8.1984, I R 68/81, BStBl. II 1985, 120.

<sup>323</sup> Sind natürliche Personen die inländischen Gesellschafter, sind naturgemäß sie diejenigen Personen, die schädlich mitwirken können. Ist eine inländische Kapitalgesellschaft der Gesellschafter der Zwischengesellschaft, wird man die Tätigkeit und damit die Mitwirkung auch leitender Angestellten der Gesellschaft als dem Steuerpflichtigen zurechnen müssen. Für inländische Personengesellschaften als Anteilseigner kann dies mE nicht in gleicher Weise gelten: Wegen § 7 Abs. 3 AStG gelten allein die Gesellschafter der Personengesellschaft – und eben nicht deren Angestellte – als unmittelbar an der Zwischengesellschaft beteiligt. Das Problem wurde – soweit ersichtlich – in Literatur und Rechtsprechung noch nicht erörtert.

<sup>324</sup> Tz. 8.1.6.4 AEASStG; a.A. *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG und DBA, § 8 AStG Rdn. 112.

<sup>325</sup> Tz. 8.0.2 Satz 3 und Tz. 8.1.4.3.1 AEASStG.

die letzten beiden Punkte sind m.E. nicht mehr vom Gesetz gedeckt. Hier besteht in der Praxis eine erhebliche Rechtsunsicherheit.<sup>326</sup>

Weil durch eine extensive Auslegung des Begriffes der schädlichen Mitwirkung für aktive Tätigkeiten in einer arbeitsteiligen Weltwirtschaft aber kaum noch Raum bliebe, hatte sich bereits der Finanzausschuss des Bundestages während der Gesetzesberatungen für eine einschränkende Auslegung des Mitwirkungsbegriffes ausgesprochen<sup>327</sup>. Eine Mitwirkung soll danach zum Beispiel nicht vorliegen, wenn sie Ausfluss der Gesellschafterstellung ist, wie dies etwa bei der Ausübung von Überwachungs- und Mitspracherechten<sup>328</sup> regelmäßig der Fall ist<sup>329</sup>. Darüber hinausgehend will *Wassermeyer* unter Berufung auf Berichte des Finanzausschusses des Bundestages anlässlich der Beratungen bei Inkrafttreten des AStG sämtliche „Tätigkeiten, die Ausfluss der Gesellschafterstellung“ sind, als unschädlich anerkennen. Dies gelte ausdrücklich nicht nur für gesellschaftsrechtliche Kontroll-, sondern auch für Mitspracherechte<sup>330</sup>. Auch gesellschaftsrechtliche Weisungsrechte dürften als Mitspracherechte bezeichnet werden können, jedoch verbleibt insoweit ein Restrisiko, weil es – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung zu diesem Problemkreis gibt.

Aber selbst wenn gesellschaftsrechtliche Weisungsrechte nach Ansicht der Finanzverwaltung grundsätzlich eine schädliche Mitwirkung begründen sollten, was mangels einer verlaublichen Verwaltungsauffassung unklar bleibt, so wird man dies in teleologischer Reduktion der Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG dahingehend auslegen müssen, dass keine schädliche Mitwirkung gegeben ist, wenn Weisungsrechte nach dem (ausländischen) Gesellschaftsrecht zwar im Grundsatz bestehen, diese im Einzelfall aber nicht ausgeübt werden bzw. seitens des Gesellschafters bzw. Geschäftsführers auf diese verzichtet wird. Ansonsten wäre jedenfalls bei bestimmten ausländischen Kapitalgesellschaften, bei denen die Organisationsverfassung derje-

---

<sup>326</sup> Siehe dazu bspw. jüngst *Becker/Schmelz*, IStR 2017, 797 ff.

<sup>327</sup> Siehe bereits BT-Drucks. VI/3537 v. 19.6.1972.

<sup>328</sup> Vgl. das RFH-Urteil v. 11.7.1940, Az.: III 135/39, RStBl. 1940, 706.

<sup>329</sup> Auch die bloße Ausübung gesellschaftsrechtlicher Kontrollrechte begründet keine schädliche Mitwirkung, vgl. *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 37; *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 146.

<sup>330</sup> Vgl. *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 146 m.w.N. zur Gesetzeshistorie.

nigen einer deutschen GmbH oder AG gleicht, stets eine schädliche Mitwirkung gegeben, weil der oder die Gesellschafter dann über die ggf. nach dem Gesellschaftsstatut vorgesehene Verpflichtung zur Geschäftsführung (nebst Schadensersatzpflichten für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung) notwendigerweise die Geschäfte auch im Ausland zu führen hätten. Eine solche gleichsam „notwendige Mitwirkung“ kann aber nach Sinn und Zweck des AStG nicht zu einer schädlichen Mitwirkung führen.

Das Vorliegen einer schädlichen Mitwirkung im Allgemeinen bestimmt sich wiederum nach der o.g. funktionalen Betrachtungsweise, die danach fragt, ob eine bestimmte Tätigkeit, die für das Gelingen der erfolgreichen Vornahme eines Geschäftes funktional erforderlich ist, von einem inländischen Gesellschafter oder einer diesem nahe stehenden Person erbracht wird<sup>331</sup>. Eine schädliche Mitwirkung liegt daher m.E. beispielsweise dann nicht vor, wenn eine deutsche Muttergesellschaft nur eine Koordinierungsfunktion bei der Errichtung der ausländischen Gesellschaft übernommen hat und im Übrigen tatsächlich alle unternehmerischen Aktivitäten im Ausland stattfinden.

### **c. Wesentliche Kritikpunkte**

#### **aa. Allgemeines**

#### **aaa. Kein systematisches Anknüpfungskonzept erkennbar**

Der Aktivitätskatalog bzw. vielmehr die darin enthaltenen Ausnahmeregelungen für passive Einkünfte wirken wie ein unsystematisches Sammelsurium, ohne dass für den Rechtsanwender ein einheitliches Konzept erkennbar wäre. Vor dem Hintergrund der primären Zielsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung, die missbräuchliche Verlagerung von Besteuerungssubstrat in das Ausland unter gleichzeitiger Beibehaltung einer inländischen Ansässigkeit oder eines inländischen Betriebs zu unterbinden, würde man möglicherweise erwarten, dass dem Steuerpflichtigen bestimmte Verhaltensweisen angekreidet werden, die gerade auf seiner Präsenz im Inland beruhen.

Systematisch jedenfalls hat sich der Gesetzgeber diesem Problemkreis nicht genähert: In § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG beispielsweise, also beim Handel und bei Dienstleistungen, werden dem Steuerpflichtigen unter dem Stichwort „schädliche Mitwirkung“ gerade die Geschäftsbeziehungen zum Inland angekreidet, während im Gegensatz dazu die Tatbestände des § 8 Abs. 1

---

<sup>331</sup> Zur funktionalen Betrachtungsweise als Beurteilungsmaßstab instruktiv *Lehfeldt* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG und DBA, § 8 AStG Rdn. 14 f.

Nr. 6 AStG (Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und Rechten) weitgehend ohne eine inländische Anknüpfung auskommen. Ersichtlich überhaupt keinen inländischen Bezug schließlich haben Handlungen ausländischer nahestehender Personen, die aber dennoch zur Begründung der Hinzurechnungsbesteuerung tauglich sind, sofern die nahestehende Person nur einer beschränkten deutschen Steuerpflicht unterliegt. Als Vorbild für ein gutes dogmatisches Konzept taugt der Aktivitätskatalog damit nicht.

#### bbb. Komplexität und Ungenauigkeit der Normen

Der Aufbau der einzelnen Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG nach dem bereits angesprochenen Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Konzept erschließt sich dem Rechtsanwender nur mühsam, zumal die Vorschriften teilweise in ihrem Anwendungsbereich sehr vage bleiben.<sup>332</sup> Dies gilt insbesondere für die praktisch wichtigen Nr. 4-6 sowie für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter nach § 7 Abs. 6a AStG und ist umso erstaunlicher, als naheliegende Aspekte im Aktivitätskatalog nahezu unberücksichtigt geblieben sind. So fehlen, abgesehen von der Nr. 9 und § 11, etwa Klarstellungen zur Behandlung von Veräußerungsgewinnen<sup>333</sup> oder zum Wechsel zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten während eines Steuerjahres.<sup>334</sup> Mehr gesetzgeberische Klarheit in Konzept und Zielgenauigkeit würden der Vorschrift bei einer Revision im Allgemeinen gut zu Gesicht stehen.

#### ccc. Verhinderung von Innovation

Die Konzeption als Aktivitätskatalog hat unweigerlich zur Folge, dass alle Einkünfte, die nicht vom Katalog erfasst sind, automatisch als passive Ein-

---

<sup>332</sup> *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 5 m.w.N.

<sup>333</sup> Die Veräußerung der Anteile an einer Zwischengesellschaft löst keine Hinzurechnungsbesteuerung aus. Hinsichtlich der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen auf der Ebene der Zwischengesellschaft gilt der Grundsatz: Werden Wirtschaftsgüter durch die Zwischengesellschaft veräußert, wird der Veräußerungsgewinn der Kategorie von Tätigkeiten im Rahmen des Katalogs des § 8 Abs. 1 AStG zugerechnet, die zuvor mit dem Wirtschaftsgut ausgeübt worden war. Bei einer (vermögensverwaltenden) Vermietung würde daher die Veräußerung des Mietobjekts den Einkünften aus § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchstabe c AStG zugerechnet. Eine andere Frage ist die des Zeitpunkts der Zurechnung (dazu *Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Auflage 2016, Rdn. 543 m.w.N.).

<sup>334</sup> Dazu ausführlich *Haase*, IStR 2009, 24 ff.

künfte qualifizieren. Auf diese Weise stellt sich die Vorschrift des § 8 Abs. 1 AStG nicht gerade als Inkubator für neue Geschäftsmodelle dar<sup>335</sup>, weil die Anpassungen des Gesetzgebers im Bereich des AStG bislang sehr spärlich ausgefallen sind und auch nur in großen Zeitabständen stattgefunden haben. Aufgrund einer Veränderung des Wirtschaftslebens oder einer Veränderung von konkreten Geschäftsabläufen neu entstehende Tätigkeiten bzw. die daraus erzielten Einkünfte fallen daher per se in den Bereich passiver Einkünfte. Dies wiegt umso schwerer, als nach dem Wortlaut teilweise Einkünfte erfasst werden, die bei einer Betätigung im Inland nicht steuerbar wären. Dies hat der BFH korrigiert, indem er ausgeführt hat, dass passive Einkünfte nur vorliegen können, wenn die Einnahmen unter eine der Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 EStG fallen.<sup>336</sup>

#### ddd. Beweislastumkehr

Einige Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG enthalten Regelungen über den Steuerpflichtigen treffende Nachweispflichten, so etwa Nr. 5 lit. b), Nr. 6 lit. a) und c), Nr. 7 und Nr. 9 der Vorschrift. Diese Nachweispflichten stellen – abgesehen davon, dass sie in praxi in tatsächlicher Hinsicht teils unerfüllbar sind und der Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung daher faktisch erheblich ausgedehnt wird – eine Verschiebung der gesetzlichen Wertung dar, welche Partei eines Steuerschuldverhältnisses welche Tatsachen beibringen und ggf. beweisen muss.

Im internationalen Steuerrecht gilt auf Seiten der Finanzverwaltung weiterhin der Amtsermittlungsgrundsatz des § 88 AO, jedoch auf Seiten des Steuerpflichtigen ergänzt um die erweiterten Mitwirkungspflichten nach § 90 Abs. 2AO. Letztgenannte Vorschrift verändert die Darlegungs- und Beweislast aber nicht. Eine Unaufklärbarkeit des Sachverhalts geht daher im Grundsatz zulasten des Fiskus aus.<sup>337</sup> Die Nachweispflichten, die § 8 Abs. 1 AStG statuiert, führen jedoch dazu, dass der Steuerpflichtige passive Einkünfte erzielt, wenn er den Nachweis im Einzelfall nicht antreten kann.

---

<sup>335</sup> In diesem Sinne auch *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 5.

<sup>336</sup> BFH v. 21.8.1998, I R 3/96, BStBl. II 1998, 468 ff.; dazu auch *Sedemund/Sternner*, BB 2005, 2777 ff.

<sup>337</sup> Zutreffend *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 9.

### eee. Segmentierung von Einkünften

Wie oben bereits angesprochen, können passive Einkünfte nur vorliegen, wenn die Einnahmen grundsätzlich unter eine der Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 EStG fallen.<sup>338</sup> Die konkrete Einordnung ist aber einerlei, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass der Katalog des § 8 Abs. 1 AStG nicht mit der Systematik der Einkunftsarten in Deckung zu bringen ist. Hier besteht eine viel größere Abweichung als z.B. bei der Vorschrift des § 50a EStG, der ebenfalls eine (beschränkte) deutsche Steuerpflicht voraussetzt und wo daher ebenfalls (wenn auch über § 49 EStG) auf § 2 Abs. 1 EStG zurückgegriffen wird.

Abseits dessen aber arbeitet der Aktivitätskatalog mit eigenen Einkunftstatbeständen, die im Hinblick auf eine Zwischengesellschaft stets separat voneinander zu prüfen sind. Weder gilt § 8 Abs. 2 KStG, noch das Subsidiaritätsprinzip des EStG (etwa für Vermietungseinkünfte in § 21 Abs. 3 EStG verortet). Es findet auch keine Zusammenfassung in gewerbliche oder nicht gewerbliche Tätigkeiten statt, sondern die ganz konkreten Aktivitäten einer Zwischengesellschaft sind im Hinblick auf den Aktivitätskatalog einzeln zu untersuchen und entsprechend zu würdigen. Soweit einzelne passive Einkünfte vorliegen, werden auch nur diese Einkünfte bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen.

Ob die damit angesprochene sog. Segmentierung der Einkünfte für den Steuerpflichtigen vorteilhaft oder nachteilig ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Beides ist möglich. Es stellt sich aber ganz grundsätzlich die Frage, ob ein Festhalten an einem eigenen Einkunftskatalog für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung sinnvoll ist oder ob nicht die konkrete Bezugnahme auf einzelne Einkünfte i.S.d. § 2 Abs. 1 EStG zielführender wäre, weil insoweit auf die bekannten Kategorien und Abgrenzungsmerkmale zurückgegriffen werden kann. So hat sich die Finanzverwaltung etwa in Tz. 7.6.4 für die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter dahingehend eingelassen, dass unter diesen Zwischeneinkünften all jene Einkünfte zu verstehen seien, die als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 EStG qualifizieren. Ähnlich ließe sich auch beim Katalog des § 8 Abs. 1 AStG verfahren. Als Vorbild könnten die Kataloge in § 34d EStG sowie § 49 EStG dienen, die jeweils im Einleitungssatz der einzelnen Tatbestände im Klammerzusatz die konkrete Einkunftsart angeben.

---

<sup>338</sup> BFH v. 21.8.1998, I R 3/96, BStBl. II 1998, 468 ff.

#### fff. Funktionale Betrachtungsweise

Die eben genannte Segmentierung der Einkünfte basiert darauf, dass im Hinblick auf eine konkrete Zwischengesellschaft deren Tätigkeiten jeweils für sich genommen betrachtet und gewürdigt werden müssen. Die bereits mehrfach angesprochene funktionale Betrachtungsweise schlägt einen anderen Weg ein und fragt danach, inwiefern einzelne Tätigkeiten für Zwecke des Aktivitätskatalogs des § 8 Abs. 1 AStG zusammengefasst werden können bzw. inwiefern einheitlich erscheinende Tätigkeiten für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung aufgeteilt werden müssen.

Hierbei hat man sich von den beiden folgenden, anerkannten Grundsätzen leiten zu lassen: Erstens beantwortet sich die Frage, ob eine wirtschaftliche Betätigung einer Zwischengesellschaft in einzelne selbstständige Tätigkeiten aufzuteilen ist, nach der Beurteilung des Einzelfalls unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsauffassung<sup>339</sup>, und zweitens kommt eine Aufteilung per se nicht in Betracht, wenn die entsprechenden Aktivitäten wirtschaftlich zusammen gehören. Hier muss ebenfalls nach der Verkehrsauffassung ermittelt werden, auf welcher Aktivität das Schwergewicht liegt.<sup>340</sup>

Über die Kriterien, die nach der Verkehrsauffassung heranzuziehen sind, besteht mangels gesetzlicher Anhaltspunkte ebenso Streit wie über die Frage, wie das Schwergewicht innerhalb eines Leistungsbündels zu ermitteln und was eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung sein soll. Die funktionale Betrachtungsweise, die zwar von BFH<sup>341</sup> und Finanzverwaltung<sup>342</sup> einheitlich anerkannt ist und auch angewendet wird, aber im Grunde keinerlei normative Anknüpfung erfahren hat, krankt schon im Ausgangspunkt an einer Konturlosigkeit, wie sie im deutschen Steuerrecht selten ist. Dies zeigt schon der (untaugliche) Versuch, der funktionalen Betrachtungsweise durch ähnlich schwammige Begriffe wie Haupt- und Nebenleistungen, untergeordnete Tätigkeiten oder „Leistungen eines einheitlichen Entstehungsgrundes“ oder Nebentätigkeiten ein Gesicht zu verleihen.<sup>343</sup>

Sollte die Nichtzulassungsbeschwerde im Verfahren I B 65/15 erfolgreich sein, so wird der BFH nach längerer Zeit wieder die Gelegenheit haben,

---

<sup>339</sup> Mutter, IStR 2006, 262 f. m.w.N.

<sup>340</sup> Tz. 8.0.2 AEASTG.

<sup>341</sup> BFH v. 16.5.1990, I R 16/88, BStBl. II 1990, 1049 ff.

<sup>342</sup> Tz. 8.0.2. AEASTG..

<sup>343</sup> Erläuterungen bei Reiche in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 13 ff.

die Grundsätze der funktionalen Betrachtungsweise in extenso zu untersuchen und jedenfalls im Hinblick auf konzerninterne Darlehensvergaben und Finanzdienstleistungen näher zu konkretisieren.<sup>344</sup>

ggg. Reichweite der Mitwirkungstatbestände

Der Hinzurechnungsbesteuerung liegt vor dem Hintergrund des Missbrauchs die Überlegung zugrunde, dass insbesondere dann ein Missbrauch gegeben sein soll, wenn ein im Inland ansässiger Steuerpflichtiger an der Einkunftszielung der Zwischengesellschaft beteiligt ist. Diese Konstellation, die unter dem Stichwort „schädliche Mitwirkung“ diskutiert wird, ist in verschiedenen Tatbeständen des § 8 Abs. 1 AStG in unterschiedlicher Ausprägung enthalten.

Bereits ein passives Tätigwerden i.S.e. Geschäftsabschlusses mit der Zwischengesellschaft kann ausreichend sein (etwa in § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG), im Übrigen aber erfordert die schädliche Mitwirkung, die darüber hinaus in § 8 Abs. 1 Nr. 4 lit. a) und b), Nr. 5 lit. b) sowie Nr. 6 lit. a) und c) enthalten ist und die in Nr. 5 lit. a) in Form des „sich Bedienen“ und in Nr. 7 in Form der Darlehensvergabe in sehr speziellem Zusammenhang normiert ist, ein aktives Tun des Steuerinländers oder zum Teil auch einer ihm nahestehenden Person. Wie sich beispielsweise an § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG anschaulich zeigt, wird aber i.d.R. einschränkend vorausgesetzt, dass der Mitwirkende mit seinen Einkünften aus der Mitwirkung im Inland steuerpflichtig ist. Plakativ lässt sich im Einklang mit der o.g. Ratio der Hinzurechnungsbesteuerung sagen: Nur die Mitwirkung aus dem Ausland heraus ist nicht schädlich! Im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG ist darüber hinaus sogar die Mitwirkung aus dem Inland heraus möglich, was durchaus als überraschend bezeichnet werden kann.

Allen Mitwirkungstatbeständen ist gemein, dass sie nicht konkret genug gefasst sind. Definitionen der Mitwirkung oder des „sich Bedienen“ lässt das Gesetz vermissen, und auch die Ausführungen im AEASTG hierzu sind freischaffender Natur (dazu bereits oben). Gesetzliche Anhaltspunkte gibt es nämlich keine. Dies führt in der Anwendungspraxis zu erheblichen Problemen; Steuerpflichtige (wegen eines möglichen Strafverfahrens) und Berater (wegen ihrer Versicherung) sind gleichermaßen beunruhigt. Klare Empfehlungen bergen ein klares Risiko, zumal es keinerlei Rechtsprechung

---

<sup>344</sup> Vorgehend FG München v. 27.4.2015, 7 K 2819/12, EFG 2015, 1344 ff.

gibt, weshalb dieser gesamte Bereich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit reformiert gehört.

Insbesondere sollte de lege ferenda klargestellt werden, dass die Ausübung von Geschäftsleitungstätigkeiten (insbesondere durch gesellschaftsrechtlich im In- oder Ausland vorgeschriebene Organe), die Ausübung von Gesellschafterrechten sowie die Entsendung von Mitarbeitern<sup>345</sup> und das Tätigwerden dieser Mitarbeiter für Rechnung der Zwischengesellschaft grundsätzlich keine schädliche Mitwirkung begründen. Zudem sollte klargestellt werden, dass Hilfs- und Nebentätigkeiten, selbst wenn sie von Steuerinländern ausgeführt werden, nicht zu einer schädlichen Mitwirkung führen (hier bleibt indes die Definitionsproblematik). Dies sind die vier in der Praxis wichtigsten Anwendungsfälle, in denen gegenwärtig zumindest potenziell die schädliche Mitwirkung droht. Im Gegenzug mag man erwägen, dem Steuerpflichtigen bestimmte Dokumentationspflichten aufzugeben, um das Risiko einer missbräuchlichen Verlagerung von Besteuerungssubstrat vollends auszuschließen.

bb. Ausgewählte Einkunftstatbestände des § 8 Abs. 1 AStG

aaa. § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG

Kreditinstitute fallen unter § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG, Finanzinstitute unter Nr. 7 der Vorschrift. Der Begriff des Kreditinstituts orientiert sich nach m.E. zutreffender Auffassung der Finanzverwaltung an § 1 KWG<sup>346</sup>, was aber Folgeprobleme nach sich zieht. Kreditinstitute sind danach Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dass ein solcher Geschäftsbetrieb tatsächlich unterhalten wird, setzt das KWG indes nicht voraus, wohl aber § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG, um aktive Einkünfte zu erlangen. Diese Disparität sollte bei einer Gesetzesneufassung beseitigt werden.

Ebenso hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Definition der Bankgeschäfte in § 1 Abs. 1 S. 2 KWG zu eng gefasst ist, weil sie auf den Umfang der bankenrechtlichen Kontrolle abzielt.<sup>347</sup> Erfasst werden sollten daher alle Tätigkeiten, die eine Bank üblicherweise ausführt, selbst wenn sie nicht aus-

---

<sup>345</sup> Dazu ausführlich *Stahl*, ISR 2016, 229 ff.

<sup>346</sup> Tz. 8.1.3.1 AEASTG. Zum Begriff des Kreditinstituts in diesem Zusammenhang *Kraft/Nitzschke*, IStR 2013, 427 ff.

<sup>347</sup> So *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, § 8 AStG Rdn. 32.

drücklich oder nicht in dieser Weise im KWG genannt sind. Erforderlich ist eine spezifisch an der Hinzurechnungsbesteuerung orientierte, teleologische Erweiterung des Begriffs der Bankgeschäfte<sup>348</sup> und darüber hinaus eine Interpretation vor dem Hintergrund des deutschen Verständnisses.<sup>349</sup>

Passiv werden Bank- oder Versicherungsgeschäfte, wenn sie überwiegend mit in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen getätigt werden, die an der Zwischengesellschaft i.S.d. § 7 AStG beteiligt sind. In diesem Zusammenhang sind sowohl die Frage umstritten, ob das Kreditinstitut oder das Versicherungsunternehmen nur als Anbieter oder auch als Nachfrager am Kapitalmarkt auftreten kann, als auch die Kriterien unklar, wie die von der Finanzverwaltung zutreffend angesetzte 50-%-Grenze<sup>350</sup>, die das Tatbestandsmerkmal des „Überwiegens“ deutlich machen soll, zu bemessen ist.<sup>351</sup>

bbb. § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG

Über die oben bereits dargestellten Probleme der schädlichen Mitwirkung hinaus stellt sich sowohl beim Handels- als auch beim Dienstleistungstatbestand die Frage, warum die Lieferungs- und Leistungsbeziehungen zwischen der Zwischengesellschaft und dem unbeschränkt Steuerpflichtigen (oder einer diesem nahe stehenden Person), was in der Praxis vielfach konzerninterne Lieferungs- und Leistungsbeziehungen bedeutet, per se unter dem Generalverdacht missbräuchlichen Verhaltens stehen.

Im Fall des § 8 Abs. 1 Nr. 4 AStG und des § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) AStG kann sich der Steuerpflichtige zwar exkulpieren, sofern er einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb ohne schädliche Mitwirkung des Steuerinländers unterhält, im Fall des § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) AStG hingegen führt der Generalverdacht ohne weiteres zur Hinzurechnungsbesteuerung. Dabei sollten richtigerweise auch konzerninterne Lieferungs- und Leistungsbeziehungen generell und ohne weitere Nachweispflichten für den Steuerpflichtigen unkritisch sein, sofern nur der Fremdvergleichsgrundsatz (ggf. nach

---

<sup>348</sup> Siehe dazu bereits FG Baden-Württemberg v. 27.7.1995, EFG 1996, 350 ff.; ebenso *Kraft/Nitschke*, IStR 2003, 426, 430.

<sup>349</sup> FG Baden-Württemberg v. 27.7.1995, EFG 1996, 350 ff.; a.A. *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 90 f.

<sup>350</sup> Tz. 8.1.3.5 AEASTG.

<sup>351</sup> Vorschläge dazu bei *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, § 8 AStG Rdn. 37 f.

Korrektur durch § 1 AStG<sup>352</sup>) beachtet wird, zumal auch das Kriterium des kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetriebs kaum rechtssicher zu handhaben ist. Gegenwärtig wird jedoch auch ein angemessener Gewinn einer Zwischengesellschaft über die Hinzurechnungsbesteuerung abgeschöpft.

ccc. § 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG

Anhand des § 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG treten die Unzulänglichkeiten eines Aktivitätskatalogs (statt eines Passivitätskatalogs) in besonderer Weise zutage: Zwar führen die lit. a)–c) der Norm im Grundsatz zu aktiven Einkünften, jedoch sind die in den einzelnen Tatbeständen genannten Voraussetzungen derart streng, dass sich die eigentliche Zielsetzung der Vorschrift in der Praxis in ihr Gegenteil verkehrt und regelmäßig zu passiven Einkünften führt.

Geradezu paradox mutet § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. b) AStG an. Zum einen wird dort, wie bereits oben ausgeführt, die Besteuerung im Inland vom Bestehen oder Nicht-Bestehen eines DBA abhängig gemacht, worauf der Steuerpflichtige keinen Einfluss hat. Zum anderen aber führt die Vorschrift das Ziel der Hinzurechnungsbesteuerung ad absurdum, sofern die Zwischengesellschaft aufgrund der Belegenheit einer Immobilie im Inland beschränkt steuerpflichtig ist (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) oder Nr. 6 EStG): Der Hinzurechnungsbesteuerung steht die beschränkte Steuerpflicht der Zwischengesellschaft nicht entgegen, und das BMF spricht sich ausdrücklich für die konsequente Durchführung der Vorschriften über die beschränkte Steuerpflicht auch in diesem Rahmen aus.<sup>353</sup>

Da bei inländischem Immobilienbesitz häufig keine Gewerbesteuer anfällt (entweder bei originär vermögensverwaltenden Tätigkeiten oder aufgrund der gewerbesteuerlichen Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG), sind inländische Immobilieneinkünfte, die nur der Körperschaftsteuer unterliegen, nach

---

<sup>352</sup> Nach gegenwärtigem Recht allerdings ist § 1 AStG auf die Ermittlung der Einkünfte der Zwischengesellschaft nicht anzuwenden, vgl. Tz. 10.1.1.1 AEASTG unter Verweis auf die BFH-Rechtsprechung, u.a. BFH v. 19.3.2002, I R 4/01, BStBl. II 2002, 644 ff. Dies sollte auch nach der Änderung des § 1 Abs. 1 S. 3 AStG weiter Bestand haben, vgl. *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, § 10 AStG Rdn. 69.

<sup>353</sup> Tz. 7.0.2 AEASTG.

der Wertung des § 8 Abs. 3 AStG eindeutig niedrig besteuert.<sup>354</sup> § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. b) AStG hilft dem Steuerpflichtigen auch nicht, weil sich die Norm an Deutschland als Ansässigkeits- und nicht als Quellenstaat richtet. Zudem lässt sich in diesem Zusammenhang gewiss nicht davon sprechen, dass die fraglichen Einkünfte einer unzureichenden steuerlichen Vorbelastung unterliegen, weil Deutschland sich nach seinem nationalen Recht bei vermögensverwaltenden Tätigkeiten für eine Besteuerung nur mit dem Körperschaftsteuersatz entschieden hat.

Dieses Paradebeispiel sollte Anlass genug sein, die beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte einer Zwischengesellschaft grundsätzlich nicht der Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwerfen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des § 7 S. 7 ff. GewStG, wonach der Hinzurechnungsbetrag (auch bei inländischen vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften) der Gewerbesteuer unterliegen soll, was insbesondere bei beschränkt steuerpflichtigen Einkünften nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) oder Nr. 6 EStG ansonsten nicht der Fall ist. Dies unterläuft daher jedenfalls in Fällen der beschränkten Steuerpflicht die Wertungen des Rechts der Hinzurechnungsbesteuerung in eklatanter Weise.

ddd. § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG

Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG sind so restriktiv, dass sie in der Praxis im Grunde kaum zu erfüllen sind. Dies gilt einerseits für die materiellen Voraussetzungen, andererseits aber auch für die Nachweispflicht des Steuerpflichtigen, mit der der gesamte Tatbestand überschattet wird. Unklar ist immer noch, wann eine Aufnahme von Kapital auf ausländischen Kapitalmärkten gegeben ist, und gerade in diesem zentralen Punkt geht die Finanzverwaltung in ihren Forderungen weit über den Gesetzestext hinaus: Erstens stellt sie auf die Herkunft der Mittel ab, zweitens hält sie auch die mittelbare Aufnahme am inländischen Kapitalmarkt für nicht tatbestandsmäßig und drittens fordert sie, dass die Zwischengesellschaft selbst auf dem ausländischen Kapitalmarkt tätig werden muss.<sup>355</sup> Eine konzerninterne Aufnahme von Kapital, für die oftmals eine Notwendigkeit besteht und die einen

---

<sup>354</sup> Dazu im Einzelnen *Kraft/Mauch*, IWB Nr. 5 v. 17.3.2017, 175, 188 ff.; zu weiteren Konzeptionsmängeln der Hinzurechnungsbesteuerung in Bezug auf Immobilieninvestments *Kraft/Schmidt*, PISStB 2011, 14 ff.

<sup>355</sup> Tz. 8.1.7.2 AEASStG.

ganz gewöhnlichen Vorgang des Wirtschaftslebens darstellt, wird damit faktisch fast unmöglich.<sup>356</sup>

eee. § 8 Abs. 1 Nr. 9 und 10 AStG

Die Vorschriften des § 8 Abs. 1 Nr. 9 und 10 AStG stellen sich in der Praxis als eine massive Umwandlungssperre dar.<sup>357</sup> Dies gilt insbesondere für Umwandlungen in Drittstaaten,<sup>358</sup> und dies nicht nur auf der Ebene der Zwischengesellschaft selbst, sondern insbesondere in tiefergestuften Konzernen. Dies sollte steuerpolitisch konzeptionell überdacht werden, weil hierfür auch unter Missbrauchsgesichtspunkten kein Bedürfnis besteht, solange die laufenden Einkünfte der obersten ausländischen Unternehmenseinheit im Grundsatz der Kontrolle der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen.

#### **d. Vorgaben der ATAD I**

aa. Allgemeines

Regelungen zu den in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünften sind in Art. 7 Abs. 2 ATAD I enthalten. Systematisch wird die Passivität dieser Einkünfte jedoch erst geprüft, wenn ein ausländisches beherrschtes Unternehmen insgesamt niedrig besteuert ist (Art. 7 Abs. 1 ATAD I). Kompliziert wird die Regelung dadurch, dass die Vorschrift zwei Systeme zur Erfassung der in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte bereitstellt. Nach Abs. 12 der Erwägungsgründe sowie nach dem Wortlaut („oder“) besteht zwischen diesen Systemen ein alternatives Verhältnis, und im Hinblick auf die geforderte richtlinienkonforme

---

<sup>356</sup> So bereits *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage, § 8 AStG Rdn. 76.

<sup>357</sup> Dazu statt vieler *Kraft/Seydewitz*, RIW 2016, 261 ff.; *Kraft/Trennheuser*, IStR 2013, 42 ff.; *Schnitger*, IStR 2010, 265 ff.; *Becker/Loose*, IStR 2010, 383 ff.; *Kamphaus/Weihmann*, Ubg 2009, 502 ff.; umfassend insbesondere *Förster/Schmidtman*, Umwandlungshindernis Hinzurechnungsbesteuerung? – Verbleibende Anwendungsfälle und Zweifelsfragen der Hinzurechnungsbesteuerung bei Umwandlungen nach SEStEG, Cadbury Schweppes und JStG 2008 –, in: Brähler/Lösel (Hrsg.), Das deutsche und internationale Steuerrecht: Gegenwart und Zukunft, Festschrift für Christian Djanani zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 2008, 55 ff.; ebenso *Rödel*, Ausländische Umwandlungen und Hinzurechnungsbesteuerung: Analyse unter Besonderer Berücksichtigung allgemeiner Regelungen zur Einkünftequalifikation, Wiesbaden 2006.

<sup>358</sup> Speziell dazu statt vieler *Holle/Keilhoff*, IStR 2017, 245 ff.

Umsetzung ist folglich auch nur auf das jeweils gewählte System abzustellen.

#### bb. Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I

##### aaa. Passivkatalog

Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I stellt einen Passivkatalog der in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte auf. Die dort nicht genannten Einkünfte unterliegen damit per se nicht der Hinzurechnungsbesteuerung. Auffällig ist, dass nur die nicht ausgeschütteten Einkünfte eines ausländischen beherrschten Unternehmens hinzugerechnet werden.

Im Einzelnen gehören zu den passiven Einkünften:

- Zinsen oder sonstige Einkünfte aus Finanzanlagevermögen (i);
- Lizenzgebühren oder sonstige Einkünfte aus Finanzanlagevermögen (ii);
- Dividenden und Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen (iii);
- Einkünfte aus Finanzierungsleasing (iv);
- Einkünfte aus Tätigkeiten von Versicherungen und Banken und aus anderen finanziellen Tätigkeiten (v);
- Einkünfte von Abrechnungsunternehmen, die Einkünfte aus dem Verkauf von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen erzielen, die von verbundenen Unternehmen i.S.d. Art. 2 Abs. 4 ATAD I erworben oder an diese verkauft werden, und keinen oder nur geringen wirtschaftlichen Mehrwert bringen (vi).

##### bbb. De-Minimis-Regelung

Für den Fall der nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie bestimmten passiven Einkünfte sieht Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen von der Hinzurechnungsbesteuerung Abstand zu nehmen. Für das deutsche Recht beinhaltet § 9 AStG eine solche Möglichkeit, wenn sie auch systematisch anders und restriktiver gestaltet ist.

Art. 7 Abs. 3 S. 1 ATAD I besagt, dass sich ein Mitgliedstaat dafür entscheiden kann, ein Unternehmen oder eine Betriebsstätte nicht als beherrschtes ausländisches Unternehmen nach Art. 7 Abs. 1 zu behandeln, wenn ein Drittel oder weniger der Einkünfte dieses Unternehmens oder dieser Betriebs-

stätte in eine der Kategorien des Art. 7 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie fällt. Damit ist der Katalog der passiven Einkünfte angesprochen.

Art. 7 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie ergänzt eine spezifische De-Minimis-Regelung für Finanzunternehmen. Liegt ein solches Finanzunternehmen – definiert in Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie – vor, so kann sich ein Mitgliedstaat dafür entscheiden kann, ein Finanzunternehmen nicht als beherrschtes ausländisches Unternehmen nach Art. 7 Abs. 1 zu behandeln, wenn ein Drittel oder weniger der Einkünfte dieses Unternehmens aus den Kategorien des Art. 7 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie aus den Transaktionen mit dem Steuerpflichtigen oder seinen verbundenen Unternehmen stammt.

cc. Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I

aaa. Principle Purpose Test

Alternativ zu dem Vorstehenden können die Mitgliedstaaten die Hinzurechnungsbesteuerung davon abhängig machen, ob der Tatbestand eines sog. Principle Purpose Tests erfüllt ist. Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I bestimmt entsprechend, dass die Hinzurechnungsbesteuerung vorzunehmen ist, wenn die nicht ausgeschütteten Einkünfte des beherrschten ausländischen Unternehmens oder der Betriebsstätte aus unangemessenen Gestaltungen stammen, sofern deren wesentlicher Zweck darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen.

S. 2 der Norm präzisiert dahingehend, dass eine Gestaltung oder eine Abfolge von Gestaltungen ohne Möglichkeit eines über die im Normtext selbst angelegte Exkulpationsmöglichkeit hinausgehenden Gegenbeweises dann als unangemessen gilt, sofern das Unternehmen oder die Betriebsstätte nicht selbst Eigentümer der Vermögenswerte wäre oder die Risiken, aus denen die gesamten Einkünfte oder Teile davon erzielt werden, nicht eingegangen wäre, wenn es nicht von einer Gesellschaft beherrscht würde, deren Entscheidungsträger die für diese Vermögenswerte und Risiken relevanten Aufgaben ausführen, die für die Erzielung der Einkünfte des beherrschten Unternehmens ausschlaggebend sind.

Trotz dieser Legaldefinition einer unangemessenen Gestaltung ist der Principle Purpose Test in praxi kaum durchführbar. Insbesondere das Hinwegdenken der Einflussnahme des beherrschenden Gesellschafters ist realitätsfern. Da fällt kaum noch ins Gewicht, dass hier plötzlich von einer „beherrschenden Gesellschaft“ die Rede ist, obwohl die Art. 1, 7 und 8 der Richtlinie sich

im Übrigen durchgehend auf „Steuerpflichtige“ und „Unternehmen“ beziehen.

Im Zentrum der Norm steht indes die Voraussetzung, dass die Entscheidungsträger der beherrschenden Gesellschaft nicht die für die Vermögenswerte und Risiken relevanten Aufgaben der beherrschten Gesellschaft ausführen dürfen. Dies muss vielmehrdurch die beherrschte Gesellschaft selbst bzw. deren Angestellte oder Entscheidungsträger erfolgen, anderenfalls kommt es zur Hinzurechnungsbesteuerung. Dadurch wird der in der Richtlinie vorgesehene Substanztest des Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 2 ATAD I, auf den unten noch zurückzukommen sein wird, spezifisch für Zwecke der Alternative des lit. b) ersetzt.

Das Abstellen auf die Personalfunktionen führt allerdings zu einer durchaus bemerkenswerten, der Intention der Hinzurechnungsbesteuerung zuwiderlaufenden Wechselwirkung mit dem in § 1 AStG niedergelegten AOA im Falle ausländischer beherrschter Betriebsstätten: Sind beispielsweise die Entscheidungsträger eines inländischen beherrschenden Unternehmens signifikant für eine ausländische beherrschte Betriebsstätte tätig, so wird der Löwenanteil des Gewinns wegen § 1 Abs. 5 S. 3 Nr. 1 AStG schon aus diesem Grund dem inländischen Stammhaus zuzuordnen sein. Nur der in der Betriebsstätte verbleibende, niedrige Residualgewinn wird dann über die Hinzurechnungsbesteuerung abgeschöpft, während bei einer hohen Wertschöpfung in der Betriebsstätte und entsprechender Unterlegung mit personellen Ressourcen die Hinzurechnungsbesteuerung gesperrt wird.

Dass dies nicht sachgerecht und paradox ist, liegt auf der Hand. Es ist aber die logische Konsequenz, wenn für die Hinzurechnungsbesteuerung bzw. deren Vermeidung plötzlich Anknüpfungspunkte gewählt werden, die jedenfalls historisch bis dato keine Rolle spielten: In Deutschland beispielsweise unterscheidet der Katalog des § 8 Abs. 1 AStG in erster Linie nach originären Tätigkeiten der Zwischengesellschaft und erst in zweiter Linie und dann auch nur bei ausgewählten Tatbeständen nach der persönlichen Mitwirkung des beherrschenden Steuerinländers. Die Heranziehung allein der Entscheidungsträger des beherrschenden Gesellschafters passt hierzu systematisch nicht.

#### bbb. De-Minimis-Regelung

Sofern sich ein Mitgliedstaat für die Anwendung des Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I entscheidet, kann dieser Mitgliedstaat nach Abs. 4 der Norm

Unternehmen oder Betriebsstätten vom Anwendungsbereich des Abs. 2 lit. b) ausnehmen, wenn (a) deren Buchgewinne 750 TEUR oder deren nicht kommerzielle Einkünfte 75 TEUR nicht übersteigen oder wenn (b) deren Buchgewinne nicht mehr als 10 % ihrer betrieblichen Aufwendungen für den Steuerzeitraum i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie ausmachen. S. 2 der Bestimmung präzisiert dahingehend, dass für Zwecke der zweiten Alternative (b) die betrieblichen Aufwendungen weder die Kosten der Waren, die außerhalb des Landes verkauft werden, in dem das Unternehmen oder die Betriebsstätte für steuerliche Zwecke ansässig bzw. belegen ist, noch Zahlungen an verbundene Unternehmen einschließen dürfen.

Die Regelung wirft mehr Fragen auf, als sie löst. Was etwa sollen „nicht kommerzielle Einkünfte“ sein? Erstens handelt es sich um eine schlechte Übersetzung des Originaltextes („non-trading income“), und zweitens bleibt ungewiss, ob damit originäre, tatsächliche Tätigkeiten oder die Einordnung in Einkunftsarten nach den Kategorien des Ansässigkeitsstaats des Steuerpflichtigen oder des beherrschten Unternehmens gemeint sind. Positiv ist zwar zu bewerten, dass die Richtlinie eine alternative Anknüpfung im Bereich der De-Minimus-Regeln vorsieht – § 9 AStG hingegen verknüpft die beiden dort genannten Grenzen (einmal absolut, einmal relativ). Der Telos des Art. 7 Abs. 4, insbesondere von dessen lit. b), verbleibt jedoch im Ungefahren: Weder besonders hoch vergütete Tätigkeiten (weil mit viel Funktion und Risiko ausgestattet und daher unter Art. 7 Abs. 2 S. 2 ATAD I fallend) noch relativ funktions- und risikoarme Tätigkeiten (weil unter Art. 7 Abs. 4 lit. b) fallend) sind tendenziell im Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung verortet. Der Sinn eines solchen Regelungsgefüges erschließt sich jedenfalls nicht unmittelbar.

#### **e. Bewertung**

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage fällt abgesehen von der oben bereits angesprochenen, nachrangig zur prüfenden Voraussetzung der passiven Einkünfte unmittelbar ins Auge, dass der systematische Ansatz ein gänzlich anderer ist: Einerseits ist im Gegensatz zum Aktivkatalog in § 8 Abs. 1 AStG in Art. 7 Abs. 2 ATAD I ein Passivkatalog verankert (und dies auch ohne komplizierte Ausnahmen und Rückausnahmen), andererseits qualifizieren nur solche Einkünfte eines ausländischen beherrschten Unternehmens als in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehende Einkünfte, die nicht ausgeschüttet worden sind, während das Ausschüttungsverhalten nach deutschem Recht keinen Einfluss auf die Hinzurechnungsbesteuerung hat. Letz-

teres erfüllt jedenfalls das Mindestschutzniveau des Art. 3 ATAD I, könnte aber auch auf deren Niveau angepasst werden.

Was nun den Passivkatalog anbelangt, so hat dieser gegenüber dem Aktivkatalog des § 8 Abs. 1 AStG den bestechenden Vorteil der Klarheit. Zwingender Änderungsbedarf für das deutsche Recht besteht dennoch nicht: Das gemeinschaftsrechtliche Umsetzungserfordernis in Bezug auf das sekundärrechtliche Regelungswerk erfordert keine wörtliche Implementierung der Richtlinie in das nationale Recht der Mitgliedstaaten, sondern lediglich eine sachliche, eine inhaltliche Implementierung. Die konzeptionelle Ausrichtung des deutschen Rechts könnte daher beibehalten werden, auch wenn dies aus Gründen der Anwendungsfreundlichkeit und vor dem hehren Ziel der trennscharfen Abgrenzung der einzelnen passiven Einkünfte nicht ratsam ist.

Im Einzelnen nötigt der Katalog des Art. 7 Abs. 2 S. 1 ATAD I allerdings durchaus zu einigen Änderungen in Bezug auf § 8 Abs. 1 AStG:

- Art. 7 Abs. 2 lit. a) i): Zinsen, die bislang unter den in § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG genannten Voraussetzungen (Aufnahme und darlehensweise Vergaben von Kapital am ausländischen Kapitalmarkt) als aktive Einkünfte qualifizierten, werden nun ohne Ausnahme passiv. Umgekehrt bewirkt die explizite Bezugnahme auf „Finanzanlagevermögen“, dass Erträge aus kurzfristigen Kapitalanlagen nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterfallen. Eine Sonderregel für, nach deutscher Lesart, Zwischeneinkünfte aus Kapitalanlagecharakter sieht die ATAD I auch im Passivkatalog nicht vor.
- Art. 7 Abs. 2 lit. a) ii): Lizenzgebühren und sonstige Einkünfte aus geistigem Eigentum, die bislang unter den in § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) AStG genannten Voraussetzungen (Einkünfte aus der Nutzung selbst entwickelter Immaterialgüterrechte) als aktive Einkünfte qualifizierten, werden nun ohne Ausnahme passiv.
- Art. 7 Abs. 2 lit. a) iii): Dividenden, die bislang per se als aktive Einkünfte i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG qualifizierten, werden nun ohne Ausnahme passiv. Das ist insofern konsequent, als die ATAD I keine explizite Regelung über nachgeschaltete Zwischengesellschaften enthält. Zwar erfasst Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie auch mittelbare Beteiligungen, jedoch wird die Hinzurechnungsbesteuerung nur auf nicht ausgeschüttete Einkünfte angewendet. Die Systematik im AStG ist bislang eine andere, wenn auch mit demselben Ergebnis: Ungeachtet einer Ausschüttung wird nach den §§ 7, 14 AStG jede Ebene einer Zwischengesellschaft gesondert betrachtet, so dass die Ausschüttung folgerichtig steuerfrei bleiben muss. Abgesehen

davon aber, dass nach der Richtlinie die passiven Dividendeneinkünfte wegen Art. 8 Abs. 1 in Bezug auf Deutschland unter Berücksichtigung des § 8b KStG zu ermitteln wären, sollte die Technik der Umsetzung auch in diesem Punkt zweitrangig sein, so dass sich isoliert betrachtet aus Art. 7 Abs. 2 lit. a) iii) hinsichtlich der Dividenden kein Anpassungsbedarf ergibt. Sollte man dies anders beurteilen, so müsste zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung auch nur auf nicht ausgeschüttete Einkünfte angewendet werden. Hinsichtlich der in Art. 7 Abs. 2 lit. a) iii) ebenfalls genannten Veräußerungsgewinne ist das Problem ähnlich gelagert: Bislang gilt unter den dort genannten Voraussetzungen § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG, jedoch hat die Vorschrift ohnehin einen engen Anwendungsbereich.

- Art. 7 Abs. 2 lit. a) iv): Überraschend hat explizit das Finanzierungsleasing Eingang in den Passivitätskatalog gefunden. Hier hält sich der Anpassungsbedarf für das deutsche Recht aber in Grenzen, da Einkünfte aus Finanzierungsleasing ohnehin nur unter den engen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG als aktiv anzusehen sind. Aus einem *argumentum e contrario* folgt für die Variante des Operating Leasing die grundsätzlich Aktivität, was eine Besserstellung gegenüber § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. c) AStG bedeutet.
- Art. 7 Abs. 2 lit. a) v): Einkünfte aus Tätigkeiten von Versicherungen und Banken und aus anderen finanziellen Tätigkeiten werden nach der ATAD I einheitlich als passiv qualifiziert. Für Versicherungen und Banken ergibt sich hieraus materiell jedenfalls dann keine Änderung gegenüber der deutschen Rechtslage, wenn die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 S. 2 ATAD I erfüllt sind. Diese sollten sich – branchenspezifisch verstanden – mit den Anforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG an einen aufsichtsrechtlich akzeptierten und kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb decken. Für sonstige unregulierte Unternehmen der Finanzbranche dürfte dieser Nachweis deutlich schwieriger zu führen sein.
- Art. 7 Abs. 2 lit. a) vi): Bemerkenswert ist die Vorschrift über die Einkünfte sog. Abrechnungsunternehmen. Auch diese Wortneuschöpfung ist nicht hilfreich, was ebenso für das englische Original „invoicing companies“ gilt. Sie verstellt auch den Blick für das, was eigentlich gemeint ist, nämlich die Erfassung des konzerninternen Warenverkehrs und von konzerninternen Dienstleistungen. Gegenüber § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG bedeutet dies *prima facie* eine Verschärfung, weil dort immerhin Ausnahmen zugelassen sind und zu aktiven Einkünften führen können. Andererseits: Nach HS 2 des Art. 7 Abs. 2 lit. a) vi) sind nur Abrechnungsunternehmen tatbestands-

mäßig, die keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Mehrwert erbringen. Findet hingegen in dem Abrechnungsunternehmen eine echte Wertschöpfung statt, scheidet die Hinzurechnungsbesteuerung nach der ATAD I aus, während es im deutschen Recht auf das „Sich Bedienen“ bzw. die „schädliche Mitwirkung“ ankommt.

Diese Gesamtschau auf die Regelungen zu den passiven Einkünften nach der ATAD I zeigt, dass jeweils im Wege einer Einzelfallbetrachtung ermittelt werden muss, ob dadurch eine Verbesserung oder Verschlechterung gegenüber dem nationalen Status quo eintritt. Eine pauschale Bewertung ist jedenfalls nicht möglich und verbietet sich daher, es sei denn, bestimmte bisher unter § 8 Abs. 1 AStG fallende Einkünfte sind nunmehr nach der Richtlinie gar nicht mehr erfasst, wie es beispielsweise für steuerfreigestellte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. b) AStG der Fall ist. Für alle übrigen Fälle wird der Substanztest nach Art. 7 Abs. 2 S. 2 ATAD I in der Praxis eine entscheidende Bedeutung haben.

So sehr die Hinzurechnungsbesteuerung durch einen Passivkatalog im Ausgangspunkt auch an Klarheit gewinnen würde: Art. 7 Abs. 2 S. 1 ATAD I ist nicht sehr ausführlich gehalten, und Abgrenzungsfragen stellen sich dennoch. Fallen beispielsweise Einkünfte aus ausländischen Umwandlungen, die in Deutschland nach § 8 Abs. 1 Nr. 10 UmwStG zu behandeln sind, nach der Richtlinie unter Art. 7 Abs. 2 lit. a) iii) in der Variante der Anteilsveräußerung oder sind sie per se als aktiv anzusehen? Freilich steht es Deutschland auch hier frei, wegen Art. 3 ATAD I nach den bisherigen Kriterien über deren Aktivität oder Passivität zu entscheiden.

### **3. Niedrigbesteuerung**

#### **a. Allgemeines**

Eine niedrige Besteuerung liegt nach § 8 Abs. 3 AStG vor, wenn die Einkünfte der ausländischen Gesellschaft einer Belastung durch Ertragsteuern

von weniger als 25 % unterliegen<sup>359</sup>. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist die konkrete Ertragsteuerbelastung durch Gegenüberstellung der nach deutschem Steuerrecht ermittelten Einkünfte (vgl. § 10 Abs. 3 AStG) zu den von der ausländischen Gesellschaft nach ausländischem Steuerrecht zu entrichtenden Steuern zu ermitteln<sup>360</sup>. Demgegenüber vertreten die Rechtsprechung und die wohl überwiegende Kommentarliteratur die Auffassung, es sei die abstrakte Ertragsteuerbelastung maßgeblich, die sich durch Gegenüberstellung der nach dem Recht des ausländischen Staates für die Einkünfte der Gesellschaft vorgesehenen Steuer zu den nach deutschen Gewinnermittlungsvorschriften ermittelten Einkünften ergibt<sup>361</sup>.

Die durch den BFH vorgenommene Auslegung ermöglichte es jedoch, die Vorschrift des § 8 Abs. 3 AStG a.F. so auszulegen, dass es für die Feststellung der ausländischen Steuerbelastung auf die rechtlich geschuldete Steuer ankam. Damit konnte die Hinzurechnungsbesteuerung vermieden werden, wenn die rechtlich geschuldete ausländische Steuer zwar die Belastungsgrenze des § 8 Abs. 3 AStG a.F. überstieg, aber – anders als nach den Vorschriften ausländischen Rechts geschuldet und egal aus welchem Grund – niedriger festgesetzt wurde. Da es nach Auffassung des Gesetzgebers Sinn und Zweck der Regelung war, auf die tatsächlich geschuldete Steuer abzustellen, wurde sie entsprechend angepasst. Durch das JStG 2008 wurde daher gesetzlich klargestellt, dass ferner nach § 8 Abs. 3 Satz 2 AStG [nunmehr

---

<sup>359</sup> Instrukтив zur Niedrigbesteuerung *Kraft*, IStR 2016, 129. In der Literatur ist es umstritten, wie ausländische Organschaftsfälle zu behandeln sind, in denen die Steuerlast von einer anderen Gesellschaft als der Zwischengesellschaft getragen wird. Nach h.M. kommt es nicht darauf an, wer formal der Steuerschuldner ist, sondern dass die ausländische Steuer gezahlt wird, vgl. *Wassermeyer* in *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/ Schönfeld* (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 8 AStG Rdn. 393; a.A. wohl *Röttig/Protzen*, DStR 2002, 241, 243. Tz. 8.3.1.2 AEASTG legt hierzu fest, dass eine ausländische Gesellschaft nicht deshalb als niedrig besteuert anzusehen ist, weil ihre Einkünfte im Rahmen einer Gruppenbesteuerung (z.B. Organschaft; Konsolidierung) bei einer anderen Gesellschaft besteuert werden. Bei Bestehen eines inländischen Organschaftsverhältnisses erfolgt die Hinzurechnung auf der Ebene der Organgesellschaft und sodann wegen § 14 KStG eine Zurechnung des Einkommens zum Organträger. Zu Gruppenbesteuerungssystemen und Hinzurechnungsbesteuerung instruktiv *Seydewitz/Kraft*, BB 2015, 1494.

<sup>360</sup> Tz. 8.3.2.1 Satz 1 AEASTG.

<sup>361</sup> Vgl. BFH v. 9.7.2003, BStBl. II 2004, 4 ff. und die Nachweise bei *Lehfeldt* in *Strunk/Kaminski/Köhler* (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 186; *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 687.

§ 8 Abs. 3 Satz 3 AStG] eine niedrige Besteuerung auch dann vorliegt, wenn Ertragsteuern von mindestens 25 % zwar rechtlich geschuldet, jedoch nicht tatsächlich erhoben werden.

In die Belastungsberechnung sind nach § 8 Abs. 3 Satz 2 AStG Ansprüche einzubeziehen, die der Staat oder das Gebiet der ausländischen Gesellschaft im Fall einer Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft dem unbeschränkt Steuerpflichtigen oder einer anderen Gesellschaft, an der der Steuerpflichtige direkt oder indirekt beteiligt ist, gewährt.<sup>362</sup> Durch diese im Zuge des JStG 2010 eingefügte Neuregelung sollen Gestaltungsmodelle umgangen werden, die auf der Ausnutzung einer formalen Normalbesteuerung der ausländischen Zwischengesellschaft basierten.

Eine niedrige Besteuerung kann auf insgesamt niedrigen Steuersätzen oder einer Vorzugsbesteuerung beruhen. In die vorzunehmende Steuerbelastungsrechnung werden alle Ertragsteuern einbezogen, die der Zwischengesellschaft in dem Staat ihrer Ansässigkeit sowie in Drittstaaten auferlegt werden<sup>363</sup>. Die Steuerbelastungsrechnung ist für jede Einkunftsquelle des § 8 Abs. 1 AStG gesondert vorzunehmen. Eine niedrige Besteuerung liegt nicht vor, wenn die steuerliche Belastung durch einen Ausgleich mit negativen Einkünften aus anderen Quellen reduziert wird, § 8 Abs. 3 AStG a.E. Verlustausgleich und Verlustabzug allein führen daher richtigerweise nicht zu einer niedrigen Besteuerung<sup>364</sup>.

## **b. Wesentliche Kritikpunkte**

### **aa. Konzeptionell fragwürdige Niedrigsteuergrenze**

Die 25-%-Grenze sollte überdacht und ggf. nachjustiert werden. Erstens sind aufgrund der internationalen Entwicklung der letzten Jahre immer mehr Staaten dazu übergegangen, ihre Körperschaftsteuersätze zu senken. Aus diesem Grund ist eine ganze Reihe von Staaten in die Zone der Niedrigbesteuerung geraten, obwohl sie in keiner Weise im Verdacht stehen, als Steueroase zu

---

<sup>362</sup> Vgl. auch die korrespondierende Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 AStG n.F. für die Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags.

<sup>363</sup> Tz. 8.3.1.1 AEASTG.

<sup>364</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann die für die Vermeidung der Hinzurechnungsbesteuerung erforderliche Belastungsquote nicht durch freiwillige Steuerzahlungen erhöht werden, vgl. BMF-Schreiben vom 19.3.2001, Az.: IV B 4 – S 1300 – 65/01, BStBl. I 2001, 243 ff.

gelten (künftig beispielsweise auch die USA, wenn die Trump'schen Steuerreformen Wirklichkeit werden sollten). Zweitens ist auch historisch zu belegen, dass die Niedrigsteuergrenze konzeptionell stets allein am Körperschaftsteuersatz orientiert war (unter Außerachtlassung der Gewerbesteuer), und drittens geht es der Norm des § 8 Abs. 3 AStG im Ausgangspunkt darum, eine ausreichende steuerliche Vorbelastung der Zwischeneinkünfte sicherzustellen. Sofern aber die Zwischengesellschaft inländische Einkünfte i.S.d. § 49 EStG erzielt, qualifiziert auch Deutschland selbst als Niedrigsteuerland, was konzeptionell zumindest fragwürdig ist.

#### bb. Effektive Steuerbelastung

§ 8 Abs. 3 AStG stellt auf die effektive Steuerbelastung ab, obwohl dies im Wortlaut der Norm in dieser Weise nicht richtig zum Ausdruck kommt. Das Erfordernis ergibt sich aber daraus, dass die im Ausland gezahlte Steuer nach Auffassung der Finanzverwaltung ins Verhältnis zur nach deutschen Gewinnermittlungsvorschriften ermittelten Steuerbemessungsgrundlage zu setzen ist.<sup>365</sup> Dies steht in gewissem Widerspruch zu § 10 Abs. 3 S. 1 AStG, der die Anwendung des deutschen Steuerrechts zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage der Zwischengesellschaft anordnet und damit insinuiert, die Hinzurechnungsbesteuerung könne unabhängig vom ausländischen Steuerrecht angewendet werden.

Letztlich führt aber § 8 Abs. 3 AStG doch dazu, dass die zutreffende Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung die Kenntnis bzw. Ermittlung des ausländischen Rechts erfordert, weil etwa Verrechnungsmöglichkeiten, Subventionen, Steuerbefreiungen, steuerliche Vergünstigungen, Sonderwirtschaftszonen, bestimmte Abschreibungsregeln oder steuerliche Präferenzregime trotz eines nominellen Steuersatzes oberhalb von 25 % eine Niedrigbesteuerung herbeiführen können, sofern diese endgültigen und nicht nur einen temporären Effekt entfalten.<sup>366</sup> Dies verlangt dem Steuerpflichtigen, der rechtssicher über Eintritt oder Vermeidung der Hinzurechnungsbesteuerung Gewissheit erlangen möchte, Unmögliches ab, und führt auch bei Beratern und Finanzverwaltung zu einem hohen administrativen Aufwand und letztlich hohen Transaktionskosten.

---

<sup>365</sup> Tz. 8.3.2.1 und 10.1.1.1 AEASTG.

<sup>366</sup> Zu diesem Erfordernis *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, § 8 AStG Rdn. 186 f.

Eine nominelle Steuersatzgrenze ist demgegenüber leichter zu handhaben. Sie ist zwar im Grundsatz auch gestaltungsanfälliger, jedoch muss gesehen werden, dass der Steuerpflichtige sich lediglich die im ausländischen Steuerrecht auf die Zwischengesellschaft anwendbaren Steuerregeln zunutze macht. Mit Missbrauch im Hinblick auf Substanz hat dies nichts zu tun, und die Anwendungspraxis zeigt, dass es gemessen an der Vielzahl der der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegenden Fallgestaltungen nur wenige Fälle sind, in denen sich die effektive Steuerbelastung durch kreative Steuergestaltung des Steuerpflichtigen nennenswert vom nominellen Steuersatz entfernt.

Das Problem der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für Zwecke der Niedrigbesteuerung<sup>367</sup> wird besonders virulent, wenn die Zwischengesellschaft nicht nur passive, sondern gleichzeitig auch aktive Einkünfte erzielt. Die von der ausländischen Gesellschaft tatsächlich gezahlte Steuer ist in diesem Fall auf die aktiven und passiven Einkünfte aufzuteilen, wobei die Finanzverwaltung eine anteilige Aufteilung vornimmt, sofern keine besonderen Steuersätze für einzelne Einkunfts-kategorien i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG Anwendung finden. Im letztgenannten Fall hingegen soll eine direkt Zurechnung erfolgen.<sup>368</sup>

Der ausländische Steuersatz wird damit nach Auffassung der Finanzverwaltung im Falle gemischter Tätigkeiten anders ermittelt als bei einer Zwischengesellschaft mit ausschließlich passiven Einkünften, weshalb i.E. auch die nicht einem besonderen Steuersatz unterliegenden Einkünfte niedrig besteuert werden, wenn man akzeptiert, dass besondere Steuersätze die Durchschnittsbelastung senken. Das erscheint kaum sachgerecht und sollte bei der Gesetzesneufassung überdacht werden. Sinnvoller wäre es, stets eine direkte Zuordnung der auf einem besonderen ausländischen Steuersatz beruhenden Steuerbelastung zu den zugrunde liegenden Einkünften vorzunehmen.<sup>369</sup>

cc. § 8 Abs. 3 S. 2 AStG

§ 8 Abs. 3 S. 2 AStG, der im systematischen Zusammenhang mit § 10 Abs. 1 S. 3 AStG zu lesen ist, sollte primär das in Fn. 4 bereits kurz skizzierte sog.

---

<sup>367</sup> Instrukтив zu diesem Problemkreis *Kraft*, IStR 2016, 276 ff.

<sup>368</sup> Tz. 8.3.3 AEASTG.

<sup>369</sup> So bereits *Pitzal*, Nicht- und Niedrigbesteuerung in Vorschriften des nationalen Außensteuerrechts und des Abkommensrechts, Diss., 2008, 100.

Malta-Modell<sup>370</sup> erfassen, geht aber in ihrem Anwendungsbereich weit darüber hinaus. Nach dieser Vorschrift sind in die Steuerbelastungsrechnung auch solche Ansprüche einzubeziehen, die der Staat oder das Gebiet der Zwischengesellschaft im Fall einer Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft dem unbeschränkt Steuerpflichtigen oder einer anderen Gesellschaft, an der der Steuerpflichtige direkt oder indirekt beteiligt ist, gewährt. Hieran ist zu kritisieren, dass der Gesetzgeber systematisch unzulässig die Ebene des Gesellschafters mit der Ebene der Zwischengesellschaft vermengt.<sup>371</sup>

### c. Vorgaben der ATAD I

Die ATAD I regelt die Niedrigbesteuerung unmittelbar im systematischen Zusammenhang mit der Beherrschungsbeteiligung und den passiven Einkünften in Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b), jedoch gehören allein die Tatbestandsmerkmale „beherrschtes ausländisches Unternehmen“ und „Niedrigbesteuerung“ sachlich zusammen (siehe dazu bereits oben). Eine Niedrigbesteuerung liegt danach vor, wenn die von einem Unternehmen oder einer Betriebsstätte tatsächlich entrichtete Körperschaftsteuer auf dessen bzw. deren Gewinne niedriger ist als die Differenz zwischen der Körperschaftsteuer, die nach der geltenden Körperschaftsteuerregelung im Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen für das Unternehmen oder die Betriebsstätte erhoben worden wäre, und der von dem Unternehmen oder der Betriebsstätte tatsächlich entrichteten Körperschaftsteuer auf dessen bzw. deren Gewinne.

Ergänzend bestimmt S. 2 der Norm, dass für Zwecke dieser Vorschrift die Betriebsstätte eines beherrschten ausländischen Unternehmens, die im Steuergebiet des beherrschten ausländischen Unternehmens nicht der Steuer unterliegt oder dort steuerbefreit ist, nicht berücksichtigt wird. S. 3 der Norm schließlich stellt klar, dass unter der Körperschaftsteuer, die in dem Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen erhoben worden wäre, die Körperschaftsteuer zu verstehen ist, wie sie gemäß den Vorschriften des Mitgliedstaats des Steuerpflichtigen berechnet wird.

Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) ist unnötig kompliziert geraten und verstellt den Blick auf das, was eigentlich gemeint ist und sich erst aus dem Gesamtzusammenhang ergibt: Eine Niedrigbesteuerung ist gegeben, wenn

---

<sup>370</sup> Dazu unter dem Blickwinkel des Unionsrechts *Kollruss*, FR 2016, 448 ff.

<sup>371</sup> Dazu *Eismayr/Linn*, NWB 1/2011, 30 ff.; *Benecke/Schnitger*, IStR 2010, 432 ff.

die im Ausland vom beherrschten Unternehmen i.S.d. Einleitungssatzes des Art. 7 auf dessen Gewinne entrichtete Körperschaftsteuer weniger als 50 % der Steuer beträgt, die im Mitgliedstaat des beherrschenden Steuerpflichtigen angefallen wäre. Angewendet auf Deutschland würde die Niedrigsteuergrenze mit Blick auf § 23 Abs. 1 KStG daher 7,5 % betragen.

Auch Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) wirft diverse Fragen auf. Zum einen stellt die Bestimmung auf sämtliche Gewinne des beherrschten ausländischen Unternehmens ab. Eine Segmentierung in einzelne aktive bzw. passive Einkünfte, wie sie bislang aus dem deutschen Recht bekannt ist, findet nicht statt. Zum anderen wird streng und pauschal auf die von dem beherrschten Unternehmen entrichteten Steuern abgestellt, ohne näher zu untersuchen, wie genau sich die Niedrigbesteuerung ergeben hat.

So kann sich eine solche Niedrigbesteuerung beispielsweise aus einem Verlustabzug oder einem Ausgleich mit Einkünften aus anderen Quellen ergeben und aus isoliert betrachtet hochbesteuerten Einkünfte solche i.S.d. Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) machen. Ob in anderen Staaten als dem Ansässigkeits- oder Belegenheitsstaat des beherrschten Unternehmens ggf. eine weitere Besteuerung vorgenommen wird (etwa bei einem mehrstufigen Beteiligungsverhältnis eine weitere Hinzurechnungsbesteuerung), spielt ebenfalls nach dem Wortlaut der Norm keine Rolle. Systematisch völlig verfehlt ist insbesondere S. 2 der Norm, der ausländische Freistellungsbetriebsstätten aus der Belastungsrechnung ausnimmt. Der Sinn dieser Regelung erschließt sich auch nach mehrmaligem Lesen nicht.

#### **d. Bewertung**

Die Bestimmung der Niedrigbesteuerung in der Richtlinie weicht dogmatisch erheblich von der gegenwärtigen Rechtslage in Deutschland ab. § 8 Abs. 3 AStG legt als Niedrigsteuergrenze eine Besteuerung von 25 % fest, während bei einem Körperschaftsteuersatz von 15 % nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) der Bereich der Niedrigbesteuerung erst bei einer Besteuerung unterhalb von 7,5 % erreicht ist. Da der Schutz der inländischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage gemäß Art. 3 ATAD I höher bzw. wirksamer ist, je höher die Niedrigsteuergrenze angelegt wird, sind die deutschen Regeln bereits derzeit strenger als die Vorgaben der Richtlinie. Änderungsbedarf besteht daher insoweit jedenfalls nicht aufgrund der Richtlinie, auch wenn natürlich zu hoffen bleibt, dass die in § 8 Abs. 3 AStG genannte Grenze

wenigstens auf 15 % herabgesetzt wird, was immer noch strenger als das Mindestschutzniveau der Richtlinie wäre.

Abseits der nominellen Grenze allerdings bedeutet Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) im Einzelfall eine deutliche inhaltliche Verschärfung gegenüber dem deutschen Recht, was die konkrete Berechnung der Niedrigbesteuerung anbelangt. Die fehlende Segmentierung von Einkünften im Hinblick auf die Bemessung der Niedrigbesteuerung bedeutet eine pauschale Betrachtung aller aktiven und passiven Einkünfte des beherrschten ausländischen Unternehmens, während § 8 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 HS 1 AStG lediglich auf die Niedrigbesteuerung passiver Einkünfte abstellt.

Dies kann sich für den Steuerpflichtigen positiv oder negativ auswirken, je nachdem, wie es um das Verhältnis zwischen aktiven und passiven Einkünften bestellt ist und wie diese isoliert betrachtet besteuert würden. Beispielsweise würden nach deutschem Recht – und damit strenger als nach der Richtlinie – passive, isoliert betrachtet niedrig besteuerte Einkünfte stets der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Hieran ändern auch umfangreiche aktive oder passive, jedenfalls aber hochbesteuerte Einkünfte nichts, wenn man von den Besonderheiten einer funktionalen Zuordnung bei untergeordneten Nebenerträgen (siehe dazu Tz. 8.0.2 AEASTG) einmal absieht (zu denen die Richtlinie im Übrigen auch keine Aussagen enthält). Nach der Richtlinie hingegen können daraus insgesamt nicht niedrig besteuerte Einkünfte werden.

Umgekehrt können bei einer Gesamtbetrachtung nach der ATAD I isoliert betrachtet hochbesteuerte, aber für sich genommen passive Einkünfte niedrig besteuert und damit in die Hinzurechnungsbesteuerung einbezogen werden, während nach deutschem Recht die fehlende Niedrigbesteuerung die Hinzurechnungsbesteuerung auch für passive Einkünfte sperrt.

Die ATAD-Richtlinie konterkariert mit diesem System der Gesamtbetrachtung die Grundidee jeder Hinzurechnungsbesteuerung, dass gezielt die Verlagerung passiver Einkünfte (aber eben auch nur solcher Einkünfte!) in das niedrig steuernde Ausland verhindert werden soll. Unter Berufung auf diesen Sinn und Zweck könnte man zwar versucht sein, im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung die deutsche Rechtslage zu halten, jedoch ist dies m.E. zum Scheitern verurteilt: Der Wortlaut und auch der systematische Zusammenhang zwischen § 8 Abs. 1 HS 1 und Abs. 3 S. 1 AStG sieht eine Segmentierung von Einkünften vor, und die Richtlinie unzweifelhaft nicht. Hier verbleibt dem deutschen Gesetzgeber also kein Spielraum.

Ein Gleiches gilt hinsichtlich der den Steuerpflichtigen begünstigenden Regelungen in § 8 Abs. 3 S. 2 AStG und in Tz. 8.3.2.5 und in Tz. 14.1.5 AEASTG. Umgekehrt werden durch die ATAD I allerdings auch die den Steuerpflichtigen belastenden Regelungen (etwa Tz. 8.3.3 AEASTG) zu Fall gebracht, sofern Deutschland sich nicht auf Art. 3 der Richtlinie beruft, so dass über eine Besser- oder Schlechterstellung aufgrund der Richtlinie gegenüber der *lex lata* immer im Einzelfall entscheiden werden muss. Der deutsche Gesetzgeber ist insbesondere in diesem Zusammenhang aufgerufen, maßvolle Regeln zu erlassen, die allein dem genannten Sinn der Hinzurechnungsbesteuerung Rechnung tragen. Dies kann aber vor dem Hintergrund der in Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. b) vergleichsweise klar formulierten Vorgabe in *casu* durchaus auch eine Verschärfung der geltenden Rechtslage bedeuten.

Allerdings fragt sich, wie eigentlich das Mindestschutzniveau i.S.d. Art. 3 ATAD I rechtssicher bestimmen werden soll, wenn dieselbe Regelung (hier die Bestimmung über die Niedrigbesteuerung) im einen Fall eine Besserstellung, im anderen Fall eine Schlechterstellung gegenüber der nationalen Regelung eines Mitgliedstaates bedeuten kann. Ob hier „in dubio pro fisci“ gilt, oder sich der Bestimmtheitsgrundsatz durchsetzt, wird die Zukunft zeigen.

#### **4. Ausnahme: Substanztest**

##### **a. Wesentliche Kritikpunkte**

Die Vorgaben des EuGH in der Rs. *Cadbury Schweppes* an die Möglichkeit der Exkulpation des Steuerpflichtigen hat der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 2 AStG nur unzureichend umgesetzt. Manche Vorgaben sind gar nicht berücksichtigt worden, an anderer Stelle geht der Gesetzgeber zulasten des Steuerpflichtigen deutlich über die Vorgaben hinaus (das betrifft v.a. § 8 Abs. 2 S. 3–5 AStG und insbesondere das BMF-Schreiben vom 8.1.2007,<sup>372</sup> das in der Praxis immer noch angewendet wird). Jedenfalls verbleibt eine Fülle von offenen Fragen, die indes bereits oben unter Punkt II.3. angesprochen worden sind.

---

<sup>372</sup> Az.: IV B 4 – S 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99 ff. und dazu *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 ff.

## **b. Vorgaben der ATAD I**

Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 S. 1 ATAD I sollen nach S. 2 der Norm nicht vorliegen, wenn das beherrschte ausländische Unternehmen, gestützt auf Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten eine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und dies durch relevante Fakten und Umstände nachgewiesen werden kann. Ist die Zwischengesellschaft in einem Drittstaat ansässig, so steht es den Mitgliedstaaten gleichwohl nach S. 3 der Norm frei, die Hinzurechnungsbesteuerung und damit S. 2 der Norm nicht anzuwenden.

Offenkundig wird mit diesem Substanztest die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Cadbury Schweppes* aufgenommen und hinsichtlich der Bezugnahme auf Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten auch präzisiert (siehe ebenso Tz. 67 des Urteils), auch wenn die Wortwahl „wesentliche“ (statt: „wirkliche“ bzw. „tatsächliche“, wie durch den EuGH verwendet) unglücklich ist und die Frage nach einem graduellen Unterschied entstehen lässt. Dass dies stets vor dem Hintergrund des konkreten Geschäftsmodells des beherrschten ausländischen Unternehmens beurteilt werden muss, ergibt sich zwar nicht aus der Richtlinie, sollte aber konsensfähig sein. Für ein Leasingunternehmen mit nur 3 Angestellten und wenigen, umsatzträchtigen Großkontrakten müssen daher keine 500 qm Bürofläche vorgehalten werden, um den Entlastungsbeweis anzutreten.

Für passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I ist bereits oben ausgeführt worden, dass die Prüfung der Personalfunktionen hinsichtlich der Entscheidungsträger des beherrschenden Unternehmens eine dem Art. 7 Abs. 2 S. 2 vergleichbare Funktion erfüllt.

## **c. Bewertung**

Art. 7 Abs. 2 S. 2 ATAD I ist, ungeachtet des etwas abweichenden Wortlauts, materiell im Wesentlichen mit § 8 Abs. 2 AStG vergleichbar und sogar präziser gefasst als diese Vorschrift. Ein für den Steuerpflichtigen nachteiliger Änderungsbedarf ergibt sich aus der Richtlinie nicht. Im Gegenteil gibt S. 3 der Norm – im Einklang mit der Gesetzesbegründung zum AStG (siehe dazu oben unter Punkt II.3.e.) – den Hinweis darauf, dass es die Mitgliedstaaten der EU als möglich ansehen, den Substanztest auch auf Drittstaaten zu erstrecken, zumal die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung auf diese Staaten in der Richtlinie systematisch als Ausnahme von der Regel einzuordnen ist. Wie oben bereits dargelegt, spricht einiges dafür, die Anwendung

der Hinzurechnungsbesteuerung in Bezug auf Drittstaaten als Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit anzusehen.

## VI. Rechtsfolge der Hinzurechnungsbesteuerung

### 1. Allgemeines

Ist eine ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft für bestimmte passive Einkünfte, so sind diese Einkünfte bei den inländischen Gesellschaftern der Zwischengesellschaft (den unbeschränkt Steuerpflichtigen) steuerlich zu erfassen<sup>373</sup>. Zu beachten ist, dass die Hinzurechnung immer nur auf unbeschränkt Steuerpflichtige Anwendung findet. Sie findet weder auf erweitert beschränkt Steuerpflichtige noch auf die den unbeschränkt oder erweitert beschränkt Steuerpflichtigen nahe stehenden Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG Anwendung. Für Steuerpflichtige im Sinne des § 2 AStG gilt vielmehr der Ergänzungstatbestand des § 5 AStG.

Die Hinzurechnung vollzieht sich rechtstechnisch, indem auf Basis der passiven Einkünfte nach § 10 Abs. 1 AStG ein sog. Hinzurechnungsbeitrag bestimmt wird. Dazu werden zunächst die ausländischen Einkünfte, die der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, nach deutschen Gewinnermittlungsvorschriften ermittelt, § 10 Abs. 3 Satz 1 AStG.<sup>374</sup> Die Gewinnermittlung kann durch Betriebsvermögensvergleich oder durch Einnahme-Überschuss-Rechnung erfolgen, vgl. § 10 Abs. 3 Satz 3 AStG. In der Praxis bereits wird im Wege der Anwendung deutschen Rechts in vielen Fällen eine höhere Bemessungsgrundlage ermittelt, als dies nach ausländischem Recht gegeben ist. Auch deshalb ist beispielsweise die Anwendung von § 3 Nr. 41 lit. a) AStG kritisch zu sehen. Erfolgt eine Ausschüttung außerhalb des relevanten Zeitraums, ist der Steuerpflichtige ggf. doppelt bestraft.

In den §§ 16 ff. AStG sind gesonderte Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen bzw. Sondervorschriften für die gesonderte Feststellung<sup>375</sup> der Besteuerungsgrundlagen enthalten. Betriebsausgaben dürfen bei der Ermittlung nur insoweit abgezogen werden, als sie mit den passiven Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, § 10 Abs. 4 AStG. Auf den Hinzurechnungsbeitrag sind § 3 Nr. 40 Satz 1 lit. d EStG, § 32d EStG und § 8b Abs. 1 KStG nicht anwendbar, § 10 Abs. 2 Satz 3 AStG. Ist er negativ, so

---

<sup>373</sup> Systematisch *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 705.

<sup>374</sup> Zu Problemen bei international divergierenden Bemessungsgrundlagen *Kraft*, IStR 2016, 276.

<sup>375</sup> Zu den strukturellen Problemen der gesonderten Feststellung in diesem Zusammenhang vgl. Wissenschaftlicher Beirat Steuern der Ernst & Young GmbH, IStR 2013, 549.

entfällt die Hinzurechnung, § 10 Abs. 1 Satz 3 AStG<sup>376</sup>. In einem zweiten Schritt sind sodann gezahlte Steuern, für die die Zwischengesellschaft Steuerschuldner ist, bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags in Abzug zu bringen, § 10 Abs. 1 Satz 1 AStG<sup>377</sup>. Nur folgerichtig ist es, dass in den Fällen des § 8 Abs. 3 Satz 2 AStG die Steuern um die dort bezeichneten Ansprüche des unbeschränkt Steuerpflichtigen oder einer anderen Gesellschaft, an der der Steuerpflichtige direkt oder indirekt beteiligt ist, zu kürzen sind, § 10 Abs. 1 Satz 2 AStG n.F.

Bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags bleiben steuerliche Vergünstigungen, die an die unbeschränkte Steuerpflicht oder an das Bestehen eines inländischen Betriebs oder einer inländischen Betriebsstätte anknüpfen und die Vorschriften des § 4h EStG sowie der §§ 8a, 8b Abs. 1 und 2 KStG unberücksichtigt; dies gilt auch für die Vorschriften des UmwStG, soweit Einkünfte aus einer Umwandlung nach § 8 Abs. 1 Nr. 10 AStG hinzuzurechnen sind, vgl. § 10 Abs. 3 Satz 4 AStG.

Der Hinzurechnungsbetrag gehört bei dem Steuerpflichtigen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 AStG) bzw. nach den allgemeinen Grundsätzen zu betrieblichen Einkünften, sofern sie einem Betrieb zuzurechnen sind (§§ 10 Abs. 2 Satz 2 AStG, 20 Abs. 8 EStG)<sup>378</sup>. Es wird also eine Gewinnausschüttung auf den Ablauf des maßgebenden Wirtschaftsjahres fingiert, auf die jedoch wie beschrieben die Regelungen der §§ 3 Nr. 40 lit. d, 32d EStG, 8b Abs. 1 KStG nicht anzuwenden sind, § 10 Abs. 2 Satz 3

---

<sup>376</sup> Passive negative Einkünfte können aufgrund des § 10d EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) von passiven positiven Einkünften abgezogen werden. Für diese Zwecke werden sämtliche passiven Einkünfte zusammengerechnet, vgl. § 10 Abs. 3 Sätze 5 und 6 AStG. Zur Anwendung des § 10d EStG in der Hinzurechnungsbesteuerung instruktiv *Schönfeld*, IStR 2014, 847.

<sup>377</sup> Statt des Abzugs der ausländischen Steuer bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags kann der Steuerpflichtige auch nach § 12 AStG die von der Zwischengesellschaft auf die passiven Einkünfte gezahlten Steuern anrechnen. Verständlicherweise muss daher vor der Anrechnung der Hinzurechnungsbetrag um diese Steuern wieder erhöht werden, § 12 Abs. 1 Satz 2 AStG.

<sup>378</sup> Zu beachten ist, dass die Hinzurechnung bei dem inländischen Gesellschafter stets nur anteilig erfolgt, d.h. soweit der inländische Gesellschafter am Nennkapital (§ 7 Abs. 1 AStG) beteiligt ist oder soweit er an den Gewinnen partizipiert (§ 7 Abs. 5 AStG). Zu den Besonderheiten bei der fiktiven Ausschüttung angesichts des § 8b Abs. 4 KStG n.F. siehe instruktiv *Eberhardt/Watrin*, DStR 2013, 621.

AStG.<sup>379</sup> Für die Gewerbesteuer gelten die allgemeinen Regeln. Das Aktivitätserfordernis des § 9 Nr. 7 GewStG wird regelmäßig nicht erfüllt sein, so dass sich der Hinzurechnungsbetrag richtigerweise auch auf die Gewerbesteuer auswirkt.

Für einen Paukenschlag des BFH sorgte in diesem Zusammenhang indes das Urteil v. 11.3.2015<sup>380</sup>: Der Gewerbeertrag eines inländischen Unternehmens ist nach Ansicht des BFH gemäß § 9 Nr. 3 GewStG um den Hinzurechnungsbetrag nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG zu kürzen. Das Urteil ist vorteilhaft für die inländische Steuerpflichtige, die Anteile an Zwischengesellschaften in einem inländischen BV halten, aber gleichwohl systematisch verfehlt: Wird der Hinzurechnungsbetrag bei einem inländischen Gewerbebetrieb angesetzt, so geht er als Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 10 Abs. 2 S. 2 AStG) wegen § 7 S. 1 GewStG auch in den Gewerbeertrag ein. Der Hinzurechnungsbetrag ist m.E. mit allen Konsequenzen wie eine Dividende zu besteuern. Als Kürzungsvorschrift kommen daher allein § 9 Nr. 7 und § 9 Nr. 8 GewStG in Betracht. Sofern deren Voraussetzungen im Einzelfall nicht vorliegen, muss m.E. als Resultat festgehalten werden, dass der Hinzurechnungsbetrag im Grundsatz ohne Begünstigungen der vollen Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuerpflicht unterliegt.

§ 9 Nr. 3 GewStG ist nicht einschlägig, weil es sich bei dem Hinzurechnungsbetrag nicht um einen originären Betriebsstättenenertrag handelt. Zudem setzt die Vorschrift richtigerweise voraus, dass die ausländische Betriebsstätte auch eine solche des inländischen Gewerbebetriebs sein muss. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Ebenso wie der Hinzurechnungsbetrag – hier allerdings aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – nicht der Begünstigung nach § 8b KStG unterliegt, soll er als „Strafbesteuerung“ zusätzlich auch der Gewerbesteuer unterworfen werden. Gerade deshalb wirkt die Hinzurechnungsbesteuerung in der Praxis so erfolgreich prohibitiv, und gerade deshalb waren Steuerpflichtige stets gut beraten, bei Zweifeln über die „aktive Tätigkeit“ i.S.d. § 8 Abs. 1 AStG auf ausländische Betriebsstätten statt Tochtergesellschaften auszuweichen<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Vgl. zur alten Rechtslage das Urteil des FG Baden-Württemberg v. 26.3.2008 (Az.: 3 K 142/06; DStRE 2008, 1507 ff.), wonach auch im Jahr 2001 das Halbeinkünfteverfahren keine Anwendung auf den Hinzurechnungsbetrag i.S.d. § 10 AStG finden soll; aufgehoben durch BFH-Urteil vom 11.2.2009, Az.: I R 40/08, BStBl. II 2009, 594 ff.

<sup>380</sup> IStR 2015, 444 ff.

<sup>381</sup> Ausführliche Kritik am BFH-Urteil bereits bei *Haase*, IStR 2015, 996 ff.

Der Gesetzgeber hat umgehend auf das BFH-Urteil reagiert und sieht im sog. „BEPS Umsetzungs-gesetz 1“ (Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen) eine Gewerbesteuerpflicht sowohl in den Fällen der §§ 7 ff. AStG als auch im Fall des § 20 Abs. 2 AStG vor.

Schüttet die Zwischengesellschaft später tatsächlich Gewinne aus, wird eine Doppelbesteuerung bei natürlichen Personen als Empfängern durch § 3 Nr. 41 lit. a) EStG vermieden. Eine Berücksichtigung ausländischer Quellensteuern ist über § 12 Abs. 3 AStG gewährleistet. Bei inländischen Körperschaftsteuersubjekten als Dividendenempfängern greift nach h.M. § 8b Abs. 1 KStG ein. Lediglich wegen § 8b Abs. 5 KStG entsteht insoweit eine geringe wirtschaftliche Doppelbelastung, was der BFH in seinem jüngst ergangenen Urteil v. 26.4.2017 (Az. I R 84/15) mit Rücksicht auf den Wortlaut der Norm des § 8b Abs. 5 KStG, der von Bezügen i.S.d. Abs. 1 und nicht von Bezügen handelt, die bei der Ermittlung des Einkommens gemäß Abs. 1 außer Ansatz bleiben, hingenommen hat. Ob hierdurch bereits das Verbot der Übermaßbesteuerung tangiert wird, ist zwar fraglich, weil die aus § 8b Abs. 5 KStG resultierende Besteuerung vergleichsweise gering und der 7-Jahres-Zeitraum des § 3 Nr. 41 lit. a) EStG jedenfalls so großzügig bemessen ist, dass der Steuerpflichtige es im Regelfall selbst in der Hand hat, die Doppelbesteuerung zu vermeiden. Trotzdem verbleibt eine Doppelbelastung im Wege der Besteuerung des Hinzurechnungsbetrags und der Besteuerung nach § 8b Abs. 5 KStG.

Weniger fraglich ist allerdings m.E., dass der BFH – im Einklang mit der Vorinstanz FG Bremen<sup>382</sup> – die Frage hätte erörtern müssen, ob das Wortlautargument angesichts des vergleichsweise unzweifelhaften Telos einer Norm überhaupt ein derartiges Gewicht aufweisen sollte. Eine – bezogen auf die Erfassung in der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage – über 100 % hinausgehende Besteuerung im Fall tatsächlicher Ausschüttungen aus einer Zwischengesellschaft steht ersichtlich nicht im Einklang mit der Idee der Hinzurechnungsbesteuerung, keinen Strafsteuercharakter aufweisen zu wollen.

Ob § 12 Abs. 3 AStG, der nicht auf § 8b Abs. 1 KStG verweist, auch bei Körperschaften zur Abwendung gelangt, ist umstritten. Nach wohl h.M. ist

---

<sup>382</sup> FG Bremen v. 15. Oktober 2015, 1 K 4/15 (5), EFG 2016, 675 ff.

dies der Fall, weil § 3 Nr. 41 EStG trotz der Sondernorm des § 8b KStG über § 8 Abs. 1 KStG Platz greift<sup>383</sup>.

Die Hinzurechnung erfolgt unmittelbar bei dem gemäß § 7 Abs. 1 AStG beteiligten unbeschränkt Steuerpflichtigen. Zu beachten ist, dass die Hinzurechnung nach § 10 Abs. 1 AStG ungeachtet der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines DBA vorzunehmen ist. Die h.M. geht bei dieser Anordnung von dem Fall eines echten Treaty override und damit einer einseitigen Abkommensverletzung aus<sup>384</sup>, die allerdings nach der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG hinzunehmen ist.<sup>385</sup>

Schließlich ist noch auf die Regelung des § 9 AStG (Freigrenze bei gemischten Einkünften) hinzuweisen. Hiernach bleiben Zwischeneinkünfte trotz der festgestellten Passivität außer Ansatz, wenn die ihnen zugrunde liegenden Bruttoerträge nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge der Gesellschaft betragen, vorausgesetzt, dass die bei einer Gesellschaft oder bei einem Steuerpflichtigen hiernach außer Ansatz zu lassenden Beträge insgesamt 80 000 Euro nicht übersteigen. Zu beachten ist, dass die fixe Grenze von 80 000 Euro sich auf den beteiligten Steuerinländer, die relative Grenze von 10 % sich jedoch auf die ausländische Gesellschaft bezieht. Die fixe Grenze führt im Fall der Beteiligung eines Steuerinländers an mehreren Zwischengesellschaften daher für jede Einzelne von ihnen zur Hinzurechnungsbesteuerung, wenn sie überschritten wird (vgl. Tz. 9.0.2.2 AEASTG).

## **2. Wesentliche Kritikpunkte**

### **a. Anwendung des deutschen Steuerrechts**

Im Zentrum der Rechtsfolge der Hinzurechnungsbesteuerung steht § 10 Abs. 3 S. 1 AStG, der die Anwendung des deutschen Steuerrechts für Zwecke der Bestimmung des Hinzurechnungsbetrags nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG festlegt. Das Gesetz bleibt daher bei der Durchbrechung der Abschirmwirkung der ausländischen Gesellschaft für steuerliche Zwecke nicht stehen, sondern fordert ausdrücklich eine deutsche Gewinnermittlung. In der Pra-

---

<sup>383</sup> Vgl. *Burkert* in Strunk/Kaminski/Köhler (Hrsg.), AStG/DBA, § 12 AStG Rdn. 25; a.A. die Finanzverwaltung in Abschn. 32 Abs. 1 Nr. 1 KStR und wohl auch Tz. 12.3 AEASTG.

<sup>384</sup> Zum Verhältnis der §§ 7 ff. AStG zu § 1 AStG vgl. das BFH-Urteil v. 19.3.2002, Az.: I R 4/01, BStBl. II 2002, 644 ff. (Vorrang des § 1 AStG).

<sup>385</sup> BVerfG v. 12.2015, DStR 2016, 359.

xis bedeutet dies fast immer eine Abweichung von der nach ausländischem Recht ermittelten Bemessungsgrundlage, was nicht nur Zeit, Kosten und personelle Ressourcen bindet<sup>386</sup>, sondern auch systematisch nicht überzeugt.<sup>387</sup> Immerhin wird der ausschüttungsfähige Gewinn, der für Dividendenausüttungen der Zwischengesellschaft zur Verfügung steht, wie selbstverständlich und auch richtigerweise nach ausländischem Recht ermittelt, und zwar auch für deutsche steuerliche Zwecke. § 3 Nr. 41 lit. a) EStG knüpft an dem nach ausländischem Recht ermittelten Gewinn an und soll eine entsprechende Doppelbesteuerung vermeiden, die im Hinblick auf die Besteuerung des Hinzurechnungsbetrags im Inland eintreten könnte.<sup>388</sup> Da die Gewinnausschüttung konzeptionell durch den Ansatz des Hinzurechnungsbetrags substituiert werden soll, erscheint es kaum sachgerecht, hierfür eine unterschiedliche Bemessungsgrundlage heranzuziehen.

## **b. Ausschluss steuerlicher Vergünstigungen**

§ 10 Abs. 3 S. 2 HS 1 AStG bestimmt, dass bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nach S. 1 der Vorschrift steuerliche Vergünstigungen, die an die unbeschränkte Steuerpflicht oder an das Bestehen eines inländischen Betriebs oder einer inländischen Betriebsstätte anknüpfen, und die §§ 4h, 4j EStG sowie die §§ 8a, 8b Abs. 1 und 2 KStG unberücksichtigt bleiben.

Dass die Zinsschranke insoweit keine Anwendung finden soll, überzeugt, weil dadurch ersichtlich der Entstehung von Doppelbesteuerungen vorgebeugt wird. Weiterhin mag der Ausschluss des § 8b KStG konzeptionell zu dieser ausdrücklichen Aufzählung zu gehören, weil eine nach dieser Vorschrift maximal mögliche Steuerfreistellung der von der Zwischengesellschaft erhaltenen Bezüge i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG von 95 % dem Zweck der Hinzurechnungsbesteuerung widersprechen würde, die volle Besteuerung des Hinzurechnungsbetrags sicherzustellen. Dies gilt v.a. aufgrund des

---

<sup>386</sup> Eine gewisse Erleichterung immerhin tritt dadurch ein, dass die Finanzverwaltung akzeptiert, wenn die Hinzurechnungsbilanz aus der nach ausländischem Recht erstellten Bilanz unter Berücksichtigung des § 60 EStDV abgeleitet wird, vgl. Tz. 10.3.2.1 AEASTG.

<sup>387</sup> Dazu *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 10 AStG Rdn. 65.

<sup>388</sup> Bis auf die Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG bei inländischen Körperschaften als Empfängern einer tatsächlichen Dividende, die an sich nach § 3 Nr. 41 lit. a) EStG steuerfrei bliebe (siehe dazu BFH-Urteil v. 26.4.2017, I R 84/15), wird die Doppelbesteuerung dadurch insoweit auch tatsächlich vermieden.

systematischen Zusammenhangs mit § 10 Abs. 1 S. 3 AStG. Freilich müsste es sich ohnehin um andere Bezüge als Dividenden handeln, die gegenwärtig nach § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG ohnehin als aktive Einkünfte qualifizieren, für die kein Hinzurechnungsbetrag zu bilden ist.<sup>389</sup>

Im Übrigen aber ist es nicht unmittelbar einsichtig, warum steuerliche Begünstigungen, die an die unbeschränkte Steuerpflicht oder an das Bestehen eines inländischen Betriebs oder einer inländischen Betriebsstätte anknüpfen, generell bei der Einkommensermittlung ausgeschlossen sein sollen. Immerhin soll durch die Hinzurechnungsbesteuerung die ausgefallene Besteuerung im Inland nachgeholt werden bzw. der Steuerpflichtige soll steuerlich so gestellt werden, als habe er der unbeschränkten Steuerpflicht unterlegen und seine Betätigung im Inland ausgeübt. Insofern erscheint es sachgerecht, dem Steuerpflichtigen auch dieselben steuerlichen Vergünstigungen wie bei unbeschränkter Steuerpflicht oder im Falle des Bestehens eines inländischen Betriebs oder einer inländischen Betriebsstätte angedeihen zu lassen, zumal auf der anderen steuerliche Verschärfungen wie etwa § 8c KStG<sup>390</sup> ohne weiteres Anwendung finden.

Zudem sollten, wenn es auch nach der Gesetzesreform bei dem bisherigen Ausschluss bleiben sollte, sämtliche Vergünstigungen enumerativ aufgelistet werden, weil ansonsten auch weiterhin Unklarheit über die Kriterien für eine steuerliche Vergünstigung besteht.<sup>391</sup>

### **c. Drohende Doppelbesteuerung**

Ungeachtet des gegenüber der Regelung des § 12 AStG alternativen Steuerabzugs nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG vermag letztgenannte Vorschrift eine Doppelbesteuerung dann nicht zu vermeiden, sofern Steuern in Rede stehen, die eine Untergesellschaft i.S.d. § 14 AStG zu entrichten hat. Der Obergesellschaft fehlt es dann an der für § 10 Abs. 1 S. 1 AStG erforderlichen Steuersubjektidentität. Die Finanzverwaltung behilft sich immerhin, indem sie die Anwendung des § 10 Abs. 1 S. 1 AStG unmittelbar bei der Unterge-

---

<sup>389</sup> Ein Gleiches gilt für Veräußerungsgewinne nach § 8b Abs. 2 KStG.

<sup>390</sup> Dazu *Schnitger/Oskamp*, DStR 2017, 1409 ff.

<sup>391</sup> Siehe dazu die Diskussion bei *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 10 AStG Rdn. 88; *Edelmann* in Kraft (Hrsg.), § 10 AStG Rdn. 692 ff., jeweils m.w.N. zum Unterschied zwischen Fiskalzwecknormen und Normen mit Subventions- oder Verschonungscharakter.

sellschaft zulässt<sup>392</sup> und die Obergesellschaft auf die Anrechnung nach § 12 AStG verweist<sup>393</sup> – überzeugen kann das systematisch allerdings kaum.

In der Literatur wird zudem vorgeschlagen, die Regelungslücke im Wege einer Analogie zu schließen. Planwidrig dürfte diese jedenfalls sein, weil das Regelungskonzept des AStG durchaus darauf angelegt ist, den Steuerpflichtigen nicht durch eine Doppelbesteuerung zu benachteiligen.<sup>394</sup> Dieser Vorschlag hat auch den Vorteil, dass damit zugleich die zweite denkbare Konstellation von Doppelbesteuerungen bei nachgeschalteten Zwischengesellschaften einer systemkonformen Lösung zugeführt wäre, nämlich die Steueranrechnung von Quellensteuern, die auf Gewinnausschüttungen der Untergesellschaft anfallen und für die § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG aufgrund der Zurechnung nach § 14 AStG nicht gilt. Für diese Fälle wird bislang in der Literatur eine entsprechende Anwendung des § 12 Abs. 3 AStG favorisiert.<sup>395</sup>

Eine weitere Doppelbesteuerung droht zudem generell im Falle von Gewinnausschüttungen aus einer thesaurierenden Zwischengesellschaft, denn nach § 3 Nr. 41 lit. a) EStG wird eine Doppelbesteuerung insoweit nur vermieden, wenn die Gewinnausschüttung innerhalb des dort genannten Sieben-Jahres-Zeitraums nach Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung stattfindet. Hinzu tritt nach neuerer BFH-Rechtsprechung die Anwendung des § 8 Abs. 5 KStG, was immerhin zu einer geringen wirtschaftlichen Doppelbelastung führt.<sup>396</sup>

#### **d. Keine Verlustberücksichtigung**

§ 10 Abs. 1 S. 4 AStG schließt negative Hinzurechnungsbeträge von der Hinzurechnung aus.<sup>397</sup> Dieser Ausschluss überzeugt systematisch nicht, weil er

---

<sup>392</sup> Tz. 14.1.4 AEASStG.

<sup>393</sup> Tz. 14.1.9 AEASStG.

<sup>394</sup> Siehe dazu *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 10 AStG Rdn. 29.

<sup>395</sup> *Wassermeyer/Schönfeld* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld (Hrsg.), Außensteuerrecht, § 10 AStG Rdn. 110; siehe zu diesem Problemkreis BFH v. 5.10.2009, I B 35/09, BFH/NV 2010, 608 ff.

<sup>396</sup> Urteil v. 26.4.2017, I R 84/15.

<sup>397</sup> Instruktiv zu Verlusten in der Hinzurechnungsbesteuerung *Kraft*, IStR 2016, 909 ff. sowie *Schönfeld/Süß*, IStR 2014, 847 ff.; zum Schicksal von Verlusten bei unterjährigem Anteilseignerwechsel *Moser*, IStR 2016, 462 ff.; *Weiss*, NWB 2016, 1360 ff.

dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht.<sup>398</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Durchbrechung der Abschirmwirkung der Zwischengesellschaft, die über § 20 Abs. 1 AStG auch abkommensrechtlich abgesichert ist, nur bei positiver Ertragslage der Zwischengesellschaft gelten soll. Auch im Vergleich zur Regelung bei ausländischen Betriebsstätten, bei denen § 20 Abs. 2 AStG durch den Übergang zur Anrechnungsmethode eine Verrechnung zwischen negativen Betriebsstättengewinnen und positiven Erträgen des inländischen Stammhauses zulässt<sup>399</sup>, ist kein sachlicher Unterschied erkennbar. Freilich müsste im Falle einer Änderung auch die Regelung des § 10 Abs. 2 S. 1 AStG überdacht werden, weil die stichtagsbezogene Hinzurechnungsbesteuerung insoweit zu gestaltungsanfällig ist.

#### **e. Teilabzugsverbot**

Nach § 10 Abs. 3 S. 4 AStG soll § 3c Abs. 2 EStG auf den Hinzurechnungsbetrag anwendbar sein, d.h. Aufwendungen, die mit der Beteiligung an der Zwischengesellschaft in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, können nur zu 60 % geltend gemacht werden. Nach ganz h.M. verstößt dies – wiewohl nur auf natürliche Personen als Hinzurechnungsverpflichtete anwendbar – angesichts der vollständigen Erfassung und Besteuerung des Hinzurechnungsbetrags im Inland gegen das verfassungsrechtlich fundierte Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und das objektive Nettoprinzip als dessen Subprinzip.<sup>400</sup>

#### **f. Bilanzierungsfragen**

Die Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags nach deutschem Steuerrecht (dazu bereits oben) impliziert im Falle der erstmaligen Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung die Erstellung einer eröffnenden Hinzurechnungsbilanz zur Ermittlung der Zwischeneinkünfte. Gerade in Bezug auf diesen Aspekt zeigen sich erhebliche Inkonsistenzen zwischen dem AEASTG und der Gesetzeslage.

---

<sup>398</sup> Zutreffend *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 10 AStG Rdn. 50 m.w.N.; zu Verlustkompensationssystemen in der Hinzurechnungsbesteuerung *Kraft/Seydewitz*, BB 2015, 1494 ff.

<sup>399</sup> In diesem Sinne zutreffend *Becker/Loose/Misere*, IStR 2016, 353 ff.

<sup>400</sup> Statt vieler *Kraft/Moser*, IStR 2012, 77 ff. m.w.N.

So fordert die Finanzverwaltung, dass das Anlage- und Umlaufvermögen stets mit dem niedrigeren Teilwert zu bilanzieren sei,<sup>401</sup> obwohl der Teilwertansatz nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 2 S. 2 EStG i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 1 AStG eindeutig ein Wahlrecht ist. Weiterhin fordert die Finanzverwaltung entgegen § 6 Abs. 1 EStDV analog, dass bei einem unterjährigem Eintreten der Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung die Eröffnungsbilanz bereits auf den Beginn des Wirtschaftsjahres aufzustellen sei,<sup>402</sup> obwohl dadurch ersichtlich Erträge von der Hinzurechnungsbesteuerung erfasst werden, die zu einem Zeitpunkt erwirtschaftet wurden, zu dem die Voraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung nicht vorlagen.

Eine ähnliche Wirkung erzeugt § 21 Abs. 3 AStG, weil hierüber Wirtschaftsgüter mit den Werten in der Eröffnungsbilanz anzusetzen sind, die sich ergeben würden, wenn seit Übernahme der Wirtschaftsgüter durch die Zwischengesellschaft die Vorschriften des deutschen Steuerrechts über die Gewinnermittlung angewendet worden wären. Auf diese Weise werden vor dem Eintreten der Hinzurechnungsbesteuerung entstandene stille Reserven in die Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags einbezogen. Der BFH<sup>403</sup> hat diese Rechtsfolge als verfassungsgemäß gehalten, weshalb nur Billigkeitserwägungen zu einer angemessenen Lösung führen können.<sup>404</sup>

### **3. Vorgaben der ATAD I**

#### **a. Hinzurechnungsbesteuerung**

Die Rechtsfolge der Hinzurechnungsbesteuerung findet sich in der Richtlinie etwas versteckt und systematisch unglücklich verortet im Tatbestand der passiven Einkünfte (Art. 7 Abs. 2 S. 1 HS 1): Wird ein Unternehmen oder eine Betriebsstätte danach als beherrschtes ausländisches Unternehmen nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie behandelt, so werden die in Abs. 2 der Norm definierten passiven Einkünfte im Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen in die Steuerbemessungsgrundlage einbezogen. Dass sie in die Bemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen i.S.d. Art. 1 und 7 Abs. 1 der Richtlinie einzubeziehen sind und nicht irgendeines anderen Steuerpflichtigen, steht dort mit

---

<sup>401</sup> Tz. 10.3.3.2 AEASTG.

<sup>402</sup> Tz. 10.3.3.1 AEASTG.

<sup>403</sup> BFH v. 12.7.1989, I R 46/85, BStBl. II 1990, 113 ff.

<sup>404</sup> Vgl. *Bauernschmitt* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 10 AStG Rdn. 84 m.w.N.

keiner Silbe und ist angesichts der Tragweite der belastenden Rechtsfolge eigentlich mehr als ein peinliches Redaktionsversehen, sollte aber in diesem Sinne zu verstehen sein.

## **b. Berechnung der einzubeziehenden Einkünfte**

Findet eine Hinzurechnungsbesteuerung nach Art. 7 ATAD I statt, so gibt Art. 8 der Richtlinie vergleichsweise detailliert vor, wie die in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte (nach deutscher Terminologie also die „Zwischeneinkünfte“) zu berechnen sind.

### **aa. Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I**

Die Grundnorm des Art. 8 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie bestimmt, dass die einzubeziehenden Einkünfte im Fall passiver Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. a) (siehe zu passiven Einkünften i.S.d. lit. b) sogleich) nach den Körperschaftsteuervorschriften des Mitgliedstaats, in dem der Steuerpflichtige im Fall eines Unternehmens ansässig oder im Fall einer Betriebsstätte belegen ist, zu berechnen sind. Dies nimmt folgerichtig die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie auf, wonach die Niedrigbesteuerung ebenfalls unter Rückgriff auf das Körperschaftsteuerrecht des Ansässigkeitsstaates des Steuerpflichtigen zu berechnen ist.

In die Bemessungsgrundlage einzubeziehen sind nach dem Wortlaut der Richtlinie „Einkünfte“. Damit sollte, wie im deutschen Recht auch, ein Netto- bzw. Saldobegriff gemeint sein, so dass Betriebsausgaben, die mit Betriebs-einnahmen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, abzusetzen sind. Dass Art. 7 Abs. 1 S. 1 ATAD I sich abweichend davon auf „Gewinne“ bezieht, bedeutet keinen sachlichen Unterschied. Auch dabei handelt es sich nach allgemeinem Verständnis um einen Nettobegriff, und zudem betrifft die Vorschrift die Tatbestandsseite der Hinzurechnungsbesteuerung. Die Richtlinie verwendet im Übrigen, terminologisch konsequent, den Begriff Gewinne, wenn es um die Gewinne geht, die bei beherrschten Unternehmen der Besteuerung unterliegen (so in Art. 7 Abs. 1 HS 1) oder die von diesem Unternehmen ausgeschüttet werden (so in Art. 8 Abs. 5), hingegen den Begriff der Einkünfte, wenn es um die Einbeziehung dieser Gewinne in die Steuerbemessungsgrundlage beim beherrschenden Steuerpflichtigen geht (so in Art. 7 Abs. 2 HS 1). Ob diese Unterscheidung absichtlich getroffen wurde, bleibt allerdings offen.

Sämtliche körperschaftsteuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften des Ansässigkeitsstaats des Steuerpflichtigen sind nach dem Wortlaut der Richtlinie anzuwenden. Eine Sondervorschrift enthält Art. 8 Abs. 1 S. 2 ATAD I nur für Verluste des beherrschten Unternehmens bzw. der beherrschten Betriebsstätte. Diese sind nicht in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen und sollen nach dem Verständnis der Richtlinie im jeweiligen Staat nach nationalem Recht vorgetragen und in nachfolgenden Steuerzeiträumen i.S.d. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie berücksichtigt werden. Der – nach deutscher Terminologie – Hinzurechnungsbetrag kann also nicht negativ werden.

Für Zwecke des Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie sieht Art. 8 Abs. 3 ergänzend vor, dass die in die Steuerbemessungsgrundlage einzubeziehenden Einkünfte anteilig zu der vom Steuerpflichtigen an dem Unternehmen (hier zu verstehen als Oberbegriff i.S.d. Art. 7 Abs. 1 S. 1 HS 1, d.h. als Unternehmen oder Betriebsstätte) gehaltenen Beteiligung i.S.d. Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) ATAD I zu berechnen sind. Die Hinzurechnungsbesteuerung trifft den Steuerpflichtigen also immer nur in Höhe der konkreten quotalen Beteiligung an dem beherrschten Unternehmen.

Allerdings ist zu bedenken, dass Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) alternativ auf die Beteiligung i.S.e. Teilhabe durch Stimmrechte, die Teilhabe am Gewinn oder am Kapital abstellt. Es ist unmittelbar einsichtig, dass die Berufung auf eine dieser Größen im Einzelfall nicht im Belieben der Finanzverwaltung stehen kann. Insofern ist bei der Umsetzung der Richtlinie darauf zu achten, dass die alternativen Anknüpfungspunkte für die Beteiligung Eingang in eine abgestufte Prüfung dergestalt finden, dass eine Rangfolge klar gesetzlich festgelegt wird. Nach dem dann im Einzelfall einschlägigen Beteiligungstatbestand ist dann auch die quotale Hinzurechnung nach Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie vorzunehmen.

Zu bemängeln ist, dass eine Anrechnung ausländischer Steuern, die aus einer ausländischen Hinzurechnungsbesteuerung resultieren, in der Richtlinie nicht vorgesehen ist; auch Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie ist insoweit nicht einschlägig. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der eben dargestellten alternativen Anknüpfung, weil bei Sachverhalten unter Beteiligung mehrerer Staaten und mehreren, gleichzeitig eingreifenden Hinzurechnungsbesteuerungsregimen auch eine Doppel- oder Mehrfacherfassung der einzubeziehenden Einkünfte droht. Eine unterschiedliche Berechnung der Hinzurechnungsquote kann zwar auch unter Beteiligung des derzeitigen deutschen Rechts eintreten, wenn ein ausländischer Staat bei mittelbarer Beteiligung die vermittelnde Gesellschaft ebenfalls einer Hinzurechnungsbesteuerung

unterwirft und die Beteiligung dort abweichend von § 7 Abs. 1–3 AStG berechnet wird. Immerhin hilft die deutsche Finanzverwaltung in diesen Fällen aber gemäß Tz. 14.1.5 AEASStG unilateral durch Anrechnung der ausländischen, aus einer Hinzurechnungsbesteuerung resultierenden Steuer.

#### bb. Passive Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I

Im Fall passiver Einkünfte nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I sieht die Richtlinie eine von dem Vorstehenden abweichende Berechnung der in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte vor. Art. 8 Abs. 2 S. 1 ATAD I bestimmt entsprechend, dass in diesem Fall die in die Steuerbemessungsgrundlage einzubeziehenden Einkünfte auf Beträge begrenzt werden, die durch Vermögenswerte und Risiken erzielt werden, die mit den Aufgaben von Entscheidungsträgern zusammenhängen, die von der beherrschenden Gesellschaft ausgeführt werden. S. 2 der Norm ergänzt, dass die Zurechnung der Einkünfte eines beherrschten ausländischen Unternehmens nach dem Fremdvergleichsgrundsatz zu erfolgen hat.

Die Begrenzung auf die genannten Beträge ist vor dem Hintergrund des Art. 7 Abs. 2 lit. b) zu sehen: Da die Passivität gerade die künstlich auf die beherrschte Gesellschaft verlagerten Einkünfte erfasst, sind auch nur die nämlichen, durch die jeweiligen Vermögenswerte und Risiken erzielten Einkünfte in die Bemessungsgrundlage des beherrschenden Unternehmens einzubeziehen.

#### cc. Zeitpunkt der Hinzurechnung

Art. 8 Abs. 4 ATAD I gibt Aufschluss über den Zeitpunkt der Durchführung der Hinzurechnungsbesteuerung. Nach dieser Vorschrift werden die in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte in dem Steuerzeitraum des Steuerpflichtigen einbezogen, in dem das Steuerjahr des Unternehmens endet. Systematisch kann mit Letzterem nur das beherrschte Unternehmen gemeint sein. Was als Steuerzeitraum i.S.d. Richtlinie gilt, ergibt sich aus der Definition des Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie. „Steuerzeitraum“ ist danach ein Steuer- oder Kalenderjahr oder – Achtung: Stilblüte! – „jeder andere sachdienliche Zeitraum für steuerliche Zwecke“.

#### dd. Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei Ausschüttung

Wie zu verfahren ist, wenn das beherrschte Unternehmen an den Steuerpflichtigen Gewinne ausschüttet und bei diesem in die Steuerbemessungsgrundlage einbezogen werden, besagt Art. 8 Abs. 5 ATAD I. In diesem Fall ausgeschütteter Gewinne sollen die Einkünfte, die zuvor gemäß Art. 7 der Richtlinie in die Steuerbemessungsgrundlage einbezogen wurden, bei der Berechnung des Betrags der auf die ausgeschütteten Gewinne zu erhebenden Steuer abgezogen werden, um eine Doppelbesteuerung auszuschließen. Dies ist sachgerecht und entspricht im Grunde § 3 Nr. 41 lit. a) EStG, wenn sich die Vorschrift rechtstechnisch auch einer etwas anderen Systematik bedient. Der dort genannte 7-Jahres-Zeitraum allerdings ist eindeutig nicht richtlinienkonform.

Allerdings zeigen sich insbesondere an Vorschriften wie dem Art. 8 Abs. 5 die oben bereits angesprochenen Schwächen der Gleichsetzung von beherrschten Unternehmen und beherrschten Betriebsstätten für Zwecke der Hinzuverdienstbesteuerung nach der ATAD I in besonderer Weise: Betriebsstätten können per definitionem keine Ausschüttungen vornehmen, ihre Gewinne werden vielmehr aufgrund ihrer Eigenschaft als unselbstständiger Unternehmensbestandteil unmittelbar dem Stammhaus zur Besteuerung zugewiesen. Ein Gleiches gilt für internationale Personengesellschaften, die jedenfalls nach deutschem Verständnis steuerlich transparent sind und als anteilige Betriebsstätten ihrer Gesellschafter angesehen werden. Bei wörtlicher Lesart würde daher für Betriebsstätten und Personengesellschaften eine Doppelbesteuerung eintreten, die kaum sachlich gewollt sein kann.

#### ee. Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei Veräußerungen

Art. 8 Abs. 6 ATAD I überträgt die vorgenannte Ratio auf Veräußerungen, das deutsche Pendant findet sich in § 3 Nr. 41 lit. b) EStG. Veräußert der Steuerpflichtige danach seine Beteiligung an dem Unternehmen oder eine von seiner Betriebsstätte ausgeübte Geschäftstätigkeit und wurde ein Teil der Erlöse aus der Veräußerung zuvor nach Art. 7 der Richtlinie in die Steuerbemessungsgrundlage einbezogen, so wird dieser Betrag bei der Berechnung des Betrags der auf diese Erlöse zu erhebenden Steuer von der Bemessungsgrundlage abgezogen, um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden.

Was der Zweck der Vorschrift ist, ist durchaus einleuchtend, jedoch kommt dieser in der konkreten Formulierung nicht zum Ausdruck. Die Veräußerung der Beteiligung an einem ausländischen beherrschten Unternehmen

oder einer beherrschten Betriebsstätte unterliegt, ebenso wie nach deutscher Rechtslage, schon a priori nicht der Besteuerung nach Art. 7 ATAD, bei Betriebsstätten ist eine rechtliche oder wirtschaftliche Doppelbesteuerung diesbezüglich im Grunde gar nicht denkbar. Insoweit sollte die Vorschrift daher keinen Anwendungsbereich haben. Hinsichtlich des beherrschten Unternehmens hingegen dürfte die Regelung so zu verstehen sein, dass die nach Art. 7 der Richtlinie erfassten Einkünfte, die den Veräußerungsgewinn erhöht haben, insoweit wieder gewinnmindernd abgezogen werden dürfen.

#### ff. Vermeidung von Doppelbesteuerungen bei ausländischer Steuer

Art. 8 Abs. 7 ATAD I regelt die Vermeidung der Doppelbesteuerung, die eintreten kann, wenn im Ansässigkeits- oder Belegenheitsstaat des beherrschten Unternehmens, das der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegt, nach den jeweiligen nationalen Vorschriften einer Steuer erhoben wird. Diese von dem beherrschten Unternehmen oder der beherrschten Betriebsstätte entrichtete Steuer kann dann auf die Steuerschuld des Steuerpflichtigen angerechnet werden, wobei für die Anrechnung nach S. 2 der Norm die Vorschriften des Ansässigkeitsstaats des Steuerpflichtigen maßgebend sind.

## 4. Bewertung

In den Regelungen der ATAD I zur Berechnung und Zurechnung der in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden „passiven“ Einkünfte findet sich kaum Überraschendes oder Neues. Vieles ist aus dem deutschen Recht bekannt, aber Manches ist sprachlich unglücklich formuliert oder nur lückenhaft geregelt. Der Anpassungsbedarf aus deutscher Sicht ist begrenzt. Hierzu nachstehend im Einzelnen.

Hinsichtlich der Steuerberechnung gibt es durchaus Gemeinsamkeiten mit der lex lata des deutschen Rechts. So findet sich der Grundsatz der Ermittlung der in die Hinzurechnungsbesteuerung einzubeziehenden Einkünfte, sofern Art. 7 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie Anwendung findet, nach dem Recht des Ansässigkeitsstaats des Steuerpflichtigen sowohl in Art. 8 Abs. 1 S. 1 ATAD I als auch in § 10 Abs. 3 S. 1 HS 1 AStG. Nach beiden Regelungswerken wird auch auf die Saldogröße „Einkünfte“ abgestellt, wobei die Richtlinie anders als das AStG mangels Einschränkungen im Grundsatz die vollumfängliche Berücksichtigung nationaler Steuerbefreiungen zulässt.

§ 10 Abs. 3 S. 4 AStG steht hiermit nicht im Einklang, bleibt aber aufgrund des Art. 3 ATAD I weiterhin möglich. Art. 8 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie (Ver-

lustberücksichtigung) findet seine Entsprechung in § 10 Abs. 3 S. 5 AStG, der Hinzurechnungsbetrag kann daher nach beiden Regelungswerken nicht negativ werden. Allerdings sieht die Richtlinie nur einen Verlustvortrag, aber keinen Verlustrücktrag vor. Der Sinn dieser Einschränkung des Verlustabzugs erschließt sich nicht, die Regelung ist aber gleichwohl eindeutig, so dass § 10 Abs. 3 S. 5 AStG künftig nur noch auf § 10d Abs. 2 EStG Bezug nehmen dürfte. Angesichts der Tatsache, dass die ATAD I das deutsche Prinzip der Segmentierung der Einkünfte nicht übernommen hat, findet innerhalb sämtlicher Einkünfte der „Zwischengesellschaft“ ein Verlustausgleich statt, so dass nur ein etwaiger positiver Hinzurechnungsbetrag in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen eingeht.

Die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage nach dem Recht des Ansässigkeitsstaats des Steuerpflichtigen ist in der Praxis allerlei Schwierigkeiten ausgesetzt, denn sie erfordert eine Schattenrechnung bzw. Schattenbilanzierung und produziert insoweit Extrakosten. Eine echte Alternative zu diesem Konzept gibt es gleichwohl nicht, weil die Ermittlung nach dem Recht, das für das beherrschte Unternehmen gilt, einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würde. Zudem müsste man sich dann über den Ausschluss bestimmter Abzugsmöglichkeiten Gedanken machen, was im Ergebnis aufwendiger wäre als eine einheitliche Anwendung der lex fori des Steuerpflichtigen.

Das Alternativkonzept des Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I dürfte aller Voraussicht nach nicht von Deutschland übernommen werden, so dass es folgerichtig auch an einer dem Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie vergleichbaren Vorschrift fehlen wird.

Was die Zurechnung gemäß der Beteiligungsquote nach Art. 8 Abs. 3 ATAD I anbelangt, die dogmatisch streng von der Beherrschungsbeteiligung zu unterscheiden ist, so stellt die Richtlinie, wie oben bereits ausgeführt, drei alternative Größen für deren Bemessung zur Verfügung. Deutschland hat bereits derzeit in § 7 Abs. 1, 5 AStG eine abgestufte Prüfungsreihenfolge vorgesehen, der zufolge zunächst auf die Beteiligung am Nennkapital und sodann auf die Beteiligung am Gewinn abgestellt wird. Vergleichbar sollte auch nach Umsetzung der Richtlinie verfahren werden, um Unklarheiten in der Rechtsanwendung zu vermeiden und sicherzustellen, dass Zwischeneinkünfte bei verschiedenen Steuerpflichtigen nicht mehrfach erfasst werden.

Unterschiede zwischen dem deutschen Recht und der Richtlinie sind auch in Bezug auf den Zeitpunkt der Hinzurechnung zu erkennen. Art. 8 Abs. 4

ATAD I bezieht die Einkünfte in dem Steuerzeitraum des Steuerpflichtigen in die Bemessungsgrundlage ein, in dem das Steuerjahr des beherrschten ausländischen Unternehmens endet. § 10 Abs. 2 S. 1 AStG hingegen sorgt für einen Zufluss des Hinzurechnungsbetrags unmittelbar nach Ablauf des maßgeblichen Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft. Diese Periodenverschiebung, die in bestimmten Konstellationen zu Doppelbesteuerungen führen kann (etwa aufgrund einer Versagung der Anrechnung ausländischer Steuern), dürfte durch die Richtlinie m.E. nicht gedeckt sein.

Die Sonderregeln zu Ausschüttungen und Veräußerungen (Art. 8 Abs. 5 und 6 ATAD I) sind schon bisher im deutschen Recht verankert, so dass sich insoweit kein Anpassungsbedarf ergibt. Ein Gleiches gilt im Grundsatz für die Steueranrechnung in Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie bzw. § 12 AStG, jedoch mit Abweichungen im Detail: Der Steuerabzug nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG, die Steueranrechnung nach § 12 Abs. 3 AStG sowie die Steueranrechnung im Billigkeitswege nach Tz. 14.1.5 AEASTG sind nicht in der Richtlinie vorgesehen, was letztlich im Kern auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass die Hinzurechnungsbesteuerung nach der Richtlinie sich nur auf die nicht ausgeschütteten Einkünfte bezieht. Gleichwohl sollte Deutschland nicht verpflichtet sein, von den bestehenden Regelungen Abstand zu nehmen, weil das in AStG verwendete System regelungstechnisch zwar ein anderes ist, aber gleichwohl im wirtschaftlichen Ergebnis ähnliche Wirkungen erzeugt.

## VII. Sonderfälle

### 1. Sonderfall: Betriebsstätte

#### a. Allgemeines

Für ausländische Betriebsstätten (auch im Gewand einer internationalen Personengesellschaft, die nach dem Rechtstypenvergleich als transparentes Gebilde qualifiziert) gilt bekanntlich die Sondervorschrift des § 20 Abs. 2 AStG, die methodisch ein Umschalten von der Freistellungs- auf die Anrechnungsmethode bewirkt. Da die Anrechnungsmethode aber stets eine Hochschleusung der Besteuerung auf das inländische (deutsche) Steuerniveau zur Folge hat, wird letztlich wirtschaftlich betrachtet das gleiche Ergebnis erreicht wie bei den §§ 7 ff. AStG<sup>405</sup>. Die ausländische Betriebsstätte ist aber wegen § 9 Nr. 3 GewStG – jedenfalls bisher – auch unter Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung im Hinblick auf die Gewerbesteuer gegenüber einer ausländischen Kapitalgesellschaft vorzugswürdig.

#### b. Wesentliche Kritikpunkte

Im Einzelnen ist im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 2 AStG manches umstritten. Insbesondere die Reichweite der Fiktion, es handele sich bei der ausländischen Personengesellschaft<sup>406</sup> bzw. Betriebsstätte um eine Kapitalgesellschaft, ist im Detail immer noch ungeklärt. Beispielsweise lässt sich bei einer ausländischen Betriebsstätte hinsichtlich der Inländerbeherrschung des § 7 Abs. 1 AStG kaum von einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sprechen, weil die Betriebsstätte kein Rechtssubjekt ist und auch keine Anteile ausgeben kann – hieran ändert auch der AOA nichts. Insofern wird man hier auf eine rein vermögensmäßige Zuordnung des Betriebsstättenvermögens zurückgreifen müssen, was im Ausgangspunkt der Wertung des § 7 Abs. 5 AStG entspricht.<sup>407</sup>

Weitere Probleme der Fiktion seien an folgendem kleinen Beispiel erläutert: Der im Inland ansässige Einzelgewerbetreibende X wohnt unweit der rumänischen Grenze. Er eröffnet in Rumänien eine Betriebsstätte und erbringt

---

<sup>405</sup> *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, Rdn. 685.

<sup>406</sup> Zu den Herausforderungen der Anwendung des § 20 Abs. 2 AStG auf Personengesellschaften *Kraft/Kempf*, IStR 2016, 220 ff.

<sup>407</sup> Vgl. *Maack/Stöbener*, IStR 2008, 461, 463; *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 496 ff.

über diese Betriebsstätte gewerbliche Dienstleistungen an ihm i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG nahe stehende Personen (passiv nach § 8 Abs. 1 Nr. 5 lit. b AStG). Aufgrund des personenbezogenen Geschäfts benötigt X für seine rumänische Betriebsstätte keine weiteren Mitarbeiter. X unterliegt in Rumänien einem progressiven Steuertarif, der einkommensabhängig ist und über die in § 8 Abs. 3 AStG genannte 25-%-Grenze hinausgeht. Eine rumänische Kapitalgesellschaft hingegen unterliegt einem regulären Körperschaftsteuersatz von 16 %.

Kann es richtig sein, dass § 20 Abs. 2 AStG bei ausländischen Betriebsstätten auch dann einschlägig ist, wenn eine ausländische Kapitalgesellschaft zwar niedrig besteuert i.S.d. § 8 Abs. 3 AStG wäre, natürliche Personen aber einem progressiven Steuertarif unterliegen, der im Einzelfall in Abhängigkeit von der Höhe des Einkommens zu einer höheren Besteuerung führen kann? Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 20 Abs. 2 AStG greift die Versagung der Steuerfreistellung auch in dieser Konstellation ein, auch wenn in der Literatur zu Recht eingewandt wurde, dass dies zu widersinnigen Ergebnissen führe.<sup>408</sup> Nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, dann kommt es wegen § 20 Abs. 2 AStG bei der Beurteilung in der Tat nur auf den Steuersatz für ausländische Kapitalgesellschaften an.

Selbst wenn natürliche Personen, sei es aufgrund ihrer Tätigkeit über ausländische Betriebsstätten (z.B. Einzelgewerbetreibende) oder über ausländische Personengesellschaften, einem individuellen Steuersatz vom 45 % unterliegen, würde die nach einem DBA gebotene Steuerfreistellung durch § 20 Abs. 2 AStG wieder ausgehebelt. Hier besteht in der Beratungspraxis immer noch eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit. M.E. ist § 20 Abs. 2 AStG teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass es im Fall der Betätigung natürlicher Personen über ausländische Betriebsstätten oder Personengesellschaften auf die Besteuerung der natürlichen Person ankommt.

Dass der Gesetzgeber sich einer solchen Auffassung nicht zwingend verschließen würde, folgt m.E. aus einem Umkehrschluss aus § 8 Abs. 3 Satz 3 AStG n.F. Danach liegt eine niedrige Besteuerung auch dann vor, wenn Ertragsteuern von mindestens 25 % rechtlich zwar geschuldet, aber nicht tatsächlich erhoben werden. Bezogen auf die Fiktion des § 20 Abs. 2 AStG, die ausländische Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft sei für Zwecke des Tatbestands der Hinzurechnungsbesteuerung wie eine Kapitalgesellschaft zu

---

<sup>408</sup> Auch wenn diese Norm freilich die Rechtsfolgenseite der Hinzurechnungsbesteuerung betrifft.

behandeln, ließe sich daher argumentieren, dass umgekehrt keine Niedrigbesteuerung vorliegt, wenn für ausländische Kapitalgesellschaften zwar rechtlich eine Steuer von weniger als 25 % geschuldet wird, aber (nunmehr für die zu betrachtenden natürlichen Personen) tatsächlich eine höhere Steuer erhoben wird. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Der Gesetzgeber ist hier gebeten, die ohnehin im Wortlaut missglückte Vorschrift des § 20 Abs. 2 AStG zu reformieren und den Bedürfnissen der Praxis anzupassen. Dies gilt beispielsweise auch für die Anwendung der Mitwirkungstatbestände,<sup>409</sup> auch wenn das Problem der Dienstleistungsbetriebsstätte von Freiberuflern und Gewerbetreibenden durch § 20 Abs. 2 Satz 2 AStG wenigstens für den Bedienenstatbestand endlich beseitigt worden ist (dazu bereits oben).

### **c. Vorgaben der ATAD I**

Wie oben bereits ausgeführt, enthält die Richtlinie keine gesonderten Bestimmungen über Betriebsstätten in der Hinzurechnungsbesteuerung, wie dies im deutschen Recht in § 20 Abs. 2 AStG umgesetzt ist. Auf der Tatbestandsseite gilt Art. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 ATAD I, so dass Betriebsstätten unter den dort genannten Voraussetzungen in die Steuerpflicht einbezogen werden. Dies kann allenfalls in Fällen der beschränkten Steuerpflicht und in Dreieckssachverhalten der Fall sein, die nach nationalem Recht strukturell unter § 50 Abs. 3 EStG fallen würden.

Wie bereits ebenfalls ausgeführt, ist der HS 2 des Art. 1 der Richtlinie insofern unklar, als nicht deutlich zum Ausdruck kommt, ob in diesen Fällen das in einem Drittstaat ansässige Unternehmen, das eine inländische Betriebsstätte unterhält, oder die inländische Betriebsstätte dieses ausländischen Unternehmens selbst der Steuerpflichtige i.S.d. Richtlinie sein soll. Ebenso ist unklar, ob nach dem Rechtstypenvergleich transparente ausländische Personengesellschaften, die nach herkömmlichem Verständnis als anteilige Betriebsstätte ihrer Gesellschafter anzusehen sind, als Unternehmen in diesem Sinne qualifizieren. Jedenfalls kann im Falle einer transparenten Besteuerung ihre Ansässigkeit nicht bestimmt werden, was ebenso gegen die Einbeziehung spricht wie die Tatsache, dass der HS 2 der Norm ausdrücklich allein auf Körperschaftsteuersubjekte abstellt. Insofern dürften Personengesellschaften ungeachtet ihrer Transparenz oder Intransparenz nur insofern

---

<sup>409</sup> Zu Problemen der Mitwirkungstatbestände allgemein *Haase*, IStR 2007, 437 ff.

tatbestandsmäßig sein, als an ihnen Körperschaftsteuersubjekte als Gesellschafter beteiligt sind.

Auf der Rechtsfolgenseite besteht nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 ATAD I, wie ebenfalls bereits dargestellt, das Problem, dass die Richtlinie den Begriff des „Unternehmens“ als Oberbegriff versteht mit den Begriffen „Unternehmen“ und „Betriebsstätte“ als Subbegriffen.

#### **d. Bewertung**

Die Gleichsetzung der Betriebsstätten mit den Körperschaften für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung ist hochproblematisch, weil der Besteuerung dieser Einheiten jedenfalls nach deutschem Verständnis, aber auch nach dem Verständnis der meisten Staaten, unterschiedliche Konzepte zugrunde liegen. Die Körperschaft ist ein eigenständiges Rechts- und Steuersubjekt, die Betriebsstätte ist ein unselbstständiger Unternehmensbestandteil, der der Körperschaft bzw. dem Stammhaus anhaftet und rechtlich und steuerlich nicht gesondert in Erscheinung tritt, von den Neuerungen des AOA einmal abgesehen (was ohnehin nur ein steuerlicher Kunstgriff ist).

Dieser Befund zeitigt allerlei Folgewirkungen: Ausschüttungen sind bei Betriebsstätten nicht denkbar, vielmehr wird ihr Gewinn automatisch dem Gewinn des Stammhauses zugerechnet und dort nach den für das Stammhaus geltenden Regeln besteuert. Eine „Beherrschung“ einer Betriebsstätte ist nach den herkömmlichen Begrifflichkeiten rechtlich nur schwer konstruierbar, sondern sie liegt, gewissermaßen systemimmanent, stets vor, ohne dass dies sich an Stimmrechten, am Kapital (was ja dann das Dotationskapital sein müsste) oder am Gewinn festmachen ließe. Die oben nur skizzierten Probleme der Fiktion des § 20 Abs. 2 AStG belegen dies, und diese sind den deutschen Verhandlungsführern, die an der Richtlinie mitgearbeitet haben, sicherlich (hoffentlich) bekannt gewesen, zumal der Switch-over des deutschen Rechts besser zur Systematik der Betriebsstättenbesteuerung passt als die pauschale Einbeziehung in die allgemeine Technik der Hinzurechnung.

Gleichwohl hat diese Erkenntnis offenkundig nicht zu einem systematisch sauberen Ergebnis beigetragen. Die Probleme des Gleichsetzens von Sachverhalten, die eigentlich inhaltlich nicht gleichzusetzen sind, zeigen sich daher auch anschaulich im Text der Richtlinie. Vielfach werden Begriffe verwendet, die eigentlich nicht auf Betriebsstätten passen (etwa „Stimmrechte“ in Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a) oder „Ausschüttung“ in Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie), und manche Vorschriften werden in praxi bei Betriebsstätten keinerlei

Anwendungsbereich haben, auch wenn diese ausdrücklich tatbestandsmäßig sind (etwa Art. 8 Abs. 6 ATAD I bei Veräußerungen).

Insgesamt spricht viel dafür, dass Deutschland an der Systematik des § 20 Abs. 2 AStG im Grundsatz festhalten sollte. Dies dürfte als richtlinienkonform einzuordnen sein, wenn man vom Ergebnis her denkt und sichergestellt ist, dass es in allen Fällen zu einer Hinzurechnungsbesteuerung kommt, in denen dies auch bei einer ausländischen beherrschten Körperschaft der Fall wäre. Freilich bedarf die Fiktion des § 20 Abs. 2 AStG einer grundlegenden Überarbeitung bzw. sie sollte besser durch betriebsstättenpezifische Tatbestandsmerkmale ersetzt werden. Eine „Beherrschungsbeteiligung“ beispielsweise liegt bei einem inländischen Stammhaus und einer ausländischen Betriebsstätte per se vor.

Bei der Niedrigbesteuerung sollte danach unterschieden werden, welches inländische Steuersubjekt die ausländische Betriebsstätte unterhält, und die Mitwirkungstatbestände müssten insoweit zielgenau überarbeitet werden, wenn man denn an ihnen festhalten wollte. Zwingend ist dies nicht, weil die Richtlinie insoweit nur in Art. 7 Abs. 2 lit. a) vi) Vorgaben enthält, die jedoch vom bisherigen deutschen Recht abweichen. Wegen Art. 3 der Richtlinie sind aber auch insoweit Verschärfungen denkbar.

## 2. Sonderfall: Nachgeschaltete Zwischengesellschaften

Eine Sonderregelung enthält § 14 AStG für sog. nachgeschaltete Zwischengesellschaften. Sie setzt voraus, dass inländische unbeschränkt Steuerpflichtige an einer ausländischen Obergesellschaft beteiligt sind, welche wiederum an einer ausländischen Untergesellschaft beteiligt ist, und sorgt dafür, dass die passiven Einkünfte der Untergesellschaft der Obergesellschaft zugerechnet werden und auf diese Weise in deren Hinzurechnungsbetrag Eingang finden (sog. übertragende Besteuerung). Einem mehrstöckigen Konzernaufbau im Ausland wird insoweit durch § 14 Abs. 3 AStG entgegen gewirkt<sup>410</sup>.

§ 14 AStG wirft in der Praxis im Grundsatz zwei Probleme auf, nämlich einerseits die Frage nach der Berechnung der Beherrschungsbeteiligung<sup>411</sup> und andererseits die Vermeidung der Doppelbesteuerung im Fall von Ausschüttungen und im Fall von Steuern, der die Untergesellschaft zu entrichten

---

<sup>410</sup> Es ist nicht erforderlich, dass die Obergesellschaft selbst niedrig besteuerte Zwischeneinkünfte erzielt, vgl. Tz. 14.0.1 AEASTG.

<sup>411</sup> Dazu *Kraft/Moser*, IStR 2013, 810 ff.

hat. Beide Probleme sind oben bereits im jeweiligen Sachzusammenhang benannt worden.

### 3. Sonderfall: Investmentfonds und AStG

Nach § 7 Abs. 7 AStG i.d.F. InvStRefG<sup>412</sup>, der mit Wirkung ab dem 1.1.2018<sup>413</sup> anzuwenden ist, sind die Abs. 1 bis 6a des § 7 AStG nicht anzuwenden, wenn auf die Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, die Vorschriften des InvStG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind. Die Vorschrift nimmt aber nur redaktionell die Änderungen auf, die neuerlich durch das InvStRefG notwendig geworden waren; einen Anwendungsvorrang des InvStG vor der Hinzurechnungsbesteuerung unter Verwendung eines dynamischen Verweises auf die Vorschriften des InvStG statuierte auch bereits die Vorgängervorschrift des § 7 Abs. 7 AStG<sup>414</sup>.

Darüber hinaus aber sind die durch das InvStRefG implementierten Änderungen im Investmentsteuerrecht durchaus erheblich: Dessen wesentliche Neukonzeption sieht eine Beendigung des Grundprinzips der steuerlichen Transparenz von Investmentfonds vor. Nach bisherigem Verständnis sollten die Anleger eines Fonds grundsätzlich so gestellt werden wie bei einer Direktanlage. Es sollte lediglich eine Einmalbesteuerung auf Ebene des Anlegers erfolgen, eine Besteuerung auf Fondsebene bestand hingegen nicht. Folglich war der inländische Investmentfonds sowohl von der Körper- als auch von der Gewerbesteuer befreit. Zielsetzung war es wie beschrieben, dass ein mittelbares Investment eines Anlegers über einen in- oder ausländischen Investmentfonds für ihn zu keiner höheren Steuerlast führt, als wenn er sein Investment unmittelbar getätigt hätte.

Künftig, d.h. ab dem 1.1.2018, sollen zwei Besteuerungssysteme nebeneinander Anwendung finden: Als Basis ein „intransparentes“ System für die Besteuerung für (Publikums-)Investmentfonds sowie ein „semi-transparentes“ Besteuerungsregime – ähnlich den bis zum 31.12.2017 geltenden Besteuerungsprinzipien – für sogenannte Spezial-Investmentfonds. Die erst

---

<sup>412</sup> Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG) v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730 ff.

<sup>413</sup> Vgl. § 21 Abs. 24 InvStG i.d.F. InvStRefG v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730 ff.

<sup>414</sup> Zum Verhältnis des InvStG zum AStG eingehend *Haug*, IStR 2016, 597 ff. und *Fock*, IStR 2006, 734 ff.; zur Systematik der Besteuerung offener Fonds und ihrer Anleger (am Beispiel des Immobilienfonds) nach alter Rechtslage ausführlich *Kaysner/Bujotzek*, FR 2006, 49 ff.

jüngst im Rahmen des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes<sup>415</sup> neu eingeführte steuerrechtliche Abgrenzung zwischen „Investmentfonds“ und den „Investitionsgesellschaften“ wird also bereits wieder aufgehoben.

Die zukünftigen Grundprinzipien der Besteuerung von Investmentfonds nach dem Trennungsprinzip treffen vor allem Privatanleger. Zu diesem Zweck begründet das neue Investmentsteuerrecht einen eigenständigen persönlichen Anwendungsbereich, der grundsätzlich auf den Anwendungsbereich des KAGB<sup>416</sup> Bezug nimmt. Zukünftig liegt ein Investmentfonds für Investmentsteuerzwecke vor, wenn das Anlagevehikel die Anforderungen an ein Investmentvermögen im Sinne des KAGB erfüllt. Somit werden sowohl sog. Organismen für gemeinsame Anlage in Wertpapieren (OGAW) als auch sog. Alternative Investmentfonds (AIF) erfasst.

Verschärfend sollen aber beispielsweise auch Investmentvehikel erfasst werden, die bisher aus einer Investmentbesteuerung ausschieden, da deren Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt war, sie ansonsten aber die übrigen Voraussetzungen eines Investmentfonds erfüllten. Für die in der Praxis gerne gegründeten sog. „Ein-Anleger-Fonds“, die bisher auch nicht der Aufsicht gemäß dem KAGB unterlagen, soll sichergestellt werden, dass diese zukünftig dem neuen Besteuerungsregime unterworfen werden können. Es werden folglich vor allem die bisherigen „offenen“ Investmentfonds sowie die bis zum 31.12.2017 nicht einbezogenen „Kapital-Investitionsgesellschaften“ durch die Investmentsteuer-Neukonzeption erfasst.

Für die Fondsbranche und insbesondere die Emissionshäuser für sog. geschlossene Fonds ist erfreulich, dass der Anwendungsbereich des neuen Investmentsteuergesetzes keine Investmentfonds in der Rechtsform in- oder vergleichbarer ausländischer Personengesellschaften erfasst. Diese Investitionsvehikel (derzeit: Personen-Investitionsgesellschaften) werden auch

---

<sup>415</sup> Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG), Gesetz v. 18.12.2013, BGBl. I 2013, 4318 ff.

<sup>416</sup> Kapitalanlagegesetzbuch v. 4.6.2013 (BGBl. I 2013, 1981 ff.), das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes vom 17.7.2017 (BGBl. I 2017, 2394 ff.) geändert worden ist.

weiterhin unverändert nach den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen der Besteuerung unterworfen.<sup>417</sup>

Aus der Sicht der Hinzurechnungsbesteuerung, zu der die ATAD I in diesem Zusammenhang im Übrigen keine Aussage trifft, ist diesbezüglich anzumerken, dass für diese nämlich Personengesellschaften ohne weiteres § 20 Abs. 2 AStG gilt. Für alle anderen, dem neuen Investmentsteuerrecht unterfallenden Vehikel lässt sich sagen, dass der Anwendungsvorrang des InvStG zwar aus praktischer Hinsicht zu begrüßen ist und insoweit eine Doppelbesteuerung im Grundsatz auch nicht eintreten kann, er aber angesichts der Neuausrichtung des Investmentsteuerrechts dogmatisch schwerer zu begründen ist als nach gegenwärtiger Rechtslage<sup>418</sup>: Die Neukonzeption des InvStG hätte prinzipiell auch dazu genutzt werden können, jedenfalls diejenigen Investmentfonds der Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwerfen, für die künftig das Trennungsprinzip greift, um dann für die Besteuerung auf der Ebene der Anleger die Normenkonkurrenz zwischen InvStG und EStG bzw. KStG vergleichbar der Regelung in § 3 Nr. 41 lit. a) EStG aufzulösen.

Dies gilt umso mehr, als auch § 7 Abs. 7 AStG n.F. nur auf die Konstellation abzielt, dass die Zwischengesellschaft selbst dem InvStG unterfällt. Nicht erfasst durch den Anwendungsvorrang der Vorschrift ist nach wie vor der Fall, dass die Zwischengesellschaft an einem unter das InvStG fallenden Vehikel beteiligt ist (und vice versa). Hierfür gelten die allgemeinen Vorschriften.

#### **4. Sonderfall: REIT und AStG**

Nach § 7 Abs. 8 AStG gilt Abs. 1 der Norm, falls unbeschränkt Steuerpflichtige an einer Zwischengesellschaft beteiligt sind und diese an einer Gesellschaft i.S.d. § 16 des REIT-Gesetzes<sup>419</sup> in der jeweils geltenden Fassung beteiligt ist, unbeschadet des Umfangs der jeweiligen Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft, es sei denn, dass mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet.

---

<sup>417</sup> Zur Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung auf Fonds in der Rechtsform von Personengesellschaften aus jüngerer Zeit vgl. *Brunsbach/Kraft*, IStR 2015, 305 ff.

<sup>418</sup> Dazu *Richter/Moser/Kraft*, Ubg 2014, 694 ff.

<sup>419</sup> Gesetz v. 28.5.2007, BGBl. I 2007, 914 ff.

Hierzu ist zu bemerken, dass sich der REIT als Investitionsvehikel jedenfalls für deutsche Anleger nicht durchgesetzt hat. Er spielt in der Praxis ein Schattendasein. Aber selbst soweit es sich um einen ausländischen REIT handelt, vollzieht sich die Besteuerung des im Inland ansässigen Anlegers nach den besonderen Vorschriften des REIT-Gesetzes, das die allgemeinen steuerlichen Vorschriften in ihrem Anwendungsbereich überlagert und verdrängt. Aufgrund der in diesem Gesetz genannten, besonderen Beteiligungsvoraussetzungen und -grenzen (10 % für eine direkte Beteiligung eines Aktionärs, § 11 Abs. 3 REIT-Gesetz) hat § 7 Abs. 8 AStG faktisch keinen Anwendungsbereich,<sup>420</sup> weil die Zwischengesellschaft i.S.d. § 14 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 AStG, d.h. zu mindestens 50 %, an dem ausländischen REIT beteiligt sein muss. Insofern erübrigen sich weitere Ausführungen, ein ersatzloses Streichen der Vorschrift würde der Gesetzeshygiene dienlich sein.

---

<sup>420</sup> Weitere Erläuterungen bei *Reiche* in Haase (Hrsg.), AStG/DBA, 3. Auflage 2016, § 7 AStG Rdn. 173.

## VIII. Bewertung und Ausblick

### 1. Auflösung des steuerpolitischen Polylemmas?

Diese Schrift handelt von dem steuerpolitischen Polylemma zwischen erstens nicht umgesetzten EuGH-Vorgaben, zweitens der ATAD I, drittens den Herausforderungen einer sich ändernden Weltwirtschaft und viertens dem berechtigten Steueranspruch des Staates. Man mag fünftens noch das ebenso berechnete, individuelle Interesse des Steuerpflichtigen hinzufügen, das regelmäßig darauf gerichtet sein wird, im Einklang mit der BFH-Rechtsprechung (Rs. VIII B 108/96) aufgrund zielgerichteter Steuerplanung möglichst wenig oder keine Steuern entrichten zu müssen.

Der deutsche Steuergesetzgeber hat zwar die Wahl zwischen mehreren systematischen Ansätzen zu einer Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, aber bei jedem dieser Ansätze ist es systemimmanent angelegt, dass andere – ebenso erstrebenswerte Ziele – nicht ausreichend berücksichtigt werden können. Basierend auf dem skizzierten Polylemma, das sich zwischen den genannten fünf Polen aufspannen lässt, hat der Gesetzgeber daher im Grundsatz die Wahl zwischen den folgenden fünf Optionen:

#### *Option 1*

Belässt man die §§ 7 ff. AStG auf dem derzeitigen Stand, trägt dies der Wirklichkeit des heutigen Wirtschaftslebens und den berechtigten Interessen des Steuerpflichtigen in keiner Weise Rechnung – und dies bereits ohne die heute noch nicht absehbaren Auswirkungen der digitalen Globalisierung. Zudem werden dann weder die EuGH-Rechtsprechung in der Rs. *Cadbury Schweppes* noch die ATAD I umgesetzt, was angesichts der Umsetzungsverpflichtung in Bezug auf die Richtlinie ein Gemeinschaftsrechtsverstoß wäre; es sei denn, man stellte sich auf den kühnen Standpunkt, die Richtlinie erfordere keinerlei Anpassungsbedarf. Diese Option untermauert daher einzig und allein den Steueranspruch des Staates, wenn auch nicht den berechtigten [sic!] Steueranspruch: In der derzeitigen Fassung kranken die §§ 7 ff. AStG an derartig vielen systematischen Fehlern, dass sie tatsächlich (und hoffentlich auch politisch) nicht mehr haltbar sind.

#### *Option 2*

Die vollständige, vorbehaltlose Anerkennung digitaler Geschäftsmodelle als maximale Ausprägung einer sich ändernden Weltwirtschaft in Bezug auf Substanzfragen wirft ebenfalls Probleme auf. Sie kommt zwar den Interes-

sen des Steuerpflichtigen am nächsten und wirft im Hinblick auf die ATAD I keine weiteren spezifischen Probleme auf, und auch *Cadbury Schweppes* wäre damit wohl in Einklang zu bringen: Es darf nicht vergessen werden, dass es in dem zugrunde liegenden EuGH-Verfahren um eine bloße Finanzierungstätigkeit ging, die ebenfalls nur ein Minimum an Substanz verlangt. Andererseits muss gesehen werden, dass dem steuerlichen Missbrauch ohne klare Regeln im Bereich der digitalen Wirtschaft Tür und Tor geöffnet wäre. Digitale Geschäftsmodelle sind flüchtig, und der berechtigte Steueranspruch des Staates darf nicht unterwandert werden. Dieses Ziel sollte jedoch mit maßvollen Substanzanforderungen verfolgt werden.

### *Option 3*

Eine Umsetzung der ATAD I i.S.e. wörtlichen Übernahme in das nationale Gesetz ist zwar denkbar, zieht aber Folgeprobleme nach sich. Insbesondere bedeutete dies einen vollständigen Systemwechsel, wenn man nur an das Umschwenken vom Aktiv- auf einen Passivkatalog schädlicher Einkünfte (Art. 7 Abs. 2 lit. a) ATAD I) oder die Alternative zum Passivkatalog in Form der Berücksichtigung von Einkünften aus unangemessenen Gestaltungen zum Zwecke eines steuerlichen Vorteils (Art. 7 Abs. 2 lit. b) ATAD I). Hier ist es wichtig, sich darauf zu besinnen, dass die Richtlinie erstens nur einen Mindeststandard sicherstellen möchte und dass zweitens eine Umsetzung der Richtlinie nicht zwingend bedeutet, dass auch die Systematik der Richtlinie vollumfänglich nachvollzogen wird. Lediglich inhaltlich muss eine Umsetzung erfolgen.

### *Option 4*

Eine ersatzlose Abschaffung der §§ 7 ff. AStG läge zwar ersichtlich im Interesse des Steuerpflichtigen und berücksichtigte auch die Belange einer sich beständig wandelnden Weltwirtschaft, liefe aber der Umsetzungsverpflichtung in Bezug auf die ATAD I zuwider und entzöge dem Fiskus das Besteuerungsrecht auch in den Fällen, in denen ein Steuervorteil auf einer rein künstlichen und daher missbräuchlichen Steuerstruktur beruht. Auch *Cadbury Schweppes* nötigt nicht zu einer Suspendierung oder Abschaffung von CFC-Rules im Allgemeinen, sondern grenzt lediglich substanzlose oder substanzschwache Tätigkeiten von substanzhaltigen Tätigkeiten ab.

## Option 5

Die fünfte Option für den Steuergesetzgeber besteht in einer vorbehaltlosen, konkreteren Umsetzung des *Cadbury Schweppes*-Urteils als nach der *lex lata* und einer Erstreckung seiner Wirkungen auch auf Drittstaatsachverhalte sowie Anwendungsfälle des (bisherigen) § 20 Abs. 2 AStG. Damit wäre für den Steuerpflichtigen in ganz praktischer Hinsicht viel gewonnen, und ein Widerspruch zur ATAD I liegt aufgrund des Mindeststandards nicht vor. Aufgrund des selbstständig neben dem steuerlichen Missbrauch stehenden zweiten Rechtfertigungsgrundes für die Hinzurechnungsbesteuerung, nämlich den steuerlichen Ausgleich im Inland für nicht gerechtfertigte Steuervorteile, die sich aus dem internationalen Steuersatzgefälle ergeben, verstieße diese Option allerdings gegen den zumindest von der Gesetzesbegründung getragenen und daher insoweit berechtigten Steueranspruch des Staates.

Diese Analyse zeigt, dass jeder Gesetzesneufassung des AStG zwangsläufig eine sachliche Gewichtung der Ziele vorausgehen muss, die mit der Neufassung erreicht werden sollen. Eine solche Gewichtung wird erschwert einerseits durch die Komplexität der Materie, die dem steuerlichen Laien kaum vermittelbar ist, sowie andererseits die Tatsache, dass sich jedermann jedenfalls „auf Stammtischniveau“ eine eigene Meinung zum Thema internationale Steuerarbitrage zu bilden erlaubt. Dies sät beim Steuergesetzgeber (und auch im BMF bzw. bei den verantwortlichen Politikern) den Nährboden für die Bildung verschiedener steuerpolitischer Interessengruppen, die sich – bezogen auf die Hinzurechnungsbesteuerung – *cum grano salis* mutmaßlich in die Gruppe der Fundamentalisten und die Gruppe der Realpolitiker einteilen lassen werden.

Die Fundamentalisten werden versuchen, bei einer ausländischen wirtschaftlichen Aktivität jede Abweichung im Steuersatz nach unten, die sich gegenüber dem inländischen Besteuerungsniveau ergibt, ersatzweise im Inland auszugleichen. Die Realpolitiker hingegen werden erkennen, dass sich die (Steuer)Welt, auch und gerade angesichts der digitalen Globalisierung, nicht in Schwarz und Weiß einteilen lässt und auch nicht so eingeteilt werden sollte. Bei angemessener wirtschaftlicher Unterlegung einer Aktivität im Ausland (ganz gleich, ob im EU/EWR-Ausland oder im Drittland) darf entsprechend für eine inländische Besteuerung kein Raum sein, zumal die Hinzurechnungsbesteuerung neben der reinen Steuerlast für den redlichen Steuerpflichtigen mit allerlei verwaltungstechnischen Imponderabilien verbunden ist.

Anders als bislang sollte daher eine Neufassung der Hinzurechnungsbesteuerung in theoretischer Hinsicht eher am Konzept der Kapitalimportneutralität als am Konzept der Kapitalexportneutralität ausgerichtet werden: Die Hinzurechnungsbesteuerung darf keinen Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen im Ausland bedeuten. Es muss gesehen werden, dass der Gang in das Ausland in ganz praktischer, aber auch in rechtlicher Hinsicht viele Risiken für den Steuerpflichtigen birgt. Wer diese Risiken in Kauf nimmt, beispielsweise um räumlich näher bei seinen Kunden und Märkten zu sein, sollte im Ergebnis auch nach den Regeln des ausländischen Staates und möglichst nur nach diesen Regeln besteuert werden. Dies gilt umso mehr, als die ausländischen Tochtergesellschaften unmittelbar oder mittelbar oft auch die Ertragskraft der inländischen Muttergesellschaft erhöhen (beispielsweise im Falle des Vertriebs von im Inland produzierten Produkten). Dies gilt ferner, weil Deutschland aus standortpolitischer Sicht auch umgekehrt daran interessiert sein müsste, dass andere Staaten Investitionen im Inland nicht durch den Erlass protektionistischer Steuerregeln erschweren.

Etwaige, durch das Konzept der Kapitalimportneutralität gleichwohl entstehende Steuermindereinnahmen sollten durch Anreize zu Investitionen im Inland für ausländische Investoren und damit einhergehende Steuermehreinnahmen wieder ausgeglichen werden. Regeln, die dem systematisch entgegenstehen (wie etwa § 50d Abs. 3 EStG), sollten abgeschafft oder jedenfalls modifiziert werden.

Eine systembedingte Minderbesteuerung, die auf einer substanzunterlegten Betätigung im Ausland beruht, sollte von einem Staat wie Deutschland, dessen Steuereinnahmen jährlich beständig steigen, hinzunehmen sein. Sie ist auch ökonomisch zu verkraften. Eine gestaltungsbedingte Minderbesteuerung jedoch, die im Sinne formaler Steuerplanung eine missbräuchliche Ausnutzung des internationalen Steuergefälles zum Ziel hat, kann und sollte im Inland steuerlich ausgeglichen werden. Nur in diesem Fall sind die Rechtfertigungsgründe stichhaltig, die seit jeher als Argumente für eine Hinzurechnungsbesteuerung angeführt werden: (1) Verhinderung von Steuerflucht, (2) Sicherstellung des deutschen Besteuerungssubstrats und (3) Gleichmäßigkeit der Besteuerung.

Dies vorausgeschickt, ergeben sich für eine Reform der Hinzurechnungsbesteuerung die folgenden konkreten Forderungen an den deutschen Gesetzgeber, wobei der Forderungskatalog auf das Unerlässliche reduziert wurde. Er ist das Ergebnis einer vertieften, mehr als fünfzehnjährigen theoretischen und praktischen Befassung mit den Vorschriften der §§ 7 ff. AStG,

und verbunden mit der Hoffnung, der Steuergesetzgeber möge die Gesetzesneufassung des AStG an den allgemeinen Prinzipien der Praktikabilität, des effizienten, aber gerechten Steuervollzugs, der Normenklarheit und der Rechtssicherheit orientieren. Sie sollten sich an sich in jedem Steuergesetz wiederfinden, blieben aber gerade in der jüngeren Vergangenheit allzu oft hinter den Erwartungen zurück.

## **2. Forderungen an den Steuergesetzgeber**

### **a. Beschränkung auf Missbrauchstatbestände**

Die Neuausrichtung der Hinzurechnungsbesteuerung sollte sich ausschließlich an Missbrauchserwägungen orientieren. Der im Inland ansässige Steuerpflichtige, der gänzlich ohne oder ohne zureichende Substanz über eine ausländische Gesellschaft tätig wird oder der nachweislich wesentliche Tätigkeiten, die nur zum Schein über die ausländische Gesellschaft abgewickelt werden, selbst erbringt, soll nicht in den Genuss einer etwaigen Steuersatzdifferenz zum Inland kommen.

Die in der Gesetzesbegründung zum AStG 1972 hingegen ebenfalls enthaltene und für einige Tatbestände insbesondere in § 8 Abs. 1 AStG verantwortliche Erwägung, wonach jedweder Steuervorteil, der auf einer Betätigung im Ausland beruht, durch eine ersatzweise Besteuerung im Inland ausgeglichen werden soll, sollte ausdrücklich aufgegeben werden. Sie ist angesichts der digitalen Globalisierung und dem freien Handel auf freien Weltmärkten nicht mehr zeitgemäß und widerspricht zudem dem Prinzip der Kapitalimportneutralität. Dieses Prinzip sollte sich künftig gegenüber einer an der Kapitalexportneutralität ausgerichteten Hinzurechnungsbesteuerung durchsetzen. Dies wäre auch insofern stimmig, als BMF und Politik jüngst mehrfach bekräftigt haben, an der Steuerfreistellungsmethode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung bei Unternehmensgewinnen festhalten zu wollen. Das ist eine Grundsatz- und Werteentscheidung zugleich. Da durch die Steuerfreistellungsmethode (im Gegensatz zur Steueranrechnungsmethode) gerade die Kapitalimportneutralität verwirklicht wird, wäre es mit der Exportorientierung der deutschen Wirtschaft schwer vereinbar, die Wettbewerbsneutralität aus fiskalischen Gründen auch bei Sachverhalten ohne Missbrauchscharakter wieder zu konterkarieren. Nur der Missbrauch sollte Grund sein, die Abschirmwirkung einer ausländischen Gesellschaft steuerrechtlich aufzuheben.

Vor diesem Hintergrund ist insbesondere § 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) und b) AStG unhaltbar. Lit. a) ist kein Missbrauchstatbestand, weil das immaterielle Wirtschaftsgut tatsächlich aus dem Ausland heraus genutzt und von dort aus lizenziert wird. Es wird dem Steuerpflichtigen aber zum Vorwurf gemacht, das Wirtschaftsgut im Inland entwickeln zu haben, und die dieser Entwicklung zeitlich nachgeschaltete, steuerlich vorteilhafte Verwertung soll durch eine laufende inländische Besteuerung wieder ausgeglichen werden. Dieses Problem aber sollte zielgenauer durch eine (maßvolle) Entstrickungsbesteuerung bzw. die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes im Falle einer Lizenzierung und ausdrücklich nicht über die Hinzurechnungsbesteuerung zu lösen sein. Das Verbringen des im Inland entwickelten immateriellen Wirtschaftsguts in das Ausland sollte besteuert werden, nicht aber die nach dem Verbringen entstehenden laufenden Einkünfte.

§ 8 Abs. 1 Nr. 6 lit. b) AStG ist ebenfalls kein Missbrauchstatbestand, weil die Besteuerung vom Bestehen oder Nicht-Bestehen eines DBA abhängig gemacht wird. Eigens gegründete Zweckgesellschaften werden in der privaten Vermögensverwaltung allenthalben eingesetzt. Ebenso wie im Inland sollte es nicht zu beanstanden sein, wenn der Steuerpflichtige eine (hier ausländische) Gesellschaft mit bereits versteuertem [sic!] Kapital ausstattet und diese Gesellschaft in Grundvermögen investiert. Zwar mag es in Einzelfällen dann zu Treaty-Shopping-Situationen kommen, etwa wenn der inländische Steuerpflichtige eine Gesellschaft im Staat A errichtet (DBA mit Freistellungsmethode), die dann ihrerseits in Grundvermögen im Staat B (aus deutscher Sicht DBA mit Anrechnungsmethode) investiert. Aber erstens sehen die meisten deutschen DBA für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen die Freistellungsmethode vor, zweitens läge bei einem Immobilieninvestment die Messlatte für den Substanztest i.S.d. Rs. *Cadbury Schweppes* denkbar niedrig, drittens hat der Steuerpflichtige auf die DBA-Politik der Bundesregierung keinen Einfluss, und viertens steht es dem Steuerpflichtigen im Sinne einer legalen Steuerplanung frei, Steuerarbitrage zu betreiben. Die Abschöpfung jedes Steuervorteils, die im Kern lediglich auf einem niedrigeren ausländischen Steuerniveau beruht, ist daher keine angemessene Richtschnur für eine zeitgemäße Hinzurechnungsbesteuerung. Ein Gleiches gilt für die „Strafbesteuerung“ des Inlandsbeteiligten aufgrund der Hinzurechnungsbesteuerung, die in vielfältigen Konstellationen eintreten kann und in der historischen Gesetzesbegründung ausdrücklich abgelehnt worden war.

Aus den gleichen Gründen sollte die Rechtsfigur der „Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter“ sowie die Zusammenrechnung der Beteiligungen mehrerer Steuerinländer gänzlich aufgegeben und der Schwellenwert für jede

Art der Inländerbeherrschung einheitlich bei 50 % (Beteiligung am Kapital oder Stimmrechte) beibehalten werden. Steuerlicher Missbrauch setzt voraus, dass der Steuerinländer das Geschehen in der Zwischengesellschaft beherrschen kann oder er zumindest mehrheitlich an den daraus erwirtschafteten Erträgen partizipiert. Bei Klein- oder gar Kleinstbeteiligungen (<1 %) aber ist eine solche Beherrschung bereits gesellschaftsrechtlich nicht denkbar. Selbst eine sog. Sperrminorität, die in vielen Rechtsordnungen ab einer Grenze von 10 %, 20 % oder 25 % die Durchsetzung von Minderheitenrechten eröffnet, ist nicht geeignet, die erforderliche Beherrschung des Geschehens durch den Steuerinländer zu begründen. Der Steuerinländer muss, um ihm im Ansatz einen Missbrauch vorhalten zu können, vielmehr das „Heft des Handelns“ in der Hand halten, und zwar entweder bei Gründung der Zwischengesellschaft oder jedenfalls ab einem späteren Beitritt.

Dies erfordert aber gesellschaftsrechtlich in aller Regel eine Mehrheit am Kapital oder an den Stimmrechten. Eine strenge Ausrichtung bzw. Bemessung der Beherrschung am jeweiligen ausländischen Gesellschaftsstatut wäre zwar optimal, aber mit hohen Befolgungskosten verbunden und darüber hinaus in tatsächlicher Hinsicht schlichtweg impraktikabel. Da die Beteiligungsgrenze von 50 % in vielen Rechtsordnungen als Schwelle zur Beherrschung anerkannt, in der ATAD I als Mindeststandard vorgegeben und verleiht auch nach deutschem Recht entsprechende Befugnisse und Möglichkeiten. Sie sollte daher als einheitlicher Maßstab im Sinne einer zulässigen Typisierung einer Missbrauchssituation herangezogen werden.

Die Konzentration auf Missbrauchsgesichtspunkte führt auch dazu, von einer Zusammenrechnung der Beteiligungen von Personen, die sich nicht einmal namentlich oder persönlich kennen müssen, Abstand zu nehmen. In einer solchen Situation ist ein Missbrauch evident nicht vorhanden. Einer etwaigen künstlichen Aufspaltung von Beteiligungen auf mehrere Personen im Wege eines kollusiven Zusammenwirkens kann durch die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO Rechnung getragen werden, wenn dadurch die Hinzurechnungsbesteuerung im Einzelfall gezielt umgangen werden sollte. Dies ist aber Tatfrage und wäre im nämlichen Einzelfall durch die Finanzbehörden aufzuklären und zu beweisen. Eine Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen aufgrund von § 17 Abs. 1 AStG oder § 90 Abs. 3 AO wäre insoweit nicht statthaft, weil es dem Steuerpflichtigen denklogisch unmöglich ist, den Umstand zu beweisen, dass er andere an der Zwischengesellschaft beteiligte Steuerinländer *nicht* kennt.

Die vorgenannten Forderungen wären im Rahmen der Vorgaben der ATAD I ohne weiteres umsetzbar. Maßgebend ist daher allein der politische Wille, der aufgrund des in Art. 3 der Richtlinie genannten Mindestschutzniveaus auch (weiterhin) darüber hinaus reichen könnte.

### **b. Beschränkung auf den betrieblichen Bereich**

Die Hinzurechnungsbesteuerung sollte sich auf Anteile an Zwischengesellschaften konzentrieren, die in einem inländischen Betriebsvermögen gehalten werden (sei es über § 15 EStG, sei es über § 8 Abs. 2 KStG). Anteile im Privatvermögen, die bei Veräußerung eine Besteuerung nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG oder § 17 EStG auslösen, sollten hingegen schon aus Gründen der Effizienz und der Praktikabilität aus dem Tatbestand ausgeklammert werden. Dies entspricht auch den Vorgaben der ATAD I, die sich auf Körperschaftsteuersubjekte und Betriebsstätten fokussiert, die nach bislang h.M. nicht über eine steuerliche Privatsphäre verfügen. Über Art. 3 der Richtlinie freilich bliebe eine Anwendung der §§ 7 ff. AStG auf natürliche Personen theoretisch weiterhin denkbar, wenn man dies gegenüber der Richtlinie nicht ohnehin als „aliud“ ansieht, das außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie liegt und damit weiterhin nationalstaatlich geregelt werden kann.

Auch in der Anwendungspraxis konzentriert sich die Hinzurechnungsbesteuerung auf den unternehmerischen Bereich. Im Privatbereich hingegen sind es fast ausschließlich Fälle von Einkünften mit Kapitalanlagecharakter oder sonstige vermögensverwaltende Tätigkeiten, die im Fokus stehen. Eher selten kommt es vor, dass eine Privatperson – ohne schon zuvor im Inland nennenswert unternehmerisch tätig geworden zu sein – im Ausland eine Zwischengesellschaft mit privaten Mittel gründet und diese aus dem Stand heraus in einem solchen Umfang mit personellen und sachlichen Ressourcen ausstattet, dass ernsthaft von einer unternehmerischen Betätigung gesprochen werden kann.

### **c. Beschränkung auf Zwischengesellschaften**

Die Hinzurechnungsbesteuerung sollte sich auf ausländische Zwischengesellschaften in der Rechtsform von Körperschaften beschränken. Ob aus deutscher Sicht insoweit eine Körperschaft vorliegt, wäre nach den Grundsätzen des Rechtstypenvergleichs zu ermitteln. Er hat sich, auch in der Praxis, bewährt. Ausländische Personengesellschaften und Betriebsstätten hingegen sollten im Grundsatz aus dem Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbe-

steuerung insoweit ausgenommen werden, als es die Anwendung von § 20 Abs. 2 AStG betrifft. Diesbezügliche Sachverhalte sollten allein über DBA-Regeln gelöst werden. Es wird also nach dem bilateralen Verhandlungsergebnis entschieden, ob insoweit die Freistellungsmethode Platz greift oder nicht.

Die in den Aktivitätskatalogen der älteren deutschen DBA enthaltenen Verweise auf Tatbestände des § 8 Abs. 1 AStG sollten in diesem Zusammenhang ebenfalls bei Neuverhandlungen eliminiert werden, weil sie nur auf die Tätigkeiten der ausländischen Einheit, nicht aber auf die Einflussnahmemöglichkeit des Steuerinländers abstellen. Dies mag Anlass geben, den Missbrauchsgedanken auch in die Aktivitätsklauseln zu übertragen. Soweit die ATAD I auch Betriebsstätten erfasst (vgl. Art. 1 HS 2 ATAD I), kommt eine Umsetzung dieser Überlegungen allerdings nicht in Betracht, weil Betriebsstätten mit Körperschaftsteuersubjekten rechtsfolgenrechtlich gleichgestellt werden.

#### **d. Anwendung von Verrechnungspreisregeln für Beziehungen zum Inland**

Jegliche Lieferungs- und Leistungsbeziehungen zwischen der Zwischengesellschaft und dem inländischen Gesellschafter bzw. einer diesem nahestehenden Person sollten vorrangig vor der Hinzurechnungsbesteuerung im Wege der konsequenten Anwendung der allgemeinen Verrechnungspreisgrundsätze behandelt werden, wozu es allerdings der Änderung des § 10 Abs. 1 S. 4 AStG bedarf. Dies trifft insbesondere auf die Mitwirkungs- und Bedienenstatbestände in § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5, aber auch auf Nr. 6 lit. c) und Nr. 7 AStG zu. Der Leistungsbeitrag des inländischen Gesellschafters oder der diesem nahestehenden Person muss zutreffend bemessen und bepreist werden. Nur soweit die Zwischengesellschaft über keinerlei Substanz verfügt und daher im Einzelfall ein Missbrauch zu besorgen ist, sollte das Regime der Hinzurechnungsbesteuerung eröffnet sein.

#### **e. Erstreckung des Substanztests auch auf Drittstaaten**

Es ist – bei unterstellt ausreichender Substanz – kein Grund ersichtlich, warum die Exkulpationsmöglichkeit nicht auch für Drittstaaten gelten sollte. Dies gilt ungeachtet der möglichen Aufklärung durch den EuGH in der Rs. C-135/17 und der Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit. Sowohl die ATAD I als auch die Gesetzesbegründung zum AStG 1972 beschreiben die Notwen-

digkeit eines Substanztests: Die Gesetzesbegründung ausdrücklich ohne Differenzierung in EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten, und die Richtlinie (vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 3 ATAD I) mit dem Hinweis, für Drittstaatenfälle könnten die Mitgliedstaaten eine Ausnahme vorsehen.

#### **f. Anpassung der Niedrigsteuergrenze**

Die Niedrigsteuergrenze in § 8 Abs. 3 S. 1 AStG sollte jedenfalls auf 15 % herabgesetzt werden, was wegen Art. 3 ATAD I zulässig wäre. Zulässig wäre freilich danach auch eine höhere Grenze. Die Historie der §§ 7 ff. AStG sowie die Gesetzesmaterialien belegen allerdings eindeutig, dass die Niedrigsteuergrenze allein am inländischen Körperschaftsteuersatz orientiert war, und dieser beträgt seit der Unternehmensteuerreform 2008 nicht mehr 25 %. Eine höhere Grenze unter Verweis auf die Gewerbesteuer ist systematisch nicht zu begründen.

#### **g. Anpassung der Freigrenze**

Die bislang in § 9 AStG normierte Freigrenze sollte der Tatsache Rechnung tragen, dass erstens heute weit mehr und kleinere Unternehmen international tätig sind als im Jahr ihrer Einführung 1972 (seinerzeit 120.000 Mark) und dass es zweitens sachgerecht wäre, nur Steuerpflichtige mit wirtschaftlich sehr nennenswerten Erträgen aus entsprechenden Tätigkeiten der Hinzurechnungsbesteuerung und der damit verbundenen Bürokratie zu unterwerfen. Dies gilt insbesondere, weil die gegenwärtige absolute Freigrenze von 80 TEUR auch im internationalen Vergleich sehr bzw. zu gering ausfällt.

Um den Steuerpflichtigen zu entlasten, sollte die Freigrenze zuvörderst nicht mehr in einem ersten Schritt relativ zu den gesamten Bruttoerträgen der Zwischengesellschaft ermittelt werden. Nicht nur gemischte Tätigkeiten, sondern jedwede Tätigkeiten im Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung sollten erfasst sein. Weiterhin sollte die Freigrenze als Freibetrag ausgestaltet und auf ein akzeptables Niveau angehoben werden. Sinnvoll erscheint als Parallele zur § 4h Abs. 2 lit. a) EStG a.F. bzw. zu den Regeln der US-amerikanischen Subpart F Legislation ein Freibetrag von 1 Mio. Euro.

#### **h. Ausnahme bei beschränkter Steuerpflicht**

Art. 1 HS 2 ATAD I behandelt eine m.E. Dreieckskonstellation, bei der die inländische Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens eine

beschränkte Steuerpflicht begründet. Nachdem die Richtlinie dies so festlegt, besteht hier für die Mitgliedstaaten wenig Spielraum. Konstellationen aber, in denen die Zwischengesellschaft selbst der beschränkten Steuerpflicht im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters unterliegt und was die gleichzeitige Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung nach derzeitiger Rechtslage nicht ausschließt, sollten künftig nicht mehr unter die §§ 7 ff. AStG fallen. Über die beschränkte Steuerpflicht, über deren Art und Ausmaß der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters selbst befinden kann, ist eine ausreichende steuerliche Vorbelastung sichergestellt.

### **i. Übergang zum Passivkatalog**

Die ATAD I gibt zwar einen Passivkatalog vor, jedoch geht es bei der Richtlinienumsetzung nicht um eine rein formelle Implementierung, sondern um eine inhaltliche Übernahme des Regelungsgehalts der Richtlinie. Insofern bliebe m.E. auch ein Aktivkatalog weiterhin zulässig. Aus Gründen der Klarheit allerdings sollte man sich entschließen, künftig einen Passivkatalog anzuwenden. Dieser hätte, vor allem bei weniger Ausnahmen und Rückausnahmen als derzeit, den Vorteil der Klarheit auf seiner Seite. Zudem wäre gewährleistet, dass neue Markttendenzen und Geschäftsmodelle künftig nicht mehr per se zu passiven Einkünften führen.

### **j. Vermeidung von Doppelbesteuerungen**

Bei der Neufassung des AStG sollten Doppelbesteuerungen, die im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung in vielfältigen Zusammenhängen auftreten können, durch umfassende gesetzliche Regelungen nicht nur abgemildert, sondern gänzlich verhindert werden. Doppelbesteuerungen, die aufgrund der zeitlich unterschiedlichen Erfassung des Hinzurechnungsbetrags entstehen können, sollten dabei allerdings a priori nicht mehr auftreten können, weil § 10 Abs. 2 S. 1 AStG insoweit nicht im Einklang mit der ATAD I steht (dort Art. 8 Abs. 4). Deren Vorschriften sehen zwar in Art. 8 Abs. 5 und 6 Regelungen über die Vermeidung von Doppelbesteuerungen vor – sie sind aber unvollständig, was beispielsweise die Anrechnung in Fällen des § 14 AStG bzw. die Einbeziehung ausländischer Steuern anbelangt, die auf einem ausländischen CFC-Regime beruhen.

§ 3 Nr. 41 lit. a) EStG, dessen zeitliche Begrenzung seinerzeit mit verwaltungstechnischen Schwierigkeiten begründet wurde, gehört ebenfalls reformiert, auch weil die Vorschrift nach neuester Überzeugung des BFH bei

Ausschüttungen auch innerhalb des 7-Jahres-Zeitraums zu einer Doppelbelastung nach § 8b Abs. 5 KStG führt. Weshalb aber verwaltungstechnische Schwierigkeiten eine verfassungsrechtliche Begründung für eine echte wirtschaftliche Doppelbelastung sein sollen, erschließt sich jedenfalls nicht unmittelbar. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Gewinnermittlung (d.h. die Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags) sich ohnehin nach deutschem Recht richtet, was in den meisten Fällen von der *lex loci* der Gewinnermittlung (nach oben) abweichen dürfte.

#### **k. Vollständige Umsetzung der Cadbury Schweppes-Vorgaben**

Die teilweise fortbestehende, verwaltungsseitige Anwendung der Vorgaben des BMF-Schreibens vom 8.1.2007 sollte aufgegeben werden. Die in der Rs. *Cadbury Schweppes* aufgestellten und oben unter Punkt II.3. behandelten, bislang nicht umgesetzten Monita des EuGH sollten ohne Einschränkungen beachtet werden. Umgekehrt sollten Anforderungen an den Substantztest, die nicht der Feder des EuGH entstammen, wieder gestrichen werden. Die ATAD I ist mit Vorgaben in dieser Hinsicht sehr zurückhaltend, sie erkennt lediglich die Notwendigkeit eines Substantztests an. Insofern sollte man sich unmittelbar am Primärrecht orientieren.

Darüber hinaus mag die Reform der Hinzurechnungsbesteuerung dazu genutzt werden, die bestehenden, teilweise erheblichen Inkonsistenzen zwischen Gesetz und begleitender Verwaltungsanweisung zu bereinigen. Die Erläuterungen zum Gesetz sollten präziser gefasst werden und objektiver bzw. ausgewogener werden, indem auf die Erfordernisse der Praxis und die berechtigten Interessen des Steuerpflichtigen Rücksicht genommen wird. Jedenfalls sollte der AEASStG keine über das Gesetz hinausgehenden Tatbestandsmerkmale aufstellen, weil dies im Bereich der Eingriffsverwaltung den Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt.

## Literaturhinweise

*Axer*, Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zur „doppelten Kohärenz“, IStR 2007, 162 ff.

*Bärsch/Quilitzsch/Schulz*, BEPS: Steuerliche Implikationen des Aktionsplans der OECD aus deutscher Sicht, ISR 2013, 358 ff.

*Bannes/Cloer*, BEPS Aktionsplan 3: Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2016, 1565 ff.

*Becker/Loose*, Besteuerung ausländischer Abspaltungen beim inländischen Anteilseigner, IStR 2010, 383 ff.

*Becker/Loose*, Zur Steuerpflicht von Drittstaatsverschmelzungen nach geänderter Auffassung der Finanzverwaltung, BB 2015, 1435 ff.

*Becker/Loose*, Zur Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf die Gewerbesteuer, IStR 2012, 57 ff.

*Becker/Loose/Misere*, Bewirkt § 20 Abs. 2 AStG eine Verrechnung ausländischer Betriebsstättenverluste im Inland?, IStR 2016, 353 ff.

*Beckschäfer*, Gesetzgeberische Reaktion auf die „Panama-Papers“, ZRP 2017, 41 ff.

*Benecke/Schnitger*, Neuerungen im internationalen Steuerrecht durch das JStG 2010, IStR 2010, 432 ff.

*Bergmann*, Missbrauch im Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie, StuW 2010, 246 ff.

*Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Auflage, Heidelberg 2017

*Blumers*, Aggressive Steuerplanung legal, aber jedenfalls verwerflich, BB 2013, 2785 ff.

*Blümich*, Kommentar EStG, KStG, GewStG, 137. Auflage, München 2017

*Böing*, Hinzurechnungsbetrag nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG für passive Tätigkeiten wird gewerbesteuerrechtlich gekürzt, EStB 2015, 199 ff.

*Bosch*, Gedanke zur Mißbrauchsvermutung des § 42 AO bei Zwischenschaltung einer Basisgesellschaft aus Sicht der steuerlichen Betriebsprüfung, IStR 1998, 392, 394

*Bogenschütz/Kraft*, Konzeptionelle Änderungen der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung und Verschärfungen im Bereich der Konzernfinanzierungseinkünfte durch das StMBG, IStR 1994, 153 ff.

*Broberg/Fenger*, Theorie und Praxis der Acte-clair-Doktrin des EuGH, EuR 2010, 835 ff.

*Bron*, Die Europarechtswidrigkeit des § 50d Abs. 3 EStG unter Berücksichtigung von Mißbrauchsvorbehalten im Gemeinschaftsrecht, DB 2007, 1273 ff.

*Brunsbach/Endres/Lüdicke/Schnitger*, Deutsche Abkommenspolitik, ifst-Schrift 492, 2013

*Brunsbach/Kraft*, Hinzurechnungssteuerliche Erklärungspflichtigen im Kontext personengesellschaftlich organisierter Fondsstrukturen, IStR 2015, 305 ff.

*Canaris/Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, München 2014

*Cherryman*, The New "Subpart F" Foreign Income Provisions of the Internal Revenue Code, 4 Wm. & Mary L. Rev. 172 (1963)

*Cortez*, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Köln 2013

*Crezelius*, Neuregelung des § 42 AO?, DB 2001, 2214 ff.

*Debatin*, Steueroasenländer, DB 1965, 1024 ff.

*Debatin*, Leitsätze, etc., DStZ 1971, 89 ff.

*De Broe*, Some observations on the 2007 communication from the Commission: 'The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries', EC Tax Review 2008, 142 ff.

*Diering*, Kritische Analyse der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Köln 2015

*Eberhardt/Watrin*, Ausschüttungen im System der Hinzurechnungsbesteuerung nach der Neufassung von § 8b Abs. 4 KStG, DStR 2013, 2601 ff.

*Eicker/Obser/Kessler*, Die Schweiz und das Europäische Steuerrecht, IStR 2005, 658 ff.

*Eilers/Hennig*, BEPS: Hinzurechnungsbesteuerung – BEPS und neue Rechtsentwicklungen, ISR 2015, 422 ff.

*Eismayr/Linn*, Änderungen des Außensteuergesetzes durch das JStG 2010, NWB 1/2011, 30 ff.

*Englisch*, Einführung in das juristische Denken

*Englisch*, Verbot des Rechtsmissbrauchs – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts StuW 2009, 3 ff.

*Fehling*, Was ist das Mindestschutzniveau n der „Anti-BEPS-Richtlinie“?, DB 2016, 2862 ff.

*Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld* (Hrsg.), Außensteuerrecht, Stand 08/2017, Köln 2017

*Florstedt*, Die allgemeine Missbrauchsregel in der Richtlinie über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, FR 2016, 1 ff.

*Förster/Schmidtman*, Umwandlungshindernis Hinzurechnungsbesteuerung? – Verbleibende Anwendungsfälle und Zweifelsfragen der Hinzurechnungsbesteuerung bei Umwandlungen nach SEStEG, Cadbury Schweppes und JStG 2008 –, in: Brähler/Lösel (Hrsg.), Das deutsche und internationale Steuerrecht: Gegenwart und Zukunft, Festschrift für Christian Djanani zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 2008, 55 ff.

*Fock*, Investmentsteuerrecht und Außensteuergesetz, IStR 2006, 734 ff.

*Franck*, § 20 Abs. 2 AStG auf dem Prüfstand der Grundfreiheiten – Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Mengozzi in der Rechtsache C-298/0& (Columbus), IStR 2007, 489 ff.

*Frotscher*, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, München 2015

*Füger*, Steuerliche Implikationen bei Änderung der inländischen Vertriebsstruktur von Steuerausländern, in Grotherr (Hrsg.), Handbuch der Internationalen Steuerplanung, 2. Auflage, Herne 2003, 751 ff.

*Gläser/Birk*, Die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem BFH-Urteil vom 11.3.2015 – Eine Bestandsaufnahme, ISR 2015, 233 ff.

*Goebel/Palm*, Der Motivtest – Rettungsanker der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2007, 720 ff.

*Gosch*, Ist das sog. Treaty override verfassungswidrig?, BFH/PR 2012, 235 ff.

*Glanegger/Güroff* (Hrsg.), Gewerbesteuergesetz, 9. Auflage, München 2017

*Gosch* (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, 3. Auflage, München 2015

*Gundel*, Auswirkungen der neuen Hinzurechnungsbesteuerung des Außensteuergesetzes auf internationale Finanzierungsgesellschaften, IStR 1993, 49 ff.

*Haarmann*, Wirksamkeit, Rechtmäßigkeit, Bedeutung und Notwendigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im AStG, IStR 2011, 565 ff.

*Haarmann*, Die Anrechnung ausländischer Steuern vom Einkommen auf die deutsche Gewerbesteuer, in: Lüdicke/Mellinghoff/Rödter (Hrsg.), FS für Dietmar Gosch, München 2016, 130 ff.

*Haase*, Der Wechsel zwischen aktiven und passiven Tätigkeiten in § 8 Abs. 1 AStG, IStR 2009, 24 f.

*Haase*, Die Hinzurechnungsbesteuerung, 2. Auflage, Herne/Berlin 2015

*Haase*, Das sog. Multilaterale Instrument, IWB 2017, 16 ff.

*Haase*, Ungereimtheiten der sog. Mitwirkungstatbestände des Außensteuergesetzes, IStR 2007, 437 ff.

*Haase*, Hinzurechnungsbesteuerung bei doppelansässigen Gesellschaften, IStR 2008, 695 ff.

*Haase*, Die „ausländische Gesellschaft“ i.S. des § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2014, 330 ff.

*Haase*, „Substanz, Substanz, ist das Gebilde von Menschenhand“, IStR 2016, 767 ff.

*Haase*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2016

*Haase*, Außensteuergesetz, Doppelbesteuerungsabkommen, 3. Auflage, Heidelberg 2016

*Haase/Steierberg*, Das neue BMF-Schreiben zur Anwendung von DBA auf Personengesellschaften, IWB 2014, 4 ff.

*Hahn*, Bemerkungen zum EuGH-Urteil „Cadbury Schweppes“, IStR 2006, 667 ff.

*Hammerschmitt/Rehfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung gemeinschaftsrechtswidrig, IWB Fach 3, Gruppe 1, 2293 ff.

*Haug*, Investmentfonds und Außensteuerrecht: Abgrenzungsfragen nach dem InvStRefG, IStR 2016, 597 ff.

*Hielscher/Beermann*, Der Hinzurechnungsbetrag gem. § 10 AStG unterliegt nicht der Gewerbesteuer – Die Folgen des BFH-Urteils vom 11.3.2015 für die Praxis, BB 2015, 2782 ff.

*Hey*, Spezialgesetzliche Missbrauchsgesetzgebung, StuW 2008, 167 ff.

*Hey*, Steuerrecht und Staatsrecht im Dialog: Nimmt das Steuerrecht in der Judikatur des BVerfG eine Sonderrolle ein?, StuW 2015, 3 ff.

*Höppner*, Nutzung von Doppelbesteuerungsabkommen und § 50d Abs. 1a EStG, in Haarmann (Hrsg.), Finanzierungen, Ausschüttungen und Nutzungsüberlassungen im internationalen Steuerrecht, Köln 1999

*Holle/Keilhoff*, IStR 2017, 245 ff.

*Hummel*, Drittstaatsabspaltungen im internationalen Steuerrechts – Diskussion einer möglichen Steuerbelastung im Inland, IStR 2016, 335 ff. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12

*Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.)*, AO/FGO, 243. Aktualisierung, Köln 2017

*Jochum*, Grundfragen des Steuerrechts, Tübingen 2012

*Kahlenberg*, Substanznachweis gem. § 8 Abs. 2 AStG auch in Drittstaaten-Fällen?, NWB 2016, 268 ff.

*Kamphaus/Weihmann*, Hinzurechnungsbesteuerung bei Auslandsumwandlungen – ein Leitfadens für die steuerliche Praxis, Ubg 2009, 502 ff.

*Kaminski/Strunk/Haase*, Anmerkung zu § 20 Abs. 2 AStG in der Entwurfsfassung des Jahressteuergesetzes 2008, IStR 2007, 726 ff.

*Kayser/Bujotzek*, Die steuerliche Behandlung offener Immobilienfonds und ihrer Anleger, FR 2006, 49 ff.

*Kempf/Kraft*, I Die Umschaltklausel des § 20 Abs. 2 AStG im Praxistest bei Personengesellschaften als zivilrechtliche Träger von Betriebsstätten, StR 2016, 220 ff.

*Kiegebeld*, Volume 18 (2009) / Issue 4 Editorial Anti-abuse in the Field of Taxation: Is There One Overall Concept?, EC Tax Review 2009, 144 ff.

*Kirchhof/Nieskens (Hrsg.)*, Festschrift für Wolfram Reiß, Köln 2008

*Klapdor*, Versuch einer ökonomischen Fundierung der Hinzurechnungsbesteuerung, Die Betriebswirtschaft 2002, 359 ff.

*Korn*, Einkommensteuergesetz, 102. Aktualisierung, Bonn 2017

*Kraft*, AStG-Kommentar, München 2009

*Kraft*, Der Hinzurechnungsbetrag als „inländische Einkünfte“ – Anmerkungen zum terminologischen und konzeptionellen Verständnis der obersten Finanzbehörden im Nichtanwendungserlass vom 14.12.2015, FR 2016, 257 ff.

*Kraft*, Konzeptionelle und strukturelle Defizite der Hinzurechnungsbesteuerung – Reformbedarf und Reformnotwendigkeit, IStR 2010, 377 ff.

*Kraft*, Steuererklärungspflichten im Kontext der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2011, 897 ff.

*Kraft*, Darlehensvergabe durch eine ausländische Landesholding an Konzerngesellschaften ist eine Vergabe von Kapital i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 7 AStG und weder eine Dienstleistung noch eine sog. aktive Tätigkeit, IStR 2016, 43 ff.

*Kraft*, Strukturen der Niedrigbesteuerung im System der Hinzurechnungsbesteuerung bei identischen Gewinnermittlungskonventionen im Aus- und Inland – illustriert anhand von Fallstudien, IStR 2016, 129 ff.

*Kraft*, Abweichende Bemessungsgrundlagen im Aus- und Inland als Ursache von Niedrigbesteuerung im System der Hinzurechnungsbesteuerung – illustrierte anhand von Fallstudien, IStR 2016, 276 ff.

*Kraft*, Verluste in der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2016, 909 ff.

*Kraft/Bron*, Implikationen des Urteils in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ für die Fortexistenz der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2006, 614 ff.

*Kraft/Kempf*, Die Umschaltklausel des § 20 Abs. 2 AStG im Praxistest bei Personengesellschaften als zivilrechtliche Träger von Betriebsstätten, IStR 2016, 220 ff.

*Kraft/Mauch*, Hinzurechnungsbesteuerung und Real Estate Investments – Teil II – Hinzurechnungssteuerliche Belastungswirkung ausgewählter Immobilieninvestmentstrukturen, IWB Nr. 5 v. 17.3.2017, 175 ff.

*Kraft/Moser*, Zur Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben und Werbungskosten im Zusammenhang mit dem Hinzurechnungsbetrag i.S.d. § 10 AStG, IStR 2012, 77 ff.

*Kraft/Moser/Richter*, Systeminkonsistenzen bei nachgeschalteten Zwischengesellschaften – offene Fragenkreise der maßgeblichen Beteiligungsquote, IStR 2013, 810 ff.

*Kraft/Nitzschke*, Der Kreditinstituts-Begriff des Außensteuergesetzes unter besonderer Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Einflüsse der 6. KWG-Novelle, IStR 2013, 427 ff.

*Kraft/Quilitzsch*, Belastungswirkungen der Hinzurechnungsbesteuerung unter dem Postulat steuerlicher Wettbewerbsneutralität – zugleich eine Warnung an die Gestaltungspraxis vor Hinzurechnungsfallstricken, IStR 2012, 109 ff.

*Kraft/Richter/Moser*, Genussrechte als Gestaltungsinstrument im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 AStG, DB 2014, 85 ff.

*Kraft/Seydewitz*, Gruppenbesteuerungs- und Verlustkompensationssysteme in der der Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2015, 1494 ff.

*Kraft/Seydewitz*, Hinzurechnungssteuerliche Problembereiche von Umwandlungen im Ausland in Unternehmensgruppen mit inländischer Spitzeneinheit, RIW 2016, 261 ff.

*Kraft/Schreiber*, Treaty Override und Hinzurechnungsbesteuerung – Bestandsaufnahme und Handlungsbedarf, FR 2015, 328 ff.

*Kraft/Schmidt*, Konzeptionsmängel der Hinzurechnungsbesteuerung bei Immobilieneinkünften, PISStB 2011, 14 ff.

*Kraft/Trennheuser*, Perspektiven der Behandlung von Umwandlungsgewinnen unter Subpart F und der deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2013, 42 ff.

*Köhler*, Die geliehene Substanz, IStR 2012, 1 ff.

*Köhler/Eicker*, Wichtige EuGH – Entscheidungen zur Hinzurechnungs- und Wegzugsbesteuerung, DStR 2006, 1871 ff.

*Köhler/Eicker*, Kritische Anmerkungen zum BMF-Schreiben „Cadbury Schweppes“ vom 8.1.2007, DStR 2007, 331 ff.

*Köplin/Sedemund*, Das BMF-Schreiben vom 8.1.2007 – untauglich, die EG-Rechtswidrigkeit der deutsche Hinzurechnungsbesteuerung nach Cadbury Schweppes zu beseitigen!, BB 2007, 244 ff.

*Kollruss*, Fiktive Anrechnung ausländischer Steuern im System der neuen Hinzurechnungsbesteuerung: Lässt sich die Hinzurechnung durch Gewinnausschüttung der ausländischen Zwischengesellschaft vermeiden?, IStR 2006, 519 ff.

*Kollruss*, Hinzurechnungsbesteuerung bei doppelt ansässigen Kapitalgesellschaften, IStR 2008, 316 ff.

*Kollruss*, Fiktive Dividenden im Lichte der gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegierung: Eine steuersystematische Analyse unter besonderer Berücksichtigung des ASTG-Hinzurechnungsbetrags, FR 2015, 693 ff.

*Kollruss*, Unionsrechtsbedingte Unanwendbarkeit der Lex Malta bei der Hinzurechnungsbesteuerung, FR 2016, 448 ff.

*Kopp*, Steuer- und „Substance“-Fragen bei Einsatz ausländischer Gesellschaften

*Körner*, IStR 2006, 675 ff. Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaften, ISR 2013, 274 ff.

*Lang*, Tax Rulings und Beihilferecht, IStR 2015, 369 ff.

*Lieber*, Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, FR 2002, 139 ff.

*Lieber*, Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der britischen Muttergesellschaft, FR 2006, 993 ff.

*Linn*, Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie der EU – Anpassungsbedarf in der Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2016, 645 ff.

*Lüdicke*, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, Baden-Baden 2008

*Lüdicke*, Pacta sunt servanda, DB 2012, Heft 21, M 1

*Lüdicke*, EU-Grundfreiheiten, DBA-Diskriminierungsverbot nach der Staatsangehörigkeit und Treaty Override, IStR 2017, 289 ff.

*Lüdicke/Mössner/Hummel (Hrsg.)*, Das Steuerrecht der Unternehmen, Festschrift für Gerrit Frotscher, Freiburg 2013

*Maack/Stöbener*, Die Niedrigbesteuerung des § 8 Abs. 3 AStG bei ausländischen Betriebstätten, IStR 2008, 461 ff.

*McMechan*, Economic Substance and Tax Avoidance: An International Perspective, 2013

*Mitschke*, Verhältnis von § 50d Abs. 8 und Abs. 9 EStG, FR 2012, 467 ff.

*Moser*, Die Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7-14 AStG und die Besteuerung ausländischer Familienstiftungen nach § 15 AStG, Diss., Köln 2015

*Moser*, Zur (Nicht-)Anwendung von § 8c KStG bei der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrages gemäß § 10 Abs. 3 AStG, IStR 2016, 462 ff.

*Musil*, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht, Diss., Berlin 2000, 79 ff.

*Mutter*, Internationale Gestaltungen mit Werkverträgen als Handelstätigkeit im Sinne des Außensteuergesetzes, IStR 2006, 262 ff.

*Oppel*, BEPS in Europa: (Schein-)Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch neue Richtlinie 2016/1164 mit Nebenwirkungen, IStR 2016, 797 ff.

*Patzner/Nagler*, Außensteuer: Unionsrecht und Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall, GmbHR 2017, 538 ff.

*Pezzer*, Zulässige Verlustnutzung und Gestaltungsmissbrauch nach § 42 Abs.2 AO n.F., FR 2002, 279 ff.

*Pinkernell*, Das Steueroasen-Dilemma der amerikanischen IT-Konzerne, IStR 2013, 180 ff.

*Pitzal*, Nicht- und Niedrigbesteuerung in Vorschriften des nationalen Außensteuerrechts und des Abkommensrechts, Diss., 2008

*Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, no 871, Band I, Paris 1900

*Rättig/Protzen*, Überblick über die Hinzurechnungsbesteuerung des AStG in der Fassung des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes, DStR 2002, 241 ff.

*Rättig/Protzen*, Die „neue Hinzurechnungsbesteuerung“ der §§ 7-14 AStG in der Fassung des UntStFG – Problembereiche und Gestaltungshinweise, IStR 2002, 123 ff.

*Rättig/Protzen*, Holdingbesteuerung nach derzeit geltendem und kommenden Außensteuergesetz, IStR 2000, 548 ff.

*Rättig/Protzen*, Das BMF-Schreiben vom 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04 (Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes), IStR 2004, 625 ff.

*Rainer/Müller*, Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG, IStR 2007, 151 ff.

*Rautenstrauch/Suttner*, Die EU Anti-BEPS-Richtlinie. Überblick und künftige Anpassungsnotwendigkeiten im deutschen Recht, BB 2016, 2391 ff.

*Reiser/Cortez*, Die Wirkung der Gewerbesteuer im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung, ISR 2013, 77 ff.

*Richter/Moser*, Zweifelsfragen im Zusammenspiel der Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7–14 AStG mit dem InvStG, FR 2015, 888 ff.

*Richter/Moser/Kraft*, Das Verhältnis des novellierten Investmentsteuerrechts zu den Vorschriften der §§ 7-14 AStG – eine Orientierungshilfe, Ubg 2014, 694 ff.

*Risch*, Steuerrecht und Europäisches Beihilferecht – Die Wahl zwischen Skylla und Charybdis?, BWGZ 2015, 443 ff.

*Rödder*, Ist der Hinzurechnungsbetrag gewerbsteuerpflichtig?, IStR 2009, 873 ff.

*Rödder/Schönfeld*, Mündliche Verhandlung vor dem EuGH in der Rechtsache „Cadbury Schweppes“: Wird sich der Missbrauchs begriff des EUGH verändern?, IStR 2006, 49 ff.

*Rödder/Schumacher*, Das Steuervergünstigungsabbaugesetz, DStR 2003, 805 ff.

*Rödel*, Ausländische Umwandlungen und Hinzurechnungsbesteuerung: Analyse unter Besonderer Berücksichtigung allgemeiner Regelungen zur Einkünftequalifikation, Wiesbaden 2006

*Ruf/Wohlfahrt*, Gewerbesteuerliche Folgen der Hinzurechnungsbesteuerung, Ubg 2009, 497 ff.

*Rust*, Die Hinzurechnungsbesteuerung: Notwendigkeit und Umsetzbarkeit einer Reform, Diss., München 2007

*Sedemund*, Cadbury/Schweppes: Britische Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung nur im Falle rein künstlicher Gestaltungen europarechtskonform, BB 2006, 2119 ff.

*Sedemund*, Europarechtliche Bedenken gegen den neuen § 8 Abs. 2 AStG, BB 2008, 696 ff.

*Seer*, Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, StuW 2015, 315 ff.

*Sedemund/Sterner*, Auswirkungen von Sitzverlegungen, Satzungsänderungen und Umwandlungen von ausländischen Zwischengesellschaften auf die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2005, 2777 ff.

*Seydewitz/Kraft*, Gruppenbesteuerungs- und Verlustkompensationssysteme in der Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2015, 1494

*Schanz/Feller*, Wieso Deutschland (fast) keine BEPS-Bekämpfung braucht; arqus Discussion Paper No. 171, Juli 2014

*Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, Köln 2017

*Schaumburg/Schaumburg*, Steuerliche Leistungsfähigkeit und europäische Grundfreiheiten im Internationalen Steuerrecht, StuW 2005, 306 ff.

*Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, Tübingen 2007

*Schmidt*, Einkommensteuergesetz, 36. Auflage, München 2017

*Schmidtman*, Hinzurechnungsbesteuerung bei internationalen Umstrukturierungen, Diss., Berlin 2007

*Schnitger*, Die Entstrickung im Steuerrecht, ifst-Schrift 487, 2013

*Schnitger*, Ausländische Umwandlungen – Fragen im Zusammenhang mit § 8 Abs. 1 Nr. 10 AStG, IStR 2010, 265 ff.

*Schnitger*, Die Niederlande als Niedrigsteuerland i.S. des § 8 Abs. 3 AStG und die gewerbsteuerliche Kürzung des Hinzurechnungsbetrags, IStR 2011, 328 ff.

*Schnitger/Oskamp*, Anwendung des § 8c KStG in der Hinzurechnungsbesteuerung, DStR 2017, 1409 ff.

*Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, Anmerkungen zu den Vorgaben für die Hinzurechnungsbesteuerung nach der sog. „Anti-BEPS-Richtlinie“, IStR 2016, 960 ff.

*Schnorberger/Dust/Golz*, Hinzurechnungsbetrag nach § 10 Abs. 1 AStG ist als Teil der gewerblichen Einkünfte auch Teil des Gewerbeertrages für Zwecke der Ermittlung des Gewerbesteuernachlassbetrages, IStR 2014, 269 ff.

*Schön*, Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013, 3 ff.

*Schön*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, DB 2001, 940 ff.

*Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und europäisches Gemeinschaftsrecht, Diss., Köln 2005

*Schönfeld*, Missbrauchsvermeidung und Steuervergünstigungen im Lichte des Europarechts, IStR 2012, 215 ff.

*Schönfeld*, Generalthema 1: Die Besteuerung von passiven ausländischen Einkünften innerhalb von Unternehmensgruppen, IStR 2013, 590 ff.

*Schönfeld/Süß*, Die Anwendung von § 10d EStG bei ausländischen Zwischengesellschaften, IStR 2014, 847 ff.

*Schönfeld*, Die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung im Verhältnis zur Schweiz. Zugleich Anmerkung zu FG Baden-Württemberg v. 12.8.2015 – 3 V 4193/13, EFG 2016, 17, IStR 2016, 416 ff.

*Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Anti-Tax-Avoidance-Directive, IStR 2017, 721 ff.

*Schönfeld*, Umsetzung der neueren EuGH-Rechtsprechung in Deutschland, in Lüdicke (Hrsg.), Brennpunkte im deutschen internationalen Steuerrecht, Köln 2010, 1 ff.

*Schönfeld/Gosch*, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten – Ein (vorläufiger) Zwischenstand, IStR 2015, 755 ff.

*Schönfeld/Hoene*, Hinzurechnungsbesteuerung doppeltansässiger Hinzurechnungsadressaten, IStR 2013, 349 ff.

*Schwetlik*, Unionsrecht und Hinzurechnungsbesteuerung, GmbH-StB 2017, 204 ff.

*Schreiber/Kraft*, Die Gewerbesteuerpflicht des Hinzurechnungsbetrags – Belastungseffekte, normative Analyse, systematische Rechtfertigung, IStR 2015, 149 ff.

*Schulte-Rummel*, Steuerumgehung und Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Hamburg 2005

*Schwenke*, Treaty override und kein Ende?, FR 2012, 443 ff.

*Schweinitz/Schneider-Deters*, Entwurf des Steuerumgehungsbekämpfungsgesetzes – Die Retourkutsche des Gesetzgebers auf die „Panama Papers“, IStR 2017, 344 ff.

*Stahl*, Die wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 2 AStG Missbrauchsdogmatik im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung, ISR 2014, 365 ff.

*Stahl*, Mitarbeiterentsendung und Mitwirkung nach dem AStG, ISR 2016, 229 ff.

*Stenert/Herrmann*, Die funktionale Betrachtungsweise am Beispiel der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, IStR 2013, 338 ff.

*Strunk/Haase*, Die tatbestandliche Erfassung von Genussrechten als Anteile an Kapitalgesellschaften bei der Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2007, 17 ff.

*Strunk/Kaminski/Köhler* (Hrsg.), AStG/DBA, 46. Aktualisierung, Bonn 2017

*Thiele*, Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht, Diss., Hamburg 2011

*Thiele*, Der unionsrechtliche Missbrauchsbegriff im Bereich der direkten Steuern, IStR 2011, 452 ff.

*Trennheuser*, US-amerikanische Subpart-F-legislation und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, Diss., Wiesbaden 2014

*Vanistendael*, Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?, EC Tax Review 2006, 192 ff.

*Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Heidelberg 1980

*Walz*, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, 482 ff.

*Wassermeyer*, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Cadbury Schweppes und deren Auswirkungen auf die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, GmbHR 2006, 1065 ff.

*Wassermeyer*, Der Wirrwarr mit den Aktivitätsklauseln im deutschen Abkommensrecht, IStR 2000, 65 ff.

*Wassermeyer*, Die Hinzurechnungsbesteuerung als Qualifikationsproblem des nationalen und des internationalen Steuerrechts, RIW 1983, 352 ff.

*Wassermeyer/Schönfeld*, Die Hinzurechnungsbesteuerung als Qualifikationsproblem des nationalen und des internationalen Steuerrechts, GmbHR 2006, 1065 ff.

*Wassermeyer/Schönfeld*, Die Niedrigbesteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG vor dem Hintergrund eines inländischen KSt-Satzes von 15 %, IStR 2008, 496 ff.

*Weber*, Verstößt die Hinzurechnungsbesteuerung bei Drittstaatsverhalten gegen die europarechtlich verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit? Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BFH v. 12.10.2016 – I R 80/14, DStR 2017, 1302 ff.

*Weber*, A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive, EC Tax Review 1996, 63 ff.

*Weinschütz*, Hinzurechnungsbesteuerung: Unionsrechtskonformität zweifelhaft, EFG 2016, 18 ff.

*Weiss*, § 8c KStG im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung: Offene Fragen bei der Anwendung der Auffassung der Finanzverwaltung, NWB 2016, 1360 ff.

*Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, Köln 2004

*Weller/Harms/Rentsch/Thomale*, ZGR 2015, 361 ff. Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen

*Wilke*, *Fraus legis europaea* – § 42 AO im Unionsrecht, UR 2011, 925 ff.

*Wrede*, Ökonomische Theorie des Steuerentzuges, Diss., Heidelberg 1993

*Zechner*, Die Meldepflicht des § 138 Abs. 2 Nr. 3 AO bei Beteiligungserwerb – Praktische Auswirkungen für Portfolioinvestoren, DStR 2003, 2010 ff.





## **ifst-Schriften 2017 / 2016 / 2015**

### **2017**

- Nr. 514 *Czakert*, Neue Entwicklungen bei der steuerlichen Amtshilfe
- Nr. 515 *Englisch*, Das neue MwSt-Sonderregime für Gutscheine
- Nr. 516 *Blumenberg*, Aktuelle Entwicklungen des EU-Beihilferechts im Bereich der deutschen Unternehmensbesteuerung
- Nr. 517 *Houben/Chirvi*, Reformnotwendigkeit und Reformalternativen für den Einkommensteuertarif
- Nr. 518 *Scheffler/Köstler*, Richtlinie über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage – mehr als eine Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung
- Nr. 519 Umverteilung in Deutschland: Was ist die Aufgabe des Steuersystems? – Ökonomische, rechtliche und politische Perspektiven –, Tagungsband zum ifst FORUM am 30. Mai 2017
- Nr. 520 Entwicklungslinien und Zukunft des deutsch-europäischen Steuerrechts/Brexit – Auswirkungen auf Europa, Tagungsband zur ifst-Jahrestagung am 26. Juni 2017
- Nr. 521 *Haase*, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung

### **2016**

- Nr. 508 *Wagschal/v. Wolfersdorff/Andrae*, Update Gewerbesteuer und Grundsteuer: Steuerentwicklung, Steuerwettbewerb und Reformblockaden
- Nr. 509 *Claus/Nehls/Scheffler*, Grundsteuern in der Europäischen Union
- Nr. 510 *Englisch/Becker*, Reformbedarf und Reformoptionen beim Ehegattensplitting

- Nr. 511 *Hey/Steffen*, Steuergesetzliche Zinstypisierungen und Niedrigzinsumfeld – insbesondere zur Gleichheitssatzwidrigkeit der Abzinsung von Pensionsrückstellungen gemäß § 6a Abs. 3 Satz 3 EStG –
- Nr. 512 *Greil*, Advance Pricing Agreements – Ein Instrument zur Steigerung der Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Geschäftsvorfällen zwischen verbundenen Unternehmen?
- Nr. 513 *Schwedhelm/Talaska*, Was kann ein Tax Compliance Management System leisten? – Zur Änderung des AEAO zu § 153 AO durch das BMF vom 23.5.2016 –

## 2015

- Nr. 502 *Büttner/Erbe/Hannig/v. Schweinitz*, Steuern und Abgaben im Finanzsektor II
- Nr. 503 *Nehls/Scheffler*, Grundsteuerreform: Aufkommens- und Belastungswirkungen des Äquivalenz-, Kombinations- und Verkehrswertmodells
- Nr. 504 *Andrae*, Grundsteuer und Gewerbesteuer: Update 2014 – Entwicklung der Hebesätze der Gemeinden mit 20.000 und mehr Einwohnern im Jahr 2014 gegenüber 2013 –
- Nr. 505 *Wilmanns/Menninger/Lagarden*, Marken in multinationalen Unternehmen – Verrechnungspreisaspekte aus dem Blickwinkel des nationalen und internationalen Steuerrechts
- Nr. 506 *Hey/Birk/Prinz/v. Wolfersdorff/Piltz*, Zukunft der Erbschaftsteuer, Wege aus dem Reformdilemma aus verfassungsrechtlicher, ökonomischer und rechtspraktischer Sicht
- Nr. 507 Die Vorschläge zum steuerpolitischen Ideenwettbewerb