Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.

Die Deutsche Kreditwirtschaft

Stellungnahme

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG)

Unsere Zeichen
AZ DK: ST-ÄndG
AZ DSGV:7600

Kontakt: Mathias Bohm
Telefon: +49 30 20225- 5266
Telefax: +49 30 20225- 5345
E-Mail: mathias.bohm@dsgv.de

Berlin, 29.04.2021

Federführer:
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin
Telefon: +49 30 20225-0
Telefax: +49 30 20225-250
www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Artikel 1 Änderung des Einkommensteuergesetzes

§ 4k EStG-E Betriebsausgabenabzug bei Besteuerungsinkongruenzen

§ 4k Abs. 1 EStG-E: Finanzinstrumente

Das in § 4k Abs. 1 S. 1 EStG-E vorgesehene Abzugsverbot ist spezifisch auf hybride Finanzinstrumente zugeschnitten (*"Aufwendungen für die Nutzung […] von Kapitalvermögen sind insoweit nicht als Betriebsausgaben abziehbar, als die den Aufwendungen entsprechenden Erträge auf Grund einer vom deutschen Recht abweichenden steuerlichen Qualifikation […] des Kapitalvermögens nicht oder niedriger als bei dem deutschen Recht entsprechender Qualifikation […] besteuert werden.").* Die Formulierung scheint jegliche Formen hybriden Kapitals und Wandelkapitals (Wandelschuldverschreibungen, Optionsschuldverschreibungen, Aktienanleihen, Pflichtwandelanleihen etc.) zu erfassen.

§ 4k Abs. 1 S. 1 EStG-E soll sogenannte "Deduction/No Inclusion"-Situationen erfassen, in denen die den Aufwendungen entsprechenden Erträge auf Grund einer vom deutschen Recht abweichenden steuerlichen Qualifikation des Kapitalvermögens nicht oder niedriger als bei dem deutschen Recht entsprechender Qualifikation besteuert werden. Zinszahlungen unter Anleihen sind Aufwendungen für die Nutzung von Kapitalvermögen und fallen damit prinzipiell in den Anwendungsbereich des § 4k Abs. 1 S. 1 EStG-E. Werden die Erträge bei einem ausländischen Anleger nach dem Steuerrecht seines Ansässigkeitsstaats dagegen z. B. als Dividenden betrachtet (und nicht wie nach deutschem Recht als Zinserträge steuerpflichtig) und als solche ganz oder teilweise von der Besteuerung ausgenommen, soll eine Nichtbesteuerung aufgrund einer abweichenden Qualifikation vorliegen. Auch die Gesetzesbegründung nennt Hybridanleihen und Genussrechte, die in einem Staat als Fremd- und im anderen Staat als Eigenkapital charakterisiert werden, als Anwendungsfall des § 4k Abs. 1 S. 1 EStG-E.

Damit ist festzuhalten, dass solche Zinszahlungen grds. nach dem Grundtatbestand des § 4k Abs. 1 S. 1 EStG-E vom Abzugsverbot erfasst sein können, soweit die entsprechenden Zinseinkünfte bei den Investoren aufgrund einer vom deutschen Recht abweichenden Qualifikation nicht oder niedriger als bei einer Qualifikation als Zinseinkünfte besteuert werden.

Die Prüfung solcher Qualifikationskonflikte kann bei am Kapitalmarkt notierter Anleihen kaum rechtssicher vorgenommen werden. Bei Kapitalbeschaffungsmaßnahmen an der Börse hat der Emittent in der Regel keine Kenntnis, wie der Anleihegläubiger die Erträge der Besteuerung unterwirft. Oftmals hat er schon keine Kenntnis über die Anleihegläubiger selbst. Auch mangelt es an individuellen Vereinbarungen im Rahmen des Emissionsvorgangs. Dem Emittenten als Schuldner kommt es allein auf die Kapitalbeschaffung an. Mangels vertraglicher Vereinbarungen über eine bewusste Berücksichtigung eines (zu sanktionierenden) steuerlichen Vorteils ist es u. E. verfehlt, in diesen Fällen eine „strukturierte Gestaltung“ anzunehmen. Es sollte daher für

am **Kapitalmarkt** emittierte Anleihen eine umfassende Ausnahmeregelung aufgenommen werden. Denn in diesen Fällen ist eine „strukturierte Gestaltung" nicht anzunehmen. Das gleiche sollte auch für nichtbörslich herausgegebene **sog. AT1- und AT2-Anleihen**, d. h. nachrangige Anleihen, die die Anforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR) als zusätzliches aufsichtsrechtliches Haftkapital erfüllen, gelten. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Ausführungen zu § 4k Abs. 6 EStG-E verwiesen.

Petitum:

- **Ausnahmeregelung für am Kapitalmarkt emittierte Anleihen bzw. nichtbörslich herausgegebene sog. AT1- und AT2-Anleihen, siehe ausführlich Petitum zu § 4k Abs. 6 EStG-E**

§ 4k Abs. 2 EStG-E: Zahlungen eines hybriden Unternehmens; fiktive Zahlungsvorgänge

§ 4k Abs. 2 EStG-E lässt keinen Betriebsausgabenabzug für Aufwendungen aus Leistungsbeziehungen zwischen einem hybriden Rechtsträger und seinen Anteilseignern oder zwischen Betriebsstätten eines Unternehmens zu, soweit keine Besteuerung der korrespondierenden Betriebseinnahmen im Ausland erfolgt.

Erst durch die Gesetzesbegründung wird bestimmt, welche Gestaltungen durch die Regelung erfasst werden sollen. Der Gesetzesbegründung (S. 40 Abs. 2) kann entnommen werden, dass § 4k Abs. 2 S. 1 EStG-E auf „Aufwendungen aller Art" anzuwenden ist – auch Zinsen, Lizenz-, Miet- und Dienstleistungsentgelte, die im Inland zu abzugsfähigen Betriebsausgaben (auch als Absetzung für Abnutzung) führen, ferner auch fiktive Aufwendungen z. B. nach der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaVO).

Nach Art. 9, 9b ATAD II sollen hingegen lediglich „Zahlungen" von dem Abzugsverbot getroffen werden. Die weite Fassung des Begriffs „Aufwendungen" ist einzuschränken. Nach dem Wortlaut der Richtlinie im Art. 2 Begriffsbestimmungen unter (9) ist eine „hybride Gestaltung" eine Situation zwischen einem Steuerpflichtigen in einem Mitgliedstaat und einem verbundenen Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat oder eine strukturierte Vereinbarung zwischen Parteien in Mitgliedstaaten, in der Unterschiede bei der rechtlichen Einordnung eines Finanzinstruments oder Unternehmens zu folgendem Ergebnis führen kann: ein und dieselben **Zahlungen, Aufwendungen oder Verluste** werden sowohl in dem Mitgliedstaat, aus dem die Zahlungen stammen bzw. in dem die Aufwendungen oder Verluste angefallen sind, als auch in einem anderen Mitgliedstaat abgezogen („doppelter Abzug"); eine **Zahlung** wird in dem Mitgliedstaat, aus dem sie stammt, abgezogen, ohne dass im anderen Mitgliedstaat eine entsprechende Besteuerung derselben Zahlung erfolgt („Abzug bei gleichzeitiger Nichtbesteuerung").

Die Argumentation der Gesetzesbegründung scheint daher nicht im Einklang mit der EU-Richtlinie zu sein und sollte aus unserer Sicht entfernt werden.

U. E. fehlt es den in § 4k Abs. 2 EStG-E enthaltenen Regelungen an hinreichender Bestimmtheit. Zur Erlangung von Rechtssicherheit sollten die erfassten Betriebsausgaben im Gesetz konkretisiert/definiert werden.

Um die Nichtabzugsfähigkeit der Aufwendungen nach § 4k Abs. 2 EStG-E zu vermeiden, soll nach der Gesetzesbegründung (S. 40, Abs. 1 letzter Satz) eine gleichwertige Besteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung und die Verrechnung mit negativen Einkünften ausreichen.

U. E. sollte die Nichtanwendungsregelung bei gleichwertiger Besteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung und bei Verrechnung mit negativen Einkünften im Gesetz verankert werden.

§ 4k Abs. 2 S. 3 EStG-E sieht als Ausnahmeregelung kein Betriebsausgabenabzugsverbot für die Fälle vor, in denen den „Aufwendungen“ „Erträge“ desselben Steuerpflichtigen gegenüberstehen, die der inländischen und der tatsächlichen Besteuerung im ausländischen Staat unterliegen, wenn die doppelte Besteuerung nicht durch Anrechnung vermieden wird.

Diese Ausnahmeregelung betrifft also nur doppelt erfasste Beträge, bei denen keine Steueranrechnung vorgesehen ist.

Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser Regelung vermieden werden, dass der Empfängerstaat im Fall eines hybriden Rechtsträgers bessergestellt wird, als wenn Deutschland der Qualifikation des Empfängerstaates folgen würde. Würde Deutschland den Betriebsausgabenabzug zulassen, würde sich im Empfängerstaat die anzurechnende Steuer vermindern.

Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum dann eine D/NI-Situation drohen soll. In diesem Fall käme es zu gar keiner Anrechnung, da sich Aufwendungen und Erträge in Deutschland neutralisieren würden. Streng genommen handelt es sich hierbei also nicht um eine Regelung zur Verhinderung von D/NI-Situationen, sondern um einen einseitigen Eingriff in die Aufkommensverteilung zwischen Deutschland und dem betroffenen Empfängerstaat.

§ 4k Abs. 2 S. 1 EStG-E sollte auch Sachverhalte treffen, auf die nach einem Doppelbesteuerungsabkommen die Anrechnungsmethode zur Anwendung kommt.

§ 4k Abs. 2 S. 3 EStG-E schränkt die Ausnahmeregelung auf Erträge desselben Steuerpflichtigen ein. Dies erscheint mit Blick auf ausländische Steuerpflichtige, die einer Gruppenbesteuerungsregelung unterfallen, nicht sachgerecht, weil nachteilig bzw. diskriminierend. Laut Gesetzesbegründung „Als Erträge des Steuerpflichtigen im Sinne des Satzes 3 gelten auch Erträge einer Organgesellschaft, deren Einkommen dem Steuerpflichtigen als Organträger zugerechnet wird.“

Petitum:

- **Bestimmung / Konkretisierung / Definition der erfassten Aufwendungen im Gesetz;**
- **Aufnahme der in der Gesetzesbegründung enthaltenen Nichtanwendungsregelung bei gleichwertiger Besteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung und bei Verrechnung mit negativen Einkünften im Gesetz;**
- **Erweiterung der Ausnahmeregelung dahingehend, dass auch Erträge von Steuerpflichtigen erfasst werden,**
  - **bei denen nach DBA die Anrechnungsmethode zur Anwendung kommt,**
  - **die einer Gruppenbesteuerungsregelung unterliegen.**

§ 4k Abs. 3 EStG-E: Zahlungen an hybride Unternehmen / unberücksichtigte Betriebsstätten; Zuordnungskonflikte bei Betriebsstätten; umgekehrt hybride Gestaltungen

Die Vorschrift trifft die Fälle, in denen die den Aufwendungen entsprechenden Erträge auf Grund der vom deutschen Steuerrecht abweichenden ausländischen Zurechnungsvorschriften in keinem Staat einer tatsächlichen Besteuerung (vgl. S. 2) unterliegen, insbesondere in Bezug auf

- im Sitzstaat des Gesellschafters als intransparent geltende, sog. umgekehrt hybride Rechtsträger;
- Betriebsstätten bei Inkongruenzen auf Grund abweichender Ertragszuordnung zu einzelnen Betriebsstätten.

Die Gesetzesbegründung enthält keine Erläuterungen. Die Regelung scheint Auffangregel zu sein.

Wie oben zur Gesetzesbegründung zu § 4k Abs. 2 S. 3 EStG-E ausgeführt, sollte eine gleichwertige Besteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung und die Verrechnung mit negativen Einkünften ausreichen, um die Nichtabzugsfähigkeit zu vermeiden.

Petitum:

- **Aufnahme der in der Gesetzesbegründung enthaltenen Nichtanwendungsregelung bei gleichwertiger Besteuerung im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung und bei Verrechnung mit negativen Einkünften im Gesetz.**

§ 4k Abs. 5 EStG-E: Importierte Besteuerungsinkongruenz

Die Vorschrift soll den Betriebsausgabenabzug bei inkongruenten Effekten der Besteuerung zweier Staaten versagt werden, die diese nicht beseitigen, sondern die ganz oder teilweise in das Inland verlagert werden (sog. importierte Besteuerungsinkongruenzen (vgl. Gesetzesbegründung S. 55 Abs. 2).

Voraussetzung für den Nichtabzug von Betriebsausgaben soll nach der Gesetzesbegründung eine „Verkettung" der hybriden Aufwendungen sein (vgl. S. 55 letzter Absatz). Die Regelung soll wohl vor allem Fälle der Refinanzierung treffen, wobei ein wirtschaftlicher Zusammenhang nicht bestehen muss, eine betragsmäßige Verkettung soll ausreichend sein.

U. E. ist eine rein betragsmäßige Verkettung zu unbestimmt.

Hier sollte z. B. das Beispiel 8.1 des BEPS Final Report on Action Point 2 zur Hilfestellung herangezogen werden.

> „The interest payment made by E Co and the payment giving rise to the hybrid deduction **<u>are part of the same structured arrangement.</u>**
>
> 5. In this case the money raised under the hybrid-financing instrument has been onlent to other group companies **<u>as part of the same financing arrangement</u>**. All the lending transactions and associated payments made under the group financing arrangement (including the loan to E Co) should be treated as part of the same structured arrangement. Accordingly, the payment made by B Co under the hybrid financial instrument, which gives rise to the hybrid deduction, and the imported mismatch payment made by E Co, which is subject to adjustment under the imported mismatch rules in Country E, should be treated as made under the same structured arrangement."

Übersetzt:

> „Die von E Co geleistete Zinszahlung und die Zahlung, die zum Hybridabzug führt, sind Teil desselben strukturierten Arrangements.
>
> 5. In diesem Fall wurde das im Rahmen des hybriden Finanzierungsinstruments aufgenommene Geld als Teil derselben Finanzierungsvereinbarung an andere Konzernunternehmen weitergegeben. Alle Darlehenstransaktionen und die damit verbundenen Zahlungen, die im Rahmen der Konzernfinanzierung getätigt wurden (einschließlich des Darlehens an E Co), sollten als Teil desselben strukturierten Arrangements behandelt werden. Dementsprechend sollten die von B Co im Rahmen des hybriden Finanzinstruments geleistete Zahlung, die zum hybriden Vorsteuerabzug führt, und die von E Co geleistete importierte Mismatch-Zahlung, die einer Anpassung gemäß

> den importierten Mismatch-Regeln in Land E unterliegt, als im Rahmen desselben strukturierten Arrangements geleistet behandelt werden."

D. h. „Verkettung“ sollte so verstanden werden, dass die Zahlungen Teil einer strukturierten Gestaltung sind. Die Fragestellung zur Prüfung der Verkettung sollte in Anlehnung an das Diagramm zu Beispiel 8.1. lauten: „Is that hybrid deduction made under a structured arrangement?“ Übersetzt: „Ist dieser Hybridabzug im Rahmen einer strukturierten Anordnung erfolgt?“

Petitum:

- **Bestimmung / Konkretisierung / Definition des Zusammenhangs durch „Verkettung“ im Sinne eines Veranlassungszusammenhangs.**

§ 4k Abs. 6 EStG-E: Betriebsausgabenabzugsverbot bei hybriden Gestaltungen

Nach § 4k Abs. 6 EStG-E soll die Hybrid Mismatch-Regelung nicht nur in Sachverhalten mit verbundenen Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG-E oder zwischen einem Unternehmen und seiner Betriebsstätte eingreifen, sondern auch, wenn eine „strukturierte Gestaltung“ vorliegt.

Eine strukturierte Gestaltung ist nach § 4k Abs. 6 S. 3 EStG-E anzunehmen, wenn eines von zwei alternativen Tatbestandsmerkmalen erfüllt ist: zum einen dann, wenn der steuerliche Vorteil, der sich ohne die Anwendung der vorstehenden Absätze ergeben würde, ganz oder zum Teil in die Bedingungen der vertraglichen Vereinbarungen eingerechnet wurde (Alt. 1), und zum anderen dann, wenn die Bedingungen der vertraglichen Vereinbarungen oder die den vertraglichen Vereinbarungen zugrundeliegenden Umstände darauf schließen lassen, dass die an der Gestaltung Beteiligten den steuerlichen Vorteil erwarten konnten (Alt. 2).

Nach der Gesetzesbegründung ist „insbesondere“ dann davon auszugehen, dass der Tatbestand der Alt. 1 erfüllt ist, wenn sich der Preis der vertraglichen Gestaltung von dem Preis unterscheidet, der vereinbart worden wäre, wenn die Besteuerungsinkongruenz nicht aufgetreten wäre.

Bei der Prüfung der Alt. 2 soll ein objektiver Maßstab zugrunde gelegt werden, sodass unerheblich sein soll, ob der Steuerpflichtige von der Entstehung des Steuervorteils oder seiner Beteiligung an der Struktur wusste.

Die erste Frage, die sich im Zusammenhang mit am Kapitalmarkt emittierten Finanzinstrumenten stellt, ist, ob diese überhaupt eine strukturierte Gestaltung i. S. d § 4k Abs. 6 S. 3 EStG-E darstellen können. Das Abzugsverbot für Fälle von D/NI-Inkongruenzen soll Art. 9 ATAD umsetzen. Die Voraussetzungen einer strukturierten Gestaltung wurden aus Art. 9 ATAD übernommen. Art. 9 Abs. 4 ATAD II räumt den Mitgliedsstaaten optional die Möglichkeit ein, bestimmte hybride Gestaltungen vom Geltungsbereich des Abzugsverbots auszunehmen. Nach

dem Buchstaben b der Vorschrift besteht diese Möglichkeit u. a. für hybride Gestaltungen, die sich aus einer Zinszahlung im Rahmen eines Finanzinstruments an ein verbundenes Unternehmen ergeben, sofern

- das Finanzinstrument Merkmale einer Umwandlung, eines Bail-in oder einer Abschreibung aufweist;
- das Finanzinstrument zum alleinigen Zweck der Erfüllung der für den Bankensektor geltenden Anforderungen in Bezug auf die Verlustabsorptionsfähigkeit ausgegeben wurde und das Finanzinstrument in den Anforderungen in Bezug auf die Verlustabsorptionsfähigkeit des Steuerpflichtigen als solches anerkannt ist;
- das Finanzinstrument (i) im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten mit Merkmalen einer Umwandlung, eines Bail-in oder einer Abschreibung auf der Ebene eines Mutterunternehmens, (ii) auf dem zur Erfüllung der geltenden Anforderungen in Bezug auf die Verlustabsorptionsfähigkeit erforderlichen Niveau, (iv) nicht als Teil einer strukturierten Gestaltung ausgegeben wurde und
- der Nettoabzug insgesamt für die konsolidierte Gruppe im Rahmen der Gestaltung nicht den Betrag überschreitet, der sich ergäbe, wenn der Steuerpflichtige ein solches Finanzinstrument direkt auf dem Markt ausgegeben hätte.

Die Ausnahmeregelung hat nur einen zeitlich begrenzten Anwendungsbereich bis zum 31.12.2022 und ist offenkundig auf AT1-Instrumente gemünzt. Da die ATAD II nur Regelungsbedarf für verbundene Unternehmen sah, liegt der Erst-Recht-Schluss nahe, dass Zinszahlungen unter AT1-Instrumenten an fremde Dritte schon gar nicht vom Anwendungsbereich der ATAD erfasst sein sollen. Nach Erwägungsgrund 28 der ATAD II sollen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie zudem die Erläuterungen und Beispiele im BEPS-Bericht der OECD/G20 zu Aktionspunkt 2 heranziehen. Dem Abschlussbericht nach soll das Abzugsverbot zwischen fremden Dritten nur zum Tragen kommen, wenn eine strukturierte Gestaltung vorliegt. Im OECD 2014 Diskussionsentwurf empfiehlt die OECD, das Abzugsverbot nicht auf die Emittenten weitverbreiteter Finanzinstrumente anzuwenden. Die einschlägige Passage des Dokuments lautet: "An instrument that is widely-held will typically be offered to the public, will have market standard terms and conditions and will provide holders with a market rate of return. The fact that the same instrument is widely held by different taxpayers across a number of jurisdictions makes it more difficult for the issuer to apply the rule or to deliberately engineer a hybrid mismatch. An issuer of a widely-held instrument may have little, if any, control over who the holder will be and it may not be practical to expect the issuer to collect the necessary information and make the tax calculations required to comply with the hybrid mismatch rule.“ Diese Vorgaben treffen auf am Kapitalmarkt emittierte Anleihen zu.

Laut Richtlinie ist eine hybride Gestaltung „eine Situation zwischen einem Steuerpflichtigen in einem Mitgliedstaat und einem verbundenen Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat **oder eine strukturierte Vereinbarung** zwischen Parteien in Mitgliedstaaten, in der Unterschiede

bei der rechtlichen Einordnung eines Finanzinstruments oder Unternehmens zu folgendem Ergebnis führen ...“ Bei Kapitalbeschaffungsmaßnahmen von Kapital an der Börse hat der Emittent in der Regel keine Kenntnis, wie der Anleihegläubiger die Erträge der Besteuerung unterwirft. Oftmals hat er schon keine Kenntnis über die Anleihegläubiger selbst. Auch mangelt es an individuellen Vereinbarungen im Rahmen des Emissionsvorgangs. Dem Emittenten als Schuldner kommt es allein auf die Kapitalbeschaffung an. Mangels vertraglicher Vereinbarungen über eine bewusste Berücksichtigung eines (zu sanktionierenden) steuerlichen Vorteils ist es u. E. verfehlt, in diesen Fällen eine „strukturierte Gestaltung“ anzunehmen. Dies entspricht dem Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte der Richtlinie.

Nach Absatz 6 S. 4 der Vorschrift wird ein Steuerpflichtiger ausnahmsweise nicht als Teil einer strukturierten Gestaltung behandelt, wenn nach den äußeren Umständen vernünftigerweise nicht davon auszugehen ist, dass ihm der steuerliche Vorteil bekannt war und er nachweist, dass er nicht an dem steuerlichen Vorteil beteiligt wurde.

Laut Gesetzesbegründung könnte die **Ausnahme insbesondere bei über eine anerkannte Börse an fremde Dritte ausgegebenen Anleihen** vorliegen, bei denen der Zins so berechnet ist, dass er auch für Anleger attraktiv ist, bei denen die Zinssätze regulär besteuert werden.

Die Formulierung im Gesetz, wonach der Steuerpflichtige nicht als Teil einer strukturierten Gestaltung behandelt wird, wenn ihm die Besteuerungsinkongruenz nicht bewusst war oder er von ihr nicht profitiert hat, bzw. in der Gesetzesbegründung (S. 46), wonach dieses Merkmal anhand äußerer Umstände aus Sicht eines verständigen Dritten zu beurteilen ist, trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, wie dieser Nachweis zu führen ist. Sofern dem Steuerpflichtigen für den Nachweis dieses negativen Tatbestandsmerkmals nicht Beweiserleichterungen gewährt werden, könnte die Anwendung der Rückausnahme faktisch an der Nichterbringbarkeit dieses Nachweises scheitern.

Daher sollte eine Mittelaufnahme am Kapitalmarkt – wenn sie schon nicht allgemein vom Anwendungsbereich von § 4k EStG-E ausgenommen werden (hierzu siehe oben zu § 4 k Abs. 1 EStG-E) – explizit nicht als strukturierte Gestaltung im Sinne des Satzes 3 verstanden werden.

Sollte sich der Gesetzgeber hierzu nicht im Gesetz entschließen können, sollte jedenfalls in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass und welche weiteren Fallgruppen neben den über eine anerkannte Börse ausgegebenen Anleihen, d. h. welche Asset-Klassen bei Bankanleihen, von der Ausnahmeregelung umfasst sind.

In Rede für eine **Ausnahmeregelung** stehen hier auch nichtbörslich herausgegebene **sog. AT1- und AT2-Anleihen**, d. h. nachrangige Anleihen, die die Anforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR) als zusätzliches Haftkapital erfüllen.

Nicht Teil einer strukturierten Gestaltung sind auch nachrangige (nichtbörslich ausgegebene) Anleihen, die die Anforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR) als zusätzliches Haftkapital (Additional Tier 1, Additional Tier 2) erfüllen. Strukturierung impliziert eine aktive

Herbeiführung der Hybridität. Bei Anleihen, die lediglich die Anforderungen der CRR umsetzen, kann nicht von einer Strukturierung gesprochen werden, da kein Raum für Strukturierungen verbleibt. Die Anlagebedingungen müssen den vorgegebenen Anforderungen entsprechen.

Petitum:

- **Erweiterung der Ausnahmeregelung ausdrücklich auf Mittelbeschaffungen am Kapitalmarkt (für am Kapitalmarkt emittierte Anleihen);**
- **Erweiterung der Ausnahmeregelung auf nachrangige (nichtbörslich ausgegebene) AT1- und AT2-Anleihen im Sinne der Anforderungen der Capital Requirements Regulation (CRR) für das Erfüllen der Voraussetzungen als zusätzliches Haftkapital (Additional Tier 1, Additional Tier 2) erfüllen;**
- **Klarstellung, wie der Nachweis nach § 4k Abs. 6 S. 4 EStG-E zu erbringen ist.**

§ 50d Abs. 9 Nr. 3 EStG-E – Hybride Betriebsstätten

Aufgrund der Empfehlung 1.1 des OECD-Berichts zur Neutralisierung der Effekte sog. „hybrid Branches“ (Hybrid Branch Bericht 2017) soll nach der Gesetzesbegründung die grundsätzlich geltende Freistellungsmethode aufgehoben werden, soweit Zahlungen, die aus Sicht des Stammhausstaates der Betriebsstätte (und damit der Besteuerung des Betriebsstättenstaates) zuzuordnen sind, dort aber nicht versteuert werden. Gleiches soll dann gelten, wenn der Betriebsstättenstaat eine Zuwendung der Betriebsstätte an das Stammhaus steuerlich als abzugsfähig erachtet, der korrespondierende Ertrag im Stammhausstaat steuerlich aber nicht erfasst wird (z. B. Zinsen aufgrund einer fiktiven Verzinsung des Dotationskapitals).

Nach § 50d Abs. 9 Nr. 3 EStG-E soll der Anwendungsbereich der „Switch-Over“-Regelung (Anwendung der Anrechnungsmethode statt der nach dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen eigentlich anzuwendenden Freistellungsmethode) erweitert werden, um ausländische Steuervergünstigungen zu neutralisieren.

Nach dem zweiten Satzteil soll ein Switch-over insoweit stattfinden, wie „die Einkünfte in dem anderen Staat nur deshalb nicht steuerpflichtig sind, weil […] aufgrund einer anzunehmenden schuldrechtlichen Beziehung die steuerliche Bemessungsgrundlage in dem anderen Staat gemindert wird“. Unter Verweis auf die Definition in § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 AStG würde ein *Switch-over* demnach auch dann vorgenommen werden, soweit (irgendwelche) Zahlungen von der Betriebsstätte an das Stammhaus erfolgen. Ein so weites Verständnis würde aber die Freistellungsmethode in fast allen Betriebsstättenfällen durch die Anrechnungsmethode ersetzen, da solche Zahlungen der Regelfall sein dürften. Daher sollte nur dann die Freistellung versagt werden, soweit Zahlungen vorliegen, die nicht im Einkommen des Stammhaues erfasst werden.

Es wird um gesetzliche Klarstellung gebeten, dass nicht auf alle zwischen dem Steuerpflichtigen und seiner ausländischen Betriebsstätte bestehenden Geschäftsvorfälle abzustellen ist. Zudem

sollte die Gesetzesbegründung Beispiele bzw. konkrete Fälle aufzeigen. Der Gesetzgeber wiederholt an dieser Stelle leider nur den Wortlaut des Gesetzes unter Verweis auf den OECD Bericht (Hybrid branch-Bericht 2017).

Petitum:

- **Klarstellung/Einschränkung der anzunehmenden schuldrechtlichen Beziehung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte;**
- **Erweiterung der Gesetzesbegründung um konkrete Anwendungsfälle.**

Artikel 3 Änderung des Gewerbesteuergesetzes

§ 8 Nr. 5 GewStG-E: Hinzurechnung – Streichung Ausnahme für Ausschüttungen im Sinne des § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG

Die allgemeine Entlastungssystematik – Freistellung nach § 3 Nr. 41 EStG – sollte beibehalten werden. Dementsprechend sollte § 8 Nr. 5 S. 2 GewStG beibehalten werden.

Petitum:

- **Keine Aufhebung von § 8 Nr. 5 S. 2 GewStG.**

Artikel 5 Änderung des Außensteuergesetzes

§ 1 Abs. 2 AStG-E: Nahestehende Person

Die Definition der „nahestehenden Person“ in § 1 Abs. 2 S. 1. Nr. 1 Buchst. b) AStG-E ist neu strukturiert und ausgeweitet worden mit Blick darauf, dass sich eine „wesentliche Beteiligung“ aus dem gezeichneten Kapital, den Mitgliedschaftsrechten, den Beteiligungsrechten, den Stimmrechten oder dem Gesellschaftsvermögen ergeben kann. Damit werden künftig auch Mehrfachstimmrechte, stimmrechtslose Anteile, Stimmrechtsbindungen oder vergleichbare Vorgänge für die Erfüllung des Tatbestands von Bedeutung sein.

Die Definition geht inhaltlich über die Vorgaben der ATAD II-Regelung durch Verweis auf die Beteiligung am Liquidationserlös und weitere (überschießende) Regelungsinhalte weit hinaus.

Art. 2 Abs. 4 ATAD II definiert ein verbundenes Unternehmen als

- „a) ein Unternehmen, an dem der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25% hält oder bei dem er Anspruch auf mindestens 25% der Gewinne dieses Unternehmens hat;

- b) eine Person oder ein Unternehmen, die/das unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25% an einem Steuerpflichtigen hält oder Anspruch auf mindestens 25% der Gewinne des Steuerpflichtigen hat;“

Die Definition in § 1 Abs. 2 S. 1. Nr. 1 Buchst. b) AStG-E weicht auch von dem Verständnis des Begriffs des „verbundenen Unternehmens“ im internationalen Steuerrecht, insbesondere dem des OECD-Musterabkommens und der ihm nachgebildeten Doppelbesteuerungsabkommen ab.

Zur Vermeidung der Gefahr von Doppelbesteuerung sollte hier die Vorgabe der ATAD II-Richtlinie bzw. eine dem internationalen Verständnis entsprechende Definition zu Grunde gelegt werden.

Obwohl sich durch Umnummerierung des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AStG in künftig Nr. 4 der Gesetzeswortlaut inhaltlich nicht geändert hat, soll laut Gesetzesbegründung zu Nr. 4 (vgl. S. 53) ein Nahestehen nunmehr auch durch eine enge strategische und fachliche Vernetzung begründet werden. Für eine solche erweiternde Auslegung besteht u. E. kein Grund – zumal unbestimmt ist und damit offenbleibt, wann eine solche Vernetzung gegeben sein soll. Im Übrigen erscheint eine dahingehende Auslegung unzulässig angesichts des Umstands, dass die Finanzverwaltung das Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen nachzuweisen hat.

Von der Gesetzesbegründung ist Abstand zu nehmen. Eine enge strategische und fachliche Vernetzung vermag kein Nahestehen im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AStG-E begründen.

Petitum:

- **Definition der „nahestehenden Person“ entsprechend der Vorgabe der ATAD II-Richtlinie bzw. der Definition des OECD-Musterabkommens;**

- **Streichung des Verweises auf die Beteiligung am Liquidationserlös und weiterer (überschießender) Regelungsinhalte;**

- **Klarstellung, dass eine enge strategische und fachliche Vernetzung kein Nahestehen begründet – entgegen der Gesetzesbegründung.**

§ 7 Abs. 5 AStG-E: Beteiligung an ausländischer Zwischengesellschaft

i. V. m. § 10 Abs. 6 AStG-E (Minderung Hinzurechnungsbetrag) und § 11 Abs. 1 AStG-E (Kürzungsbetrag bei Gewinnausschüttung) Wegfall: Vorrang des Investmentsteuergesetzes (bisher geregelt in § 7 Abs. 7 AStG)

Das Vorrangverhältnis im § 7 Abs. 5 S. 1 AStG-E betrifft auf den ersten Blick nur den Investmentfonds selbst und bezieht sich nicht auf die vom Investmentfonds gehaltenen Beteiligungen. Die Abschirmwirkung des Investmentfonds in Bezug auf mittelbare Beteiligungen ist nicht ausdrücklich geregelt. In diesem Zusammenhang ist u. E. auf § 13 Abs. 5 AStG-E zu schauen.

Gemäß § 13 Abs. 5 S. 1 AStG-E sind die Regelungen der Abs. 1 bis 4 nicht anzuwenden, wenn die von der ausländischen Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar erzielten Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter der Investmentbesteuerung unterliegen und – anders als bei § 7 Abs. 5 AStG-E – keine inländische Beherrschungssituation vorliegt. Eine Rückausnahme, wenn die den Einkünften des Investmentfonds zugrundeliegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden, ist bei § 13 Abs. 5 AStG-E nicht vorgesehen. Gem. § 13 Abs. 5 S. 2 AStG-E gilt darüber hinaus Entsprechendes für ausländische Gesellschaften, soweit an diesen „eine Gesellschaft im Sinne des Satzes 1“ unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Unklar ist aber, ob der Verweis auf „eine Gesellschaft im Sinne des Satzes 1“ nur Investmentfonds umfasst, die nicht beherrscht werden und die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen, oder ob es ausreicht, wenn die ausländische Gesellschaft über einen Investmentfonds i. S. d. InvStG gehalten wird (unabhängig davon, ob dieser beherrscht wird oder welche Einkünfte er erzielt; d. h. i. S. d. § 7 Abs. 5 AStG-E).

Laut Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 5 AStG-E “Die Rechtsfolge des Satzes 1 gilt auch für die einem Investmentfonds nachgeschalteten Gesellschaften, um die Neukonzeption der Zurechnung der mittelbaren Beteiligungen nicht anzuwenden.“

U. E. sollte dies genauso für § 7 Abs. 5 AStG-E gelten. Somit sollte die Abschirmwirkung für die nachgeschalteten Gesellschaften unabhängig von einer Beherrschung des Fonds oder dessen Einkünften Anwendung finden.

Laut § 7 Abs. 5 Satz 2 AStG-E gilt der Vorrang des InvStG nicht, wenn die den Einkünften des Investmentfonds zugrundeliegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden. Diese Rückausnahme ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar und sollte gestrichen werden.

Auf Art. 7 Abs. 3 der ATAD wird verwiesen: „Wird die Steuerbemessungsgrundlage eines Steuerpflichtigen nach den Vorschriften eines Mitgliedstaats gemäß Absatz 2 Buchstabe a berechnet, so kann der Mitgliedstaat sich dafür entscheiden, Finanzunternehmen nicht als

beherrschte ausländische Unternehmen zu behandeln, wenn ein Drittel oder weniger der Einkünfte des Unternehmens aus den Kategorien unter Absatz 2 Buchstabe a aus Transaktionen mit dem Steuerpflichtigen oder seinen verbundenen Unternehmen stammt."

Nach Art. 2 Nr. 5 der ATAD sind Finanzunternehmen u. a. „f) ein alternativer Investmentfonds (AIF), der von einem AIFM im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie 2011/61/EU verwaltet wird, oder ein AIF, der nach geltendem nationalen Recht beaufsichtigt wird; g) ein OGAW im Sinne des Art. 1 Abs.tz 2 der Richtlinie 2009/65/EG;". Das bedeutet, dass laut der ATAD die in der Direktive als passiv angesehenen Einkünfte von Investmentfonds (AIFs und OGAWs) nur dann passiv sind, wenn die den Einkünften des Investmentfonds zugrundeliegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden. Diese Regelung hat aber mit dem Vorrang des InvStG nichts zu tun, sondern mit der Aktivität / Passivität der Einkünfte. Diese Regelung findet sich z. B. im § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AStG-E wieder.

Petitum:

- **Streichung des § 7 Abs. 5 S. 2 AStG-E, da die Regelung in Artikel 7 Abs. 3 ATAD mit dem Vorrang des InvStG nichts zu tun hat, sondern in Zusammenhang mit der Aktivität / Passivität der Einkünfte, die in § 8 Abs. 1 AStG zu finden ist, zu sehen ist.**

- **Erweiterung der Abschirmwirkung für mittelbare Beteiligungen im § 7 Abs. 5 AStG-E analog § 13 Abs. 5 S. 2 AStG-E. Wir verweisen auf unsere Anmerkungen hierzu weiter unten.**

§ 8 Abs. 1 AStG-E: Katalog passiver Einkünfte von Zwischengesellschaften

§ 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG-E: Einkünfte aus dem Betrieb von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen

Der Gesetzentwurf konturiert die Einkünfte aus dem Betrieb von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen sowie von Versicherungen nicht per se als aktive, sondern nur unter der Voraussetzung, dass die Einkünfte zu einem Drittel oder weniger durch Transaktionen mit dem Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen erzielt werden, d. h. mindestens zu zwei Dritteln aus Geschäften mit Dritten stammen. In der Gesetzesbegründung ist von Banken, Finanzunternehmen und Versicherungen die Rede. Weitere Erläuterungen zu den verwandten Begriffen und zum Nachweis des Drittel-Tests (sog. Predominance-Tests) werden nicht gegeben. U. E. sollten weitere Klarstellungen erfolgen:

Die verwandten Begriffe „Kreditinstitute", „Finanzdienstleistungsinstitute" und „Finanzunternehmen" folgen aufsichtsrechtlichen Definitionen in § 1 KWG, so dass diese Bestimmungen zur Auslegung herangezogen werden können. Ausweislich der Gesetzesbegründung werden

Kreditinstitute als Unternehmenstyp – „Banken“ – angesprochen. Da der Unternehmenstyp allerdings einen ausländischen Rechtsträger voraussetzt, ist nicht auf ein inländisches, sondern auf das ausländische Vergleichsbild abzustellen. Im Ausland bestehende Besonderheiten bzw. Usancen sind mit zu berücksichtigen. Selbst wenn eine Fremdkapitalaufnahme isoliert gesehen nicht zum Bankgeschäft zählen sollte, muss sie dem tatsächlich im Ausland ausgeübten Bankgeschäft zumindest unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Betrachtungsweise steuerrechtlich zugeordnet werden können.

Was den bereits in der ATAD angelegten Predominance-Test anbelangt, sollte klargestellt werden, dass bei der Beurteilung der Einkünfte grundsätzlich auf sämtliche Geschäfte abzustellen ist.

Was die Ermittlung der Einkünfte anbelangt, sollte es praktikable Erleichterungen in der Weise geben, dass klargestellt wird, dass das ausländische Kreditinstitut nicht angehalten ist, im Vorprozess einen deutschen HGB-Abschluss bzw. alternativ eine deutsche Steuerbilanz aufzustellen und daraus die Summe der Einkünfte nach deutschen steuerlichen Vorschriften abzuleiten.

Petitum:

- **Für die Ermittlung der Einkünfte des ausländischen Kreditinstituts (nach deutschen steuerlichen Vorschriften) ist die Erstellung einer Überleitungsrechnung ausreichend. Die Aufstellung einer deutschen Handels- bzw. Steuerbilanz ist nicht erforderlich.**

§ 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG-E: Einkünfte aus Handel und Dienstleistungen

Es sollte im Gesetz der Verwaltungsauffassung unter Verweis auf BFH-Rechtsprechung (siehe Tz 8.1.5.2.2 Anwendungsschreiben zum AStG v. 14.05.2004, BStBl. I, Sondernummer 1/2004, S. 3ff.) gefolgt werden, die Schädlichkeit nur auf solche Konzerngesellschaften einzuschränken, die in Deutschland unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtig sind. Dort heißt es: „Eine nahe stehende Person ist mit ihren Einkünften aus der von ihr beigetragenen Leistung im Inland steuerpflichtig, wenn sie mit den Einkünften aus ihrem Leistungsbeitrag für die ausländische Gesellschaft unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtig ist (vgl. BFH-Urteil vom 29. August 1984, BStBl. 1985 II S. 120). Das gilt auch im Falle erweiterter beschränkter Steuerpflicht nach „§ 2 AStG.“

DBA-Betriebsstätten sollen wie eigenständige Gesellschaften mit Sitz in einem DBA-Land behandelt werden. Das Betreiben von Geschäften mit DBA-Betriebsstätten wird somit für Zwecke des AStG als unschädlich angesehen, sofern die Freistellungsmethode angewendet wird.

Petitum:

- **Geschäfte mit solchen Steuerpflichtigen, die in einem DBA-Staat der Besteuerung unterliegen, sollten als nicht schädlich erachtet werden.**

§ 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG-E: Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung

Die Ausführungen zu § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AStG-E sollten entsprechend gelten. D. h. Auch bei dieser Einkunftsart sollte im Gesetz der Verwaltungsauffassung (Tz 8.1.5.2.2 Anwendungsschreiben zum AStG v. 14.05.2004, BStBl. I, Sondernummer 1/2004, S. 3ff.) gefolgt werden, die Schädlichkeit nur auf solche Konzerngesellschaften einzuschränken, die in Deutschland unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtig sind.

DBA-Betriebsstätten sollen wie eigenständige Gesellschaften mit Sitz in einem DBA-Land behandelt werden. Das Betreiben von Geschäften mit DBA-Betriebsstätten wird somit für Zwecke des AStG als unschädlich angesehen, sofern die Freistellungsmethode angewendet wird.

Petitum:

- **Geschäfte mit solchen Steuerpflichtigen, die in einem DBA-Staat der Besteuerung unterliegen, sollten als nicht schädlich erachtet werden.**

§ 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG-E: Veräußerungsgewinne aus Anteilen an einer Gesellschaft

Die Vorschrift sieht grundsätzlich vor, dass Veräußerungsgewinne aus Anteilen an einer Gesellschaft grundsätzlich aktiv sind. Dies gilt jedoch nicht für Veräußerungsgewinne aus Anteilen an einer Gesellschaft, die beim Steuerpflichtigen nach § 3 Nr. 40 S. 3 EStG oder nach § 8b Abs. 7 KStG der Besteuerung unterlägen, wenn er die Veräußerungsgewinne unmittelbar erzielt hätte. Der Gesetzentwurf ordnet insoweit auch dann eine Hinzurechnungsbesteuerung an, wenn die Veräußerungsgewinne funktional einer aktiven Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG-E zuzuordnen sind. In der Gesetzesbegründung findet sich hierzu keine Erläuterung.

Die Anordnung stellt einen Bruch mit der angelegten Besteuerungssystematik dar und ist nicht sachgerecht.

Petitum:

- **Streichung § 8 Abs. 1 Nr. 8 letzter Halbsatz AStG-E.**

§ 8 Abs. 2 AStG-E – „wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“

§ 8 Abs. 2 S. 1 AStG-E stellt nunmehr beim Motivtest auf eine „wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“ der Zwischengesellschaft ab, anstatt wie bisher auf eine „tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“. In der Gesetzesbegründung findet sich keine Definition des Begriffs „wesentlich“, sondern es wird darauf verwiesen, dass § 8 Abs. 2 AStG in seiner gegenwärtigen Version Folge des EuGH-Urteils in der Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes) war und die ATAD sich an dieses zur Niederlassungsfreiheit ergangene Urteil gehalten hat. Das spricht aus unserer Sicht dafür, dass der Motivtest i. S. d. Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Cadbury Schweppes zu verstehen ist. Ein „Mehr“ an Substanzanforderung im Vergleich zum jetzigen § 8 Abs. 2 AStG sollte nicht gegeben sein.

Petitum:

- **Klarstellung, dass der Motivtest im § 8 Abs. 2 S. 1 AStG-E weiterhin im aktuellen Sinne zu verstehen ist und kein „Mehr“ an Substanzanforderungen verlangt wird**

§ 8 Abs. 3 AStG-E: Territoriale Reichweite des Substanztests von § 8 Abs. 2 AStG-E

Der Gesetzentwurf macht von der in Art. 7 Abs. 2 S. 3 ATAD angelegten Möglichkeit, den Substanztest des § 8 Abs. 2 AStG-E auch auf Drittstaaten auszudehnen, keinen Gebrauch.

Die territoriale Reichweite des Substanztests von § 8 Abs. 2 AStG-E sollte auch für Drittstaaten anwendbar gemacht werden.

Daneben hat der **Motivtest auf Drittstaaten** ebenfalls Anwendung zu finden. Die Richtlinie lässt diese Option zur Erweiterung der Reichweite zu. Zwischenzeitlich hat der Bundesfinanzhof mit Urteilen vom unmissverständlich sowohl für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6 AStG) als auch für die allgemeine Hinzurechnungsbesteuerung (§ 7 Abs. 1 AStG) die Möglichkeit eines Gegenbeweises auch in Drittstaatenfällen in Anknüpfung an die EuGH-Urteile in den Rechtssachen X-GmbH (C-135/17) und zuvor Cadbury Schweppes (C-196/04) bejaht.

Selbst das Bundesfinanzministerium lässt mit Schreiben vom 17. März 2021 den sog. Entlastungsbeweis, dass die Beteiligung an der Drittstaatengesellschaft nicht auf einer „künstlichen Gestaltung“ beruht, seit kurzem unter verschärften Bedingungen zu: Danach ist nachzuweisen, dass die Beteiligung nicht dem Zweck dient, Substrat in ein Niedrigsteuerregime zu verlagern; ferner werden Anforderungen an einen „intakten“ Informationsaustausch mit dem Drittstaat aufgestellt (d. h. grundsätzlich sog. großer Informationsaustausch im Sinne des Art. 26 OECD-Musterabkommens (OECD-MA)).

Nach unserem Verständnis kann das EU-Primärrecht auch nach der AStG-Reform nicht anders verstanden werden als von EuGH und BFH judiziert. Deswegen ist es aus unserer Sicht unverständlich, weshalb der Motivtest – wenn auch nach Lesart des Bundesfinanzministeriums – nach der künftigen Rechtslage nicht auch für Drittstaatengesellschaften gelten soll. § 8 Abs. 3 AStG-E ist zu streichen.

Petitum:

- **Streichung § 8 Abs. 3 AStG-E; dadurch Erstreckung des Motivtests auch auf Drittstaaten.**

§ 8 Abs. 5 AStG-E: Niedrigbesteuerung

Der Gesetzentwurf setzt die Schwelle der Niedrigbesteuerung von 25% nicht herab – ungeachtet aller Diskussionen und Anregungen aus Praxis und Schrifttum. Damit wird der Wirtschaftsstandort Deutschland weiterhin erheblich geschädigt und gefährdet.

Nach Artikel 7 Abs. 1 S. 1 ATAD ist eine Niedrigbesteuerung gegeben, wenn die im Ausland vom beherrschenden Unternehmen auf dessen Gewinn entrichtete Körperschaftsteuer weniger als 50% der Steuer beträgt, die im EU-Mitgliedstaat des beherrschenden Steuerpflichtigen angefallen wäre. Dies heißt konkret mit Blick auf § 23 Abs. 1 KStG: Die Schwelle der Niedrigbesteuerung beträgt 7,5%.

Selbst wenn argumentiert wird, dass es sich um ein Mindestschutzniveau handelt, ist zumindest jeder Steuersatz über 15% unverständlich.

Mit Blick auf aktuelle internationale Tendenzen auf Ebene der OECD ist der Vorschlag Frankreichs bekannt geworden, die Schwelle international auf 12,5% festzulegen.

Schaut man auf den Finanzstandort und insbesondere auf die Konkurrenzsituation mit Luxemburg, so beträgt der Schwellenwert dort bekanntlich die Hälfte der dortigen Körperschaftsteuer von 15%, d. h. 7,5%. Zudem sind in Luxemburg Unternehmen und Betriebsstätten von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen,

- deren Handelsbilanzgewinne nicht mehr als 750.000 EUR betragen oder
- deren Gewinne nicht mehr als 10% ihrer betrieblichen Aufwendungen für den Steuerzeitraum ausmachen.

Petitum:

- **Herabsetzung der Schwelle der Niedrigbesteuerung auf die Hälfte des deutschen Körperschaftsteuersatzes, d. h. 7,5%, mindestens jedoch auf 15%.**

§ 12 Abs. 3 S. 2-4 AStG-E: Steueranrechnung auf die Gewerbesteuer

Art. 8 Abs. 7 ATAD ist so angelegt, dass er die Anrechnung auf die Gewerbesteuer ermöglicht. Unverständlicherweise sieht § 12 Abs. 3 AStG-E die Möglichkeit der Anrechnung auf die Gewerbesteuer nicht vor. Entgegen der Gesetzesbegründung wird damit der Charakter der Hinzurechnungsbesteuerung als Strafsteuer gefestigt.

Die politische Uneinigkeit mit falsch verstandener Rücksichtnahme auf die Bedeutung der Gewerbesteuer für die Gemeinden rechtfertigt keine steuersystemwidrige Gesetzgebung. Dem verfassungsrechtlich verbürgten Gebot des objektiven Nettoprinzips ist Folge zu leisten.

Das systematische Problem potenziert sich dadurch, dass der Hinzurechnungsbetrag im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 1 AStG-E (weiterhin) der Gewerbesteuer unterliegt (§ 7 Abs. 7 GewStG). Es darf nicht sein, dass auf der einen Seite bei der Ermittlung der Schwelle der Niedrigbesteuerung die Gewerbesteuer in § 8 Abs. 5 AStG-E berücksichtigt wird, auf der anderen Seite aber die folgerichtige Anrechnung versagt wird. Folgerichtig kann nur sein, dass die Gewerbesteuer, wenn sie berücksichtigt werden soll, auch mit allen Folgen in die Hinzurechnungsbesteuerung eingeht.

Petitum:

- **Volle Steueranrechnung auf die Gewerbesteuer (wie bei der Einkommensteuer)**

§ 13 AStG-E: Beteiligung an Kapitalanlagegesellschaften

§ 13 AStG-E führt die bisherigen Vorschriften zur erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6 und Abs. 6a AStG) zusammen – weit überwiegend unverändert.

Dass die Vorschriften (weiterhin) ab einer Beteiligung schon von mindestens 1% an der Zwischengesellschaft (oder sogar weniger) zur Anwendung kommen, stößt auf die altbekannte, bereits zur Unternehmenssteuerreform 2000 vorgetragene Kritik, nicht praktikabel zu sein. Es wird vom Steuerpflichtigen etwas rechtlich und tatsächlich Unmögliches verlangt.

Der Gesetzesentwurf in § 13 Abs. 4 AStG-E scheint mit Blick auf die – begrüßenswerte – Aufnahme des Substanztests und damit die Umsetzung der Vorgaben des EuGH-Urteils vom 26. Februar 2019, C-135/17 (Rs. X- GmbH) auf das tatsächliche Gebahren des ausländischen Staats in Bezug auf den zwischenstaatlichen steuerlichen Informationsaustausch abzustellen

(„keine Auskünfte erteilt“) – in Abweichung zu der EuGH-Vorgabe einer abstrakt rechtlichen Verpflichtung zum zwischenstaatlichen Informationsaustausch. Sollte die Durchführung des gegenseitigen Informationsaustauschs scheitern bzw. unzureichend sein, darf dies allerdings nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen (vgl. EuGH-Urteil v. 6. Juni 2013, C- 383/10, Rs. Kommission/Belgien; v. 9.Oktober 2014, C- 326/12). Den primärrechtlichen EU-Vorgaben der Kapitalverkehrsfreiheit an die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung ist im Verhältnis zu Drittstaaten Geltung zu verschaffen.

§ 13 Abs. 5 S. 2 AStG-E bezieht sich lediglich auf Beteiligungen über **ausländische** Fonds, nicht aber auf Beteiligungen über inländische Fonds. Dies bedeutet, dass die Abschirmwirkung des Investmentsteuergesetzes für deutsche Anleger nur eingreift, wenn sie mittelbare Beteiligungen an ausländischen Zwischengesellschaften über ausländische Investmentfonds halten. Im Falle des Haltens über inländische Investmentfonds, käme es nach dem Gesetzeswortlaut zur Hinzurechnungsbesteuerung. Dies wäre eine Diskriminierung deutscher Investmentfonds und von deren deutsche Anleger. Folge davon wäre, dass nur noch ausländische Fonds an in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Anleger vertrieben würden, weil nur in diesem Fall eine Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG sicher vermeidbar wäre. Dies kann so nicht gewollt sein, zumal die Gesetzesbegründung eine solche Einschränkung nicht vorsieht. Wir regen an, in Satz 2 z. B. die Formulierung „im Sinne des Satzes 1“ zu streichen.

Petitum:

- **Anpassung der Beteiligungsquoten auf ein praktikables Maß;**
- **Abstellen im Substanztest auf die abstrakt rechtliche Verpflichtung zum zwischenstaatlichen Informationsaustausch.**
- **Verhinderung einer Diskriminierung deutscher Investmentfonds und deren in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegern; Unbeachtlichkeit mittelbarer Beteiligungen für in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Anleger, wenn die Beteiligungen über einen Investmentfonds im Sinne des Investmentsteuergesetzes gehalten werden.**

§ 20 Abs. 2 AStG-E: DBA und Betriebsstätten

Anders als die ATAD sieht der Gesetzentwurf keine konzeptionelle Gleichheit von Unternehmen und Betriebsstätten vor. Bei § 20 Abs. 2 AStG-E wird mangels Verweises weiterhin der Substanztest im Sinne des § 8 Abs. 2 AStG-E ausgeschlossen.

Der Substanztest wird allerdings zur Herstellung einer EU-rechtskonformen Anwendung im Wege der geltungserhaltenden Reduktion als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Möglichkeit des Gegenbeweises Bestand haben (vgl. BFH v. 21. Oktober 2009, I R 114/08;

BStBl. II 2010, 774).

Die Vorschrift sollte demgemäß redaktionell angepasst werden.

Nach § 20 Abs. 2 AStG-E ist die Doppelbesteuerung nicht durch Freistellung, sondern durch Anrechnung der auf diese Einkünfte erhobenen ausländischen Steuern zu vermeiden, soweit Einkünfte in der ausländischen Betriebsstätte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen anfallen und sie auf Grund eines Doppelbesteuerungsabkommens von der Besteuerung auszunehmen und die Einkünfte ungeachtet des § 8 Abs. 2 als Zwischeneinkünfte steuerpflichtig wären, falls diese Betriebsstätte eine ausländische Gesellschaft wäre; **unterbleibt eine Hinzurechnung wegen § 10 Abs. 1 S. 2, gilt § 10 Abs. 3 S. 5 und 6 entsprechend.** Zur Steueranrechnung kommt es nicht, soweit in der ausländischen Betriebsstätte Einkünfte anfallen, die nach § 8 Abs. 1 Nummer 5 Buchstabe a als Zwischeneinkünfte steuerpflichtig wären.

Damit stellt § 20 Abs. 2 S. 1 Halbsatz 2 AStG-E klar, dass die Regelungen zum Verlustvortrag in § 10 Abs. 3 S. 5 und 6 AStG-E entsprechend gelten.

Im Fall einer ausländischen Betriebsstätte nach § 20 Abs. 2 S. 1 AStG-E erfolgt ein Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode und grundsätzlich keine Hinzurechnung, so dass eine Hinzurechnung im konkreten Fall auch nicht wegen § 10 Abs. 1 S. 2 AStG-E unterbleiben kann.

Petitum:

- **Ergänzung: § 8 Abs. 2 AStG-E findet entsprechende Anwendung;**
- **insbesondere Motivtest (im § 8 Abs. 2 S. 1 AStG-E) ist weiterhin im aktuellen Sinne zu verstehen; kein „Mehr“ an Substanzanforderungen bei Betriebsstätten.**
- **Klarstellung bzw. Abgrenzung der Einkünfte, die zur Steuerfreistellung bzw. zur Steueranrechnung führen.**