

Léon Zilch

Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung –
Reichweite und Ausgestaltung des Motivtests

Léon Zilch

Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung –
Reichweite und Ausgestaltung des Motivtests

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. jur.) angenommen.

Gutachter: Prof. Dr. Robert Kuhn, Universität Kassel
Prof. Dr. Martina Deckert, Universität Kassel

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juli 2022



Diese Veröffentlichung – ausgenommen Zitate und anderweitig gekennzeichnete Teile – ist unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International (CC BY-SA 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>) lizenziert.

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

Zugl.: Kassel, Univ., Diss. 2022
ISBN 978-3-7376-1062-9
DOI: <https://doi.org/10.17170/kobra-202208156626>

© 2022, kassel university press, Kassel
<https://kup.uni-kassel.de>

Druck und Verarbeitung: Print Management Logistik Service, Kassel
Printed in Germany

Danksagung

Bei meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. jur. utr. Robert Kuhn bedanke ich mich für die mir gebotene Möglichkeit zur wissenschaftlichen Arbeit, die inhaltliche Betreuung der Dissertation, den Freiraum bei der Ausgestaltung sowie die Anfertigung des Erstgutachtens. Frau Prof. Dr. iur. Martina Deckert danke ich für ihr Interesse an meiner Arbeit und die Übernahme des Zweitgutachtens. Für die Mitwirkung in der Promotionskommission danke ich zudem Herrn Prof. Dr. rer. pol. Georg von Wangenheim sowie Herrn Prof. Dr. jur. Gerrit Hornung, LL.M.

Mein besonderer Dank gilt Anna Schäfer für das sorgfältige Lektorat der Arbeit. Vielen Dank auch an Dr. jur. Nils Weinhold und Daniel Lobmeier, die sich stets die Zeit genommen haben, meine Gedanken kritisch zu würdigen und mir neue Denkanstöße zu geben. Bedanken möchte ich mich zudem bei Jannik Heigle für die regen Diskussionen, welche mich Probleme in der richtigen Relation haben sehen lassen.

Ganz besonderer Dank gilt meiner Mutter, die mir in allen Phasen der Promotion mit Rückhalt, Geduld und Zuversicht zur Seite gestanden hat. Zuletzt, aber insbesondere, möchte ich meinem Vater danken, welcher mich nicht nur bei der Entstehung dieser Arbeit begleitet hat, sondern durch seinen Zuspruch bereits seit vielen Jahren den Weg für diese geebnet hat.

Kassel, im Juni 2022

Léon Zilch

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
Hinweise	VIII
1 Einleitung und Forschungsfrage	1
2 Die innerstaatliche Hinzurechnungsbesteuerung	6
2.1 Tatbestandsmerkmale der regulären Hinzurechnungsbesteuerung	7
2.1.1 Unbeschränkt Steuerpflichtige – Hinzurechnungssubjekt	7
2.1.2 Ausländische Gesellschaft – Beteiligungsobjekt	9
2.1.3 Beteiligung „zu mehr als der Hälfte“	11
2.1.4 Passive Einkünfte - Aktivitätskatalog	14
2.1.5 Niedrige Besteuerung	17
2.2 Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter	23
2.3 Methodik der Hinzurechnungsbesteuerung	25
2.4 Motivtest	30
3 Europäische Grundfreiheiten	32
3.1 Niederlassungsfreiheit	32
3.1.1 Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	34
3.1.2 Eingriff in die Niederlassungsfreiheit	37
3.1.3 Rechtfertigung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit	39
3.2 Kapitalverkehrsfreiheit	47
3.2.1 Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	48
3.2.2 Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit	48
3.2.3 Rechtfertigung des Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit	49
3.2.4 Stand-still-Klausel	52
3.3 Das Verhältnis zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit – Grundsätze der Abgrenzung	54
4 Anti-Tax-Avoidance-Directive	61
4.1 Historische Entwicklung	61
4.2 Ermächtigungsgrundlage	63
4.3 Normenhierarchie	66
4.3.1 Primärrecht und Sekundärrecht	66
4.3.2 Abkommensrecht und EU-Recht	69
4.4 Anwendungsbereich	70
4.5 Mindestschutzniveau	71
4.6 General-Anti-Abuse-Rule	71

4.7	Hinzurechnungsbesteuerung	74
4.7.1	Beherrschungskriterium	74
4.7.2	Beherrschungstatbestand.....	75
4.7.3	Passive Einkünfte	77
4.7.4	Niedrigbesteuerung	79
4.7.5	ATAD-Motivtest	80
4.8	Verschiebung der Missbrauchskontrolle.....	83
5	Anwendungsbereich des Motivtests.....	86
5.1	Entwicklungen in der Rechtsprechung.....	86
5.1.1	BFH vom 12.10.2016 – I B 80/14.....	86
5.1.2	X GmbH – 26.2.2019	90
5.1.3	BFH vom 22.05.2019 – I R 11/19.....	96
5.2	Übertragbarkeit der Entscheidungen auf die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung	103
5.3	BFH v. 18.12.2019 – I R 59/17	108
5.4	BMF-Schreiben vom 17.3.2021	108
6	Anforderungen an die Substanz von Gesellschaften.....	111
6.1	Judikative Entwicklung der Substanzanforderungen	111
6.1.1	Marks & Spencer – 13.12.2005.....	111
6.1.2	Cadbury Schweppes – 12.9.2006	112
6.1.3	Columbus Container Services – 6.12.2007	118
6.1.4	Glaxo Wellcome – 17.9.2009.....	120
6.1.5	SGI – 21.01.2010	121
6.1.6	Polbud – 25.10.2017.....	122
6.1.7	Deister und Juhler Holding – 20.1.2017	125
6.1.8	Zypern-Entscheidung – 13.6.2018	131
6.2	Hornbach - Der Motivtest im Fremdvergleichsgrundsatz.....	133
6.3	Anforderungen an den Substanznachweis im EU-Raum	136
6.3.1	Stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats	137
6.3.2	Vermögensverwaltung - sachliche und personelle Ausstattung.....	141
6.3.3	Outsourcing	146
6.4	Anforderungen an den Substanznachweis im Drittstaatenfall	151
7	Neue Tendenzen in der Missbrauchsprüfung.....	161
7.1	Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse.....	161
7.2	Umgehung des Steuergesetzes	162
7.2.1	Umgehungsabsicht – Ungewöhnliche Gestaltung.....	166

7.2.2	Triftige wirtschaftliche Gründe	169
7.2.3	Fazit	169
8	Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungs-richtlinie	172
8.1	Reichweite des Motivtests	172
8.1.1	Die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung	173
8.1.2	Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter	182
8.2	Der Motivtest – tatsächlich, wirklich oder wesentlich?	184
9	Fazit und Ausblick.....	196
9.1	Anwendungsbereich des Motivtests	196
9.2	Anforderungen an den Substanznachweis.....	201
9.2.1	Substanzanforderungen im Lichte der Niederlassungsfreiheit.....	201
9.2.2	Substanzanforderungen im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit.....	206
10	Literaturverzeichnis	209

Abkürzungsverzeichnis

AEASTG	- Anwendungserlass zum Außensteuergesetz
AEUV	- Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AO	- Abgabenordnung
AOA	- Authorized OECD Approach
AStG	- Außensteuergesetz
ATAD	- Anti Tax Avoidance Directive
ATAD-UmsG	- Gesetz zur Umsetzung der ATAD
ATAD-UmsG-E	- Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der ATAD
BEPS	- Base Erosion and Profit Shifting
BewG	- Bewertungsgesetz
BFH	- Bundesfinanzhof
BsGaV	- Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung
BVerfG	- Bundesverfassungsrecht
BZSt	- Bundeszentralamt für Steuern
CFC-rules	- Controlled Foreign Company-rules
DBA	- Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung
EStG	- Einkommensteuergesetz
EU	- Europäische Union
EuGH	- Europäischer Gerichtshof
EUV	- Vertrag über die Europäische Union
FG	- Finanzgericht
GAAR	- General Anti Abuse Rule
GE	- Geldeinheiten
GewStG	- Gewerbesteuergesetz
GmbH	- Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GrCh	- Grundrechtecharta der Europäischen Union
IDW	- Institut der Wirtschaftsprüfer
JStG	- Jahressteuergesetz
KG	- Kommanditgesellschaft
KStG	- Körperschaftsteuergesetz
OECD	- Organization for Economic Cooperation and Development
PPT	- Principal Purpose Test
StÄndG	- Steueränderungsgesetz
StMBG	- Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz
StSenkG	- Steuersenkungsgesetz
StVergAbG	- Steuervergünstigungsabbaugesetz
UntStFG	- Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz
WpÜG	- Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WVK	- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

Alle übrigen Abkürzungen sind entnommen aus *Kirchner, H.*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin 2021 oder im allgemeinen Sprachgebrauch geläufig.

Wörter in eckiger Klammer stellen, sofern nicht anderweitig gekennzeichnet, Hervorhebungen des Autors dar. Dies gilt auch im Rahmen von wörtlichen Zitaten.

Hinweise

Im Folgenden finden sich einige Informationen, die beim Lesen der Ausarbeitung zu beachten sind.

Lesehinweis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Ausarbeitung die Sprachform des generischen Maskulinums verwendet. Der Ausdruck ist geschlechterübergreifend zu verstehen. Das generische Maskulinum erstreckt sich über die gesamte Ausarbeitung. Es wird darauf verzichtet, dies an jeder Stelle dieser Ausarbeitung zu kennzeichnen.

Rechtsstand

Zum 1. Januar 2022 ist eine neue Fassung des Vierten Teils des Außensteuergesetzes in Kraft getreten (Fassung i. S. d. ATAD-UmsG). Diese Ausarbeitung berücksichtigt den Rechtsstand, die Rechtsprechung sowie die Literatur zum Zeitpunkt der Abgabe der Dissertation (Dezember 2021). Die Erläuterungen der Kapitel eins bis sieben berücksichtigen entsprechend die Fassung der Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung bis zum 31. Dezember 2021 (im Text z. B.: § 7 Abs. 1 AStG). Im achten Kapitel werden die Ergebnisse der vorherigen Ausführungen (Rechtsstand bis zum 31. Dezember 2021) abstrahiert und mit den Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung ab dem 1. Januar 2022 verglichen (im Text z. B.: § 7 Abs. 1 ATAD-UmsG).

1 Einleitung und Forschungsfrage

Die zwar langsamere, aber weiter fortschreitende Globalisierung sowie die Verflechtung von Liefer- und Produktionsketten führen zu intensiveren Geschäftsbeziehungen zwischen in- und ausländischen Unternehmen. Steuerverminderungs- und Steuervermeidungspraktiken¹, welche vornehmlich von grenzüberschreitend tätigen Konzernen angewandt werden, haben die nationalen Steuerbemessungsgrundlagen vermindert. Die mediale Präsenz dieser komplexen Steuerplanungen lässt im gleichen Zuge den Ruf nach einem fairen Steuerwettbewerb immer lauter werden.

Um einen schädlichen Steuerwettbewerb zu unterbinden, hat sich die Gruppe der sieben wichtigsten Industrienationen in jüngster Vergangenheit auf die Einführung einer globalen Mindeststeuer geeinigt.² Diesem globalen Projekt haben sich mittlerweile 134 Staaten angeschlossen.³ Mehr denn je sieht sich die Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) mit der Aufgabe konfrontiert, eine („gerechte“) Besteuerung am Ort der Wertschöpfung sicherzustellen.⁴ Neben dem öffentlichen Interesse an fairen Besteuerungspraktiken führen auch die durch aggressive Steuergestaltung verursachten Mindereinnahmen zu einem fiskalischen Interesse an einer fairen Besteuerung. Schätzungen zufolge sollen sich die weltweiten jährlichen Mindereinnahmen – verursacht durch die Aushöhlung nationaler Steuerbemessungsgrundlagen – auf 100 bis 240 Milliarden US-Dollar belaufen.⁵

Eine natürliche Person mit Wohnsitz (§ 8 Abgabenordnung - AO⁶) oder gewöhnlichem Aufenthalt (§ 9 AO) im Inland ist mit ihrem Welteinkommen unbeschränkt einkommensteuerpflichtig (§ 1 Abs. 1 S. 1 Einkommensteuergesetz - EStG⁷). Entsprechendes gilt – im Hinblick auf die Besteuerung für Körperschaften – nach § 1 Abs. 1 Körperschaftsteuerge-

¹ Zum unfairen Wettbewerb siehe die sog. Paradise Papers: *Kindler*, NZG 2018, 1 (1); *Rüth*, „Paradise Papers“: Haft für türkische Journalistin, [Internetquelle](#).

² *Roth*, Globale Mindeststeuer – Wie Großkonzerne zur Kasse gebeten werden sollen, [Internetquelle](#); *Greive*, G7-Beschluss: Der Jubel über eine globale Mindeststeuer kommt zu früh, [Internetquelle](#).

³ Stand zum 28.9.2021: BMF, Reform der Internationalen Unternehmensbesteuerung, [Internetquelle](#).

⁴ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.22; *Bannes/Cloer*, BB 2016, 1047 (1047); *Jacobs/Endres/Spengel*, in: *Jacobs*, Int. Unternehmensbesteuerung, Teil 1, Kap 5, lit. c.

⁵ OECD, Base Erosion and Profit Shifting, 2015, Final Report, Erläuterung, [Internetquelle](#).

⁶ Abgabenordnung (AO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 24 Abs. 9 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154) geändert worden ist.

⁷ Einkommensteuergesetz (EStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2993) geändert worden ist.

setz (KStG⁸) für juristische Personen, welche ihren Sitz oder den Ort ihrer Geschäftsleitung im Inland haben (§§ 10, 11 AO).

Ausländische Körperschaften unterliegen, als solche vorbehaltlich inländischer Einkünfte (§ 49 EStG), hingegen nicht dem Besteuerungszugriff durch den deutschen Fiskus. Deren Rechtskleider entfalten eine Abschirmwirkung gegenüber dem inländischen Steuerzugriff (sog. Trennungsprinzip).⁹ Um der inländischen Besteuerung zu entgehen, sind inländische Rechtsträger daher verleitet, ausländische Körperschaften zu gründen, in welche sie laufende Einkünfte oder Vermögenswerte verlagern. Zumindest mittelbar weist das deutsche Außensteuergesetz (AStG¹⁰) wettbewerbsbeschränkende und finanzprotektionistische Tendenzen auf, indem es durch seine Lenkungswirkung, d. h. durch eine „zusätzliche“ Steuerbelastung, den Steuerpflichtigen dazu bewegen soll, nicht dem „Lockruf des internationalen Steuerwettbewerbs“ zu erliegen.¹¹ Daher sind sog. „Niedrigsteuerländer“ Gegenstand permanenter Diskussionen im internationalen Steuerrecht – so auch aktuell bei der Umsetzung des Base Erosion and Profit Shifting Projekts (BEPS-Projekt).¹²

Das AStG erschwert oder verhindert eine Einkunfts- oder Vermögensverlagerung bereits seit dem Jahr 1972, da durch die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 – 14 AStG) die durch die ausländische Körperschaft erzielten Einkünfte in die inländische Steuerbemessungsgrundlage einzubeziehen sind. Die Hinzurechnungsbesteuerung stellt folglich eine Regelungseinheit zur Verhinderung steuerlich indizierter Verlagerung von passiven Einkünften ins niedrig besteuerte Ausland dar. Sie dient im Wesentlichen als Regelung zur Bekämpfung unangemessener bzw. missbräuchlicher Gestaltungen.¹³ Spannungen zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzverwaltung entstehen vor allem dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung erfüllt sind und sich der Steuerpflichtige den Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung nur noch über die Exkulpationsklausel des § 8 Abs. 2 AStG alte und neue Fassung (im Folgenden: Motivat) entziehen kann. Den Steuerpflichtigen sollen die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung

⁸ Körperschaftsteuergesetz (KStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2056) geändert worden ist.

⁹ *Mühlhäuser*, in: Römermann, Handbuch GmbH-Recht, Teil F. Steuern, § 17 Rz. 98; *Schön*, IStR-Beihefte 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 20.

¹⁰ Außensteuergesetz (AStG) vom 8. September 1972 (BGBl. I S. 1713), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2050) geändert worden ist. Das AStG wurde am 08. September 1972 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und ist am 13. September 1972 in Kraft getreten.

¹¹ *Axer*, IStR 2007, 162 (165); *Pohl*, in: Blümich: EStG-Kommentar, Vorbemerkung zu § 1 AStG Rz. 3.

¹² *Piltz*, IStR 2015, 529 (529 ff.); *Axer*, IStR 2007, 162 (165).

¹³ *Gläser/Birk*, IStR 2015, 233 (234); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 2; *Axer*, IStR 2007, 162 (163); *Kraft*, in: Kraft, AStG, Vorbemerkungen zu §§ 7 – 14 AStG Rz. 1 ff.; *Richter/Kortendick/Ekinci*, GmbHR 2020, 694 (694).

erung nämlich dann nicht treffen, wenn er nachweisen kann, dass die beherrschte ausländische Gesellschaft einer tatsächlichen (Fassung bis zum 31. Dezember 2021) bzw. wesentlichen (Fassung ab dem 1. Januar 2022) wirtschaftlichen Tätigkeit im Ansässigkeitsstaat nachgeht. Die wirtschaftliche Tätigkeit wird in der Regel mit „Substanz“, d. h. Vermögenswerten, baulicher sowie personeller Ausstattung, nachgewiesen. Ständiger Streitpunkt in Literatur und Praxis ist, wie viel Substanz die ausländische Gesellschaft konkret aufweisen muss und ob auch Drittstaatengesellschaften ein solcher „Substanztest“ eingeräumt werden muss.

Das Forschungsfeld der Hinzurechnungsbesteuerung ist in der Literatur bereits umfangreich behandelt worden. Es fehlt dabei nicht an schlagkräftiger Kritik gegenüber den Einzelvorschriften des AStG. Dies betrifft insbesondere die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 – 14 AStG). Diese Kritik hat europarechtliche, verfassungsrechtliche oder steuersystematische Ursprünge.¹⁴ Die Anti Tax Avoidance Directive (ATAD), das nationale Umsetzungsgesetz der ATAD sowie die jüngste Rechtsprechungslinie des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesfinanzhofs (BFH) geben jedoch Anlass zur Neubetrachtung.

Diese Untersuchung wird die bestehenden Forschungsbeiträge insbesondere um einen erweiterten europarechtlichen Blickwinkel ergänzen. Die gemeinschaftsrechtliche Perspektive erschöpft sich dabei nicht in einem Vergleich zwischen nationalem Umsetzungsgesetz und der ATAD als Sekundärrecht, sondern wird die aktuelle Diskussion insbesondere um eine primärrechtliche Variable ergänzen.

Das Primärrecht wird durch „die Verträge“, d. h. den Vertrag über die Europäische Union (EUV¹⁵) sowie den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV¹⁶), kodifiziert. Die daraus resultierenden Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63, 64 AEUV), können mit dem Sekundärrecht kollidieren und entsprechend vorrangig anzuwenden sein. Urteile des

¹⁴ *Kraft*, in: Kraft, AStG, Vorbemerkungen zu §§ 7 – 14 AStG Rz. 4; *Linn*, IStR 2016, 645 (652).

¹⁵ Vertrag über die Europäische Union (EUV) in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassung des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m. W. v. 1.7.2013.

¹⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassung des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m. W. v. 1.7.2013.

EuGH, in denen Sekundärrecht am Maßstab der Grundfreiheiten gemessen wird, sind grundsätzlich rar gesät. Gleichwohl können Sekundärrechtsakte wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheiten aufgehoben werden.¹⁷ Hier gilt es, die Anforderungen an die – geschriebenen sowie im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelten – Rechtfertigungsgründe von Beschränkungen der Niederlassungs- sowie der Kapitalverkehrs- und Zahlungsfreiheit zu untersuchen.

Da dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV das Monopol über die Auslegung der Verträge zusteht, sind dessen grundfreiheitliche Interpretationen heranzuziehen. Es gibt teilweise einen Dissens zwischen der überwiegend liberalen Rechtsprechung des EuGH und dem Richtlinienrecht bzw. dessen nationaler Umsetzung. Mitgliedsstaatliche Interessen sind zum Teil nicht auf die „ever closer Union“¹⁸ ausgerichtet, sondern auf divergierende fiskalische Interessen. Eine Verschärfung der Hinzurechnungsbesteuerung durch Richtlinienrecht, z. B. im Bereich der Exkulpationsmöglichkeiten, kann zu einer Kollision mit eben diesen primärrechtlichen Grundsätzen führen.

Neben Primärrecht, Sekundärrecht, nationalem Umsetzungsgesetz und völkerrechtlichen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) gilt es im Bereich der Eingriffsverwaltung, auch die Rechtsauffassung der Finanzverwaltung zu würdigen. Derzeit liegt ein sehr komplexes Geflecht aus Vorgaben der ATAD und der sich partiell widersprechenden Judikatur des EuGH vor. Ziel dieser Ausarbeitung ist das Aufzeigen eines Soll-Zustandes hinsichtlich der europarechtskonformen Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung – vorrangig der Ausgestaltung und Reichweite des Motivtests. Dabei dienen im Besonderen die Rechtsprechungslinie des EuGH und deren Auslegung als Primärquellen.

Aufgrund der oben dargelegten Konfliktfelder werden im Rahmen dieser Arbeit die folgenden Forschungsfragen beantwortet:

1. Anwendungsbereich des Motivtests:

Muss der Anwendungsbereich des Motivtests nach alter und nach neuer Rechtslage auch für Drittstaatsgesellschaften eröffnet sein? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen wäre dem so?

2. Anforderungen an die wirtschaftliche Substanz:

¹⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rz. 226; *Musil*, FR 2018, 933 (938); *Nettesheim*, EuR 2006, 737 (737 ff.).

¹⁸ *Calliess*, NVwZ, 2018, 1 (2); *Hatje/Schwarze*, EuR 2019, 153 (177); *Schorkopf*, NJW 2019, 3418 (3421).

Wie müssen die Substanzanforderungen ausgestaltet sein, um den europarechtlichen Anforderungen zu genügen?

2 Die innerstaatliche Hinzurechnungsbesteuerung

In Deutschland gilt für alle unbeschränkt Steuerpflichtigen, d. h. sowohl für natürliche Personen mit Wohnsitz (§ 8 AO) oder gewöhnlichen Aufenthalt (§ 9 AO) im Inland als auch für Körperschaften, deren Geschäftsleitung oder Sitz im Inland liegt, das sog. Welteinkommensprinzip (§§ 1 EStG, 1 KStG).¹⁹ Demnach werden dem Steuerpflichtigen alle von ihm weltweit erzielten Einkünfte zugerechnet, sofern die Einkünfte unter eine der sieben Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 – 7 EStG) fallen. Dies kann zu Bestrebungen des Steuerpflichtigen führen, Vermögen in ausländische Körperschaften, meist Kapitalgesellschaften, zu übertragen. Ab dem Zeitpunkt der Vermögensübertragung befindet sich das Vermögen nicht mehr im zivilrechtlichen Eigentum des Steuerpflichtigen. Die aus dem Vermögen resultierenden Einkünfte scheidet aus der unbeschränkten Steuerpflicht aus.²⁰

Erzielt die ausländische Gesellschaft mit diesen Vermögenswerten Erträge, werden diese in der ausländischen Gesellschaft aufgefangen und entfalten dadurch eine Abschirmwirkung gegenüber dem inländischen Steuerpflichtigen.²¹ Erst im Zeitpunkt der Ausschüttung, d. h. des Zuflusses an den Steuerpflichtigen, werden diese Erträge als Dividenden bzw. Gewinnausschüttungen beim Steuerpflichtigen erfasst.²² Somit ist grundsätzlich eine Theaurierung der erwirtschafteten Beträge auf unbestimmte Zeit möglich.

Die Vermögensverschiebung per se unterfällt grundsätzlich der unternehmerischen Dispositionsfreiheit²³ bzw. dem Recht des Steuerpflichtigen auf Ausübung von Gestaltungsoptionen zur Minimierung seiner Steuerlast (sog. Recht zur steuerlichen Gestaltungsfreiheit).²⁴ Die Abschirmwirkung soll jedoch beseitigt werden, soweit die Einkünfte, die die ausländische Gesellschaft erzielt – vom Gesetzgeber als „Einkünfte, für die die Gesellschaft Zwischengesellschaft ist“ bezeichnet –, einer niedrigen Besteuerung (§ 8 Abs. 3 AStG) unterliegen.²⁵ Insofern handelt es sich bei den Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung um Vorschriften zur Vermeidung von steuerlichem Missbrauch. Nach der Begründung des

¹⁹ *Rauch*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 1, § 1 EStG Rz. 40; *Roser*, in: Gosch, KStG, § 8 Rz. 24a, 24b; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 2; *Hawlicscek*, IStR 2015, 413 (413).

²⁰ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 1; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 2.

²¹ *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 7 Rz. 1; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 1; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 2; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013).

²² *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 2; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 1.

²³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2 Abs. 1 Rz. 126; *Kraft*, IStR 2018, 614 (617 f.); *Driën*, StuW 2008, 154 (156).

²⁴ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1117; *Baum*, in: Baum, AO – eKommentar, § 42 Rz. 36; *Krömker*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 42 AO Rz. 1; *Hey*, StuW 2008, 169 (169 ff.); *Mack/Wollweber*, DStR 2008, 185 (185 ff.); *Kraft*, IStR 2018, 614 (617); *Haarmann*, IStR 2018, 561 (563).

²⁵ BT-Drs. VI/2883, 27, Rz. 83 f; dazu: *Peters*, NZWiSt 2016, 374 (377); *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7, Rz. 2; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 7 Rz. 1; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14.

Regierungsentwurfs aus dem Jahr 1972 sollen vornehmlich Fälle erfasst werden, bei denen „die Abschirmwirkung angesichts des Fehlens einer aktiven Geschäftsentfaltung, die diese Gesellschaft in den Wettbewerb mit ausländischer Konkurrenz stellt, als unangemessen erscheint“²⁶. Aufgrund des Beherrschungserfordernisses im Tatbestand werden die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung auch „Controlled foreign company-Rules“ (CFC-Rules) genannt.²⁷

2.1 Tatbestandsmerkmale der regulären Hinzurechnungsbesteuerung

Der Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung ist zunächst in den Absätzen 1 bis 4 des § 7 AStG verortet. Die dort verankerten Voraussetzungen decken jedoch lediglich die Tatbestandsmerkmale „der Beteiligung – zu mehr als der Hälfte – an einer ausländischen Gesellschaft durch unbeschränkt Steuerpflichtige (sog. Hinzurechnungssubjekt)“ ab. Die weiteren Tatbestandsmerkmale der „passiven Einkünfte“ sowie das der „Niedrigbesteuerung“ finden sich in § 8 Abs. 1 und Abs. 3 AStG.²⁸

2.1.1 Unbeschränkt Steuerpflichtige – Hinzurechnungssubjekt

Hinzurechnungssubjekte können nach § 7 Abs. 1 AStG sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, wenn diese der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen. Aufgrund des Erfordernisses der unbeschränkten Steuerpflicht wird auch oft von sog. Steuerinländern gesprochen.

Bei juristischen Personen ist es einzig relevant, ob diese ihren Sitz oder den Ort ihrer Geschäftsleitung im Inland haben (§ 1 KStG). Folglich können auch – z. B. aufgrund ihrer gemeinnützigkeitsrechtlichen Anerkennung (§§ 51 ff. AO) – von der Körperschaftsteuer befreite juristische Personen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) von den Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung betroffen sein. Die Befreiung erstreckt sich jedoch in der Regel auf den hinzugerechneten Betrag.²⁹ Beschränkt Steuerpflichtige i. S. des § 1 Abs. 4 i. V. m. § 49 EStG fallen nicht unter den Anwendungsbereich der §§ 7 ff. AStG und können folglich keine Steuerinländer sein.³⁰

Es genügt, wenn mehrere Steuerpflichtige unabhängig voneinander, d. h., ohne nahestehende Personen zu sein, zu mehr als der Hälfte an der ausländischen Gesellschaft beteiligt

²⁶ BT-Drs. VI/2883, 19 f. Rz. 31; dazu: *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286).

²⁷ *Kraft*, in: *Kraft, AStG, Vorbemerkungen zu §§ 7 – 14 AStG Rz. 1*; *Lampert*, in: *Musil/Weber-Grellet*, 2. Teil, AStG § 14 Rz. 1.

²⁸ *Protzen*, in: *Kraft, AStG, § 7 Rz. 72 f.*; *Vogt*, in: *Blümich, EStG/KStG/GewStG*, Band 5, § 8 AStG Rz. 1.

²⁹ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 7. 2. 1. Nr. 1 lit. a; *Protzen*, in: *Kraft, AStG, § 7 Rz. 76*; *Vogt*, in: *Blümich, EStG/KStG/GewStG*, Band 5, § 7 AStG Rz. 13.

³⁰ *Protzen*, in: *Kraft, AStG, § 7 Rz. 76*; *Vogt*, in: *Blümich, EStG/KStG/GewStG*, Band 5, § 7 AStG Rz. 13.

sind, um die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung auszulösen.³¹ Folglich ist es ausreichend, wenn die ausländische Gesellschaft „deutsch beherrscht“ ist, d. h., mehr als die Hälfte der Anteile oder Stimmrechte in der Hand von (Steuer-)Inländern liegen.³² Somit können auch „Zufallsfunde“ entstehen, bei denen die Beteiligungen verschiedener Steuerpflichtiger zusammengerechnet werden, auch wenn sich die beteiligten Personen untereinander fremd sind.³³

Aufgrund des Wortlautes „unbeschränkt Steuerpflichtige“ (Plural) in § 7 Abs. 1 AStG könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung auch dann anwendbar sind, wenn nur ein einziger Steuerpflichtiger zu mehr als der Hälfte an der ausländischen Gesellschaft beteiligt ist.³⁴ Einerseits ist eine unpräzise Verwendung des Plurals durch den Gesetzgeber unstrittig zu bejahen. Andererseits umfasst die Mehrzahl regelmäßig auch die Einzahl.³⁵ Auch die Finanzrechtsprechung hat die etwaige Problematik in der Vergangenheit bisher nicht aufgegriffen und in Sachverhalten, in denen lediglich ein Inlandsbeteiligter zu mehr als der Hälfte an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt war, stets die Hinzurechnungsbesteuerung dem Grunde nach für anwendbar erklärt.³⁶

Da Personengesellschaften selbst nicht unbeschränkt steuerpflichtig sein können, wurde für den Fall, dass eine Personengesellschaft die Anteile an der ausländischen Kapitalgesellschaft hält, die Regelung des § 7 Abs. 3 AStG geschaffen.³⁷ Wenn demnach eine inländische oder ausländische Personengesellschaft zwischengeschaltet ist, ist die Voraussetzung „zu mehr als der Hälfte beteiligt“ in der Person des unbeschränkt steuerpflichtigen Gesell-

³¹ *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 7 Rz. 4; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 147; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 75 f., 99; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (7) (zu Heft 6/2013).

³² *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (7) (zu Heft 6/2013); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 147; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 7 Rz. 3 f.

³³ *Haase*, ISR 2017, 349 (350); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Haase*, DStR 2019, 827 (828); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (7) (zu Heft 6/2013); *Kortendick/Ekinci*, IStR 2020, 615 (616).

³⁴ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 77; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13.

³⁵ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 77.

³⁶ *FG Münster*, Urt. v. 30.10.2014 – 2 K 618/11 F, Rz. 2 = BeckRS 2015, 94269 = LSK 2015, 110710; *FG München*, Urt. v. 27.4.2015, 7 K 2819/12, Rz. 2 = BeckRS 2015, 95091 = LSK 2015, 350446; *BFH*, Urt. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 2 = DStR 2020, 2182 (2182) = IStR 2020, 901 (901).

³⁷ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 28; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 77; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 147.

schafters der Personengesellschaft zu überprüfen.³⁸ Maßgeblich für das Vorliegen einer ausländischen (transparenten) Personengesellschaft ist nicht das ausländische Gesellschaftsrecht sondern die Frage, ob die ausländische Gesellschaft aus deutscher steuerlicher Sicht transparent zu besteuern ist.³⁹

2.1.2 Ausländische Gesellschaft – Beteiligungsobjekt

Neben dem Vorliegen einer unbeschränkten Steuerpflicht des Hinzurechnungssubjektes verlangt die Hinzurechnungsbesteuerung tatbestandsmäßig die Beteiligung an einer „ausländischen Gesellschaft“. § 7 Abs. 1 AStG enthält die Legaldefinition einer ausländischen Gesellschaft.⁴⁰ Demnach handelt es sich hierbei um eine „Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes, die weder Geschäftsleitung noch Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und die nicht gemäß § 3 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes von der Körperschaftsteuerpflicht ausgenommen ist“.

Vom Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen sind im Umkehrschluss im Ausland gegründete Gesellschaften, welche – z. B. aufgrund von „Zuzug“ – ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland haben und demnach der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (§ 1 Abs. 1 KStG).⁴¹

Unabhängig von der Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft – welche sich nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts ermittelt – ist ausschließlich das deutsche Steuerrecht für die Beantwortung der Frage maßgeblich, ob eine ausländische Gesellschaft der deutschen Körperschaftsteuer unterliegt.⁴² Bereits seit der „Venezuela-Entscheidung“ des Reichsfinanzhofes vom 12. Februar 1930⁴³ wird verglichen, ob das ausländische Gebilde nach seinem gesellschaftsrechtlichen Aufbau sowie seiner wirtschaftlichen Stellung

³⁸ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 7. 3; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 77; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 147; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 28.

³⁹ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 40 ff.; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 78.

⁴⁰ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 79; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14.

⁴¹ *BFH*, Urt. v. 23.6.1992 – IX R 182/87, BStBl II 1992, 972 = BeckRS 1992, 22010354; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7, Rz. 79; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 145.

⁴² *BFH*, Urt. v. 17.7.1968 – I 121/64, BStBl. II 1968, 695 (696) = BeckRS 1968, 21000032; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 79.

⁴³ *RFH*, Urt. v. 12.2.1930, VI A 899/27, RStBl 1930, 444 ff.; *BMF*, v. 26.9.2014, BStBl. I 2014, 1258, Rz. 1.2.

einer deutschen Körperschaft entspricht (sog. Rechtstypenvergleich⁴⁴). Das ausländische Gesellschaftsrecht bestimmt folglich mittelbar die Qualifikation für Zwecke der deutschen Besteuerung.⁴⁵

In Einzelfällen – wie bspw. bei einer in den Vereinigten Staaten von Amerika gegründeten Limited Liability Company (LLC) – kann es dazu kommen, dass die ausländische Gesellschaft so strukturiert ist, dass sie nach deutschen steuerlichen Grundsätzen wahlweise als Kapitalgesellschaft oder als Personengesellschaft zu klassifizieren ist.⁴⁶ Ursächlich hierfür ist das Gesellschaftsrecht der US-Bundesstaaten (im Besonderen des US-Staates Delaware), welches den Gesellschaftern bei der Ausgestaltung der LLC weitgehende Vertragsfreiheit gewährt.⁴⁷

Eine ausländische Gesellschaft kann auch dann vorliegen, wenn das zu beurteilende Rechtsgebilde nach ausländischem Recht nicht rechtsfähig ist oder nach ausländischem Recht nicht als Steuersubjekt anerkannt wird.⁴⁸ Es genügt, dass das ausländische Gebilde im Inland körperschaftsteuerpflichtig wäre, wenn es seine Geschäftsleitung oder seinen Sitz im Inland hätte.⁴⁹ Eine Rechtssubjektivität im Sinne des Vorliegens einer „Person“ ist indes nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer ausländischen Gesellschaft.⁵⁰

Sofern aufgrund des Rechtstypenvergleichs festgestellt wird, dass eine Beteiligung an einem Rechtsgebilde vorliegt, welches nicht nach § 1 Abs. 1 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig wäre, unterliegt diese Beteiligung nicht der Hinzurechnungsbesteuerung.⁵¹ Folglich fallen „Partnerships“ und andere Mitunternehmerschaften nicht in den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung.⁵² Die Einkünfte aus Personengesell-

⁴⁴ *Henke/Lang*, IStR 2001, 514 (514 ff.); *Djanani/Brähler/Hartmann*, IStR 2004, 481 (481); *Pyszka*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 451; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 80; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14; *Müller/Wangler*, IStR 2003, 145 (146).

⁴⁵ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 79; *Pyszka*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 451.

⁴⁶ *Henke/Lang*, IStR 2001, 514 (514 ff.); *Pyszka*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 451.

⁴⁷ *BMF*, Schreiben v. 19. 3. 2004 IV B 4 – S 1301 USA- 22/04 = IStR 2004, 351 (351 ff.); *Henke/Lang*, IStR 2001, 514 (514 ff.); *Pyszka*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 451.

⁴⁸ *BFH*, Urt. v. 3.2.1988, I R 134/84, BStBl. II 1988, 588 = BeckRS 1988, 22008405; *Henke/Lang*, IStR 2001, 514 (519); *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 82.

⁴⁹ *BFH*, Urt. v. 16.5.1990 – I R 16/88, BStBl. II 1990, 1049 (1050); *BFH*, Urt. v. 21.1.1998, BStBl. 1998 II 468 (469); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14.

⁵⁰ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 83; *Henke/Lang*, IStR 2001, 514 (519 f.).

⁵¹ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 146.

⁵² *Haase*, IStR 2008, 312 (313); *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 146; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 14.

schaften, Mitunternehmerschaften und Betriebsstätten unterliegen ohnehin dem Welteinkommensprinzip (§ 1 Abs. 1 S. 1 EStG).⁵³ Betroffen von den Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung sind in der Regel ausländische Rechtsformen, welche mit denen einer inländischen UG, GmbH oder AG zu vergleichen sind. Für Familienstiftungen greift der speziellere § 15 AStG. Bei Zweckvermögen, wie bspw. Anstalten, Stiftungen und Trusts, können die Verhältnisse sehr unterschiedlich liegen.⁵⁴

2.1.3 Beteiligung „zu mehr als der Hälfte“

Der Begriff der Beteiligung wird in § 7 AStG gleich in drei Zusammenhängen verwendet. Er ist sowohl die Tatbestandsvoraussetzung der Hinzurechnung (§ 7 Abs. 1 AStG), als auch Inhalt der sog. „Zählregel“ (§ 7 Abs. 2, Abs. 4 AStG) und darüber hinaus der Bezugspunkt der Rechtsfolge (§ 7 Abs. 1, Abs. 5 AStG).⁵⁵

Sofern eine Beteiligung i. S. des § 7 Abs. 1 AStG vorliegt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob auch eine Beteiligung „zu mehr als der Hälfte“ besteht.

Maßgeblich für den Beteiligungsbegriff ist das ausländische Recht des Ansässigkeitsstaats. In diesem Sinne muss eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Gesellschaftskapitel (i. d. R. am Nennkapital) der ausländischen Gesellschaft vorliegen. Schuldrechtliche Beteiligungen, wie z. B. Genussrechte, die nicht § 8 Abs. 3 S. 2 KStG erfüllen, gelten daher nicht als Beteiligung i. S. des § 7 Abs. 1 AStG.⁵⁶ Wo eine Beteiligung am Gesellschaftskapitel fehlt, ist nachrangig auf die bestehenden Stimmrechte abzustellen. Sofern das ausländische (Gesellschafts-)Recht keine Beteiligung am Nennkapital vorsieht und auch keine Stimmrechte bestehen, kommt es letztendlich auf das Verhältnis der Beteiligungen am Vermögen der Gesellschaft, d. h. am Stamm des Vermögens, an (§ 7 Abs. 2 S. 3, Abs. 5 AStG).⁵⁷

Neben Anteilen, d. h. Beteiligungen am Nennkapital⁵⁸, fallen unter Beteiligungen i. S. des § 7 Abs. 2 AStG auch Stimmrechte.⁵⁹ Oftmals wird die Anzahl der Stimmrechte – als ge-

⁵³ *Nürnberg*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Welteinkommensprinzip Rz. 2 f.; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 146; *Rauch*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 1, § 1 EStG Rz. 40.

⁵⁴ *Kraft*, DStR 2016, 2825 (2825 ff.); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 15.

⁵⁵ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG, Rz. 27; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 91

⁵⁶ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 10 Außensteuerliche Erfassung von Genussrechten Rz. 244; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 92.

⁵⁷ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 92; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 28.

⁵⁸ *BFH*, Urt. v. 26.10.1983 – I R 200/78. BStBl. II 1984, 258 (261) = BeckRS 1983, 22006670; *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 7. 2. 1.

⁵⁹ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 147; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 98.

sellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte – mit der Beteiligung am Nennkapital übereinstimmen. Erst wenn die Beteiligung am Nennkapital und das zugewiesene Stimmrecht aufgrund des ausländischen Gesellschaftsrechts oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages disquotale verteilt sind, wird die Erweiterung des Beteiligungsbegriffes auf „Stimmrechte“ relevant.⁶⁰ Die Berücksichtigung von Stimmrechten soll dem – häufig im US-Raum vorzufindenden⁶¹ – Umstand Rechnung tragen, dass aufgrund gesellschaftsrechtlicher Gestaltungskombinationen auch Mehrfachstimmrechte verteilt werden können.⁶²

Es werden jedoch keine Anteile und Stimmrechte zusammengezählt, sondern es handelt sich um zwei alternative Zählregeln, von denen eine dazu führen muss, dass Steuerinländer zu mehr als 50 Prozent an der ausländischen Gesellschaft beteiligt sind.⁶³ In anderen Worten ist eine Zusammenrechnung der Beteiligung am Nennkapital mit Stimmrechten nicht zulässig.⁶⁴

Bei Treuhandvereinbarungen ist das Stimmrecht dem Treugeber zuzuordnen, da diesem nach § 39 AO die Verantwortlichkeit für die Willensbildung obliegt.⁶⁵ Sofern die Gesellschafter aufgrund eines Konsortialvertrags verpflichtet sind, eine einheitliche Willensbildung auszuüben, erfolgt keine Zurechnung der Stimmrechte.⁶⁶ Nach § 7 Abs. 4 S. 1 AStG werden einem unbeschränkt Steuerpflichtigen auch Anteile oder Stimmrechte zugeordnet, die eine Person hält, die seinen Weisungen so zu folgen hat oder so folgt, dass ihr kein eigener wesentlicher Entscheidungsspielraum verbleibt.⁶⁷ Eine Weisungsgebundenheit liegt nur dann vor, wenn diese so erheblich ist, dass der angewiesenen Person kein eigener Entscheidungsspielraum mehr bleibt. Dies lässt sich in der Regel aufgrund einer rechtlichen oder faktischen Bindung begründen.⁶⁸ Die Weisungsgebundenheit kann gemäß § 7 Abs. 4 S. 2 AStG nicht bereits deshalb bejaht werden, weil der unbeschränkt Steuerpflichtige an der vermeintlich weisungsgebundenen Gesellschaft beteiligt ist.

⁶⁰ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 98; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27a.

⁶¹ *Fleischer/Mock*, NZG 2020, 161 (167); *Schlitt*, in: MüKo zum AktG, WpÜG § 33 Handlungen des Vorstands der Zielgesellschaft Rz. 280.

⁶² *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG, Rz. 27a; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 98.

⁶³ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 147; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27a.

⁶⁴ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27a.

⁶⁵ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7, Rz. 98; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG, Rz. 27a.

⁶⁶ *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 7 Rz. 4; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 98.

⁶⁷ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1162; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 147; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 98.

⁶⁸ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 147; *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 7 Rz. 91.4.

Eine Beteiligung „zu mehr als der Hälfte“ liegt vor, wenn unbeschränkt Steuerpflichtige allein oder zusammen mit Personen i. S. des § 2 AStG am Ende des Wirtschaftsjahres der Gesellschaft, in dem sie die Einkünfte bezogen haben, mehr als 50 Prozent der Anteile oder der Stimmrechte an der ausländischen Gesellschaft zuzurechnen sind (§ 7 Abs. 2 S. 1 AStG). Bei den Personen i. S. des § 2 AStG handelt es sich um natürliche Personen, die in den letzten zehn Jahren vor dem Ende ihrer unbeschränkten Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 EStG als Deutsche insgesamt mindestens fünf Jahre unbeschränkt einkommensteuerpflichtig waren.

Aufgrund des Verweises in § 7 Abs. 2 AStG auf § 2 AStG können Personen ohne jeglichen Inlandsbezug – jedoch ehemals als deutsche Staatsbürger unbeschränkt Einkommensteuerpflichtige – als Rechengröße auf der Tatbestandsseite berücksichtigt werden.⁶⁹ Die Finanzverwaltung begrenzt die Zuzählung von § 2 AStG-Personen auf die zehnjährige Frist für die erweiterte beschränkte Steuerpflicht.⁷⁰ Eine Hinzurechnung gegenüber Personen i. S. des § 2 AStG selbst erfolgt jedoch nicht.⁷¹

Das Gesetz geht typisierend davon aus, dass die steuerlichen Mitwirkungspflichten nach § 17 AStG aufgrund der Beteiligungshöhe von den Steuerinländern erfüllt werden können, da diese zusammenarbeiten und ihren Einfluss gemeinsam geltend machen können.⁷² Ein tatsächlich beherrschender Einfluss i. S. des Handelsrechts – z. B. im Einklang mit konzernrechtlichen Konsolidierungsvorschriften (§ 290 HGB) – muss hingegen nicht vorliegen. Anhand der Inländerbeteiligung zu mehr als der Hälfte am Nennkapital bzw. den Stimmrechten wird eine Beherrschung typisierend unterstellt.⁷³ Es sei angemerkt, dass sich die inländischen Gesellschafter oft fremd sind und folglich keinen gemeinsamen Willen auf der Gesellschafterversammlung ausdrücken werden.

Nach § 7 Abs. 2 S. 2 AStG sind den Steuerinländern auch Anteile oder Stimmrechte zuzurechnen, die durch eine „andere Gesellschaft“ – oder mehrere Gesellschaften – „vermittelt“ werden. Es werden demnach bei der Ermittlung der Beteiligungshöhe auch mittelbare Beteiligungen berücksichtigt, die über andere beschränkt steuerpflichtige Gesellschaften ge-

⁶⁹ Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27; Protzen, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 95; Blumenberg/Hundeshagen, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 147; Kortendick/Ekinci, IStR 2020, 615 (616).

⁷⁰ BMF, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sonderm.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 7. 2. 1. Nr. 2.; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27.

⁷¹ Wissenschaftlicher Beirat Steuern der Ernst & Young GmbH, IStR 2013, 549 (552); Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27.

⁷² Protzen, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 100; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27.

⁷³ Protzen, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 100; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 27; wohl auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: FG München, Urt. v. 28.2.2002 – 7 K 5551/98 = BeckRS 2002, 21011997 = LSK 2002, 450572.

halten werden.⁷⁴ Da sich § 7 Abs. 2 S. 2 AStG dem Wortlaut nach auf die „Anwendung des vorstehenden Satzes“ bezieht, kann mit einer anderen Gesellschaft nur eine ausländische Gesellschaft i. S. des § 7 Abs. 2 S. 1 AStG gemeint sein. Ebenso muss die vermittelnde Gesellschaft nicht deutschbeherrscht sein. Hierfür findet sich im Wortlaut der Norm kein Anhaltspunkt.⁷⁵

2.1.4 Passive Einkünfte - Aktivitätskatalog

Der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen lediglich passive Einkünfte einer ausländischen Gesellschaft, welche i. d. R. aus der Verwaltung von Vermögen stammen und – im Gegensatz zu aktiven Einkünften – keiner produktiven wirtschaftlichen Tätigkeit entspringen. Die Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Einkünften soll den OECD-Grundsätzen entsprechen, wonach bei echter wirtschaftlicher Tätigkeit eine Hinzurechnungsbesteuerung unterbleiben soll.⁷⁶

Gemäß § 8 Abs. 1 AStG unterliegen lediglich passive Einkünfte der Hinzurechnungsbesteuerung. Der Begriff „passiv“ ist jedoch per se – was der Wortlaut zunächst vermuten lässt – kein Oberbegriff für „funktionslos, substanzlos oder vermögensverwaltend.“⁷⁷ Stattdessen gibt der Gesetzgeber in einem abschließenden Katalog (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 – 10 AStG) vor, welche Einkünfte aus einer aktiven Tätigkeit stammen (sog. Aktivitätskatalog).⁷⁸ Im Gegenschluss sind alle nicht im Katalog aufgelisteten Einkünfte als passiv zu bewerten (Generalatbestand passiver Einkünfte).⁷⁹

Es ergibt sich für den Rechtsanwender ein komplexes Prüfungsschema.⁸⁰ Zunächst werden alle Einkünfte der vermeintlichen Zwischengesellschaft als passiv klassifiziert (Grundtatbestand). Daraufhin muss festgestellt werden, ob die ausländische Gesellschaft aktive Einkünfte i. S. des Aktivitätskatalogs erzielt (Ausnahme). Einige der aktiven Einkünfte wer-

⁷⁴ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 29; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 101 ff.

⁷⁵ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7, Rz. 102.

⁷⁶ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 3; ohne aktive Teilnahme am Markt: *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 32.

⁷⁷ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 159.

⁷⁸ *Grashoff*, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapitel Internationales Steuerrecht Rz. 563; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 1; *Rödel*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 16; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 159; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 32.

⁷⁹ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (13) (zu Heft 6/2013); *Rödel*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 15; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 1 f.; *Grashoff*, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapitel Internationales Steuerrecht Rz. 563.

⁸⁰ *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (136); *Haase*, DStR 2019, 827 (829); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 6; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 159 f.

den vom Gesetzgeber jedoch nur als solche akzeptiert, „soweit nicht“ weitere – schädliche – Voraussetzungen vorliegen (Rückausnahme). Im Einzelfall, bspw. bei einer ausländischen Handelsgesellschaft, kann jedoch die Rückausnahme durch Nachweise des Steuerpflichtigen bereinigt werden (Rück-Rückausnahme).⁸¹

Bei einer sog. gemischten Gesellschaft⁸², welche sowohl Einkünfte aus aktiven als auch aus passiven Tätigkeiten erzielt, muss anhand einer funktionalen Betrachtungsweise geprüft werden, inwiefern die passiven Einkünfte den aktiven Einkünften zugerechnet werden können. Dies ist nach der allgemeinen Verkehrsauffassung anhand des wirtschaftlichen Schwergewichts zu bestimmen.⁸³ Ähnlich wie die unselbstständige Nebenleistung⁸⁴ das umsatzsteuerliche Schicksal der Hauptleistung teilt, sind auch im Rahmen des § 8 Abs. 1 AStG unselbstständige Tätigkeiten – z. B. Erlöse aus dem Verkauf von Anlagevermögen – ungeachtet ihres passiven Charakters als Nebenerträge von aktiven Einkünften zu qualifizieren.⁸⁵

Teilweise nutzen das EStG (§ 2 Abs. 1) und das AStG (§ 8 Abs. 1) identische Begrifflichkeiten im Rahmen der Einkünftequalifikation (z. B. Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung). Bezüglich der Einkünftequalifikation für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung ist die Einkünftequalifikation nach den sieben Einkunftsarten des EStG jedoch unerheblich.⁸⁶

Fraglich ist, ob Einkünfte, welche unter keine der sieben Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 EStG) zu subsumieren sind, als passive Einkünfte i. S. des § 8 Abs. 1 AStG der Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwerfen sind. Im Falle von Kapitalgesellschaften mag dies eher ein theoretisches Problem darstellen, da die anderen sechs Einkunftsarten i. S. d. § 2 Abs. 1 EStG bei Kapitalgesellschaften einer Umqualifizierung in Einkünfte aus Gewerbebetrieb unterliegen (§ 8 Abs. 2 KStG). Bei natürlichen Personen, welche Anteilseigner an einer ausländischen Zwischengesellschaft sind, ist es mehr als ein theoretisches Problem. Der Wortlaut des § 10 Abs. 3 S. 1 und S. 2 AStG, welcher für die Ermittlung des Hinzurechnungs-

⁸¹ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 159 f.; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 6.

⁸² *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 93; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 161.

⁸³ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 32; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 161; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 93 f.

⁸⁴ *Tranacher*, MwStR 2019, 817 (818); *Trejo*, MwStR 2014, 320 (322).

⁸⁵ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.0.2.; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 161

⁸⁶ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.0.1; *Rödel*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 17.

nungsbetrages auf die Vorschriften des § 4 Abs. 1 bzw. 4 Abs. 3 EStG verweist, lässt zunächst vermuten, dass die ausländische Gesellschaft sämtliche Einkünfte kraft Rechtsform erzielt und deshalb kraft Rechtsform gewerbliche – und folglich hinzurechenbare – Einkünfte vorliegen.⁸⁷ Der BFH hat jedoch bereits 1998 entschieden, dass der Sinn und Zweck der Hinzurechnungsbesteuerung, d. h. die Verhinderung ungerechtfertigter Steuervorteile, die sich Steuerinländer durch den Einsatz von Zwischengesellschaften verschaffen, einer solchen Auslegung des § 8 Abs. 1 AStG widerspricht.⁸⁸ Zwar lässt es der BFH unentschieden⁸⁹, ob sich die nach § 10 Abs. 3 S. 1 AStG anzuwendenden Einkünfteermittlungsvorschriften des deutschen Steuerrechts aus der Sicht der an der Zwischengesellschaft beteiligten Steuerinländer oder aber aus der Sicht der Zwischengesellschaft bestimmen. Dennoch ist das Abstellen auf den Sinn und Zweck der Hinzurechnungsbesteuerung folgerichtig, da ansonsten dem Steuerinländer steuerpflichtige Auslandseinkünfte zugerechnet werden würden, die in einem Inlandssachverhalt gar nicht steuerbar wären.⁹⁰ Der Steuerpflichtige könnte in diesem Fall gar keinen ungerechtfertigten Steuervorteil erlangen.

Problematisch in der Gesetzssystematik des § 8 Abs. 1 AStG ist, dass der Aktivitätskatalog zum großen Teil aus dem Jahr 1972 stammt und lediglich die betriebswirtschaftliche Umwelt der damaligen Zeit berücksichtigt. Eine Veränderung der dort erfassten Tatbestände hat seitdem kaum stattgefunden.⁹¹ Eine Ergänzung des Aktivitätskataloges gab es lediglich durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG)⁹², welches Einkünfte aus Gewinnausschüttungen und Einkünfte aus Realisationstatbeständen in den Positiv-Katalog des § 8 Abs. 1 AStG mit aufnahm (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9).⁹³ Hintergrund der Privilegierung von Holdinggesellschaften war der körperschaftsteuerliche Wechsel vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren und die damit einhergehende weitgehende Steuerbefreiung von Gewinnausschüttungen (§ 8b Abs. 1 KStG) und Veräußerungsgewinnen (§ 8b Abs. 2 KStG).⁹⁴

⁸⁷ Rödel, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 19.

⁸⁸ BFH, Urt. v. 21.1.1998 – I R 3–96 = DStR 1998, 883 (884) = BeckRS 1998, 23000213.

⁸⁹ BFH, Urt. v. 21.1.1998 – I R 3–96 = DStR 1998, 883 (884) = BeckRS 1998, 23000213.

⁹⁰ Rödel, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 19.

⁹¹ Linn, IStR 2016, 645 (649); Haase, ISR 2017, 349 (350); Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 10; Rödel, in: Kraft, AStG § 8 Rz. 15; Blumenberg/Hundeshagen, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 159; Köhler/Staats, ISR 2021, 295 (297).

⁹² Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) v. 20.12.2001, BGBl I. 2001, 3858.

⁹³ Kraft/Jochimsen, IStR 2013, 334 (336); Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 10; Rödel, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 15.

⁹⁴ Kraft/Jochimsen, IStR 2013, 334 (336); Rödel, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 15; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 1.

In einer Epoche der Globalisierung und Digitalisierung kann der Aktivitätskatalog den heutigen Geschäftsmodellen nicht mehr in angemessenen Maße Rechnung tragen, da vom Gesetzgeber teilweise als steuerschädlich qualifiziert wird, was betriebswirtschaftlich notwendig geworden ist.⁹⁵ Dies führt freilich zu Subsumtionsproblemen, wenn neue Tätigkeitsfelder (z. B. im Bereich der Finanzdienstleistungen: Swapgeschäfte, Asset Backed Securities, Leasing) entstehen, die in der Positivliste keine Berücksichtigung finden. § 8 Abs. 1 Nr. 2 AStG klassifiziert lediglich die Herstellung von Sachen, nicht aber z. B. von Software, als aktive Tätigkeit.⁹⁶ In der Literatur wird daher richtigerweise gefordert, dass der Aktivitätskatalog – bzw. dessen Nichterfüllung – lediglich eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen von passiven Einkünften liefern soll.⁹⁷ Erforderlich wäre zudem eine Anpassung an die Richtlinienvorgaben der ATAD. Die ATAD enthält einen Katalog passiver Einkünfte, d. h. eine umgekehrte Regelungstechnik, welche alle nicht im Passiv-Katalog aufgeführten Einkünfte als aktive Einkünfte qualifiziert (dazu: 4).

2.1.5 Niedrige Besteuerung

Die Intention des Gesetzgebers ist es nicht, alle passiven Einkünfte beherrschter ausländischer Gesellschaften einer Hinzurechnung zu unterwerfen, sondern lediglich jene, die einer niedrigen Besteuerung unterliegen.⁹⁸

Eine niedrige Besteuerung i. S. des § 8 Abs. 1 AStG liegt vor, wenn die Einkünfte der ausländischen Gesellschaft einer Belastung durch Ertragsteuern von weniger als 25 Prozent unterliegen, ohne dass dies auf einem Ausgleich mit Einkünften aus anderen Quellen beruht (§ 8 Abs. 3 S. 1 AStG).

Formelhaft ausgedrückt bedeutet dies, dass eine niedrige Besteuerung vorliegt, wenn der Quotient aus den den passiven Einkünften zuordenbaren und tatsächlich entrichteten Ertragsteuern (Zähler) und der Höhe der passiven Einkünfte ermittelt nach deutschem Steuerrecht (Nenner) kleiner als 25 Prozent ist.⁹⁹ In dieser Formel sind bereits wichtige Tatbestandsvoraussetzungen vorweggenommen, welche im Folgenden näher beleuchtet werden.

⁹⁵ Haase, ISR 2017, 349 (350); Kraft, IStR 2010, 377 (379 f.); Blumenberg/Hundeshagen, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 160; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 3; Linn, IStR 2016, 645 (649).

⁹⁶ Zur Kritik: Kraft, IStR 2010, 377 (379 f.); Rödel, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 16; Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG, Rz. 3; Haase, ISR 2017, 349 (350); Köhler/Staats, ISR 2021, 295 (297).

⁹⁷ Werra, IStR 2001, 438 (439); Lieber, FR 2002, 139 (150); Vogt, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 3; Haase, ISR 2017, 349 (350); Köhler/Staats, ISR 2021, 295 (297).

⁹⁸ Lampert, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 5; Kraft, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 898.

⁹⁹ Zur Belastungsrechnung: Blumenberg/Hundeshagen, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 149; Kraft, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 874, 901.

Die Niedrigsteuergrenze bezieht sich lediglich auf passive, schädliche, Einkünfte. Aktive, gute, Einkünfte hingegen dürfen niedrig oder gar nicht besteuert werden.¹⁰⁰ Es sei zudem angemerkt, dass im Zähler, d. h. bei den zuordenbaren Ertragsteuern nach § 8 Abs. 3 S. 3 AStG, lediglich die tatsächlich erhobenen Steuern berücksichtigt werden. Die reine Steuer-schuld ist für die Steuerbelastungsrechnung unerheblich.¹⁰¹ Dies ist im Sinne einer effektiven Missbrauchsvermeidung zu begrüßen, da ansonsten dem ausländischen Steuergesetz-geber die Möglichkeit eröffnet würde, für die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung „kon-forme“ Steuersätze zu beschließen, gleichzeitig jedoch auf die tatsächliche Steuererhebung zu verzichten.¹⁰² Analog gilt dies für etwaige Steuervergünstigen, welche vom ausländischen Staat gezielt für passive Einkünfte gewährt werden.¹⁰³ Auch diese sind im Rahmen der Ermittlung der niedrigen Besteuerung zu berücksichtigen.

Eine Legaldefinition für den Begriff der Ertragsteuern gibt es nicht.¹⁰⁴ Es kann jedoch auf die praxistaugliche Definition der Finanzverwaltung zurückgegriffen werden. Nach Rz. 8.3.1.1 des Anwendungserlass zum Außensteuergesetz (AEASStG) gehören zu den Ertrag-steuern alle Lasten der ausländischen Gesellschaft im Staat ihres Sitzes, ihrer Geschäftslei-tung oder einem Drittstaat (z. B. Steuern einer Betriebsstätte).¹⁰⁵ Demnach zählen zu den Ertragsteuern alle Steuern „vom Gesamteinkommen oder von Teilen des Einkommens, einschließlich der Steuern vom Gewinn aus der Veräußerung beweglichen oder unbewegli-chen Vermögens sowie die Steuern vom Vermögenszuwachs“¹⁰⁶. Aufgrund der weiten De-finition fallen unter die Ertragsteuern auch gewerbesteuergleiche Abgaben sowie Zu-schlagssteuern auf Einkommen- oder Körperschaftsteuern.¹⁰⁷ In Deutschland wären dies bspw. die Kirchensteuer und der Solidaritätszuschlag als Annexsteuern.

¹⁰⁰ *Grashoff*, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapitel Internationales Steuerrecht Rz. 562; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 184; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 898.

¹⁰¹ *Mühlhäuser*, in: Römermann, Handbuch GmbH-Recht, Teil F. Steuern, § 17 Rz. 100; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 149; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 893; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 33.

¹⁰² *Vogt*, DStR 2005, 1347 (1350); *Kraft/Nitzschke*, IStR 2003, 820 (821).

¹⁰³ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 149; *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.1.1.; *BFH*, Urt. v. 20.4.1988, BStBl. II S. 986; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 33.

¹⁰⁴ *Lenz/Heinsen*, IStR 2003, 793 (794).

¹⁰⁵ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.1.1, S. 2; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 187; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 149

¹⁰⁶ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.1.2, S. 1.

¹⁰⁷ *Lenz/Heinsen*, IStR 2003, 793 (794); *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 895.

Weiterhin führt die Finanzverwaltung aus, dass Kapitalsteuern und Steuern, die bei ausländischen Gesellschaften zu Lasten Dritter einbehalten werden (z. B. Kapitalertragsteuern ihrer Gewinnausschüttungen), bei der Summierung der zu berücksichtigenden Ertragsteuern außer Ansatz bleiben müssen.¹⁰⁸ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da Kapitalertragsteuern auf Ebene des Gesellschafters anfallen und lediglich von der ausschüttenden Gesellschaft „an der Quelle“ einbehalten werden. Die Kapitalertragsteuer per se ist gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 EStG eine besondere Form der Einkommensteuer¹⁰⁹ und gerade keine Ertragsteuer auf Ebene der Gesellschaft.

Freiwillige Steuerzahlungen sind nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht zu berücksichtigen.¹¹⁰

Aus der oben aufgeführten Formel geht weiterhin hervor, dass die Ertragsteuerbelastung durch das Verhältnis der nach deutschen Gewinnermittlungsvorschriften zu ermittelnden Zwischeneinkünfte und den von der ausländischen Gesellschaft tatsächlich entrichteten Steuern zu ermitteln ist.¹¹¹ Die Einkünfteermittlung nach inländischem Steuerrecht erfolgt nach den Vorschriften der §§ 2 Abs. 2 und 4 Abs. 1 und Abs. 3 EStG, d. h. nach Betriebsvermögensvergleich oder als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben.¹¹²

Häufig gibt es Unterschiede zwischen deutschem und ausländischem Steuerrecht.¹¹³ So kann es bspw. vorkommen, dass der ausländische Gesetzgeber aufwandswirksame Zuführungen zu Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zulässt, für die es nach deutschem Recht gemäß § 5 Abs. 4a S.1 EStG ein Passivierungsverbot gibt.¹¹⁴ Dies führt dazu, dass die steuerlichen Bemessungsgrundlagen nach ausländischen Recht und nach deutschem Recht divergieren. Im Ergebnis z. B. kann es dazu kommen, dass nach

¹⁰⁸ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, *BStBl. I* 2004, *Sondernr. I/2004*, *BeckVerw.* 051455, Tz. 8.3.1.2, S. 1; bestätigt durch: *FG Hamburg*, *Urt.* v. 29.10.1993 – VII 185/89 = *EFG* 1994, 335 = *RIW* 1994, 257.

¹⁰⁹ *Weber-Grellet*, *DStR* 2013, 1357 (1358); *Rauh*, in: *Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon*, *Kapitalertragsteuer* Rz. 1.

¹¹⁰ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, *BStBl. I* 2004, *Sondernr. I/2004*, *BeckVerw.* 051455, Tz. 8.3.2.1. S. 2.

¹¹¹ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, *BStBl. I* 2004, *Sondernr. I/2004*, *BeckVerw.* 051455, Tz. 8.3.2.1, S. 1, Tz. 10.1.1.1; *Vogt*, *DStR* 2005, 1347 (1349); *Lenz/Heinsen*, *IStR* 2003, 793 (794); *Wissenschaftlicher Beirat Steuern der Ernst & Young GmbH*, *IStR* 2013, 549 (549); *Lampert*, in: *Musil/Weber-Grellet*, 2. Teil, *AStG*, § 14 Rz. 37.

¹¹² *Vogt*, *DStR* 2005, 1347 (1349); *Vogt*, in: *Blümich*, *EStG/KStG/GewStG*, Band 5, § 8 *AStG* Rz. 185; *Kraft*, in: *Kraft*, *AStG*, § 8 Rz. 899.

¹¹³ *Kraft*, *IStR* 2016, 276 (276 ff.); *Lenz/Heinsen*, *IStR* 2003, 793 (794); *Schmidt*, in: *Schmidt*, *Außensteuergesetz*, § 8 Rz. 36.

¹¹⁴ *Kraft*, in: *Kraft*, *AStG*, § 8 Rz. 897; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, *Konzernsteuerrecht*, § 7 *Besteuerung der ausländischen Aktivitäten*, Rz. 153.

ausländischem Recht 30 Prozent Ertragsteuern auf die Bemessungsgrundlage entrichtet wurden, aber dennoch eine Niedrigbesteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG vorliegt, da die deutsche steuerliche Bemessungsgrundlage höher ist als die ausländische.

Weitere Beispiele für Unterschiede in der Bemessungsgrundlage sind die steuerliche Bewertung von Pensionsverpflichtungen (§ 6a EStG) oder die – der Höhe nach umstrittene¹¹⁵ – Abzinsung von langfristigen Verbindlichkeiten und Rückstellungen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 und 3a EStG).¹¹⁶ Auch steuerneutrale Umwandlungen im Ausland gelten als niedrig besteuert, da das deutsche Umwandlungssteuerrecht auf das Inland beschränkt ist (§ 10 Abs. 3 S. 4 AStG). Gleichwohl können Umwandlungsgewinne – aus der Realisierung von stillen Reserven – nach § 8 Abs. 1 Nr. 10 AStG als aktive Einkünfte qualifiziert werden.¹¹⁷ Daneben bietet das deutsche Steuerrecht Besonderheiten bei nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben, wie bspw. das hälftige Abzugsverbot von Bezügen der Mitglieder von Aufsichts- und Verwaltungsräten (§ 10 Nr. 4 KStG) oder das Abzugsverbot für Bestechungs- und Schmiergelder (§ 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG).¹¹⁸ Zuletzt seien noch hybride Finanzierungsinstrumente, z. B. Redeemable Preference Shares (PREPs), genannt, welche nach deutschem Steuerrecht keinen Finanzierungsaufwand darstellen.¹¹⁹

Bloße zeitliche Verlagerungen der Steuerpflicht, d. h. ein kurzfristiges Unterschreiten der Niedrigsteuergrenze aufgrund von im Ausland allgemein üblichen Abschreibungsätzen oder ähnlichen Regelungen, können nach Auffassung der Finanzverwaltung außer Ansatz bleiben, sofern diese sich in einem überschaubaren Zeitraum ausgleichen.¹²⁰ Wann ein solch „überschaubarer Zeitraum“ vorliegt, ist nicht näher definiert. Da die Finanzverwaltung jedoch explizit das Beispiel unterschiedlicher in- und ausländischer Abschreibungsätze von Wirtschaftsgütern (§ 7 EStG) nennt, sollte nach der hier vertretenen Auffassung unter anderem die Gesamtnutzungsdauer des entsprechenden Wirtschaftsgutes Rückschluss darauf geben, wann ein überschaubarer Zeitraum vorliegt. Ein Teil der Literatur¹²¹ veranschlagt einen pauschalen Zeitraum von drei bis fünf Jahren zwischen dem Entstehen

¹¹⁵ *Scheffler*, BB 2014, 299 (301); *Kahle*, DStR 2018, 976 (980); *Prinz*, DStR 2020, 842 (843).

¹¹⁶ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 153.

¹¹⁷ *Kraft*, IStR 2016, 276 (282); *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 154.

¹¹⁸ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 155; Fallstudie zur unterschiedlichen Behandlung von Betriebsausgaben: *Kraft*, IStR 2016, 276 (276).

¹¹⁹ *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 33; *Kraft*, IStR 2016, 276 (280).

¹²⁰ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.1.1.

¹²¹ *Kraft*, IStR 2016, 276 (279).

und der Umkehr von temporären Differenzen. Ein anderer Teil der Literatur¹²² verweist auf die Abgrenzung zwischen temporären und permanenten Differenzen bei der Erfassung von latenten Steuern im Jahresabschluss.

Gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 AStG muss sich die Ermittlung der passiven Einkünfte – in der Formel der Nenner – aus einer isolierten Betrachtung ergeben. Durch den Wortlaut „ohne dass die niedrige Besteuerung auf einem Ausgleich mit Einkünften aus anderen Quellen beruht“ (§ 8 Abs. 3 S. 1 AStG) will der Gesetzgeber vermeiden, dass sich nur deshalb eine niedrige Besteuerung ergibt, weil die ausländische Gesellschaft aus unterschiedlichen Einkunftsquellen sowohl positive als auch negative Einkünfte erzielt und sich aufgrund deren Verrechnung eine Ertragsteuerbelastung von weniger als 25 Prozent ergibt, obwohl es sich bei den Zwischeneinkünften um hoch besteuerte Einkünfte handelt.¹²³ Aufgrund der funktionalen Betrachtungsweise müssen die einzelnen Einkünfte im Ergebnis isoliert auf ihre etwaige Niedrigbesteuerung geprüft werden.¹²⁴

Der durch das Jahressteuergesetz (JStG) 2010¹²⁵ eingeführte Satz 2 des § 8 Abs. 3 AStG verfolgt primär das Ziel, die sog. Malta-Modelle zu bekämpfen.¹²⁶ Das Malta-Modell¹²⁷ zeigte in eindrucksvoller Art und Weise, wie ausländische Staaten das Regelungsregime der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwandern versuchten, um deutsche Investoren anzulocken.¹²⁸ Das Modell bestand darin, dass Steuerinländer Beteiligungen an einer auf Malta ansässigen Holdinggesellschaft hielten, welche wiederum an einer Untergesellschaft beteiligt war. Die Untergesellschaft erzielte passive Einkünfte, wurde jedoch im Hinblick auf die oben dargelegte Formel nicht niedrig besteuert, da Malta einen Körperschaftsteuersatz von 35 Prozent erhob. Jedoch räumte Malta der Obergesellschaft im Falle von Gewinnausschüttungen einen Steuererstattungsanspruch i. H. v. 6/7 der erhobe-

¹²² *Lenz/Heinsen*, IStR 2003, 793 (795).

¹²³ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 184; mit Beispielen dazu: *Schönfeld*, IStR 2009, 301 (302); *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 903.

¹²⁴ *Mühlhäuser*, in: Römermann, Handbuch GmbH-Recht, Teil F. Steuern, § 17 Rz. 100; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 184; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 151; *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr.1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.1.2.

¹²⁵ Jahressteuergesetz 2010, v. 8.12.2010, BGBl. 2010 I S. 1768.

¹²⁶ *Benecke/Schnitger*, IStR 2010, 433 (436); *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 36; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 182; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 75; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 149; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 1080.

¹²⁷ *Schönfeld*, IStR 2013, 590 (593); *Benecke/Schnitger*, IStR 2010, 433 (436); *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 149; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 1080.

¹²⁸ *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 1082; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 149.

nen Körperschaftsteuer der Untergesellschaft ein.¹²⁹ Unter Berücksichtigung dieses Erstattungsmechanismus ergab sich eine effektive (Konzern-)Steuerbelastung – nach Ausschüttung – von 4 Prozent.¹³⁰ Die Obergesellschaft unterlag allerdings nicht der Hinzurechnungsbesteuerung, da sie als Holdinggesellschaft Dividenden und damit aktive Einkünfte (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG) bezog. Die Ergänzung des Abs. 3 S. 2 durch den Gesetzgeber erscheint nach der hier vertretenen Auffassung notwendig und erforderlich. Da allgemeine Missbrauchsvermeidungsnormen wie § 42 AO in solchen Sachverhalten keine Anwendung fanden, war eine spezialgesetzliche Korrektur geboten, um den fragwürdigen Interessen ausländischer Staaten effektiv entgegenzutreten.

Der Schwellensatz für die als niedrig geltende Ertragsteuerbelastung betrug vor der Reform durch das Steuersenkungsgesetz (StSenkG)¹³¹ und das UntStFG¹³² 30 Prozent und wurde an den damaligen Körperschaftsteuersatz von 25 Prozent angepasst.¹³³ Er orientierte sich an der Hälfte der damaligen körperschaftsteuerlichen Belastung thesaurierter Gewinne von Kapitalgesellschaften.¹³⁴

De lege lata beträgt der deutsche Körperschaftsteuersatz 15 Prozent (§ 23 Abs. 1 KStG). Eine erneute Anpassung des Niedrigsteuersatzes an den Körperschaftsteuersatz hat augenscheinlich nicht stattgefunden. Im Hinblick auf den derzeit geltenden Steuersatz verwundert es nicht, dass weite Teile der Literatur¹³⁵ Kritik an der derzeitigen Niedrigsteuerschwelle von 25 Prozent üben. Eine Kapitalgesellschaft – als Gewerbebetrieb kraft Rechtsform (§ 2 Abs. 2 S. 1 GewStG) – weist unter Berücksichtigung von Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag eine ungefähre Gesamtsteuerbelastung von ca. 30

¹²⁹ *Schönfeld*, IStR 2013, 590 (593); *Vogt*, in: Blümlich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 187; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 1081; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 149; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 36.

¹³⁰ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1169; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 36; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 1081.

¹³¹ Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000 BGBl. I 200, 1433, BStBl. I 2000, S. 1428.

¹³² Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) v. 20.12.2001, BGBl. I. 2001, S. 3858.

¹³³ *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566); *Vogt*, in: Blümlich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 8 180 ff.; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 870.

¹³⁴ *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 496 (496 ff.); *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 870, 1004; *Vogt*, in: Blümlich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 181.

¹³⁵ *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 496 (496 ff.); *Kraft*, IStR 2010, 378 (378 ff.); *Kraft/Seydewitz*, BB 2015, 1494 (1494 ff.); *Vogt*, in: Blümlich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 181; *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 8 Rz. 34; *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566).

Prozent auf. Im Hinblick darauf erscheint eine Niedrigsteuergrenze in der halben Belastung (15 Prozent) als angemessen.¹³⁶

Unabhängig von der Orientierung an der Hälfte der körperschaftsteuerlichen Belastung thesaurierter Gewinne von (inländischen) Kapitalgesellschaften hat sich auch das weltweite steuerliche Umfeld geändert. Der globale Wettbewerb um Unternehmensansiedlungen hat seinen vorläufigen Höhepunkt in der US-Steuerreform gefunden, durch welche der US-Körperschaftsteuersatz auf 21 Prozent abgesenkt wurde.¹³⁷ Neben den USA gelten auch zahlreiche weitere Drittländer und EU-Mitgliedstaaten¹³⁸ als Niedrigsteuer-Jurisdiktionen im Sinne des § 8 Abs. 3 AStG. Folglich ist – unter Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – eine Vielzahl von Unternehmen von der Hinzurechnungsbesteuerung betroffen.¹³⁹

Die Literatur¹⁴⁰ bringt zudem verfassungsrechtliche Bedenken hervor. Im Inland kann bei einem gewerbsteuerlichen Minimalhebesatz von 200 Prozent (sog. gewerbsteuerliche Oase) eine Ertragsteuerbelastung von ca. 22,83 Prozent erzielt werden (§ 16 Abs. 4 S. 2 GewStG).¹⁴¹ Gleichzeitig werden jedoch Auslandsinvestitionen mit einer Ertragsteuerbelastung von weniger als 25 Prozent „sanktioniert“. Demnach fehle es an einer Sachgesetzlichkeit, Investitionen im Ausland zu sanktionieren, obwohl im Inland – im günstigsten Fall – die gleichen Konditionen angeboten würden.¹⁴² Der Aufruf an den Gesetzgeber¹⁴³, den niedrigsten im Inland denkbaren Ertragsteuersatz – als Kombination von Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag zuzüglich Gewerbesteuer – als Niedrigsteuergrenze für Investitionen im Ausland festzulegen, ist daher folgerichtig.

2.2 Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter

Für die sog. „verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung“ enthalten § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG besondere Tatbestände. Ist eine ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft für Zwi-

¹³⁶ *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 496 (496 ff.); *Schön*, IStR 2013, 3 (3), Beiheft zu Heft 6 (2013); *Kraft*, IStR 2010, 378 (378 ff.); *Kraft/Seydewitz*, BB 2015, 1494 (1494 ff.); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566).

¹³⁷ *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1564); *Schnitzer/Kopec*, IStR 2019, 43 (43); immer weniger Länder fallen unter die Niedrigsteuergrenze: *Linn*, IStR 2016, 645 (648).

¹³⁸ Bulgarien (10 Prozent), Irland (12,5 Prozent), Liechtenstein (12,5 Prozent), Ungarn (9 Prozent), Zypern (12,5 Prozent).

¹³⁹ *Linn*, IStR 2016, 645 (646); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566); zu den Folgen des Brexit: *Linn*, IStR 2016, 557 (560).

¹⁴⁰ *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109 (111); *Schön*, IStR 2013, 3 (3); *Kraft*, IStR 2010, 378 (378 ff.); *Kraft*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 884; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13; *Protzen*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 181; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 5; *Haarmann*, IStR 2011, 565 (571 f.).

¹⁴¹ *Wassermeyer/Schönfeld*, IStR 2008, 499 (499); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (723).

¹⁴² *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109 (110 f.); *Haarmann*, IStR 2011, 565 (571 f.); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 7 AStG Rz. 13; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 5; *Protzen*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 181; *Kraft*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 884.

¹⁴³ Dazu: *Haarmann*, IStR 2011, 565 (571 f.); *Kraft/Quilitzsch*, ISR 2012, 109 (109).

scheneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter i. S. des § 7 Abs. 6a AStG und ist ein unbeschränkt Steuerpflichtiger an der Gesellschaft zu mindestens 1 Prozent beteiligt, sind diese Zwischeneinkünfte beim Steuerpflichtigen – ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 AStG – hinzuzurechnen (§ 7 Abs. 6 S. 1 AStG).

Die niedrigere Beteiligungsquote wurde im Jahr 1992 eingeführt, um zu verhindern, dass durch die Zwischenschaltung ausländischer Gesellschaften Einkünfte in Dividenden umqualifiziert werden und dadurch dem abkommensrechtlichen Schachtelprivileg unterfallen.¹⁴⁴

Ohne die verschärfende Regelung hätte ein Steuerpflichtiger eine oder mehrere ausländische Gesellschaften mit einer Beteiligungsquote zwischen 25 und 50 Prozent in einem Niedrigsteuerregime zwischenschalten können und hätte damit den regulären Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung nach § 7 Abs. 1 AStG nicht erfüllt. Gleichzeitig hätte der Steuerpflichtige ein abkommensrechtliches Schachtelprivileg in Anspruch nehmen können, wonach ab einer Beteiligungshöhe von 25 Prozent im Quellstaat lediglich fünf Prozent der Ausschüttungssumme als Quellsteuer einbehalten werden dürfte (Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA¹⁴⁵). Parallel dazu hätte § 8 Abs. 1, Abs. 5 KStG Anwendung gefunden,¹⁴⁶ so dass sich in Summe für die Ausschüttung eine Steuerbelastung von lediglich 6,5 Prozent ergeben hätte.

Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind Einkünfte einer ausländischen Zwischengesellschaft, die aus der Verwaltung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren und Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen (§ 7 Abs. 6a S. 1 AStG). Dies gilt nach § 7 Abs. 6a S. 1 AStG nicht, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass die Einkünfte aus einer unter § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG fallenden eigenen Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft stammen oder aktive Beteiligungseinkünfte i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 8 bis 9 AStG – welche naturgemäß schon keine passiven Einkünfte darstellen können – vorliegen.¹⁴⁷ Hauptanwendungsfall der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter sind

¹⁴⁴ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 30; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 172 f.

¹⁴⁵ OECD-Musterabkommen zur Beseitigung der Doppelbesteuerung sowie der Steuerverkürzung und -umgehung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen Stand: Juli 2017 (OECD-MA 2017).

¹⁴⁶ Das nationale Schachtelprivileg nach § 8b Abs. 1 KStG und das abkommensrechtlich Schachtelprivileg stehen selbstständig nebeneinander und schließen einander nicht aus: *BFH*, Urt. v. 14.1.2009 – I R 47/08, IStR 2009, 424 (426) = DSStR 2009, 489 (490); *BFH*, Urt. v. 23.6.2010 – I R 71/09, IStR 2010, 701 (703) = DSStR 2010, 1665 (1667).

¹⁴⁷ *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 190; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 165.

nach dieser Definition Zinseinkünfte, nicht jedoch Dividenden, da Letztere aktive Einkünfte i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG darstellen.¹⁴⁸

Eine Hinzurechnung unterbleibt hingegen, wenn die den Zwischeneinkünften zugrunde liegenden Bruttoerträge nicht mehr als zehn Prozent der den gesamten Zwischeneinkünften zugrunde liegenden Bruttoerträge der ausländischen Zwischengesellschaft betragen und die Beträge insgesamt EUR 80.000 nicht übersteigen (§ 7 Abs. 6 S. 2 AStG). Im Umkehrschluss erfolgt eine Hinzurechnung, wenn die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter mehr als zehn Prozent der gesamten Zwischeneinkünfte der ausländischen Gesellschaft betragen oder ein absoluter Betrag von EUR 80.000 überschritten wird.¹⁴⁹

Eine Hinzurechnung kann sogar dann erfolgen, wenn die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft weniger als einen Prozent beträgt. Voraussetzung hierfür ist, dass die ausländische Gesellschaft ausschließlich oder fast ausschließlich Bruttoerträge erzielt, denen Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter zugrunde liegen, und Anteile an der Gesellschaft nicht an einer anerkannten Börse gehandelt werden (§ 7 Abs. 6 S. 3 AStG). Das Tatbestandsmerkmal der (Fast-)Ausschließlichkeit ist erfüllt, wenn die Bruttoerträge, die den Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter zugrunde liegen, 90 vom Hundert der gesamten Bruttoerträge übersteigen.¹⁵⁰

2.3 Methodik der Hinzurechnungsbesteuerung

Die zentrale Ermittlungsnorm für die Höhe und den Ansatz des Hinzurechnungsbetrags bei den Inlandsbeteiligten ist § 10 AStG.¹⁵¹ Nach § 10 Abs. 1 S. 1 AStG unterliegen die unbeschränkt Steuerpflichtigen – bei Vorliegen der Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung – mit dem Hinzurechnungsbetrag der Besteuerung.

Der Hinzurechnungsbetrag ist bei Beteiligungen im Privatvermögen nach § 10 Abs. 2 S. 1 AStG den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 S. 1 EStG) zuzuordnen. Wenn die Anteile an der ausländischen Zwischengesellschaft in einem Betriebsvermögen gehalten werden, sind die Einkünfte nach § 10 Abs. 2 S. 2 AStG den betrieblichen Einkünften zuzu-

¹⁴⁸ *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 149; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 170.

¹⁴⁹ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 30; *Protzen*, in: Kraft, AStG, § 7 Rz. 222 ff.; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten Rz. 166; *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1159.

¹⁵⁰ *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr. 1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 7.6.2, S. 2; *BFH*, Urt. v. 30.08.1995 – I R 77/94 = DStR 1996, 178 (178) = BeckRS 1995, 22011563.

¹⁵¹ *Schmidt*, in: Schmidt, Außensteuergesetz, § 10 Rz. 1; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 2; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 37.

ordnen. In letzterem Fall unterliegt der Hinzurechnungsbetrag in Abhängigkeit von der Rechtsform der tariflichen Einkommens- oder Körperschaftsteuer (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG).¹⁵²

Ausgangspunkt für die Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags sind die passiven Zwischeneinkünfte der ausländischen Gesellschaft. Die im Ausland bereits entrichtete Steuer auf die Zwischeneinkünfte ist vom Hinzurechnungsbetrag abzuziehen (§ 10 Abs. 1 S. 1 AStG).

Gemäß § 10 Abs. 2. S. 1 AStG gilt der Hinzurechnungsbetrag nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft beim Anteilseigner als zugeflossen. Bei im Betriebsvermögen gehaltenen Beteiligungen wird der Gewinn nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft als Einkunft erfasst (§ 10 Abs. 2 S. 2 AStG). Zumeist werden die Beteiligungen an der Zwischengesellschaft über inländische Kapitalgesellschaften gehalten, sodass es sich um Einkünfte aus Gewerbebetrieb handelt, welche das zu versteuernde Einkommen (§ 7 Abs. 1 KStG) erhöhen. Ein Betriebsausgabenabzug ist nur gestattet, wenn die Betriebsausgaben mit den passiven Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen (§ 10 Abs. 4 KStG).

Auf die fingierten Ausschüttungen, d. h. den Hinzurechnungsbetrag, sind § 3 Nr. 40 S. 1 lit. d, 32d EStG und § 8b Abs. 1 KStG nicht anzuwenden (§ 10 Abs. 2 S. 3 AStG). Grund ist die internationale Öffnung des Halbeinkünfteverfahrens und der Beteiligungsbefreiung, welche dazu führen, dass die Hinzurechnungsbesteuerung Vorrang vor der Besteuerung der tatsächlichen Gewinnausschüttung genießt. Der Hinzurechnungsbetrag führt folglich beim Steuerpflichtigen zu einer definitiven Besteuerung.¹⁵³ Auf spätere tatsächliche Ausschüttungen bleibt § 8b KStG anwendbar.

Der BFH entschied mit Urteil vom 11.3.2015, dass der Hinzurechnungsbetrag effektiv von der Gewerbesteuer befreit und eine Kürzung nach § 9 Nr. 3 GewStG entsprechend zulässig sei.¹⁵⁴ Grund sei, dass der dem Hinzurechnungsbetrag zugrunde liegende Gewinn in einer ausländischen Betriebsstätte – der ausländischen Tochtergesellschaft (A-Ltd.) einer inländischen GmbH – erwirtschaftet worden sei und der Gewerbesteuer nur inländische Be-

¹⁵² *Rüttig/Protzen*, DStR 2002, 241 (243); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 371.

¹⁵³ *Richter/Kortendick/Ekinci*, GmbHR 2020, 694 (694); *Gosch*, in: Gosch, KStG, § 8b Rz. 25; *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 372; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 38.

¹⁵⁴ *BFH*, Urt. v. 11.3.2015 – I R 10/14, IStR 2015, 444 (444) = DStR 2015, 995 (995); dazu: *Kramer*, IStR 2015, 669 (669 ff.); *Haase*, ISR 2017, 349 (350).

triestätigengewinne unterliegen.¹⁵⁵ Darüber hinaus ergäbe sich ohne die Kürzung eine un-systematische Doppelbesteuerung, da gemäß § 12 Abs. 1 AStG lediglich die Anrechnung der ausländischen Steuer auf die inländische Einkommen- oder Körperschaftsteuer zulasse, nicht jedoch auf die Gewerbesteuerschuld.¹⁵⁶ Die Finanzverwaltung reagierte auf dieses Urteil mit einem Nichtanwendungserlass.¹⁵⁷ Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf dieses Urteil im Rahmen des BEPS-Umsetzungsgesetzes (BEPS-UmsG)¹⁵⁸ den Hinzurechnungs-betrag bei der Ermittlung des für § 7 GewStG maßgeblichen Gewinns zukünftig ausdrück-lich berücksichtigt.¹⁵⁹ Demnach sind Hinzurechnungsbeträge i. S. des § 10 Abs. 1 AStG nach § 7 S. 7 GewStG als Einkünfte einer inländischen Betriebsstätte zu behandeln. Eine gewerbesteuerliche Kürzung dieser Einkünfte ist nach § 9 Nr. 2 und Nr. 3 GewStG gleich-wohl ausgeschlossen.¹⁶⁰

Im Hinblick auf die Forschungsfrage ist unter anderem von Bedeutung, wie sich das Sys-tem der Hinzurechnungsbesteuerung rechtsgeschichtlich entwickelt hat. Mit dem StSenkG v. 23.10.2000 wurde das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren durch das Halbeinkünfteverfahren ersetzt. Dieser Systemwechsel machte umfangreiche Änderungen bei der Hinzurechnungsbesteuerung erforderlich.¹⁶¹

Nach dem StSenkG wurde die Rechtsfolgenseite der Hinzurechnungsbesteuerung dahinge-hend angepasst, dass der Hinzurechnungsbetrag nicht mehr als Einkunft aus Kapitalver-mögen bzw. Gewerbebetrieb in die Steuerbemessungsgrundlage einzubeziehen war, son-dern als Einkünfteerhöhungsbetrag eigener Art mit einem typisierten Steuersatz von 38 Prozent zu besteuern war (sog. Schemenbesteuerung).¹⁶² Die tatsächliche Ausschüttung der ausländischen Gesellschaft wäre dann bei einer Körperschaft weitgehend steuerfrei vereinnahmt worden (§ 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG) bzw. hätte bei einer natürlichen Person dem Halbeinkünfteverfahren unterlegen.¹⁶³

¹⁵⁵ *BFH*, Urt. v. 11.3.2015 – I R 10/14, Rz. 8, IStR 2015, 444 (444) = DStR 2015, 995 (995); *Kramer*, IStR 2015, 669 (669).

¹⁵⁶ *BFH*, Urt. v. 11.3.2015 – I R 10/14, Rz. 10, IStR 2015, 444 (444) = DStR 2015, 995 (995).

¹⁵⁷ Gleichlautende Ländererlasse v. 14.12.2105, BSStBl. I 15, 1090, dazu: *Weiss*, IWB 2016, 126 (126 ff.); *Kramer*, IStR 2015, 669 (671).

¹⁵⁸ BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 3000.

¹⁵⁹ *Kollruss*, IStR 2017, 522 (522); *Adrian/Sterner*, DStR 2017, 1457 (1457); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 371.

¹⁶⁰ *Adrian/Sterner*, DStR 2017, 1457 (1457 ff.); *Kollruss*, IStR 2017, 522 (522 ff.); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 5.

¹⁶¹ *Weber*, DStR 2017, 1302 (1304); *Lieber*, FR 2002, 139 (140 ff.); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 4; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 9.

¹⁶² *Weber*, DStR 2017, 1302 (1304); *Lieber*, FR 2002, 139 (140); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (322).

¹⁶³ *Lieber*, FR 2002, 139 (140); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 4.

Die Regelungen des StSenkG sind gemäß Art. 19 Abs. 1 StSenkG 2000 am 1.1.2001 in Kraft getreten. Nach § 21 Abs. 7 S. 2 ASTG i. d. F. des StSenkG 2000 hätte jedoch, bei einem kalendergleichen Wirtschaftsjahr, erstmals im Veranlagungszeitraum 2002 eine Hinzurechnungsbesteuerung mit einem typisierten Steuersatz erfolgen können.¹⁶⁴ Nach heftiger Kritik wurde der typisierte Steuersatz von 38 Prozent – bevor er in der Praxis tatsächlich zur Anwendung kam – durch das UntStFG 2001 rückgängig gemacht. Der Hinzurechnungsbetrag wird demnach wie zuvor in die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen.¹⁶⁵

Folgendes Beispiel soll das System der Hinzurechnungsbesteuerung vor und nach der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens veranschaulichen:

Eine ausländische Zwischengesellschaft erwirtschaftet im Wirtschaftsjahr 01 einen ausschüttungsfähigen Gewinn i. H. v. 100 Geldeinheiten (GE). Die Ausschüttung dieses Gewinnes an die Inlandsbeteiligten erfolgt im Wirtschaftsjahr 02. Die Hinzurechnung erfolgt gem. § 10 Abs. 2 ASTG nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft, d. h. zu Beginn des Wirtschaftsjahres 02. Im Wirtschaftsjahr 02 ist von den Inlandsbeteiligten auch die Ausschüttung zu versteuern.¹⁶⁶

Vor der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens wurde der Hinzurechnungsbetrag gem. § 11 ASTG a. F.¹⁶⁷ beim Inlandsbeteiligten um die gleich hohen Ausschüttungsbeträge gekürzt. Der Gesetzgeber verzichtete damit auf die Hinzurechnungsbesteuerung. Grund hierfür war, dass die tatsächliche Ausschüttung der Gewinne im Wirtschaftsjahr 02 die unerwünschten Thesaurierungsvorteile beseitigt hat.¹⁶⁸ Folglich war eine Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung entbehrlich.

Nunmehr wird erst die im Wirtschaftsjahr 02 erfolgte tatsächliche Ausschüttung gem. § 3 Nr. 41 lit. a EStG – bei natürlichen Personen als Anteilseigner – bzw. 8b Abs. 5 KStG – bei inländischen Kapitalgesellschaften als Anteilseigner – von der Steuer freigestellt. Gleichzeitig wird der gesondert festgestellte Hinzurechnungsbetrag (§ 18 ASTG) der Besteuerung im Wirtschaftsjahr 02 unterworfen. Eine Kürzung des Hinzurechnungsbetrages

¹⁶⁴ *Edelmann*, in: Kraft, ASTG, § 10 Rz. 30; *Lieber*, FR 2002, 139 (140); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (324).

¹⁶⁵ *Lieber*, FR 2002, 139 (140); *Weber*, DStR 2017, 1302 (1304); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (324); *Edelmann*, in: Kraft, ASTG, § 12 Rz. 6.

¹⁶⁶ Beispiel angelehnt an: *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 ASTG Rz. 9.

¹⁶⁷ § 11 Außensteuergesetz in der Fassung des Artikels 12 des Gesetzes vom 21. Dezember 1993, BGBl. I S. 2310.

¹⁶⁸ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 ASTG, Rz. 9; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013).

um die tatsächlich erfolgten Gewinnausschüttungen nach § 11 AStG a. F.¹⁶⁹ erfolgt nicht mehr, da § 11 AStG a. F. aufgehoben wurde. Die Hinzurechnungsbeträge unterliegen nunmehr einer endgültigen bzw. definitiven Besteuerung (sog. finale Besteuerung), da gem. § 10 Abs. 2 S. 3 AStG auf den Hinzurechnungsbetrag § 3 Nr. 40 S. 1 lit. d EStG sowie § 8b Abs. 1 KStG nicht anzuwenden sind.¹⁷⁰ Die Hinzurechnungsbesteuerung kann im Ergebnis nicht mehr durch tatsächliche Gewinnausschüttungen der Gesellschaft rückgängig gemacht werden.¹⁷¹

Wie dargelegt, wird eine tatsächliche Gewinnausschüttung in den Folgejahren bei natürlichen Personen nach § 3 Nr. 41 lit. a EStG von der Besteuerung freigestellt. Demnach werden Gewinnausschüttungen steuerfrei gestellt, soweit für das Kalenderjahr- oder Wirtschaftsjahr, in dem sie bezogen werden, oder für die vorangegangenen sieben Kalender- oder Wirtschaftsjahre aus einer Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft Hinzurechnungsbeträge (§ 10 Abs. 2 AStG) der Einkommensteuer unterlegen haben und darüber hinaus § 11 AStG a. F.¹⁷² nicht anzuwenden war (§ 3 Nr. 41 lit. a EStG). In Literatur und Rechtsprechung¹⁷³ ist derweil noch umstritten, ob die Doppelbesteuerung bei Kapitalgesellschaften ebenfalls nach § 3 Nr. 41 lit. a EStG aufgrund des Rechtsnormverweises in § 8 Abs. 1 KStG verhindert wird oder ob im Fall von Kapitalgesellschaften § 8b KStG spezialgesetzliche Anwendung findet.¹⁷⁴

Im Ergebnis bleibt die Hinzurechnungsbesteuerung – anders als vor der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens – bestehen, jedoch ohne dass die Zwischeneinkünfte einer Doppelbelastung unterliegen.¹⁷⁵

Wie oben ausgeführt, kann die Hinzurechnungsbesteuerung nicht durch eine tatsächliche Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft rückgängig gemacht werden, sie ist demnach definitiv. Unklar ist, welcher Gesetzeszweck sich seit dem UntStFG hinter der

¹⁶⁹ § 11 Außensteuergesetz in der Fassung des Artikels 12 des Gesetzes vom 21. Dezember 1993, BGBl. I S. 2310.

¹⁷⁰ *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 6; *Lieber*, FR 2002, 139 (140 f.); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 43; *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (724); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013).

¹⁷¹ *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 6; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 43.

¹⁷² § 11 des AStG in der Fassung des Artikels 12 des Gesetzes vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2310).

¹⁷³ Keine klare Äußerung: *BFH*, Urt. v. 26.4.2017 – I R 84/15, DStR 2017, 2035 (2035) = IStR 2017, 993 (993).

¹⁷⁴ *Lange/Roßmann*, DStRK 2017, 311 (311 ff.), welche festhalten, dass der BFH klarstellt, dass § 8b Abs. 5 KStG auch anzuwenden sei, wenn die Gewinnausschüttungen nach § 3 Nr. 41 lit. a EStG steuerfrei wären; *Kahlenberg*, IStR 2017, 870 (874), welcher aus systematischen Gründen § 8b KStG präferiert; *Früchtl*, IStR 2017, 993 (993 ff.), welcher Kritik gegenüber Gesetzgeber und Rechtsprechung übt.

¹⁷⁵ *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 6; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 43.

Hinzurechnungsbesteuerung verbirgt.¹⁷⁶ Am nächstliegenden ist die Intention des Gesetzgebers, eine angemessene steuerliche Vorbelastung ausländischer Dividenden sicherzustellen bzw. einen Ausgleich der als zu niedrig empfundenen ausländischen Steuerbelastung herbeizuführen.¹⁷⁷

2.4 Motivtest

Der Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung ist nur bei Beteiligungen an niedrig besteuerten ausländischen Körperschaften eröffnet (§ 7 Abs. 1 AStG). Beteiligungen an inländischen Körperschaften werden hingegen nicht erfasst. Von den Rechtsfolgen (Gewinnzurechnung) sind folglich nur inländische Anteilseigner betroffen, die sich an ausländischen Körperschaften beteiligen. Diese Ungleichbehandlung führt zu einer Schlechterstellung von Auslandsinvestitionen gegenüber Inlandsinvestitionen.

Der EuGH entschied daher in einer zu britischen CFC-Regelungen ergangenen Grundsatzentscheidung, namentlich der Rechtssache *Cadbury Schweppes*, dass das britische Hinzurechnungsregime nicht mit den europäischen Grundfreiheiten vereinbar sei. Nach den Ausführungen des EuGH können solche Regelungen nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie speziell darauf ausgerichtet sind, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern. Dem Steuerpflichtigen müsse zudem die Möglichkeit eingeräumt werden darzulegen, dass die von ihm gewählte Gestaltung nicht rein künstlich sei (dazu: 6.1.2).

Dem Urteil folgte eine europaweite Welle von Gesetzesänderungen zu CFC-Rules. Auch Deutschland hat auf das Urteil reagiert und mit dem Jahressteuergesetz (JStG) 2008 den neuen § 8 Abs. 2 AStG eingeführt, der für Gesellschaften mit Sitz in der EU oder im EWR-Raum durch Einräumung einer Exkulpationsmöglichkeit des Steuerpflichtigen den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung eingrenzt.¹⁷⁸

Die Exkulpationsklausel des § 8 Abs. 2 S. 1 AStG ermöglicht es dem Steuerpflichtigen, den Nachweis zu erbringen, dass die im EU/EWR-Ausland ansässige Kapitalgesellschaft einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Der Gegenbeweis bezieht sich nicht auf die gesamten Einkünfte der ausländischen Gesellschaft, sondern nur auf die passiven Einkünfte.¹⁷⁹ Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, was unter einer tatsächlichen

¹⁷⁶ *Lieber*, FR 2002, 139 (142); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 6.

¹⁷⁷ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (724); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013).

¹⁷⁸ Gesetzesbegründung, in: BT-Drs. 16/6290, S. 91; dazu: *Nürnberg*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Motivtest Rz. 2; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 8.175; *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (345).

¹⁷⁹ *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Rz. 13.144.

wirtschaftlichen Tätigkeit zu verstehen ist. Da die Einführung des Motivtests auf europarechtlichen Druck vorangetrieben wurde, ist es notwendig, die Ausführungen des EuGH in der Entscheidung *Cadbury Schweppes* heranzuziehen (dazu: 6.1.2).

Die Rechtsfolgenanordnung führt bei erfolgreicher Nachweisführung dazu, dass die ausländische Gesellschaft nicht als Zwischengesellschaft qualifiziert wird und folglich nicht den Tatbestand der Hinzurechnungsbesteuerung erfüllt.¹⁸⁰ Der Motivtest kann seit einer Änderung im Jahr 2013 gleichermaßen für die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG) geführt werden.¹⁸¹

Eine Voraussetzung, um in den Genuss des Motivtests zu kommen, ist nach § 8 Abs. 2 S. 2 AStG, dass zwischen Deutschland und dem betreffenden Staat Auskünfte erteilt werden. Rechtliche Grundlage für den Informationsaustausch innerhalb der EU bildet die sog. Amtshilferichtlinie¹⁸². Gemäß § 1 EU-Amtshilfegesetz¹⁸³ regelt das Umsetzungsgesetz zur Amtshilferichtlinie den „Austausch von voraussichtlich erheblichen Informationen zwischen Deutschland und anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Mitgliedstaaten). Es ist anzuwenden für jede Art von Steuern, die von einem oder für einen Mitgliedstaat [...] erhoben werden“. Diese Rechtsgrundlage ebnet den Weg für die Anwendung des Motivtests zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁸⁴

Nach § 8 Abs. 2 S. 3 AStG ist die Exkulpationsklausel nicht auf Gesellschaften anzuwenden, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der europäischen Union oder einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben – die räumliche Beschränkung gilt sowohl für die reguläre als auch die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung. Ob die Beschränkung der Hinzurechnungsbesteuerung auf den innerunionalen Raum mit den europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist, ist Gegenstand dieser Ausarbeitung. In den folgenden Kapiteln wird untersucht, ob aufgrund europarechtlicher Vorgaben eine Ausweitung des Motivtests auf Drittstaatenfälle geboten ist.

¹⁸⁰ *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 740; *Keller*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 12 Die Ertragsbesteuerung der GmbH und ihrer Anteilseigner – international, Rz. 86 ff.

¹⁸¹ *Keller*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 12 Die Ertragsbesteuerung der GmbH und ihrer Anteilseigner – international, Rz. 86; *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 740; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 152.

¹⁸² Richtlinie 2011/16/EU des Rates v. 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG (Amtshilferichtlinie).

¹⁸³ Gesetz über die Durchführung der gegenseitigen Amtshilfe in Steuersachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 26. Juni 2013, BGBl. I S. 1809.

¹⁸⁴ *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 762; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 168.

3 Europäische Grundfreiheiten

Die Hinzurechnungsbesteuerung verfolgt das Ziel, der Verlagerung von Gewinnen und Vermögen in das niedrig besteuerte Ausland (Outbound-Gestaltungen) unter Ausnutzung des Trennungsprinzips (Abschirmwirkung) entgegenzuwirken.¹⁸⁵ Aufgrund der Durchbrechung der Abschirmwirkung durch Hinzurechnung der ausländischen Erträge in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen können Auslandsinvestitionen unattraktiver werden. Das Potential zur Kollision mit den europäischen Grundfreiheiten, namentlich der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, ist entsprechend hoch.¹⁸⁶

3.1 Niederlassungsfreiheit

Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der primärrechtlichen Verträge gewährleistet werden soll (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Die Niederlassungsfreiheit stellt – auch nach der Auffassung des EuGH¹⁸⁷ – ein solches Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes dar (Art. 3 Abs. 3 EUV).

Das vorrangige Ziel der Niederlassungsfreiheit besteht darin, es Staatsangehörigen und juristischen Personen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union zu erlauben, in einem anderen Mitgliedstaat eine dauerhafte Niederlassung zu begründen.¹⁸⁸ Zu diesem Zweck ermächtigt die Niederlassungsfreiheit Gesellschaften, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen ihrer Herkunft teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, indem die Gesellschaften mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat eine „stabile und kontinuierliche wirtschaftliche Tätigkeit“¹⁸⁹ auf „unbestimmte Zeit“¹⁹⁰ ausüben.¹⁹¹

Gesellschaften i. S. des Art. 54 AEUV soll es ermöglicht werden, Binnengrenzen überschreitende, freie Standortstrategien zu entwickeln und insgesamt vom unionsweiten Wett-

¹⁸⁵ *Richter/Kortendick/Ekinci*, GmbH 2020, 694 (694); *Grashoff*, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapital Internationales Steuerrecht Rz. 562; *Peters*, NZWiSt 2016, 374 (379); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013); *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (683).

¹⁸⁶ *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (683); *Richter/Kortendick/Ekinci*, GmbH 2020, 694 (694 ff.).

¹⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 28.1.1986 – Rs. 270/83, Rz. 13 (Kommission/Frankreich); *EuGH*, Urt. v. 31.3.1993 – C-19/92, Rz. 29 (Kraus); *EuGH*, Urt. v. 11.12.2007 – C-438/05, Rz. 68 (Viking); *EuGH*, Urt. v. 7.7.1976 – Rs.118/75, Rz. 16 (Watson und Belmann); *EuGH*, Urt. v. 7.7.1992, C-370/90, Rz. 15 (Singh).

¹⁸⁸ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 4 f.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 1 ff.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 2 ff.

¹⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94, Rz. 25 (Gebhard).

¹⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15, Rz. 50 f. (AGET Iraklis).

¹⁹¹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 4 f.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 5; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 1 ff.; *Jung*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 54 AEUV Rz. 30.

bewerb der Standorte zu profitieren (sog. Produktionsfaktorfreiheit).¹⁹² Die Produktionsfaktortheorie verwirklicht die in Art. 3 Abs. 3 EUV genannten wirtschaftlichen und wohlfahrtsbezogenen Ziele, indem sie das primäre Ziel der Betriebswirtschaftslehre, d. h. die optimale Allokation von (knappen) Ressourcen, auf den europäischen Binnenmarkt überträgt. Die Produktionsfaktoren sollen in dem Mitgliedsstaat eingesetzt werden, in welchem sie den größten Nutzen erwirtschaften und in welchem dies aufgrund der Rahmen-, Investitions- und Umweltbedingungen am günstigsten ist.¹⁹³

Sobald eine Gesellschaft ihre Standortentscheidung getroffen hat, muss sie sich der inländischen Rechtsordnung des Aufnahmemitgliedsstaats unterwerfen. Insofern wäre es widersprüchlich, einen Mitgliedsstaat aufgrund seiner optimalen Produktionsfaktoren (z. B. niedrige Lohnkosten) auszuwählen, sich aber wegen dessen suboptimaler Rechts- und Sozialordnung auf die Heimatrechtsordnung berufen zu wollen.¹⁹⁴ Es ist daher logisch konsequent, wenn der EuGH in ständiger Rechtsprechung keine Niederlassungsvorgänge schützt, die sich auf rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen beziehen, welche das Ziel verfolgen, missbräuchlich der Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zu entgehen.¹⁹⁵

Eine gewisse Eingliederungsdichte im Aufnahmemitgliedstaat ist im Hinblick auf das Erfordernis einer „stetigen und dauerhaften“ bzw. „stabilen und kontinuierlichen“ Teilnahme am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats Voraussetzung, um in den Genuss der Niederlassungsfreiheit zu gelangen.¹⁹⁶

Neben der Niederlassungsfreiheit lassen sich andere Grundfreiheiten wie z. B. die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) abgrenzen. Beide stellen Produktfreiheiten mit entsprechender Ermöglichung eines unions-

¹⁹² *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 1 ff.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 5.

¹⁹³ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (4) (zu Heft 6/2013); *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 5.

¹⁹⁴ *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I. Grundregeln Rz. 2; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 1; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 5.

¹⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.7.1999 – C-264/96, Rz. 26 (ICI); *EuGH*, Urt. v. 12.12.2002 – C-324/00, Rz. 37 (Lankhorst Høhorst); *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 57 (Marks & Spencer); *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 51 (Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas); *EuGH*, Urt. v. 13.3.2007 – C-524/04, Rz. 72 (Test Claimants in the Thin Cap Group); dazu: *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 2; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (4) (zu Heft 6/2013): nur reale Aktivitäten sind vom Schutz des europäischen Rechts erfasst.

¹⁹⁶ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 2; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 26 ff.

weiten Waren- und Dienstleistungswettbewerbs dar.¹⁹⁷ Die Niederlassungsfreiheit ist neben der Warenverkehrsfreiheit anzuwenden, sofern Warenbewegungen betroffen sind, die mit einer Niederlassung verbunden sind.¹⁹⁸ Die Niederlassungsfreiheit ist gegenüber der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich vorrangig anzuwenden (Art. 57 Abs. 3 AEUV).¹⁹⁹

3.1.1 Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Für die Frage der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit muss zunächst geprüft werden, ob ihr Schutzbereich in persönlicher, sachlicher und räumlicher Sphäre eröffnet ist.²⁰⁰

Neben Unionsbürgern (Art. 20 Abs. 1 AEUV) können sich in persönlicher Hinsicht auch Gesellschaften auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sofern diese auf einen Erwerbszweck gerichtet sind, nach den Vorschriften eines Mitgliedsstaats gegründet wurden und den satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der europäischen Union haben (Art. 49 Abs. 2, Art. 54 AEUV).²⁰¹ Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts (Art. 54 S. 2 AEUV).

In sachlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet, sofern eine selbstständige²⁰² wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit in einem anderen Mitgliedstaat (grenzüberschreitende Tätigkeit)²⁰³ ausgeübt wird (Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV).²⁰⁴ Das Erfordernis der wirtschaftlichen Tätigkeit ist weit zu verstehen. Hierunter fallen bspw. Tätigkeiten im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetriebe oder

¹⁹⁷ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rz. 1 f.; *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV Rz. 28; *Will*, in: BeckOK GewO, § 34C-GewO Rz. 109.

¹⁹⁸ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 21; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 113.

¹⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 5.10.1988 – Rs 196/87, Rz. 17 (Steymann); *EuGH*, Urt. v. 26.1.2006 – C-514/03, Rz. 22 (Kommission/Spanien); zu den Ausnahmen: *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 116; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 34.

²⁰⁰ *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 9., 10 ff., 29 ff.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 5 ff.

²⁰¹ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV, Rz. 4 ff.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 6, Art. 54 Rz. 16 ff.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 8, 26 f.

²⁰² *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 10; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 16 f.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 20.

²⁰³ *Papalideris*, JuS 2011, 123 (123 ff.); *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 19 ff.

²⁰⁴ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 12 ff.; *Müller-Graf*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 12; *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 14 ff.; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV, Rz. 7 ff.

im Bereich der freien Berufe.²⁰⁵ Aufgrund der faktorallokativen Normfunktion des Art. 49 AEUV muss keine Gewinn- oder Kostendeckungsabsicht verfolgt werden.²⁰⁶ Stattdessen genügt die objektive Ausrichtung auf wirtschaftliches Fortkommen, d. h., es muss lediglich ein Erwerbscharakter²⁰⁷ oder ein wirtschaftlicher Charakter bejaht werden.²⁰⁸

Das grenzüberschreitende Element ist weit auszulegen und auch bei Wegzugsfällen, in denen der Heimatstaat den Unternehmer darin behindert, in einen anderen Mitgliedsstaat zu verziehen, zu bejahen.²⁰⁹ Bei reinen Inlandssachverhalten findet die Niederlassungsfreiheit hingegen keine Anwendung. Etwaige Hindernisse im Rahmen einer inländischen Standortwahl sind ggf. im Lichte der Unionsbürgerschaft zu würdigen.²¹⁰

Zudem darf die Tätigkeit einen nicht nur einmaligen Charakter aufweisen, sondern muss auf unbestimmte Zeit ausgelegt sein.²¹¹ Eine Tätigkeit ohne zeitliche Beschränkung, die Häufigkeit sowie die regelmäßige Wiederkehr (Kontinuität) können eine gewichtige Indizwirkung für die Dauerhaftigkeit entfalten. Für die Beantwortung der Frage, ob die Standortentscheidung auf unbestimmte Zeit getroffen worden ist, ist immer eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.²¹²

Sofern eine Tätigkeit dauerhaft ist, jedoch ohne feste Einrichtung erbracht wird, liegt keine Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV vor. Der Begriff der Niederlassung erfordert, dass eine feste Einrichtung im präferierten Zielstaat besteht oder begründet wird.²¹³ Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit, d. h. die optimale Allokation von Produktionsfaktoren innerhalb der Mitgliedsstaaten, ist es erforderlich, dass im Zielstaat auch

²⁰⁵ Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 15; Müller-Graf, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 12.

²⁰⁶ Müller-Graf, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 13; Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 16.

²⁰⁷ Entgeltlichkeit der Tätigkeit genügt: *EuGH*, Urt. v. 23.2.2016 – C-179/14, Rz. 154 ff. (Kommission/Ungarn).

²⁰⁸ Jürgen/Tiedje, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 62; Müller-Graf, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 12; Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 12 ff; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 21; Steindorff, NJW 1982, 1902 (1903).

²⁰⁹ Ludwigs, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I. Grundregeln, Rz. 123 f.; Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rz. 170; Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 20.

²¹⁰ Epiney, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rz. 27 ff; Müller-Graf, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 20.

²¹¹ Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 25 ff; Müller-Graf, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 16 ff.

²¹² Khan/Eisenhut, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 10; Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 20; Müller-Graf, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 16.

²¹³ Tiedje, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 12.

tatsächlich in Produktionsfaktoren investiert wird.²¹⁴ Im Umkehrschluss muss ein Mindestmaß an Infrastruktur im jeweiligen Zielstaat geschaffen werden. Letztlich handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, bei der die Intensität der Tätigkeit sowie ihre Häufigkeit und Kontinuität als Bündel von Indizien herangezogen werden, um zu überprüfen, ob eine Integration in die Volkswirtschaft des Aufnahmemitgliedstaats stattgefunden hat.²¹⁵ So kann im Einzelfall auch die Anmietung eines Büroraumes genügen, um eine feste Einrichtung zu begründen.²¹⁶

Die Niederlassungsfreiheit schützt auch Sekundärniederlassungen von Angehörigen eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats tätig sind (Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV).²¹⁷ Neben Tochtergesellschaften werden selbst auch reine Nebenstellen (sog. subsidiäre Betriebsteile) von der Niederlassungsfreiheit geschützt.²¹⁸ Diese tragen mittelbar zum wirtschaftlichen Erfolg – etwa durch Schulung, Lagerung oder Forschung – der Gesellschaft bei.²¹⁹

Der Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit erstreckt sich räumlich auf die in Art. 349, 355 AEUV bezeichneten Gebiete. Die Gründung einer Niederlassung in einem Drittstaatsgebiet ist nicht von den Artikeln 49, 54 AEUV geschützt, d. h., die Niederlassungsfreiheit ist nicht auf Drittstaatsverhältnisse anwendbar.²²⁰

Wie zuvor genannt sind rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen bereits vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen.²²¹ Damit sollen künstliche Gestaltungen, wie z. B. Scheinniederlassungen, vom Schutzbereich der Grundfreiheiten ausgenommen werden.²²² Fraglich ist, in welchem Umfang die Tätigkeit einer Gesellschaft einen volkswirtschaftlichen Integrationsprozess durchlaufen muss, um

²¹⁴ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 25 ff.; *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 12 ff.

²¹⁵ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 10; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 16 ff.

²¹⁶ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 38; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 18.

²¹⁷ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 62 ff.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 29; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 23.

²¹⁸ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 23; *EuGH*, Ur. v. 28.1.1986 – Rs. 270/83, Rz. 14 (Kommission/Frankreich); *EuGH*, Ur. v. 12.2.1987 – Rs. 221/85, Rz. 10 (Kommission/Belgien).

²¹⁹ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 45 ff.; *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I. Rz. 59.

²²⁰ *Ressu/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 303; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 117 f.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 34 ff.; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 6.

²²¹ *EuGH*, Ur. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54 (Cadbury Schweppes & Cadbury Schweppes Overseas).

²²² *Schön*, IStR-Beihefte 2013, 3 (4) (zu Heft 6/2013); *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 32.

sich als realer wirtschaftlicher Vorgang von – nicht schutzwürdigen – rein künstlichen Konstruktionen abzugrenzen. Dies führt zwangsläufig zur Frage nach dem etwaigen Vorhandensein von Substanz und dessen Ausmaß im Aufnahmemitgliedstaat (dazu: 6).

3.1.2 Eingriff in die Niederlassungsfreiheit

Eingriffe in die Grundfreiheiten lassen sich in Diskriminierungen und Beschränkungen unterteilen.²²³

Diskriminierungen liegen vor, wenn „vergleichbare Sachverhalte rechtlich unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte rechtlich gleichbehandelt werden“²²⁴. Nach dem Gebot der Inländergleichbehandlung darf ein Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug nach nationalem Recht nicht anders behandelt werden als ein vergleichbarer Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug.²²⁵ Im Umkehrschluss stellen divergierende Regelungen für nicht vergleichbare Sachverhalte keine den Art. 49 AEUV beeinträchtigende Diskriminierung dar.²²⁶

Diskriminierungen führen mithin zu einer rechtlichen Schlechterstellung am Binnenmarkt.²²⁷ Sie können sowohl offen als auch verdeckt vorliegen.²²⁸ Offene Diskriminierungen sind Regelungen, welche unmittelbar an unzulässige Unterscheidungsmerkmale – z. B. den Sitz der Gesellschaft – anknüpfen und damit ausländische Personen zu Adressaten von inländisch nicht zu beanstandenden Verboten oder Beschränkungen machen.²²⁹ Versteckte, mittelbare Diskriminierungen sind dem (ersten) Anschein nach neutrale, d. h. nicht direkt an ausländische Personen bzw. Gesellschaften adressierte Regelungen, welche jedoch typischerweise Voraussetzungen verlangen, die i. d. Regel nur von einer inländischen Person bzw. Gesellschaft erfüllt werden können und die benachteiligte Gruppe damit überproportional treffen.²³⁰ Während unmittelbare, grundsätzlich nicht zu rechtfertigende, Diskrimi-

²²³ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.40; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 100; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 44 f.; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 12.

²²⁴ *EuGH*, Urt. v. 13.11.1984 – Rs-283/83, Rz. 7 (Racke).

²²⁵ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 41; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 46.

²²⁶ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 41 f.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 46.

²²⁷ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 15; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 46.

²²⁸ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 102 ff.; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 43 ff.; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 15.

²²⁹ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 102; *Hakenberg*, Europarecht, 5. Teil Rz. 410; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 47; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 43.

²³⁰ *Herdegen*, Europarecht, § 16 Rz. 30 f.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 46; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 102.

nierungen kaum mehr anzutreffen sind, bleiben mittelbare Diskriminierungen bei den Mitgliedstaaten weiterhin „an der Tagesordnung“²³¹.

Über das Diskriminierungsverbot hinaus enthält die Niederlassungsfreiheit auch ein Beschränkungsverbot.²³² Beschränkungen sind alle staatlich veranlassten Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit, z. B. die Entscheidung einer Gesellschaft, eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen, „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“²³³. Voraussetzung für die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit ist ein eindeutiger Ursachenzusammenhang zwischen der mit mitgliedstaatlichen Regelungen einhergehenden Belastung und der Entscheidung des Wirtschaftsteilnehmers, sich in einem anderen Mitgliedstaat anzusiedeln.²³⁴

Weite Teile der Literatur legen dar, dass die mitgliedstaatliche Regelung – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit²³⁵ (Art. 28 ff. AEUV) – lediglich den Marktzugang behindern müsse, um zu einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu führen. Das Marktverhalten sei hingegen kein Gradmesser, um einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit festzustellen.²³⁶ Andere Teile der Literatur entgegen, diesem Ansatz sei nicht zu folgen, da er dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 S. 1 AEUV widerspreche. Demnach seien die „Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten“ und damit auch das Marktverhalten geschützt.²³⁷ Dagegen spricht jedoch, dass es auch staatliche Regelungen geben kann, die sich zwar formal auf die Ausübung einer Tätigkeit beziehen, sich aufgrund ihrer Rechtsfolgen aber materiell auf deren Aufnahme zurückwirken.²³⁸ Folglich muss für einen Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit einzig eine Beein-

²³¹ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 102.

²³² *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV, Rz. 88; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil, Rz. 116.

²³³ *EuGH*, Ur. v. 15.1.2002 – C-439/99, Rz. 22 (Kommission/Italien); *EuGH*, Ur. v. 17.10.2002 – C-79/01, Rz. 26 (Payroll Data); *EuGH*, Ur. v. 5.10.2004 – C-442/02, Rz. 11 (CaixaBank France); *EuGH*, Ur. v. 30.3.2006 – C-451/03, Rz. 31 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti); *EuGH*, Ur. v. 26.10.2006 – C-65/05, Rz. 48 (Kommission/Griechenland).

²³⁴ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 50; *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 69.

²³⁵ *EuGH*, Ur. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, Rz. 16 (Keck und Mithouard); *EuGH*, Ur. v. 15.12.1993 – C-292/92, Rz. 21 (Hünermund); *Brigola*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. I., Rz. 146 f.

²³⁶ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil, Rz. 119 f; *Dietz/Strein*, EuR 2015, 50 (55); *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 51 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 39.

²³⁷ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV, Rz. 110 f.

²³⁸ *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rz. 188; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 51 f.; a. A.; *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV, Rz. 110 f.

trächtigung des Marktzugangs vorliegen, deren Ursache in einer beschränkenden nationalen Maßnahme liegt (sog. Marktzugangstest).²³⁹

Steuerrechtliche Regelungen stellen per se eine tatbestandliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, da sie geeignet sind – sei es auch in noch so geringem Umfang –, den Zuzug von Unternehmen weniger attraktiv zu machen.²⁴⁰

Auf die beschränkende Wirkung von Abgaben im Rahmen eines Marktzugangstests stellt der EuGH im Kontext von steuerrechtlichen Regelungen zumeist nur beim grenzüberschreitenden Wegzug von Unternehmen oder deren maßgeblich beteiligten Gesellschaftern ab (Beschränkungsverbot).²⁴¹ Im Bereich des Steuer- und Abgabenrechts prüft der EuGH hingegen überwiegend die unterschiedslose Anwendbarkeit der Abgabenvorschrift auf in- und ausländische Marktteilnehmer (Diskriminierungsverbot).²⁴² Nationale Steuerregelungen stellen dann eine tatbestandliche Beschränkung des Art. 49 AEUV dar, wenn sie geeignet sind, die grenzüberschreitende Mobilität im Vergleich zu rein inländischen Sachverhalten zu erschweren. Das Primärrecht verlangt es, einen grenzüberschreitenden Sachverhalt gegenüber einem objektiv vergleichbaren inländischen Sachverhalt im Hinblick auf die Abgabelast nicht nachteilig zu behandeln.²⁴³ Insbesondere im Rahmen der Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 – 14 AStG) kommt es zu einer Durchbrechung der Abschirmwirkung von ausländischen Körperschaften.²⁴⁴ Der Tatbestand erfasst jedoch nur ausländische Körperschaften. Folglich kommt es zu der oben dargelegten Situation, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt im Vergleich zu einem objektiv vergleichbaren inländischen Sachverhalt ungleich behandelt wird. Eine ausländische Beteiligung bzw. Niederlassung könnte daher unattraktiver erscheinen als eine inländische.²⁴⁵

3.1.3 Rechtfertigung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit

Beschränkungen der Grundfreiheiten können durch die Mitgliedstaaten gerechtfertigt werden, wenn sie die Schranken der Grundfreiheiten konkretisieren und verhältnismäßig sind.

²³⁹ *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV Rz. 23; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 52; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV Rz. 31.

²⁴⁰ *Klenk*, die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 173 f.; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil, Rz. 117, welche aber aufgrund der Steuersouveränität der Mitgliedstaaten zur gleichen Schlussfolgerung kommt; a. A.: *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 70.

²⁴¹ EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – C-81/87 (Daily Mail); EuGH, Urt. v. 11.3.2004 – C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant); zum Beschränkungsverbot im Steuerrecht: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.42.

²⁴² *EuGH*, Urt. v. 09.08.2005 – C-544/03, Rz. 32 (Mobistar und Belgacom); *EuGH*, Urt. v. 29.04.2004 – C-387/01, Rz. 54 f. (Weigel und Weigel).

²⁴³ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 70; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, §5 Allgemeiner Teil Rz. 1.

²⁴⁴ *Grashoff*, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapitel Internationales Steuerrecht Rz. 562; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013).

²⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 29.3.2007 – C-347/04, Rz. 30 f. (REWE Zentralfinanz).

Die Grundfreiheiten unterliegen den in den primärrechtlichen Verträgen vorgesehenen Schranken (sog. geschriebene Rechtfertigungsgründe) und darüber hinaus den immanenten Schranken (sog. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe).²⁴⁶ Letztere hat der EuGH durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelt.²⁴⁷

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe finden sich in Art. 52 AEUV. Demnach sind beschränkende Maßnahmen gerechtfertigt, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit geschaffen wurden. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe haben aufgrund ihrer für das Steuerrecht begrenzten Einschlägigkeit weniger Bedeutung als die immanenten Schranken. Das Missbrauchsverständnis im Bereich der direkten Steuern wird im Folgenden im Wesentlichen aus den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen, den sog. zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, abgeleitet. Diese eröffnen den Mitgliedsstaaten einen größeren Spielraum zur Definition der schützenswerten Interessen als die abschließende Aufzählung des Art. 52 AEUV.²⁴⁸

Wegen ihrer fiskalischen Finanzierungsfunktion ist die Festsetzung und Erhebung von Steuern dem Grunde nach gerechtfertigt.²⁴⁹ Der Staat muss aufgrund des grundsätzlichen Verzichts auf eigenes Unternehmertum am ökonomischen Erfolg des privaten Wirtschaftens teilhaben. Ohne das Partizipieren am Ertrag von privaten Unternehmen und natürlichen Personen könnte der Staat seine essenziellen Aufgaben für das Gemeinwesen nicht bewältigen.²⁵⁰ Besondere Rechtfertigungsgründe für den Steuerzugriff per se bedarf es daher nicht.

Im Bereich der direkten Steuern muss vielmehr untersucht werden, ob und unter welchen Umständen eine nachteilige Behandlung grenzüberschreitender Sachverhalte gegenüber rein inländischen Sachverhalten gerechtfertigt ist. Im Ergebnis ist ein Vergleich zwischen der (steuerlichen) Behandlung grenzüberschreitend tätiger Steuerpflichtiger und rein inländisch tätigen Steuerpflichtigen zu ziehen.²⁵¹ Im Folgenden werden die aus der Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründe dargelegt. Sofern einer der zu erörternden

²⁴⁶ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 122; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 130.

²⁴⁷ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rz. 80; *Manger-Nestler/Noack*, JuS 2013, 503 (503 f.).

²⁴⁸ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rz. 122; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rz. 80.

²⁴⁹ *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 184 f.; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 1; *Kirchof*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, § 59, S. 161 ff.

²⁵⁰ *Kirchof*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, § 59 S. 161 ff; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 1.

²⁵¹ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 70; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 1.

Rechtfertigungsgründe einschlägig ist, muss im Anschluss die Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Maßnahme geprüft werden.²⁵²

3.1.3.1 Missbrauchsbekämpfung, Steuerflucht, Steuerumgehung und Steuerhinterziehung - Gestaltungsmissbrauch

Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerflucht, -umgehung und -hinterziehung dienen dem Schutz der fiskalischen Interessen und gehören zu den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, welche eine Beschränkung der Grundfreiheiten grundsätzlich rechtfertigen.²⁵³

Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang bzw. durch welche Maßnahmen ein Staat berechtigt ist, sein Steueraufkommen zu schützen. Dies ist abhängig vom jeweiligen Gefährdungsgrad des Steueraufkommens.²⁵⁴

Die Art der Gefährdung steht dabei in unmittelbarem Zusammenhang mit den verschiedenen Praktiken des Missbrauchs, der Steuerflucht und der Steuerumgehung. Diese werden vom EuGH zwar terminologisch nicht genau abgegrenzt, für die Prüfung, ob die beschränkende Maßnahme gerechtfertigt ist, ist jedoch von entscheidender Bedeutung, ob es sich um unerwünschte, aber dennoch legale Steuergestaltungen oder um illegale Praktiken handelt.²⁵⁵ Eine Steuergestaltung ist legal, wenn sie nur Gestaltungsspielräume ausnutzt, die sich bspw. aus Inkongruenzen der Rechtsordnungen der beteiligten Staaten ergeben. Illegale Praktiken wie die Steuerhinterziehung erfüllen hingegen regelmäßig einen Straftatbestand (§§ 370 ff. AO).²⁵⁶ Freilich ist dem Interesse des Mitgliedstaats, illegale Praktiken zu unterbinden, mehr Gewicht beizumessen als dem Interesse des Mitgliedstaats, ausufernde legale Gestaltungsmöglichkeiten einzudämmen. Bei legalen Gestaltungsmöglichkeiten ist die Frage, wann eine rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung²⁵⁷ vorliegt, strengeren Voraussetzungen zu unterwerfen als bei rechtswidrigen Gestaltungen (dazu: 6.1.2).²⁵⁸ Bei rechtswidrigen Gestaltungen, z. B. Steuerhinterziehung, reicht es für das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung aus, wenn der wesentliche Zweck der Gestaltung auf die Vermeidung oder Ersparnis von Steuerzahlungen ausgerichtet ist, während bei

²⁵² Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49, Rz. 68; Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 1.

²⁵³ EuGH, Urt. v. 24.11.2016 – C-464/14, Rz. 58 (SECIL).

²⁵⁴ Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 74.

²⁵⁵ Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 75, 97 ff.

²⁵⁶ Frotscher, Internationales Steuerrecht, § 14 Internationale Steuerplanung Rz. 1109.

²⁵⁷ EuGH, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 55; dazu: Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 115; Stumpf, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV Rz. 25.

²⁵⁸ Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 75, 81 ff.

legalen – aber unerwünschten – Gestaltungen die Steuerersparnis der einzige Zweck sein muss.²⁵⁹

Die Unterscheidung zwischen legalen und rechtswidrigen Gestaltungen ist zudem für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit²⁶⁰ der beschränkenden Maßnahme wichtig, d. h. bei der Frage, ob die Regelung geeignet²⁶¹, erforderlich und angemessen im Hinblick auf ihre Zielsetzung ist.²⁶² Im Rahmen der Geeignetheit der Maßnahme obliegt den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum. Nicht geeignet sind lediglich untaugliche Maßnahmen sowie inkonsequentes Vorgehen.²⁶³ Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung steht zumeist die Erforderlichkeit im Fokus der Prüfung. Die beschränkende Maßnahme muss das mildeste Mittel für den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen. Sofern das Allgemeininteresse durch eine weniger intensive Beschränkungsmaßnahme geschützt werden kann, scheidet die einschränkende Maßnahme grundsätzlich aus.²⁶⁴ Zudem muss die das Allgemeininteresse schützende Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Behinderung der Niederlassungsfreiheit stehen.²⁶⁵

Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat eine Maßnahme erlässt, welche einem Sachverhalt typisiert einen Missbrauch unterstellt, ohne dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen, diese Missbrauchsvermutung zu widerlegen.²⁶⁶ Die Vorlage von Beweismitteln zur Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen ist – im Vergleich zu der pauschalen Verhängung von Steuernachteilen – das mildere Mittel im Hinblick auf die Wirksamkeit der Steueraufsicht.²⁶⁷ In Folge dessen muss eine typi-

²⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 05.07.2007 – C-321/05, Rz. 38: „nur zu dem Zweck“; auch: *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 75, 81 ff.; ähnlich: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (502), nach dem eine „Gestaltung [...] allein [...] auf den Steuervorteil abzielen“ muss, um durch den *EuGH* als rein künstlich beurteilt zu werden; *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1018): „mit dem einzigen Zweck“; *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 466: „final der Steuerumgehung“; Kritik zum engen Missbrauchsverständnis: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.62 f.

²⁶⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 93 ff.; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rz. 321 f.

²⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 21.11.2002 – C-436/00, Rz. 63 (X und Y); *EuGH*, Urt. v. 14.10.1999 – C-439/97, Rz. 35 (*Sandoz*).

²⁶² *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 75, 81 ff.

²⁶³ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49, Rz. 66 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 95.

²⁶⁴ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49, Rz. 86; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 95.

²⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011 – C-371/10, Rz. 42 (National Grid Indus); dazu: *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 97; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49, Rz. 86.

²⁶⁶ *Schön*, IStR-Beihemer 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013); *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 95; *Gröpl*, in: Daus/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, J. Steuerrecht Rz. 129.

²⁶⁷ *Schön*, IStR-Beihemer 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013); *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rz. 95; *EuGH*, Urt. v. 25.10.2007 – C-464/05, Rz. 28 (Geurts); *EuGH*, Urt. v. 2.10.2008 – C-360/06, Rz. 41 (Heinrich Bauer).

sierende Norm immer eine „Escape-Klausel“ bzw. einen „Motivtest“²⁶⁸ enthalten.²⁶⁹ Die exkulpierende Klausel darf zudem keine hohen Anforderungen an das außersteuerliche Motiv des Steuerpflichtigen stellen.²⁷⁰ Die optimierende Steuergestaltung im Konzern durch Einbezug günstiger europäischer Steuerrechtsordnungen stellt per se noch keinen Missbrauch dar, sondern verwirklicht in Teilen den Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit, indem sie die Ressourcenallokation im Binnenmarkt fördert.²⁷¹ Die Gründung einer Zweitniederlassung oder die Verlegung des Verwaltungssitzes in ein niedrig besteuertes Ausland begründet daher als solche, d. h. ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen, noch keine Missbrauchsvermutung oder Steuerhinterziehung.²⁷²

Beschränkende Maßnahmen, welche von ihrem Anwendungsbereich nicht ausschließlich rein künstliche Gestaltungen, sondern z. B. auch legitime Geschäftspraktiken erfassen, gehen über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinaus, weil dem Mitgliedsstaat in diesem Fall immer eine weniger belastende Maßnahme²⁷³ zur Verfügung stände.²⁷⁴ Folglich muss eine zielgenaue Erfassung der missbräuchlichen Gestaltungen erfolgen.²⁷⁵

Dogmatisch richtig wäre es, rein künstliche Gestaltungen, welche lediglich dem Zwecke der Steuerumgehung dienen, bereits vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen (Tatbestandslösung).²⁷⁶ Künstliche Konstruktionen sind i. d. R. nicht in die Volkswirtschaft des Aufnahmestaats eingegliedert und sollten daher nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.²⁷⁷ Der EuGH scheint jedoch in seinem Urteil in der Rechtssache *Polbud* die Missbrauchsprüfung – und in Zuge dessen das Erfordernis einer

²⁶⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 72 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

²⁶⁹ *Gröpl*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, J. Steuerrecht Rz. 129; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 77; *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUU, Art. 49 AEUV, Rz. 117; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013).

²⁷⁰ *Englisch*, StuW 2009, 3 (8); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 77 f.

²⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C.212/97, Rz. 27 (Centros); *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUU, Art. 49 AEUV, Rz. 117; *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV, Rz. 25.

²⁷² *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011 – C-371/10, Rz. 84 (National Grid Indus).

²⁷³ *EuGH*, Urt. v. 20.1.2011 – C-155/09, Rz. 53 ff. (Kommission/Griechenland).

²⁷⁴ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013); *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUU, Art. 49 AEUV Rz. 117; *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV Rz. 25; *EuGH*, Urt. v. 17.9.2009 – C-182/08, Rz. 99 f. (Glaxo Wellcome); *EuGH*, Urt. v. 3.3.2007 – C-451/05 Rz. 130 f. – ELISA.

²⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 55, 72 ff. (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

²⁷⁶ *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUU, Art. 49 AEUV Rz. 120; *Hahn*, IStR 2006, 667 (669).

²⁷⁷ *Hahn*, IStR 2006, 667 (669); *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUU, Art. 49 AEUV Rz. 115, 120.

wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit – von der Ebene des „Eingriffs in den Schutzbereich“ auf die „Rechtfertigungsebene“ verlagert zu haben (dazu: 6.1.6). Ob sich diese Verlagerung in der Rechtsprechungslinie des EuGH fortsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Neben dem Anliegen, Missbräuche zu vermeiden, die in rein künstlichen Gestaltungen liegen, wurden u. a. Rechtfertigungsgründe anerkannt, welche die Missbrauchsvermeidung in genereller Weise rechtfertigen.²⁷⁸ Ein Beispiel ist die Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse durch die Mitgliedsstaaten.

3.1.3.2 Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse

Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund „Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“ zielt nicht – wie der Wortlaut zunächst vermuten ließe – auf die Aufteilung des Steueraufkommens per se ab, sondern die Steuerhoheit der Mitgliedsstaaten.²⁷⁹

Die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten beschreibt das Recht einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Steuern zu erheben. Sie ist eng verbunden mit der die Budgethoheit, also dem Recht einer Volksvertretung, über die Einnahmen und Ausgaben einer öffentlichen Gebietskörperschaft zu bestimmen.²⁸⁰ Die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten wird durch die Grundfreiheiten in zweierlei Weise tangiert. Zum einen haben diese Auswirkungen auf das Steuersubstrat eines Mitgliedstaats, wenn Gesellschaften frei – z. B. ohne Wegzugssteuer – wegziehen und somit ihre Gewinne unter Berufung auf die Grundfreiheiten frei verlagern können. Zum anderen führt die Rechtsprechung des EuGH dazu, „dass das Parlament bestimmte Leistungen nicht mehr auf eigene Staatsangehörige, das eigene Territorium [und] rein inländische Sachverhalte beschränken kann“²⁸¹.

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse fußt auf der Erkenntnis, dass sowohl die territoriale als auch die personelle Zuordnung von Besteuerungsgütern von den Mitgliedstaaten in völkerrechtlichen Verträgen festgelegt werden. Die Besteuerung muss in Folge dessen ausgewogen aufgeteilt werden.²⁸² Eine Regelung führt dann zu einer angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse, wenn sie

²⁷⁸ *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 57; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rz. 321 f.

²⁷⁹ *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV, Rz. 28; *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 69 ff.

²⁸⁰ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 3.

²⁸¹ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 3.

²⁸² *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 121; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 89.

die Symmetrie zwischen der Besteuerung der Gewinne und der Möglichkeit, Verluste in Abzug zu bringen, wahr.²⁸³ Die ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse wurde als Rechtfertigungsgrund zunächst nur in Verbindung mit der Gefahr einer doppelten Verlustberücksichtigung und einer Steuerfluchtgefahr vom EuGH zugelassen.²⁸⁴ In späteren Entscheidungen hat der EuGH seine Anforderungen dahingehend gelockert, dass für eine Rechtfertigung nur zwei von drei Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, d. h., es genügt bspw. die Notwendigkeit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis in Zusammenhang mit der Gefahr einer Steuerflucht.²⁸⁵ Im Verlauf seiner Rechtsprechungslinie (Rechtsache *Glaxo Wellcome*²⁸⁶) hat der EuGH jedoch die Möglichkeit von unangemessenen Gewinnverschiebungen als einzig notwendige Voraussetzung zugelassen, um eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zu begründen. Auch die Verhinderung der doppelten Verlustberücksichtigung wurde bereits als eigenständiger Rechtfertigungsgrund anerkannt.²⁸⁷ Im Grunde ging es dem EuGH jedoch immer um den Schutz der Steuerhoheit der Mitgliedstaaten und die Berücksichtigung des Symmetrieprinzips.²⁸⁸

Da durch die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten geschützt werden soll, greift dieser Rechtfertigungsgrund dann nicht, wenn ein Mitgliedsstaat sich entschieden hat, von seinem Besteuerungsrecht keinen Gebrauch zu machen.²⁸⁹ Umgekehrt ist eine beschränkende Maßnahme gerechtfertigt, die es einem grenzüberschreitend tätigen Unternehmen verwehrt, Gewinne und Verluste nach Belieben zwischen den Mitgliedsstaaten zu verschieben.²⁹⁰ Die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse ist nach der Auffassung des EuGH²⁹¹ insbesondere dann sachgemäß, wenn sie sich an der in-

²⁸³ *Kokott*, ISR 2017, 395 (397); *Weber-Grellet*, DStR 2009, 1229 (1231); *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 121; *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV Rz. 28.

²⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 29.3.2008 – C-347/04, Rz. 41 (Rewe); dazu: *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV Rz. 27; *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlaczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 72.

²⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 25.2.2010 – C-337/08, Rz. 33 (X Holding); dazu: *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlaczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 72; *Stumpf*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 112 AEUV, Rz. 27.

²⁸⁶ *EuGH*, Urt. v. 17.9.2009 – C-182/08 (Glaxo Wellcome).

²⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 47 (Marks & Spencer).

²⁸⁸ *Kokott*, ISR 2017, 395 (397); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 17.

²⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 20.10.2011 – C-284/09, Rz. 78 (Kommission/Deutschland); *EuGH*, Urt. v. 8.11.2007 – C-379/05, Rz. 59 (Amurta).

²⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 46 (Marks & Spencer); *EuGH*, Urt. v. 29.3.2007 – C-347/04, Rz. 42 (Rewe); *EuGH*, Urt. v. 18.7.2007 – C-231/05, Rz. 55 (Oy AA).

²⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 12.5.1998 – C-336/96, Rz. 31 (Gilly); *EuGH*, Urt. v. 23.2.2006 – C-513/03, Rz. 48 (van Hilten-van der Heijden).

internationalen Praxis, vornehmlich dem OCED-Musterabkommen und dem Territorialprinzip, orientiert.²⁹²

Freilich steht die Steuerhoheit der Mitgliedsstaaten in einem Spannungsverhältnis mit dem Ziel der Binnenmarktverwirklichung. Es ist die Aufgabe des Gerichtshofes, einen schonenden Ausgleich in diesem „Tauziehen“ zu schaffen.²⁹³ Die Grundfreiheiten dürfen nicht missbraucht werden, indem internationalen Unternehmen freie Hand gewährt wird, ihre Gewinne in Niedrigsteuerrländer oder ihre Verluste in Hochsteuerrländer zu verlagern. Dies käme einer freien Wahl gleich, wo Unternehmen ihre Steuern entrichten „möchten“, und würde die Steuerhoheit der Mitgliedsstaaten massiv untergraben.²⁹⁴ Da dem EuGH aber gleichzeitig die Auslegung der Primärverträge obliegt, muss dieser – wenn auch mit geringem Kontrollmaßstab – die vorgenommene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse im Hinblick auf deren Ausgewogenheit verplausibilisieren und in Ausnahmefällen eine eigene Verteilung vornehmen.²⁹⁵

3.1.3.3 Kohärenz

Kohärenz beschreibt die Wahrung des Zustandes, in dem mehrere steuerrechtliche Vorschriften aus systematischen Gründen aufeinander bezogen sind und diese gemeinsam eine angemessene systemgerechte Regelung bilden. Der Grundgedanke besteht darin, dass im nationalen Steuersystem immer ein immanenter Zusammenhang zwischen einer nachteiligen und einer vorteilhaften Regelung besteht.²⁹⁶ Das Prinzip der Kohärenz verlangt demnach, dass ein Steuerpflichtiger nicht einseitig einen Steuervorteil erlangen können soll, ohne den damit verbundenen Nachteil zu tragen („Fiscal cohesion can be invoked to prevent that the free mover becomes a free rider who enjoys tax benefits but does not bear the corresponding tax burdens“²⁹⁷).²⁹⁸ Konkret bedeutet dies, dass bspw. die Abzugsfähigkeit von Beiträgen zu Lebensversicherungen, Pensionen und Renten vom Gesamtbetrag der

²⁹² *Kokott*, ISR 2017, 395 (397); *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEU, Art. 49 AEUV Rz. 121; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 10.

²⁹³ *Stewen*, EUR 2008, 445 (452 ff.).

²⁹⁴ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 23; *Stewen*, EUR 2008, 445 (452 ff.).

²⁹⁵ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 23; *Stewen*, EUR 2008, 445 (466).

²⁹⁶ *Lampert*, in: Gosch, KStG, § 12 Rz. 60 f.; *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 73.

²⁹⁷ *Englisch*, Intertax 2010, 197 (207 ff.).

²⁹⁸ *EuGH*, Urt. 27.11.2008 – C.418/07, Rz. 43 f. (Papillon); *EuGH*, Urt. v. 30.6.2016 – C123/15, Rz. 30 ff. (Feilen).

Einkünfte abhängig von der nachgelagerten Besteuerung eben dieser Einkünfte ist.²⁹⁹ Die Kohärenz der Besteuerung als Rechtfertigungsgrund einer beschränkenden Maßnahme greift also nur dann, „wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der betreffenden Steuervergünstigung und dem Ausgleich dieser Vergünstigung durch eine bestimmte steuerliche Belastung nachgewiesen ist“³⁰⁰.

Die Kohärenz kann nur innerhalb ein und derselben Rechtsordnung beurteilt werden.³⁰¹ Von anderen Staaten gewährte Vorteile werden vom Gerichtshof allenfalls dann berücksichtigt, wenn in bilateralen Vereinbarungen (z. B. DBA) mit dem Besteuerungsstaat steuerliche Vorteile gewährt werden.³⁰²

3.2 Kapitalverkehrsfreiheit

Nach Art. 63 AEUV sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs (Abs. 1) und des Zahlungsverkehrs (Abs. 2) zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern verboten.

Sinn und Zweck der Kapitalverkehrsfreiheit ist der unbeschwerter grenzüberschreitende Einsatz von Geld- und Sachkapital zum Zwecke von Investitions- und Finanzierungstätigkeiten.³⁰³ Nur durch den ungehinderten Kapitalfluss kann das Kapital des Investors dort als Produktionsfaktor eingesetzt werden, wo es den höchsten ökonomischen Nutzen stiftet (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 120 AEUV).³⁰⁴ Nach den neoklassischen Annahmen, welche die Wirtschaftswissenschaften dominieren, wird durch die mit der Marktfreiheit einhergehende Finanzierungsfunktion eine wohlfahrtsmaximierende Umwelt geschaffen.³⁰⁵

²⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 28.1.1992 – C-204/90, Rz. 21 ff. (Bachmann); *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-281/06, Rz. 67 ff. (Jundt); *EuGH*, Urt. v. 1.12.2011 – C-250/08, Rz. 70 ff. (Kommission/Belgien).

³⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 1.12.2011 – C-250/08, Rz. 71 (Kommission/Belgien); dazu: *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 83.

³⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 10.4.2014 – C-190/12, Rz. 24 (Emerging Markets); dazu: *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 84.

³⁰² *EuGH*, Urt. v. 13.3.2014 – C375/12, Rz. 67 ff. (Bouanich); dazu: *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 84; *Bahns/Brinkmann/Gläser/Sedlaczek*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Vorbemerkung zu den Artikeln 110 bis 113 AEUV Rz. 75.

³⁰³ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 1; *Hermann*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 119 AEUV Rz. 21.

³⁰⁴ *Schön*, IStR-Beihefte 2013, 3 (4) (zu Heft 6/2013); *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 1.

³⁰⁵ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 1; zum Pareto-Paradigma: *Zapka*, EuZA 2015, 221 (228 ff.).

Die Zahlungsverkehrsfreiheit ist der Sache nach eher eine „Annexfreiheit“ zur Kapitalverkehrsfreiheit und soll dafür Sorge tragen, dass Schuldner ihre Verbindlichkeiten ohne Beschränkungen bei den Gläubigern tilgen können.³⁰⁶

3.2.1 Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Begünstigt wird jede Kapitalbewegung einer Person mit Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung in einem Mitgliedstaat oder einem Drittstaat.³⁰⁷ Dies gilt sowohl für den Anbieter als auch für den Empfänger des Kapitals.³⁰⁸ Selbst eine Kapitalverschiebung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten zwischen zwei Akteuren, welche beide selbst nicht in der EU ansässig sind, wird von der Liberalisierungswirkung des Art. 63 AEUV erfasst.³⁰⁹ Nach herrschender Meinung bestehen die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gar losgelöst von Personen.³¹⁰

Zur Stärkung des weltweiten Vertrauens in die Währung Euro und die europäischen Finanzzentren wurde der räumliche Anwendungsbereich der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs – im Gegensatz zu den übrigen Grundfreiheiten – unilateral und ohne reziproke Gegenleistung auch im Verhältnis zu Drittstaaten verbürgt (sog. Erga-omnes-Wirkung).³¹¹

3.2.2 Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit

Die Frage, ob eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt, ist – ähnlich wie bei der Niederlassungsfreiheit – im Lichte der allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik zu beantworten, welche sich durch die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Dassonville*³¹², *Cassis-de-Dijon*³¹³ und *Keck*³¹⁴ entwickelt hat.³¹⁵

³⁰⁶ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 63 AEUV Rz. 10; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 3; *Dietz/Streinz*, EuR 2015, 50 (56).

³⁰⁷ *Follak*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, F. II. Rz. 8; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 33.

³⁰⁸ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120.

³⁰⁹ *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2004, 325 (327); *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120.

³¹⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 7; a. A.: *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV, Rz. 8, welche die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs für „noch nicht abschließend geklärt“ befinden.

³¹¹ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 6; *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.46; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120; Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil, Rz. 98; *Bannes/Holle*, StuW 2017, 112 (114); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 2; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 2; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892); *Schön*, IStR-Beihefte 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013).

³¹² *EuGH*, Ur. v. 11.6.1974 – Rs. 8/4 (*Dassonville*).

³¹³ *EuGH*, Ur. v. 20.02.1979 – Rs. 120/78 (*Rewe*).

³¹⁴ *EuGH*, Ur. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 (*Keck* und *Mithouard*).

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei Eingriffen in die Kapitalverkehrsfreiheit demnach um solche Maßnahmen, „die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in andere Staaten abzuhalten“³¹⁶ oder „die geeignet sind, den Erwerb von Beteiligungen an den betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren [...]“³¹⁷.

Das Beschränkungsverbot ist entsprechend weit auszulegen und umfasst jede Maßnahme, die den Kapital- und Zahlungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell behindert.³¹⁸ Demnach sind auch gesellschafts- und steuerrechtliche Regelungen, durch welche grenzüberschreitende Investitionen beeinträchtigt werden, vom Beschränkungsverbot des Art. 63 AEUV betroffen.³¹⁹

3.2.3 Rechtfertigung des Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit

In Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zum freien Warenverkehr³²⁰ erkennt der EuGH die oben dargelegten ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auch im Bereich des freien Kapitalverkehrs an. Sofern die nationale Regelung dem Schutz der Allgemeininteressen dient, muss sie sich in einem nächsten Prüfungsschritt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen, d. h., die Maßnahme muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das dazu Notwendige hinausgehen.³²¹

Es bleibt den Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit verwehrt, beschränkende Maßnahmen mit rein wirtschaftlichen Zielen zu rechtfertigen, sondern die Beschränkungen müssen im Allgemeininteresse liegenden Zielen dienen.³²² Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könnte für Drittstaaten gelten (dazu: 6.4). Im Verhältnis zu ei-

³¹⁵ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 158; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 48; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 63 AEUV Rz. 18.

³¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 24.2.2015 – C-559/13, Rz. 19 (Grünwald); *EuGH*, Urt. v. 9.10.20 – C-326/12, Rz. 25 (van Caster); *EuGH*, Urt. v. 13.3.2014 – C-375/12, Rz. 43 (Bouanich).

³¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 15.5.2009 – C-531/06, Rz. 46 (Kommission/Italien); *EuGH*, Urt. v. 23.10.2007 – C-112/05, Rz. 19 (Kommission/Deutschland).

³¹⁸ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 63 AEUV, Rz. 18.

³¹⁹ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.47; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 63 AEUV Rz. 18.

³²⁰ *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung: *EuGH*, Urt. v. 20.02.1979 – Rs.120/78 (Rewe).

³²¹ *EuGH*, Urt. v. 13.7.2000 – C-423/98 Rz. 19 (Albore); *EuGH*, Urt. v. 26.9.2000 – C-478/98, Rz. 41 (Kommission/Belgien).

³²² *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 24; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 225.

nem Drittstaat können ggf. Rechtfertigungsgründe für beschränkende Maßnahmen anerkannt werden, welche der EuGH in einem reinen Binnenmarktfall nicht akzeptieren würde.³²³

Wie bereits dargelegt, ist der Schutz des nationalen Steueraufkommens innerhalb des europäischen Binnenmarktes kein geeigneter Grund für die Rechtfertigung einer beschränkenden Maßnahme. Im Verhältnis zu Drittländern kann jedoch eine andere Bewertung geboten sein. Teile der Literatur vertreten die Auffassung, dass im extraunionalen Bereich eine beschränkende Regelung gerechtfertigt sein kann, die dem Schutz des missbräuchlichen Steuerabflusses in einen Drittstaat dient und folglich nationales Steueraufkommen vor „unlauteren“ Steuerregimen schützen soll.³²⁴

Die bloße Verhinderung eines rückläufigen Steueraufkommens aufgrund des Abflusses von Steuersubstrat in einen Drittstaat genügt dem EuGH jedoch auch im extraunionalen Verhältnis nicht zur Rechtfertigung, d. h., reine Steuermindereinnahmen gehören auch im Verhältnis zu Drittstaaten nicht zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.³²⁵ Auch die fehlende Gegenseitigkeit der Verkehrsfreiheiten im Verhältnis zu Drittstaaten hat der EuGH als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit bislang nicht zugelassen.³²⁶ Die Verhinderung eines rückläufigen Steueraufkommens könnte jedoch in Verbindung mit unlauterem Wettbewerbsverhalten ausländische Steuerregime zu einem geeigneten Rechtfertigungsgrund führen.

Teile der Literatur fordern zu Recht, die Abwehr aggressiver Steuerregelungen eines Drittstaats, z. B. durch Präferenzsteuersätze oder Steuerbefreiungen, welche gezielt für Unionsansässige gelten, als wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe in extraunionalen Sachverhalten zuzulassen.³²⁷ Dies wird u. a. dadurch begründet, dass es in solchen Fällen bereits an der objektiven Vergleichbarkeit zwischen der Besteuerung grenzüberschreitender Tätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft und der Besteuerung solcher Tätigkeiten in Drittstaaten fehle. Demnach sei bereits ein Eingriff in die Grundfreiheiten ausgeschlossen, sodass es

³²³ *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/15, Rz. 37 (A.); *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C446/04, Rz. 171 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 5.

³²⁴ *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 (762); *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 5; *Schön*, in: FS Wassermeyer, 2005, 489 (515 f.); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 90.

³²⁵ *EuGH*, Urt. v. 10.2.2011 – C-436/08 und C-437/08, Rz. 126, 128 (Haribo und österreichische Salinen); *EuGH*, Urt. v. 10.4.2014 – C-190/12, Rz. 100 f. (Emerging Markets Series of DFA Investment Trust).

³²⁶ *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/15, Rz. 31 (A); *EuGH*, Urt. v. 20.5.2008 – C-194/06, Rz. 87 f. (Orange European Smallcap Fund).

³²⁷ *Schmitzer*, IStR 2005,493 (494); *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 346 (357); *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 5.

keiner Rechtfertigung bedürfe.³²⁸ Den Aspekt der unterschiedlichen Besteuerung einer Tätigkeit innerhalb der Mitgliedstaaten und der Besteuerung vergleichbarer Tätigkeiten in Drittstaaten hatte der EuGH bereits 2006 in seinem Urteil zur Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation* hervorgehoben.³²⁹ So statuierte der Gerichtshof, dass auf innergemeinschaftlicher Ebene aufgrund der Amtshilferichtlinie ein weitaus höherer Informationsaustausch bestehe.³³⁰ Unter dem (Rechtfertigungs-)Aspekt der Bekämpfung von Steuerhinterziehung besteht folglich für die Mitgliedsstaaten ein höheres Bedürfnis nach einer wirksamen Steuerkontrolle.³³¹ Sollten mit Drittstaaten keine DBA-Auskunfts-klauseln oder vergleichbare völkerrechtliche Vereinbarungen bestehen, so kann dies zum Anlass genommen werden, an Drittstaatssachverhalte niedrigere Rechtfertigungshürden zu stellen (dazu: 5). Der Rechtfertigungsgrund der „Verhinderung von steuerlichem Missbrauch“ kann daher nicht kongruent von der Niederlassungsfreiheit auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen werden.³³² Teile der Literatur fordern daher richtigerweise, dass den Mitgliedstaaten in Drittstaatenkonstellationen eine größere gesetzliche Typisierungsbefugnis zukommt und dem Steuerpflichtigen gesteigerte Nachweispflichten auferlegt werden können.³³³

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass den Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten ein höherer Rechtfertigungsspielraum eingeräumt werden kann als in innerunionalen Sachverhalten. So können fehlende Informationsaustauschvereinbarungen ein höheres Schutzinteresse an der Vermeidung von Steuerhinterziehungen und missbräuchlichen Gestaltungen begründen. Auch die fehlende Reziprozität der Kapitalverkehrsfreiheit in Verbindung mit unlauteren Praktiken von Steuerregimen begründen ein erhöhtes Rechtfertigungsbedürfnis gegenüber Drittstaaten. Im Ergebnis sollten die Mitgliedsstaaten zum Schutz von Steuersubstrat gegenüber Drittländern mehr Typisierungen vornehmen und erhöhte Nachweispflichten an die Steuerpflichtigen stellen dürfen.³³⁴

³²⁸ *Schnitger*, IStR 2005,493 (494); ähnlich: *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASStG, § 14 Rz. 90.

³²⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C-446/04, Rz. 170 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

³³⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C-446/04, Rz. 170 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

³³¹ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASStG, § 14 Rz. 90; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (894 f.); *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 (762).

³³² *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 73 f., IStR 2017, 316 (316) = BeckRS 2017, 94358, mit Verweis auf das Schrifttum.

³³³ *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (711 ff.); *Kotthaus*, Binnenmarktrecht und externe Kapitalverkehrsfreiheit, 2012, S. 168 f.

³³⁴ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASStG, § 14 Rz. 90; *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (711 ff.).

3.2.4 Stand-still-Klausel

Neben den – aufgrund des Vorbehalts in Art. 65 Abs. 2 AEUV in dieser Ausarbeitung nicht weiter behandelten – Ausnahmetatbeständen des Art. 65 AEUV erfährt die Kapitalverkehrsfreiheit in Art. 64 AEUV eine weitere Einschränkung.³³⁵ Die Ausnahmetatbestände des Art. 64 AEUV (sog. Stand-still-Klausel) beschränken sich ausschließlich auf den Grundsatz des freien Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten.³³⁶

Gemäß Art. 64 Abs. 1 AEUV berührt die Kapitalverkehrsfreiheit nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der EU für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. Es handelt sich um eine abschließende Aufzählung.³³⁷ Neue beschränkende Regelungen – vornehmlich steuerlich restriktive Maßnahmen i. S. des Art. 65 Abs. 4 AEUV – können demnach nur noch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene eingeführt werden.³³⁸ Eine Verpflichtung zum Abbau der bereits bestehenden Beschränkungen besteht hingegen nicht.³³⁹

Der Begriff der Direktinvestition ist geprägt von einer dauerhaften und direkten Beziehung zwischen Kapitalgeber und Kapitalnehmer.³⁴⁰ Hierunter fällt sowohl der Erwerb von Beteiligungen an bereits bestehenden Unternehmen als auch die Gründung von Zweigniederlassungen.³⁴¹ Die Aufzählung der Kapitalbewegungen hält der EuGH für so genau formuliert, dass den Mitgliedstaaten insofern kein Ermessensspielraum mehr verbleibt.³⁴² Als Konkre-

³³⁵ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 64 AEUV, Rz. 1; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 93; *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (683); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892).

³³⁶ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 64 AEUV Rz. 5; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 3; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 93; *Glaesner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 64 AEUV, Rz. 1; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892).

³³⁷ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 94; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 4.

³³⁸ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV, Rz. 2; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 93; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 19.

³³⁹ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV, Rz. 10; *Seidel*, GS Grabitz, 1995, 763 (773).

³⁴⁰ *Glaesner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 64 AEUV, Rz. 2; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV, Rz. 11; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6.

³⁴¹ *Glaesner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 64 AEUV, Rz. 2; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6.

³⁴² *EuGH*, Urt. v. 14.12.1995 – C-163/94/C-165/94 und C-250/94, Rz. 44 (Sanz de Lera); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 5; a. A.: *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 13.

tisierungshilfe kann die Nomenklatur aus Anhang I der Kapitalverkehrsrichtlinie³⁴³ dienen; eine mitgliedstaatliche Definitionskompetenz scheidet hingegen aus.³⁴⁴ Demnach umfassen Direktinvestitionen die Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen sowie langfristige Darlehen mit Beteiligungscharakter, d. h. mit einer Laufzeit über fünf Jahren, zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen.³⁴⁵ Es muss die Möglichkeit der Teilhabe an der tatsächlichen Verwaltung oder Kontrolle dieser Gesellschaft – nicht jedoch der sicheren Einflussnahme³⁴⁶ – bestehen, d. h., die „Direktinvestition“ i. S. des Art 64 AEUV ist begrifflich von der „Niederlassung“ abzugrenzen (dazu: 3.3).³⁴⁷ Reine Portfolioinvestitionen sind im Umkehrschluss nicht vom Anwendungsbereich des Art. 64 Abs. 1 AEUV erfasst.³⁴⁸

Zusätzlich zu den in Art. 64 Abs. 1 AEUV genannten materiellen Voraussetzungen bedarf es einer zeitlichen Komponente, d. h., die inhaltliche Kontinuität der beschränkenden Norm muss im Wesentlichen seit dem 31. Dezember 1993 bestehend geblieben sein.³⁴⁹

Um zu verhindern, dass ein Mitgliedstaat nach dem 31. Dezember 1993 bereits abgeschaffte Beschränkungen wieder aufleben lässt, muss der rechtliche Rahmen der bestandsgeschützten Beschränkungsnorm ununterbrochen Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung gewesen sein.³⁵⁰ Der EuGH lässt die inhaltliche Kontinuität im Sinne des Fortgeltens des wesentlichen Telos der Norm genügen, um das zeitliche Kriterium zu erfüllen. Alternativ

³⁴³ Richtlinie des Rates v. 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, Kapitalverkehrsrichtlinie (88/361/EWG), Nomenklatur, Anhang I.

³⁴⁴ *Glaesner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 64 AEUV Rz. 2; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 10; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 94; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892); *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 13.

³⁴⁵ *Schön*, IStR-Beihefte 2013, 3 (19) (zu Heft 6/2013); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 14; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 11; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 94.

³⁴⁶ *Wunderlich/Blaschke*, IStR 2008, 754 (760); *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 14; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 94; so auch die Rechtsauffassung des: *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 44, IStR 2017, 316 (316).

³⁴⁷ *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6.

³⁴⁸ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 6; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 12; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 94; *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 28 (X).

³⁴⁹ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 95; *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (683); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892); *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 19; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 11.

³⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 5.5.2011 – C-384/09, Rz. 34 ff (Prunus und Polonium); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 37 (X); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil, Rz. 95.

genügt es, wenn die Abänderung der Norm lediglich ein Hindernis der früheren Regelung „abmildert oder beseitigt“.³⁵¹ Der Wortlaut der Beschränkung kann sich folglich – ohne dabei den Grundgedanken der Beschränkung zu tangieren – auch nach dem 31. Dezember 1993 verändern und dennoch unter die bestandsschützende Wirkung des Art. 64 AEUV fallen.³⁵² Ein veränderter Grundgedanke der Norm kann nicht angenommen werden, falls sich die Unterschiede zwischen der geltenden und der historischen Norm lediglich auf verfahrensmäßige Modalitäten beschränken.³⁵³

Eine nach dem Stichtag erlassene Vorschrift kann nur dann der Stand-still-Klausel unterfallen, wenn die Vorschrift im Wesentlichen mit einer bereits zum Stichtag bestehenden Regelung übereinstimmt.³⁵⁴ Dies gilt jedoch nicht für die Wiedereinführung einer ursprünglich zulässigerweise bestehenden, dann aber abgeschafften, beschränkenden Maßnahme da ansonsten ein Mitgliedstaat jederzeit Beschränkungen wieder einführen könnte, die zum 31.12.1993 bestanden haben, aber (inhaltlich) nicht aufrechterhalten wurden.³⁵⁵

3.3 Das Verhältnis zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit – Grundsätze der Abgrenzung

Der freie Kapitalverkehr steht zumeist in einer ergänzenden Wirkung zur Niederlassungsfreiheit oder umgekehrt. Dies gilt etwa bei Direktinvestitionen, Portfolioinvestitionen oder bei einer Darlehensvergabe aus dem Herkunftsland zugunsten einer ausländischen Niederlassung.³⁵⁶ Im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit wirkt jedoch nur die Kapitalverkehrsfreiheit auch im Verhältnis zu Drittstaaten.³⁵⁷ Insofern ist eine Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten notwendig.

³⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 37 (X); zum zeitlichen Kriterium: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 95; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV, Rz. 19; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 11.

³⁵² *Bannes/Holle*, StuW 2017, 112 (117 ff., 125); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 95; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 19; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 11.

³⁵³ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 64 AEUV Rz. 19; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 95; *EuGH*, Urt. v. 11.2.2010 – C-541/08, Rz. 48 (Fokus Invest).

³⁵⁴ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 11; *EuGH*, Urt. v. 5.5.2011 – C-384/09, Rz. 34 (Prunus und Polonium); *EuGH*, Urt. v. 10.4.2014 – C-190/12, Rz. 48 (Emerging Markets Series of DFA Investment Trust); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 37 (X).

³⁵⁵ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 11; *Köhler*, ISR 2019, 175 (176). *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 95; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 5 Allgemeiner Teil Rz. 95; *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/15, Rz. 48 (A); *EuGH*, Urt. v. 24.11.2016 – C-464/14, Rz. 81, 87 f. (SECLIL); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 38 (X).

³⁵⁶ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 22; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 31.

³⁵⁷ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 98; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 304.

Die Abgrenzung zwischen der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit hat den EuGH in einer ganzen Reihe von Entscheidungen beschäftigt, ohne dass bis heute eine finale Abgrenzungsdogmatik erkennbar ist.³⁵⁸ Dennoch lassen sich aus der jüngeren Rechtsprechungslinie dienliche Abgrenzungskriterien entnehmen.

Ausschließlich die Niederlassungsfreiheit hat der EuGH in einem schwedischen Fall angewandt, bei welchem der Gerichtshof die Zahlung zwischen zwei Gesellschaften zur Finanzierung einer gemeinsamen Gewerbetätigkeit innerhalb eines Konsolidierungskreises (§ 294 HGB) zu würdigen hatte.³⁵⁹ In der Rechtssache *Albore* entschied der EuGH hingegen zum Thema Grunderwerb, dass der Erwerb eines Grundstücks in einem Mitgliedstaat durch einen Gebietsfremden in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit falle.³⁶⁰ Dies sei darin begründet, dass es sich um eine reine Immobilieninvestition handele.³⁶¹

In der Rechtssache *Scheunemann* bejahte der EuGH den Anwendungsvorrang der Niederlassungsfreiheit in einem erbschaftsteuerrechtlichen Sachverhalt, obwohl die Erbschaft unter die Rubrik XI des Anhangs I der Kapitalverkehrsrichtlinie fiel. Grund sei, dass die deutsche Alleinerbin aufgrund der erlangten Stimmrechtsanteile eine sichere Einflussnahme gegenüber der nun von ihr beherrschten Gesellschaft ausüben konnte.³⁶² Da es sich bei den geerbten Gesellschaftsanteilen jedoch um eine Beteiligung an einer in einem Drittstaat ansässigen Kapitalgesellschaft handelte, konnte die beschränkende mitgliedstaatliche Regelung – aufgrund der territorialen Grenze des Art. 49 AEUV – nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.³⁶³

Den Entscheidungen lässt sich entnehmen, dass der mit der Investition einhergehende unternehmerische Einfluss auf die Gesellschaft ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung der Grundfreiheiten darstellt.³⁶⁴ Abgrenzungsprobleme wurden in der Vergangenheit durch die inkonsistente Rechtsprechungslinie des EuGH verursacht. Der Gerichtshof stellte für die Frage, ob eine „sichere Einflussnahme“ vorliegt, teilweise auf die tatsächlichen Ge-

³⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C-686/13, Rz. 18 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 91 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C-385/12, Rz. 22 (Hervis Sport-és Diavaterkeskedelmi); dazu: *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 305; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 18 ff.; *Krafi*, IStR 2017, 316 (328).

³⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 18.11.1999 – C-200/98, Rz. 25 ff (X AB und Y AB).

³⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 13.7.2000 – C-423/98 Rz. 1 ff. (*Albore*).

³⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 13.7.2000 – C-423/98 Rz. 13 f. (*Albore*).

³⁶² *EuGH*, Urt. v. 19.7.2012 – C-35/11, Rz. 1 ff. (*Scheunemann*); dazu Anmerkungen: *Wünsche*, IStR 2012, 785 (785 ff.).

³⁶³ *EuGH*, Urt. v. 19.7.2012 – C-35/11, Rz. 35 (*Scheunemann*); dazu Anmerkungen: *Wünsche*, IStR 2012, 785 (785 ff.).

³⁶⁴ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 312.

gebenheiten im zu entscheidenden Sachverhalt ab, teilweise jedoch auf den Normgegenstand der beschränkenden Regelung.

Allerdings hat der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechungslinie Konkretisierungsbemühungen unternommen, mit denen der Rechtsanwender zu geeigneten Abgrenzungsmerkmalen gelangen kann. Damit soll der sachgerechteren Grundfreiheit der ausschließliche Vorrang eingeräumt werden.³⁶⁵ Die Anwendbarkeit der einen Grundfreiheit führt dazu, dass die andere Grundfreiheit nicht mehr anwendbar ist (sog. Exklusivitätsverhältnis).³⁶⁶

So untersucht der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung³⁶⁷ zunächst „den Gegenstand der betroffenen nationalen Regelung“.³⁶⁸ Sofern die mitgliedstaatliche Regelung nur dann Anwendung findet, wenn der Investor „einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft“³⁶⁹ ausüben und deren Tätigkeiten bestimmen kann (sog. Kontrollinvestitionen), fallen die auf Kontrollinvestitionen abzielenden Regelungen in den alleinigen materiellen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.³⁷⁰ Sofern der Investor nicht als rein passiver Geldgeber fungiert, sondern die Kontrolle oder zumindest einen sicheren Einfluss erwirbt, handelt es sich im Ergebnis um einen als Niederlassung bezeichneten Vorgang.³⁷¹

³⁶⁵ *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 33; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 64 AEUV Rz. 6.

³⁶⁶ *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 33; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 64 AEUV Rz. 6; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (891).

³⁶⁷ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C686/13, Rz. 17 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 90 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C385/12, Rz. 21 (Hervis Sport-és Divatkereskedelmi).

³⁶⁸ *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1568.); *Bannes/Cloer/Holle*, FR 2017, 620 (621); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 28; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (891); *Müller-Graff*, in: Streinz: EUV/AEU, Art. 49 AEUV Rz. 117; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 33; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96; *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C686/13, Rz. 17 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 90 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C385/12, Rz. 21 (Hervis Sport-és Divatkereskedelmi).

³⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C686/13, Rz. 18 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 91 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C385/12, Rz. 22 (Hervis Sport-és Divatkereskedelmi); dazu: *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 28; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96.

³⁷⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz: EUV/AEU, Art. 49 AEUV Rz. 117; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 28; *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 25, 31; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (891); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.47; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013).

³⁷¹ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 31; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013); *Kraft*, IStR 2017, 316 (328).

Im Umkehrschluss sind Normen, welche auf reine Geldanlagen abzielen (sog. Portfolioinvestitionen), ausschließlich im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit zu würdigen.³⁷² Im Ergebnis ist eine ökonomische Betrachtungsweise erforderlich, welche den Gegenstand der betroffenen Regelung in den Vordergrund stellt.³⁷³

In der Rechtssache *Glaxo Wellcome* judizierte der EuGH, dass die Anwendung der Niederlassungsfreiheit „nicht vom Umfang der vom gebietsfremden Anteilseigner erworbenen Beteiligung ab[hänge]“.³⁷⁴ Dass ausschließlich auf den Gegenstand der fraglichen Norm abzustellen ist, zeigt sich auch in der kürzlich ergangenen Entscheidung zur Rechtssache *SECIL*. Trotz einer tatsächlichen Beteiligungsquote von 98,72 Prozent hat der EuGH den Sachverhalt ausschließlich am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit gemessen, da die in Rede stehende Regelung von ihrem Sinn und Zweck auf reine Geldanlagen abzielte.³⁷⁵

Fraglich ist, welche tatbestandliche Beteiligungsquote überstiegen werden muss, damit die zu prüfende Norm gegenständlich eine „sichere Einflussnahme“ anvisiert. In der Rechtssache *Claimants in the FII Group Litigation* hat der EuGH bei einer Beteiligungsquote von unter zehn Prozent eine sichere Einflussnahme durch den Gesellschafter verneint.³⁷⁶ Darüber hinaus hat der EuGH in der Rechtssache *Kronos* entschieden, dass auch das Überschreiten einer Beteiligungsquote von zehn Prozent³⁷⁷ nicht zwingend dazu führt, dass der Gesellschafter einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausüben kann.³⁷⁸

Teile der Literatur vertreten die Auffassung, dass der EuGH ab einer tatbestandlichen Mindestbeteiligungsquote von 20 Prozent der Gesellschaftsanteile zwingend von einem sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausgehen würde.³⁷⁹ Diese These ist insofern zu relativieren, als dass der Gerichtshof in der von der Literatur zitierten Entscheidung lediglich von einem „bestimmten Einfluss auf die Geschäftsführung und Kon-

³⁷² *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.47; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 317; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (891); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 28; *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 38 = IStR 2017, 316 (321) = DSIRE 2017, 534 (539).

³⁷³ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 312.

³⁷⁴ EuGH, Urt. v. 17.09.2009 – C-182/08, Rz. 49 (*Glaxo Wellcome*).

³⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 24.11.2016 – C-464/14, Rz. 31 ff. (*SECIL*).

³⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 74 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

³⁷⁷ Die Mutter-Tochter-Richtlinie auf sekundärrechtlicher Ebene bejaht bspw. eine Schachtelbeteiligung ab einer Beteiligungshöhe von zehn Prozent (Art. 3 Abs. 1 lit. a doppelbuchstabe i).

³⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 11.9.2014 – C-47/12, Rz. 35, 40 (*Kronos*); dazu: *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 315; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (891).

³⁷⁹ *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 25.

trolle“ spricht.³⁸⁰ Ein bestimmter Einfluss ist bereits dem Wortlaut nach kein bestimmender bzw. sicherer Einfluss.

Nach dem Urteil des EuGH vom 26.3.2009 kann bei einem hohen Aktien-Streubesitz bereits ein Stimmanteil von fünf Prozent zu einer sicheren Einflussnahme führen.³⁸¹ Die Höhe der Beteiligung der anderen Gesellschafter ist folglich bei der Frage zu berücksichtigen, ob auf die Entscheidungen der Gesellschaft ein sicherer Einfluss genommen werden kann.³⁸²

In seiner Rechtsprechungslinie hat der EuGH eine Beteiligungshöhe von mindestens 25 Prozent als sicheren Einfluss gewertet.³⁸³ Auch weite Teile der Literatur sind sich dahingehend einig, dass ab dieser Beteiligungshöhe ein sicherer Einfluss in den meisten Fällen bejaht werden kann.³⁸⁴

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich nicht entnehmen, dass die tatbestandliche Beteiligungsquote, d. h. der Anteil am Nennkapital oder der Anteil an Stimmrechten, das einzige Kriterium für eine sichere Einflussnahme bzw. unternehmerische Tätigkeit darstellt. Jedoch entfaltet die normierte Beteiligungsquote eine gewichtige Indizwirkung für das Vorliegen einer auf eine Kontrollbeteiligung abzielenden Regelung.³⁸⁵ Ausnahmen aufgrund der starken Stellung anderer Gesellschafter bleiben entsprechend vorbehalten. Im Ergebnis muss immer eine Einzelfallprüfung unter Würdigung der Ratio der mitgliedstaatlichen Norm erfolgen.

Fraglich ist, welche Grundfreiheit auf eine inländische Norm Anwendung findet, die gegenständlich unterschiedslos auf Kontroll- und Portfoliobeteiligungen anwendbar ist (sog. neutrale Regelung). Der EuGH schien in Fällen einer neutralen Regelung lange Zeit auf die tatsächliche Beteiligungshöhe im Streitgegenständlichen Sachverhalt abzustellen.³⁸⁶ Das Abstellen auf den konkreten Beteiligungsumfang wandte er sowohl in Binnenmarkt- als

³⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 8.11.2012 – C-244/11, Rz. 23 f. (Kommission/Griechenland).

³⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 26.3.2009 – C-326/07, Rz. 38 (Kommission/Italien).

³⁸² *Lang*, *StuW* 2011, 209 (214); *Ress/UKrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 316.

³⁸³ *EuGH*, Urt. v. 10.5.2007 – C492/04, Rz. 21 (Lasertec); *EuGH*, Urt. v. 19.7.2012 – C35/11, Rz. 29 (Scheunemann).

³⁸⁴ Eine Kontrollbeteiligung ab einer Beteiligungshöhe von 25 Prozent auch bejahend: *Unger*, *EuZW* 2015, 61 (68); *Kühn/Schienze-Ohletz*, *BB* 2020, 1562 (1567 f.); *Sedlaczek/Züger*, in: *Streinz*, *EUV/AEUV*, Art. 63 AEUV Rz. 35.

³⁸⁵ Eine Indizwirkung bejahen wohl auch: *Nohlen/Repasi*, *EWS* 2008, 424 (425); *Müller-Graff*, in: *Streinz*: *EUV/AEUV*, Art. 49 AEUV Rz. 117; keine „geklärte Rechtslage“: *Heckerodt*, *ISr* 2019, 683 (688).

³⁸⁶ *Sedlaczek/Züger*, in: *Streinz*, *EUV/AEUV*, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96 f.; *Schön*, *ISr*-Beihefter 2013, 3 (7) (zu Heft 6/2013).

auch in Drittstaatsachverhalten gleichermaßen an.³⁸⁷ In der jüngeren Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass die tatsächliche Beteiligungshöhe nunmehr ausschließlich im innerunionalen Verhältnis von Bedeutung ist.³⁸⁸ In Sachverhalten, die Drittstaaten betreffen, kann die konkrete Beteiligungshöhe hingegen unberücksichtigt bleiben, weshalb im Verhältnis zu Drittstaaten Regelungen, die nicht spezifisch auf Kontrollbeteiligungen abstellen, stets und ausschließlich an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen sind.³⁸⁹ Folglich muss unterschieden werden zwischen Regelungen, die spezifisch (ausschließlich) auf eine Kontroll- oder Portfoliobeteiligung abzielen und Regelungen, welche unterschiedslos auf Kontroll- und Portfolioinvestitionen anwendbar sind.

Beschränkende Regelungen, welche auf Kontrollbeteiligungen abzielen, sind ausschließlich an der Niederlassungsfreiheit zu messen und schließen aufgrund des Exklusivitätsverhältnisses extraunionale Sachverhalte vom Schutzbereich der Grundfreiheiten aus.³⁹⁰ Wenn bspw. die Kapitalverkehrsfreiheit in einem Drittstaatenfall durch die Niederlassungsfreiheit verdrängt wird, verlieren Transaktionen ihren grundfreiheitlichen Schutz, da die Niederlassungsfreiheit räumlich auf das Unionsgebiet beschränkt ist.³⁹¹ Beschränkende Regelungen werden in diesem Fall von keiner europäischen Grundfreiheit tangiert.

Mitgliedstaatliche Regelungen, welche nur für Beteiligungen anwendbar sind, die mit dem Sinn und Zweck der (passiven) Geldanlage erfolgen, sind ausschließlich am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen.³⁹²

Neutrale Regelungen unterliegen im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander (Binnenmarktfall) der Niederlassungsfreiheit, wenn in concreto eine Kontrollbeteiligung be-

³⁸⁷ *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Zorn*, IStR 2010, 190 (194).

³⁸⁸ *EuGH*, UrT. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 94 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, UrT. v. 10.6.2015 – C-686/13, Rz. 23 (X AB).

³⁸⁹ *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Patzner/Nagler*, IStR 2014, 733 (733 ff.); *Lehmann*, IStR 2013, 739 (739 f.); *Hindelang*, IStR 2013, 77 (79); *Kraft/Mengel*, IStR 2014, 310 (310); *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 314.

³⁹⁰ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 314; *EuGH*, UrT. v. 13.3.2007 – C-524/04, Rz. 34 (Test Claimants in The Thin Cap Group Litigation); *EuGH*, UrT. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 31 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 38., IStR 2017, 316 (316).

³⁹¹ *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 64 AEUV Rz. 6; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 314; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 63 AEUV Rz. 34 ff.).

³⁹² *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96.; *EuGH*, UrT. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 91 f. (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, UrT. v. 19.7.2012 – C35/11, Rz. 23 (Scheunemann); *Kraft*, IStR 2017, 316 (328).

troffen ist, ansonsten der Kapitalverkehrsfreiheit.³⁹³ Im Verhältnis zu einem Drittstaat unterliegen neutrale Regelungen ausschließlich der Kapitalverkehrsfreiheit, da auf konkrete Beteiligungsverhältnisse nur in Binnenmarktsachverhalten abgestellt wird.³⁹⁴

Stark vereinfacht lässt sich daher festhalten: Wenn die beschränkende Regelung einen unternehmerischen Einflusses anvisiert, dann Anwendung der Niederlassungsfreiheit. Wenn die beschränkende Regelung die reine Geldanlage anvisiert, dann Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit. Die tatsächliche Beteiligungshöhe wird nur bei neutralen Regelungen und nur in innerunionalen Sachverhalten herangezogen.

Aufgrund des Vorbehalts in Art. 49 Abs. 2 AEUV können gerechtfertigte Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit nicht durch die Niederlassungsfreiheit überwunden werden. Umgekehrt können gerechtfertigte Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht durch die Kapitalverkehrsfreiheit ausgehebelt werden (Art. 65 Abs. 2 AEUV).³⁹⁵

³⁹³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2012 – C-387/11, Rz. 33 ff. (Kommission/Belgien); *EuGH*, Urt. v. 21.11.2002 – C-436/00, Rz. 37 (X und Y).

³⁹⁴ Im Ergebnis wohl auch: *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96 f.

³⁹⁵ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 118; *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 49 AEUV Rz. 29; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 32.

4 Anti-Tax-Avoidance-Directive

Am 12.7.2016 hat der Rat der Europäischen Union die sog. Anti Tax Avoidance Directive³⁹⁶ (ATAD) verabschiedet. Die ATAD enthält neben einer allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift (Art. 6 ATAD) verpflichtende Regelungen für die Etablierung einer europaweiten Hinzurechnungsbesteuerung (Art. 7 und Art. 8 ATAD).³⁹⁷ Den Mitgliedstaaten wird dabei ein verbindlicher Rahmen zur Umsetzung der in der Richtlinie genannten Ziele vorgegeben (Art. 288 S. 3 AEUV).

Die Richtlinienvorgaben und deren Umsetzung in nationales Recht stehen in einem Spannungsfeld zwischen dem Interesse der Mitgliedstaaten am Erhalt von Steuersubstrat und dem Interesse der Wirtschaftsteilnehmer an einer möglichst unkomplizierten grenzüberschreitenden Wirtschaftsaktivität.³⁹⁸ Vorab sei angemerkt, dass sich insbesondere für Deutschland als „Exportnation des Steuerrechts“ keine fundamentale Reform ergeben wird. Viele Instrumente der ATAD waren bereits seit langem Teil der nationalen Rechtsordnung, so dass die materiellen Änderungserfordernisse in deutschen Steuergesetzen – insbesondere im AStG – nicht schwerwiegend sind.³⁹⁹

Jedoch bergen speziell die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung Konfliktpotential zwischen den sekundärrechtlichen Vorgaben und den derzeit gültigen innerstaatlichen Regelungen. Darüber hinaus können auch Konfliktpotentiale zwischen der Richtlinie selbst und den oben genannten Grundfreiheiten bestehen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die für die Beantwortung der Forschungsfragen relevanten Vorgaben der ATAD und schenken etwaigen Reformen im Bereich der Wegzugbesteuerung (§ 6 AStG) und der Verrechnungspreise (§ 1 AStG) kein Augenmerk.

4.1 Historische Entwicklung

In enger Zusammenarbeit mit der EU-Kommission hat die OECD im Auftrag der G20-Staaten über zwei Jahre an den steuerlichen Konsequenzen der Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung (BEPS) geforscht und daraus resultierend einen 15 Punkte umfassenden

³⁹⁶ Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes (ATAD).

³⁹⁷ *Linn*, IStR 2020, 77 (77); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (960).

³⁹⁸ *Hey*, StuW 2017, 248 (250); *Hey*, DSuJG 2018, 9 (9 ff.); *Musil*, FRS 2018, 933 (933).

³⁹⁹ *Linn*, IStR 2016, 645 (645); *Schanz/Feller*, BB 2015, 865 (865 ff.); *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (216); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (975); *Fehling*, FR 2015, 817 (818); die Befürchtung einseitiger ATAD-Anpassungen äußert: *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1564).

Aktionsplan zur Eindämmung unangemessener Steuervermeidungsmodelle veröffentlicht.⁴⁰⁰

Diese Forschungsmotivation ist nachzuvollziehen, werden doch selbst bei konservativen Schätzungen jährlich globale Mindereinnahmen zwischen 100 und 240 Milliarden US-Dollar durch aggressive Steuergestaltung international tätiger Unternehmen verursacht.⁴⁰¹ Es ist kein Geheimnis, dass sich der Aktionsplan vorwiegend gegen amerikanische Technologieunternehmen richtet. Diese sind – neben einigen deutschen Unternehmen – im Rahmen der Panama Papers⁴⁰² durch ihren niedrigen Konzernsteuerquoten in das Licht der Öffentlichkeit gerückt. Besonders in Europa haben die Firmen aufgrund komplexer Gestaltungsmodelle, genannt sei bspw. das „Double Irish with a Dutch Sandwich“⁴⁰³, trotz hoher mitgliedstaatlicher Umsätze bislang wenig zum Steueraufkommen beigetragen.

Jedoch sei an dieser Stelle angemerkt, dass es sich nicht um illegale Praktiken, sondern „lediglich“ um legale, aber missbräuchliche, Gestaltungspraktiken handelt, welche bestehende Systeminkongruenzen zu ihrem Vorteil ausnutzen. Aufgrund der Legalität dieser Gestaltungen genießen diese Praktiken auch einen höheren primärrechtlichen Schutz als illegale Gestaltungen und Transaktionen (dazu: 3.1.3).

Diese legalen Gestaltungspraktiken benachteiligen jedoch nicht nur kleine und mittlere Unternehmen und führen zu einem Wettbewerbsnachteil nicht grenzüberschreitend tätiger Unternehmen, sondern führen zugleich zu einem Verlust des Vertrauens des Bürgers in die Steuergerechtigkeit.⁴⁰⁴ Die ATAD soll das Vertrauen in die Fairness der Steuersysteme (wieder-)herstellen.⁴⁰⁵ Dies soll dadurch erreicht werden, dass die ATAD schädliche Steuervermeidungspraktiken im Binnenmarkt eindämmt.⁴⁰⁶ Hierfür wurde unter anderem der verpflichtende Mindeststandard für europäische CFC-Rules eingeführt.⁴⁰⁷

⁴⁰⁰ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.4; *Oppel*, IStR 2015, 813 (813 ff.); *Oppel*, IStR 2016, 797 (797); *Linn*, IStR 2016, 645 (645); *Musil*, FR 2018, 933 (935); *Haase*, DStR 2019, 827 (827); *BMF*, Aktionsplan zur Bekämpfung der Erosion der Bemessungsgrundlage und der Gewinnverlagerung, [Internetquelle](#).

⁴⁰¹ *OECD*, Base Erosion and Profit Shifting, 2015, Final Report, Erläuterung, [Internetquelle](#).

⁴⁰² Süddeutsche Zeitung, Panama Papers – Die Geheimnisse des schmutzigen Geldes, [Internetquelle](#); *Strozyk*, Ermittlungen zu „Panama Papers“, [Internetquelle](#).

⁴⁰³ Dazu: *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 14 Internationale Steuerplanung Rz. 1115; *Pinkernell*, IStR 2013, 180 (180 ff.); *Richter/Honthelm*, DB 2013, 1260 (1260 ff.).

⁴⁰⁴ *OECD*, Final Report 2015, Erläuterung, Rz. 3, [Internetquelle](#); *Bannes/Cloer*, BB 2016, 1047 (1048).

⁴⁰⁵ Erwägungsgrund 1 ATAD; *Hey*, StuW 2017, 248 (248 ff.); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 2 Allgemeiner Teil Rz. 84; *Kokott*, ISR 2017, 395 (397); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht Rz. 17.22.

⁴⁰⁶ *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (215); *Lehner*, IStR 2019, 277 (281); *Haarmann*, IStR 2018, 561 (564 ff.); *Musil*, FR 2018, 933 (935).

⁴⁰⁷ *OECD*, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report (BEPS-Maßnahme 3), [Internetquelle](#); *Linn*, IStR 2016, 645 (645).

Da die ATAD dem BEPS-Prozess entspringt, wird sie im Deutschen auch oft „Anti-BEPS-RL“ genannt.⁴⁰⁸ Ein Novum ist die ATAD bereits deshalb, weil sie als erste europäische Richtlinie nicht lediglich darauf abzielt, Hindernisse für grenzüberschreitende Tätigkeiten abzubauen, sondern die Missbrauchsvermeidung zum Ziel des Sekundärrechts macht.⁴⁰⁹ Dem Steuerpflichtigen werden folglich keine Rechte verliehen, sondern er wird zum Adressaten erhöhter Verpflichtungen.⁴¹⁰

Die Vorgaben der ATAD waren zu großen Teilen bis zum 31.12.2018 umzusetzen (Art. 11 ATAD). Deutschland war lange Zeit mit der Umsetzung der Richtlinie in Verzug. Am 19. Mai 2021 finalisierte der Finanzausschuss des Bundestages das ATAD-Umsetzungsgesetz. Die finale Gesetzesfassung wurde am 21. Mai 2021 durch den Bundestag in der 2. und 3. Lesung angenommen. Am 25. Juni 2021 hat der Bundesrat seine Zustimmung erteilt. Nach der Ausfertigung des Bundespräsidenten am 25. Juli 2021 ist das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft getreten (Artikel 6 ATAD-UmsG). Das reformierte Hinzurechnungsregime findet erstmals für Zwischeneinkünfte Anwendung, die in einem Wirtschaftsjahr der Zwischengesellschaft entstanden sind, das nach dem 31. Dezember 2021 beginnt (§ 21 Abs. 4 S. 1 ATAD-UmsG). Mit anderen Worten finden die reformierten Regelungen frühestens ab dem 1. Januar 2022 Anwendung. Das im Januar 2020 von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren⁴¹¹ ist damit hinfällig.

4.2 Ermächtigungsgrundlage

Für die Zuständigkeiten der EU gilt nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (sog. Europäischer Föderalismus). Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten demnach die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV). Nach Art. 5 Abs. 2 AEUV wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeit tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. In anderen Worten, jeder Rechtsakt der Organe der EU muss auf eine in den Unionsrechtsverträgen verankerte Kompetenznorm gestützt werden.⁴¹² Die Union benötigt folglich eine Ermächtigungs-

⁴⁰⁸ *Benz/Böhmer*, DB 2015, 2535 (2535 ff.); *Becker/Loose*, IStR 2016, 153 (153 f.); *Oppel*, IStR 2016, 797 (797); *Ditz/Quilitzsch*, DStR 2017, 281 (281); *Musil*, FR 2018, 933 (933); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 2 Allgemeiner Teil Rz. 84; *Haase*, DStR 2019, 827 (827); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2284).

⁴⁰⁹ *Linn*, IStR 2016, 645 (651); *Haase*, ISR 2017, 349 (353); *Hey*, StuW 2017, 248 (249); *Musil*, FR 2018, 933 (934).

⁴¹⁰ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.18; *Linn*, IStR 2016, 645 (651); *Haase*, ISR 2017, 349 (353).

⁴¹¹ *Europäische Kommission*, EU-KOM v. 24.1.2020, Infringement number 20200024.

⁴¹² *EuGH*, Urt. v. 05.10.1978 – Rs 26/78, Rz. 9, 14 (Viola); dazu: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.6.

grundlage in den Primärverträgen, um eine Richtlinie oder Verordnung über ein bestimmtes Regelungsgebiet zu erlassen. Im Umkehrschluss bleiben alle nicht der Union übertragenen Zuständigkeiten im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Die EU besitzt im Gegensatz zu dem Bereich der indirekten Steuern (Art. 113 AEUV) – wie z. B. die Umsatzsteuer⁴¹³ – grundsätzlich keine Gesetzgebungskompetenz über den Bereich der direkten Steuern.⁴¹⁴

Nach dem in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip⁴¹⁵ wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit (Art. 3 AEUV) fallen und die ihr von den Mitgliedstaaten nach Art. 4 AEUV übertragen wurden (sog. geteilte Zuständigkeit), nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.⁴¹⁶ Da die EU keine ausschließliche Zuständigkeit für den Bereich der Ertragsteuern hat, sind die Mitgliedstaaten prinzipiell autark bei der Ausgestaltung und Erhebung ihrer nationalen Ertragsteuern. Die EU kann in den Bereichen der geteilten Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten nur tätig werden, sofern die in den Verträgen festgelegten Ziele auf EU-Ebene besser zu verwirklichen sind (Art 5 Abs. 3 EUV). Art. 115 AEUV enthält eine geteilte Zuständigkeit von EU und Mitgliedstaaten und beschränkt sich in seinem Anwendungsbereich im Wesentlichen auf bestimmte Regelungen des Steuerrechts (Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV).⁴¹⁷ In einem besonderen Gesetzgebungsverfahren kann die EU gemäß Art. 115 i. V. m. 114 Abs. 2 AEUV mit einstimmigem Ratsbeschluss und unter Anhörung des Parlaments Richtlinien – jedoch keine Verordnungen – erlassen, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das

⁴¹³ Vollharmonisierung durch: Richtlinie des Rates v. 28.11.2006, Mehrwertsteuersystemrichtlinie (2006/112/EG).

⁴¹⁴ *Kokott/Ost*, EuZW 2011, 496 (497); *Musil*, FR 2018, 933 (934); *Brauneck*; EuZW 2018, 624 (628 f.).

⁴¹⁵ Zum Subsidiaritätsprinzip: *König/Kleinlein*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 2 Gesetzgebung Rz. 28; *Bickenbach*, EuR 2013, 523 (523 ff.).

⁴¹⁶ *Lienbacher*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Komm, Art. 5 EUV Rz. 1 ff.; *Scherer/Heselhaus*, in: Daus/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Umweltrecht Rz. 62 ff. *Musil*, FR 2018, 933 (938).

⁴¹⁷ *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 115 AEUV Rz. 1; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 115 AEUV Rz. 1 ff.

Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.⁴¹⁸ Die Ermächtigungsgrundlage der ATAD fußt auf Art. 115 AEUV.⁴¹⁹

Für die Anwendung des Art. 115 AEUV muss nach herrschender Meinung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden, d. h., die Richtlinie muss erforderlich sein, um eine Harmonisierung im Binnenmarkt herbeizuführen und darf dabei weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen (Art. 5 Abs. 4 EUV).⁴²⁰ Teile der Literatur sehen durch den Erlass der ATAD den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt.⁴²¹ Demnach würden lediglich Mindeststandards vorgegeben, welche den Mitgliedstaaten einen zu großen Spielraum eröffnen würden, um eine Funktionsbeeinträchtigung im Binnenmarkt zu beseitigen. Die Maßnahmen seien im Ergebnis nicht effizient genug, um einen europäischen Mehrwert zu schaffen.⁴²²

Dem ist entgegenzuhalten, dass ein gemeinsamer – wenn auch im Verhältnis zu einzelnen mitgliedstaatlichen Regelungen niedrigerer – Mindeststandard den Steuerwettbewerb besser einzugrenzen vermag als verschiedene nationale Regelungen mit unterschiedlich hohem Schutzniveau.⁴²³ Unabgestimmte Einzelmaßnahmen können gar neue Inkongruenzen zwischen den mitgliedstaatlichen Steuersystemen hervorrufen.⁴²⁴ Zudem ist es den Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 ATAD vorbehalten, strengere nationale Regelungen zu implementieren. Dem Steuerwettbewerb und dem damit einhergehenden „race to the bottom“ kann auf europäischer Ebene besser entgegengewirkt werden als auf nationaler Ebene.⁴²⁵ Würde ausschließlich den Mitgliedsstaaten die Kompetenz zur Missbrauchsverhinderung obliegen, könnte ein unkontrollierter Steuerwettbewerb das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive könnte demnach ein Gefangenendilemma entstehen, in dessen Nash-Gleichgewicht die Steuereinnahmen – auf

⁴¹⁸ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.13; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 115 AEUV Rz. 6 ff.; *Valta*, IStR 2018, 765 (768); *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 115 AEUV Rz. 31; *Musil*, FR 2018, 933 (938).

⁴¹⁹ Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, „gestützt [...] insbesondere auf Art. 115“; dazu: *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722); *Oppel*, IStR 2016, 797 (798).

⁴²⁰ *Classen*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 115 AEUV Rz. 23; *Oppel*, IStR 2016, 797 (798); *Haase*, ISR 2017, 349 (353).

⁴²¹ *Oppel*, IStR 2016, 797 (798 ff.); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (961): „mit Recht zu bezweifeln“; *Hey*, StuW 2017, 248 (254): „zumindest angreifbar“; *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722): „CFC-Rules sind im Kern nichts anders als der Ausdruck von Protektionismus“; *Haase*, ISR 2017, 349 (353): mit Kritik an der Erforderlichkeit der Richtlinie.

⁴²² *Jochen/Lüdike/Oppel*, DB 2016, 549 (550); *Oppel*, IStR 2016, 797 (798 f.).

⁴²³ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722): „Aus praktischer Perspektive“ vertretbar; *Classen*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 115 AEUV Rz. 23 f.: mit Hinweisen auf die eher praktischen Herausforderungen des Einstimmigkeitserfordernisses.

⁴²⁴ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.13; *Gröpl*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, J. Steuerrecht Rz. 38.

⁴²⁵ *Musil*, FR 2018, 933 (938); *Hey*, DB 2018, 2951 (2951); *Rathje/Wohlrabe*, IStR 2019, 1 (1 ff.).

grund zu niedriger Steuersätze – nicht mehr die Staatsausgaben decken können.⁴²⁶ Zudem würden Unternehmen, die keine aggressiven Steuergestaltungen verwenden, einen signifikanten Wettbewerbsnachteil erleiden.⁴²⁷

4.3 Normenhierarchie

Durch die BEPS-Initiative bzw. deren europäische Umsetzungsmaßnahmen wurden neue Regelungsebenen und Kompetenzen geschaffen. Derzeit liegt ein sehr komplexes Geflecht aus Primärrecht, Sekundärrecht und Abkommensrecht vor. Da sich die Vorgaben der ATAD und die Judikatur des EuGH partiell widersprechen, steht mit Blick auf die Zukunft noch nicht fest, ob die nationalen Umsetzungsgesetze den primärrechtlichen Anforderungen standhalten können (dazu: 6.3). Wichtig ist daher das Verhältnis zwischen Primär-, Sekundär- und Abkommensrecht.

4.3.1 Primärrecht und Sekundärrecht

Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV erklärt die Errichtung eines Binnenmarkts zum Ziel der EU.⁴²⁸ Als Teil des primären Binnenmarktrechts binden die Grundfreiheiten auch die Organe der EU (Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV). Der Gerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass das Verbot von grundfreiheitlichen Beschränkungen nicht nur für nationale Regelungen gilt, sondern auch für Maßnahmen der Unionsorgane.⁴²⁹ Den politischen Organen der EU ist es daher untersagt, Sekundärrechtsakte (Verordnungen, Richtlinien) zu erlassen, welche im Widerspruch zum Primärrecht, d. h. zu den Grundfreiheiten stehen.⁴³⁰ Der Unionsgesetzgeber muss folglich bei der Verabschiedung von Sekundärrecht – bereits aufgrund des normenhierarchischen Vorrangs des Primärrechts – die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten beachten.⁴³¹ Bei einer Kollision von Primär- und Sekundärrecht ist dem

⁴²⁶ Zum internationalen Steuerwettbewerb: *Hey*, DB 2018, 2951 (2951); *Rathje/Wohlraube*, IStR 2019, 1 (1 ff.); *Musil*, FR 2018, 933 (938); zur volkswirtschaftlichen Problemstellung: *Heidecke/Mammen*, FR 2018, 941 (945 f.).

⁴²⁷ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 10.41.

⁴²⁸ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 37; *Becker*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar Rz. 13.

⁴²⁹ *EuGH*, Urt. v. 02.11.2015 – C-386/14, Rz. 39 (Groupe Steria); *EuGH*, Urt. v. 23.02.2006 – C-471/04, Rz. 45 (Keller Holding); *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C-446/04, Rz. 46 (Test Claimants in the FII Group Litigation); dazu: *GA Kokott*, Schlussanträge v. 10.1.2019 – C-607/16, Rz. 24 (Memira Holding).

⁴³⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 37; *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten (2019), S. 415 f.

⁴³¹ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.16; *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten (2019), S. 416 f.; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, S. 113 ff.

Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts Vorrang vor einer etwaigen Nichtigkeit des Sekundärrechts einzuräumen.⁴³²

Fraglich ist jedoch, ob Sekundärrechtsakte – namentlich die ATAD – die Grundfreiheiten bzw. deren Auslegung durch den EuGH begrenzen können.

Der EuGH hat dazu in seinem kürzlich ergangenen Urteil zur Rechtssache *Deister und Juhler Holding*⁴³³ judiziert, dass eine nationale Regelung in einem Bereich, der auf Unionsebene „abschließend harmonisiert“ ist, anhand der fraglichen Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand des Primärrechts zu beurteilen ist.⁴³⁴ Durch die Streitgegenständlich heranzuziehende Mutter-Tochter-Richtlinie⁴³⁵ erfolge indes keine abschließende Harmonisierung.⁴³⁶ In der Rechtssache *Euro Park Service* hat der EuGH zudem dargelegt, dass auch mit der Fusionsrichtlinie keine abschließende Harmonisierung erreicht werde, weshalb sich die Streitgegenständliche Regelung auch in diesem Verfahren einer primärrechtlichen Prüfung unterziehen müsse.⁴³⁷ Die Ergebnisse des EuGH verwundern nicht, ist doch die Harmonisierungsbereitschaft der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern sehr begrenzt.⁴³⁸ Grund hierfür ist im Wesentlichen, dass die Mitgliedstaaten ihre Steuersouveränität und damit ihre Handlungsautonomie beibehalten möchten und folglich wenig Bereitschaft zeigen, ihre Kompetenzen abzutreten.⁴³⁹

Sofern der ATAD ein abschließender Harmonisierungscharakter⁴⁴⁰ zugesprochen würde, müsste sich die etwaige Europarechtskonformität des nationalen Umsetzungsgesetzes grundsätzlich an der Richtlinie – und nicht vorwiegend am Primärrecht – messen lassen. Die ATAD strebt jedoch keine vollständige Harmonisierung an, sondern lediglich die Etablierung eines europäischen Mindestschutzniveaus (Art. 3 ATAD). Die Richtlinie beansprucht folglich für sich keinen finalen Harmonisierungsgrad. Die obigen Ausführungen

⁴³² *EuGH*, Urt. v. 13.12.1983 – C-21/82 (Kommission/Rat); *EuGH*, Urt. v. 1.4.2004 – C-1/02 (Borgmann); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 106; *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten (2019), S. 416; *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (215); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.7.

⁴³³ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C – 504/16 und C-613/16, Rz. 45 (Deister und Juhler Holding); so auch die ständige Rechtsprechung des EuGH: *EuGH*, Urt. v. 12.12.2001 – C-324/99, Rz. 32 (DaimlerChrysler); *EuGH*, Urt. v. 14.03.2013 – C-216/11, Rz. 27 (Kommission/Frankreich).

⁴³⁴ Dazu: *Böhmer*, FR 2020, 30 (38); *Musil*, FR 2018, 933 (938); *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV Rz. 42.

⁴³⁵ Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten, Abl. EU 2011, L 345/8.

⁴³⁶ *EuGH*, Urt. v. 07.09.2017 – C-6/16, Rz. 15 ff. (Eqiom und Enka); *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C – 504/16, C-613/16, Rz. 45 (Deister und Juhler Holding).

⁴³⁷ *EuGH*, Urt. v. 08.03.2017 – C-14/16, Rz. 25 (Euro Park Service).

⁴³⁸ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 10.20.

⁴³⁹ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 10.22; *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (337).

⁴⁴⁰ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.16 (Fußnote 5): eine abschließende Harmonisierung durch die Richtlinie „eher“ bejahend.

zur abschließenden Harmonisierung sind damit im Hinblick auf die ATAD nicht einschlägig.⁴⁴¹

Insbesondere wenn der EuGH zum entsprechenden Sachbereich eine Präjudizierung vorgenommen hat, muss eine Immunsierungswirkung des Sekundärrechts gegenüber dem Primärrecht trotz abschließender Harmonisierung nicht grundsätzlich bejaht werden.⁴⁴² Eine Präjudizierung zu den europäischen Hinzurechnungsregimen hat es indes gegeben (dazu: 6.1.2). Darüber hinaus wird Primärrecht nicht durch Sekundärrecht ausgefüllt, es kann allenfalls zu einer inhaltlichen Vorprägung von Primärrecht durch Sekundärrecht kommen, sofern es zu diesem Sachbereich noch keine ständige Rechtsprechung des EuGH gibt.⁴⁴³ Nochmals zur Verdeutlichung: Eine Präjudizierung zur Hinzurechnungsbesteuerung hat bereits stattgefunden.⁴⁴⁴

Im Übrigen hat Generalanwältin Kokott in ihrem Schlussantrag in der Rechtssache *Memira Holding* dargelegt, dass selbst bei einer abschließenden Harmonisierung nicht ausgeschlossen sei, dass sich ein Sekundärrechtsakt nicht trotzdem am Maßstab des Primärrechts und damit an der Rechtsprechung des EuGH messen lassen müsse.⁴⁴⁵ Die primärrechtlichen Verträge blieben demnach „Grundlage, Rahmen und Grenze“⁴⁴⁶ aller Rechtsakte der Union. Der zu beurteilende Sekundärrechtsakt müsse folglich trotz abschließender Harmonisierung im Einklang mit dem Primärrecht stehen.⁴⁴⁷ Eine strengere Umsetzung der Regelungen kann folglich nach wie vor gegen die Grundfreiheiten verstoßen.⁴⁴⁸

⁴⁴¹ Auch: *Hey*, StW 2017, 248 (256 ff.); *Böhmer*, FR 2020, 30 (38); *Musil*, FR 2018, 933 (938).

⁴⁴² *Kokott*, Schlussantrag v. 10.1.2019 – C-607/17, BeckRS 2019, Rz. 21 (*Memira Holding*); *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (691); *Böhmer*, FR 2020, 30 (38); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346); ausführlich dazu: *Schönfeld/Ellenrieder*, StW 2019, 253 (253 ff.).

⁴⁴³ *Musil*, FR 2018, 933 (938); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 7.21.

⁴⁴⁴ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.33; mit Hinweis darauf, dass in diesen Bereichen keine strengeren Rechtsfolgen durch die EU-Mitgliedstaaten festgesetzt werden dürfen.

⁴⁴⁵ *Generalanwältin Kokott*, Schlussanträge v. 10.1.2019 – C-607/16, Rz. 24 (*Memira Holding*).

⁴⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 05.10.1978 – Rs 26/78, Rz. 9, 14 (*Viola*).

⁴⁴⁷ *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV Rz. 42; *Danwitz*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II. Rz. 69; *Geisman*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rz. 25 f.; a. A.: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rz. 18.

⁴⁴⁸ Auch: *Schönfeld/Ellenrieder*, StW 2019, 253 (253 ff.); *Richter/Kortendick/Ekinci*, GmbHR 2020, 694 (701 f.); *Musil*, FR 2018, 933 (938).

Im Ergebnis muss sich die ATAD bei Vorliegen eines (offensichtlichen) Widerspruchs zum Primärrecht einer primärrechtskonformen Auslegung unterziehen lassen.⁴⁴⁹ Es gibt kein vollständig gegen Primärrecht immunisiertes Sekundärrecht.⁴⁵⁰

4.3.2 Abkommensrecht und EU-Recht

Originäre Völkerrechtssubjekte sind Staaten im völkerrechtlichen Sinne, denen ihre Völkerrechtsfähigkeit aus sich selbst heraus anhaftet. Nach Art. 32 Abs. 1 GG ist dies insbesondere der Bund, da diesem die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten obliegt. Demgegenüber leiten derivative (gekorene) Völkerrechtssubjekte ihre Rechtsfähigkeit aus der Rechtsfähigkeit ihrer Gründungssubjekte ab.⁴⁵¹ Ein derivatives Völkerrechtssubjekt ist bspw. die EU. Die EU – als Staatenverbund sui generis – ist ein durch den Vertrag von Lissabon gekorenes Völkerrechtssubjekt und kann daher in eigenem Namen völkerrechtliche Verträge mit anderen Völkerrechtssubjekten schließen (Art. 47 EUV).⁴⁵²

Auch bei den DBA handelt es sich um völkerrechtliche Verträge. Diese treten gemäß Art. 24 Abs. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge⁴⁵³ in Kraft, sobald die Ratifikation aller Vertragsstaaten vollzogen wurde.⁴⁵⁴ Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG). Es greift folglich das Gesetzgebungsverfahren des Bundes.

Nach der Ratifizierung des DBA, d. h. dem Erlass des Zustimmungsgesetzes als formelles parlamentarisches Bundesgesetz,⁴⁵⁵ hat das Zustimmungsgesetz den gleichen Rang wie ein einfaches Bundesgesetz.⁴⁵⁶ Völkerrechtliche Vereinbarungen gehen zwar nach § 2 AO den einfachen Steuergesetzen vor, es gelten jedoch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wonach

⁴⁴⁹ *Danwitz*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II. Rz. 69; *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (215); *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 2 Allgemeiner Teil, Rz. 92; *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346); *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (691); *Linn*, IStR 2016, 645 (646); mit der überschießenden Meinung, dass eine Richtlinie unanwendbar wird, wenn sie gegen Primärrecht verstößt.

⁴⁵⁰ *Schönfeld/Ellenrieder*, StuW 2019, 253 (253 ff.).

⁴⁵¹ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, S. 22; *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 32 Rz. 34 f.

⁴⁵² *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 7 Unionstreue Rz. 2; *Oeter*, ZaöRV 2015, 733 (735); *Hakenberg*, Europarecht, 4. Teil Rz. 227; *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 4.12.

⁴⁵³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, BGBl II 1985, S. 926.

⁴⁵⁴ *Hölscheidt*, IStR 2017, 918 (919); *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 10.

⁴⁵⁵ *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rz. 11; *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 84 Rz. 233.

⁴⁵⁶ *BVerfG*, Beschluss v. 15.12.2015, Rz. 38 ff. = DStR 2016, 359 (362) = NJW 2016, 1295 (1296); dazu: *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 13.

das speziellere Gesetz dem allgemeinen Gesetz („lex specialis derogat legi generali“) sowie das jüngere Gesetz dem älteren Gesetz („lex posterior derogat legi priori“) vorgehen.⁴⁵⁷ Insofern kommt § 2 AO eher ein deklaratorischer Charakter zu, d. h., es besteht kein genereller Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen vor den nationalen Regelungen.⁴⁵⁸

Aufgrund des Rangs als einfaches Bundesgesetz muss sich das Zustimmungsgesetz zum jeweiligen DBA der Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof am Maßstab der Grundfreiheiten unterziehen. Das Abkommensrecht genießt insofern keinen Sonderstatus.⁴⁵⁹ Jedoch ist anzumerken, dass weder der Tatbestand der Doppelbesteuerung per se noch die durch die Vertragsstaaten vereinbarte Aufteilung der Besteuerungsgrundlagen im Grundsatz vom EuGH angegriffen werden können.⁴⁶⁰

4.4 Anwendungsbereich

Nach Art. 1 ATAD gilt die Richtlinie für alle Steuerpflichtigen, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten körperschaftsteuerpflichtig sind, einschließlich ihrer in einem oder mehreren Mitgliedstaaten belegenen Betriebsstätten von Unternehmen, die steuerlich in einem Drittland ansässig sind. Im Umkehrschluss findet die ATAD keine Anwendung auf Personengesellschaften (Erwägungsgrund 4 ATAD).⁴⁶¹ Dass die Richtlinie auf steuerlich transparente Personengesellschaften keine Anwendung findet, überrascht nicht, fanden doch bereits in der Vergangenheit verabschiedete Harmonisierungsvorschriften wie Mutter-Tochter-⁴⁶², Fusions-⁴⁶³ sowie Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie⁴⁶⁴ lediglich auf Körperschaftsteuersubjekte Anwendung. Grund dafür ist zum einen der Wunsch der Mitgliedstaaten, die Hoheit über ihr Einkommensteuerrecht zu behalten, und zum anderen, dass vorwiegend in Südeuropa auch Personengesellschaften der Körperschaftsteuer unterworfen

⁴⁵⁷ *Von Danwitz*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II Rechtsetzung und Rechtsangleichung Rz. 70; zur Normenpyramide: *Haarmann*, IStR 2018, 561 (573).

⁴⁵⁸ *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 13; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Rz. 3.25.

⁴⁵⁹ *Schön*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, Doppelbesteuerung und EU-Recht Rz. 20.

⁴⁶⁰ *Schön*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, Doppelbesteuerung und EU-Recht Rz. 20.

⁴⁶¹ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 2 Allgemeiner Teil Rz. 83; *Oppel*, IStR 2016, 797 (800); *Linn*, IStR 2016, 645 (645 f.); *Haase*, ISR 2017, 349 (353 f.).

⁴⁶² Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten, Abl. EU 2011, L 345/8.

⁴⁶³ Richtlinie 2009/133/EG des Rates vom 09. Oktober 2009 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedsstaat in einen anderen Mitgliedsstaat, Abl. EU 2009, L 310/34.

⁴⁶⁴ Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedsstaaten, Abl. EU 2003 L 157, 49.

sind.⁴⁶⁵ Aufgrund des kürzlich verabschiedeten Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts⁴⁶⁶ können nun auch deutsche Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften optional der Körperschaftsteuer unterliegen (§ 1a KStG).

Art. 6 ATAD – als Generalklausel zur Verhinderung von Missbrauch – ist nach dem Erwägungsgrund 11 der ATAD geeignet, auch in rein inländischen Sachverhalten Anwendung zu finden.⁴⁶⁷ Bereits im Jahr 1991 judizierte der EuGH im Rahmen der *Dzodi*-Rechtsprechung, dass er sich auch für die Auslegung von Rechtsvorschriften, welche rein inländische Sachverhalte betreffen, für zuständig befindet, sofern diese auf Grundlage einer EU-Richtlinie entstanden sind.⁴⁶⁸

Darüber hinaus sollen nach Erwägungsgrund 11 der ATAD die Vorschriften zur Verhinderung von Missbrauch sowohl im Inland und innerhalb der Union als auch gegenüber Drittländern einheitlich angewendet werden, damit sich ihre Ergebnisse in inländischen und grenzüberschreitenden Situationen nicht unterscheiden.

4.5 Mindestschutzniveau

Die Richtlinie soll lediglich ein europäisches Mindestschutzniveau mit sich bringen, d. h., sie verhindert nicht die Anwendung nationaler oder vertraglicher Bestimmungen zur Wahrung eines höheren Maßes an Schutz der inländischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlagen (Art. 3 ATAD). Den Mitgliedstaaten steht es folglich frei, strengere Regelungen zum Schutz ihres Steuersubstrates zu erlassen.⁴⁶⁹ Bereits bestehende schärfere nationale Regelungen werden – unter dem Vorbehalt der Primärrechtskonformität – folglich nicht durch die ATAD gesperrt.⁴⁷⁰ Umgekehrt ist es den Mitgliedstaaten untersagt, dass von der Richtlinie vorgegebene Schutzniveau zu unterschreiten.⁴⁷¹

4.6 General-Anti-Abuse-Rule

Die ATAD enthält mit Art. 6 ATAD eine sog. General-Anti-Abuse-Rule (GAAR), d. h. eine Generalklausel, welche einen allgemeinen Missbrauchstatbestand normiert.⁴⁷² Nach

⁴⁶⁵ Hey, *StuW* 2017, 248 (252); *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 123.

⁴⁶⁶ Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) v. 25 Juni 2021, BGBl. I Nr. 37.

⁴⁶⁷ *Oppel*, *IStR* 2016, 797 (799); *Hey*, *StuW* 2017, 248 (257); *Franz*, *DStR* 2018, 2240 (2240).

⁴⁶⁸ *EuGH*, *Urt. v. 18.10.1990 – C-297/88, C-197/89 (Dzodi)*.

⁴⁶⁹ *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Rz. 17.31; *Linn*, *IStR* 2016, 645 (645 f.); *Hey*, *StuW* 2017, 248 (250); *Haarmann*, *IStR* 2018, 561 (565); *Kokott*, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, § 2 Allgemeiner Teil Rz. 84; *Schnüger/Nitzschke/Gebhardt*, *IStR* 2016, 960 (960); *Franz*, *DStR* 2018, 2240 (2241).

⁴⁷⁰ *Becker/Loose*, *BB* 2018, 215 (216); *Haarmann*, *IStR* 2018, 561 (564); *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Rz. 17.31.

⁴⁷¹ *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Rz. 17.31.

⁴⁷² *Haarmann*, *IStR* 2018, 561 (564); *Hey*, *StuW* 2017, 249 (258); *Musil*, *FR* 2018, 933 (939); *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Rz. 17.57.

Erwägungsgrund 11 der Richtlinie dient die Klausel dazu, bei der Missbrauchsabwehr bestehende Lücken zu schließen. Folglich kommt der Auffangregelung ein über den speziellen Tatbestand der Richtlinie hinausgehender Anwendungsbereich zu.⁴⁷³

Art. 6 Abs. 1 S. 1 ATAD enthält sowohl den Tatbestand als auch die Rechtsfolge der GAAR. Liegt unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände eine unangemessene Gestaltung oder eine unangemessene Abfolge von Gestaltungen vor, bei der der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke darin besteht, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen, der dem Ziel oder Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft, so berücksichtigen die Mitgliedsstaaten diese Gestaltung bei der Berechnung der Körperschaftsteuerschuld nicht (Art. 6 Abs. 1 S. 1 ATAD).

Nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 ATAD kann eine Gestaltung mehr als einen Schritt oder Teil umfassen. Dies ermöglicht die Erfassung einer Reihe von mehrstufig angelegten Transaktionen, bei denen sich die Unangemessenheit der Gestaltung erst aus der Gesamtwürdigung aller Teilschritte ergibt.⁴⁷⁴

In Art. 6 Abs. 2 ATAD findet sich sodann die Legaldefinition der unangemessenen Gestaltung. Eine Gestaltung oder eine Abfolge von Gestaltungen gilt demnach in dem Umfang als unangemessen, als sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln (Art. 6 Abs. 2 ATAD).

Wie in der bestehenden nationalen Missbrauchskorrekturvorschrift des § 42 AO müssen sowohl ein objektiver als auch ein subjektiver Tatbestand erfüllt sein, um in den Anwendungsbereich der GAAR zu gelangen.⁴⁷⁵ Der subjektive Tatbestand ist erfüllt, wenn der wesentliche Zweck der Gestaltung in der Erzielung von steuerlichen Vorteilen liegt.⁴⁷⁶ Der objektive Tatbestand der „unangemessenen Gestaltung“ ist dann erfüllt, wenn die Gestaltung nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln, vorgenommen wurde (Art. 6 Abs. 2 ATAD). Damit sich der Steuerpflichtige exkulpieren kann, müssen die triftigen wirtschaftlichen Gründe die Realität reflektieren.⁴⁷⁷

Darüber hinaus gibt es weitere Parallelen zu § 42 AO. Die Unangemessenheit der Gestaltung ergibt sich „unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände“ (Art. 6

⁴⁷³ Hey, StW 2017, 249 (258); Franz, DStR 2018, 2240 (2240); Musil, FR 2018, 933 (936); Haarmann, IStR 2018, 561 (564).

⁴⁷⁴ Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.65.

⁴⁷⁵ Hey, StW 2017, 248 (260 ff.); Haarmann, IStR 2018, 561 (564); Lindermann, DStR 2019, 1549 (1552); Franz, DStR 2018, 2240 (2242); Lehner, IStR 2019, 277 (281); Haarmann, BB 2019, Heft 9, Umschlagsteil.

⁴⁷⁶ Musil, FR 2018, 933 (939); Haarmann, IStR 2018, 561 (564); Lindermann, DStR 2019, 1549 (1552).

⁴⁷⁷ Haarmann, BB 2019, Heft 9, Umschlagsteil; Franz, DStR 2018, 2240 (2241).

Abs. 1 ATAD). Wie bereits bei der nationalen Missbrauchsvermeidungsvorschrift kommt es für die Frage der Unangemessenheit auf den Tatbestand der umgangenen Norm des nationalen Steuerrechts an.⁴⁷⁸ Somit kommt es zu einer Verzahnung mit dem nationalen Körperschaftsteuerrecht der Mitgliedstaaten, welche einem von der Richtlinie verfolgten, einheitlichen europäischen Missbrauchsverständnis entgegenstehen kann.⁴⁷⁹

Werden Gestaltungen nach Art. 6 Abs. 1 ATAD nicht mehr berücksichtigt, so wird die Steuerschuld im Einklang mit nationalen Rechtsvorschriften berechnet (Art. 6 Abs. 3 ATAD). Die an die Stelle der unangemessenen Gestaltung tretenden Besteuerungsgrundlagen bleiben damit den nationalen Gesetzgebern überlassen.⁴⁸⁰

Der Begriff der künstlichen Gestaltung, wie er noch in den Empfehlungen der EU-Kommission vom 06. Dezember 2012⁴⁸¹ zur Aufnahme einer europaweiten GAAR enthalten war, wurde in der Richtlinie durch den Begriff der unangemessenen Gestaltung ersetzt. Im Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2012 hieß es noch, eine Gestaltung sei dann künstlich, wenn sie keinen „wirtschaftlichen Gehalt“ habe.⁴⁸² Darüber hinaus sei der Zweck der Gestaltung dann als wesentlich anzusehen, „wenn jeder andere Zweck, der der Vorkehrung zugeschrieben wird, [...] in Anbetracht aller Umstände des Falls allenfalls als vernachlässigbar [gelte]“⁴⁸³. Nach dieser Definition hätte eine Abwägung aller durch den Steuerpflichtigen verfolgten Motive und deren Wirkungen erfolgen müssen. Erst wenn eine Motivanalyse dazu geführt hätte, dass der steuerliche Vorteil ein deutliches Übergewicht gegenüber den außersteuerlichen Motiven ergeben hätte, hätte ein (schädlicher) wesentlicher Zweck – und damit das Vorliegen des subjektiven Tatbestands – bejaht werden müssen.⁴⁸⁴

Der nunmehr gewählte Wortlaut der „unangemessenen Gestaltung“ geht über das vom EuGH konkretisierte Künstlichkeitsverständnis hinaus, da unter eine unangemessene Gestaltung weit mehr Fälle zu subsumieren sind als unter eine rein künstlichen, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung (dazu: 6.1.2).⁴⁸⁵

⁴⁷⁸ Hey, StW 2017, 248 (258); Watrin/Leukefeld, DStR 2018, 2284 (2285).

⁴⁷⁹ Hey, StW 2017, 248 (258, 264 f.); Watrin/Leukefeld, DStR 2018, 2284 (2285).

⁴⁸⁰ Franz, DStR 2018, 2240 (2241).

⁴⁸¹ Empfehlung der Kommission v. 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung (2012/772/EU), ABl. EU v. 12.12.2012, L 338/43, Ziffer 4.2.

⁴⁸² Empfehlung der Kommission v. 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung (2012/772/EU), ABl. EU v. 12.12.2012, L 338/43, Ziffer 4.2.

⁴⁸³ Empfehlung der Kommission v. 06.12.2012 betreffend aggressive Steuerplanung (2012/772/EU), ABl. EU v. 12.12.2012, L 338/43, Ziffer 4.6.

⁴⁸⁴ Hey, StW 2017, 248 (260); Oppel, IStR 2016, 797 (802).

⁴⁸⁵ Auch: Watrin/Leukefeld, DStR 2018, 2284 (2285); Hey, StW 2017, 248 (260); Oppel, IStR 2016, 797 (802); Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.62.

4.7 Hinzurechnungsbesteuerung

Rund 45 Jahre nach seinem erstmaligen Inkrafttreten wird das deutsche Hinzurechnungsregime durch die Vorgaben der ATAD reformiert. Durch die europaweite Etablierung von Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung soll die gezielte Verlagerung von Einkünften in Staaten mit niedrigem Besteuerungsniveau unterbunden werden.⁴⁸⁶ Um die EU-Rechtskonformität zu gewährleisten, sieht auch die Richtlinie in Art. 7 Abs. 2 lit. a einen Motivtest vor.

4.7.1 Beherrschungskriterium

Art. 7 Abs. 1 S. 1 lit. a ATAD normiert, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen oder eine Betriebsstätte als beherrschtes ausländisches Unternehmen zu behandeln ist. Demnach behandelt der Mitgliedstaat eines Steuerpflichtigen Unternehmen oder Betriebsstätten, deren Gewinne in diesem Mitgliedstaat nicht der Steuer unterliegen oder steuerbefreit sind, als beherrschte ausländische Unternehmen, wenn die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. a und b ATAD kumulativ erfüllt sind.

Fraglich ist zunächst, was unter „Mitgliedstaat eines Steuerpflichtigen“ zu verstehen ist. Im Fall einer doppelten unbeschränkten Steuerpflicht droht eine doppelte Hinzurechnungsbesteuerung ausländischer Einkünfte in Bezug auf denselben Steuerpflichtigen.⁴⁸⁷

Beispiel 1:⁴⁸⁸

Die A-GmbH hat ihren statutarischen Sitz in München; der Ort der Geschäftsleitung befindet sich in Paris. Die A-GmbH ist zu 100 Prozent an einem ausländischen Unternehmen beteiligt, welches passive und niedrigbesteuerte Einkünfte i. S. des Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD bezieht. Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c DBA-Frankreich⁴⁸⁹ ist die A-GmbH aufgrund des Ortes ihrer Geschäftsleitung „vorrangig“ in Frankreich ansässig. Nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 ATAD könnte trotzdem sowohl in Deutschland als auch in Frankreich eine Hinzurechnungsbesteuerung vorgenommen werden. Die doppelte steuerliche Erfassung der einzubeziehenden Einkünfte kann auch nach der derzeit geltenden deutschen Rechtslage erfolgen, da nach § 20 Abs. 1 AStG die §§ 7 ff. AStG unberührt von völkerrechtlichen Vereinbarungen (DBA) wirken. Art. 4 Abs. 3 OECD-MA und vergleichbare Vorschriften zur Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeiten in Fällen der Doppelansäs-

⁴⁸⁶ *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.68 f.; *Haase*, DStR 2019, 827 (827).

⁴⁸⁷ *Haase*, DStR 2019, 827 (830); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (962).

⁴⁸⁸ Beispiel in Anlehnung an: *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (962).

⁴⁸⁹ Deutsch-französisches Doppelbesteuerungsabkommen v. 21.7.1959 in der Fassung des Zusatzabkommens v. 31.3.2015 (DBA-Frankreich).

sigkeit laufen dann ins Leere.⁴⁹⁰ Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage unterbleibt nach den Regelungen der ATAD jedoch eine Hinzurechnungsbesteuerung, wenn die Einkünfte des ausländischen Unternehmens im Mitgliedstaat des Gesellschafters – bspw. in Form einer beschränkten Steuerpflicht – einer Besteuerung unterliegen.⁴⁹¹

Beispiel 2:⁴⁹²

Die A-GmbH hält eine 100-Prozent-Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft. Im Eigentum der ausländischen Gesellschaft befindet sich ausschließlich ein in Deutschland belegenes Grundstück, mit welchem keine Betriebsstätte begründet wird. Angesichts der gewerbesteuerlichen Kürzungstatbestände (§ 9 Abs. Nr. 1 GewStG) muss von der ausländischen Gesellschaft lediglich eine Körperschaftsteuer von 15 Prozent zuzüglich Solidaritätszuschlag auf die Vermietungs- und Verpachtungseinkünfte entrichtet werden. Aufgrund der niedrigen Gesamtsteuerbelastung liegen nach deutschem Recht niedrig besteuerte passive Einkünfte i. S. von § 8 Abs. 3 AStG vor. Folglich können auch inländische Einkünfte einer Zwischengesellschaft nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f EStG i. V. mit § 8 Abs. 2 KStG der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen (sog. „loop structures“).⁴⁹³ Nach den Regelungen der ATAD wäre der Beherrschungstatbestand aufgrund der deutschen Besteuerung der Einkünfte hingegen nicht mehr erfüllt (Art. 7 Abs. 1 ATAD).

4.7.2 Beherrschungstatbestand

Nach Art. 7 Abs. 1 lit. a ATAD ist ein ausländisches Unternehmen „beherrscht“, wenn der Steuerpflichtige allein oder gemeinsam mit seinen verbundenen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 Prozent am Kapital oder den Stimmrechten beteiligt ist oder Anspruch auf mehr als 50 Prozent der Gewinne des ausländischen Unternehmens hat.

Als verbundenes Unternehmen i. S. der ATAD gilt ein Unternehmen, an dem der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25 Prozent hält oder bei dem er Anspruch auf mindestens 25 Prozent der Gewinne dieses Unternehmen hat (Art. 2 Abs. 4 lit. a ATAD). Darüber hinaus gilt als verbundenes Unternehmen eine Person oder ein Unternehmen, die bzw. das unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung in Form von Stimmrechten oder Kapital von mindestens 25

⁴⁹⁰ Haase, DSr 2019, 827 (830); Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (962).

⁴⁹¹ Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (962); Haase, DSr 2019, 827 (830 f.).

⁴⁹² Fall nach: Wassermeyer/Schönfeld, IStR 2008, 496 (496 ff.); „modifiziert“ von: Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (962); Linn, IStR 2016, 645 (648): das Beispiel der Immobileneinkünfte als Gegenstand ständiger Diskussion im Rahmen der Niedrigsteuergrenze.

⁴⁹³ Haase, DSr 2019, 827 (831); Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (962).

Prozent an einem Steuerpflichtigen hält oder Anspruch auf mindestens 25 Prozent der Gewinne des Steuerpflichtigen hat (Art. 2 Abs. 4 lit. b ATAD).

Die ATAD sieht keine Sonderregelungen für eine verringerte Beteiligungshöhe, wie z. B. bei Einkünften mit Kapitalanlagecharakter, vor.⁴⁹⁴ Die deutschen Regelungen des § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG sind mithin strenger als der Mindeststandard der ATAD.⁴⁹⁵

Für die Beantwortung der Forschungsfrage sind insbesondere die vom Beherrschungstatbestand der ATAD anvisierten Sachverhalte von Bedeutung. Art. 7 Abs. 1 lit. a ATAD erfasst nur Fälle, in denen ein Steuerpflichtiger allein oder zusammen mit verbundenen Unternehmen ein ausländisches Unternehmen „beherrscht“ (Wortlaut ATAD: Artikel 7 Vorschriften für beherrschte ausländische Unternehmen). Dies stellt eine Abweichung vom inländischen Beherrschungserfordernis nach § 7 Abs. 2 AStG i. d. F. bis 31.12.2021 dar.⁴⁹⁶ Nach den Vorgaben der ATAD werden auch Beteiligungen von Schwester- und Muttergesellschaften bei der Ermittlung der Beherrschung berücksichtigt und dies unabhängig davon, wo die verbundenen Unternehmen ansässig sind. Nach den Richtlinienvorgaben sind folglich auch Anteile an Gesellschaften zu berücksichtigen, die von ausländischen Unternehmen gehalten werden, sofern die oben genannten Verbundenheitsvoraussetzungen erfüllt sind. Nach innerstaatlichem Recht werden derzeit lediglich Beteiligungen von „unbeschränkt Steuerpflichtigen“ (sog. Steuerinländern) erfasst und dies unabhängig davon, ob diese miteinander verbunden sind. Ausländische Konzerngesellschaften werden im Umkehrschluss nicht berücksichtigt.⁴⁹⁷ Darüber hinaus werden nach den innerstaatlichen Vorschriften lediglich über nachgeordnete Gesellschaften gehaltene Beteiligungen berücksichtigt (sog. "top-down-Beteiligungen").⁴⁹⁸

Beispiel 3:⁴⁹⁹

Die A-GmbH mit Sitz und Geschäftsleitung in Frankfurt hält 49 Prozent an einer ausländischen Gesellschaft, welche passive Einkünfte ohne Kapitalanlagecharakter erzielt. Weitere zwei Prozent werden von einer in Zypern ansässigen (100-prozentigen) Muttergesellschaft gehalten. Es unterbleibt eine Hinzurechnungsbesteuerung mangels Inländerbeherrschung, da die Beteiligung der zypriotischen Muttergesellschaft keine vermittelnden Anteile i. S.

⁴⁹⁴ *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963); *Haase*, DSiR 2019, 827 (831).

⁴⁹⁵ *Haase*, DSiR 2019, 827 (830); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963).

⁴⁹⁶ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (896); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1564); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (880); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963).

⁴⁹⁷ *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722 f.).

⁴⁹⁸ *Haase*, DSiR 2019, 827 (831); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963 f.).

⁴⁹⁹ Fall nach: *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963).

des § 7 Abs. 2 S. 2 AStG i. d. F. bis 31.12.2021 darstellt. Nach den Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 lit. a ATAD ist der Beherrschungstatbestand hingegen erfüllt, da die zypriotische Gesellschaft ein verbundenes Unternehmen i. S. des Art. 2 Abs. 4 ATAD darstellt.

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage können nach den Vorgaben der ATAD keine Zufallsfunde entstehen, bei denen es aufgrund einer unbestimmten Anzahl „unverbundener“ Steuerpflichtiger zu einer „zufälligen“ Inländerbeherrschung kommt.⁵⁰⁰ Minderbeteiligungen zwischen Privatpersonen oder gar bereits in das Ausland verzogenen natürlichen Personen werden nach den Richtlinienvorgaben auch nicht berücksichtigt.⁵⁰¹

Aufgrund des gesellschafterbezogenen Beherrschungserfordernisses kommt es nach den Richtlinienvorgaben zwingend darauf an, dass der Steuerpflichtige die Zwischengesellschaft rechtlich oder tatsächlich beherrscht.⁵⁰² Im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit lässt sich folglich festhalten, dass der Tatbestand des Art. 7 Abs. 1 lit. a ATAD eine sichere Einflussnahme des Gesellschafters auf die unternehmerische Entscheidung der Gesellschaft (Kontrollbeteiligung) verlangt. Die von der Literatur angeführten Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit abweichender Gewinnabreden⁵⁰³ stehen dem nicht entgegen (dazu: 8.1).

4.7.3 Passive Einkünfte

Sofern ein ausländisches Unternehmen beherrscht und zugleich niedrig besteuert wird, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die etwaige Zwischengesellschaft passive Einkünfte i. S. des Art. 7 Abs. 2 ATAD bezieht.⁵⁰⁴

Den Mitgliedstaaten steht gemäß den Vorgaben der ATAD ein Wahlrecht zu, ob die einzubeziehenden Einkünfte einem Passivkatalog entspringen sollen (Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD) oder ob sie die Hinzurechnungsbesteuerung alternativ von einem „Principal Purpose Test“ (Art. 7 Abs. 2 lit. b ATAD) abhängig machen wollen.⁵⁰⁵

Der Passivkatalog nach Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD beinhaltet die folgenden Einkünfte:

- Zinsen oder sonstige Einkünfte aus Finanzanlagevermögen,
- Lizenzgebühren oder sonstige Einkünfte aus geistigem Eigentum,
- Dividenden und Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen,

⁵⁰⁰ *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (896); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1564); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (963); „kein Zusammenwirken der Anteilseigner“ notwendig: *Linn*, IStR 2016, 645 (646).

⁵⁰¹ *Haase*, ISR 2017, 349 (353); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (880).

⁵⁰² Wohl auch: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.72.

⁵⁰³ *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (880).

⁵⁰⁴ *Haase*, DStR 2019, 827 (832); *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

⁵⁰⁵ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (724); *Haase*, DStR 2019, 827 (832); *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

- Einkünfte aus Finanzierungsleasing,
- Einkünfte aus Tätigkeiten von Versicherungen und Banken und aus anderen finanziellen Tätigkeiten und
- Einkünfte von Abrechnungsunternehmen, die Einkünfte aus dem Verkauf von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen erzielen, die von verbundenen Unternehmen erworben oder an diese verkauft werden und keinen oder nur geringen wirtschaftlichen Mehrwert erbringen.

Im Vergleich zum deutschen „Aktivitätskatalog“ fällt auf, dass die Richtlinie einen umgekehrten systematischen Ansatz wählt.⁵⁰⁶ Sie legt dem Rechtsanwender einen Passivkatalog mit schädlichen Einkünften vor und dies augenscheinlich ohne Ausnahmen und Rückausnahmen.⁵⁰⁷ Ein Passivkatalog bietet einerseits den Vorteil, dass es sich bei den nicht aufgelisteten Einkünften im Umkehrschluss um unschädliche (aktive) Einkünfte handelt, bei denen keine Hinzurechnung erfolgt.⁵⁰⁸ Darüber hinaus ist im Hinblick auf neue Geschäftsmodelle darauf hinzuweisen, dass durch das System der ATAD nicht das Problem entstehen kann, dass sich ändernde Geschäftsmodelle nicht mehr unter den – aus dem deutschen Recht bekannten – Aktivitätskatalog subsumiert werden können.⁵⁰⁹ Andererseits ist die Kritik berechtigt, dass eine Regel ohne Ausnahme ein „sehr striktes Korsett“⁵¹⁰ darstellt, da Ausnahmen dann nicht mehr möglich sind.

Auffällig ist zudem, dass nach Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD nur „die nicht ausgeschütteten Einkünfte“, d. h. lediglich die thesaurierten Einkünfte, der ausländischen Gesellschaft in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen einbezogen werden, während nach deutscher Rechtslage keine Unterscheidung zwischen thesaurierten und ausgeschütteten Einkünften getroffen wird (dazu: 2.3).⁵¹¹ Die Regelung der ATAD nähert sich der ursprünglichen Systematik der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung an, bei der ausgeschüttete Einkünfte nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterfielen und nur die thesau-

⁵⁰⁶ *Haarmann*, IStR 2018, 561 (568); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1565); *Haase*, DStR 2019, 827 (832); *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

⁵⁰⁷ *Haase*, DStR 2019, 827 (833); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1565); *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

⁵⁰⁸ *Haase*, ISR 2017, 349 (354); *Haase*, DStR 2019, 827 (833); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1565).

⁵⁰⁹ *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1565); *Haase*, DStR 2019, 827 (832 f.).

⁵¹⁰ *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

⁵¹¹ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (724); *Haase*, DStR 2019, 827 (832); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566).

rierten Einkünfte – zwecks Verhinderung unerwünschter Thesaurierungen – in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen einbezogen wurden.⁵¹²

4.7.4 Niedrigbesteuerung

Art. 7 Abs. 1 lit. b ATAD enthält eine komplizierte Formulierung zur Bestimmung einer niedrigen Besteuerung der ausländischen Gesellschaft.⁵¹³ Demnach liegt eine niedrige Besteuerung vor, wenn die von dem Unternehmen tatsächlich entrichtete Körperschaftsteuer auf seine Gewinne niedriger ist als die Differenz zwischen der Körperschaftsteuer, die nach der geltenden Körperschaftsteuerregelung im Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen für das Unternehmen erhoben worden wäre, und der von dem Unternehmen tatsächlich entrichteten Körperschaftsteuer auf seine Gewinne (Art. 7 Abs. 1 lit. b ATAD).

Zur Veranschaulichung soll die folgende Formel dienen. Demnach liegt eine niedrige Besteuerung vor, wenn:

$$X < Y - X \text{ bzw. } X < 0,5Y.$$

X stellt hierbei die tatsächlich entrichtete Steuer im Ausland dar (Ist-Zustand). Y ist die Höhe der Steuer, die im Inland vom Mitgliedstaat erhoben worden wäre (Soll-Zustand).

In anderen Worten liegt eine niedrige Besteuerung dann vor, wenn die im Ausland entrichtete Körperschaftsteuer auf die Gewinne weniger als 50 Prozent der Steuer beträgt, die im Mitgliedstaat des beherrschenden Steuerpflichtigen angefallen wäre.⁵¹⁴ Unter der Körperschaftsteuer, die in dem Mitgliedstaat des Steuerpflichtigen erhoben worden wäre, ist die gemäß den steuerlichen Vorschriften des Mitgliedstaats des Steuerpflichtigen berechnete Körperschaftsteuer zu verstehen (Art. 7 Abs. 1 S. 3 ATAD).

Daraus folgt für Zwecke der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung bei einem inländischen nominellen Körperschaftsteuersatz von 15 Prozent (§ 23 Abs. 1 KStG) eine Niedrigsteuergrenze von mindestens 7,5 Prozent.⁵¹⁵

Wie bereits in § 8 Abs. 3 AStG normiert, ist die Ertragsteuerbelastung durch die Gegenüberstellung der nach deutschem Steuerrecht ermittelten Zwischeneinkünfte mit den von

⁵¹² Schönfeld, IStR 2017, 721 (724); zur Durchbrechung der Abschirmwirkung: Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (3) (zu Heft 6/2013); Grashoff, Grundzüge des Steuerrechts, 3. Kapitel Internationales Steuerrecht Rz. 562.

⁵¹³ Kritik an der komplexen Formulierung: Schönfeld, IStR 2017, 721 (723); Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (963 f.); Linn, IStR 2016, 645 (648 ff.); Haase, DStR 2019, 827 (834).

⁵¹⁴ Engelke/Hoffmann, BB 2019, 1564 (1566); Haase, DStR 2019, 827 (834); Schönfeld, IStR 2017, 721 (723).

⁵¹⁵ Schönfeld, IStR 2017, 721 (723); Haase, ISR 2017, 349 (354 f.); Haase, DStR 2019, 827 (834).

der ausländischen Gesellschaft tatsächlich entrichteten Steuern zu ermitteln.⁵¹⁶ Im Unterschied zur deutschen Regelung erfolgt im Rahmen der ATAD jedoch keine Betrachtung eines fixen Steuersatzes, sondern es wird auf die effektive Steuerbelastung im Einzelfall abgestellt.⁵¹⁷ Da es sich lediglich um einen Mindeststandard handelt, steht es den Mitgliedstaaten frei, strengere Maßstäbe festzulegen – z. B. in Form von höheren Niedrigsteuergrenzen.

4.7.5 ATAD-Motivtest

Eine Hinzurechnungsbesteuerung soll unterbleiben, wenn das beherrschte ausländische Unternehmen, „gestützt auf Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten, eine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt. Die wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit muss durch relevante Fakten und Umstände vom Steuerpflichtigen nachgewiesen werden (Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 ATAD).

Es ist davon auszugehen, dass der Richtlinienggeber die Künstlichkeitsjudikatur des EuGH bei der Verabschiedung der ATAD – und insbesondere der Formulierung des Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD – zum Vorbild hatte. Insbesondere die vom EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*⁵¹⁸ aufgeführten Merkmale für das Vorhandensein wirtschaftlicher Substanz werden in Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD übernommen und darüber hinaus um das Vorhandensein von Vermögenswerten ergänzt.⁵¹⁹

4.7.5.1 ATAD-Substanztest

Die Richtlinie weist im Unterschied zur Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache *Cadbury Schweppes*) jedoch ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis auf. Der EuGH stellte in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* fest, dass die Hinzurechnungsbesteuerung grundsätzlich zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe und dies nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt werden könne (dazu: 6.1.2). Die Richtlinie hingegen befindet die Hinzurechnungsbesteuerung für grundsätzlich geboten, lässt aber unter bestimmten Voraussetzungen von ihr ab.⁵²⁰

⁵¹⁶ Zur Ermittlung laut Anwendungserlass: *BMF*, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04, BStBl. I 2004, Sondernr. 1/2004, BeckVerw. 051455, Tz. 8.3.2.1, S.1, Tz. 10.1.1.1.

⁵¹⁷ *Linn*, IStR 2016, 645 (646); *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1566).

⁵¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 (*Cadbury Schweppes ple und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁵¹⁹ *Schmidtman*, IWB 2020, 176 (177); *Hey*, StuW 2017, 248 (253); *Musil*, FR 2018, 933 (939); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (726); *Lindermann*, DSStR 2019, 1549 (1552); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881).

⁵²⁰ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 2 Allgemeiner Teil Rz. 89.

Über das vom EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* aufgestellte Künstlichkeitserfordernis geht Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 ATAD zudem hinaus.⁵²¹ Der EuGH statuierte, dass dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt werden müsse nachzuweisen, dass der Zweck der Streitgegenständlichen Gesellschaft „darin besteht, wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten“⁵²² im Aufnahmemitgliedstaat nachzugehen. Die Richtlinie hingegen fordert hingegen die Ausübung einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit.

Eine Tätigkeit kann „wirklich“ sein, ohne dabei „wesentlich“ zu sein. Eine wirkliche Tätigkeit ist entsprechend leichter zu verwirklichen als eine wesentliche Tätigkeit.⁵²³ Das Kriterium der Wesentlichkeit setzt eine gewisse Gewichtigkeit bzw. Relevanz dieser Tätigkeit voraus, während das Kriterium der Wirklichkeit eine bloße – nicht künstliche – Existenz fordert.⁵²⁴ Die Richtlinie stellt demnach die Relevanz der Unternehmung in den Vordergrund, während die Rechtsprechung des EuGH lediglich eine nicht künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung verlangt. Im Ergebnis gehen die Vorgaben der ATAD über die vom EuGH entwickelten Substanzanforderungen hinaus.⁵²⁵ Um einem primärrechtlichen Konflikt vorzubeugen, sollte daher Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 ATAD primärrechtskonform ausgelegt werden, indem eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit hineingelesen wird.⁵²⁶ Eine nach § 8 Abs. 2 AStG geforderte tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ist indes gleichzusetzen mit einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit.⁵²⁷

4.7.5.2 Principal Purpose Test

Alternativ zu den obigen Ausführungen können die Mitgliedstaaten die Hinzurechnungsbesteuerung von der Durchführung eines Principal Purpose Tests (PPT) abhängig machen.⁵²⁸ Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b ATAD können die Mitgliedstaaten – unabhängig davon,

⁵²¹ *Oppel*, IStR 2016, 797 (802); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722); *Haarmann*, IStR 2018, 561 (564 ff.); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286 ff.); *Schönfeld*, IStR 2018, 325 (328); *Musil*, FR 2018, 933 (939); *Schmidtmann*, GmbHHR 2019, 59 (60); *Schmidtmann*, IWB 2020, 176 (177).

⁵²² *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 66 (*Cadbury Schweppes plc* und *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁵²³ *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (727); *Hey*, StuW 2017, 248 (260); *Schönfeld*, DStR 2017, 949 (950 f.).

⁵²⁴ *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); *Haase*, ISR 2017, 349 (355); *Schönfeld*, IStR 2018, 325 (328).

⁵²⁵ *Schönfeld*, IStR 2018, 325 (328); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (731); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504); *Haase*, ISR 2017, 349 (355); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (722); *Schönfeld*, DStR 2017, 949 (950 f.); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (44); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); Kritik bzgl. fehlender Übernahme des Wortlautes aus EuGH-Rechtsprechung: *Linn*, IStR 2016, 645 (647).

⁵²⁶ *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (727); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (969); *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1552); welcher richtigerweise dafür plädiert, auch den Unangemessenheitsbegriff des Art. 6 ATAD im Sinne der Künstlichkeitsjudikatur des EuGH auszulegen.

⁵²⁷ Auch: *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 461.

⁵²⁸ *Haase*, DStR 2019, 827 (832); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (969); *Haase*, ISR 2017, 349 (354); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.76.

ob passive Einkünfte vorliegen – die nicht ausgeschütteten Einkünfte des Unternehmens aus unangemessenen Gestaltungen, deren wesentlicher Zweck darin besteht, einen Steuervorteil zu erlangen, einer Hinzurechnungsbesteuerung unterwerfen. In S. 2 dieser Vorschrift wird ausgeführt, wann eine unangemessene Gestaltung im Sinne des PPT vorliegt. Demnach gilt eine Gestaltung oder eine Abfolge von Gestaltungen als unangemessen, wenn das Unternehmen

- nicht selbst Eigentümer der Vermögenswerte wäre oder
- die Risiken, aus denen seine 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 und
- die für die Erzielung der Einkünfte des beherrschten Unternehmens ausschlaggebend sind (Art. 7 Abs. 2 lit. b S. 2 ATAD).

Kurzum dürfen die Entscheidungsträger der beherrschten Gesellschaft nicht die mit den Vermögenswerten und Risiken einhergehenden Aufgaben der beherrschten Gesellschaft ausführen. Die Entscheidungen müssen vielmehr durch die beherrschte Gesellschaft selbst bzw. durch deren beschäftigtes Personal erfolgen (sog. „significant people function“).⁵²⁹

Gleiches gilt für die Zuordnung von Vermögenswerten, d. h., die ausländische Gesellschaft darf nicht aufgrund der Einflussnahme des beherrschenden Gesellschafters Eigentümer der Vermögenswerte geworden sein.⁵³⁰

Das Abstellen auf Personalfunktionen innerhalb der Hinzurechnungsbesteuerung führt zwangsläufig zu (widersprüchlichen) Wechselwirkungen mit § 1 AStG bzw. dem darin umgesetzten Authorized OECD Approach (AOA).⁵³¹ Werden die Personalfunktionen bei einer ausländischen Betriebsstätte überwiegend dem inländischen Stammhaus zugeordnet, d. h., die Entscheidungsträger eines inländischen Unternehmens sind signifikant für eine beherrschte ausländische Betriebsstätte tätig, so muss der Großteil der Gewinne dem inländischen Stammhaus zugeordnet werden (§ 1 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 AStG).⁵³²

⁵²⁹ *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (970); *Haase*, ISR 2017, 349 (354); *Haase*, DSrR 2019, 827 (832); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.76.

⁵³⁰ *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (970); *Haase*, DSrR 2019, 827 (832).

⁵³¹ *Haase*, DSrR 2019, 827 (832); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (970); *Haase*, ISR 2017, 349 (354).

⁵³² *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (970); *Haase*, DSrR 2019, 827 (832).

Im Falle von naturgemäß funktionsarmen Baubetriebsstätten verbleibt der ausländischen Betriebsstätte in der Regel lediglich ein nach der Kostenaufschlagsmethode ermittelter Gewinn von fünf bis zehn Prozent der zu berücksichtigenden Kostenbasis (§§ 30 ff. Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung - BsGaV⁵³³). Dieser geringe Residualgewinn wird dann im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung abgeschöpft.⁵³⁴ Sofern jedoch eine hohe Wertschöpfung in der ausländischen Betriebsstätte erfolgt, d. h. viele personelle Ressourcen in der Betriebsstätte gebunden sind, und damit große Teile des Gesamtgewinnes der ausländischen Baubetriebsstätte zugeordnet werden müssen, ist die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem PPT gesperrt.⁵³⁵ Kurzum erfolgt keine Hinzurechnungsbesteuerung nach Art. 7 Abs. 2 lit. b ATAD, wenn die Gewinne nach dem AOA – aufgrund der dort ausgeübten Personalfunktionen – größtenteils der ausländischen Betriebsstätte zugeordnet werden müssen. Im Umkehrschluss erfolgt die Hinzurechnungsbesteuerung jedoch bei ausländischen Gesellschaften, welche gegenüber dem beherrschenden Unternehmen risikoarme bzw. – nach Verrechnungspreisgrundsätzen – „Standardfunktionen“ erbringen.⁵³⁶ Diese Wechselwirkung ist sicherlich nicht gewünscht, jedoch die logische Konsequenz, wenn im Wahrecht der Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 lit. b ATAD auf die Entscheidungsträger der beherrschten Gesellschaft abgestellt wird.⁵³⁷

Darüber hinaus sei angemerkt, dass der AOA und die daraus resultierende BSGaV auch durch eine im Jahr 2018 ergangene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Hornbach* flankiert wurden (dazu: 6.2). Demnach müsse es dem Steuerpflichtigen erlaubt sein, wirtschaftliche Gründe für fremdunübliche „Dealings“ mit ausländischen Konzerngesellschaften nachzuweisen. Zukünftig könnten, analog zu ausländischen Konzerngesellschaften, auch unübliche Leistungsbeziehungen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im EU-Raum keiner Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 5 AStG unterzogen werden.⁵³⁸

4.8 Verschiebung der Missbrauchskontrolle

Viele Regelungsinhalte der ATAD sind bereits Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Als Beispiele seien Regelungen, wie die §§ 42 AO, 4h EStG, 12 Abs. 1 KStG oder 7 ff. AStG genannt. Fraglich ist, ob sich der Steuerpflichtige aufgrund der (partiellen) Harmonisierungswirkung der Richtlinie zukünftig noch auf deutsche Grundrechte berufen kann o-

⁵³³ Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Abs. 5 des AStG (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV) v. 13.10.2014 (BGBl. I S. 1603), zuletzt geändert durch Artikel 7 Abs. 21 des Gesetzes vom 12.5.2021 (BGBl. I S. 990).

⁵³⁴ Haase, DStR 2019, 827 (832).

⁵³⁵ Haase, DStR 2019, 827 (832).

⁵³⁶ Schnitger/Nitzschke/Gebhardt, IStR 2016, 960 (970); Haase, DStR 2019, 827 (832).

⁵³⁷ Haase, DStR 2019, 827 (832).

⁵³⁸ Auch: Schönfeld/Kahlenberg, IStR 2018, 498 (500).

der dem Bundesverfassungsrecht (BVerfG) im Rahmen der o. g. Normen keine Letztentscheidungsbefugnis mehr zusteht.⁵³⁹ Da es bislang auf EU-Ebene noch keine steuerverfassungsrechtliche Judikatur gibt und damit ein steuerverfassungsrechtliches Vakuum besteht, kommt der Frage des Grundrechtsschutzes besondere Bedeutung zu.⁵⁴⁰

Gemäß den Ausführungen des BVerfG aus dem Jahre 1986 in der *Solange II-Entscheidung* verzichtet das BVerfG auf die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit, insoweit und „solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt [...] gewährleisten“⁵⁴¹. Im Umkehrschluss ergibt sich eine Zuständigkeit des BVerfG erst dann, wenn ein vergleichbarer europäischer Grundrechtsschutz generell nicht besteht.⁵⁴² Trotz des defizitären Grundrechtsschutzes auf dem Gebiet des Steuerrechts befand das BVerfG – abweichend von seiner *Solange I-Entscheidung*⁵⁴³ –, dass äquivalente Grundrechte, namentlich der allgemeine Gleichheitsgrundsatz aus Art. 20 EU-Grundrechtecharta (GrCh), auch auf EU-Ebene bestünden.⁵⁴⁴

Die Vorgaben der ATAD waren – mit Ausnahme der Regelungen zur Wegzugs- und Entstrickungsbesteuerung (Art. 5 ATAD) – bis zum 31.12.2018 umzusetzen (Art. 11 Abs. 1 ATAD). Ab diesem Zeitpunkt sind die Gerichte der Mitgliedstaaten vorlageberechtigt, die letztinstanzlichen Gerichte vorlageverpflichtet (Art. 267 AEUV); der EuGH kann dann von seinem Auslegungsmonopol für das Unionsrecht Gebrauch machen.⁵⁴⁵ Der Gerichtshof könnte die neuen Kompetenzen nutzen, um den Aufbau eines einheitlichen europäischen Steuerverfassungsrechts voranzutreiben.⁵⁴⁶ Ob es zu einem europäischen Steuerverfassungsrecht und damit zu einem vereinheitlichten Missbrauchsverständnis kommen kann, ist jedoch fraglich. Anders als die Auslegung europäischer Regelungen obliegt die Sachverhaltsbeurteilung den nationalen Gerichtsbarkeiten.⁵⁴⁷ Fragen bezüglich des Vorliegens wirklicher wirtschaftlicher Tätigkeiten und dem Nachweis außersteuerlicher Gründe (Art.

⁵³⁹ Hey, *StuW* 2017, 248 (254); *Haarmann*, *BB* 2019, Heft 9, Umschlagsteil.

⁵⁴⁰ Hey, *StuW* 2017, 248 (255); *Schroeder*, *EuZW* 2011, 462 (462 ff.).

⁵⁴¹ *BVerfG*, Beschluss v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 = *NJW* 1987, 577 (577 ff.) = *NVwZ* 1987, 314 (314 ff.).

⁵⁴² *Vedder*, *NJW* 1987, 526 (526 ff.); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 Rz. 82 ff.

⁵⁴³ *BVerfG*, Beschluss v. 29.5.1978 – 2 BvL 52/71 = *BVerfGE* 37, 271 = *NJW* 1974, 1697 (1697 ff.).

⁵⁴⁴ *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, Rz. 4.22; Hey, *StuW* 2017, 248 (255); *Valta*, *ISr* 2018, 765 (771): das Leistungsfähigkeitsprinzip wurde in der europäischen Grundrechtsjudikatur noch nicht entfaltet.

⁵⁴⁵ *Ehricke*, in: Streinz: *EUV/AEUV*, Art. 267 AEUV Rz. 6; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 267 Rz. 3 ff.

⁵⁴⁶ *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, *AO/FGO*, § 42 AO Rz. 151; Hey, *StuW* 2017, 248 (263 f.).

⁵⁴⁷ *Schwarze/Wunderlich*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, *EU-Kommentar*, Rz. 43 ff.

6 ATAD) werden folglich an die nationalen Gerichte delegiert.⁵⁴⁸ Im Ergebnis entsteht eine Verkettung mit dem nationalen Körperschaftsteuerrecht der Mitgliedstaaten.⁵⁴⁹ Auch die Ratio mitgliedstaatlicher Ertragsteuernormen ist – anders als im vollharmonisierten Mehrwertsteuerrecht (Art. 113 AEUV) – grundsätzlich nicht durch den EuGH auszulegen.⁵⁵⁰ Die Vereinheitlichungswirkung könnte, sofern sich der EuGH nicht dazu berufen fühlt, sich mit den Details des nationalen Ertragsteuerrechts zu befassen, an der Unterschiedlichkeit der nationalen Steuergesetze scheitern.⁵⁵¹

Eine Neuwürdigung der Kompetenzverteilung müsste hingegen erfolgen, wenn sich die Mitgliedstaaten auf eine (abschließende) Harmonisierung im Bereich der direkten Steuern, bspw. durch Verabschiedung der Richtlinie zur „Gemeinsame[n] Konsolidierte[n] Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage“⁵⁵² (GKKB), einigen.⁵⁵³

⁵⁴⁸ Hey, *StuW* 2017, 248 (264); Franz, *DStR* 2018, 2240 (2244); a. A.: Haarmann, *IStR* 2018, 561 (574); Haarmann, *BB* 2019, Heft 9, Umschlagsteil: wonach der EuGH die „Unangemessenheit“ der Gestaltung anhand der „Feinheiten des nationalen Steuerrechts“ zu beurteilen hat.

⁵⁴⁹ Watrin/Leukefeld, *DStR* 2018, 2284 (2285); Hey, *StuW* 2017, 248 (258, 264 f.).

⁵⁵⁰ Franz, *DStR* 2018, 2240 (2244); Hey, *StuW* 2017, 248 (264); a. A. Haarmann, *IStR* 2018, 561 (574).

⁵⁵¹ Haarmann, *IStR* 2018, 561 (574); Franz, *DStR* 2018, 2240 (2244); Franz, *Intertax* 2015, 660 (672).

⁵⁵² Zur GKKB, insbesondere zu den Gewinnermittlungsgrundsätzen: Glaser, *DStR* 2011, 2317 (2317 ff.); Förster/Krauß, *IStR* 2011, 607 (608 f.); Scheffler/Köstler, *DStR* 2014, 664 (666 f.).

⁵⁵³ Schön, *EuZW* 2020, 685 (689); Musil, *FR* 2018, 933 (940); Hey, *StuW* 2017, 248 (264).

5 Anwendungsbereich des Motivtests

Der Anwendungsbereich des Motivtests erstreckt sich nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 S. 1 und 3 AStG sowohl für die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung als auch für die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter auf den EU-/EWR-Raum. Der Motivtest wurde im Zuge der *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung eingeführt und soll die Unionsrechtskonformität der Hinzurechnungsbesteuerung sicherstellen. Auf Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6 AStG) wurde der Anwendungsbereich des Motivtestes erst nachträglich mit dem Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz (AmtshilfeRLUmG⁵⁵⁴) vom 26.6.2013 ausgedehnt.⁵⁵⁵

Die ATAD ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, den Motivtest auch auf Drittstaatsgesellschaften anzuwenden (Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 3 ATAD). Gerade für Unternehmen mit Tochter- und Enkelgesellschaften in den USA, die nach der US-Steuerreform die Niedrigsteuergrenze von derzeit 25 Prozent (§ 8 Abs. 3 S. 1 AStG) unterschreiten, scheint die Wahrnehmung dieser Möglichkeit attraktiv zu sein. Deutschland verzichtet im Rahmen des ATAD-Umsetzungsgesetzes jedoch darauf, den Motivtest für die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung auch für Drittstaaten zu eröffnen (dazu: 6.4). Ob die räumliche Beschränkung mit Unionsrecht vereinbar ist, ist Gegenstand der folgenden Untersuchungen.

5.1 Entwicklungen in der Rechtsprechung

Obleich die räumliche Beschränkung bereits seit längerer Zeit in der Kritik stand, hat die jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung ein neues Licht auf die Reichweitenfrage geworfen.

5.1.1 BFH vom 12.10.2016 – I B 80/14

Mit Beschluss vom 12.10.2016 setzte der BFH ein laufendes Verfahren aus, um dem EuGH drei Rechtsfragen zur Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) vorzulegen.⁵⁵⁶

Die Klägerin – und Revisionsklägerin – (im Folgenden: Z-GmbH) war eine im Inland ansässige GmbH, welche zu 30 Prozent an einer schweizerischen Aktiengesellschaft (im Folgenden: Y-AG) beteiligt war. Weitere Gesellschafterin war eine ebenfalls in der Schweiz ansässige Aktiengesellschaft. Zwischen der Y-AG und der Z-GmbH wurde 2005 ein Forderungskaufvertrag geschlossen. Das Finanzamt sah in der Y-AG eine Zwischengesellschaft für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG) und rechnete die anteiligen Einkünfte der Y-AG gemäß § 18 Abs. 1 AStG der Steuerbemes-

⁵⁵⁴ Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz v. 26.6.2013, BGBl. 2013 I 1809, BStBl. I 2013, S. 802.

⁵⁵⁵ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 78.

⁵⁵⁶ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, IStR 2017, 316 (316) = DStRE 2017, 534 (534).

sungsgrundlage der Z-GmbH hinzu.⁵⁵⁷ Ein Substanznachweis konnte nicht geführt werden, weil die Zwischengesellschaft (Y-AG) in einem Drittstaat ansässig war. Die gegen die Bescheide gerichtete Klage blieb ohne Erfolg; das zuständige Finanzgericht (FG) hatte sie mit Urteil vom 21.10.2014 als unbegründet abgewiesen.⁵⁵⁸

Im Revisionsverfahren führte der BFH dazu aus, der Motivtest sei weder zeitlich – er wurde auf die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter vom deutschen Gesetzgeber erst zum 26.6.2013 erweitert⁵⁵⁹ – noch sachlich – die Schweiz ist nicht Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR – auf den Streitfall anwendbar.⁵⁶⁰ Jedoch warf der BFH die Frage auf, ob die Kapitalverkehrsfreiheit in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt wurde.⁵⁶¹

Die Kapitalverkehrsfreiheit werde im streitgegenständlichen Fall zunächst nicht von der Niederlassungsfreiheit verdrängt.⁵⁶² Der Gegenstand der fraglichen Norm (§ 7 Abs. 6 AStG) ziele auch auf Portfoliobeteiligungen ab, weshalb die tatsächliche Beteiligungsquote unerheblich sei.⁵⁶³ Ohne es konkret benannt zu haben, unterstellte der BFH, dass es sich bei der Regelung über die Hinzurechnung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter um eine neutrale Regelung handelt, bei welcher der Tatbestand unterschiedslos auf Kontroll- und Portfolioinvestitionen anzuwenden ist.

Wie oben verdeutlicht, kommt es für die Frage, welche Grundfreiheit Anwendungsvorrang genießt, zunächst auf den Gegenstand der mitgliedstaatlichen Norm an. Die tatsächliche Beteiligungshöhe findet – in Binnenmarktconstellationen – erst dann Berücksichtigung, wenn die nationale Norm unterschiedslos auf Kontroll- und Portfoliobeteiligungen anzuwenden ist. In Drittstaatsverhalten müssen sich neutrale Regelungen stets und ausschließlich an der Kapitalverkehrsfreiheit messen lassen.⁵⁶⁴

Nachdem der BFH entschied, dass im vorliegenden Sachverhalt die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung finde, stellte er die Frage, ob die Hinzurechnungsbesteuerung i. S. des § 7 Abs. 6 und 6a AStG – ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises – einen nicht zu

⁵⁵⁷ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 8, IStR 2017, 316 (316) = DStRE 2017, 534 (534); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 9 ff. (X GmbH); Anmerkungen: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (684); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (889 f.).

⁵⁵⁸ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 9 ff., IStR 2017, 316 (317) = DStRE 2017, 534 (535).

⁵⁵⁹ Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz v. 26.6.2013, BStBl. I 2013, 802.

⁵⁶⁰ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 36, IStR 2017, 316 (320) = DStRE 2017, 534 (538 f.); dazu: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (890).

⁵⁶¹ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 33 ff., IStR 2017, 316 (316) = DStRE 2017, 534 (538).

⁵⁶² *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 37 ff., IStR 2017, 316 (320 f.) = DStRE 2017, 534 (539).

⁵⁶³ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 38, IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539).

⁵⁶⁴ *Patzner/Nagler*, IStR 2014, 733 (733 ff.); *Lehmann*, IStR 2013, 739 (739 f.); *Kraft/Mengel*, IStR 2014, 310 (310); *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 35.

rechtfertigenden Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit darstellen würde.⁵⁶⁵ Die Hinzurechnungsbesteuerung stelle zunächst eine Beschränkung des Art. 63 AEUV dar, weil eine Ungleichbehandlung zwischen grenzüberschreitenden und rein inländischen Sachverhalten bejaht werden müsse und die Investition in eine in einem Drittstaat belegende Gesellschaft – aus steuerlichen Gründen – unattraktiver werde.⁵⁶⁶

Die Abweichungsanalyse anhand des dargelegten Vergleichspaares ist nachvollziehbar und im Ergebnis richtig. Die Quintessenz findet sich im Falle der direkten Steuern jedoch – zu meist auf Ebene der Rechtfertigungsprüfung. Dabei ist auf die Erforderlichkeit der Maßnahme, d. h. die Frage, ob die beschränkende Maßnahme das mildeste Mittel für den Eingriff darstellt, besonderes Augenmerk zu legen.

Bevor der BFH auf immanente Rechtfertigungsgründe einging, prüfte er zunächst, ob die Kapitalverkehrsfreiheit überhaupt Anwendung finde oder die beschränkende Maßnahme bereits durch die Stand-still-Klausel (Art. 64 AEUV) geschützt sei.⁵⁶⁷ Dabei legte er zunächst dar, dass Art. 64 AEUV grundsätzlich einschlägig sein könnte, da § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG mit dem Steueränderungsgesetz (StÄndG) 1992 vom 25.02.1992⁵⁶⁸ eingeführt worden und zudem noch vor dem entscheidenden Stichtag (31.12.1993) modifiziert⁵⁶⁹ worden sei.⁵⁷⁰ Dass eine Direktinvestition i. S. des Art 64 AEUV vorliege, sei zudem nicht zweifelhaft.⁵⁷¹

In einem weiteren Schritt prüfte der BFH das zeitliche Kriterium des Art. 64 AEUV, d. h. die Frage, ob die Regelung der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter im Streitjahr 2006 noch im Wesentlichen mit der Regelung zum 31.12.1993 identisch sei.⁵⁷² Dabei gelangte der BFH zu dem Ergebnis, dass die Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund fundamentaler Strukturveränderungen seit dem 31.12.1993 nicht mehr mit der Hinzurechnungsbesteuerung zum 31.12.2006 identisch sei.⁵⁷³ Das Steuersenkungsgesetz (StSenkG)⁵⁷⁴ vom 23.10.2000, das Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG)⁵⁷⁵ vom 16.5.2003 sowie

⁵⁶⁵ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 37, IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539).

⁵⁶⁶ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 66, 68, IStR 2017, 316 (325) = DStRE 2017, 534 (543 f.).

⁵⁶⁷ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 41 ff., IStR 2017, 316 (321 f.) = DStRE 2017, 534 (539 f.).

⁵⁶⁸ Steueränderungsgesetz 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297, BStBl. I 1992, 146).

⁵⁶⁹ Durch Art. 12 des Gesetzes zur Bekämpfung von Missbrauch und zur Bereinigung des Steuerrechts v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310, BStBl. I 1994, 50).

⁵⁷⁰ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 41 ff., IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539).

⁵⁷¹ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 43 f., IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539 f.).

⁵⁷² *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 45 ff., IStR 2017, 316 (322) = DStRE 2017, 534 (540 f.).

⁵⁷³ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 46 ff., IStR 2017, 316 (322) = DStRE 2017, 534 (540 f.).

⁵⁷⁴ Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000 (BGBl. I 200, 1433, BStBl. I 2000, 1428).

⁵⁷⁵ Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG) v. 16.5.2003 (BGBl. I 2003, 660).

das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG)⁵⁷⁶ vom 20.12.2001 seien als wesentliche Änderungen der zum 31.12.1993 bestehenden Gesetzeslage zu beurteilen. Im Zuge des StSenkG sei ein Systembruch bei der Hinzurechnungsbesteuerung erfolgt, da ein Wechsel vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren vorgenommen worden sei.⁵⁷⁷

Insbesondere das UntStFG habe wesentliche Änderungen hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen für die Hinzurechnung der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter vorgenommen.⁵⁷⁸ Dies begründete der BFH damit, dass die Mindestbeteiligungsquote von zehn Prozent auf ein Prozent herabgesetzt worden sei.⁵⁷⁹ Folglich ergäbe sich ein erweiterter Anwendungsbereich, welcher die Beschränkung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs in nicht unerheblichem Ausmaße ausweite.⁵⁸⁰ Zudem sei aufgrund des Wechsels zu einer schedularen Sonderbesteuerung des Hinzurechnungsbetrages als faktisch eigene Einkunftsart der bis dato geltende Gesetzeszweck, d. h. eine Durchbrechung der Abschirmwirkung von ausländischen Kapitalgesellschaften, durch die (vermeintliche) Herstellung einer angemessenen Vorbelastung abgelöst worden.⁵⁸¹

Da die durch das StSenkG eingeführten Änderungen erst ab dem Veranlagungszeitraum 2002 eine Einbeziehung der Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage hätten bewirken können, seien sie zwischenzeitlich durch das UntStFG außer Kraft gesetzt worden, bevor die Finanzverwaltung eine solche Einbeziehung tatsächlich habe vornehmen können.⁵⁸² Im Ergebnis sei der bereits bis zum Jahr 2001 geltende Zustand faktisch wiederhergestellt, ohne praktisch in einem einzigen Fall zur Anwendung gekommen zu sein.⁵⁸³ Gleichwohl ist die Änderung Teil der nationalen Rechtsordnung geworden – wenn auch nur vorübergehend.

Der BFH setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vor. Demnach war vom EuGH zu beantworten, ob Art. 64 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass eine zum 31.12.1993 bestehende Beschränkung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern dann nicht von Art. 63 AEUV berührt wird, wenn die bis zum Stichtag bestehende Beschränkung im Wesentlichen nur für Direktinvestitionen galt, aber nach dem

⁵⁷⁶ Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) v. 20.12.2001 (BGBl I. 2001, 3858).

⁵⁷⁷ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 46 ff. = IStR 2017, 316 (322) = DStRE 2017, 534 (540 f.).

⁵⁷⁸ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 56, IStR 2017, 316 (323 f.) = DStRE 2017, 534 (542).

⁵⁷⁹ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 56 f., IStR 2017, 316 (323 f.) = DStRE 2017, 534 (542).

⁵⁸⁰ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 57, IStR 2017, 316 (324) = DStRE 2017, 534 (542).

⁵⁸¹ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 49, IStR 2017, 316 (323 f.) = DStRE 2017, 534 (542 f.); Anmerkungen dazu: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (893); *Köhler*, ISR 2019, 175 (176).

⁵⁸² BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 61 ff. = IStR 2017, 316 (324) = DStRE 2017, 534 (542 f.).

⁵⁸³ BFH, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 63 = IStR 2017, 316 (324 f.) = DStRE 2017, 534 (543); zur Frage, ob eine formaljuristische oder „tatsächliche“ Betrachtungsweise anzustreben ist: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (893 f.); *Köhler*, ISR 2019, 175 (176).

Stichtag dahingehend verändert worden ist, dass sie – aufgrund der Herabsetzung der Beteiligungsschwelle von zehn Prozent auf ein Prozent – auch Portfoliobeteiligungen an ausländischen Gesellschaften unterhalb der Beteiligungsschwelle von zehn Prozent erfasst (1. Vorabentscheidungsfrage).⁵⁸⁴ Wäre dies zu bejahen, sei vom EuGH im Hinblick auf die Stand-still-Klausel darüber hinaus zu beantworten, „ob bei der Prüfung der Änderung einer zum Stichtag bestehenden einzelstaatlichen Beschränkungsvorschrift ausschließlich auf die formale Gesetzeswirkung der Änderungsregelung abzustellen ist oder ob die Änderung auch tatsächlich in die Praxis umgesetzt worden sein muss“⁵⁸⁵ (2. Vorabentscheidungsfrage).

Sofern die beschränkende Regelung keinen Bestandsschutz durch die Stand-still-Klausel genießt, sei ferner die dritte Vorabentscheidungsfrage zu beantworten, nämlich ob die Beschränkung des Art. 63 Abs. 1 AEUV zu rechtfertigen und zudem verhältnismäßig sei.⁵⁸⁶ Im Zuge der dritten Vorabentscheidungsfrage legte der BFH dar, dass im Status Quo noch keine Rechtfertigungsdogmatik im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit vorliege. Die wegweisende Entscheidung zur Rechtfertigung von CFC-Rules sei im Kontext der Niederlassungsfreiheit ergangen (dazu: 6.1.2). Der BFH verwies auch auf die Forderung von Teilen der Literatur nach der Einräumung größerer gesetzlicher Typisierungsbefugnisse der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten sowie gesteigerten Nachweispflichten über die wirtschaftliche Aktivität der Steuerpflichtigen.⁵⁸⁷

5.1.2 X GmbH – 26.2.2019

Der EuGH hat nach den Rechtssachen *Cadbury Schweppes* und *Columbus Container Services* zum dritten Mal zur Europarechtskonformität von CFC-Rules judiziert, in der Rechtssache *X GmbH* jedoch erstmalig zu einem Drittstaatsverhältnis.⁵⁸⁸ Aufgrund der allgemein getroffenen Aussagen hat diese Entscheidung auch Auswirkungen auf die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung (§ 7 Abs. 1 AStG) und darüber hinaus auf die primärrechtskonforme Umsetzung der Art. 7, 8 ATAD (sog. landmark decision).⁵⁸⁹

Mit Urteil vom 26.2.2019 entschied die große Kammer des Gerichtshofs, dass Art. 64 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass die Kapitalverkehrsfreiheit die Anwendung einer

⁵⁸⁴ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 57, IStR 2017, 316 (324) = DStRE 2017, 534 (542); Anmerkungen dazu: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (684); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (890).

⁵⁸⁵ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 63, IStR 2017, 316 (324 f.) = DStRE 2017, 534 (543).

⁵⁸⁶ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 65, IStR 2017, 316 (325) = DStRE 2017, 534 (543); dazu: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (890).

⁵⁸⁷ *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 74, IStR 2017, 316 (326) = DStRE 2017, 534 (545).

⁵⁸⁸ *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (341); *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (857).

⁵⁸⁹ *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (683); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346 ff.).

Beschränkung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen nicht berühren würde, die am 31.12.1993 im Wesentlichen bestanden habe, deren Anwendungsbereich aber nach diesem Stichtag auf Beteiligungen ohne Zusammenhang mit einer Direktinvestition ausgeweitet worden sei (1. Vorabentscheidungsfrage).⁵⁹⁰ Grund sei, dass die Anwendbarkeit der Stand-still-Klausel nicht voraussetze, dass sich die Regelung, die den Kapitalverkehr mit Drittländern beschränkt, ausschließlich auf den von dieser Bestimmung erfassten Kapitalverkehr beziehe.⁵⁹¹ Die Absenkung der Beteiligungsquote von zehn auf einen Prozent könne demnach keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der Stand-still-Klausel haben.⁵⁹² Insofern folgte der EuGH der Rechtsauffassung des zuständigen Generalanwalts Mengozzi, welcher in seinen Schlussanträgen⁵⁹³ zu dem Ergebnis gekommen war, dass die Ausweitung der Altregelung von Direktinvestitionen auf Portfolioinvestitionen nicht schädlich für die Anwendbarkeit des Art. 64 AEUV sei. Folglich könne die bestehende Beschränkungsnorm nach Art. 64 Abs. 1 AEUV weiterhin zu einer zulässigen Beschränkung des Kapitalverkehrs führen.

Für die Beantwortung der 2. Vorabentscheidungsfrage war entscheidend, ob der Grundgedanke der streitgegenständlichen Regelung nach dem 31.12.1993 weiterhin Bestand hatte oder im Zuge der Gesetzeshistorie „im Wesentlichen“ geändert wurde (dazu: 3.2.4). Kern der Frage war demnach, ob ausschließlich auf die formale Anwendbarkeit der Änderungsregelung abgestellt werden musste (formaljuristische Betrachtungsweise) oder die Gesetzesänderung, d. h. die Einführung eines typisierten Steuersatzes von 38 Prozent, auch tatsächlich in der Praxis Anwendung finden musste (tatsächliche Betrachtungsweise).⁵⁹⁴

Generalanwalt Mengozzi⁵⁹⁵ führte dazu aus, dass die durch das StSenkG in Kraft getretenen Änderungen aufgrund ihrer Rücknahme zum 25.12.2001 nicht anwendbar geworden seien und folglich die seit 31.12.1993 bestehende Beschränkung ununterbrochen fortbestanden habe.⁵⁹⁶ Demnach stellte der Generalanwalt auf die Rechtsfolgenseite, d. h. die

⁵⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 34 (X GmbH); dazu: *Müller*, *ISR* 2019, 170 (171); *Böhmer/Schewe*, *FR* 2019, 313 (322).

⁵⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 30 (X GmbH); dazu: *Böhmer/Schewe*, *FR* 2019, 313 (322); *Müller*, *ISR* 2019, 170 (171); *Kühn/Schienze-Ohletz*, *BB* 2020, 1562 (1566).

⁵⁹² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 32 ff.; dazu: *Schnitger/Krüger/Nielsen*, *ISr* 2019, 340 (342); *Kühn/Schienze-Ohletz*, *BB* 2020, 1562 (1566).

⁵⁹³ *Generalanwalt Mengozzi*, Schlussantrag v. 5.6.2018 – C-135/17, Rz. 49 ff. (X GmbH); dazu: *Schumann/Jahn*, *ISR* 2018, 287 (287 f.); *Müller*, *ISR* 2019, 170 (171).

⁵⁹⁴ *Heckerodt*, *ISr* 2019, 683 (684); *Kahlenberg/Schiefer*, *ISr* 2017, 889 (894).

⁵⁹⁵ *Generalanwalt Mengozzi*, Schlussantrag v. 5.6.2018 – C-135/17, Rz. 34 ff. (X GmbH).

⁵⁹⁶ *Generalanwalt Mengozzi*, Schlussantrag v. 5.6.2018 – C-135/17, Rz. 37 f. (X GmbH); dazu: *Müller*, *ISR* 2019, 170 (171); *Schumann/Jahn*, *ISR* 2018, 287 (287 f.).

Frage, ob die Neuregelung in der Praxis tatsächlich angewendet wurde, ab (tatsächliche Betrachtungsweise).⁵⁹⁷

Der EuGH führte zur 2. Vorabentscheidungsfrage aus, dass eine für das Bestehen der Stand-still-Klausel schädliche Änderung der Rechtslage grundsätzlich mit dem Inkrafttreten der Änderungsregelung anzunehmen sei (formaljuristische Betrachtungsweise).⁵⁹⁸ Dies solle jedoch nicht gelten, wenn das nationale Recht vorsehe, dass die Änderungsregelungen erst zu einem späteren Veranlagungszeitraum Anwendung fänden und ihrerseits bereits aufgehoben worden wären, bevor sie zu einer erstmaligen praktischen Anwendung gekommen seien.⁵⁹⁹ Dem Änderungsgesetz müssten demnach „Bestimmungen“ beigefügt sein, nach denen das Gesetz erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Anwendung kommen sollte.⁶⁰⁰

Der EuGH stellte demnach für die Frage nach einer für die Anwendung des Art. 64 AEUV schädlichen Änderung der Rechtslage auf den sich aus den Anwendungsregelungen ergebenden Zeitpunkt der Anwendbarkeit der Neuregelung ab.⁶⁰¹ In anderen Worten: Eine nationale Vorschrift zur Beschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten gelte auch dann als „bestehend“ i. S. des Art. 64 AEUV, wenn die Regelung zwar nach dem Stichtag (31.12.1993) wesentlich geändert worden sei, die beschlossene Änderung aber vor ihrer erstmaligen Anwendung – aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen – wieder zurückgenommen worden sei.⁶⁰² Da die beschlossenen Änderungen vor ihrer erstmaligen Anwendbarkeit vom Gesetzgeber zurückgenommen wurden, könnte die Altregelung grundsätzlich „bestehen“ bleiben. In diesem Fall wäre die Stand-still-Klausel weiterhin anwendbar, womit eine Rechtfertigung der beschränkenden Norm (§ 7 Abs. 6 und Abs. 6a AStG) zu bejahen gewesen wäre.

Der EuGH relativierte die obigen Ausführungen in Rz. 50 jedoch dahingehend, dass eine „Anwendbarkeit“ der Neuregelung trotz dessen gegeben sei, wenn die im Jahr 2001 erzielten Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen einzubeziehen waren – und zwar ungeachtet dessen, „dass die Finanzverwaltung diese Vorschriften bei der Besteuerung der betreffenden Einkünfte im Jahr 2002 letztlich nicht heran-

⁵⁹⁷ *Schumann/Jahn*, ISR 2018, 287 (287 f.); *Böhmer*, FR 2020, 30 (36).

⁵⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 46 (X GmbH).

⁵⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 47 (X GmbH).

⁶⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 48 (X GmbH).

⁶⁰¹ *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (322 f.).

⁶⁰² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 51 (X GmbH); dazu: *Cloer/Niemeyer*, DStRK 2019, 107 (108).

zog⁶⁰³. Die finale Prüfung der etwaigen Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung durch das StSenkG zum 01.01.2001 und deren Auswirkungen auf die Stand-still-Klausel obliege dem BFH.⁶⁰⁴ Sofern der BFH den zu entscheidenden Sachverhalt unter diese Passage (Rz. 50) subsumiert, bejaht er die Anwendbarkeit der Neuregelung durch das StSenkG. Folglich entfielen Art. 64 AEUV als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung des Kapitalverkehrs.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass unabhängig von der zeitlichen Komponente weite Teile der Literatur⁶⁰⁵ richtigerweise die Auffassung vertreten, dass bereits der Systemwechsel vom körperschaftsteuerlichen Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren im Zuge des StSenkG zu einer für die Anwendbarkeit des Art. 64 AEUV schädlichen Veränderung der Hinzurechnungsbesteuerung geführt hat (dazu: 5.2).

Für den Fall, dass der BFH die Ansicht vertreten sollte, dass die in Frage stehende Regelung nicht in den Anwendungsbereich der Stand-still-Klausel fiel, machte der EuGH hilfsweise Ausführungen zum Vorliegen einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs⁶⁰⁶ sowie zu deren verhältnismäßigen Rechtfertigungsgründen⁶⁰⁷. Hier war im Vorfeld der Entscheidung unklar, ob die „Hürde“ der Rechtfertigung der beschränkenden Regelung in Drittstaatenfällen niedriger gelegt wird, sei es aufgrund zusätzlicher Rechtfertigungsgründe – z. B. die bereits diskutierten wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe – oder aufgrund einer inhaltlich erweiterten Interpretation der im Lichte der Niederlassungsfreiheit akzeptierten Rechtfertigungsgründe.⁶⁰⁸

Anders als Generalanwalt Mengozzi⁶⁰⁹ widmet sich der EuGH in seinem Urteil nicht der Frage nach der Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Stattdessen stützte er seine Prüfung – augenscheinlich aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung der Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter – ausschließlich auf die Kapitalverkehrsfreiheit.⁶¹⁰ Demnach stelle die Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter unstrittig eine Beschränkung

⁶⁰³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 50 (X GmbH); dazu: *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (342).

⁶⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 51 (X GmbH); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (342).

⁶⁰⁵ *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (893 ff.); *Kahlenberg/Korff*, IStR 2018, 802 (809 f.); *Middendorff/Eberhardt*, StuB 2019, 357 (357); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (342); *Köhler*, ISR 2019, 175 (176 ff.); *Müller*, ISR 2019, 170 (172); *Weber*, DStR 2017, 1302 (1304); *Schönfeld*, IStR 2016, 416 (417); a. A.: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (686).

⁶⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 55 ff. (X GmbH).

⁶⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 59 ff. (X GmbH).

⁶⁰⁸ *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (894).

⁶⁰⁹ Zur Konkurrenz von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit: *GA Mengozzi*, Schlussantrag v. 5.6.2018 – C-135/17, Rz. 19 f. (X GmbH).

⁶¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 15 (X GmbH).

des Art. 63 AEUV dar, da sie geeignet sei, den (inländischen) Investor von etwaigen Investitionen in eine Drittstaatengesellschaft abzuhalten.⁶¹¹ Dies begründete der EuGH richtigerweise – wie bereits der BFH im Rahmen seines Vorlagebeschlusses – mit einem inländischen Vergleichssachverhalt, welcher gegenüber dem ausländischen Sachverhalt vorteilhafter sei, da § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG hier keine Anwendung fände.⁶¹²

Zudem unterliege die Maßnahme nicht der speziell für die Kapitalverkehrsfreiheit geltenden, eng auszulegenden Rechtfertigung des Art. 65 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 AEUV, da die Investition eines Inländers im Inland mit der im Ausland insoweit vergleichbar sei (Vergleichbarkeitsprüfung).⁶¹³ Die deutsche Bundesregierung hielt dem entgegengehalten, dass eine Vergleichbarkeit nicht vorliege, da der Sachverhalt nicht unter die deutsche Steuerhoheit falle und zudem im Drittland ein niedrigeres Besteuerungsniveau vorliege. Dieses Argument wurde jedoch vom EuGH – wie bereits in der Rechtssache *Hornbach*⁶¹⁴ (dazu: 6.2) – abgelehnt, da die Vergleichbarkeit der Investition nicht aufgrund einer niedrigeren oder gar fehlenden Steuerpflicht im Ausland zu verneinen sei.⁶¹⁵

Im Anschluss prüfte der Gerichtshof auf Rechtfertigungsebene hilfsweise, ob die in Rede stehende Regelung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere zur Verhinderung von Steuerhinterziehung und Steuerumgehung, sowie die Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigt sei. Die genannten Rechtfertigungsgründe seien denkbare miteinander verknüpft.⁶¹⁶ Die einschlägigen Rechtfertigungsgründe waren damit auf ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit) zu prüfen.

Die Geeignetheit der Maßnahme bejahte der EuGH. Die Regelungen seien deshalb geeignet, weil sie durch die Einbeziehung der niedrig besteuerten ausländischen Einkünfte etwaige künstliche Übertragungen in einen Drittstaat neutralisieren könnten.⁶¹⁷

Dass die Geeignetheit der Maßnahme zügig vom EuGH bejaht wurde, überrascht nicht. Entscheidender war die Frage, ob die Regelung nicht über das hinaus geht, was zur Errei-

⁶¹¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 58 (X GmbH).

⁶¹² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 56 f. (X GmbH); mit Verweis auf: *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 45 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁶¹³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 67 (X GmbH); mit Verweis auf: *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 45 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); Anmerkungen dazu: *Cloer/Niemeyer*, DStRK 2019, 107 (107).

⁶¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 36 (Hornbach).

⁶¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 63 ff. (X GmbH); *GA Mengozzi*, Schlussantrag v. 5.6.2018 – C-135/17, Rz. 70 ff. (X GmbH).

⁶¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 71 (X GmbH).

⁶¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 78 (X GmbH).

chung des mit ihr verfolgten Ziels erforderlich ist. Der EuGH verwies im Rahmen seiner Erforderlichkeitsprüfung auf die Rechtssache *Cadbury Schweppes*⁶¹⁸. Demnach seien beschränkende CFC-Regelungen nur dann erforderlich, wenn sie speziell darauf gerichtet sind, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern.⁶¹⁹ Auch in diesem Fall, d. h. im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, sei die Regelung nicht erforderlich, da sie nicht speziell darauf abziele, die Errichtung rein künstlicher Gestaltungen zu verhindern.⁶²⁰ Demnach fehle es an der Möglichkeit des Steuerpflichtigen, Anhaltspunkte liefern zu können, welche die wirtschaftlichen Gründe für seine Beteiligung an der Gesellschaft oder die von ihr ausgeübte, wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit belegen würden.⁶²¹ Kurz gesagt fehle ein entsprechender Motivtest, welcher es dem Steuerpflichtigen ermögele, die Missbrauchsvermutung zu widerlegen.⁶²²

Die Einräumung eines Motivtests stellte der EuGH jedoch unter den Vorbehalt vertraglicher Verpflichtungen zum Austausch von Informationen zwischen dem Mitgliedstaat und dem Drittstaat. Diese Informationen seien erforderlich, um die Richtigkeit der wirtschaftlichen Gründe für die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft zu überprüfen.⁶²³ Vertragliche Verwaltungs- und Regulierungsmaßnahmen zwischen den Staaten sind folglich – wie bereits bei § 8 Abs. 2 S. 2 AStG im EU/EWR-Sachverhalt – zwingende Voraussetzung, um als Steuerpflichtiger in den Genuss des grundfreiheitlich indizierten Substanztests zu gelangen.⁶²⁴ Deshalb sei es im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH,⁶²⁵ wenn ein Mitgliedstaat die Gewährung eines Steuervorteils von der Bedingung abhängig mache, eben diesen Vorteil versagen zu können, wenn sich herausstelle, dass es unmöglich sei, die Auskünfte des Steuerpflichtigen auf ihre Richtigkeit überprüfen zu können.⁶²⁶ Sofern eine solche Auskunftspflichtung nicht bestehe, sei davon auszugehen, dass Art. 63 Abs. 1 AEUV den betreffenden Mitgliedstaat nicht daran hindere, eine beschränkende Regelung wie die des § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG anzuwenden.⁶²⁷

⁶¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 51, 55 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁶¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 81 (X GmbH).

⁶²⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 85 (X GmbH); dazu: *Cloer/Niemeyer*, DStRK 2019, 107 (107).

⁶²¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 85 (X GmbH).

⁶²² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 86 ff. (X GmbH).

⁶²³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 91 (X GmbH).

⁶²⁴ Auch: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (688); *Köhler*, ISR 2019, 175 (179); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (894 f.).

⁶²⁵ *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/05, Rz. 63 (A); *EuGH*, Urt. v. 10.2.2011 – C-436/08 und C-437/08, Rz. 67 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen*); *EuGH*, Urt. v. 10.4.2014 – C-190/12, Rz. 84 (*Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*).

⁶²⁶ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 92, 94 (X GmbH).

⁶²⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 95 (X GmbH).

Die Möglichkeit des Gegenbeweises muss demnach eröffnet werden, wenn mit dem betroffenen Staat ein DBA mit großer Auskunftsklausel (Art 26 DBA-MA)⁶²⁸ oder ein eigenes Auskunftsabkommen abgeschlossen und wirksam wurde.⁶²⁹ Die vertragliche Vereinbarung zur Verwaltungs- und Amtshilfe als zwingende Voraussetzung für die Anwendung des Motivtests ist ein wünschenswertes Ergebnis, da eine Verschiebung von Steuersubstrat in regulatorische „Oasen“ unter unberechtigter Inanspruchnahme der Grundfreiheiten erschwert wird.⁶³⁰ Ohne eine solche Voraussetzung wären EU-Sachverhalte schlechter gestellt. Mithin erfolgt – neben der Unterscheidung von aktiven und passiven Einkünften – zukünftig auch eine Differenzierung von „guten“ und „schlechten“ Drittstaaten bezüglich der Qualität der Informationsaustauschvereinbarungen.⁶³¹ Die Prüfung, ob eine solche Informationsaustauschvereinbarung im Streitgegenständlichen Sachverhalt gegeben ist, obliegt – wie bereits die Prüfung des zeitlichen Kriteriums des Art. 64 AEUV – dem BFH.⁶³²

5.1.3 BFH vom 22.05.2019 – I R 11/19

In der Folgeentscheidung vom 22.5.2019 hat sich der BFH – im Anschluss an die Vorgaben des EuGH-Urteils in der Rechtssache *X GmbH* – mit der Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter mit der Kapitalverkehrsfreiheit befasst.⁶³³

Zur Frage der Anwendbarkeit der Stand-still-Klausel judizierte der BFH, dass diese für die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter keine bestandschützende Wirkung mehr entfalten würde.⁶³⁴ Nach § 21 Abs. 7 S. 2 AStG i. d. F. des StSenkG sei die Neuregelung erstmals für den Veranlagungszeitraum anzuwenden, für den Zwischeneinkünfte hinzuzurechnen sind, welche in einem Wirtschaftsjahr der Zwischengesellschaft entstanden sind, das nach dem 31.12.2000 begonnen hat.⁶³⁵ Bei einem kalendergleichen Wirtschaftsjahr hätte gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 AStG i. d. F. des StSenkG der Hinzurechnungsbetrag unmittelbar nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft als zugeflossen gegol-

⁶²⁸ Zur Differenzierung von großer und kleiner Auskunftsklausel: *Engelschalk*, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 26 OECD-MA Rz. 38; *Schönfeld*, DB 2008, 2217 (2217).

⁶²⁹ *Köhler*, ISR 2019, 175 (179); *Müller*, ISR 2019, 170 (174); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (323 f.)

⁶³⁰ Wohl auch: *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (323 f.); *Heckerodt*, ISr 2019, 683 (688).

⁶³¹ *Kahlenberg/Schiefer*, ISr 2017, 889 (895); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (323 f.)

⁶³² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 93 (*X GmbH*).

⁶³³ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14) = DSr 2019, 2353 (2353 ff.) = ISr 2019, 901 (901 ff.).

⁶³⁴ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 23 ff. = DSr 2019, 2353 (2355 f.) = ISr 2019, 901 (904).

⁶³⁵ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 23 = DSr 2019, 2353 (2355) = ISr 2019, 901 (904).

ten, d. h., es wäre erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 2002 zu einer Hinzurechnung gekommen.⁶³⁶

Im Falle eines nach dem 31.12.2000 beginnenden, aber vor dem 31.12.2001 endenden Rumpf-Wirtschaftsjahres der Zwischengesellschaft hätte die Neuregelung jedoch bereits im Veranlagungszeitraum 2001 zu einer Hinzurechnung führen können.⁶³⁷ In Folge dessen seien in solchen Fällen die im Jahr 2001 erzielten Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen einzubeziehen gewesen, und zwar ungeachtet dessen, dass die Finanzverwaltung diese Vorschriften bei der Besteuerung der betreffenden Einkünfte letztlich nicht herangezogen hat, weil die Neuregelungen am 25. Dezember 2001 durch das UntStFG zurückgenommen worden seien.⁶³⁸ Daher liege eine für die Anwendung des Art. 64 AEUV schädliche Situation vor, weil die beschränkende Regelung nicht seit dem 31.12.1993 im Wesentlichen ununterbrochen fortbestanden hatte.⁶³⁹

Der BFH befand augenscheinlich die in Rz. 50 des Urteils des EuGH befindliche Aussage für einschlägig, wonach die Neuregelungen doch anwendbar gewesen seien, wenn „die im Jahr 2001 erzielten Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage des inländischen Steuerpflichtigen einzubeziehen waren, [und zwar] ungeachtet dessen, dass die Finanzverwaltung diese Vorschriften bei der Besteuerung der betreffenden Einkünfte im Jahr 2002 letztlich nicht heranzog“⁶⁴⁰.

Der BFH stellte im Ergebnis auf eine formaljuristische Betrachtungsweise ab. Er qualifizierte die Stand-still-Klausel als nicht mehr anwendbar, da aufgrund der Änderungen durch das StSenkG bereits im Kalenderjahr 2001 eine Hinzurechnung der Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen möglich gewesen wäre.

Es sei angemerkt, dass der BFH im Vorhinein in keine Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen formaljuristischer und tatsächlicher Betrachtungsweise gekommen wäre, wenn er ausschließlich auf den Systemwechsel vom Anrechnungs- auf das Halbeinkünfteverfahren abgestellt hätte, da sich hier die Frage nach der rückwirkenden Aufhebung der Änderungsnorm nicht gestellt, sondern der grundlegende Systemwechsel bereits zu einer Nichtanwendbarkeit der Stand-still-Klausel geführt hätte.⁶⁴¹

⁶³⁶ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 23 = DStR 2019, 2353 (2355) = IStR 2019, 901 (904).

⁶³⁷ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 23 = DStR 2019, 2353 (2355) = IStR 2019, 901 (904).

⁶³⁸ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 27 = DStR 2019, 2353 (2356) = IStR 2019, 901 (904).

⁶³⁹ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 27 = DStR 2019, 2353 (2356) = IStR 2019, 901 (904).

⁶⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 47 (X GmbH).

⁶⁴¹ Dazu: *FG Baden-Württemberg*, Urt. v. 8.5.2018 – 6 K 1775/16, Rz. 74 = IStR 2019, 107 (112 f.) = BeckRS 2018, 35883; auch: *Schönfeld*, IStR 2016, 416 (417); *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 30 (36); *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (907).

Zwar sei die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit nicht durch die Stand-still-Klausel ausgeschlossen, jedoch sei die Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit im konkreten Streitfall – aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, insbesondere der Verhinderung von Steuerhinterziehung und Steuerumgehung – gerechtfertigt.⁶⁴² Grund sei, dass im zu beurteilenden Streitjahr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft keine vertragliche Verpflichtung zur Übermittlung von einschlägigen Informationen bestanden habe.⁶⁴³ Zum Streitzeitpunkt hätte zwischen Deutschland und der Schweiz nur eine sog. „kleine“ Auskunftsklausel (Art. 27 DBA-Schweiz⁶⁴⁴) bestanden, welche es der Finanzverwaltung lediglich ermögliche, Auskünfte einzuholen, welche für die Durchführung des Abkommens, nicht jedoch für die Durchführung der innerstaatlichen Hinzurechnungsbesteuerung notwendig seien.⁶⁴⁵ Folglich sei es den deutschen Steuerbehörden nicht möglich gewesen, die Richtigkeit der Angaben innerhalb der Deklaration des Steuerpflichtigen zu überprüfen.⁶⁴⁶

Das von OECD und Europarat ausgearbeitete und am 25.1.1998 unterzeichnete Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen⁶⁴⁷ begründe ebenfalls keine Auskunftspflicht, da es im Streitjahr noch nicht anwendbar gewesen sei.⁶⁴⁸ Im Umkehrschluss sei – im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH – dem Steuerpflichtigen im Verhältnis zum Drittstaat Schweiz kein Motivtest einzuräumen.⁶⁴⁹

Da der BFH dazu keine Stellung nehmen musste, ist weiterhin fraglich, ob es im Rahmen des Informationsaustausches ausreichend ist, dass lediglich eine rechtliche Grundlage für den Austausch von Informationen besteht, oder ob die Informationen von der ausländischen Steuerbehörde auch tatsächlich übermittelt werden müssen.

Dem Wortlaut des EuGH-Urteils in der Rechtssache *X GmbH* ist zu entnehmen, dass ein „solcher vertraglicher Rahmen“ zwischen dem betreffenden Mitgliedstaat und dem Dritt-

⁶⁴² *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 28 = DSiR 2019, 2353 (2356) = ISiR 2019, 901 (904).

⁶⁴³ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 33 = DSiR 2019, 2353 (2357) = ISiR 2019, 901 (905).

⁶⁴⁴ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen v. 11.8.1971 (BStBl I 1972, 519).

⁶⁴⁵ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 35 = DSiR 2019, 2353 (2357) = ISiR 2019, 901 (905 f.).

⁶⁴⁶ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 33 = DSiR 2019, 2353 (2357) = ISiR 2019, 901 (905).

⁶⁴⁷ Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen vom 25.1.1988, BGBl. 2015 II S. 966, 967.

⁶⁴⁸ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 40 f. = DSiR 2019, 2353 (2358) = ISiR 2019, 901 (906).

⁶⁴⁹ *BFH*, Urt. v. 22.5.2019 – I R 11/19 (I R 80/14), Rz. 36 ff. = DSiR 2019, 2353 (2357) = ISiR 2019, 901 (906).

staat vorliegen muss, um in den Genuss der Kapitalverkehrsfreiheit zu gelangen.⁶⁵⁰ Dies lässt zunächst vermuten, dass ein bestehender vertraglicher Rahmen genügt, um den primärrechtlichen Anforderungen bezüglich des Informationsaustausches gerecht zu werden. Der EuGH legt jedoch auch dar, dass nationale Steuerbehörden die von einer Drittstaatsengesellschaft vorgelegten Auskünfte nur akzeptieren müssen, wenn die Behörden die Richtigkeit der Informationen überprüfen können.⁶⁵¹ Dies sei dann der Fall, wenn es den Steuerbehörden neben einem bestehenden rechtlichen Rahmen „tatsächlich ermöglich[t]“ werde, die Richtigkeit der Information in Bezug auf die im Ausland ansässige Gesellschaft zu überprüfen.⁶⁵² Wenn lediglich ein rechtlicher Rahmen für die Informationsübermittlung bestehen müsste, wären die Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Möglichkeit der Überprüfung durch die Steuerbehörden redundant. Es ist daher anzunehmen, dass der EuGH – wenn auch mittelbar – eine tatsächlichen Informationsübermittlung durch die Steuerbehörden voraussetzt.

Zwar hat der EuGH in der Rechtssache *Bachmann*⁶⁵³ judiziert, dass es unverhältnismäßig sei, ausschließlich auf die Auskunftserteilung aufgrund der Amtshilferichtlinie oder eines anderen völkerrechtlichen Abkommens abzustellen, sofern der Steuerpflichtige in der Lage sei, selbst die relevanten Angaben und Dokumente anderweitig zu beschaffen.⁶⁵⁴ Das Urteil zur Rechtssache *Bachmann* ist jedoch im Lichte der Niederlassungsfreiheit ergangen. In einer zur Kapitalverkehrsfreiheit ergangenen Entscheidung (Rechtssache *A*) judizierte der EuGH, dass bei Drittstaatsachverhalten geringere Anforderungen an die Rechtfertigungsprüfung bestünden als in innergemeinschaftlichen Sachverhalten. Demnach könne die zur Niederlassungsfreiheit ergangene Rechtsprechung „nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern übertragen werden, da dieser sich in einem anderen rechtlichen Rahmen einfüg[e]“⁶⁵⁵. Anders als bei innerunionalen Sachverhalten kann Deutschland in Drittstaatsachverhalten kein gemeinschaftsrechtliches Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV einleiten, um die Behörden des Ansässigkeitsstaats der ausländischen Gesellschaft zu einem Informationsaustausch zu bewegen.

⁶⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 95 (X GmbH).

⁶⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 94 (X GmbH); *EuGH*, Urt. v. 10.04.2014 – C-190/12, Rz. 98 (Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company).

⁶⁵² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 94 (X GmbH).

⁶⁵³ *EuGH*, Urt. v. 28.1.1992 – C-204/90, Rz. 20 (Bachmann); ähnlich: *EuGH*, Urt. v. 30.1.2007 – C-150/04, Rz. 54 (Kommission/Dänemark); sowie: *EuGH*, Urt. v. 11.10.2007 – C-451/05, Rz. 94 f. (ELISA).

⁶⁵⁴ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 170.

⁶⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/05, Rz. 60 ff. (A); Anmerkungen: *Wunderlich*, *EuZW* 2008, 117 (117 ff.); *Forsthoff/Lumma*, *IStr* 2008, 66 (66 ff.).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist folglich Voraussetzung für die Anerkennung von Drittstaateninformationen, dass ein tatsächlicher Informationsaustausch zwischen den Finanzverwaltungen stattgefunden hat. Bereits vor dem Hintergrund des legitimen Verifikationsinteresses der Mitgliedstaaten kann kein anderes Ergebnis zutreffend sein, da es diesen – bspw. bei nicht kooperativen Drittstaaten – ansonsten verwehrt bleiben würde, die übermittelten Informationen zu validieren.⁶⁵⁶

Auch der BFH hat in einer kürzlich zur Hinzurechnungsbesteuerung ergangenen Entscheidung bei dem für den Amtshilfeverkehr zuständigen Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) angefragt, ob Erkenntnisse über Störungen in der Zusammenarbeit mit dem betroffenen Staat vorlägen.⁶⁵⁷ In Rz. 46 des Urteils spricht der BFH zudem von einer „tatsächlichen Ermöglichung einer Überprüfung durch die deutschen Steuerbehörden“.⁶⁵⁸ Folglich ist anzunehmen, dass auch der BFH die Rechtsprechung des EuGH so interpretiert, dass ein tatsächlicher Informationsaustausch stattfinden muss.

Sofern eine große DBA-Auskunfts Klausel zwischen den betroffenen Staaten vereinbart wurde, stellt sich weiterhin die Frage, ob diese Klausel die Vertragsstaaten tatsächlich zum Austausch von Informationen zur Durchführung der Hinzurechnungsbesteuerung verpflichtet.

Gemäß Art. 26 Abs. 1 DBA-MA tauschen die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten jene Informationen aus, die zur Durchführung des Abkommens oder zur Verwaltung oder Anwendung des innerstaatlichen Rechts betreffend Steuern jeder Art und Bezeichnung, die für Rechnung der Vertragsstaaten erhoben werden, voraussichtlich erheblich sind, soweit die diesem Recht entsprechende Besteuerung nicht dem Abkommen widerspricht. Darunter fallen beispielsweise Auskünfte über die Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen oder die Anforderung von Beweismitteln, welche für die steuerliche Sachverhaltsbeurteilung notwendig sind.⁶⁵⁹ Die Klausel impliziert demnach auch einen Informationsaustausch zu Fragen der Anwendung des nationalen Rechts, dies jedoch nur, soweit die Besteuerung nach dem innerstaatlichen Recht nicht dem Abkommen widerspricht.⁶⁶⁰ Sinn und Zweck der

⁶⁵⁶ Auch: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863); *Oertel*, Ubg 2020, 40 (41); *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 30 (37); *Eimler*, FR 2021, 822 (831 f.) a. A.: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (907); *Weber/Zöller*, FR 2020, 288 (291); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (79); *Köhler*, ISR 2021, 201 (212); *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (357); welche eine rechtliche Verpflichtung zum Informationsaustausch ausreichen lassen möchten.

⁶⁵⁷ *BFH*, UrT. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 44 = DStR 2020, 2182 (2187) = IStR 2020, 901 (906).

⁶⁵⁸ *BFH*, UrT. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 46 = DStR 2020, 2182 (2187) = IStR 2020, 901 (906).

⁶⁵⁹ *Schönfeld/Wassermeyer*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 521.

⁶⁶⁰ *Engelschalk*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, Art. 26 OECD-MA Rz. 38; *Hendricks*, in: *Wassermeyer*, DBA-Kommentar, Art. 26 DBA-MA Rz. 33; *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (862).

zweiten Variante des Art. 26 Abs. 1 S. 1 DBA-MA ist die Versagung der Informationshilfe im Rahmen von Treaty-Override-Normen (wörtlich: „Abkommensüberschreibung“).⁶⁶¹ Treaty-Override-Normen liegen vor, wenn durch unilaterale Steuergesetzgebung bewusst eine Änderung oder Aufhebung einzelner Vorschriften eines Abkommens herbeigeführt wird, d. h., der Gesetzgeber sich bewusst in ein Spannungsverhältnis mit dem von ihm abgeschlossenen DBA begibt.⁶⁶² Voraussetzung für eine Widersprüchlichkeit ist demnach der kausale Zusammenhang zwischen der innerstaatlichen Besteuerung und dem DBA im Einzelfall.⁶⁶³

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei dem Hinzurechnungsregime nach h. M. – aufgrund § 20 Abs. 1 AStG – um eine Treaty-Override-Norm.⁶⁶⁴ Auch der BFH hat in einer jüngeren Entscheidung festgestellt, dass § 20 Abs. 1 AStG einen verfassungsrechtlich unbedenklichen Treaty-Override darstellt.⁶⁶⁵ Wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, gehen Treaty-Override-Normen den nationalen DBA-Zustimmungsgesetzen – welche einfaches Bundesrecht darstellen – vor.⁶⁶⁶ Nach den Ausführungen des BVerfG sei dies dem aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG resultierenden Demokratieprinzip⁶⁶⁷ geschuldet, welches den deutschen Gesetzgeber legitimiere, im Anwendungsbereich der Lex-posterior- und Lex-specialis-Regel neue, von völkerrechtlichen Verträgen abweichende, Regelungen zu schaffen.⁶⁶⁸

Es ist insofern widersprüchlich, wenn sich ein Vertragsstaat auf ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung beruft, dies aber nur tut, um eine abkommenswidrige Besteuerung herbeizuführen.⁶⁶⁹ Im Ergebnis besteht kein Anspruch auf den Austausch von In-

⁶⁶¹ *Hendricks*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 26 DBA-MA Rz. 33 f.; *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (83).

⁶⁶² *Gosch*, IStR 2008, 413 (413 f.); *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 1.

⁶⁶³ *Hendricks*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 26 DBA-MA Rz. 33; *Ismer*, in: Vogel/Lehner, DBA, Grundlagen des Abkommensrechts Rz. 194 ff.

⁶⁶⁴ *Gosch*, IStR 2008, 413 (415 f.); *Richter/Welling*, FR 2020, 109 (111); *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 5; *Blumenberg/Hundeshagen*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, § 7 Besteuerung der ausländischen Aktivitäten, Rz. 146; *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (862).

⁶⁶⁵ *BFH*, Urt. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 32 f. = DStR 2020, 2182 (2185 f.) = IStR 2020, 901 (904 f.).

⁶⁶⁶ *BVerfG*, Beschluss v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, DStR 2016, 359 (359) = IStR 2016, 191 (191 ff.).

⁶⁶⁷ *Maurer*, Staatsrecht I, § 7 Die Verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die Demokratie und die Republik, Rz. 18; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 1 Einführung, Rz. 11; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 Rz. 101 ff.

⁶⁶⁸ *BVerfG*, Beschluss v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, Rz. 53, DStR 2016, 359 (364 ff.) = IStR 2016, 191 (196 ff.); dazu: *Payandeh*, NJW 2016, 1279 (1281 f.); *Weigell/Görlich*, IStR 2017, 772 (772 ff.).

⁶⁶⁹ *Böhrmer*, FR 2020, 30 (37); *Richter/Welling*, FR 2020, 109 (111); *Hendricks*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 26 DBA-MA Rz. 33.

formationen, wenn diese dazu dienen sollen, eine abkommenswidrige Besteuerung in Folge eines Treaty-Override vorzunehmen (Art. 26 DBA-MA).⁶⁷⁰

In Bezug auf den zu entscheidenden Streitfall war die Frage nach der etwaigen Verpflichtung zum Informationsaustausch durch Art. 26 DBA-MA irrelevant. Aufgrund des Verdrängungsvorbehaltes in Art. 4 Abs. 11 DBA-Schweiz hatte der BFH bereits im Jahr 1984⁶⁷¹ entschieden, dass die Hinzurechnungsbesteuerung im Falle von in der Schweiz ansässigen Gesellschaften mit dem DBA vereinbar sei.⁶⁷² Sofern Verdrängungsvorbehalte zwischen den Vertragsstaaten vereinbart werden, führen unilaterale Regelungen, welche dem DBA vermeintlich widersprechen, nicht zu einem Treaty-Override, da diese von den Vertragsstaaten explizit toleriert werden (sog. Öffnungsklausel). Die Sperrwirkung des § 20 Abs. 1 AStG für den Informationsaustausch gilt folglich nicht, wenn das streitgegenständliche DBA über eine Öffnungsklausel verfügt.⁶⁷³

Erweitert gilt dies auch im Rahmen des Art. 1 Abs. 6 DBA-USA⁶⁷⁴, in dem sich Deutschland ausdrücklich das Recht vorbehält, eine Hinzurechnungsbesteuerung vorzunehmen, d. h., in der Vereinbarung zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten ist explizit ein Verdrängungsvorbehalt vereinbart worden (sog. explizite Öffnungsklausel).⁶⁷⁵ In vielen jüngeren DBA sind keine expliziten Öffnungsklauseln für die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung, sondern allgemeine Vorbehaltsklauseln für die Verhinderung von Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung, enthalten.⁶⁷⁶ Beispielsweise ist das DBA-Singapur nach Art. 29 Abs. 1 „nicht so auszulegen, als hindere es einen Vertragsstaat, seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung anzuwenden“⁶⁷⁷. Ungeachtet der Tatsache, dass eine allgemeine Vorbehaltsklausel

⁶⁷⁰ Auch: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863); *Böhmer*, FR 2020, 30 (37); *Hendricks*, in: Wassermeyer, DBA, März 2013, Art. 26 Rz. 33; kritisch: *Köhler*, ISR 2020, 413 (416).

⁶⁷¹ *BFH*, Urt. v. 29.8.1984 – I R 68/81, BStBl. II 1985, S. 120.

⁶⁷² *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 30 (37).

⁶⁷³ *Gosch*, IStR 2008, 413 (413 f.); *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 3; *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (862 f.); *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 35 (37 f.).

⁶⁷⁴ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen und einiger anderer Steuern, v. 4.6.2008, BGBl. II S. 611.

⁶⁷⁵ *Richter/Welling*, FR 2020, 109 (111); *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 30 (37); *Schwenke*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag, DBA als Völkervertragsrecht und Treaty Override, Rz. 3; *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863); zu den „expliziten“ und „allgemeinen Öffnungsklauseln: *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (82 f.).

⁶⁷⁶ *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (83) mit Verweis auf: Art. 29. DBA-China, Art. 29 DBA-Mauritius, Art. 29 DBA-Singapur, Art. 28 DBA-Mexiko, Art. 27 DBA-Malaysia.

⁶⁷⁷ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Singapur zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, v. 28.6.2004, BGBl. 2006 II S. 930, zuletzt geändert durch Änderungsprotokoll vom 9.12.2019 (BGBl. 2020 II S. 1178, 1179).

nicht explizit die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung adressiert, ist jedoch davon auszugehen, dass das deutsche Hinzurechnungsregime gleichwohl zu den Vorschriften zur Verhinderung von Steuerumgehungen gehört und daher unter die allgemeine Öffnungsklausel zu subsumieren ist.⁶⁷⁸

Für andere DBA muss hingegen eine einzelfallbezogene Prüfung stattfinden. Wurde in den Streitgegenständlichen DBA weder eine explizite noch eine allgemeine Öffnungsklausel vereinbart, besteht keine Verpflichtung zum Informationsaustausch für die Anwendung der Vorschriften der Hinzurechnungsbesteuerung, weil diese dazu dienen, einen Treaty-Override zu vollziehen. Folglich ist in diesem Fall kein Substanznachweis im Drittstaatenfall zu gewähren.⁶⁷⁹ In den meisten DBA ist eine allgemeine oder explizite Öffnungsklausel gleichwohl gängige Abkommenspraxis, sodass ein Informationsaustausch in der Regel möglich sein muss.⁶⁸⁰

Kurzum muss für die Frage der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit zukünftig eine Einzelfallprüfung hinsichtlich der jeweiligen Ausgestaltung des DBA erfolgen. In den meisten Fällen ist eine – allgemeine oder explizite – Öffnungsklausel jedoch enthalten, sodass ein Informationsaustausch rechtlich möglich ist. Der Informationsaustausch muss zwischen den Steuerbehörden der Vertragsstaaten jedoch auch tatsächlich stattfinden.

5.2 Übertragbarkeit der Entscheidungen auf die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung

Aufgrund der oben beleuchteten Ausführungen des EuGH besteht fortan dahingehend Rechtssicherheit, dass im Rahmen der Hinzurechnung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall eine verhältnismäßige Rechtfertigung bejaht werden kann, wenn dem Steuerpflichtigen eine Exkulpationsmöglichkeit bzw. ein Motivtest eingeräumt wird. In den Genuss des Gegenbeweises kommt der Steuerpflichtige jedoch erst dann, wenn die Finanzbehörden aufgrund völkervertraglicher Vereinbarungen (z. B. bi- und multilaterale Abkommen, insbesondere DBA) die tatsächliche Möglichkeit haben, die für die Besteuerung notwendigen Informationen einzuholen.

Fraglich ist, ob die Feststellungen in der Rechtssache *X GmbH* und der Folgeentscheidung des BFH auf die „reguläre“ Hinzurechnungsbesteuerung (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 AStG) übertragen werden können. Entscheidend hierfür ist die Konkurrenz zwischen Niederlassungs-

⁶⁷⁸ *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (83), mit Verweis auf: *Burmeister*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 29 DBA-Albanien Rz. 1; *Hummel/Hüttler/Moreno*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 28 DBA-Mexiko Rz. 1; *Dörrfuß*, in: Wassermeyer, DBA-Kommentar, Art. 29 DBA-Singapur Rz. 2.

⁶⁷⁹ Ähnlich: *Böhmer/Schewe*, FR 2020, 30 (37); *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863).

⁶⁸⁰ *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (85).

und Kapitalverkehrsfreiheit und die Frage, welche Grundfreiheit im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses Anwendungsvorrang erhält.

Der EuGH stellt im Rahmen der Ermittlung der einschlägigen Grundfreiheiten auf „den Gegenstand der betroffenen nationalen Regelung“⁶⁸¹ ab.⁶⁸² Regelungen, welche auf Kontrollbeteiligungen abzielen, sind ausschließlich an der Niederlassungsfreiheit, nicht jedoch an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.⁶⁸³ Nationale Regelungen, welche nur auf Beteiligungen Anwendung finden, die mit dem Sinn und Zweck der (passiven) Geldanlage erfolgen, sind ausschließlich am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen (dazu: 3.3).⁶⁸⁴

Nach der Fassung des AStG bis zum 31.12.2021 gilt, dass eine Inländerbeherrschung nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 AStG nur dann vorliegt, wenn Steuerinländer alleine oder zusammen mit Personen i. S. des § 2 AStG mehr als 50 Prozent der Anteile an der ausländischen Gesellschaft halten. Es können demnach Zufallsfunde entstehen, bei denen einander fremde Steuerinländer gemeinsam die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung auslösen (dazu: 2.1.3).

Zunächst könnte die Auffassung vertreten werden, dass eine tatbestandliche Beherrschungsvoraussetzung bei der regulären Hinzurechnungsbesteuerung zu bejahen ist, da die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung erst greifen, wenn eine Beteiligung „zu mehr als der Hälfte“ an der Zwischengesellschaft vorliegt.⁶⁸⁵ Würde dieser – zu voreilig gedachten – Auffassung gefolgt, käme der Rechtsanwender zu dem Ergebnis, dass der Gegenstand der Regelung auf eine Kontrollbeteiligung abzielt. Folglich wäre die Beurteilung des § 7 Abs. 1 AStG ausschließlich im Lichte der Niederlassungsfreiheit vorzunehmen. Die Niederlassungsfreiheit würde die Kapitalverkehrsfreiheit nämlich aufgrund ihres Ex-

⁶⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C686/13, Rz. 17 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 90 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C385/12, Rz. 21 (Hervis Sport-és Divatkereskedelmi).

⁶⁸² *Bannes/Cloer/Holle*, FR 2017, 620 (620); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 28; *Müller-Graff*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rz. 117; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 33; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96; *EuGH*, Urt. v. 10.6.2015 – C686/13, Rz. 17 (X AB); *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 90 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 5.2.2014 – C385/12, Rz. 21 (Hervis Sport-és Divatkereskedelmi).

⁶⁸³ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96; *EuGH*, Urt. v. 13.3.2007 – C-524/04, Rz. 34 (Test Claimants in The Thin Cap Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 31 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 38, IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539).

⁶⁸⁴ *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96.; *EuGH*, Urt. v. 13.11.2012 – C-35/11, Rz. 91 f. (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 19.7.2012 – C35/11, Rz. 23 (Scheunemann); *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 38 ff., IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539).

⁶⁸⁵ Zum Gedankengang: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (689); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (896).

klusivitätsverhältnisses verdrängen. Investitionen in Drittstaatengesellschaften wären sodann nicht mehr von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt.

Dies würdigte der BFH in seinem Urteil vom 13.6.2018 – zu Recht – anders. In einem obiter dictum führte dieser im Hinblick auf die Anwendbarkeit europäischer Grundfreiheiten aus, dass „auf den Tatbestand der betreffenden nationalen Regelung abzustellen [sei]“⁶⁸⁶. In einem zweiten Halbsatz ergänzte der BFH: „die Hinzurechnungsbesteuerung des § 7 Abs. 1 AStG setzt zwar eine „Inländerbeherrschung“ voraus, zieht die Rechtsfolge aber unabhängig von der konkreten Beteiligungshöhe bei jedem unbeschränkt steuerpflichtigem Beteiligten“ nach sich.⁶⁸⁷

Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 AStG (i. d. F. bis 31.12.2021) kann auch von Steuerpflichtigen erfüllt werden, welche keine sichere Einflussnahme auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft ausüben können. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass § 7 Abs. 2 AStG die Beteiligungsquoten sämtlicher unbeschränkt steuerpflichtiger Inländer aufsummiert. Dadurch kann auch ein Steuerpflichtiger mit einer Zwergbeteiligung von einem Prozent der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen werden, wenn noch andere (Steuer-)Inländer zu mehr als 49 Prozent beteiligt sind.⁶⁸⁸ Folglich werden auch Zufallsfunde vom Tatbestand eingeschlossen, bei denen unbeschränkt Steuerpflichtige nur deshalb der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, weil andere unbeschränkt Steuerpflichtige – ohne jedoch untereinander Zusammenwirken – ebenfalls an der Zielgesellschaft beteiligt sind (dazu: 2.1.3). Es kommt explizit nicht darauf an, dass die Steuerinländer nahestehende Personen bzw. verbundene Unternehmen sind.⁶⁸⁹ Infolgedessen ist eine individuelle sichere Einflussnahme des unbeschränkt Steuerpflichtigen tatbestandsmäßig nicht explizit vorausgesetzt.⁶⁹⁰ Im Ergebnis liegt eine neutrale Regelung vor, welche unterschiedslos kontrollierende Beteiligungen und Minderheitsanteile erfasst und folglich nicht ausschließlich Niederlassungen i. S. des Art. 49 AEUV adressiert.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 33, DStR 2018, 2251 (2256) = IStR 2018, 882 (887).

⁶⁸⁷ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 33, DStR 2018, 2251 (2256) = IStR 2018, 882 (887).

⁶⁸⁸ *Wassermeyer*, IStR 2018, 744 (744); *Richter/Welling*, FR 2020, 109 (111); *Schnüger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346).

⁶⁸⁹ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 29; *Wassermeyer*, IStR 2018, 744 (744); *Haase*, ISR 2017, 349 (350); *Schnüger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346).

⁶⁹⁰ Auch: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (689); *Müller*, ISR 2019, 170 (170); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 50, 87; *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (859 f.).

⁶⁹¹ Auch: *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 50, 87; *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013); *Bannes/Cloer/Holle*, FR 2017, 620 (620); noch „unklar“.

Aufgrund der tatbestandlichen Offenheit des § 7 Abs. 1, Abs. 2 AStG kommt es – in Binnenmarktconstellations – auf die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters im Einzelfall an.⁶⁹² Neutrale Regelungen unterliegen im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander (Binnenmarktfall) der Niederlassungsfreiheit, wenn im konkreten Sachverhalt eine Kontrollbeteiligung besteht; ansonsten der Kapitalverkehrsfreiheit (dazu: 3.3).⁶⁹³ Im Hinblick auf § 7 Abs. 2 AStG dürfte daher in einer Vielzahl von Sachverhalten eine tatsächliche sichere Einflussnahme bejaht werden. Eine Prüfung der Regelung anhand der Kapitalverkehrsfreiheit wäre in Binnenmarktconstellations nur dann möglich, wenn im Einzelfall keine sichere Einflussnahme bejaht werden kann.

Im Verhältnis zu einem Drittstaat unterliegen neutrale Regelungen ausschließlich der Kapitalverkehrsfreiheit.⁶⁹⁴ Der Steuerpflichtige darf sich entsprechend auf den Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit berufen. Wie bereits erörtert, inkludiert dieser Schutz eine Exkulpationsmöglichkeit des Steuerpflichtigen, d. h. die Möglichkeit, sich auf einen Motivtest zu berufen. Der Steuerpflichtige darf – unter den Voraussetzungen eines tatsächlichen Informationsaustauschs zwischen den betroffenen Staaten – wirtschaftliche Gründe für seine Beteiligung darlegen (dazu: 6.4).

Da der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatsachverhalten eröffnet ist, muss in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob die Regelung des § 7 Abs. 1, Abs. 2 AStG unter den Bestandsschutz der Standstill-Klausel fällt. Im Rahmen des oben dargelegten Vorlagebeschlusses wurde durch den BFH lediglich die Rechtsgeschichte der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter dargelegt. Gleichwohl wurde auch die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung seit dem Ende des Jahres 1993 weitgehend umstrukturiert.⁶⁹⁵

Weite Teile der Literatur argumentieren richtigerweise, dass das allgemeine Besteuerungssystem für Körperschaften – in die sich das AStG ergänzend einreicht – seit dem Jahr 1993

⁶⁹² *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 34 DStR 2018, 2251 (2256) = IStR 2018, 882 (887); *BFH*, Beschluss v. 12.10.2016 – I R 80/14, Rz. 40, IStR 2017, 316 (321) = DStRE 2017, 534 (539); *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 50, 87; *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (896); *Schönfeld*, IStR 2016, 416 (417); *Kraft/Quilitzsch*, EWS 2012, 130 (131); a. A. *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366), welche der „konkret in Rede stehenden Beteiligungsquote“ auch in Binnenmarkt-sachverhalten keinen Einfluss auf die einschlägige Grundfreiheit testieren.

⁶⁹³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2012 – C-387/11, Rz. 33 ff. (Kommission/Belgien); *EuGH*, Urt. v. 21.11.2002 – C-436/00, Rz. 37 (X und Y).

⁶⁹⁴ Im Ergebnis wohl auch: *Köhler*, ISR 2018, 453 (459); *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 35; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, § 3 Allgemeiner Teil Rz. 96 f; *Schnittger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (346).

⁶⁹⁵ *Köhler*, ISR 2019, 175 (176); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013).

wesentlichen Änderungen unterworfen war.⁶⁹⁶ Weder der BFH noch der EuGH haben sich mit der Frage beschäftigt, ob nicht bereits der Wechsel des Körperschaftsteuersystems vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren im Jahr 2001 eine wesentliche Änderung des Regelungssystems i. S. des Art. 64 AEUV darstellte. Eine systematische Änderung des Körperschaftsteuersystems ist nach der hier vertretenen Ansicht zu bejahen, da die Hinzurechnungsbesteuerung zu einer endgültigen bzw. definitiven Besteuerung⁶⁹⁷ geworden ist. Sinn und Zweck der Hinzurechnungsbesteuerung ist die Schaffung eines Ausgleichs zu der als zu niedrig empfundenen ausländischen Steuerbelastung, nicht jedoch die Verhinderung einer unangemessenen Thesaurierung von ausländischen Erträgen, wie es noch unter dem körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren der Fall war (dazu: 2.3).⁶⁹⁸ Auch das FG Baden-Württemberg befand in einem im Jahr 2018 ergangenen Urteil die Anwendung der Stand-still-Klausel auf das System der regulären Hinzurechnungsbesteuerung, aufgrund des Systemwechsels zu einer definitiven Hinzurechnungsbesteuerung, für „jedenfalls zweifelhaft“⁶⁹⁹.

Ein weiteres Beispiel für eine die Stand-still-Klausel brechende Änderung ist die Niedrigsteuergrenze von 25 Prozent (§ 8 Abs. 3 AStG). Diese hat sich ihrer Höhe nach nicht verändert. In der Praxis hat sich der Körperschaftsteuersatz jedoch international stark abgesenkt.⁷⁰⁰ Der EuGH hat in der jüngeren Vergangenheit judiziert, dass auch das unveränderte Fortführen einer Bestimmung in einem im Übrigen veränderten Umfeld eine für Art. 64 AEUV schädliche wesentliche Änderung darstellen kann.⁷⁰¹

Im Ergebnis muss sich die „reguläre“ Hinzurechnungsbesteuerung (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 AStG) in Drittstaatsachverhalten am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit messen lassen.⁷⁰² Dem Steuerpflichtigen muss daher auch im Verhältnis zu Drittstaaten – wie bereits im EU/EWR-Raum (§ 8 Abs. 2 S. 2 AStG) – ein Motivtest eingeräumt werden. Dies gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass Amtshilfe zwischen Deutschland und dem Dritt-

⁶⁹⁶ *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (893 ff.); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013); *Kahlenberg/Korff*, IStR 2018, 808 (810); *Middendorf/Eberhardt*, StuB 2019, 357 (357); *Schmitzger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (342); *Köhler*, ISR 2019, 175 (176 ff.); *Müller*, ISR 2019, 170 (172); *Weber*, DStR 2017, 1302 (1304); *Schönfeld*, IStR 2016, 416 (417); a. A.: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (686).

⁶⁹⁷ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20) (zu Heft 6/2013); *Edelmann*, in: Kraft, AStG, § 10 Rz. 6; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 10 AStG Rz. 43; *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (724).

⁶⁹⁸ Auch: *Schönfeld*, IStR 2016, 416 (417); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (324).

⁶⁹⁹ *FG Baden-Württemberg*, Urt. v. 8.5.2018 – 6 K 1775/16, Rz. 74 = IStR 2019, 107 (112).

⁷⁰⁰ *Köhler*, ISR 2019, 175 (179); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (723).

⁷⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 20.9.2019 – C-685/16, Rz. 79, 82 (EV); auch: *Köhler*, ISR 2019, 175 (179).

⁷⁰² Auch: *Richter/Welling*, FR 2020, 109 (111); *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); wohl auch: *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (878) nach denen ein Substanznachweis in Drittstaatenfällen „möglicherweise angezeigt“ ist; noch offen: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (907); *Baumgartner*, DStR 2019, 332 (332).

staat gewährleistet wird. Wie bereits dargelegt, ist im Hinblick auf ein völkerrechtliches Abkommen dahingehend eine kritische Einzelfallprüfung notwendig, ob Informationen über die Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund eines Treaty-Override überhaupt ausgetauscht werden müssen. Der Informationsaustausch ist zumindest im Rahmen der Art. 26 DBA-MA nicht möglich, wenn nicht noch an anderer Stelle im jeweiligem DBA eine Öffnungsklausel enthalten ist, welche den Vertragsstaaten einen Treaty-Override vorbehält.

5.3 BFH v. 18.12.2019 – I R 59/17

In seinem Urteil vom 18. Dezember 2019 hat der BFH die vorstehenden Ausführungen zur Übertragbarkeit der Entscheidungsergebnisse auf die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung weitgehend bestätigt.⁷⁰³ Demnach stelle der Tatbestand des § 7 Abs. 1 AStG nicht ausschließlich auf Beherrschungssituationen ab, sondern erfasse auch Portfoliobeteiligungen, bei denen der Investor keine sichere Einflussnahme auf die Unternehmensleitung nehmen könne.⁷⁰⁴ Insbesondere sei „auch die zufällige Inländerbeherrschung durch mehrere vertraglich nicht verbundene und auch sonst einander nicht nahestehende Steuerpflichtige tatbestandsmäßig [erfasst]“⁷⁰⁵.

Infolgedessen hat auch der BFH bestätigt, dass die Kapitalverkehrsfreiheit im Rahmen der regulären Hinzurechnungsbesteuerung nicht durch die exklusive Anwendung der Niederlassungsfreiheit gesperrt ist. Aufgrund des Beherrschungstatbestands ist die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung in Drittsachverhalten ausschließlich am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen.⁷⁰⁶

Auch das BMF hat auf die Rechtsprechung des EuGH und des BFH reagiert und deren Rechtsauffassung im Hinblick auf die Reichweite des Motivtests adaptiert (dazu: 5.4).

5.4 BMF-Schreiben vom 17.3.2021

Mit Schreiben vom 17.3.2021⁷⁰⁷ reagiert das BMF auf die Urteile des BFH vom 22.5.2019 und 18.12.2019 und nimmt Stellung zur Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG.

Mit gebotener Deutlichkeit erkennt das BMF die Entscheidung des BFH an und verkündet, dass der Motivtest auch für Drittstaatengesellschaften Anwendung finden könne, sofern die vom EuGH skizzierten Voraussetzungen über den Informationsaustausch erfüllt seien.

⁷⁰³ BFH, Urt. v. 18.12.2019 – I R 59/17 = DStR 2020, 2182 (2182 ff.) = IStR 2020, 901 (901 ff.).

⁷⁰⁴ BFH, Urt. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 41 = DStR 2020, 2182 (2187) = IStR 2020, 901 (906).

⁷⁰⁵ BFH, Urt. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 41 = DStR 2020, 2182 (2187) = IStR 2020, 901 (906).

⁷⁰⁶ Dazu: Heckerodt/van Lüick, IStR 2020, 857 (860); Kahlenberg/Quilitzsch, IStR 2021, 135 (136); Schnitger/Gebhardt/Krüger, IWB 2021, 344 (345).

⁷⁰⁷ BMF, Schreiben v. 17. 3. 2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (732 ff.) = BeckVerw 513776.

Dies solle analog für Gesellschaften gelten, die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen.⁷⁰⁸

Zunächst führt das BMF aus, dass es unionsrechtlich nicht geboten sei, dem Steuerpflichtigen eine Exkulpationsmöglichkeit einzuräumen, wenn es den Steuerbehörden nicht möglich sei, die Richtigkeit der Angaben des Steuerpflichtigen zu überprüfen. Nachfolgend legt das BMF dar, unter welchen Voraussetzungen eine Informationsaustauschvereinbarung als „hinreichend“ zu beurteilen sei, um dem Steuerpflichtigen eine Entlastungsmöglichkeit zu offerieren.⁷⁰⁹

Hinreichend in diesem Sinne seien demnach alle rechtlichen Verpflichtungen, die

- „einen rechtlichen Rahmen für die Zusammenarbeit und Mechanismen zum Austausch von Informationen zwischen den betreffenden nationalen Behörden begründen, aus denen ein Informationsanspruch zugunsten der Bundesrepublik Deutschland folgt und
- es den deutschen Steuerbehörden tatsächlich ermöglichen, ggf. die Richtigkeit der Informationen im Einzelfall zu überprüfen (tatsächliche Verifikationsmöglichkeit)“⁷¹⁰.

Das Abstellen auf eine tatsächliche Verifikationsmöglichkeit – und nicht lediglich auf die rechtliche Möglichkeit eines Informationsaustausches – ist nicht zu beanstanden und deckt sich mit den obigen Darlegungen. Auch der EuGH hat in Rz. 94 seines Urteils zur Rechtsache *X GmbH* dargelegt, dass den nationalen Steuerbehörden, zusätzlich zu einem bestehenden rechtlichen Rahmen, die tatsächliche Möglichkeit eingeräumt werden müsse, die Richtigkeit der Informationen überprüfen zu können (dazu: 5.1.2).⁷¹¹

Ein hinreichender Informationsaustausch ist darüber hinaus nach den Ausführungen des BMF nur dann gegeben, wenn sich der Informationsaustausch inhaltlich auf die Anwendung des deutschen Ertragssteuerrechts – namentlich Einkommen-, Körperschaft-, und Gewerbesteuerrecht – bezieht.⁷¹² Insbesondere eine „kleine DBA-Auskunfts Klausel“⁷¹³ erfülle diese Voraussetzung nicht. Auch hier ist dem BMF zuzustimmen, da eine kleine Auskunfts Klausel es den Vertragsstaaten lediglich ermöglicht, Informationen für die Durchführung des DBA, d. h. Informationen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung, einzuholen. Drittstaaten können in diesem Fall jedoch nicht verpflichtet werden, darüber hinausgehen-

⁷⁰⁸ *BMF*, Schreiben v. 17. 3. 2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DSr 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

⁷⁰⁹ *BMF*, Schreiben v. 17. 3. 2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DSr 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

⁷¹⁰ *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DSr 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

⁷¹¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 94 (*X GmbH*).

⁷¹² *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DSr 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

de Informationen bezüglich der innerstaatlichen Besteuerung – und damit der Hinzurechnungsbesteuerung – zu übermitteln (dazu: 5.1.2).

6 Anforderungen an die Substanz von Gesellschaften

In Anknüpfung an die Reichweite des Motivtests beschäftigt sich die zweite Forschungsfrage mit den inhaltlichen Anforderungen an den Entlastungsbeweis. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist der grundfreiheitliche Schutz im Lichte der Niederlassungsfreiheit zu versagen, wenn sich der Steuerpflichtige rein künstlichen Gestaltungen zum Zwecke der Umgehung der national geschuldeten Steuer bedient (dazu: 6.1.2). Fraglich ist, wann eine rein künstliche Gestaltung vorliegt und wie der Steuerpflichtige die Vermutung einer solchen Konstruktion entkräften kann. Darüber hinaus muss untersucht werden, ob im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit die gleichen Anforderungen an den Entlastungsbeweis gelten wie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit. Dabei sind die unterschiedlichen Zielsetzungen der Grundfreiheiten zu berücksichtigen.

6.1 Judikative Entwicklung der Substanzanforderungen

Da es sich bei der Frage nach den inhaltlichen Anforderungen an den Entlastungsbeweis gleichzeitig auch um die Frage handelt, wann eine schutzwürdige Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV bzw. Investitionstätigkeit i. S. des Art. 63 AEUV vorliegt, muss die Frage in inhaltlicher Nähe zur Interpretation der Grundfreiheiten beantwortet werden. Im Folgenden wird daher anhand ausgewählter Urteile eine Rechtsprechungslinie aufgezeigt, die dem Rechtsanwender einen Soll-Zustand europarechtskonformer CFC-Rules und ihrer Grenzen skizziert.

6.1.1 Marks & Spencer – 13.12.2005

Im Fall *Marks & Spencer* versagte die britische Steuerverwaltung der Marks & Spencer plc den Abzug der Verluste ihrer in Belgien, Deutschland und Frankreich ansässigen Tochtergesellschaften von der Bemessungsgrundlage der britischen Muttergesellschaft. Die europäischen Tochtergesellschaften hatten zuvor Verlustvorträge angehäuft und sollten nach einer gescheiterten Expansion liquidiert werden.⁷¹³

Das Themengebiet der grenzüberschreitenden Verlustverrechnung von Tochtergesellschaften – bzw. dessen Ausdehnung auf Betriebsstättenverluste⁷¹⁴ – wurde von der Literatur bereits weitreichend diskutiert⁷¹⁵ und ist für die Beantwortung der Forschungsfrage nicht

⁷¹³ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 2 (Marks & Spencer).

⁷¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 15.5.2008 – C-414/06, Rz. 1 ff. (Lidl Belgium); *BFH*, Urt. v. 17.7.2008 – I R 84/04, IStR 2008, 704 (704 ff.) = DSStR 2008, 1030 (1030 ff.).

⁷¹⁵ Zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung: *Homburg*, IStR 2009, 350 (350 ff.); *Spengel/Matenaer*, IStR 2010, 817 (817 ff.); *Niemann/Dodos*, DSStR 2021, 441 (441 ff.).

unmittelbar von Bedeutung. Von Interesse ist jedoch die etwaige Zulässigkeit der Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses.⁷¹⁶

Die Gewährung der Verlustverrechnung von inländischen Tochtergesellschaften bei gleichzeitiger Versagung der Verlustverrechnung von ausländischen Tochtergesellschaften stellte nach Auffassung des EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.⁷¹⁷ Jedoch akzeptierte der EuGH erstmalig die „Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“⁷¹⁸ sowie die Kohärenz – und damit Aspekte der Territorialität – als Rechtfertigungsgründe bei der Überprüfung steuerrechtlicher Vorschriften.⁷¹⁹ Dies stellte eine Aufweichung der vorherigen Rechtsprechungspraxis zur Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen dar. Während in früherer Rechtsprechung lediglich Beschränkungen anerkannt worden waren, welche das spezifische Ziel hatten, rein künstlichen Gestaltungen entgegenzuwirken, können seit dem Urteil in der Rechtssache *Marks & Spencer* auch beschränkende Maßnahmen als gerechtfertigt gelten, die das Ziel verfolgen, eine ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse sicherzustellen.⁷²⁰

6.1.2 Cadbury Schweppes – 12.9.2006

In der Rechtssache *Cadbury Schweppes* war eine Muttergesellschaft (CS) mit Sitz im Vereinigten Königreich über eine Reihe von Tochtergesellschaften mittelbar an zwei Tochtergesellschaften (CSTS und CSTI) mit Sitz in Irland beteiligt.⁷²¹ Die CSTS und die CSTI waren sog. „Treasury Gesellschaften“, d. h., sie akkumulierten Geldmittel und stellten diese den Gesellschaften des Cadbury Schweppes-Konzerns zur Verfügung.⁷²² Im Zeitpunkt des zu entscheidenden Sachverhalts wurden die CSTS und die CSTI in Irland mit einem Steuersatz von zehn Prozent besteuert.⁷²³

Nach britischem Recht lag ein „niedriges Besteuerungsniveau“ im Ausland vor, da sich die von den irländischen Gesellschaften entrichtete Steuer auf weniger als drei Viertel der Steuer belief, die im Vereinten Königreich für die gleichen Gewinne hätte entrichtet wer-

⁷¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 35 (*Marks & Spencer*).

⁷¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 34 (*Marks & Spencer*).

⁷¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 43 ff. (*Marks & Spencer*).

⁷¹⁹ *Heckerodt*, IStR 2019, 171 (171); *Schön*, IStR-Beih. 2013, 3 (12) (zu Heft 6/2013); *Musil*, FRs 2018, 933 (935); *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rz. 321 ff.

⁷²⁰ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rz. 321 ff.; *Schön*, IStR-Beih. 2013, 3 (12) (zu Heft 6/2013).

⁷²¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 13 (*Cadbury Schweppes plc* und *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁷²² *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 15 (*Cadbury Schweppes plc* und *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁷²³ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 14 (*Cadbury Schweppes plc* und *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

den müssen.⁷²⁴ Der Cadbury Schweppes-Konzern sah sich aufgrund der Hinzurechnung der Gewinne der CSTS und der CSTI in seinem Recht auf Niederlassungsfreiheit verletzt. Aufgrund der europarechtlichen Bedenken setzte das vorliegende Gericht das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung darüber vor, ob die britischen CFC-Rules einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen.⁷²⁵

In seiner „landmark decision“ stellte der EuGH fest, dass das britische Hinzurechnungsregime in seiner damaligen Ausgestaltung eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellte.⁷²⁶ Zunächst bejahte der EuGH den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, da ein Angehöriger eines Mitgliedstaats (CS) am Kapital einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat (CSTS und CSTI) in dem Umfang beteiligt war, dass die CS in der Lage war, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der CSTS und CSTI zu nehmen und deren Tätigkeiten zu beeinflussen.⁷²⁷

Bevor der EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit prüfte, beantwortete er in einem ersten Schritt die Frage, ob es per se einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellen würde, wenn ein Steuerpflichtiger eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat mit dem alleinigen Zweck gründet und mit Kapital ausstattet, um in den Genuss der dort günstigeren Steuervorschriften zu gelangen.⁷²⁸ Dazu führte er zunächst aus, dass Angehörige eines Mitgliedstaats die Niederlassungsfreiheit nicht missbrauchen dürften, um sich ihren nationalen Rechtsvorschriften zu entziehen.⁷²⁹ Mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung ergänzte der EuGH jedoch, dass die Gründung einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat mit dem alleinigen Zweck, in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu gelangen, für sich genommen nicht ausreichend sei, um eine missbräuchliche Anwendung der Niederlassungsfreiheit zu bejahen.⁷³⁰ Damit bestätigte der EuGH den auch in der deutschen Steuerrechtsordnung verankerten Grundsatz der steuerlichen Gestaltungs-

⁷²⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 7 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷²⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 28 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷²⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); die typisierte Hinzurechnung ohne die Möglichkeit einer Exkulpation war von Teilen der Literatur bereits seit 1999 als gemeinschaftswidrig erachtet worden: *Hahn*, IStR 1999, 609 (609 ff.).

⁷²⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 31 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷²⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 34 ff. (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); dazu: *Hahn*, IStR 2006, 667 (668).

⁷²⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 35 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); *EuGH*, Urt. v. 7.2.1979 – C-115/78, Rz. 25 (Knooks); *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, Rz. 24 (Centros).

⁷³⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 36 f. (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, Rz. 27 (Centros); *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01, Rz. 96 (Inspire Art.); dazu: *Hahn*, IStR 2006, 667 (668).

freiheit: Der Steuerpflichtige darf sich seine Verhältnisse grundsätzlich so einrichten, dass er möglichst geringe Steuern zu entrichten hat.⁷³¹

Wie in den Urteilen zu den Rechtssachen *Centros*⁷³² und *Inspire Art*⁷³³ befindet der EuGH daher im vorliegenden Sachverhalt die Niederlassungsfreiheit nicht bereits aufgrund eines Missbrauches für ausgeschlossen.⁷³⁴ Damit blieb der EuGH seiner eigenen Rechtsprechungslinie treu. Bereits in der Rechtssache *Centros* hatte der EuGH dargelegt, dass es keine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn eine Gesellschaft das für sich vorteilhafteste Gesellschaftsstatut wähle, in diesem Rechtsraum eine Gesellschaft gründe und anschließend in anderen ungünstigeren Gesellschaftsstatuten Zweigniederlassungen errichte, ohne dabei im Gründungsstaat eine Geschäftstätigkeit aufgenommen zu haben.⁷³⁵ Neben der reinen Standortwahl bzw. der Wahl des Rechtsstatutes müsse also ein weiteres Element hinzutreten, damit ein Missbrauch bejaht werden könne.⁷³⁶

Im Folgenden widmete sich der EuGH der Frage, ob die britischen CFC-Rules mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind.⁷³⁷ Richtigerweise legte der EuGH zunächst dar, dass eine Ungleichbehandlung zwischen In- und Auslandsinvestitionen aufgrund der CFC-Rules gegeben sei, da diese zu einem Steuernachteil für die CS führen würden.⁷³⁸ Grund sei, dass keine Hinzurechnung bei einer britischen Gesellschaft, deren Tochtergesellschaften ausschließlich im Vereinigten Königreich ansässig seien, erfolge, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass im Vergleich zu einem reinen Inlandssachverhalt aufgrund der Hinzurechnungsbesteuerung keine höheren Steuern entrichtet werden müssten.⁷³⁹ Folglich liege

⁷³¹ Dazu: *Hahn*, IStR 2006, 667 (668); *Hey*, StuW 2008, 167 (169 ff.); *Mack/Wollweber*, DStR 2008, 185 (185 ff.); *Krömker*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 42 AO Rz. 1; *Haarmann*, IStR 2018, 561 (563); *Koenig*, in: Koenig, AO, § 42 AO Rz. 1; *Baum*, in: Baum, AO – eKommentar, § 42 Rz. 36.

⁷³² *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 (*Centros*).

⁷³³ *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 (*Inspire Art*).

⁷³⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 38 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁷³⁵ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, Rz. 17 ff. (*Centros*).

⁷³⁶ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, Rz. 17 ff. (*Centros*); dazu: *Bayer/Schmidt*, ZIP 2017, 2225 (2226 ff.); *Hahn*, IStR 2006, 667 (668).

⁷³⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 39 ff. (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁷³⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 43 f. (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁷³⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 45 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

aufgrund des Steuernachteils eine Beschränkung vor, die geeignet sei, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern.⁷⁴⁰

Eine solche Beschränkung könne jedoch aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein (dazu: 3.1.3). Die Regierung des Vereinten Königreichs hatte sich im zu entscheidenden Sachverhalt auf den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der „Verhinderung von Steuerhinterziehung und Missbrauch“ berufen.⁷⁴¹

Der EuGH führte dazu aus, dass sich bereits aus vergangener Rechtsprechung⁷⁴² ergebe, dass allein der Umstand, dass eine Gesellschaft eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat gründe, „keine allgemeine Vermutung der Steuerhinterziehung“ begründe.⁷⁴³ Jedoch könne eine beschränkende Regelung gerechtfertigt sein,

„wenn sie sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen“.⁷⁴⁴

Ziel der Niederlassungsfreiheit sei es, den Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats zu erlauben, in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft zu gründen, um dort ihren Tätigkeiten nachzugehen, um so die Angleichung durch gegenseitige wirtschaftliche und soziale Durchdringung des Binnenmarktes zu fördern. Dafür sei es notwendig, dass es Staatsangehörigen der Gemeinschaft ermöglicht werde

„in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen“⁷⁴⁵.

Daher verlange der Niederlassungsbegriff die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.⁷⁴⁶

Eine rein künstliche Gestaltung liege demnach nur dann vor, wenn das Verhalten des Steu-

⁷⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 46 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 48 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷⁴² *EuGH*, Urt. v. 26.9.2000 – C478/98, Rz. 26 (ICI); *EuGH*, Urt. v. 4.3.2004 – C-334/02, Rz. 27 (Kommission/Frankreich).

⁷⁴³ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 50 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); dazu: *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 (620); *Körner*, IStR 2006, 670 (675).

⁷⁴⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 51 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 57 (Marks & Spencer); *EuGH*, Urt. v. 11.3.2004 – C-9/02, Rz. 50 (De Lasteyrie du Saillant).

⁷⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 53 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); dazu: *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 (620); *Körner*, IStR 2006, 670 (675).

erpflichtigen darin bestehe, eine „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung“ mit dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen.⁷⁴⁷ Neben den objektiven Anhaltspunkten, aus denen hervorgehe, dass das mit der Niederlassungsfreiheit verfolgte Ziel nicht erreicht würde, bedürfe es für die Feststellung einer rein künstlichen Gestaltung zudem eines subjektiven Elements des Steuerpflichtigen, das in dem Streben nach einem Steuervorteil bestehe.⁷⁴⁸

Sowohl das objektive als auch das subjektive Merkmal müssen folglich kumulativ erfüllt sein, um eine rein künstliche Gestaltung zu bejahen.⁷⁴⁹ Die steuerliche Motivation gewinnt daher nur an Bedeutung, wenn die ausländische Gesellschaft auf objektiver Grundlage nicht über eine ausreichende wirtschaftliche Integration mit dem Aufnahmemitgliedstaat verfügt. Im Umkehrschluss kommt es bei Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Aktivität im Aufnahmemitgliedstaat nicht mehr auf die Beweggründe des Steuerpflichtigen an.⁷⁵⁰

Um das subjektive Element zu erfüllen, muss der Steuerpflichtige in fraudem legis (mit Umgehungsabsicht) gehandelt haben. Analog zur innerstaatlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO⁷⁵¹ wird die steuerliche Motivation aus prozessualer Sicht jedoch relativiert werden müssen. Es ist unmöglich, mit absoluter Sicherheit die mit der Gestaltung bezweckte Intention des Steuerpflichtigen zu ermitteln. Sehr wohl kann aber aufgrund der Indizien des Streitgegenständlichen Sachverhalts eine Prognose erstellt werden, was mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die „wahre Intention“ des Steuerpflichtigen war. Folglich muss die Finanzverwaltung – sofern die überwiegenden objektiven Umstände auf eine Umgehungsabsicht hindeuten – dem Steuerpflichtigen nicht nachweisen, dass er die Steuerumgehung tatsächlich beabsichtigt hat.⁷⁵²

Der EuGH legte dar, dass die ansässige Gesellschaft „am ehesten in der Lage“⁷⁵³ sei die Umstände nachzuweisen, aus denen sich eine tatsächliche Ansiedlung oder außersteuerli-

⁷⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 55 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); dazu: *Axer*, IStR 2007, 162 (164).

⁷⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 64 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd, IStR 2006, 670 (670 ff.); zum subjektiven Element: *Hahn*, IStR 2006, 667 (669); *Körner*, IStR 2006, 670 (675); *Nürnberg*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Motivat Rz. 3.

⁷⁴⁹ *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Rz. 13.145; *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 466.

⁷⁵⁰ *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 466.

⁷⁵¹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 44; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 271 f.; *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1552 f.).

⁷⁵² *Baum*, in: Baum, AO – eKommentar, § 42 Rz. 51; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 270 ff.

⁷⁵³ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 70 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

che Motivation ergäben. Damit liegt es nahe, dass die Mitgliedstaaten die Beweislast für die erfolgreiche Führung des Motivtests den Steuerpflichtigen aufbürden dürfen.⁷⁵⁴

Die Hinzurechnungsbesteuerung als beschränkende Maßnahme kann nicht gerechtfertigt werden, wenn die Gründung mit einer tatsächlichen Ansiedlung zusammenhängt, deren Zweck darin besteht, wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat nachzugehen (dazu: 3.1.1).⁷⁵⁵ Die dafür anzusetzenden objektiven, von dritter Seite nachzuprüfenden Anhaltspunkte seien „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung [...] auf unbestimmte Zeit“, spezifiziert durch das Vorhandensein von „Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen“.⁷⁵⁶ Eine „Briefkastenfirma“ (im Kontext von § 42 AO als „Basisgesellschaft“⁷⁵⁷ bezeichnet) erfüllt, als vom EuGH angeführtes Negativbeispiel, nicht die o. g. Kriterien und gelangt daher nicht in den Genuss der Grundfreiheit.⁷⁵⁸

Die Möglichkeit des Nachweises der Existenz objektiver Anhaltspunkte für eine reale wirtschaftliche Tätigkeit (sog. Motivtest⁷⁵⁹) enthielten die deutschen Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 ff. AStG a. F.) im Zeitpunkt der Cadbury Schweppes-Entscheidung nicht.⁷⁶⁰ Die pauschale Missbrauchsvermutung der deutschen Regelungen führte daher zu einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.⁷⁶¹ Der Gesetzgeber hat daher im Rahmen des Jahressteuergesetz 2008 Anpassungen vorgenommen und einen Motivtest eingeführt, um seine rein typisierende Missbrauchsbehandlung aufzugeben.⁷⁶²

Die vom EuGH verwendeten Begrifflichkeiten der „wirtschaftlichen Realität“, „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“, „tatsächlichen Ansiedlung“ und „rein künstlichen Gestaltung“ stehen in einem engen Zusammenhang und sind miteinander eng verbunden. In den Fokus rückt daher die Frage, wann eine wirtschaftliche

⁷⁵⁴ Hahn, IStR 2006, 667 (669); Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (21 f.) (zu Heft 6/2013); Schönfeld/Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 456.

⁷⁵⁵ EuGH, UrT. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 66 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷⁵⁶ EuGH, UrT. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); Körner, IStR 2006, 670 (675); dazu: Axer, IStR 2007, 162 (164 f.).

⁷⁵⁷ Die Begrifflichkeiten werden teilweise synonym verwendet, sind jedoch nicht deckungsgleich. Das Vorliegen einer „Briefkastenfirma“ ist im Kontext der europäischen Grundfreiheiten zu beurteilen. Das Vorliegen einer „Basisgesellschaft“ ist anhand der Vorgaben von § 42 AO zu würdigen.

⁷⁵⁸ EuGH, UrT. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 68 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); dazu: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, Rz. 8.178.

⁷⁵⁹ Goebel/Palm, IStR 2017, 720 (720 ff.); Kraft, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 740, 751.

⁷⁶⁰ Möller, IStR 2010, 166 (166); Kraft/Bron, IStR 2006, 614 (620); Kühn/Schienze-Ohletz, BB 2020, 1562 (1565).

⁷⁶¹ Körner, IStR 2006, 670 (675); Goebel/Palm, IStR 2007, 720 (720 ff.).

⁷⁶² Möller, IStR 2010, 166 (166); Kühn/Schienze-Ohletz, BB 2020, 1562 (1565); Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, Rz. 8.175.

Verflechtung mit dem Aufnahmemitgliedsstaat vorliegt. Dies führt zwangsläufig zu der Folgefrage, wie viel „Substanz“ in einem Mitgliedstaat notwendig ist, damit eine Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV vorliegt (dazu: 6.3). Neben Aspekten der sachlichen und personellen Ausstattung drängt sich auch die Frage auf, welcher Grad von Marktintegration im Aufnahmemitgliedstaat erforderlich ist.

Aus dogmatischer Sicht sei an dieser Stelle noch angemerkt, dass der EuGH in seinen Ausführungen "rein künstliche Gestaltungen" als außerhalb des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit einstuft.⁷⁶³ Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit kann folglich bei rein künstlichen Gestaltungen gar nicht eröffnet sein. Teile der Literatur⁷⁶⁴ merken richtigerweise an, dass im Urteil nicht immer klar zu erkennen sei, ob das Erfordernis der wirklichen wirtschaftlichen Aktivität bereits zur Nichteröffnung des Schutzbereiches der Niederlassungsfreiheit führe oder erst auf Rechtfertigungsebene geprüft werde (dazu: 6.1.6). Beide Ansätze führen jedoch zum selben Ergebnis: die Versagung des Schutzes der Niederlassungsfreiheit.

6.1.3 Columbus Container Services – 6.12.2007

Im Fall *Columbus Container Services* waren acht in Deutschland ansässige Angehörige derselben Familie zu jeweils zehn Prozent sowie eine deutsche Personengesellschaft zu 20 Prozent an einer belgischen Kommanditgesellschaft (KG) beteiligt. Die Gesellschafter der Personengesellschaft waren ebenfalls Mitglieder der vorgenannten Familie.⁷⁶⁵ Zweck der KG war die Finanzierung der Unternehmensgruppe sowie die Verwaltung von Kapitalanlagen i. S. des § 10 Abs. 6 S. 2 AStG i. d. F. des Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetzes (StMBG⁷⁶⁶) vom 21.12.1993. Die KG ging folglich passiven Tätigkeiten mit Kapitalanlagecharakter nach, welche nicht unter den Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG a. F. fielen.⁷⁶⁷ Die Beteiligung an der KG wurde – aus deutscher Sicht – steuerrechtlich wie eine Betriebsstätte der Mitunternehmer (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 EStG) in Belgien behandelt.⁷⁶⁸ Belgien besteuerte die Gewinne der Betriebsstätte mit weniger als 30 Prozent.⁷⁶⁹ Trotz der im DBA zwischen Deutschland und Belgien vereinbarten Freistellungs-

⁷⁶³ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 55 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁷⁶⁴ *Hahn*, IStR 2006, 667 (669); *Axer*, IStR 2007, 162 (164); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 7.24.

⁷⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 14 (Columbus Container Services).

⁷⁶⁶ Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetzes v. 21.12.1993, BGBl I 1993, S. 2310, BStBl I 1994, S. 50.

⁷⁶⁷ *Sydow*, IStR 2010, 174 (176); *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1566).

⁷⁶⁸ *Brocke/Hackemann*, DStR 2010, 368 (369); *Wagner*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 34d EStG Rz. 35.

⁷⁶⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 17 (Columbus Container Services).

methode für Betriebsstättengewinne (Art. 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 DBA-Belgien) erfolgte in Deutschland eine gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen auf Grundlage des § 20 Abs. 2 AStG a. F. (sog. Switch-Over-Klausel).⁷⁷⁰ Das deutsche Finanzamt bezog daher die Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Rahmen der Einkommensteueranverlangung – unter Anrechnung der in Belgien erhobenen Steuer – in die Steuerbemessungsgrundlage der Steuerpflichtigen ein.⁷⁷¹

Der EuGH judizierte, dass bereits keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliege, da ausländische Gesellschaften im Vergleich zu in Deutschland ansässigen Personengesellschaften nicht ungleich behandelt würden.⁷⁷² Dies begründete der EuGH damit, dass aufgrund der Anrechnungsmethode die Gewinne ausländischer Gesellschaften in Deutschland demselben Steuersatz unterlägen wie die Gewinne von inländischen Personengesellschaften.⁷⁷³ Zugleich könne die Kapitalverkehrsfreiheit auch nicht verletzt sein, da kein unterschiedliches Ergebnis zwischen Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit möglich sei.⁷⁷⁴

Dieser Befund widersprach den Ausführungen des Generalanwaltes Mengozzi, welcher in seinen Schlussanträgen zu dem Ergebnis gekommen war, dass § 20 Abs. 2 und 3 AStG a. F. eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle.⁷⁷⁵

In seinem Schlussurteil zur Rechtssache *Columbus Container Services* erklärte der BFH überraschenderweise die Switch-Over-Klausel des § 20 Abs. 2 und 3 AStG a. F. für europarechtswidrig.⁷⁷⁶ Grund sei, dass § 20 Abs. 2 und 3 AStG a. F. Missbrauchsvermeidungsregelungen darstellten, welche als Ergänzung zur primären Missbrauchsabwehr angedacht (§§ 7 ff. AStG) seien und dann zur Anwendung kommen sollten, wenn anstelle einer ausländischen Kapitalgesellschaft eine Betriebsstätte passive Einkünfte erziele.⁷⁷⁷ Demnach müssten für § 20 Abs. 2 und 3 AStG a. F. – als Annex zu den §§ 7 ff. AStG – die Feststellungen des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*, d. h. die Feststellungen für Körperschaften, analog gelten.⁷⁷⁸

⁷⁷⁰ *EuGH*, Ur. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 7, 35 f. (*Columbus Container Services*).

⁷⁷¹ *EuGH*, Ur. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 19 (*Columbus Container Services*).

⁷⁷² *EuGH*, Ur. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 39 f., 54 (*Columbus Container Services*).

⁷⁷³ *EuGH*, Ur. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 39 (*Columbus Container Services*).

⁷⁷⁴ *EuGH*, Ur. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 56 (*Columbus Container Services*).

⁷⁷⁵ *Generalanwalt Mengozzi*, Schlussantrag v. 29.3.2007 – C-298/05, Rz. 148 ff., 156 (*Columbus Container Services*).

⁷⁷⁶ *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, DStR 2010, 37 (37 ff.) = IStR 2010, 149 (149 ff.); dazu: *Brocke/Hackemann*, DStR 2010, 368 (369); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 8.172.

⁷⁷⁷ *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, Rz. 22, DStR 2010, 37 (38 f.) = IStR 2010, 149 (151).

⁷⁷⁸ *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, Rz. 24, DStR 2010, 37 (39) = IStR 2010, 149 (151).

Hierin unterscheiden sich die Urteilstenore des BFH und des EuGH. Letzterer hat ausschließlich zu der Umschaltklausel, d. h. dem Wechsel vom Freistellungs- zum Anrechnungsverfahren, judiziert und die Klausel nicht in einen Gesamtkontext mit den §§ 7 ff. AStG gesetzt.⁷⁷⁹ Zwar erscheint die Aussage des EuGH, dass Gesellschaften wie Columbus Container Services in Deutschland aufgrund der Anrechnungsmethode steuerlich nicht diskriminiert werden, zunächst richtig. Jedoch handelt es sich bei der Umschaltklausel (§ 20 Abs. 2 AStG a. F.) um eine Norm, die die Umgehung der Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischengesellschaften (Körperschaften) durch die Zwischenschaltung von niedrig besteuerten Betriebsstätten verhindern will.⁷⁸⁰ Aufgrund dessen kann sich die Ungleichbehandlung auch aus der auf die ausländische Zwischengesellschaft erfolgenden Hinzurechnungsbesteuerung ergeben.⁷⁸¹

Nach Ansicht des BFH dürften daher auch Umschaltklauseln keine typisierende Missbrauchsvermeidungsvorschrift darstellen, sondern müssten dem Steuerpflichtigen, z. B. durch den Nachweis von qualifiziertem Personal und geeigneten Geschäftsräumen, die Möglichkeit zum Gegenbeweis eröffnen.⁷⁸² Im Übrigen äußerte sich der BFH zu den Substanzerfordernissen und stellte klar, dass die Anforderungen des BMF-Schreibens vom 8. Januar 2007⁷⁸³ über das erforderliche Maß der Cadbury-Doktrin hinausgingen.⁷⁸⁴ Nach den Ausführungen des BFH verfügte die streitgegenständliche KG demnach über genügend Substanz, sodass es keinen Grund gäbe, ihr die Steuerfreistellung nicht zu gewähren.⁷⁸⁵

6.1.4 Glaxo Wellcome – 17.9.2009

Unter Bezugnahme auf sein Urteil in der Rechtssache *Marks & Spencer* hat der EuGH in der Rechtssache *Glaxo Wellcome* judiziert, dass der Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit geeignet sei, zu einer zulässigen Beschränkung der Grundfreiheiten zu führen.⁷⁸⁶ Ähnlich wie in seiner späteren zur Niederlassungsfreiheit ergangenen Entscheidung (Rechtssache *SGI*)⁷⁸⁷ setzte der EuGH auf Rechtfertigungsebene die Ausge-

⁷⁷⁹ *Brocke/Hackemann*, DStR 2010, 368 (369); *Lieber*, IStR 2009, 31 (35 f.); *Sydow*, IStR 2010, 174 (174 ff.); Kritik an dem „nicht im Einklang“ mit dem EuGH Urteil stehenden Ausführungen des BFH.

⁷⁸⁰ *Lieber*, IStR 2010, 142 (143); *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 (334).

⁷⁸¹ Auch: *Lieber*, IStR 2009, 31 (35 f.); *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 (334); *Brocke/Hackemann*, DStR 2010, 368 (370); a. A.: *Sydow*, IStR 2010, 174 (174 ff.).

⁷⁸² *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, Rz. 26, DStR 2010, 37 (39) = IStR 2010, 149 (152).

⁷⁸³ *BMF*, Schreiben v. 8.1.2007 – IV B 4 – S 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99 = IStR 2007, 151 (151) = Beck-Verw 087534.

⁷⁸⁴ *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, Rz. 28, DStR 2010, 37 (39 f.) = IStR 2010, 149 (152); *Köhler/Eicker*, DStR 2007, 331 (331 ff.) mit Kritik am BMF Schreiben.

⁷⁸⁵ *BFH*, Ur. v. 21.10.2009 – I R 114/08, Rz. 28, DStR 2010, 37 (39 f.) = IStR 2010, 149 (152).

⁷⁸⁶ *EuGH*, Ur. v. 17.9.2009 – C-182/08, Rz. 82, 87 f. (Glaxo Wellcome).

⁷⁸⁷ *EuGH*, Ur. v. 21.1.2010 – C-311/08 (SGI).

wogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten in einen Gesamtzusammenhang mit dem Ziel der Verhinderung von Steuerumgehung, d. h. der Bekämpfung rein künstlicher Gestaltungen.⁷⁸⁸

6.1.5 SGI – 21.01.2010

Im Streitgegenständlichen Sachverhalt war eine belgische Holdinggesellschaft, namentlich die Société de Gestion Industrielle SA (SGI), am Kapital einer französischen Gesellschaft zu 65 Prozent beteiligt.⁷⁸⁹ Der französischen Tochtergesellschaft überlies die SGI ein unentgeltliches Darlehen. Das belgische Finanzamt rechnete dem Gewinn der SGI fiktive Zinsen i. H. v. fünf Prozent der Darlehensvaluta hinzu.⁷⁹⁰ Die Gewährung des Darlehens war nach Auffassung der Finanzverwaltung wirtschaftlich nicht notwendig, da sich die Tochtergesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehenshingabe in einer finanziell gesicherten Situation befunden habe und darüber hinaus die SGI durch die Kreditaufnahme schwer belastet worden sei.⁷⁹¹ Fraglich war, ob die belgischen Gewinnkorrekturvorschriften (Art. 26 Abs. 2 Nr. 1 CIR 1992) eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit darstellten.

Der EuGH befand die Niederlassungsfreiheit aufgrund der tatsächlichen Beteiligungshöhe für einschlägig (dazu: 3.3).⁷⁹² Weiterhin stellte er fest, dass die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Gewinnkorrekturvorschriften unter den Gesichtspunkten der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse⁷⁹³ und der Notwendigkeit der Verhinderung der Steuerumgehung⁷⁹⁴, d. h. der Verhinderung rein künstlicher Gestaltungen, zusammen betrachtet als zwingende Gründe des Allgemeininteresses geeignet seien, um eine Beschränkung zu rechtfertigen.⁷⁹⁵

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung forderte der EuGH zwei Voraussetzungen, die für Gewinnkorrekturvorschriften erfüllt sein müssten, damit die Beschränkung nicht über das hinausgehe, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich sei:⁷⁹⁶ Zum einen müsse dem Steuerpflichtigen bei einem etwaigen Verstoß gegen den Fremdvergleichsgrundsatz die Möglichkeit eingeräumt werden, Beweise für wirtschaftliche Gründe für den

⁷⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 17.9.2009 – C-182/08, Rz. 92 (Glaxo Wellcome).

⁷⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 9 (SGI).

⁷⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 12 (SGI).

⁷⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 15 (SGI).

⁷⁹² *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 23 ff., 36 f. (SGI).

⁷⁹³ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 59 ff. (SGI).

⁷⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 65 ff. (SGI).

⁷⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 66 (SGI).

⁷⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 70 (SGI).

Abschluss des fremdunüblichen Geschäftes vorzulegen.⁷⁹⁷ Zum anderen dürfe die steuerliche Gewinnkorrektur nicht über das fremdunübliche Maß hinausgehen.⁷⁹⁸

Damit hat der EuGH seine Rechtsprechungslinie zu den immanenten Schranken, welche er bereits mit der Rechtssache *Marks & Spencer* novelliert hat, ein weiteres Mal fortentwickelt. Dafür setzte der EuGH die Rechtfertigungsgründe der „Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“ und das Ziel der „Verhinderung von Steuerumgehungen“ in einen Gesamtzusammenhang.⁷⁹⁹ An dieser Stelle muss jedoch angemerkt werden, dass eine Übertragung dieser Ergebnisse auf die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung fraglich ist. Die Entscheidungen in der Rechtssache *SGI* betrafen – wie bereits in der Rechtssache *Marks & Spencer* – die mitgliedstaatlichen Gewinnkorrekturvorschriften (§ 1 AStG) und nicht die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung.

Ungeachtet dessen zeigt der EuGH in beiden Urteilen, dass er durchaus willens und in der Lage ist, neue Rechtfertigungsgründe zu etablieren, soweit er dies für erforderlich hält. Insbesondere die zunehmend aggressiven Steuergestaltungen globaler Konzerne könnten für den Gerichtshof Anlass sein, die immanenten Schranken erneut zu erweitern (dazu: 7.2).

Für Verwirrung sorgten Teile der Literatur mit der als Reaktion auf das Urteil bedachten Aussage, § 1 AStG sei im Regelfall europarechtskonform, da er die „Möglichkeit zum Gegenbeweis“⁸⁰⁰ eröffne. Damit kann jedoch nur der Gegenbeweis im Sinne der Darlegung einer fremdvergleichskonformen Geschäftsbeziehung gemeint sein (§ 1 Abs. 4 S. 2 AStG). Im Kontext des Urteils zur Rechtssache *SGI* spricht der EuGH jedoch von der Möglichkeit des Steuerpflichtigen, einen wirtschaftlichen Grund anzuführen, um eine fremdunübliche Geschäftsbeziehung zu rechtfertigen. Eine Escape-Klausel, welche eine fremdunübliche Geschäftsbeziehung rechtfertigt, enthält § 1 AStG de lege lata nicht. Die Annahme aus der Literatur geht demnach fehl. Dies verdeutlicht auch eine spätere Entscheidung des EuGH zur Rechtssache *Hornbach* (dazu: 6.2).⁸⁰¹

6.1.6 Polbud – 25.10.2017

In der Rechtssache *Polbud* wollte eine nach polnischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Satzungssitz unter Verbleib ihres Verwaltungssitzes in Polen nach Luxemburg verle-

⁷⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 71 (SGI).

⁷⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 72. (SGI).

⁷⁹⁹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rz. 322.

⁸⁰⁰ *Korn*, GWR 2010, 72 (72).

⁸⁰¹ Zur Exkulpation im Fremdvergleichsgrundsatz: *Uterhark/Nagler*, IStR 2018, 461 (468); *Ditz/Quilitzsch*, DB 2018, 2009 (2009); *Glahe*, DStR 2018, 1535 (1537); *Eggert*, BB 2019, 417 (418).

gen und anschließend ihre Rechtsform, unter Wahrung ihrer Rechtsidentität, in eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts wechseln (sog. isolierter grenzüberschreitender Formwechsel). Nachdem die Gesellschaft in das luxemburgische Handelsregister eingetragen worden war, beantragte Polbud die Löschung im polnischen Handelsregister. Das polnische Registergericht lehnte den Antrag mit der Begründung ab, die Gesellschaft müsse vorab nach polnischem Recht liquidiert werden.⁸⁰² Polbud fühlte sich in seinem Recht auf Niederlassungsfreiheit verletzt.

Fraglich war zunächst, ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist, wenn die Gesellschaft lediglich eine isolierte Verlegung des Satzungssitzes und keine Verlegung ihres tatsächlichen Sitzes beabsichtigt.⁸⁰³

Die zuständige Generalanwältin Kokott führte in ihren Schlussanträgen – unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Vale*⁸⁰⁴ – aus, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet sein könne, sofern die Gesellschaft einen reinen Statutenwechsel und keine Verlegung ihres Verwaltungssitzes oder eine anders geartete Aufnahme einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat beabsichtige.⁸⁰⁵ Darüber hinaus legte die Generalanwältin zutreffend dar, dass die Versagung der Eröffnung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit keinen Widerspruch zur Rechtssache *Centros*⁸⁰⁶ darstelle. Bei *Centros* habe es sich um eine bereits gegründete Gesellschaft gehandelt, die ihrerseits beabsichtigt habe, sich wirtschaftlich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen. Dagegen handele es sich bei Polbud um eine Gesellschaft, die schlicht ihr Rechtskleid wechseln wolle, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit im Zuzugsstaat auszuüben.⁸⁰⁷

Dass weite Teile der Literatur⁸⁰⁸ der Auffassung der Generalanwältin zustimmen, verwundert nicht. Andernfalls wäre der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit für reines „forum shopping“ eröffnet, da ein nachträglicher Formwechsel ohne tatsächliche wirtschaftliche Aktivität im Zuzugsstaat unionsrechtlichen Schutz genießen würde.⁸⁰⁹ Die Begünstigung von „forum shopping“ würde zu Kosten im Rechts- und Steuersystem des Auf-

⁸⁰² *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 9 (Polbud).

⁸⁰³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 26 (Polbud).

⁸⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – C-378/10 (Vale).

⁸⁰⁵ *Generalanwältin Kokott*, Schlussantrag v. 04.05.2017 – C-106/16, Rz. 38 (Polbud).

⁸⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 (Centros).

⁸⁰⁷ *Generalanwältin Kokott*, Schlussantrag v. 04.05.2017 – C-106/16, Rz. 41 (Polbud).

⁸⁰⁸ *Hushahn*, DNotZ 2014, 150 (156); *Wicke*, DSiR 2012, 1756 (1758); *Wöhler/Degen*, GWR 2012, 432 (433); a. A.: *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 (102); *Bayer/Schmidt*, ZIP 2017, 2225 (2225).

⁸⁰⁹ *Kieninger*, NJW 2017, 3624 (3626 f.); *Montag/von Bonin*, NJW 2019, 193 (194).

nahmemitgliedsstaats führen, ohne dass dort durch eine wirtschaftliche Aktivität ein Mehrwert geschaffen wird.⁸¹⁰

Entgegen dieser Auffassung entschied der EuGH, dass die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit keine Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit sei.⁸¹¹ Stattdessen prüfte der EuGH die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit auf Ebene der Rechtfertigung. Dabei stellte er fest, dass für die Beschränkungsmaßnahme zwar der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund „Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschaft“⁸¹² einschlägig sei, jedoch stelle die Pflicht zur Zwangsliquidation der Gesellschaft, ohne zu berücksichtigen, ob tatsächlich eine Gefahr für die Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter existiere, eine unverhältnismäßige Beschränkungsmaßnahme dar.⁸¹³

Der EuGH hat infolgedessen den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch für den isolierten grenzüberschreitenden Formwechsel – bzw. das forum shopping – eröffnet⁸¹⁴ und gleichzeitig das Erfordernis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit von der Eröffnung des Schutzbereiches auf die Rechtfertigungsebene verlagert.⁸¹⁵

Bereits in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* hatte sich der EuGH missverständlich ausgedrückt, auf welcher Ebene die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit in der Dogmatik der Niederlassungsfreiheit geprüft werden sollte. Aufgrund der Aktualität des Urteils in der Rechtssache *Polbud* ist unklar, ob das Vorliegen einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ fortan auf der Rechtfertigungsebene zu finden sein wird oder bereits für den grundfreiheitlichen Schutzbereich ausschlaggebend ist. Es scheint, als habe der EuGH die für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit erforderliche Integration in den Aufnahmemitgliedstaat aufgeweicht. Demnach bejahte der EuGH eine erfolgreiche Integration in den Aufnahmemitgliedstaat, wenn die Gesellschaft die Kriterien für die Verbundenheit der Gesellschaft mit der nationalen Rechtsordnung erfüllt, „selbst wenn diese Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich im ersten Mitgliedstaat [Wegzugstaat] ausüben soll“⁸¹⁶. In anderen Worten genügt eine formaljuristisch beanstandungslose

⁸¹⁰ *Hushahn*, RNotZ 2018, 23 (23); *Wohlrab*, GPR 2012, 316 (317).

⁸¹¹ *EuGH*, Ur. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 32, 37 ff. (*Polbud*).

⁸¹² *EuGH*, Ur. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 54 (*Polbud*).

⁸¹³ *EuGH*, Ur. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 58 f. (*Polbud*).

⁸¹⁴ Dazu: *Jochum/Hemmehrath*, IStR 2019, 517 (520); *Bayer/Schmidt*, ZIP 2017, 2225 (2225); *Montag/von Bonin*, NJW 2019, 193 (193).

⁸¹⁵ *Kokott*, ISR 2017, 395 (397); *Hushahn*, RNotZ 2018, 23 (24 f.); so bereits in der Vergangenheit von Teilen der Literatur vertreten: *Teichmann*, ZGR 2011, 639 (672); *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1486); *Drygala*, EuZW 2013, 569 (570).

⁸¹⁶ *EuGH*, Ur. v. 25.10.2017 – C-106/16, Rz. 38 (*Polbud*).

Errichtung im Aufnahmemitgliedstaat, um dem Integrationserfordernis im Aufnahmemitgliedstaat gerecht zu werden. Im Umkehrschluss erachtet es der EuGH für eine erfolgreiche Integration als ausreichend, wenn die Gesellschaft lediglich die gesellschaftsrechtlichen Ressourcen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nimmt, ohne sich gleichzeitig weiteren Ressourcen des Mitgliedstaats (z. B. Räumlichkeiten, Personal) zu bedienen.

Eine solche Ausdehnung des Schutzbereiches hat der EuGH wohl nur zugelassen, weil die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat bereits einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgegangen ist und im Binnenmarktkontext ein Missbrauch der Grundfreiheit vermeintlich ausgeschlossen war.

6.1.7 Deister und Juhler Holding – 20.1.2017

Im Streitgegenständlichen Sachverhalt erhielten zwei im Ausland ansässige Holdinggesellschaften Gewinnausschüttungen von ihren deutschen Tochtergesellschaften.⁸¹⁷ Diese Ausschüttungen unterlagen der Kapitalertragsteuer und dem Solidaritätszuschlag. Beiden ausländischen Holdinggesellschaften wurde die Erstattung der in Deutschland einbehaltenen Quellsteuern aufgrund von § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. des JStG 2007⁸¹⁸ versagt.⁸¹⁹

Die erste – in den Niederlanden ansässige – Gesellschaft, namentlich Deister Holding AG, diente als Holdinggesellschaft und nahm darüber hinaus Aufgaben im Bereich der Konzernfinanzierung wahr. Ihre (ausschüttende) deutsche Tochtergesellschaft, die Deister electronic GmbH, hatte in den Niederlanden ein Büro angemietet und dort zwei Mitarbeiter eingestellt. Alleiniger Anteilseigner der Deister Holding war eine natürliche Person mit Wohnsitz in Deutschland.⁸²⁰

Die zweite – in Dänemark ansässige – Holdinggesellschaft, namentlich Juhler Holding, verfügte europaweit über mehr als 25 Tochtergesellschaften, davon einige in Dänemark und eine Personal GmbH in Deutschland. Die Juhler Holding verfügte über keine eigenen Büroräume und kein eigenes Personal. Bei Bedarf griff die Juhler Holding auf die Räumlichkeiten und Mitarbeiter einiger Konzerngesellschaften zurück. Der Geschäftsführer der Juhler Holding war gleichzeitig im Vorstand einiger Konzerngesellschaften. Jedoch verfügte die Juhler Holding über einen eigenen Telefon- und Internetanschluss sowie Immobilienvermögen in Dänemark. Aufgabe der Juhler Holding war die finanzielle Kontrolle im Konzern, d. h. die Optimierung der Zinskosten innerhalb der Konzerngesellschaften (sog.

⁸¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 16, 20 (Deister und Juhler Holding).

⁸¹⁸ Jahressteuergesetz v. 13.12.2006, BGBl. 2006 I S. 2878.

⁸¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 19, 21 (Deister und Juhler Holding).

⁸²⁰ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 16 ff. (Deister und Juhler Holding).

Treasury-Gesellschaft). Darüber hinaus erfolgte über die Holding die Aufsicht über die Tochtergesellschaften.⁸²¹

In den verbundenen Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* hat der EuGH über die Europarechtskonformität des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. des JStG 2007 entschieden. Die Vorschrift verfolgte das Ziel, die unerwünschte Inanspruchnahme von Abkommens- und Richtlinienvorteilen zu unterbinden.⁸²² Das sog. Treaty-Shopping beschreibt regelmäßige Gestaltungen, bei denen sich der Steuerpflichtige durch die Zwischenschaltung von – meist substanzlosen – Gesellschaften in ein DBA-Netz „einkauft“, um so Quellsteuer- und Lizenzzahlungen auf Dividenden, Zinsen und Lizenzen zu reduzieren oder gar zu vermeiden.⁸²³

Mit der Rechtsfolge des § 50d Abs. 3 EStG wird einem Steuerpflichtigen die Freistellung (§ 50d Abs. 2 EStG) oder die Erstattung (§ 50d Abs. 1 EStG) vom Kapitalertragsteuerabzug versagt, wenn dieser die Entlastung lediglich dadurch erhalten hat, dass er eine ausländische Gesellschaft zwischengeschaltet hat und der Steuerpflichtige selbst keinen eigenen Anspruch auf Befreiung oder Ermäßigung vom Kapitalertragsteuerabzug – z. B. aufgrund eines DBA oder einer in nationales Recht umgesetzten Richtlinie (§§ 43b, 50g EStG) – gehabt hätte und zudem die zwischengeschaltete Gesellschaft keiner eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgeht.⁸²⁴ In anderen Worten wird die Quellensteuerentlastung dem Steuerpflichtigen verwehrt, soweit Personen an der zwischengeschalteten Gesellschaft beteiligt sind, denen die Quellensteuerentlastung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen würden (persönliche Entlastungsberechtigung), und die zwischengeschaltete Gesellschaft nicht selbst einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht (sachliche Entlastungsberechtigung).⁸²⁵

Fraglich war sowohl die Vereinbarkeit mit Primärrecht, konkret mit der Niederlassungsfreiheit, als auch die Vereinbarkeit mit Sekundärrecht, konkret mit der Mutter-Tochter-Richtlinie. Diese folgenden Erläuterungen behandeln den primärrechtlichen Teil der Ur-

⁸²¹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 20 ff. (*Deister und Juhler Holding*).

⁸²² *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (499); *Schnitger*, IStR 2018, 169 (169); *Schmidtmann*, GmbHR 2019, 59 (64); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2288).

⁸²³ *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); *Keller*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 12 Die Ertragsbesteuerung der GmbH und ihrer Anteilseigner – international, Rz. 43 f.; *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1128 ff.

⁸²⁴ *Watrin/Leukefeld*, FR 2018, 813 (813); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2288); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (499); *Schmidtmann*, GmbHR 2019, 59 (64); *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1017 f.); *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1129.

⁸²⁵ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1131 f.; *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2288); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (499); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1017 f.).

teilsbegründung.⁸²⁶ Die Quintessenz des Urteils war die Antwort auf die Frage, ob die zwischengeschalteten Gesellschaften eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgingen und ihnen deshalb der Schutz der Niederlassungsfreiheit zustand.

Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit⁸²⁷ liege – so der EuGH – vor, da der Wortlaut des § 50d Abs. 3 EStG a. F. lediglich an Ausschüttungen an ausländische Muttergesellschaften anknüpfe.⁸²⁸ Ausländische Anteilseigner seien im Vergleich zu inländischen Anteilseignern ungleich behandelt, da auf sie die Befreiung vom Steuerabzug nach § 8b Abs. 1 KStG keine Anwendung finde.⁸²⁹

Die deutsche Regierung trug vor, den Eingriff mit den Rechtfertigungsgründen der Verhinderung von Steuerhinterziehung und -missbräuchen sowie der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse rechtfertigen zu können. Dem entgegnete der EuGH – mit Verweis auf seine Ausführungen zur Rechtssache *Eqiom/Enka*⁸³⁰ –, dass eine „generelle Steuervorschrift“, die bestimmte Gruppen von Steuerpflichtigen diskriminiere, ohne dass die zuständige Behörde einen Anfangsbeweis oder ein Indiz für den Missbrauch vorbringen könne, über das zur Verhinderung von Missbräuchen erforderliche Maß hinausgehe.⁸³¹

Für die Feststellung einer künstlichen Konstruktion sei eine Einzelfallprüfung notwendig, welche sich auf Gesichtspunkte wie die „organisatorischen, wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Merkmale des Konzerns, zu dem die betreffende Muttergesellschaft gehör[e] und die Strukturen und Strategien des Konzerns erstreck[e]“⁸³². Nach der (späteren) Rechtsprechung des EuGH sind damit insbesondere Geschäftsführung, Bilanz, Kostenstruktur, tatsächliche Ausgaben, Beschäftigte sowie Geschäftsräume und Ausstattung der Körperschaft zu berücksichtigen.⁸³³

Diese Ausführungen legen nahe, dass für die Substanzprüfung auf die wirtschaftlichen Aktivitäten aller Konzerngesellschaften in einer Gesamtbetrachtung abzustellen ist.⁸³⁴ Im Umkehrschluss kommt es nicht lediglich auf die substanzielle Ausstattung der zwischenge-

⁸²⁶ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 37 (Deister und Juhler Holding).

⁸²⁷ Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit: *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 77 ff. (Deister und Juhler Holding).

⁸²⁸ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 89 ff. (Deister und Juhler Holding).

⁸²⁹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 89 f. (Deister und Juhler Holding).

⁸³⁰ *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017 – C-6/16, Rz. 32 ff. (*Eqiom/Enka*).

⁸³¹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 96 f. (Deister und Juhler Holding).

⁸³² *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 74 (Deister und Juhler Holding).

⁸³³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-116/16, C-117/16, Rz. 104 (T Danmark und Y Danmark); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, Rz. 131 (N Luxembourg 1 et. Al.).

⁸³⁴ Auch: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (502); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (735).

schalteten Gesellschaft an. Vielmehr muss die betroffene Gesellschaft anhand ihres Gesellschaftszwecks innerhalb der Konzernstrategie eingeordnet werden.⁸³⁵ Demnach kann die „Substanz“, d. h. die sachlichen und personellen Ressourcen nahestehender Personen, der betroffenen Gesellschaft zugerechnet werden, sofern dies dem jeweiligen Gesellschaftszweck nach angemessen ist. Eine fehlende personelle Ausstattung in der zwischengeschalteten Gesellschaft wäre demnach – abgesehen von einer ordentlich bestellten Geschäftsführung – unschädlich, sofern die Geschäftsführungstätigkeit ausreichend ist, um der Funktion der Gesellschaft innerhalb der Konzernstruktur gerecht zu werden.⁸³⁶ Kurzum kann eine ordentlich bestellte Geschäftsführung im Einzelfall einen „angemessenen personellen Ausstattungsgrad“ erreichen, wenn nur diese notwendig ist, um die Aufgaben der Gesellschaft wahrzunehmen. Im Ergebnis widerspricht der EuGH dem vom deutschen Gesetzgeber in § 50d Abs. 3 S. 2 EStG geregelten Ausschluss der Konzernbetrachtung.⁸³⁷

Damit bestätigte die Sechste Kammer des EuGH die Europarechtswidrigkeit der von der Literatur⁸³⁸ bereits vielfach – aufgrund seiner typisierenden Missbrauchsvermutung – kritisierten Regelung des § 50d Abs. 3 EStG. Unabhängig von der Kritik an typisierenden Missbrauchsvermeidungsvorschriften wären weitere Ausführungen des EuGH zu den „wirtschaftlichen Aktivitäten“ der Gesellschaften wünschenswert gewesen. Da der EuGH seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Polbud* nun auch isolierte grenzüberschreitende Formwechsel – und damit potenziell reine Briefkastengesellschaften – in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit einschließt, hätten die Voraussetzungen für das Vorliegen einer rein künstlichen Briefkastengesellschaft ohne wirtschaftliche Aktivität zumindest auf Rechtfertigungsebene skizziert werden können. Augenscheinlich befand der EuGH im Hinblick auf die Juhler Holding das Vorhalten eines Telefonanschlusses, einer E-Mail-Adresse und die Überlassung von Räumlichkeiten und Personal durch nahestehende Personen für ausreichend substantiell, um keinen Anhaltspunkt für einen Missbrauch zu sehen (dazu: 6.3.2).⁸³⁹ Beachtlich ist zudem, dass der EuGH in seiner Urteilsbegründung die Konzernaktivitäten in anderen Staaten unkommentiert ließ und stattdessen ausschließlich

⁸³⁵ Auch: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (502); *Geiger*, DStR 2019, 850 (854); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); *Schönfeld/Erдем*, IStR 2021, 189 (194 f.).

⁸³⁶ Ähnlich: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (735); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634).

⁸³⁷ *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2289); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (500).

⁸³⁸ *Lüdicke*, IStR 2012, 148 (152); *Kraft/Gebhardt*, DSz 2012, 398 (399); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2289); *Watrin/Leukefeld*, FR 2018, 813 (813 ff.); a. A.: *Musil*, FR 2012, 149 (152 f.): „sicher auf europarechtskonformem Terrain“.

⁸³⁹ *Schnitger*, IStR 2018, 169 (171); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (66).

die (geringe) Substanz im Ansässigkeitsstaat als ausreichende wirtschaftliche Aktivität anerkannte.⁸⁴⁰

Die Grenzziehung zwischen wirtschaftlich realen Gestaltungen und künstlichen Briefkastengesellschaften scheint zunehmend zu verschwimmen. Wenn ein Telefonanschluss und eine E-Mail-Adresse ausreichend sind, um eine wirtschaftliche Aktivität zu bejahen, könnte eine Briefkastengesellschaft nur dann vorliegen, wenn – neben dem Fehlen von Personal und Räumlichkeiten – keine Kommunikationsmittel vorgehalten werden, d. h., die Gesellschaft keinerlei Substanz vorweisen kann.⁸⁴¹

Es darf daher zu Recht die Frage aufgeworfen werden, wann im Rahmen einer konzernweiten Funktionszurechnung überhaupt ein Missbrauch i. S. einer rein künstlichen Gestaltung vorliegt.⁸⁴²

Angemerkt sei jedoch, dass der EuGH eine Steuervorschrift bewertet hat, welche eine pauschale Missbrauchsvermutung beinhaltet. Vielleicht wäre die Entscheidung über die substantielle Ausstattung der Gesellschaft anders ausgefallen, wenn die Steuervorschrift statt einer pauschalen Missbrauchsvermutung eine Beurteilung aller Gesichtspunkte erfordert hätte.⁸⁴³ Mit Beschluss vom 14.6.2018 hat der EuGH in der Rechtssache *GS* seine Rechtsprechung gefestigt und entschieden, dass auch § 50d Abs. 3 EStG in der seit dem Veranlagungszeitraum 2012 geltenden Fassung gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁸⁴⁴

Anders als § 8 Abs. 2 AStG bezieht sich die streitgegenständliche Regelung auf einen Inbound-Sachverhalt.⁸⁴⁵ Obgleich diese Entscheidung zu § 50d Abs. 3 EStG ergangen ist, können die Ausführungen zu den wirtschaftlichen Aktivitäten und zur Substanz nach der hier vertretenen Ansicht auch auf § 8 Abs. 2 AStG übertragen werden. Beide Vorschriften verfolgen das Ziel, missbräuchlichen Gestaltungen durch Zwischenschaltung ausländischer Gesellschaften entgegenzuwirken, indem sie auf Substanzerfordernisse abstellen.⁸⁴⁶ Sowohl die Entscheidung in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* als auch in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* setzen sich mit dem steuerlichen Missbrauchsbegriff im Rah-

⁸⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 22 (*Deister und Juhler Holding*).

⁸⁴¹ Ähnlich: *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (66); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504).

⁸⁴² *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (66); *Schnitger*, IStR 2018, 169 (171).

⁸⁴³ Zum Gedankengang: *Schnitger*, IStR 2018, 169 (171).

⁸⁴⁴ *EuGH*, Beschluss v. 14.6.2018 – C-440/17 (GS).

⁸⁴⁵ *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (64); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (499); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2288).

⁸⁴⁶ Auch: *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (64); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2284); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504); *Schnitger*, IStR 2018, 169 (174); *Grübel*, ISR 2021, 45 (54 f.).

men der Niederlassungsfreiheit auseinander. Im Ergebnis müssen sich beide Regelungen an den gleichen primärrechtlichen Anforderungen messen lassen.⁸⁴⁷

Dies deckt sich auch mit den – mittlerweile überarbeiteten – Ausführungen der Finanzverwaltung, welche für die Bestimmung einer eigenen Wirtschaftstätigkeit i. S. des § 50d Abs. 3 EStG auf eine „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ i. S. der EuGH-Rechtsprechung zur Rechtssache *Cadbury Schweppes* abstellen.⁸⁴⁸

Auch wenn der EuGH, in Anlehnung an die Rechtssachen *Glaxo Wellcome* und *SGL*, anerkennt, dass das Ziel der Bekämpfung von Steuerumgehung und das der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse miteinander verknüpft sind,⁸⁴⁹ so scheint dies nicht seine Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung (Stichwort: Erforderlichkeit der Maßnahme) aufzulockern. Im Gegenteil scheint der EuGH, trotz der sich verschärfenden Regulierungslandschaft (BEPS, ATAD, Multilaterales Instrument), an den strengen Voraussetzungen zur Missbrauchsbekämpfung festzuhalten und sein Missbrauchsverständnis aus der Rechtssache *Cadbury Schweppes* unbeirrt fortzusetzen.⁸⁵⁰ Es verwundert daher nicht, dass auch der BFH in seinen jüngeren Rechtsprechungen geringe Substanzanforderungen für das Vorliegen einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit i. S. des § 8 Abs. 2 AStG ausreichen ließ (dazu: 6.1.8).

Einerseits ergibt sich aufgrund der Verknüpfung der Rechtfertigungstatbestände auf den ersten Blick ein erweiterter Rechtfertigungsspielraum für die Mitgliedstaaten, jedoch müssen weiterhin alle bisher vom EuGH geforderten Voraussetzungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere die Verhinderung von Missbrauch, erfüllt sein. Andererseits muss bei genauerer Betrachtung festgehalten werden, dass trotz einer vermeintlich größeren Auswahl an Rechtfertigungstatbeständen die Voraussetzungen der einzelnen Rechtfertigungstatbestände kumulativ erfüllt sein müssen. Faktisch ist damit keine Aufweichung des Künstlichkeitsverständnisses des EuGH eingetreten. Für die Hinzurechnungsbesteue-

⁸⁴⁷ Auch: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Haase*, IStR 2016, 767 (768); *Mattern*, DB 2019, 83 (85); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503 f.); *Schmidtmann*, IWB 2020, 176 (177); ausführlich zu den Gemeinsamkeiten beider Vorschriften: *Schmidtmann*, GmbHR 2019, 59 (64); *Grübel*, ISR 2021, 45 (54 f.).

⁸⁴⁸ *BMF*, Schreiben v. 24.1.2012 – IV B 3 – S – 2411/07/10016, BStBl. I 2012, 171, Rz. 5.1; aufgehoben durch: *BMF*, Schreiben v. 4.4.2018 – IV B 3 – S2411/07/10016-14, BStBl. I 2018, 589; dazu: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503).

⁸⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 96 (Deister und Juhler Holding).

⁸⁵⁰ Auch: *Schönfeld*, IStR 2018, 325 (328); *Ernst/Farinato/Würstlin*, IStR 2019, 6 (6 ff.): „nur in extremen Ausnahmefällen“; *Schmidtmann*, GmbHR 2019, 59 (64): „unbeirrt der BEPS-Diskussion“; *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286): „keine Anzeichen, dass der EuGH [...] künftig die Anforderungen an die Substanz von Gesellschaften verschärfen wird.“; *Polatzky/Goldschmidt/Schuhmann*, DStR 2018, 641 (646); „nicht von der BEPS-Diskussion über „Abkommensmissbrauch“ und „Substanz“ beeinflusst lassen“; ähnlich: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Musil*, FR 2018, 933 (937); *Watrin/Leukefeld*, FR 2018, 813 (813 ff.).

zung bedeutet dies weiterhin einen hohen europäischen Druck, hervorgerufen durch die Grundfreiheiten-Interpretation des EuGH mit seinem liberalen Substanzverständnis (dazu: 6). Gleichzeitig bestärkt dieser Umstand die Notwendigkeit der Etablierung neuer Rechtfertigungsgründe.

6.1.8 Zypern-Entscheidung – 13.6.2018

Im Streitgegenständlichen Sachverhalt war eine deutsche Klägerin zu 100 Prozent an einer niederländischen Kapitalgesellschaft (B) beteiligt. Die B war wiederum zu 100 Prozent an einer in Zypern ansässigen Kapitalgesellschaft (C) beteiligt. Hauptaufgabe der C war es, (Buch-)Lizenzen an Urheberrechten einzuholen, um diese jeweils in Form von Unterlizenzen an andere Konzerngesellschaften im russischsprachigen Raum (z. B. Russland, Ukraine) zu vergeben. Um dieser Aufgabe nachzugehen, beschäftigte die C als Geschäftsführerin („Director“) eine zypriotische Staatsbürgerin mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung. Diese erhielt eine jährliche Vergütung in Höhe von EUR 20.000. Darüber hinaus mietete die C bei einer in Zypern ansässigen Bank Büroräume zu einer Monatsmiete von EUR 226 an. In diesen Büroräumen nahm die Geschäftsführerin administrative Aufgaben wahr, bspw. den Schriftverkehr mit Kunden und die Buchführung. Die Kundenkontakte wurden durch andere Konzerngesellschaften auf Buchmessen in Russland und der Ukraine im Namen der C hergestellt.⁸⁵¹

Das zuständige Finanzamt rechnete die Einkünfte der nachgeschalteten Zwischengesellschaft C bei der Klägerin per Hinzurechnungsbescheid nach § 14 AStG a. F. hinzu.⁸⁵² Die Klägerin vertrat – mit Verweis auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* – die Auffassung, dass die Hinzurechnungsbesteuerung aufgrund der eigenen wirtschaftlichen Aktivität der in einem EU-Mitgliedstaat ansässigen C ausgeschlossen sei.⁸⁵³

Die Frage nach dem Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit der C in Zypern hatte die vielfach kritisierte⁸⁵⁴ Vorinstanz (FG Münster) negiert.⁸⁵⁵ Nach Auffassung des FG Münster habe die C ihre Kernfunktion, d. h. den Ankauf und die Weitergabe der Lizenzen, nicht selbst von Zypern aus ausüben können, da sie nicht selbst über das dafür erforderliche Personal verfügt habe und zudem die angemieteten Büroräume nicht ausreicht hätten.

⁸⁵¹ *BFH*, UrT. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 5, DStR 2018, 2251 (2252) = IStR 2018, 882 (883).

⁸⁵² *BFH*, UrT. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 4, DStR 2018, 2251 (2252) = IStR 2018, 882 (883).

⁸⁵³ *BFH*, UrT. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 3, DStR 2018, 2251 (2252) = IStR 2018, 882 (883).

⁸⁵⁴ *Köhler*, ISR 2016, 119 (119 ff.); *Haase*, IStR 2016, 767 (767 ff.).

⁸⁵⁵ *FG Münster*, UrT. v. 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, BeckRS 2016, 94315 = EFG 2016, 453 (453).

ten, um eine wirtschaftliche Verflechtung der C mit dem Mitgliedstaat zu begründen.⁸⁵⁶ Die wesentlichen, den Unternehmensgegenstand der C charakterisierenden Entscheidungen seien zudem durch die anderen in Russland und der Ukraine ansässigen Konzerngesellschaften gefällt worden.⁸⁵⁷ Die Klägerin hatte auch nicht bestritten, dass das Know-how über das Verlagsgeschäft bei den Konzerngesellschaften im russischsprachigen Raum angesiedelt war.⁸⁵⁸

Der BFH sah hingegen die Voraussetzungen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit i. S. der Cadbury-Doktrin trotz geringer Substanz und fehlendem Know-hows im Verlagsgeschäft der betroffenen Gesellschaft als erfüllt an.⁸⁵⁹ Zwar sei der Motivtest des § 8 Abs. 2 AStG nach seinem zeitlichen Anwendungsbereich nicht einschlägig, da dieser erst ab dem 01.01.2008 gelte, jedoch genieße das Primärrecht einen Anwendungsvorrang vor nationalem Recht, sodass dem Steuerpflichtigen die Gegenbeweismöglichkeit auch vor Inkrafttreten des § 8 Abs. 2 AStG zu gewähren sei.⁸⁶⁰

Der BFH orientierte sich in seinen Entscheidungsgründen an der Cadbury-Doktrin und reichte sich in die liberale Rechtsprechung des EuGH⁸⁶¹ ein. Letzterer hatte erst kurz zuvor mit seiner zu § 50d Abs. 3 EStG a. F. ergangenen Entscheidung in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* – bestätigt in den Ausführungen zur Rechtssache *GS*⁸⁶² – die niedrigen Anforderungen an eine wirkliche wirtschaftliche Aktivität bekräftigt (dazu: 6.1.7).

Beinahe in einem Nebenabsatz judizierte der BFH, dass die qualitativen Substanzanforderungen aufgrund der „wahrgenommenen administrativen Aufgaben“⁸⁶³ der Geschäftsführerin erfüllt seien.⁸⁶⁴ Die Tatsache, dass nur eine Geschäftsführerin die Buchführung und die administrativen Aufgaben wahrnahm und zudem die Monatsmiete für die angemieteten Räumlichkeiten lediglich EUR 226 betrug, stellte für den BFH kein Hindernis für das Vorliegen einer Integration bzw. Eingliederung in den Aufnahmemitgliedstaat (Zypern) dar.

Dieses Ergebnis verwundert zunächst, da eine – für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit erforderliche – Integrationsdichte im Aufnahmemitgliedstaat, d. h. eine Ein-

⁸⁵⁶ *FG Münster*, Urt. v. 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, BeckRS 2016, 94315 = EFG 2016, 453 (453).

⁸⁵⁷ *FG Münster*, Urt. v. 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, BeckRS 2016, 94315 = EFG 2016, 453 (453).

⁸⁵⁸ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 15, DStR 2018, 2251 (2253) = IStR 2018, 882 (884).

⁸⁵⁹ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 25, DStR 2018, 2251 (2254) = IStR 2018, 882 (885.).

⁸⁶⁰ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 27, DStR 2018, 2251 (2255) = IStR 2018, 882 (886).

⁸⁶¹ Auch: *Köhler*, ISR 2018, 453 (454); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503 f.); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634 f.); *Kraft*, FR 2020, 105 (108): „tendenziell eher liberal“; *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2285): „relatives enges Missbrauchsverständnis“.

⁸⁶² *EuGH*, Beschluss v. 14.6.2018 – C-440/17 (GS).

⁸⁶³ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 35, DStR 2018, 2251 (2256) = IStR 2018, 882 (887).

⁸⁶⁴ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 35, DStR 2018, 2251 (2256) = IStR 2018, 882 (887).

gliederung in den Absatz- und/oder Beschaffungsmarkt, im vorliegenden Sachverhalt auch angezweifelt werden könnte.

Aufgrund der dargelegten jüngeren Rechtsprechung des EuGH erscheint es jedoch zunehmend unwahrscheinlich, dass Gesellschaften dauerhaft und umfassend in das Wirtschaftsleben im Aufnahmemitgliedstaat integriert sein⁸⁶⁵ und zudem ständig und nachhaltig am Marktgeschehen des Aufnahmemitgliedstaats teilnehmen müssen.⁸⁶⁶ Stattdessen scheint die Entwicklung, insbesondere unter Beachtung der Urteile des EuGH zu den Rechtssachen *Polbud, Deister und Juhler Holding* und *GS*, dahin zu gehen, dass zumindest eine Eingliederung in den Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats nicht notwendig ist (dazu: 6.3.1).⁸⁶⁷

Dies gilt insbesondere für Gesellschaften, welche lediglich rein konzerninterne Leistungen erbringen und damit bereits aufgrund ihres Geschäftszwecks auf dem Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats nicht präsent sind.⁸⁶⁸ Konzernfinanzierungsgesellschaften bedienen i. d. R. nie den Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats, sondern nutzen lediglich den Beschaffungsmarkt (z. B. Personal), um anschließend Leistungen an andere, zumeist nicht im gleichen Staat ansässige Konzerngesellschaften zu erbringen. Eine rein interne Finanzierungsgesellschaft kommt nach den obigen Ausführungen gleichwohl in den Genuss der Niederlassungsfreiheit und kann auch ohne die Inanspruchnahme des Absatzmarktes des Ansässigkeitsstaats eine tatsächliche bzw. wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit entfalten.⁸⁶⁹

6.2 Hornbach - Der Motivtest im Fremdvergleichsgrundsatz

In der Rechtssache *Hornbach* hatte eine in Deutschland ansässige Muttergesellschaft gegenüber ihrer in den Niederlanden ansässigen mittelbaren Tochtergesellschaft unentgeltlich Patronatserklärungen abgegeben.⁸⁷⁰ Die Absicherung durch die Muttergesellschaft war notwendig, um die weitere Finanzierung der Tochtergesellschaft durch Bankkredite zu sichern.⁸⁷¹ Das zuständige Finanzamt rechnete der deutschen Muttergesellschaft nach § 1 Abs. 1 und Abs. 4 AStG fiktive Einkünfte für die Gewährung der Patronatserklärung hinzu – mit einem Hinweis darauf, dass fremde Dritte eine Haftungsvergütung vereinbart hät-

⁸⁶⁵ So die Auffassung der Finanzverwaltung: *BMF*, Schreiben v. 8.1.2007 – IV B 4 S. 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99, DStR 2007, 112 (112).

⁸⁶⁶ Auch: *Schlücke*, ISR 2019, 41 (43); *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503 f.).

⁸⁶⁷ Auch: *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503 f.); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (43); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881).

⁸⁶⁸ *Köhler*, ISR 2018, 453 (458); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (44).

⁸⁶⁹ Zum Beispiel der Konzernfinanzierungsgesellschaften: *Schönfeld*, IStR 2017, 949 (949 ff.); *Lieber*, IStR 2010, 142 (144).

⁸⁷⁰ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 4 ff., 8 (Hornbach).

⁸⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 7 (Hornbach).

ten.⁸⁷² Das FG Rheinland-Pflanz legte dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens die Frage vor, ob die einschlägige Verrechnungspreisregelung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei.⁸⁷³

Mit seiner Entscheidung vom 31.5.2018 judizierte der EuGH, dass eine Verrechnungspreisregelung die Niederlassungsfreiheit in nicht zu rechtfertigender Weise⁸⁷⁴ beschränke, wenn diese es dem Steuerpflichtigen nicht ermögliche, einen Nachweis darüber zu erbringen, dass die fremdunüblichen Bedingungen aus wirtschaftlichen Gründen vereinbart wurden, die sich aus seiner Stellung als Gesellschafter ergeben.⁸⁷⁵ Sofern eine solche Exkulpationsmöglichkeit nicht gegeben sei, gehe die Regelung über das zur Sicherung einer angemessenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse Erforderliche hinaus.⁸⁷⁶

Dieses Ergebnis überrascht nicht. Der EuGH hatte bereits im Jahr 2010 im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung belgischer Verrechnungspreisregelungen dargelegt, dass dem Steuerpflichtigen bei einer fremdunüblichen Transaktion die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, wirtschaftliche Gründe für diese fremdunübliche Transaktion vorzulegen.⁸⁷⁷

Unklar bleibt jedoch, welche Reichweite die Hornbach-Entscheidung im Hinblick auf den sich augenscheinlich ausweitenden Motivtest haben wird. Große Teile der Literatur sind sich zu Recht darüber einig, dass die Hornbach-Entscheidung im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion („reading down“) umzusetzen sei. Demnach sei die Möglichkeit des Nachweises wirtschaftlicher Gründe in § 1 AStG hineinzulesen.⁸⁷⁸ Dem ist zuzustimmen, da es auch der Rechtsprechung des BFH entspricht, dass eine gegen Primärrecht verstoßende nationale Norm durch geltungserhaltende Reduktion Unionsrechtskonformität erlangt.⁸⁷⁹

Welche konkreten wirtschaftlichen Gründe der Steuerpflichtige nachweisen kann, um nicht an den Fremdvergleichsgrundsatz gebunden zu sein, ließ der EuGH in seinen Ausführungen weitgehend offen.⁸⁸⁰ In Rz. 23 seines Urteils merkte der EuGH an, dass der Steuer-

⁸⁷² *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 11 (Hornbach).

⁸⁷³ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 26 (Hornbach).

⁸⁷⁴ Generalanwalt Bobek statuierte hingegen in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Hornbach, dass er die Ungleichbehandlung in Folge der „ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“ als gerechtfertigt ansah: *Bobek*, Schlussanträge v. 14.12.2017 – C-382/16, Rz. 95 ff. (Hornbach).

⁸⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 14 f. (Hornbach).

⁸⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 49 (Hornbach).

⁸⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 21.1.2010 – C-311/08, Rz. 71 (SGL).

⁸⁷⁸ *Eggert*, BB 2019, 417 (418); *Uterhark/Nagler*, IStR 2018, 461 (467); *Mitschke*, IStR 2018, 461 (470); *Schnitger*, IStR 2018, 461 (470); *Cloer/Hagemann*, DStR 2018, 1221 (1226); *Glahe*, DStR 2018, 1535 (1537).

⁸⁷⁹ *Gosch*, DStR 2007, 1553 (1555 f.); *Hagemann*, DStR 2018, 744 (745).

⁸⁸⁰ *Mitschke*, IStR 2018, 461 (470); *Schnitger*, IStR 2018, 461 (470); *Eggert*, BB 2019, 417 (418).

pflichtige „ein wirtschaftliches Eigeninteresse am geschäftlichen Erfolg [seiner] Tochtergesellschaft“ habe und zudem „eine Verantwortung hinsichtlich der Finanzierung dieser Tochtergesellschaft“ trage.⁸⁸¹

Eine Konkretisierung erfuhren die wirtschaftlichen Gründe dadurch, dass der EuGH im streitgegenständlichen Sachverhalt einer Tochtergesellschaft für Zwecke der Erweiterung ihres Geschäftsbetriebes die Überlassung von Kapital unter nicht fremdüblichen Bedingungen zugestand, sofern die Tochtergesellschaft selbst nicht über genügend Eigenkapital verfüge.⁸⁸² Kurzum, der Steuerpflichtige muss die Möglichkeit erhalten, wirtschaftliche Gründe für das Eigeninteresse des Gesellschafters am geschäftlichen Erfolg der ausländischen Konzerngesellschaft darzulegen. Ein Eigeninteresse am geschäftlichen Erfolg von Konzerngesellschaften ist in einer Vielzahl von Sachverhalten möglich. Für Zwecke einer optimalen Ressourcenallokation bzw. einer optimierten Kapazitätsauslastung innerhalb des Konzerns kann es bspw. sinnvoll sein, Waren oder Dienstleistungen verbilligt an ausländische Konzerngesellschaften zu veräußern.⁸⁸³ Gleiches könnte für die Gewährung un- oder niedrigverzinsten Darlehen gelten, besonders in den Fällen einer wirtschaftlich notleidenden Tochtergesellschaft.⁸⁸⁴ In jedem Fall sind unentgeltliche Stützungsmaßnahmen für ausländische Tochtergesellschaften mit negativer Eigenkapitalausstattung von den Rechtsfolgen des § 1 AStG ausgenommen.⁸⁸⁵ Zu beachten ist, dass die Gründe für die Fremdunüblichkeit der Transaktion immer auf die Besonderheiten der Konzernverflechtungen zurückzuführen sein müssen.⁸⁸⁶

Unabhängig von diesen Ausführungen verwies der EuGH in Rz. 55 seines Urteils auf die Tatsache, dass die deutsche Regierung – im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung der beschränkenden Maßnahme – nicht das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung geltend gemacht hat.⁸⁸⁷ Es liegt demnach nicht fern, in Anlehnung an die bisherige Künstlichkeitsjudikatur anzunehmen, dass der EuGH jede Form von beachtlichen außersteuerlichen Gründen, bei denen steuerliche Konsequenzen allenfalls eine untergeordnete Rolle haben, ausreichen lässt, um fremdunübliche Bedingungen zwischen grenzüberschreitenden Kon-

⁸⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 23 (Hornbach).

⁸⁸² *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 54 (Hornbach).

⁸⁸³ *Eggert*, BB 2019, 417 (418); *Glahe*, DStR 2018, 1535 (1537); *Blumers*, BB 2021, 919 (922).

⁸⁸⁴ *Uterhark/Nagler*, IStR 2018, 461 (468); *Schönfeld/Kahlenberg*, IStR 2018, 498 (500); *Schnitger*, IStR 2018, 461 (469).

⁸⁸⁵ Auch: *Glahe*, DStR 2018, 1535 (1537); *Schnitger*, IStR 2018, 461 (469).

⁸⁸⁶ *Blumers*, BB 2021, 919 (920).

⁸⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 55 (Hornbach).

zerngesellschaften zu rechtfertigen.⁸⁸⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht führen die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Hornbach* dazu, dass der Anwendungsbereich der Verrechnungspreiskorrekturen i. S. des § 1 AStG aufgrund der Vielzahl von vorlegbaren beachtlichen außersteuerlichen Gründen eine weitreichende Einschränkung erfährt.⁸⁸⁹

Die von Teilen der Literatur vorgebrachten systematischen „Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Europäischen Steuerrechts“⁸⁹⁰ aufgrund der fehlenden Konkretisierung der wirtschaftlichen Gründe erscheinen angesichts der Tatsache, dass dem EuGH keine Sachverhaltsbeurteilung obliegt und er in zukünftigen Verfahren Gelegenheit erhält, zu den Begrifflichkeiten Stellung zu nehmen, stark überzogen. Teile der Literatur⁸⁹¹ sowie die Finanzverwaltung⁸⁹² möchten die Entscheidung des EuGH indes auf reine Sanierungsfälle begrenzen.

In seiner kürzlich ergangenen Entscheidung zur Rechtssache *Pizzarotti* bestätigte der EuGH nunmehr zum dritten Mal, dass bei verbundenen Unternehmen fremdunübliche Transaktionen durch einen Motivtest gerechtfertigt werden können.⁸⁹³ Die Urteile zu den Verrechnungspreisregelungen treiben die Verschiebung der Missbrauchskontrolle zugunsten erweiterter Kompetenzen des EuGH weiter an. Ob der EuGH damit die „unionsrechtliche Axt“⁸⁹⁴ an das Thema der Verrechnungspreise anlegt und damit eine „Erosion des Fremdvergleichsgrundsatzes“⁸⁹⁵ erfolgt, ist jedoch fraglich.

6.3 Anforderungen an den Substanznachweis im EU-Raum

Der Begriff der Substanz wird im deutschen Ertragsteuerrecht weder legal definiert noch verwendet.⁸⁹⁶ Dennoch ist er – insbesondere im internationalen Steuerrecht – allgegenwärtig und folglich vorliegend von Bedeutung.

In seinen Ausführungen zur Rechtssache *Cadbury Schweppes* hat der EuGH bzgl. des Vorliegens einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeführt, diese solle auf „objektiven, von dritter Seite nachprüfbaren Anhaltspunkten beruhen, die sich unter anderem auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins der [...] Gesellschaft in Form von Gesell-

⁸⁸⁸ Auch: *Eggert*, BB 2019, 417 (418); *Uterhark/Nagler*, IStR 2018, 461 (468); *Mitschke*, IStR 2018, 461 (470); fraglich ist jedoch, ob immer eine gesellschaftsrechtliche Motivation vorliegen muss.

⁸⁸⁹ Auch: *Schönfeld/Kahlenberg*, IStR 2018, 498 (500); *Eggert*, BB 2019, 417 (418); *Cloer/Hagemann*, DStR 2018, 1221 (1226 f).

⁸⁹⁰ *Mitschke*, IStR 2018, 2018, 461 (471).

⁸⁹¹ In Bezug auf die Rechtssache SGI: *Glahe*, IStR 2010, 870 (876).

⁸⁹² *BMF*, Schreiben v. 6.12.2018 – IV B 5 – S 1341/11/10004-09 = DStR 2018, 2699 (2699) = IStR 2019, 604 (604).

⁸⁹³ *EuGH*, Urt. v. 8.10.2020 – C-558/19 (Impresa Pizzarotti).

⁸⁹⁴ Im Ausblick auf das Urteil zur Rechtssache *Hornbach*: *Dobratz*, IStR 2017, 1006 (1009).

⁸⁹⁵ Im Kontext der Rechtssache SGI: *Schön*, IStR 2011, 777 (778).

⁸⁹⁶ *Haase*, IStR 2016, 767 (767); *Kraft*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 740.

schaftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen⁸⁹⁷. Diese nicht abschließende Aufzählung⁸⁹⁸ von Substanzmerkmalen wirft eine Reihe von Einzelfragen auf.

Fraglich ist demnach, inwieweit eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats erfolgen muss. Insbesondere das Erfordernis der wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Beschaffungs- und Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats steht hier im Mittelpunkt. Darüber hinaus stellen sich konkrete Fragen, die die sachliche und personelle Ausstattung der Gesellschaft betreffen. Auch das Outsourcen von einfachen Funktionen bis hin zu Managementaufgaben, z. B. an Konzerngesellschaften oder externe Dienstleister, birgt derzeit ein hohes Konfliktpotential. Zur Diskussion steht die Frage, inwieweit eine Zuordnung der ausgelagerten Funktionen zu der streitgegenständlichen Gesellschaft möglich ist.

Es wird versucht, die aufgeworfenen Fragen – unter Berücksichtigung der oben dargelegten europäischen und innerstaatlichen Rechtsprechungslinie – im weiteren Verlauf dieser Ausarbeitung zu beantworten.

6.3.1 Stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats

In enger Nähe zur substanziellen Ausstattung einer Gesellschaft stellt sich die Frage, wie intensiv eine Verflechtung mit dem Absatz- und Beschaffungsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats sein muss, um eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben bzw. eine dauerhafte Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV zu begründen. Es muss insbesondere untersucht werden, inwieweit eine Inanspruchnahme des Absatz- und Beschaffungsmarktes des Aufnahmemitgliedstaats stattfinden muss.

Das FG Münster – als Erstinstanz in der *Zypern-Entscheidung* – hatte in seinen Ausführungen eine Integration der streitgegenständlichen Gesellschaft in das Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats (Zypern) abgelehnt.⁸⁹⁹ Demnach könne eine wirtschaftliche Verflechtung nicht vorliegen, wenn die Gesellschaft lediglich den Beschaffungsmarkt in Anspruch nehme, nicht aber die Kunden des Aufnahmemitgliedstaats bediene, d. h., die Gesellschaft ihren Gewinn nicht am zypriotischen Absatzmarkt erziele.⁹⁰⁰

⁸⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd, IStR 2006, 670 (670 ff.)).

⁸⁹⁸ *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2285): Dass es sich um eine nicht abschließende Aufzählung handelt, lässt sich an der vom EuGH verwendeten Formulierung („unter anderem“) erkennen.

⁸⁹⁹ *FG Münster*, Urt. v. 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, BeckRS 2016, 94315 = EFG 2016, 453 (453 ff.).

⁹⁰⁰ *FG Münster*, Urt. v. 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, BeckRS 2016, 94315 = EFG 2016, 453 (453 ff.).

Der BFH hingegen hat, in Anlehnung an die Rechtsprechungslinie des EuGH, die obige Auffassung nicht geteilt und eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit bejaht, obwohl die betroffene Gesellschaft nicht den Absatzmarkt des Ansässigkeitsstaats bediente, sondern lediglich dessen Beschaffungsmarkt (durch Anmietung von Räumlichkeiten und die Anwerbung einer Geschäftsführung⁹⁰¹) in Anspruch nahm.⁹⁰²

Auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* ist dahingehend zu deuten, dass eine Eingliederung in den Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats nicht notwendig ist.⁹⁰³ Im streitgegenständlichen Sachverhalt bejahte der EuGH eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit, obwohl die betroffenen Gesellschaften keine Umsätze durch Aktivitäten in ihrem Aufnahmemitgliedstaat erzielten.⁹⁰⁴ Insbesondere die Juhler Holding verfügte nicht über eigenes Personal, sondern lediglich über einen Telefonanschluss, eine Internetverbindung und Immobilienvermögen im Aufnahmemitgliedstaat. Das für den Gesellschaftszweck notwendige Personal und die Räumlichkeiten wurden ihr von anderen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt, sodass gänzlich auf die Inanspruchnahme von personellen Ressourcen des Aufnahmemitgliedstaats verzichtet wurde. Auch der Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats wurde nicht beansprucht, da der Gesellschaftszweck der Juhler Holding in der Erbringung rein konzerninterner Dienstleistungen bestand. Ihr oblag die Optimierung der Zinskosten sowie die Beaufsichtigung der europaweit tätigen Tochtergesellschaften (dazu: 6.1.7).

Insbesondere Gesellschaften, deren alleiniger Zweck darin besteht, konzerninterne Leistungen zu erbringen, sind naturgemäß nicht auf dem Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats präsent, sondern nutzen lediglich den Beschaffungsmarkt, um bspw. Büroräume zu mieten und qualifiziertes Personal zu rekrutieren.⁹⁰⁵ Um ihren Gesellschaftszweck zu erfüllen, ist es bei solchen Gesellschaften nicht notwendig, ihre Leistungen an nicht konzernangehörige Gesellschaften zu erbringen.

Auch in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* bestand der alleinige Zweck der streitgegenständlichen Gesellschaft darin, die Finanzierung des Konzerns sicherzustellen. Die Verlagerung der bei der Finanzierungstätigkeit entstehenden Gewinne in eine günstigere Steuerrechtsordnung ist, ohne dass weitere Umstände hinzutreten, grundsätzlich von der Nieder-

⁹⁰¹ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 5, DStR 2018, 2251 (2251) = IStR 2018, 882 (882).

⁹⁰² Dazu: *Schmidtman*, GmbHR 2019, 59 (66); *Köhler*, ISR 2018, 453 (458).

⁹⁰³ Auch: *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503 f.); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (43); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881).

⁹⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17 (*Deister und Juhler Holding*).

⁹⁰⁵ *Köhler*, ISR 2018, 453 (458); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (44).

lassungsfreiheit geschützt (dazu: 6.1.2).⁹⁰⁶ Eine etwaige fehlende Bedienung des Absatzmarktes im Aufnahmemitgliedstaat (Irland) würdigte der Gerichtshof nicht weiter. Im Übrigen entschied der EuGH auch in der Rechtssache *Polbud*, dass die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat keine Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereiches der Niederlassungsfreiheit sei (dazu: 6.1.6).

Im Ergebnis lässt sich, wie der EuGH bereits in seiner Rechtsprechung zu den indirekten Steuern statuierte (Rechtssache *WebMindLicenses*⁹⁰⁷), festhalten, dass es für das Vorliegen einer Verflechtung mit dem Aufnahmemitgliedstaat keine zwingende Voraussetzung ist, auch dessen Absatzmarkt zu bedienen.⁹⁰⁸ Im Umkehrschluss müssen die Waren und Dienstleistungen der Zwischengesellschaft nicht an die Kunden des Ansässigkeitsstaats vertrieben werden.⁹⁰⁹

Die Verwurzelung mit dem Aufnahmemitgliedstaat verlangt lediglich, dass sich die Gesellschaft an den Beschaffungsmarkt wendet.⁹¹⁰ An dieser Stelle muss die Frage gestellt werden, ob zwingend personelle oder räumliche Ressourcen des Beschaffungsmarktes des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch genommen werden müssen oder ob eine Inanspruchnahme besserer rechtlicher Rahmenbedingungen ausreichend ist, um eine Teilnahme am Wirtschaftsleben zu begründen.

Die Notwendigkeit des Bezugs einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat ergibt sich bereits aus dem Grundsatzurteil zur Rechtssache *Cadbury Schweppes*, in welchem der EuGH das greifbare Vorhandensein von „Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen“⁹¹¹ verlangt hat. Das bloße Vorhalten eines Bankkontos und eines Telefonschlusses genügt im Umkehrschluss nicht.⁹¹² Wie bereits dargelegt, ist es jedoch unschädlich, wenn die ausländische Gesellschaft Räumlichkeiten von einer anderen Konzerngesellschaft zur Verfügung gestellt bekommt und somit eine feste Niederlassung begründet.

⁹⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 15, 18, 69 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas*).

⁹⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 17.12.2015 – C-419/14 (*WebMindLicenses*).

⁹⁰⁸ Auch: *Köhler*, ISR 2012, 1 (6 f.); *Haase*, ISR 2017, 349 (352); *Schmidtmann*, GmbHR 2019, 59 (62); *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 472; *Kortendick/Joisten/Ekinci*, BB 2018, 3031 (3036); welche es ausreichen lassen möchten, wenn die Gesellschaft „nur auf dem Beschaffungsmarkt tätig ist“; a. A.: *Schönfeld*, ISR 2017, 949 (950), welcher die alleinige Inanspruchnahme des Beschaffungsmarktes als „nicht ausreichend“ beurteilt.

⁹⁰⁹ Ähnlich: *Haase*, ISR 2017, 349 (352), welcher den Absatzmarkt „sonst wo auf der Welt“ als ausreichend beurteilt.

⁹¹⁰ *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 472; *Kortendick/Joisten/Ekinci*, BB 2018, 3031 (3036).

⁹¹¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁹¹² Dazu: *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 482.

Auch die Inanspruchnahme von günstigen rechtlichen Rahmenbedingungen im Aufnahmemitgliedstaat stellt eine Inanspruchnahme des Beschaffungsmarktes dar.⁹¹³ Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen gehören indes auch die steuerrechtlichen Regelungen des Mitgliedstaats. Es ist daher naheliegend, auch die Nutzung der Steuerrechtsordnung per se als besondere Standortbedingung bei der Prüfung der wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Aufnahmemitgliedstaat zu berücksichtigen.⁹¹⁴ Es entspricht nämlich nicht dem Telos der Niederlassungsfreiheit, Investitionsentscheidungen im EU-Ausland mit komparativen (Kosten-) Vorteilen gegenüber dem Inland begründen zu müssen. Die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat kann entsprechend allein von der Motivation getragen sein, eine günstigere Steuer- oder Gesellschaftsrechtsordnung in Anspruch zu nehmen.⁹¹⁵

Die obigen Ausführungen des EuGH haben zudem gezeigt, dass auch ein rein konzerninterner Leistungsaustausch zu einer Teilnahme am Wirtschaftsleben führen kann. Dies bringt auch § 8 Abs. 2 S. 5 AStG durch die Bezugnahme auf § 1 AStG zum Ausdruck, wonach Leistungsbeziehungen zu nahestehenden Personen grundsätzlich nicht schädlich sind, sondern lediglich fremdvergleichskonform ausgestaltet sein müssen.⁹¹⁶

Wenn eine ausländische Gesellschaft gemischte Einkünfte erzielt, ist es angebracht, den Substanznachweis in Abhängigkeit von den verschiedenen Einkünfte zu erbringen (sog. segmentierende Betrachtungsweise).⁹¹⁷ Eine Gesellschaft, welche dem Zweck dient, die Lizenzvergabe im Konzern zu übernehmen und gleichzeitig die Konzernfinanzierung sicherzustellen, muss demnach für jedes einzelne Tätigkeitsfeld einen eigenständigen Substanznachweis erbringen.⁹¹⁸ Zwar hat der EuGH zu der segmentierenden Betrachtungsweise noch nicht explizit Stellung genommen, jedoch kann im Hinblick auf die Schlussanträge des Generalanwalts Léger⁹¹⁹ davon ausgegangen werden, dass eine solche Betrachtungsweise befürwortet wird. Auch das BMF hat sich jüngst für eine segmentierende Betrachtungsweise ausgesprochen.⁹²⁰ Kurzum müssen die Substanzanforderungen einzelfallbezo-

⁹¹³ Haase, IStR 2016, 767 (770); Köhler, ISR 2016, 119 (122); Schönfeld/Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 473.

⁹¹⁴ Auch: Schönfeld, IStR 2017, 949 (951); Haase, IStR 2016, 767 (770); Köhler, ISR 2016, 119 (122); Kahlenberg, StuB 2016, 457 (460); Schmidtman, GmbHR 2019, 59 (62).

⁹¹⁵ Köhler, ISR 2018, 453 (458).

⁹¹⁶ Schönfeld/Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 474.

⁹¹⁷ Schlücke, ISR 2019, 41 (43); Wacker, IStR 2018, 887 (888); Watrin/Leukefeld, DStR 2018, 2284 (2286); Schlücke/Möllmann, ISR 2019, 41 (43); a. A. Kahlenberg/Quilitzsch, IStR 2019, 901 (908), welche aufgrund des Wortlautes der ATAD eher für einen „All-or-Nothing-Ansatz“ plädieren.

⁹¹⁸ Kahlenberg/Weiss, IStR 2018, 878 (881); Schlücke/Möllmann, ISR 2019, 41 (43); Kortendick/Joisten/Ekinci, BB 2018, 3031 (3036).

⁹¹⁹ Generalanwalt Léger, Schlussantrag v. 2. 5. 2006 – C-196/04, Rz. 111 ff. (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

⁹²⁰ BMF, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776; m.w.N.: Weiss, EStB 2021, 205 (206).

gen in Abhängigkeit von der jeweils von der Gesellschaft wahrgenommenen Tätigkeit beurteilt werden.⁹²¹

Sofern objektive Anhaltspunkte für eine wirtschaftliche Verflechtung mit dem Aufnahmemitgliedstaat fehlen, ist der Steuerpflichtige in der Pflicht, die Umgehungsabsicht durch den Nachweis außersteuerlicher Motive zu entkräften. Zwar hat der EuGH⁹²² bestätigt, dass die Optimierung der Konzernsteuerquote grundsätzlich von der unternehmerischen Dispositionsfreiheit geschützt ist, dies kann jedoch nur so lange gelten, bis der steuerliche Vorteil im (absoluten) Mittelpunkt der Gestaltung steht.⁹²³ Wenn der steuerliche Vorteil den ausschließlichen Zweck der Gestaltung⁹²⁴ bildet, kann die Gestaltung im Umkehrschluss nicht durch nicht steuerliche Gründe gerechtfertigt werden. In diesem Fall ist sowohl das subjektive als auch das objektive Element der Künstlichkeitsprüfung erfüllt. Wiederholt sei angemerkt, dass erst bei fehlender Integration in den Aufnahmemitgliedstaat eine Prüfung der steuerlichen Motive vorzunehmen ist. Sofern eine schutzwürdige Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV vorliegt, darf der steuerliche Vorteil grundsätzlich den ausschließlichen Zweck der Gestaltung bilden (zu den Ausnahmen: 7.2).

6.3.2 Vermögensverwaltung - sachliche und personelle Ausstattung

In der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 AStG vertritt der Gesetzgeber die Auffassung, dass die gelegentliche Kapitalanlage oder die Verwaltung von Beteiligungen ohne die gleichzeitige Ausübung von geschäftsleitenden Funktionen im Ansässigkeitsstaat keine Ansiedlung auf unbestimmte Zeit im Aufnahmemitgliedstaat und keine kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben des Ansässigkeitsstaats darstellen.⁹²⁵ Der Gesetzgeber missbilligt demnach Sachverhalte, in denen geschäftsleitende Funktionen nicht im Ansässigkeitsstaat ausgeübt werden. Diese Auffassung steht jedoch in einem offenen Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung.

In der Rechtssache *Cadbury Schweppes* oblag dem EuGH die Würdigung einer Finanzierungsgesellschaft innerhalb eines britischen Konzerns (dazu: 6.1.2). Der EuGH störte sich nicht an der Finanzierungstätigkeit und verwies darauf, dass die betroffene Gesellschaft

⁹²¹ *Haase*, IStR 2016, 767 (770); *Schlücke*, ISR 2019, 41 (43); *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Lieber* IStR 2010, 142 (143 f.); *Köhler*, ISR 2018, 453 (455 f.); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286).

⁹²² *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 50 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*); dazu: *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 (620); *Körner*, IStR 2006, 670 (675).

⁹²³ *EuGH*, Urt. v. 05.07.2007 – C-321/05, Rz. 38 (Kofeod): „nur zu dem Zweck“.

⁹²⁴ Ähnlich: *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (24); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (502): wonach eine „Gestaltung [...] allein [...] auf den Steuervorteil abzielen“ muss, um durch den EuGH als rein künstlich beurteilt zu werden; *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1018): „mit dem einzigen Zweck“.

⁹²⁵ Gesetzesbegründung, in: BT-Drs. 16/6290, 92; BR-Drs. 544/07, S. 123.

selbst am besten dazu in der Lage sei, die sachlichen und personellen Kapazitäten nachzuweisen, die nötig seien, um der wirtschaftlichen Zielsetzung im Aufnahmestaat nachzukommen.⁹²⁶

Darüber hinaus entschied der EuGH in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding*, dass für sich allein genommen noch keine rein künstliche Gestaltung vorliege, wenn die Hauptaufgabe der (Holding-)Gesellschaft vorwiegend darin bestehe, Beteiligungen zu halten und deren Finanzierung sicherzustellen.⁹²⁷ Für die Feststellung einer künstlichen Konstruktion sei demnach eine Einzelfallprüfung notwendig, welche sich auf Gesichtspunkte wie die „organisatorischen, wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Merkmale des Konzerns, zu dem die betreffende Muttergesellschaft gehört, und die Strukturen und Strategien des Konzerns erstreckt“⁹²⁸. Diese Ausführungen legen nahe, dass der EuGH für die Substanzprüfung auf die wirtschaftlichen Aktivitäten aller Konzerngesellschaften in einer Gesamtbeurteilung abstellt und dies unabhängig davon, wo die anderen Konzerngesellschaften ansässig sind.⁹²⁹ Im Falle der *Juhler Holding* griff diese bspw. auf die Räumlichkeiten und Mitarbeiter einiger Konzerngesellschaften im Binnenmarkt und in Drittstaaten zu. Der Geschäftsführer war gleichzeitig im Vorstand einiger Konzerngesellschaften (dazu: 6.1.7).⁹³⁰ Demzufolge können die sachlichen und personellen Ressourcen nahestehender Personen, sofern diese der betroffenen Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung gestellt werden, der die Ressourcen beziehenden Gesellschaft zugerechnet werden. Diese Diktion bestätigte der EuGH in der Rechtssache *GS*⁹³¹ und wiederholte wörtlich seine Ausführungen aus der Rechtssache *Deister und Juhler Holding*.⁹³² Es darf daher davon ausgegangen werden, dass der EuGH die Auffassung zur gruppenbezogenen Betrachtungsweise nicht kurzfristig wieder aufgeben wird.

Auch der BFH bestätigte jüngst, dass die notwendige sachliche und personelle Ausstattung anhand einer Einzelfallbetrachtung zu bestimmen, welche das jeweilige Geschäftsmodell

⁹²⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 ff. (Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd); zur sachlichen und personellen Ausstattung: *Haase*, ISR 2017, 349 (353); *Schmidmann*, GmbHR 2019, 59 (62 ff.); *Köhler*, ISR 2018, 453 (457); auch Finanzierungsgesellschaften sollten den unionsrechtlichen Schutz beanspruchen können.

⁹²⁷ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 73 (*Deister und Juhler Holding*).

⁹²⁸ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 74 (*Deister und Juhler Holding*).

⁹²⁹ *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (502); *Geiger*, DStR 2019, 850 (854); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634); a. A.: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (735), nach welchen lediglich die Substanz aller im selben Mitgliedstaat ansässigen Gruppengesellschaften Berücksichtigung finden sollen.

⁹³⁰ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 22 (*Deister und Juhler Holding*).

⁹³¹ *EuGH*, Beschluss v. 14.6.2018 – C-440/17, Rz. 57 (GS).

⁹³² *EuGH*, Beschluss v. 14.6.2018 – C-440/17, Rz. 57 (GS).

und die Konzernstruktur berücksichtigt (dazu: 6.1.8).⁹³³ Eine künstliche Gestaltung kann im Umkehrschluss nicht im Hinblick auf das etwaige Vorliegen einer originär gewerblichen Tätigkeit i. S. des § 15 Abs. 2 EStG untersucht werden. Vielmehr ist für die Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, maßgeblich, ob die wirtschaftliche Realität bzw. die substanzielle Ausstattung dem Zweck der Gesellschaft gerecht wird.⁹³⁴

Gewerbliche Tätigkeiten, z. B. industrielle Produktionen, benötigen naturgemäß mehr Substanz als Kapitalanlagentätigkeiten, um ihrem Gesellschaftszweck nachzukommen. Industrielle Produktionen weisen in der Regel viele Vermögensgegenstände im Betriebsvermögen und eine vergleichsweise hohe Anlagenintensität auf. Originär gewerbliche Tätigkeiten stellen aktive Einkünfte i. S. des § 8 Abs. 1 AStG dar und fallen bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung heraus. Die Verwaltung von Wirtschaftsgütern, bspw. die Überlassung immaterieller Wirtschaftsgüter (z. B. Lizenzen), stellt hingegen ein Geschäftsmodell dar, welches keine hohen Anforderungen an eine sachliche oder personelle Ausstattung stellt.⁹³⁵

Eine – abgesehen von einer ordentlich bestellten Geschäftsführung – fehlende personelle Ausstattung in der zwischengeschalteten Gesellschaft ist nach diesen Grundsätzen unschädlich, sofern im Bedarfsfall auf die personelle und sachliche Ausstattung verbundener Konzerngesellschaften zurückgegriffen werden kann.⁹³⁶ Folgt man den vorstehenden Ausführungen, kann eine wirksam errichtete Gesellschaft, die den Ort der – ordentlich bestellten – Geschäftsführung in diesem Sitzstaat unterhält, nicht als rein künstlich beurteilt werden, wenn diese auf die für den Geschäftszweck der Gesellschaft notwendigen Ressourcen anderer Konzerngesellschaften zugreifen kann.⁹³⁷

Das zu § 8 Abs. 2 AStG ergangene, bereits überarbeitete Schreiben des BMF vom 8. Januar 2007⁹³⁸, wonach es einer ständigen Beschäftigung von sowohl geschäftsleitendem als

⁹³³ Ähnlich: *Schlücke*, ISR 2019, 41 (43); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013); *Haase*, IStR 2016, 767 (770); *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2019, 361 (366); *Schönfeld/Erdem*, IStR 2021, 189 (194).

⁹³⁴ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (10) (zu Heft 6/2013); *Schönfeld/Erdem*, IStR 2021, 189 (194).

⁹³⁵ *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (9) (zu Heft 6/2013); *Haase*, ISR 2017, 349 (352).

⁹³⁶ *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (735); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634).

⁹³⁷ Auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (11 f.) (zu Heft 6/2013); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881).

⁹³⁸ *BMF*, Schreiben v. 8.1.2007 – IV B 4 – S 1351 – 1/07, BStBl. I 2007, 99 = IStR 2007, 151 (151) = Beck-Verw 087534.

auch anderem Personal, mithin also mindestens zwei Personen, bedürfe, ist spätestens damit überholt.⁹³⁹

Als Reaktion auf das Urteil in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* hat das BMF seine Rechtsauffassung zu § 50d Abs. 3 EStG mit Schreiben vom 04.04.2018⁹⁴⁰ geändert. Demnach soll es, um das Vorliegen eines angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebes zu bejahen, für den Geschäftszweck der Verwaltung von Wirtschaftsgütern keine Voraussetzung mehr sein, „ständig sowohl geschäftsleitendes als auch anderes Personal“ im Aufnahmemitgliedstaat zu beschäftigen.⁹⁴¹ Dies ist zu begrüßen, könnte jedoch weiterhin zu eng greifen, da sich der EuGH in seinen Ausführungen zur Rechtssache *Deister und Juhler Holding* nicht lediglich auf vermögensverwaltende Gesellschaften beschränkt hat.⁹⁴² Obgleich die Entscheidung zur Rechtssache *Deister und Juhler Holding* ergangen ist, müssen die Ausführungen aus dem BMF-Schreiben⁹⁴³ analog für den Motivtest des § 8 Abs. 2 AStG gelten. Beide Vorschriften verfolgen das Ziel, missbräuchlichen Gestaltungen entgegenzuwirken, weswegen sich beide Regelungen an den gleichen primärrechtlichen Anforderungen messen lassen müssen (dazu: 6.1.7).⁹⁴⁴

Fraglich ist, ob es Ausnahmen für bestimmte Branchen oder Wirtschaftszeige gibt, welche nicht durch den Motivtest des § 8 Abs. 2 AStG gedeckt sind. Bezüglich des etwaigen Ausschlusses bestimmter Branchen oder Größenmerkmale vom Anwendungsbereich des Motivtests lässt sich der Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* keine Stellungnahme entnehmen. Wenn „eine tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft“⁹⁴⁵ vorliegt, die Gesellschaft „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats“⁹⁴⁶ teilnimmt und im Ansiedlungsstaat einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“⁹⁴⁷ nachgeht, finden sich keinerlei Rest-

⁹³⁹ *Schmidmann*, GmbHR 2019, 59 (62 f., 66); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504); *Köhler*, ISR 2018, 453 (457); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (15) (zu Heft 6/2013); *Schönfeld/Wassermeyer*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 489.

⁹⁴⁰ *BMF*, Schreiben v. 4.4.2018 – IV B 3 – S2411/07/10016-14, BStBl I 2018, 589 = DStR 2018, 744 (744 f.) = IStR 2018, 324 (324).

⁹⁴¹ *BMF*, Schreiben v. 4.4.2018 – IV B 3 – S2411/07/10016-14, BStBl I 2018, 589 = DStR 2018, 744 (744 f.) = IStR 2018, 324 (324).

⁹⁴² *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503); *Schmidmann*, GmbHR 2019, 59 (62 ff.).

⁹⁴³ *BMF*, Schreiben v. 4.4.2018 – IV B 3 – S2411/07/10016-14, BStBl I 2018, 589 = DStR 2018, 744 (744 f.) = IStR 2018, 324 (324).

⁹⁴⁴ *Schmidmann*, GmbHR 2019, 59 (64); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2284); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (504).

⁹⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*).

⁹⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 53 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*).

⁹⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*).

riktionen bezüglich der genannten qualitativen oder quantitativen Merkmale. Es lässt sich demnach keine Bereichsausnahme identifizieren.⁹⁴⁸ Gleiches gilt für etwaige Beschränkungen hinsichtlich der Größenklassen, sodass sich sowohl kleine und mittlere Unternehmen als auch größere börsennotierte Konzerne auf den Motivtest berufen dürfen.⁹⁴⁹

Zusammenfassend muss im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechungslinie des EuGH, namentlich in den Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* sowie *GS*, festgehalten werden, dass die Substanzanforderungen bei vermögensverwaltenden Tätigkeiten, aufgrund der für den Geschäftszweck fehlenden Notwendigkeit von übermäßigen sachlichen und personellen Ausstattungskapazitäten, niedrig anzusetzen sind.⁹⁵⁰ Alternativ in den Worten des EuGH ausgedrückt: „die wirtschaftliche Tätigkeit der gebietsfremden Muttergesellschaft [kann] in der Verwaltung von Wirtschaftsgütern“⁹⁵¹ bestehen, ohne dass es sich um eine rein künstliche Konstruktion handelt.

Eine vergleichbare Auffassung vertrat der BFH in einer im Jahr 2008 ergangenen Entscheidung, als er im Kontext von § 50d EStG zum Kapitalertragsteuerabzug judizierte und feststellte, dass eine besondere sachliche und personelle Ausstattung für eine Kapitalanlage- und Finanzierungsfunktion nicht zwingend notwendig und die Anforderungen an die nachzuweisende Substanz für diese Tätigkeit herabzusetzen seien.⁹⁵² Es müsse kein besonderer „Apparat“⁹⁵³ von der ausländischen Gesellschaft vorgewiesen werden. Gleichzeitig stellte der BFH jedoch klar, dass die Gesellschaft eigenes Personal beschäftigen oder es von der Gesellschaft beauftragtes Personal geben müsse, welches „eigenständig zu verantwortende geschäftsleitende oder auch nur ausführende Aufgaben“⁹⁵⁴ übernommen haben müsse. Diese Auffassung hat der BFH augenscheinlich in der *Zypern-Entscheidung* bestätigt (dazu: 6.1.8).

In ähnlicher Weise judizierte der BFH bereits im Jahr 2002, damals im Lichte von § 42 AO, dass es sich bei einer Konzernfinanzierungsgesellschaft nicht um eine missbräuchliche Gestaltung handle, wenn diese über einen angemieteten Büroraum, eigene Telefonan-

⁹⁴⁸ *Haase*, ISR 2017, 349 (351 f.).

⁹⁴⁹ *Haase*, ISR 2017, 349 (351 f.); *Haase*, ISrR 2016, 767 (768).

⁹⁵⁰ Auch: *Kahlenberg/Weiss*, ISrR 2018, 878 (881); *Polatzky/Goldschmidt/Schumann*, DStR 2018, 641 (646).

⁹⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 20.12.2017 – C-504/16, C-613/17, Rz. 73 (*Deister und Juhler Holding*).

⁹⁵² *BFH*, Urt. v. 29.1.2008 – I R 26/06, unter II. 2. b).bb), ISrR 2008, 364 (366 f.) = DStRE 2008, 812 (814 f.).

⁹⁵³ *BFH*, Urt. v. 29.1.2008 – I R 26/06, unter II. 2. b).bb), ISrR 2008, 364 (366 f.) = DStRE 2008, 812 (814 f.).

⁹⁵⁴ *BFH*, Urt. v. 29.1.2008 – I R 26/06, unter II. 2. b).bb), ISrR 2008, 364 (366 f.) = DStRE 2008, 812 (814 f.).

schlüsse und eigenes Personal verfüge.⁹⁵⁵ Dass das Personal lediglich teilzeitbeschäftigt sei, sei für das Vorliegen einer Basisgesellschaft ebenso „unbeachtlich wie der Umstand, dass diese Teilzeitkräfte sich vornehmlich mit Buchhaltungsaufgaben zu beschäftigen hatten“⁹⁵⁶.

Im Ergebnis ist die bloße Vermögensverwaltung als wirtschaftliche Tätigkeit zweifelsfrei durch die Niederlassungsfreiheit geschützt.⁹⁵⁷ Zudem muss die Gesellschaft kein eigenes Personal im Aufnahmemitgliedstaat vorhalten, sofern dieses von anderen Konzerngesellschaften oder Dritten im Bedarfsfall zur Verfügung gestellt bzw. bezogen wird. Gleichwohl bedarf es einer ordentlich bestellten Geschäftsführung, welche die ausgelagerten Aufgaben jederzeit überwachen und auf ihre Wirtschaftlichkeit beurteilen muss (dazu: 6.3.3).⁹⁵⁸

Die Vermögensverwaltung per se ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, auch wenn diese keinen dafür besonders eingerichteten Apparat erfordert. Die grundfreiheitliche Qualifikation einer Tätigkeit als wirtschaftlich real erfolgt in einem ersten Schritt und muss von der Gewinnverteilung zwischen den Mitgliedstaaten abgegrenzt werden.⁹⁵⁹ Die in einem zweiten Schritt zu vollziehende Beurteilung von Chancen und Risiken sowie der (Personal-)Funktionen dieser Tätigkeit und die damit einhergehende Frage der Gewinnaufteilung sind nachgelagerte Aspekte, welcher innerhalb der Verrechnungspreise behandelt werden muss.⁹⁶⁰

6.3.3 Outsourcing

Die Definition einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ist weder dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 AStG noch dessen Gesetzesbegründung zu entnehmen.⁹⁶¹ Die Gesetzesbegründung verweist lediglich auf das Urteil in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*.⁹⁶² Die Ausführungen des EuGH sollen demnach als Leitfaden für das Vorliegen einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit dienen. Trotz des Verweises auf die primärrechtliche Rechtspre-

⁹⁵⁵ *BFH*, Ur. v. 20.03.2002 – I R 63/99, DStR 2002, 1348 (1348 ff.) = IStR 2002, 568 (568 ff.).

⁹⁵⁶ *BFH*, Ur. v. 20.03.2002 – I R 63/99, B II. Nr. 2 lit. a), DStR 2002, 1348 (1349 f.) = IStR 2002, 568 (569 f.).

⁹⁵⁷ Auch: *Polatzky/Goldschmidt/Schuhmann*, DStR 2018, 641 (646); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (10) (zu Heft 6/2013); *Kraft*, IStR 2019, 631 (634 f.); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 8.178.

⁹⁵⁸ *Köhler*, IStR 2012, 1 (6 f.); *Haase*, IStR 2016, 767 (769 f.); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503).

⁹⁵⁹ Auch: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503); ähnlich: *Schönfeld*, IStR 2017, 949 (950); „ggf. Problem der Verrechnungspreise“; *Köhler*, IStR 2018, 453 (454); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (15) (zu Heft 6/2013).

⁹⁶⁰ Auch: *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (503); ähnlich: *Schönfeld*, IStR 2017, 949 (950); *Köhler*, IStR 2018, 453 (454), welcher die Gewinnabgrenzung in einem vorherigen Schritt vornehmen möchte.

⁹⁶¹ *Kraft*, in: *Kraft*, AStG, § 8 Rz. 740 ff.; *Haase*, IStR 2017, 349 (352); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1204.

⁹⁶² Gesetzesbegründung, in: BT-Drs. 16/6290, S. 92; BR-Drs. 544/07, S. 123.

chung vertritt der deutsche Gesetzgeber die Auffassung, dass es an einer stabilen und kontinuierlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben im Niederlassungsstaat fehlte, wenn die Kernfunktion der vermeintlichen Zwischengesellschaft nicht von dieser selbst ausgeübt werde.⁹⁶³ Das Outsourcing von Geschäftsaufgaben an damit beauftragte Unternehmen wird im Umkehrschluss vom inländischen Gesetzgeber bestraft.⁹⁶⁴

Der Verweis der Gesetzesbegründung auf die Rechtssache *Cadbury Schweppes* verwundert, da in den dortigen Ausführungen lediglich auf objektive Prüfungsmerkmale wie Geschäftsräume, Ausrüstungsgegenstände und Personal abgestellt wird. Der EuGH verlangt in seinen Ausführungen zur Rechtssache *Cadbury Schweppes* explizit nicht, dass die Funktionen der Gesellschaft auch von ihr selbst ausgeübt werden (dazu: 6.3.1).⁹⁶⁵ Darüber hinaus findet sich keine unionsrechtliche Rechtsprechung, welche – insbesondere in Binnenmarktkonstellationen – darauf schließen lässt, dass auf Dritte übertragene Funktionen nicht der übertragenden Gesellschaft zugerechnet werden dürfen. Im Gegenteil deuten die Urteile in den Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* sowie *GS* darauf hin, dass eine Zurechnung von ausgelagerten Funktionen auf die übertragende Gesellschaft unionsrechtlich unproblematisch ist (dazu: 6.1.7). Im Übrigen hat der Gesetzgeber aufgrund der Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* und *GS* im Kontext des § 50d Abs. 3 EStG anerkannt, dass die Einschränkung des Outsourcings nicht der primärrechtlichen Rechtsprechung standhält. Warum dies im Kontext der Hinzurechnungsbesteuerung anders sein sollte, bleibt fraglich.⁹⁶⁶

Auch der BFH hat in einem Urteil aus dem Jahr 2010 das Vorliegen eines „eingerrichteten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG bejaht, obwohl die streitgegenständliche Versicherungsgesellschaft nicht über eigene Räumlichkeiten, sondern nur über einen ordentlich bestellten Geschäftsführer verfügte, welcher gleichzeitig Geschäftsführer anderer Konzerngesellschaften war.⁹⁶⁷ Gleichzeitig wurden der Versicherungsgesellschaft die ausgestatteten Büroräume und das Personal ihrer irischen Schwwestergesellschaft (Beschäftigungsgesellschaft) zugerechnet, da zwischen diesen beiden Gesellschaften ein Betriebsführungsvertrag abgeschlossen war.⁹⁶⁸ Nach der Auffassung des BFH

⁹⁶³ Gesetzesbegründung, in: BT-Drs. 16/6290, S. 92; BR-Drs. 544/07, S. 123.

⁹⁶⁴ *Kraft*, in: Kraft, AStG, § 8 Rz. 750; *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (731): „einschränkend profiskalisches Verständnis“.

⁹⁶⁵ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 163; *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2287); *Haase*, IStR 2016, 767 (769 f.); *Haase*, IStR 2017, 349 (352 f.).

⁹⁶⁶ Wohl auch: *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (352 f.).

⁹⁶⁷ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 2, 14 ff., IStR 2011, 112 (112 f.) = DStR 2010, 2565 (2565 f.).

⁹⁶⁸ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 14 f., IStR 2011, 112 (113) = DStR 2010, 2565 (2566).

sei es nicht erforderlich, dass die (Versicherungs-)Gesellschaft eine entsprechende Tätigkeit „selbst und ausschließlich [...] am Markt“⁹⁶⁹ ausübe. Entscheidender sei, dass die streitgegenständliche Gesellschaft aus allen abgeschlossenen Verträgen unmittelbar selbst berechtigt und verpflichtet worden sei, sodass sie die unternehmerischen Chancen und Risiken getragen habe. Die Inanspruchnahme der Betriebsorganisation einer anderen Konzerngesellschaft sei hingegen unschädlich.⁹⁷⁰

Was für Abs. 1 der Norm gilt, muss *ceteris paribus* auch für Abs. 2 (Motivtest) gelten, d. h., das Vorliegen eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs muss grundsätzlich das Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit implizieren.⁹⁷¹ Prägendes Merkmal eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs ist, dass alle zur Durchführung des Gesellschaftszwecks bzw. der wirtschaftlichen Betätigung notwendigen Geschäftsgrundlagen vorhanden sind.⁹⁷² Der BFH hat in seiner Entscheidung zudem Bezug auf die Grundfreiheiten-Interpretation des EuGH genommen und dargelegt, dass nach den Maßstäben der Cadbury-Doktrin keine andere Entscheidung diesbezüglich möglich sei. Es liege nicht bereits deshalb eine rein künstliche Gestaltung vor, weil die Gesellschaft sich im Rahmen eines Managementvertrages an den Ausstattungen und den Arbeitskräften eines anderen in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens bediene.⁹⁷³

Im Lichte der Niederlassungsfreiheit ist die Tätigkeit von beauftragten Dritten, sofern Funktionen auf diese verlagert wurden, nach h. M. der Tätigkeit der auftraggebenden Gesellschaft wie eine eigene Tätigkeit zuzurechnen.⁹⁷⁴ Die Beauftragung von Dritten kann folglich dazu führen, dass die auftraggebende Gesellschaft eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁹⁷⁵ Eine gegenteilige Auffassung würde einen starken Eingriff in die unternehmerische Dispositionsfreiheit darstellen, da der Unternehmer in seiner Entsch-

⁹⁶⁹ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 14, IStR 2011, 112 (113) = DSStR 2010, 2565 (2566).

⁹⁷⁰ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 16, IStR 2011, 112 (113) = DSStR 2010, 2565 (2566); ähnlich: *BFH*, Urt. v. 1.7.1992 – I R 6/92, DSStR 1993, 49 (49) = BeckRS 1992, 22010363: „danach ist eine Tätigkeit demjenigen zuzurechnen, für dessen Rechnung sie ausgeübt wird“.

⁹⁷¹ *Schnitger*, IStR 2007, 729 (732); *Heinsen/Handwerker*, DB 2011, 82 (82); *Köhler*, ISR 2012, 1 (5); *Haase*, IStR 2016, 767 (768); *Haase*, ISR 2017, 349 (352); *Köhler*, ISR 2018, 453 (457).

⁹⁷² *Schnitger*, IStR 2007, 729 (732); *Köplin/Sedemund*, BB 2007, 244 (244 ff.); *Köhler*, ISR 2012, 1 (5).

⁹⁷³ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 18 IStR 2011, 112 (113) = DSStR 2010, 2565 (2566); ähnlich: *BFH*, Urt. v. 15.2.2012 – I R 19/11, Rz. 5, 21 ff., DSStR 2012, 745 (747 f.) = IStR 2012, 505 (508).

⁹⁷⁴ *Haase*, IStR 2016, 767 (769); *Haase*, ISR 2017, 349 (353); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 164a.; *Heinsen/Handwerker*, DB 2011, 82 (82); *Loose/Herbst*, BB 2011, 292 (295).

⁹⁷⁵ *Haase*, IStR 2016, 767 (770); *Köhler*, ISR 2018, 453 (456 ff.); *Schön*, IStR-Beiheft 2013, 3 (10, 16) (zu Heft 6/2013); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 164a.

dungsfreiheit dahingehend beschnitten wäre, welche Tätigkeiten er selbst ausführen und welche er auf andere übertragen möchte (Make or Buy Decision).⁹⁷⁶

Voraussetzung für die Zurechnung der bezogenen Leistungen zur auftraggebenden Gesellschaft ist jedoch, dass die ausländische Gesellschaft eine fachlich kompetente, auf eigenes Risiko und eigene Rechnung (eigenverantwortlich) tätige Geschäftsleitung vorweist, welche die ausgelagerten Funktionen jederzeit koordinieren und überwachen kann.⁹⁷⁷ In anderen Worten muss das geschäftsleitende Personal in der Lage sein, Leistungen anzuordnen und die Qualität der ausgeführten Leistungen zu beurteilen und zu kontrollieren.⁹⁷⁸ Im Umkehrschluss muss neben dem geschäftsführenden Personal nicht zwingend weiteres Personal bei der ausländischen Gesellschaft angestellt sein, sofern dies nicht für die Erfüllung der Geschäftsaufgabe notwendig ist.⁹⁷⁹

In der *Zypern-Entscheidung* ließ der BFH eine ordentliche Geschäftsführerin mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung ausreichen, um das Vorliegen von qualifiziertem Personal festzustellen und somit eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit zu bejahen.⁹⁸⁰ Der Umstand, dass die Entscheidung über den Lizenzkauf nicht direkt von der zypriotischen Geschäftsführerin, sondern mittelbar von Konzerngesellschaften im russischsprachigen Raum getroffen wurde, führte hingegen nicht dazu, dass die Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung verneint wurde. Mit Blick auf die Konzernstrategie war das Outsourcing der Einkaufsentscheidungen gar vorteilhaft, da die russischsprachigen Konzerngesellschaften über die notwendigen Branchenkenntnisse der jeweiligen Absatzmärkte verfügten.⁹⁸¹ Die Geschäftsführerin war zudem in der Lage, die betriebswirtschaftliche Vorteilhaftigkeit der Lizenzkäufe zu beurteilen. Sofern die gewünschte Eigenkapitalverzinsung erfolgte, gab es für die Geschäftsführung keinen Anlass, die Entscheidungen über den Lizenzkauf in Frage zu stellen. Eine Qualitätsbeurteilung der ausgelagerten Funktionen lag demnach (mittelbar) vor.

⁹⁷⁶ Wohl auch: *Haase*, IStR 2016, 767 (769); *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 164a; *Schmidmann*, IWB 2020, 176 (183).

⁹⁷⁷ *Schön*, IStR-Beiheft 2013, 3 (10, 16) (zu Heft 6/2013); *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, Rz. 13.148; *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 164a; *Heinsen/Handwerker*, DB 2011, 82 (82); *Köhler*, ISR 2012, 1 (7); *Köhler*, ISR 2018, 453 (457 f.); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2286); mit überschießenden Tendenzen auch: *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1133.

⁹⁷⁸ Auch: *Heinsen/Handwerker*, DB 2011, 82 (82).

⁹⁷⁹ *Vogt*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Band 5, § 8 AStG Rz. 164a; *Köplin/Sedmund*, BB 2007, 244 (247); *Heinsen/Handwerker*, DB 2011, 82 (82); *Loose/Herbst*, BB 2011, 292 (295).

⁹⁸⁰ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 5, DStR 2018, 2251 (2252) = IStR 2018, 882 (883).

⁹⁸¹ *BFH*, Urt. v. 13.6.2018 – I R 94/15, Rz. 15, DStR 2018, 2251 (2253) = IStR 2018, 882 (884).

Es hätte jedoch geprüft werden können, ob sich der Ort der Geschäftsleitung noch immer mit dem Sitzungssitz (Zypern) gedeckt hätte oder ob nicht eine Verlagerung der DBA-rechtlichen Ansässigkeit hätte erfolgen müssen.⁹⁸² Die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung greifen nämlich nur bei Gesellschaften, deren Ort der Geschäftsleitung (§ 10 AO) im Ausland liegt. Sofern die Gesellschaft ihren steuerrechtlichen Sitz im Inland hätte, wäre sie ohnehin unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig mit ihrem Welteinkommen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG i. V. n. §§ 10, 12 AO) und die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung würden keine Anwendung finden. Die Geschäftsleitung muss folglich im Ausland verortet sein, da ansonsten ein DBA-rechtlicher Wechsel der Ansässigkeit in das Inland droht (Art. 4 Abs. 1, Abs. 3 DBA-MA).⁹⁸³ Eine Verortung der Geschäftsleitung im Ausland liegt dann vor, wenn die Mitarbeiter der ausländischen Gesellschaft im Sitzstaat tatsächlich die laufenden und wichtigen Geschäftsentscheidungen der Gesellschaft fällen.⁹⁸⁴ Dabei kommt es nicht darauf an, wo die Entscheidungen umgesetzt, sondern wo sie getroffen werden.⁹⁸⁵

Diese DBA-rechtliche Grundaussage setzt die Idee der „wirtschaftlichen Realität“ des EuGH bereits in Teilen indirekt um, da der Gesellschaft nach ertragsteuerlichen Aufteilungsmaßstäben zumindest der Gewinn zugerechnet werden muss, der ihr für die ihr zugeordneten Personalfunktionen bzw. die Übernahme unternehmerischer Risiken zusteht. Die Zurechnung dieses Gewinns aufgrund unternehmerischer Risiken kann dann nicht in Widerspruch zu der wirtschaftlichen Realität der Gestaltung stehen.⁹⁸⁶ In anderen Worten kann keine rein künstliche Gestaltung vorliegen, wenn die ausländische Geschäftsleitung ihre Aufgaben wahrnimmt.

Die vorstehenden Ausführungen gelten jedoch nicht für den Fall, dass kein echter Leistungsaustausch stattfindet und Funktionen nur zum Schein ausgelagert werden, um damit vor allem einen steuerlichen Vorteil zu erlangen. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass gänzlich substanzlose Briefkastengesellschaften nicht in den An-

⁹⁸² Köhler, ISR 2018, 453 (454 f.); Kortendick/Joisten/Ekinci, BB 2018, 3031 (3035).

⁹⁸³ Köhler, ISR 2012, 1 (3); Peters, NZWiSt 2016, 374 (379); Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (12) (zu Heft 6/2013); Köhler, ISR 2018, 453 (454 f.); Frotscher, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1173; zum Geschäftsleitungsort im DBA-Recht: Loukota, IStR 2004, 558 (558 ff.).

⁹⁸⁴ Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (12) (zu Heft 6/2013); Köhler, ISR 2012, 1 (3); Schaumburg, Internationales Steuerrecht, Rz. 13.32.

⁹⁸⁵ BFH, Urt. v. 16.12.1998 – I R 138/97, DStR 1999, 895 (895 ff.) = NZG 1999, 847 (847 ff.); dazu: Köhler, ISR 2012, 1 (8).

⁹⁸⁶ Auch: Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (12) (zu Heft 6/2013); a. A.: Schönfeld/Wassermeyer, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 476.

wendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.⁹⁸⁷ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Personalgestellung oder das Personalpooling nur schuldrechtlich, jedoch nicht tatsächlich erfolgt und das Personal keine echten Kompetenzen aufweist. In diesem Fall droht zudem eine Verlagerung des Ortes der Geschäftsleitung, wenn die wesentlichen Entscheidungen im Inland getroffen werden.

Eine ausländische Gesellschaft darf sich im Ergebnis der Räumlichkeiten und des Personals einer anderen – im EU- oder Drittland ansässigen – Gesellschaft bedienen. Insbesondere die Auslagerung bestimmter Funktionen auf nahestehende Gesellschaften ist unschädlich und der auslagernden Gesellschaft zuzurechnen.⁹⁸⁸ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Gesellschaft eine qualifizierte und eigenverantwortliche Geschäftsleitung aufweist, die die ausgelagerten Funktionen jederzeit überwachen kann.

6.4 Anforderungen an den Substanznachweis im Drittstaatenfall

Die Erkenntnisse zum Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit sind überwiegend aus höchstrichterlichen Entscheidungen gewonnen, die zur Niederlassungsfreiheit ergangen sind. Fraglich ist, ob die gewonnen Erkenntnisse auch auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten übertragen werden können.

In seinem Urteil zur Rechtssache *X GmbH* führte der EuGH aus, „dass der freie Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern nicht darauf abzielt, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen sich die Gesellschaften im Binnenmarkt niederlassen können“⁹⁸⁹. Ziel des Art. 63 Abs. 1 AEUV sei es, die Liberalisierung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs zu verwirklichen. Aus diesem Grund decke sich der Begriff der rein künstlichen Gestaltungen im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit „nicht unbedingt“⁹⁹⁰ mit den in den Rz. 67 und 68 des Urteils *Cadbury Schweppes*⁹⁹¹ genannten Anhaltspunkten für die fehlende wirtschaftliche Realität der Niederlassung einer Gesellschaft.⁹⁹²

Folglich seien die Anhaltspunkte für die fehlende wirtschaftliche Realität einer Gestaltung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit anders zu bestimmen, da die künstliche Schaffung der Voraussetzungen dafür, um unberechtigt der Besteuerung in einem Mitgliedstaat zu entgehen, bei grenzüberschreitendem Kapitalverkehr in „verschiedenen Formen“ erfolgen

⁹⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 68 (*Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*).

⁹⁸⁸ *Köhler*, *ISR* 2012, 1 (7); *Kahlenberg/Weiss*, *IStr* 2018, 878 (881); *Kahlenberg* *FR* 2018, 499 (502 f.); *Schmidtman*, *IWB* 2020, 176 (181 ff.).

⁹⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 83. (*X GmbH*).

⁹⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 83 (*X GmbH*).

⁹⁹¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 67 f. (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*).

⁹⁹² *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 83 f. (*X GmbH*).

könne.⁹⁹³ Zwar könnten die genannten Anhaltspunkte aus der Rechtssache *Cadbury Schweppes* auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit eine Indizwirkung für das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung entfalten. Im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit sei der Begriff jedoch dahingehend zu erweitern, dass er jede Vorkehrung umfasse, „bei der das Hauptziel oder eines der Hauptziele darin besteht, durch Tätigkeiten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erzielte Gewinne künstlich in Drittländer mit niedrigem Besteuerungsniveau zu transferieren“⁹⁹⁴.

Weitere Ausführungen bezüglich der Frage, wann eine rein künstliche Gestaltung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt, blieben bedauerlicherweise aus.⁹⁹⁵ Auch der BFH verzichtete in seiner Folgeentscheidung vom 22.5.2019 auf Ausführungen bezüglich des Substanznachweises in Drittstaatenfällen. Zudem sei angemerkt, dass auch dem auf den vorgenannten Entscheidungen aufbauenden Urteil des BFH vom 30.09.2020⁹⁹⁶ keine Erkenntnisse über die Anforderungen an den Gegenbeweis in Drittstaatenfällen entnommen werden können. Im Folgenden werden daher die Substanzanforderungen anhand der unterschiedlichen Ziele der Grundfreiheiten skizziert.

Zunächst ist festzuhalten, dass im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit nicht die gleichen qualitativen und quantitativen Anforderungen an die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit gestellt werden wie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit.⁹⁹⁷ Die Niederlassungsfreiheit verfolgt das Ziel, durch eine optimale Ressourcenallokation zwischen den Mitgliedstaaten einen europäischen Binnenmarkt zu erschaffen (dazu: 3.1). Damit dieses Ziel verwirklicht werden kann, müssen die Staaten untereinander Wettbewerb betreiben dürfen. Dies betrifft auch den – grundsätzlich zulässigen – Steuerwettbewerb. Die Mitgliedstaaten müssen den Steuerwettbewerb innerhalb der Gemeinschaft so lange tolerieren, bis sie sich auf harmonisierende Regelungen verständigen.⁹⁹⁸ Folglich kann innerhalb des Binnenmarktes nicht bereits aufgrund der Ansiedlung in einem Niedrigsteuerregime eine künstliche Niederlassung angenommen werden.

⁹⁹³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

⁹⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

⁹⁹⁵ *Köhler*, ISR 2019, 175 (178 f.); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (323); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (344 f.); *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (689 f.).

⁹⁹⁶ *BFH*, Beschluss v. 30.09.2020 – I R 12/19 (I R 78/14) = IStR 2021, 403 (403 ff.) = DSStR 2021, 709 (709 ff.).

⁹⁹⁷ Auch: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (908); *Köhler*, ISR 2019, 175 (178); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (344 f.).

⁹⁹⁸ *Generalanwalt Léger*, Schlussantrag v. 2. 5. 2006 – C-196/04, Rz. 55 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*); *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (713).

Die Kapitalverkehrsfreiheit hingegen verfolgt das Ziel, den Euro als Währung zu stärken und einen ungehinderten Fluss von Kapital zu ermöglichen (dazu: 3.2). Bei der Kapitalverkehrsfreiheit kommt es – im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit – nicht auf die Integration in einem anderen Mitgliedsstaat an, sondern auf die freie Beweglichkeit des Kapitals („Kapital ist ein scheues Reh“). Es erscheint daher nicht sachgerecht, den leicht substituierbaren Faktor Kapital anhand der Kriterien zu messen, nach denen sich eine Niederlassung i. S. d. Art. 49 AEUV bestimmt.⁹⁹⁹

Wie bereits dargelegt, wirkt die Kapitalverkehrsfreiheit im Gegensatz zu den anderen Grundfreiheiten auch im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten – und zwar ohne Gegenseitigkeitsvorbehalt (Erga-omnes-Wirkung).¹⁰⁰⁰ Bereits aufgrund der fehlenden Reziprozität muss den Mitgliedstaaten zum Schutz ihrer Steuerautonomie ein im Vergleich zur Niederlassungsfreiheit erweiterter Rechtfertigungsspielraum zukommen. Dadurch wird verhindert, dass Drittstaaten, z. B. aufgrund unfairen Steuerwettbewerbs, einseitig Vorteile aus der Kapitalverkehrsfreiheit ziehen können.¹⁰⁰¹ Nur durch einen erweiterten Rechtfertigungsspielraum kann die bedingungslose Liberalisierungswirkung des Art. 63 AEUV abgemildert werden. Zumindest mittelbar wird dadurch der vollständige Verzicht der Mitgliedstaaten auf eine reziproke Gegenleistung von Drittstaaten abgeschwächt. Ein echter (unionsrechtswidriger) Reziprozitatsvorbehalt¹⁰⁰², welcher das Schutzniveau von der Behandlung der Steuerpflichtigen im Drittland abhängig macht, wird hingegen nicht geschaffen.¹⁰⁰³

Daruber hinaus ist nicht ersichtlich, warum die Mitgliedstaaten ein Wettbewerbsverhalten tolerieren müssen, das innerhalb der Union selbst nicht praktiziert wird.¹⁰⁰⁴ Dieser Gedanke deckt sich auch mit den Ausfuhungen des EuGH, wonach für das Vorliegen einer künstlichen Gestaltung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit eines der Hauptziele darin bestehen muss, „durch Tätigkeiten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erzielte Gewinne

⁹⁹⁹ Im Ergebnis auch: *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (710); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (895); auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (20 ff.) (zu Heft 6/2013).

¹⁰⁰⁰ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 6; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 2; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 4; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 120; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 2; *Bannes/Holle*, StuW 2017, 112 (114); *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (892); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (18) (zu Heft 6/2013).

¹⁰⁰¹ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV, Rz. 5; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 91; *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (713).

¹⁰⁰² *EuGH*, Urt. v. 10.4.2014 – C-190/12, Rz. 101 ff. (Emerging Markets Series of DFA Investment Trust); *EuGH*, Urt. v. 10.2.2011 – C.436/08 und C-437/08, Rz. 128 (Haribo Lakritzen Hans Riegel und Osterreichische Salinen).

¹⁰⁰³ *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 64 AEUV Rz. 5.

¹⁰⁰⁴ Auch: *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (712 f.); *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (21 f.) (zu Heft 6/2013).

künstlich in Drittländer mit niedrigem Besteuerungsniveau zu transferieren¹⁰⁰⁵. Der EuGH ist demnach bereit, die fehlende Reziprozität der Verkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten in Verbindung mit der Verhinderung künstlicher Gewinnverlagerungen als erweiterten Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit zu akzeptieren.

Bereits in älteren Entscheidungen hatte der Gerichtshof angemerkt, dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittländern aus einem bestimmten Grund gerechtfertigt sein könne, auch wenn dieser Grund keine überzeugende Rechtfertigung für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten darstellen würde.¹⁰⁰⁶ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass bereits aufgrund der geringeren behördlichen Zusammenarbeit in Drittstaatsangelegenheiten mehr Gestaltungsmöglichkeiten – oder in den Worten des EuGH: „verschiedene Formen“¹⁰⁰⁷ – verfügbar sind, um einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen. Im Hinblick auf die Vermeidung von Missbräuchen sollten demnach Investitionen in Ländern, welche z. B. durch besondere Begünstigungsregelungen mobile Einkunftsquellen anlocken und dadurch unlauteren Steuerwettbewerb betreiben, strengeren Beschränkungen unterliegen dürfen als Investitionen in Drittstaaten, welche einen fairen Steuerwettbewerb mit der EU anstreben.¹⁰⁰⁸

Fraglich ist, wie mit Drittländern zu verfahren ist, welche keine bestimmten Einkunftsarten begünstigen, sondern allgemein sehr niedrige Körperschaftsteuersätze vorweisen. Nach den Ausführungen des EuGH betrifft dies alle „Drittländer mit niedrigem Besteuerungsniveau“¹⁰⁰⁹. Hier könnte es bereits an der Vergleichbarkeit der Situationen fehlen, wenn ein Steuerregime einen so niedrigen Steuersatz aufweist, dass es damit selbst den niedrigsten Unternehmenssteuersatz innerhalb der Union unterbietet.¹⁰¹⁰ Sofern keine Vergleichbarkeit der In- und Auslandsinvestitionen gegeben ist, kann auch keine Diskriminierung von Auslandsinvestitionen vorliegen; ein Eingriff in die Grundfreiheit kann im Umkehrschluss nicht vorliegen.

Wann ein Besteuerungsniveau als zu niedrig anzusehen ist, lässt der EuGH unbeantwortet. In Ermangelung einer globalen Niedrigsteuerdefinition und damit verbundenen Ausführungen in der Literatur wird im Folgenden der Versuch unternommen ein, – im Vergleich

¹⁰⁰⁵ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

¹⁰⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C-446/04, Rz. 171 (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/05, Rz. 37 (A); *EuGH*, Urt. v. 20.5.2008 – C-194/06, Rz. 87 f. (Orange European Smallcap Fund).

¹⁰⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

¹⁰⁰⁸ Auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (21 ff.) (zu Heft 6/2013); *Bannes/Cloer/Holle*, FR 2017, 620 (621); *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (713).

¹⁰⁰⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

¹⁰¹⁰ Auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (21 f.) (zu Heft 6/2013).

zum Besteuerungsniveau der EU – niedriges Drittstaatensteuerniveau zu definieren: Im Sinne einer (absoluten) Untergrenze müssen nach der hier vertretenen Auffassung alle Drittländer als Niedrigsteuerregime gelten, die niedrigere Körperschaftsteuersätze aufweisen als der niedrigste Körperschaftsteuersatz der Mitgliedstaaten. Ein Drittland könnte zudem als niedrig besteuert gelten, wenn der entsprechende Steuersatz den Mittelwert des unteren Quartils der europäischen Steuersätze unterschreitet.

Die obigen Ausführungen zur (fehlenden) Vergleichbarkeit der Sachverhalte müssen auch für die Anforderungen an den Informationsaustausch gelten. Der EuGH hatte bereits im Jahr 2006 statuiert, dass aufgrund der Intensität der unter den Mitgliedstaaten der Union bestehenden Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden eine Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft nicht immer mit der Besteuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten vergleichbar sei.¹⁰¹¹ Sofern keine ausreichende Grundlage zum Informationsaustausch gegeben ist, ist eine Vergleichbarkeit von Inlands- und Drittstaateninvestitionen zu verneinen. Drittstaaten mit unzureichender Amtshilferegelung dürfen folglich – wie der EuGH in der Rechtssache *X GmbH* bestätigt hat – diskriminiert werden. Die Intensität des Austauschs steuerlich relevanter Information muss umso höher sein, je aggressiver die Steuerpolitik des Drittstaats ausfällt. Sofern in concreto ein zu geringer Informationsaustausch mit dem Drittstaat feststellt wird, muss entweder eine Vergleichbarkeit der Situationen verneint oder aber eine benachteiligende Behandlung von Drittstaateninvestitionen innerhalb der Rechtfertigungsprüfung toleriert werden. Diese benachteiligende Behandlung kann sich in einer Versagung des Motivtests ausdrücken, z. B. aufgrund der erhöhten Typisierungsbefugnis der Mitgliedstaaten.

Diese Ausführungen decken sich indes mit der im Schrifttum aufgestellten Forderung, bei der Bekämpfung von Missbräuchen gegenüber Drittländern stärkere gesetzliche Typisierungen zuzulassen. Demnach seien dem Steuerpflichtigen in Drittstaatsachverhalten mehr Nachweispflichten, d. h. eine höhere Beweislast, aufzubürden als in einem Binnenmarktsachverhalt.¹⁰¹²

Denklogisch sind auch die im Rahmen der Niederlassungsfreiheit zu überprüfenden Anhaltspunkte für eine reale Gestaltung, d. h. „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftli-

¹⁰¹¹ *EuGH*, Urt. v. 12.12.2006 – C-446/04, Rz. 170 f. (Test Claimants in the FII Group Litigation); *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 – C-101/05, Rz. 37 (A).

¹⁰¹² *Lang/Lüdicke/Reich*, IStR 2008, 709 (711 ff.); *Kotthaus*, Binnenmarkt und externe Kapitalverkehrsfreiheit, 2012, S. 168 f.; *Schön*, IStR 2013, 3 (21), Beiheft zu Heft 6 (2013).

chen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung¹⁰¹³, im Lichte von Art. 63 Abs. 1 AEUV nicht einschlägig. Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt keine dauerhaften Niederlassungen, sondern den freien Kapitalfluss. Qualitative und quantitative Anforderungen an die sachliche und personelle Ausstattung müssen nicht die Integration einer Gesellschaft in den Aufnahmemitgliedstaat widerspiegeln, sondern den Investitionsvorgang als solchen.¹⁰¹⁴ Der EuGH prüft in Drittstaatsverhalten folglich nicht die Künstlichkeit der Gesellschaft, sondern die Künstlichkeit der Beteiligung oder Investition.¹⁰¹⁵

Anders als im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ist der Bezugspunkt für die Überprüfung der wirtschaftlichen Motive nicht die Zwischengesellschaft selbst, sondern die Gründe für die Beteiligung (beteiligungsbezogene Betrachtungsweise).¹⁰¹⁶ Aufgrund der im Vergleich zu den Kriterien der Niederlassungsfreiheit geringeren Notwendigkeit der Verflechtung mit dem betroffenen Drittstaat können die Substanzanforderungen im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit schwächer ausgeprägt sein.¹⁰¹⁷

Kurzum verliert die für Binnenmarktsachverhalte höchstwichtige Substanz in Drittstaatsverhalten an Relevanz und entfaltet nur noch eine Indizwirkung¹⁰¹⁸ dafür, ob der Investitionsvorgang von wirtschaftlichen Erwägungen getragen ist und ob die Investition in die ausländische Gesellschaft tatsächlich so erfolgte, dass diese die ihr zugedachte Tätigkeit auch betreiben kann.¹⁰¹⁹ Selbst wenn der Steuerpflichtige eine substantielle Ausstattung der Drittstaatengesellschaft durch Räumlichkeiten, Personal oder Vermögensgegenstände nachweist, kann dennoch eine künstliche Gestaltung im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen, wenn das Hauptziel oder eines der Hauptziele für die Überlassung von Kapital darin besteht, Gewinne künstlich in Drittstaatenländer zu transferieren und wirtschaftliche Gründe für die Beteiligung nicht angeführt werden können.¹⁰²⁰ Es sei jedoch angemerkt, dass das Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesell-

¹⁰¹³ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54, 67 (Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas).

¹⁰¹⁴ Ähnlich: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (895); *Bannes/Cloer/Holle*, FR 2017, 620 (620 f.); *Köhler*, IStR 2019, 170 (173); *Eisendle/Henze*, IStR 2020, 23 (26).

¹⁰¹⁵ Ähnlich: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (908); *Eisendle/Henze*, IStR 2020, 23 (26); *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (137); *Weber/Zöller*, FR 2020, 288 (292).

¹⁰¹⁶ Auch: *Eisendle/Henze*, IStR 2020, 23 (26); *Weber/Zöller*, FR 2020, 288 (292); *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (137); *Grübel*, IStR 2021, 45 (52).

¹⁰¹⁷ Auch: *Kahlenberg/Schiefer*, IStR 2017, 889 (896); a. A. *Schön*, IStR 2013, 3 (11), Beiheft zu Heft 6 (2013), welcher für die Niederlassungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit die gleichen Prüfungsmaßstäbe anwenden möchte.

¹⁰¹⁸ Ähnlich zur Indizwirkung: *Engelke/Hoffmann*, BB 2019, 1564 (1564); *Köhler*, IStR 2019, 170 (174); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 313 (323); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (344 f.).

¹⁰¹⁹ Auch: *Köhler*, IStR 2019, 170 (173 f.); *Müller*, IStR 2019, 170 (173); *Köhler*, IStR 2019, 175 (179).

¹⁰²⁰ Ähnlich: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (862); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (345); welche darlegen, dass trotz einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Drittstaatengesellschaft eine künstliche Gestaltung vorliegen kann.

schaft zumeist indiziert, dass das Hauptziel oder eines der Hauptziele der Beteiligung nicht in der Erlangung eines steuerlichen Vorteils besteht.¹⁰²¹

Umgekehrt kann eine künstliche Gestaltung trotz fehlender substanzieller Ausstattung (Räumlichkeiten, Personal, Vermögensgegenstände) und folglich ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit der betroffenen Gesellschaft im Lichte von Art. 63 AEUV verneint werden, wenn der Steuerpflichtige triftige wirtschaftliche Gründe für die Investition vorweisen kann.¹⁰²² Diese Annahme wird durch die Ausführung des EuGH unterstrichen, wonach die im Kontext der Niederlassungsfreiheit genannten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung auch im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit als Indizien herangezogen werden können, „insbesondere wenn es sich als notwendig erweist, den wirtschaftlichen Grund für eine Beteiligung an einer Gesellschaft, die keine eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten entfaltet, zu bewerten“¹⁰²³. Die Bewertung wirtschaftlicher Gründe wäre redundant, wenn bereits die fehlenden wirtschaftlichen Tätigkeiten zu einer rein künstlichen Gestaltung führen würden. Gleichwohl wird es bei Gesellschaften ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit schwierig sein nachzuweisen, dass keines der Hauptziele darin besteht, einen Steuervorteil zu erlangen.

Dies ist wohl der fundamentalste Unterschied zur Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Niederlassungsfreiheit. Sofern bei dieser festgestellt wird, dass eine Mindestsubstanz, bspw. aufgrund von Räumlichkeiten und geschäftsleitendem Personal, vorliegt, muss das Vorliegen einer realen Niederlassung bejaht werden und es kann im Umkehrschluss kein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliegen. Dies gilt selbst dann, wenn das Hauptziel oder eines der Hauptziele für die Gestaltung darin besteht, einen Steuervorteil zu erlangen. Etwas anderes würde im Kontext der Niederlassungsfreiheit erst dann gelten, wenn mit Hilfe von realen wirtschaftlichen Konstruktionen die mitgliedstaatlichen (Steuer-)Gesetze in missbräuchlicher Art und Weise umgangen würden (dazu: 7.2).

Neben die Indizwirkung der Substanz tritt in Drittstaatenkonstellationen die Nachweispflicht des Steuerpflichtigen, dass keines der Hauptziele der Gestaltung darin besteht, künstlich Gewinne in niedrig besteuerte Länder zu verlagern. Auch hier zeigen sich Unter-

¹⁰²¹ Ähnlich: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2019, 901 (908): welche anführen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft eine nicht künstliche Beteiligung regelmäßig indiziert.

¹⁰²² Ähnlich: *Köhler*, ISR 2019, 175 (179); *Schnitger/Krüger/Nielsen*, IStR 2019, 340 (345); *Köhler*, ISR 2021, 201 (212); *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (355); a. A.: *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776, wonach bereits die fehlende eigene wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft zu einer künstlichen Gestaltung führen soll.

¹⁰²³ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 84 (X GmbH).

schiede zur Niederlassungsfreiheit. Der EuGH legt im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit dar, dass ein Missbrauch auch dann vorliegen kann, wenn – wie im Kontext der Niederlassungsfreiheit – nicht der alleinige Zweck, sondern lediglich einer der Hauptzwecke in der Erlangung eines Steuervorteils liegt.¹⁰²⁴ Das subjektive Element wird im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit folglich aufgeweicht.

Diese Formulierung erinnert an die allgemeine Missbrauchsvermeidungsregelung des Art. 6 ATAD, welche tatbestandlich auf eine Gestaltung abzielt, „bei der der wesentliche Zweck oder einer der wesentlichen Zwecke“ darin besteht, einen Steuervorteil zu erlangen.¹⁰²⁵ Es bleibt jedoch anzumerken, dass der EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit in einem Drittstaatsverhältnis judiziert hat. Kollisionen der ATAD mit der Interpretation des EuGH zur Niederlassungsfreiheit sind deshalb mitnichten ausgeschlossen.

Dass keines der Hauptziele darin besteht, einen Steuervorteil zu erlangen, kann der Steuerpflichtige nachweisen, indem er wirtschaftliche Motive für die Beteiligung darlegt.¹⁰²⁶ Der EuGH spricht in diesem Kontext von einem „stichhaltigen wirtschaftlichen Grund“¹⁰²⁷ für die Beteiligung oder Investition. Aufgrund des Wortlautes „stichhaltig“ ist anzunehmen, dass der EuGH einen triftigen Grund für die Exkulpation des Steuerpflichtigen einfordert. Dies impliziert eine gewisse Bedeutsamkeit der wirtschaftlichen Gründe. Folgerichtig müssen diese die steuerlichen Motive im Vergleich zu außersteuerlichen Gründen in einer Gesamtbetrachtung überwiegen.¹⁰²⁸

Fraglich ist, welche stichhaltigen wirtschaftlichen Gründe für einen erfolgreichen Motivtest anzuerkennen sind. Wirtschaftliche Gründe für die Beteiligung sind nach dem hier vertretenen Verständnis alle Gründe, warum eine Investition aus außersteuerlichen Gründen als „nutzbringend“ betitelt werden kann.¹⁰²⁹ In Ermangelung von Ausführungen aus der Literatur und von höchstrichterlicher Rechtsprechung wird im Folgenden der Versuch unternommen, darzulegen, wann eine Investition in qualitativer und quantitativer Hinsicht als „nutzbringend“ einzustufen ist: Eine Investition bzw. Beteiligung ist unstrittig nutzbringend, wenn durch sie der Gesamtunternehmenswert erhöht wird. Dies ist immer dann der

¹⁰²⁴ *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (24).

¹⁰²⁵ *Heckerodt/van Lück*, ISr 2020, 857 (862); *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (26).

¹⁰²⁶ Im Ergebnis wohl auch: *Köhler*, ISR 2019, 175 (179); ähnlich: *Schnitger/Krüger/Nielsen*, ISr 2019, 340 (344 f.).

¹⁰²⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – C-135/17, Rz. 77 (X GmbH).

¹⁰²⁸ Wohl auch: *Eimler*, FR 2021, 822 (827 f.); a. A.: *Köhler*, ISR 2021, 201 (209 f.).

¹⁰²⁹ Ähnlich; *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (26), welche „Profit versprechende“ Investitionen als Motiv genügen lassen wollen; so auch: *Heckerodt/van Lück*, ISr 2020, 857 (862), welche darlegen, die Transaktion müsse „profitversprechend bzw. wirtschaftlich sinnvoll“ sein; *Köhler*, ISR 2019, 175 (179): „lohenswert“.

Fall, wenn mit der Investition die gewünschte Eigenkapitalverzinsung erfolgt, d. h., der Ertragswert der Gesamtunternehmung aufgrund der Investition steigt. Ein Verfahren zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit der Investition könnte – in Anlehnung an den aus dem EU-Beihilferecht bekannten „Private-Investor-Test“¹⁰³⁰ – die Beantwortung der Frage sein, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Marktteilnehmer die Investition auch ohne steuerliche Vorteile getätigt hätte. Wenn bspw. durch eine Unternehmensbewertung vor und nach der Investition dargelegt werden kann, dass der Gesamtwert der Unternehmung durch die Investition ansteigt, kann deren Wirtschaftlichkeit nachgewiesen werden. Ein geeignetes Verfahren ist der vom Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) herausgegebene Standard zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (sog. IDW S1-Gutachten¹⁰³¹). Dieses Verfahren findet sich bereits in § 11 Abs. 2 S. 2 Bewertungsgesetz (BewG¹⁰³²) wieder und kann vom Rechtsanwender genutzt werden, um den Wert von übergegangenem Betriebsvermögen für erbschaft- und schenkungsteuerliche Zwecke zu ermitteln. Alternativ bietet sich eine Bewertung der Unternehmung vor und nach der Investition durch das vereinfachte Ertragswertverfahren i. S. d. §§ 200 bis 203 BewG an. Da eine Unternehmensbewertung oft ein zeit- und kostspieliges Unterfangen ist, könnte der Steuerpflichtige auch einfacher nachweisen, dass sich die Transaktion für ihn als wirtschaftlich sinnvoll darstellt. Dies kann bspw. über den Nachweis einer transaktionsbezogenen Investitionsanalyse erfolgen. Da im Vorfeld einer Investition zumeist ohnehin eine Wirtschaftlichkeitsanalyse durchgeführt wird, stellt dies für den Steuerpflichtigen in der Regel keinen bedeutsamen Mehraufwand dar. Der Steuerpflichtige würde insbesondere durch letztere Methode keinen – vom EuGH untersagten – übermäßigen Verwaltungszwängen¹⁰³³ ausgesetzt werden.

Neben quantitativen Renditefaktoren können auch qualitative Elemente als stichhaltige wirtschaftliche Gründe qualifiziert werden. Darunter fällt bspw. auch ein Wissens- oder Technologietransfer (Know-how), der mit der Beteiligung oder Investition einhergeht. Angemerkt sei jedoch, dass auch qualitative Elemente wie technologisches Know-how mittel- bis langfristig ebenfalls zu einer Steigerung des Ertragswertes der Unternehmung führen können – und entsprechend in den prognostizierten Ertragsserwartungen Berücksichtigung finden müssen. Der EuGH hat im Kontext der Verrechnungspreise (Rechtssache *Horn-*

¹⁰³⁰ Dazu: *Kleine/Sühnel*, in: Binstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilferecht, Art. 107 AEUV Rz. 105; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rz. 11 ff.

¹⁰³¹ IDW, Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1 in der Fassung vom 02.04.2008).

¹⁰³² Bewertungsgesetz (BewG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Februar 1991 (BGBl. I S. 230), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2993) geändert worden ist.

¹⁰³³ *EuGH*, Urt. v. 31.5.2018 – C-382/16, Rz. 22 (Hornbach).

bach) kapitalstärkende Maßnahmen für ein verbundenes Unternehmen als stichhaltigen wirtschaftlichen Grund akzeptiert (dazu: 6.2).

Sowohl die quantitativen als auch die qualitativen Gründe für die Investition müssen triftig sein. Sofern nicht die außersteuerlichen Motive gegenüber den steuerlichen Motiven deutlich überwiegen, kann es rasch so wirken, als bestehe eines der Hauptziele darin, Gewinne künstlich in ein Drittland zu transferieren. Die Anforderungen an die außersteuerlichen Motive sind demnach hoch.¹⁰³⁴

Die Feststellung, ob eine Gestaltung künstlich und jeder wirtschaftlichen Realität bar ist, bestimmt sich im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit im Ergebnis weniger nach der – zumindest eine Indizwirkung entfaltenden – Substanz, sondern vielmehr nach der Frage, ob der Steuerpflichtige stichhaltige außersteuerliche Gründe für seine Investitionsentscheidung nachweisen kann, um zu widerlegen, dass keines der Hauptmotive der Gestaltung rein steuerlich motiviert ist.

Bei der Gewichtung der wirtschaftlichen Gründe muss die Steuerpolitik des Drittstaats berücksichtigt werden. Die Nachweismöglichkeit stichhaltiger wirtschaftlicher Gründe muss jedoch nur gewährt werden, sofern zwischen den betroffenen Staaten vertragliche Regelungen über einen umfangreichen Informationsaustausch vereinbart wurden (dazu: 5).

¹⁰³⁴ Ähnlich: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (690 f.); *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (862).

7 Neue Tendenzen in der Missbrauchsprüfung

Die aufgezeigte Rechtsprechungslinie hat verdeutlicht, dass der EuGH im Kontext der Niederlassungsfreiheit keine hohen Anforderungen an wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit bzw. die substanzielle Ausstattung der Gesellschaft stellt. Da zudem eine Eingliederung in den Absatzmarkt des Aufnahmemitgliedstaats nicht erforderlich ist und darüber hinaus die Inanspruchnahme des Beschaffungsmarktes keinen hohen Anforderungen unterliegt, muss die Frage aufgeworfen werden, in welchen Fällen ein Missbrauch der Grundfreiheiten bzw. keine schutzwürdige Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV vorliegt. Im Folgenden wird deshalb erörtert, ob sich zukünftig neue Rechtfertigungsgründe zum Schutz von (steuerlichem) Missbrauch etablieren können.

7.1 Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse

Fraglich ist, ob die Hinzurechnungsbesteuerung mit der „Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“ gerechtfertigt werden kann.

Der Ansatz einer Gesamtbetrachtung der Besteuerung auf Ebene der (deutschen) Gesellschafter bis zur Besteuerung auf Ebene der (ausländischen) Gesellschaft findet sich grundsätzlich auch in den Rechtfertigungsgründen der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse wieder.¹⁰³⁵ Dieser Rechtfertigungsgrund zielt darauf ab, den Mitgliedstaaten aufgrund fehlender ertragsteuerlicher Harmonisierung zu gestatten, die Besteuerung von Erträgen und Vermögen nach eigenen Kriterien festzulegen und eine Doppelbesteuerung im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen zu vermeiden.¹⁰³⁶

Die Hinzurechnungsbesteuerung wirkt jedoch unilateral und dient lediglich dem Zweck, Besteuerungsansprüche auf vorgelagerter Ebene zu begründen, nicht hingegen dazu, Besteuerungsbefugnisse aufzuteilen.¹⁰³⁷ Auch die Wahrung des Symmetrieprinzips, d. h. die Ausgewogenheit zwischen der Besteuerung der Gewinne und der Möglichkeit, Verluste in Abzug zu bringen, ist nicht Sinn und Zweck der Hinzurechnungsbesteuerung (zum Symmetrieprinzip: 3.1.3.2). Dieser Rechtfertigungsgrund findet folglich auf die Hinzurechnungsbesteuerung keine Anwendung und wurde auch in der Entscheidung zur Rechtsache *Cadbury Schweppes* vom EuGH nicht aufgegriffen.¹⁰³⁸ Für eine angemessene Auf-

¹⁰³⁵ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 63.

¹⁰³⁶ *Gröpl*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, J. Steuerrecht Rz. 136 f.; *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 63.

¹⁰³⁷ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 63.

¹⁰³⁸ *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 63; *Schönfeld*, IStR 2017, 949 (951).

teilung der Besteuerungsbefugnisse zu sorgen, ist stattdessen Aufgabe der Verrechnungspreise (§ 1 AStG).¹⁰³⁹

7.2 Umgehung des Steuergesetzes

Trotz der sich grundsätzlich weiterhin an der Cadbury-Doktrin orientierenden Rechtsprechungslinie des EuGH gibt es in jüngster Vergangenheit auch Tendenzen, die eine „Aufweichung“ des Missbrauchsverständnisses andeuten. In ihrer Stellungnahme zu den verbundenen Rechtssachen *T-Danmark und Y-Denmark*¹⁰⁴⁰ führte die zuständige Generalanwältin Kokott unter Bezugnahme auf die Künstlichkeitsjudikatur des Gerichtshofs aus:

„Diese Rechtsprechung des Gerichtshofs [zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund missbräuchlicher Gestaltungen] beinhaltet zwei Elemente, die sich gegenseitig bedingen. Zum einen wird rein künstlichen Gestaltungen, die im Ergebnis nur auf dem Papier stattfinden, von vornherein die Anerkennung versagt. Darüber hinaus kommt der Umgehung des Steuergesetzes entscheidende Bedeutung zu, die auch mit Hilfe von in der wirtschaftlichen Realität existierenden Konstruktionen erreicht werden kann. Letztere Fallgruppe dürfte die häufigere sein und wird in dem neuen Artikel 6 der Richtlinie 2016/1164 [ATAD] nunmehr ausdrücklich erfasst. Auch der Gerichtshof selbst sieht in einer jüngeren Entscheidung in dem rein künstlichen Charakter nur einen Umstand dafür, dass im Wesentlichen die Erlangung eines Steuervorteils angestrebt wird.“¹⁰⁴¹

Hintergrund dieser Ausführungen war das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cussens*¹⁰⁴². In dieser zur Mehrwertsteuersystemrichtlinie ergangenen Entscheidung legte der Gerichtshof dar, dass in dem künstlichen Charakter von Gestaltungen ein Umstand zu sehen sei, dass im Wesentlichen die Erlangung eines Steuervorteils angestrebt werde, auch wenn es im Übrigen um die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele gegangen sein mag.¹⁰⁴³ Dem Urteil in der Rechtssache *Cussens* gingen weitere Urteile im Bereich des harmonisierten

¹⁰³⁹ Schön, IStR-Beihefter 2013, 3 (15) (zu Heft 6/2013); Schönfeld, IStR 2017, 949 (951); Gosch, DStR 2019, 2441 (2444).

¹⁰⁴⁰ EuGH, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16 (T-Danmark und Y-Denmark).

¹⁰⁴¹ Generalanwältin Kokott, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-115-118-119/16 und C-299/16, Rz. 52 (T-Danmark und Y-Denmark).

¹⁰⁴² EuGH, Urt. v. 22.11.2017 – C-251/16 (Cussens).

¹⁰⁴³ EuGH, Urt. v. 22.11.2017 – C-251/16, Rz. 60 (Cussens).

Umsatzsteuerrechts voraus, in denen der EuGH einen allgemeinen Grundsatz bestätigte, wonach Rechtsmissbrauch im Unionsrecht verboten sei.¹⁰⁴⁴

Wie die Generalanwältin hat auch der EuGH das generelle Verbot, sich missbräuchlich auf das Gemeinschaftsrecht zu berufen, im Urteil zu den verbundenen Rechtssachen *T-Danmark und Y-Danmark*¹⁰⁴⁵ (sog. dänische Verfahren) erstmalig für den Bereich der Ertragsteuern bestätigt.¹⁰⁴⁶ Streitgegenständlich in dem zur Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie ergangenen Urteil war – ähnlich wie in den verbundenen Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* – eine dänische Regelung, welche die Befreiung von der Quellsteuer von Zinsen und Dividenden in bestimmten Fällen versagte. Der EuGH bejaht einen Rechtsmissbrauch, wenn die zwischengeschaltete Gesellschaft die Dividenden in voller Höhe an Anteilseigner weiterleitet, die in Drittstaaten ansässig sind und die ohne die zwischengeschaltete Gesellschaft keinen Anspruch auf Befreiung der Quellsteuer von Dividenden und Zinsen gehabt hätten.¹⁰⁴⁷ Die Empfängergesellschaften dienen lediglich als Durchleitungsgesellschaften für die es ansonsten keine wirtschaftliche Rechtfertigung gebe.¹⁰⁴⁸ Zu solchen Pro-Forma-Gestaltungen¹⁰⁴⁹ stellte die große Kammer des Gerichtshofs fest:

„Aus dem allgemeinen Grundsatz, dass man sich nicht betrügerisch oder missbräuchlich auf das Unionsrecht berufen kann, folgt, dass ein Mitgliedstaat die Anwendung von Vorschriften des Unionsrechts verweigern muss, wenn diese nicht geltend gemacht werden, um die Ziele der Vorschriften zu verwirklichen, sondern um in den Genuss eines im Unionsrecht vorgesehenen Vorteils zu gelangen, obwohl die entsprechenden Voraussetzungen lediglich formal erfüllt sind.“¹⁰⁵⁰

Die Mitgliedstaaten sind demnach verpflichtet, Steuerpflichtigen Vorteile zu versagen, wenn diese lediglich durch Pro-Forma-Gestaltungen erlangt worden sind und dies selbst dann, wenn der Mitgliedstaat keine für den Sachverhalt einschlägige Missbrauchsvermeidungsnorm in seiner Rechtsordnung verankert hat.

Es scheint sich neben dem vorherrschenden Kriterium der Künstlichkeit eine neue Fallgruppe ungeschriebener Rechtfertigungsgründe zu etablieren, welche das primärrechtliche

¹⁰⁴⁴ *EuGH*, Ur. v. 14.12.2000 – C-110/99 (Emsland Stärke); *EuGH*, Ur. v. 21.2.2006 – C-255/02 (Halifax); *EuGH*, Ur. v. 21.2.2008 – C-425/06 (Part Service); *EuGH*, Ur. v. 22.5.2008 – C-162/07 (Amplificientica and Amplifin).

¹⁰⁴⁵ *EuGH*, Ur. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16 (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁴⁶ Kritisch aufgrund einer Mandatsüberschreitung des EuGH: *Schön*, *EuZW* 2020, 685 (689).

¹⁰⁴⁷ *EuGH*, Ur. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 103 ff. (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁴⁸ *EuGH*, Ur. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 49 (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁴⁹ *EuGH*, Ur. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 98 (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁵⁰ *EuGH*, Ur. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 7 (T-Danmark und Y-Danmark).

Künstlichkeitskriterium des EuGH mit der sekundärrechtlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des Art. 6 ATAD verbindet.¹⁰⁵¹ Demnach kann auch eine nicht künstliche, in der wirtschaftlichen Realität bestehende Gestaltung ihren grundfreiheitlichen Schutz verlieren, sofern diese im Wesentlichen darauf gerichtet ist, das mitgliedstaatliche Steuergesetz zu umgehen (Tatbestandserschleichung). In anderen Worten bedarf es nicht zwingend einer Briefkastengesellschaft für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs, sondern es genügt auch eine Reihe von Indizien, die darauf hindeuten, dass künstlich die Voraussetzungen für eine Tatbestandserschleichung oder Tatbestandsvermeidung geschaffen wurden. Indizien hierfür sind nach den Ausführungen des EuGH die Existenz von Durchleitungsgesellschaften und der Pro-forma-Charakter der Konzernstruktur¹⁰⁵², welcher durch komplexe Gesellschaftsstrukturen eine aggressive Steuergestaltung ermöglicht.

Dies stellt nach der hier vertretenen Ansicht ein Novum dar, da in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* zwingend eine rein künstliche Gestaltung mit dem einzigen Zweck, einen Steuervorteil zu erzielen, vorliegen musste, um eine rein künstliche Gestaltung zu bejahen. In Abkehr von dem restriktiven Künstlichkeitsverständnis der Cadbury-Doktrin judizierte der EuGH in den dänischen Verfahren, dass auch ein Missbrauch durch die Umgehung des Steuergesetzes vorliegen könne, wenn zwar nicht der einzige Zweck der Gestaltung in der Erlangung eines Steuervorteils bestehe, jedoch einer der Hauptzwecke darauf gerichtet sei.¹⁰⁵³ Demnach bestätigt der EuGH seine Rechtsprechung zum Umsatzsteuerrecht (Rechtssache *Part Service*¹⁰⁵⁴) auch in ertragsteuerlichen Angelegenheiten und legt fest, dass es für die Annahme missbräuchlicher Praktiken genügt, wenn – trotz vorliegenden wirtschaftlichen Interessen – mit der Gestaltung im Wesentlichen ein Steuervorteil erlangt werden soll. Der Umgehung des Steuergesetzes könnte zukünftig für die Annahme eines unzulässigen Rechtsmissbrauchs eine zentrale Bedeutung zukommen.¹⁰⁵⁵

Ob in den dänischen Verfahren eine Neukzentuierung des Missbrauchsverständnisses¹⁰⁵⁶ erfolgt, bleibt abzuwarten. Der EuGH legte erneut dar, dass die Bestrebungen des Steuerpflichtigen, das für ihn vorteilhafteste Steuersystem zu finden, nicht generell die Vermu-

¹⁰⁵¹ Auch: *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG, § 14 Rz. 80; ähnlich: *Musil*, FR 2018, 933 (940); *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (24); *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1019).

¹⁰⁵² *EuGH*, UrT. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 114 (T-Danmark und Y-Denmark).

¹⁰⁵³ *EuGH*, UrT. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 79 (T-Danmark und Y-Denmark); *EuGH*, UrT. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, Rz. 107 (N Luxembourge 1 et. Al.).

¹⁰⁵⁴ *EuGH*, UrT. v. 21.2.2008 – C-425/06, Rz. 45 (Part Service).

¹⁰⁵⁵ *Generalanwältin Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-116/16 und C-117/17, Rz. 66 ff. (T-Danmark und Y-Denmark); dazu: *Musil*, FR 2018, 933 (940); *Lampert*, ISR 260 (263).

¹⁰⁵⁶ Bejahend: *Lampert*, ISR 2019, 260 (262); *Eisendle/Henze*, ISR 2020, 23 (24); *Schnitger*, IStR 2019, 304 (305 f.); noch offen: *Beutel/Oppel*, DStR 2021, 1017 (1019).

tung eines Missbrauchs begründen könnten.¹⁰⁵⁷ Im streitgegenständlichen Sachverhalt ging es um die Verhinderung eines unberechtigten Steuervorteils einer auf den Bermudas ansässigen¹⁰⁵⁸ Drittstaatengesellschaft als Nutznießer der Gestaltung. Sofern der Nutznießer der Gestaltung im Binnenmarkt ansässig gewesen wäre und deshalb ggf. einen Anspruch auf die Erstattung der Quellsteuer gehabt hätte, hätte nur in engeren Grenzen ein Missbrauch durch unberechtigte Inanspruchnahme vorteilhafter Regelungen des Unionsrechts bejaht werden können. Sinn und Zweck der Quellbesteuerung sei es im Wesentlichen, so die Ausführungen der Generalanwältin Kokott, eine (Mindest-) Besteuerung des Zins- oder Dividendenempfängers sicher zu stellen.¹⁰⁵⁹ Bedeutung gewinnt die Umgehung des Steuergesetzes folglich in Drittstaatensachverhalten, in denen nicht immer sichergestellt ist, dass der Empfänger der Einkünfte diese auch ordnungsgemäß versteuert.¹⁰⁶⁰

Aus den obigen Ausführungen des Gerichtshofs und der Generalanwältin lässt sich nach dem hier vertretenen Verständnis folgendes Prüfschema entwickeln: In einem ersten Prüfungsschritt muss die Künstlichkeit der streitgegenständlichen Gesellschaft geprüft werden. Hierfür müssen die aus der Rechtssache *Cadbury Schweppes* bekannten objektiven Anhaltspunkte für eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat, d. h. im Wesentlichen die Substanz der Gesellschaft, herangezogen werden. Sofern eine künstliche Gestaltung verneint wird, d. h. eine Niederlassung i. S. d. Art. 49 AEUV vorliegt, muss in einem zweiten Prüfungsschritt die etwaige Umgehung des Steuergesetzes untersucht werden. Nach den Ausführungen des EuGH¹⁰⁶¹ soll diese Vorliegen, wenn trotz der Erfüllung der formellen Voraussetzungen das Ziel der Unionsregelung nicht erreicht worden ist und der Steuerpflichtige zudem nur deshalb einen steuerlichen Vorteil erlangt hat, weil er künstlich die erforderlichen Voraussetzungen für diesen Vorteil geschaffen hat. Vereinfacht ausgedrückt darf der Steuerpflichtige sich nicht real existierender Konstruktionen bedienen, um künstlich die Voraussetzungen zu schaffen, einen vorteilhaften Steuertatbestand zu erschleichen, welcher im Ergebnis dem Sinn und Zweck einer Steuerregelung entgegen läuft. Ähnlich wie in der Künstlichkeitsprüfung beinhaltet auch die Umgehungsprüfung ein subjektives Element. Dies bedeutet zwangsläufig, dass die außersteuerlichen Gründe zwecks Entkräftung der Umgehungsabsicht an Bedeutung gewinnen.

¹⁰⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117,16, Rz. 81 (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117,16, Rz. 119 (T-Danmark und Y-Danmark).

¹⁰⁵⁹ *Generalanwältin Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-116/16 und C-117/16, Rz. 73 (T-Danmark).

¹⁰⁶⁰ *Generalanwältin Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-116/16 und C-117/16, Rz. 73 (T-Danmark).

¹⁰⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117,16, Rz. 114 (T-Danmark und Y-Danmark).

7.2.1 Umgehungsabsicht – Ungewöhnliche Gestaltung

Der Steuerpflichtige handelt mit Umgehungsabsicht, wenn der steuerliche Vorteil den Hauptzweck oder einen der Hauptzwecke der Gestaltung bildet und die Gestaltung, auch wenn sie die wirtschaftliche Realität widerspiegelt, lediglich dazu dient, das nationale Steuerrecht zu umgehen (Art. 6 ATAD). Folglich muss, wie bereits in den Empfehlungen der Kommission zur Aufnahme einer europaweiten GAAR gefordert, eine Gewichtung der steuerlichen und wirtschaftlichen Interessen des Steuerpflichtigen vorgenommen werden. Sofern die wirtschaftlichen Motive im Vergleich zu den steuerlichen Interessen an Bedeutung verlieren, muss eine Umgehungsabsicht bejaht werden (dazu: 4.6). Folglich könnte ein Missbrauch auch bei Vorliegen wirtschaftlicher Gründe bejaht werden, wenn diese nicht „triftig“ genug erscheinen (Wortlaut Art. 6 Abs. 2 ATAD).¹⁰⁶² Dies entspricht weitgehend dem deutschen Missbrauchsverständnis des § 42 AO. Demnach genügt es für das Vorliegen des subjektiven Elements, wenn die Absicht der Steuerumgehung maßgeblich mitbestimmend war; sie muss demnach nicht der einzige Zweck der Gestaltung sein.¹⁰⁶³

Aus prozessualer Sicht wird das Erfordernis der (subjektiven) Umgehungsabsicht jedoch relativiert werden müssen. An dessen Stelle wird wohl – ähnlich wie bei § 42 AO¹⁰⁶⁴ – eine allgemein anerkannte Indizwirkung treten müssen. Indizwirkung könnte bspw. die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Gestaltung entfalten.¹⁰⁶⁵ Die Ansiedlung des Sitzes auf fernabgelegenen, steuerbegünstigten Inseln wie den Cayman Islands, Bermudas oder Jersey kann nach den Ausführungen der Generalanwältin Kokott ein Indiz für ein ungewöhnliches Konstrukt in seiner Gesamtheit sein.¹⁰⁶⁶ Damit zieht die Generalanwältin für die Ermittlung der Umgehungsabsicht augenscheinlich die Ungewöhnlichkeit der gewählten Gestaltung als Merkmal für einen Rechtsmissbrauch heran. Auch der EuGH hat die Komplexität der Konzernstruktur als ein Indiz für einen Missbrauch anerkannt.¹⁰⁶⁷

Das Abstellen auf die Ungewöhnlichkeit und Komplexität der Gestaltung wirft weitere Parallelen zu § 42 AO auf. Ungewöhnliche Gestaltungen sind zumeist kompliziert, umständ-

¹⁰⁶² Ähnlich: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 7.252, wonach das Vorliegen eines Missbrauchs nicht bereits durch unwesentliche oder untergeordnete wirtschaftliche Motive widerlegt werden kann.

¹⁰⁶³ *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 271 f.; *Koenig*, in: Koenig, AO, § 42 Rz. 18 ff.

¹⁰⁶⁴ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 44; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 271 f.

¹⁰⁶⁵ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-115-118-119/16 und C-299/16 Rz. 76 (T-Danmark).

¹⁰⁶⁶ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-115-118-119/16 und C-299/16 Rz. 66 (T-Danmark).

¹⁰⁶⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117/16, Rz. 114 (T-Danmark und Y-Danmark).

lich, gekünstelt, unökonomisch, überflüssig oder undurchsichtig und nicht selten wenig effektiv.¹⁰⁶⁸ Eine angemessene Gestaltung ist im Umkehrschluss einfach, übersichtlich und wirtschaftlich.¹⁰⁶⁹ Je einfacher die Gestaltung im Hinblick auf die Erreichung des wirtschaftlichen Ziels konstruiert wird, desto weniger Anlass bietet die Gestaltung, sie in Hinblick auf eine missbräuchliche Umgehungsabsicht zu untersuchen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass eine Umgehungsabsicht nicht bereits pauschal bejaht werden kann, weil der Steuerpflichtige eine ungewöhnliche Gestaltung gewählt hat, d. h., „ungewöhnlich“ darf nicht pauschal mit „unangemessen“ gleichgesetzt werden.¹⁰⁷⁰ Auch der Richtliniengeber hat das Tatbestandsmerkmal der „Ungewöhnlichkeit der Gestaltung“ nicht in Art. 6 ATAD verwendet, sondern stattdessen den Wortlaut der „unangemessene Gestaltung“ gewählt.¹⁰⁷¹ Dies ist zu begrüßen, da im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff der Ungewöhnlichkeit mit etwas Empirischem verbunden ist, während der Begriff der Unangemessenheit – wie für eine Generalklausel angemessen – überwiegend wertende Elemente enthält.¹⁰⁷²

Gleichzeitig wird jedoch die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs umso größer, je ungewöhnlicher oder komplexer die gewählte Gestaltung ist.¹⁰⁷³ Der Begriff der unangemessenen rechtlichen Gestaltung – und folglich der Begriff des Rechtsmissbrauchs – entzieht sich ein direkt subsumierbaren Definition (normatives Tatbestandsmerkmal). Es handelt sich um einen Typusbegriff, bei dem sich nur einzelne Fallgruppen identifizieren lassen, die beschreiben, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt oder nicht.¹⁰⁷⁴

Da die Mitgliedstaaten ihre Steuerautonomie behalten haben und Steuerwettbewerb in Folge dessen unionsrechtlich zulässig ist¹⁰⁷⁵, reicht es hingegen für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht aus, dass lediglich das steuerlich vorteilhafteste Statut gewählt wurde. Es muss – kumulativ zum subjektiven Element – auch das jeweilige nationale Er-

¹⁰⁶⁸ Dazu: *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1117; *Drüen*, in: *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 34; *Baum*, in: *Baum*, AO – eKommentar, § 42 Rz. 39.

¹⁰⁶⁹ *Drüen*, in: *Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 34; *Kruse*, Lehrbuch des Steuerrechts, Band I, S. 147.

¹⁰⁷⁰ Zu § 42 AO: *Fischer*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 97; *Krömker*, in: *Lippross/Seibel*, Basiskommentar Steuerrecht, § 42 AO Rz. 3; *Koenig*, in: *Koenig*, AO, § 42 Rz. 20.

¹⁰⁷¹ Zu Art. 6 ATAD: *Hey*, *StuW* 2017, 248 (263); *Haarmann*, *ISr* 2018, 561 (565); *Lindermann*, *DStR* 2019, 1549 (1553).

¹⁰⁷² So bereits bei § 42 AO: *Drüen*, *Ubg* 2008, 31 (35); *Fischer*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, § 42 AO Rz. 65.

¹⁰⁷³ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Teil Rz. 1117.

¹⁰⁷⁴ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1117.

¹⁰⁷⁵ *Kokott*, *Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-115-118-119/16 und C-299/16*, Rz. 71; *Lampert*, in: *Musil/Weber-Grellet*, 2. Teil, *ASTG*, § 14 Rz. 80.

tragsteuerrecht bewusst umgangen worden sein, um die ansonsten im Inland geschuldete Steuer für Gewinne zu vermeiden bzw. einen gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil zu erlangen.

Aufgrund des Wortlautes „unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände“ sowie „der dem Ziel oder Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft“ in Art. 6 Abs. 1 ATAD ergibt sich, wie bereits im Rahmen von § 42 AO¹⁰⁷⁶, dass ein unangemessener Umgehungsversuch sich ausschließlich aus der methodisch korrekten Anwendung des gesetzlichen Tatbestandes ergeben muss, d. h., das potentiell umgangene Steuergesetz bildet den normativen Maßstab der Missbrauchsprüfung.¹⁰⁷⁷ Eine unangemessene Gestaltung muss sich demnach nur aus dem Tatbestand der umgangenen (nationalen) Norm ableiten lassen und nicht aus der Gestaltung per se.¹⁰⁷⁸ Eine Umgehung mitgliedstaatlicher Regelungen kann auf zweierlei Weise geschehen: entweder durch Tatbestandsvermeidung, indem eine Gestaltung so konstruiert wird, dass sie die Tatbestandsmerkmale des belastenden Gesetzes nicht erfüllt, oder durch Rechtsfolgenerschleichung, indem die Gestaltung derart „kreiert“ wird, dass die Tatbestandsmerkmale einer den Steuerpflichtigen begünstigenden Norm erfüllt werden.¹⁰⁷⁹ Hieraus folgt, dass der Streitgegenständliche Sachverhalt zunächst unter die Normen des mitgliedstaatlichen (Ertrag-)Steuerrechts subsumiert werden muss und mit der Steuerbelastung, die sich ohne die gewählte Gestaltung ergeben würde, zu vergleichen ist. Wenn der Vergleich ergibt, dass die Steuergestaltung zu einem niedrigeren inländischen Steueraufkommen führt, liegt eine Umgehung von Steuergesetzen vor.¹⁰⁸⁰

Nach Art. 6 Abs. 2 ATAD wird auch „eine Abfolge solcher Gestaltungen“ bei der Frage der Unangemessenheit des Konstrukts berücksichtigt. Dies entspricht zwar nicht dem Wortlaut des § 42 AO, ist dort jedoch aufgrund der Gesamtplanrechtsprechung des BFH ebenfalls verortet.¹⁰⁸¹

Wenn die Untersuchung der Gestaltung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Gestaltung mit dem Hauptzweck konstruiert wurde, die steuerrechtlichen Regelungen eines Mitgliedstaats zu umgehen, besteht kein Anspruch auf primärrechtlichen Schutz, selbst wenn die formel-

¹⁰⁷⁶ Dazu: *Hey*, BB 2009, 1044 (1046); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 20b; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 103.

¹⁰⁷⁷ *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2285); *Lindemann*, DStR 2019, 1549 (1551).

¹⁰⁷⁸ *Hey*, StW 2017, 248 (258); *Watrin/Leukefeld*, DStR 2018, 2284 (2285); *Franz*, DStR 2018, 2240 (2241).

¹⁰⁷⁹ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 24; *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 331.

¹⁰⁸⁰ *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1125.

¹⁰⁸¹ *Hey*, StW 2017, 248 (263); *Lindemann*, DStR 2019, 1549 (1553).

len Voraussetzungen der Grundfreiheit erfüllt sind.¹⁰⁸² Um die Unangemessenheit der Gestaltung zu widerlegen, werden zukünftig die aus § 42 AO bekannten „außersteuerlichen Gründe“ an Bedeutung gewinnen.¹⁰⁸³ Diese sind durch den Steuerpflichtigen vorzutragen (dazu: 6.1.2).

7.2.2 Triftige wirtschaftliche Gründe

Nach den Regelungen des Art. 6 Abs. 2 ATAD kann der Steuerpflichtige die von ihm gewählte Gestaltung glaubhaft durch triftige wirtschaftliche Gründe darlegen, um sich vom Missbrauchsvorwurf zu exkulpieren. Die wirtschaftlichen Gründe eröffnen einen weiten Interpretationsspielraum und sind wohl gleichbedeutend mit den aus § 42 Abs. 2 S. 2 AO bekannten beachtlichen außersteuerlichen Gründe.

Unter die wirtschaftlichen Gründe fallen sowohl Gründe, die in der Person des Steuerpflichtigen liegen, als auch wirtschaftliche Umstände.¹⁰⁸⁴ Je größer der erlangte Steuervorteil oder je ungewöhnlicher die Gestaltung ist, desto bedeutsamer müssen die außersteuerlichen Gründe sein.¹⁰⁸⁵ Die Gewichtung der außersteuerlichen Gründe wird sich indessen schwierig gestalten. Das wirtschaftliche Verhalten des Steuerpflichtigen per se ist nicht hinsichtlich seiner Angemessenheit zu beurteilen. Das Steuerrecht respektiert die wirtschaftliche Freiheit, knüpft an sie an und will diese gerade nicht einschränken. Bezugspunkt der Unangemessenheit ist daher immer die rechtliche Gestaltung.¹⁰⁸⁶ Ein objektiver Maßstab, der festlegt, wann einem wirtschaftlichen Grund eine hohe Priorität zukommt, kann indes nur aus der subjektiven Sicht des Steuerpflichtigen bzw. dessen Tätigkeit betrachtet werden.¹⁰⁸⁷

7.2.3 Fazit

Die Etablierung des Rechtfertigungsgrundes „Umgehung des Steuergesetzes“ steht zweifelsohne in einem Spannungsverhältnis zur unternehmerischen Dispositionsfreiheit sowie zur Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Gleichzeitig ist eine Aufweichung des europäischen Missbrauchsverständnisses aufgrund der aggressiven Steuerplanung multinationaler Konzerne dringend geboten. Der EuGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechungslinie, allen Regulierungsinitiativen zum Trotz, grundsätzlich an seinem liberalen Miss-

¹⁰⁸² Auch: *Heckerodt*, IStR 2019, 683 (690).

¹⁰⁸³ *Kokott*, Schlussanträge v. 01.03.2018 – verbundene Rs. C-115-118-119/16 und C-299/16 Rz. 60 (T-Danmark); ähnlich: *Lampert*, in: Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, ASiG, § 14 Rz. 80; *Lindermann*, DStR 2019, 1549 (1552 f.).

¹⁰⁸⁴ *Fischer*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rz. 271 f.; *Koenig*, in: Koenig, AO, § 42 Rz. 26.

¹⁰⁸⁵ *Drüen*, Ubg 2008, 31 (38)M *Hey*, BB 2009, 1044 (1047).

¹⁰⁸⁶ *Mack/Wollweber*, DStR 2008, 182 (182 ff.); *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO Rz. 30.

¹⁰⁸⁷ *Drüen*, StuW 2008, 154 (163); *Hey*, BB 2009, 1044 (1047).

brauchsverständnis festgehalten. Dies bietet den Mitgliedstaaten in Binnenmarktkonstellationen derzeit nur einen engen Spielraum, um steuerschädlichen Praktiken entgegenzuwirken. Dass der EuGH grundsätzlich gewillt ist, neue Rechtfertigungsgründe zu etablieren, hat er bereits im Jahr 2005 in der Rechtssache *Marks & Spencer* bewiesen. Damals ließ er den Rechtfertigungsgrund der „Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse“¹⁰⁸⁸ als zwingendes Allgemeininteresse zu, um eine beschränkende Regelung zu rechtfertigen.

Zwar ist der Gerichtshof von seiner restriktiven Künstlichkeitsjudikatur nicht grundsätzlich abgerückt, jedoch lassen seine Tendenzen in den dänischen Fällen den Rückschluss zu, dass auch in der wirtschaftlichen Realität existierende Konstruktionen ihren grundfreiheitlichen Schutz verlieren können, wenn sie hauptsächlich dazu dienen, die national geschuldete Steuer zu umgehen und nicht durch triftige außersteuerliche Gründe gerechtfertigt werden können. Damit könnten aggressive Steuersparmodelle, wie z. B. das durch die Medien bekannt gewordene sog. Double Irish with a Dutch Sandwich, nicht mehr durch die Grundfreiheiten geschützt sein. Komplexe Konzernstrukturen, bei denen die Nutznießer in Steuerparadiesen ansässig sind, müssen auf den Prüfstand gestellt werden.

Gleichzeitig darf dies nicht pauschal zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen. Dem Steuerpflichtigen muss die Möglichkeit geboten werden, triftige wirtschaftliche Gründe für seine Gestaltungswahl vorzutragen. Für die Abwägung der Triftigkeit der Gründe muss die (wirtschaftliche) Situation des Steuerpflichtigen im Einzelfall berücksichtigt werden. Es muss im Ergebnis eine konzernspezifische Beurteilung der wirtschaftlichen Motive erfolgen.

Unklar ist, inwieweit der in der ATAD normierte Motivtest (Art. 7 ATAD) zu einer Aufweichung des Künstlichkeitsverständnisses des EuGH führen wird. Ob die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit in Zukunft vollständig der wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit weichen wird, darf nach der hier vertretenen Auffassung zumindest in reinen Binnenmarktkonstellationen bezweifelt werden.

Ob die obigen Darlegungen als Erweiterung der immanenten Schranken den mitgliedstaatlichen Rechtfertigungsspielraum erhöhen oder als allgemeiner Rechtsgrundsatz¹⁰⁸⁹ im europäischen Recht bereits den Schutzbereich der Grundfreiheiten ausschließen, wird in dieser Ausarbeitung nicht weiter vertieft, da beide Ansätze zum selben Ergebnis – der Versa-

¹⁰⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – C-446/03, Rz. 43 ff. (*Marks & Spencer*).

¹⁰⁸⁹ Konzept und Kritik aufgrund der verworfenen Normenhierarchie: *Schön*, *EuZW* 2020, 637 (637 ff.); *Schön*, *EuZW* 2020, 685 (685 ff.).

gung des grundfreiheitlichen Schutzes – führen. Letzterer ist jedoch der dogmatisch präzisere Ansatz.¹⁰⁹⁰ Unklare Aussagen des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* sowie seine Ausführungen in der Rechtssache *Polbud* haben eine systematische Einordnung jedoch erschwert.

¹⁰⁹⁰ Die Versagung des grundfreiheitlichen Schutzes bejahend: *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, § 15 Missbrauchsvorschriften im nationalen und europäischen Steuerrecht Rz. 1145a; *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 13.17.

8 Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungs-richtlinie

Am 24. März 2021 – exakt ein Jahr nach der Veröffentlichung des 2. Referentenentwurfes des BMF¹⁰⁹¹ – hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie¹⁰⁹² (ATAD-UmsG-E) verabschiedet. Am 21. Mai hat der Deutsche Bundestag den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf mit den Änderungen, die durch den Finanzausschuss eingebracht worden sind, in seiner Beschlussfassung angenommen.¹⁰⁹³ Der Bundesrat hat am 25. Juni beschlossen, dem vom Bundestag verabschiedeten Gesetz (ATAD-UmsG) zuzustimmen.¹⁰⁹⁴

Mit dem Umsetzungsgesetz will der Gesetzgeber das innerstaatliche Recht an die sekundärrechtlichen Vorgaben der ATAD anpassen. Obgleich Deutschland die Mindeststandards der Richtlinie bereits weitgehend erfüllt hatte, bestand in einigen Bereichen noch Anpassungsbedarf, welche mit dem ATAD-UmsG zeitgemäß und rechtssicher ausgestaltet werden sollten.¹⁰⁹⁵

Gemäß § 21 Abs. 4 ATAD-UmsG gilt die Neufassung für die Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer erstmals für jenen Veranlagungs- bzw. Erhebungszeitraum, für den Zwischeneinkünfte hinzuzurechnen sind, die in einem Wirtschaftsjahr der Zwischengesellschaft entstanden sind, welches nach dem 31. Dezember 2021 beginnt. Damit wurde der zeitliche Anwendungsbereich gegenüber dem 2. Referentenentwurf vom 24. März 2020 um ein Jahr in die Zukunft verschoben. Da der neue Hinzurechnungsbetrag nach § 10 Abs. 2 ATAD-UmsG am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft als zugeflossen gilt, finden die neuen Regelungen im Umkehrschluss bei kalendergleichem Wirtschaftsjahr erstmalig im Jahr 2022 Anwendung.

8.1 Reichweite des Motivtests

Die bedeutsamste Änderung erfährt die Hinzurechnungsbesteuerung mit der Abkehr vom bisherigen Konzept der Inländerbeherrschung. Die Neuregelung stellt auf ein Beherr-

¹⁰⁹¹BMF, Referentenentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Bearbeitungsstand: 24.03.2020, [Internetquelle](#).

¹⁰⁹² Bundesregierung, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, [Internetquelle](#).

¹⁰⁹³ Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 21.5.2021, Drucksache 19/29848, Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umssetzungsgesetz – ATAD-UmsG).

¹⁰⁹⁴ Beschluss des Bundesrates v. 25.6.2021, BR-Drucksache 468/21, Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umssetzungsgesetz – ATAD-UmsG).

¹⁰⁹⁵ Bundesregierung, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, A. Problem und Ziel, [Internetquelle](#).

schungskonzept ab, bei dem es auf die durch nahestehende Personen gehaltenen Anteile an ausländischen Gesellschaften ankommt.¹⁰⁹⁶

8.1.1 Die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung

In der Fassung des § 7 AStG bis zum 31.12.2021 können Zufallsfunde dazu führen, dass untereinander fremde Steuerpflichtige ungewollt – und oft unwissend – den Beherrschungstatbestand der regulären Hinzurechnungsbesteuerung erfüllen. Die Rechtsfolgen werden dann auch bei geringer Beteiligungshöhe bei jedem Steuerpflichtigen ausgelöst (dazu: 2.1.3).

Das alte Beherrschungskonzept wurde im Zuge des Umsetzungsgesetzes an die Vorgaben der ATAD angepasst. Nach § 7 Abs. 1 ATAD-UmsG erfolgt eine Hinzurechnung von Zwischeneinkünften beim Steuerpflichtigen, wenn dieser eine ausländische Gesellschaft „beherrscht“. Eine Beherrschung in diesem Sinne liegt nach § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG vor, wenn dem Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit nahestehenden Personen am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft,

- mehr als die Hälfte der Stimmrechte oder
- mehr als die Hälfte der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind oder
- unmittelbar oder mittelbar mehr als die Hälfte des Gewinns oder des Liquidationserlöses dieser Gesellschaft zusteht.

Der Wortlaut umfasst keine Personen i. S. des § 2 AStG mehr, sondern verlangt nunmehr nahestehende Personen. Der Begriff der nahestehenden Person(en) umfasst in diesem Zusammenhang nach § 7 Abs. 3 ATAD-UmsG alle Personen, welche unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG als dem Steuerpflichtigen nahestehend gelten.

Nach § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG ist eine Person nahestehend, wenn sie an dem Steuerpflichtigen oder der Steuerpflichtigen an dieser Person zu mindestens einem Viertel beteiligt ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ATAD-UmsG) oder Anspruch auf mindestens ein Viertel des Gewinns oder des Liquidationserlöses hat (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. b ATAD-UmsG). Alternativ gilt eine Person als nahestehend, wenn die Person auf den Steuerpflichtigen oder der Steuerpflichtigen auf diese Person unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 ATAD-UmsG). Eine nahestehende Person soll auch dann vorliegen, wenn eine dritte Person sowohl an der Person als auch an dem Steuerpflichtigen wesentlich beteiligt ist oder wesentlichen Einfluss auf sie ausüben kann (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 ATAD-

¹⁰⁹⁶ Linn, IStR 2020, 77 (78); Kortendick/Ekinci, IStR 2020, 615 (617).

UmsG). Da es sich um „Oder-Tatbestände“ handelt, genügt es, wenn eine der genannten Voraussetzungen erfüllt ist.

Aufgrund des Verweises auf § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG fallen sämtliche Strukturen unter diesen Tatbestand, in denen der Steuerpflichtige über einen Konzernverbund an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt ist. Erfasst sind sowohl die Anteile an der Muttergesellschaft (Upstream-Zurechnung) als auch die Anteile an Tochtergesellschaften (Downstream-Zurechnung) und die Anteile an Schwestergesellschaften (Sidestream-Zurechnung).¹⁰⁹⁷ Bei einer nahestehenden Person muss es sich nicht um unbeschränkt Steuerpflichtige handeln – es können auch ausländische Gesellschaften nahestehende Personen sein. Auch im Ausland ansässige Gesellschaften sind folglich bei der Ermittlung der Beherrschungsquote zu berücksichtigen, wenn die dargelegten Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁰⁹⁸ Dies stellt eine Abkehr vom bisherigen Beherrschungstatbestand dar, nach welchem lediglich die mittelbaren Beteiligungen über Tochtergesellschaften in der Bewertung berücksichtigt werden.¹⁰⁹⁹

Unbeschadet dieser Ausführungen gelten Personen zudem als dem Steuerpflichtigen nahestehend, wenn sie mit ihm in Bezug auf die Zwischengesellschaft durch abgestimmtes Verhalten zusammenwirken (§ 7 Abs. 4 ATAD-UmsG). Das Gesetz enthält keine Legaldefinition von abgestimmtem Verhalten. In den Begründungen zum Regierungsentwurf finden sich jedoch Ausführungen dazu, wann ein solches Verhalten vorliegen soll. Demnach könne das Steuerrecht den unbestimmten Rechtsbegriff des abgestimmten Verhaltens bereits aus § 8c Abs. 1 KStG („gleichgerichtete Interessen“). Die Ausführungen des dazugehörigen BMF-Schreibens vom 28. November 2017¹¹⁰⁰ könnten laut der Gesetzesbegründung für eine Auslegung entsprechend herangezogen werden.¹¹⁰¹ Angesichts bestehender Kritik an der Vorschrift scheint eine analoge Anwendung der Grundsätze aus § 8c Abs. 1 KStG jedoch fraglich.¹¹⁰²

Das deutsche Recht kennt das Zusammenwirken durch abgestimmtes Verhalten darüber hinaus im Kontext des § 30 Abs. 2 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), wo es im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien an einer Zielgesellschaft steht.¹¹⁰³

¹⁰⁹⁷ Kortendick/Ekinci, IStR 2020, 615 (617).

¹⁰⁹⁸ Auch: Baumgartner, IStR 2020, 524 (525); Kühn/Schienze-Ohletz, BB 2020, 1562 (1563).

¹⁰⁹⁹ Kortendick/Ekinci, IStR 2020, 615 (617).

¹¹⁰⁰ BMF, Schreiben v. 28.11.2017, BStBl. I S. 1645, DStR 2017, 2670 (2670 ff.) = BeckVerw 349265.

¹¹⁰¹ Bundesregierung, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 4, [Internetquelle](#).

¹¹⁰² Baumgartner, IStR 2020, 524 (525); zur Kritik: Roser, in Gosh: KStG, § 8c Rz. 74.

¹¹⁰³ Bundesregierung, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 4, [Internetquelle](#).

Das abgestimmte Verhalten setzt im Kontext des § 30 Abs. 2 WpÜG voraus, dass sich die betroffenen Parteien über die Ausübung von Stimmrechten verständigen oder das Ziel verfolgen, dauerhaft auf die unternehmerische Ausrichtung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.¹¹⁰⁴ Abgestimmtes Verhalten soll faustformelhaft jedes Verhalten sein, das dazu führt, dass die daran beteiligten Akteure wie ein Mehrheitsgesellschafter oder eine beherrschende Gruppe verbundener Unternehmen agieren können. Diese Konstellation soll entsprechend vorliegen können, wenn Angehörige einer Familie Anteile an einer Gesellschaft halten.¹¹⁰⁵

In jedem Fall wird ein – widerlegbares – Zusammenwirken aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Struktur unterstellt, wenn eine Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft an der Zwischengesellschaft beteiligt ist (§ 7 Abs. 4 S. 2 ATAD-UmsG). Dass gerade bei passiven Geldanlagestrukturen, wie z. B. Publikumsgesellschaften oder Private-Equity-Fonds, aufgrund der Anonymität der Gesellschafterstruktur ein abgestimmtes Verhalten nicht typisiert unterstellt werden kann, berücksichtigt die gesetzliche Fiktion nicht. Da es sich jedoch um eine widerlegbare Vermutung handelt, steht es dem Steuerpflichtigen frei nachzuweisen, dass im Wesentlichen nur die eigenen Interessen verfolgt werden. Wie die gesetzliche Vermutung konkret widerlegt werden kann, ist noch unklar.¹¹⁰⁶

Im Ergebnis wird das bisherige Kernelement der Inländerbeherrschung aufgegeben und durch einen gesellschafterbezogenen Beherrschungstatbestand ersetzt.¹¹⁰⁷ Dem Steuerpflichtigen werden auch nahestehende Personen zugerechnet – unabhängig davon, in welchem Staat diese steuerpflichtig sind. Dadurch können auch ausländische Konzerngesellschaften aufgrund des gleichgerichteten Willens innerhalb der Beherrschungsprüfung berücksichtigt werden. Auch gesellschaftsrechtlich nicht verbundene Geschäftspartner, welche zusammen mehr als 50 Prozent der Anteile an einer ausländischen Zwischengesellschaft halten, aber durch abgestimmtes Verhalten auf die Zwischengesellschaft Einfluss

¹¹⁰⁴ Abgestimmtes Verhalten nach § 30 Abs. 2 WpÜG: *Wackerbarth*, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKo zum AktG, § 30 WpÜG Rz. 36 ff.; *Gätsch/Schäfer*, NZG 2008, 846 (846 ff.).

¹¹⁰⁵ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 4, [Internetquelle](#).

¹¹⁰⁶ Ähnlich: *Kortendick/Ekinci*, IStR 2020, 615 (622); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (77); *Baumgartner*, IStR 2020, 524 (525 f.).

¹¹⁰⁷ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 1, [Internetquelle](#); zur gesellschafterbezogenen Betrachtungsweise im - vom Wortlaut deckungsgleichen - 2. Referentenentwurf auch: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863); *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1563); *Baumgartner*, IStR 2020, 524 (525); zum 1. Referentenentwurf: *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (76 f.); *Kortendick/Ekinci*, IStR 2020, 615 (616 f.); *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (295 f.).

nehmen, erfüllen den Beherrschungstatbestand des § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG. Die bislang typischen „Zufallsfunde“ entfallen im Ergebnis.¹¹⁰⁸

Teile der Literatur befinden trotz des reformierten Beherrschungskriteriums weiterhin die Kapitalverkehrsfreiheit für anwendbar.¹¹⁰⁹ Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Hinzurechnungsbesteuerung auch Anwendung finde, wenn der Steuerpflichtige nach Art. 7 Abs. 2 ATAD-UmsG einen Anspruch auf die Hälfte des Gewinns bzw. Liquidationserlöses habe, gleichzeitig jedoch keine oder nur eine geringe Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft vorliege. Da die Rechtsfolge der Hinzurechnungsbesteuerung auch ohne eine direkte Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft ausgelöst werden könne, sei ein unternehmerischer Einfluss keine tatbestandliche Voraussetzung, sodass es sich um eine neutrale Regelung i. S. der EuGH-Rechtsprechung handle. Der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit sei im Ergebnis eröffnet.¹¹¹⁰

Richtig ist zunächst, dass § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG einen „Oder-Tatbestand“ enthält. Die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung können theoretisch auch durch das Innehaben eines schuldrechtlichen Instruments ausgelöst werden. Die Rechtsfolgen greifen dann auch ohne das Vorliegen einer Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft.¹¹¹¹

Solche Fälle könnten bspw. dann auftreten, wenn ein Investor zusammen mit fremden Dritten, d. h., nicht nahestehenden Personen, in eine Gesellschaft investiert. Sofern der Investor lediglich über ein schuldrechtliches Instrument (z. B. Genussrecht, gewinnabhängiges Darlehen etc.)¹¹¹² am Gewinn der Gesellschaft partizipiert, gleichzeitig jedoch nicht oder nur geringfügig am Kapital oder den Stimmrechten der Gesellschaft beteiligt ist, und zudem kein abgestimmtes Verhalten mit den anderen (fremden) Investoren bejaht werden kann, könnten die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung vermeintlich auch ohne eine sichere Einflussnahme auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft ausgelöst werden. Folgt man dieser Rechtsauffassung, dürfte der Gesetzgeber im Umkehrschluss den Motivtest nicht pauschal für Drittstaatensachverhalte versagen.

Hierbei wird jedoch verkannt, dass der EuGH für die Bestimmung des „sicheren Einflusses“ nicht ausschließlich auf die tatbestandliche Ausgestaltung abstellt, sondern darauf, ob

¹¹⁰⁸ Auch: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863); *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020,1562 (1563); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (77); *Kortendick/Ekinci*, IStR 2020, 615 (617).

¹¹⁰⁹ *Böhmer/Gebhardt*, in: Hagemann/Kahlenberg, ATAD-Kommentar, Art. 7 Rz. 183 ff.; *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020,1562 (1569); wohl auch: *Baumgartner*, IStR 2020, 524 (526); *Böhmer/Schewe*, FR 2019, 322 (325); *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (137): „jedenfalls angreifbar“.

¹¹¹⁰ *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020,1562 (1569); wohl auch: *Baumgartner*, IStR 2020, 524 (526).

¹¹¹¹ *Schnitger*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf v. 28.4.2021, [Internetquelle](#).

¹¹¹² Ausführungen dazu: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (137); *Kortendick/Ekinci*, IStR 2020, 615 (620).

die mitgliedstaatliche Regelung nach ihrer Zielsetzung, d. h. nach ihrer Ratio, ausschließlich Beherrschungssituationen anvisieren möchte.¹¹¹³ Die tatbestandliche Ausgestaltung entfaltet lediglich eine Indizwirkung (dazu: 3.3).

Den Regierungsbegründungen zum neuen Beherrschungstatbestand lässt sich unverkennbar entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung ausschließlich Sachverhalte erfassen möchte, in denen Steuerpflichtige eine Zwischengesellschaft „- unmittelbar oder mittelbar - beherrschen“.¹¹¹⁴ Das Telos der Norm visiert folglich Sachverhalte an, bei denen der Steuerpflichtige einen sicheren Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung der Gesellschaft besitzt. Folglich möchte die Regelung in spezifischer Weise die unternehmerische Aktivität als solche erfassen.¹¹¹⁵ Im Umkehrschluss soll die Regelung des § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG nach ihrer Zielsetzung „nicht allgemein und vorbehaltlos gegen jedermann“¹¹¹⁶ wirken. Vielmehr verlangt der Tatbestand „qualifizierte Beteiligungsmerkmale“¹¹¹⁷, weshalb die Regelung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen ist. Gleiches gilt im Übrigen für den Tatbestand der ATAD. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinie sollen die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung nur für „beherrschte ausländische Unternehmen“ greifen (Erwägungsgrund 12 ATAD).

Selbst wenn in Ausnahmefällen, was in concreto stark zu bezweifeln ist (s. u.), eine Konstruktion, welche zum Zwecke der reinen Geldanlage gestaltet wurde, von den Rechtsfolgen des § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG erfasst wird, ist es fraglich, ob der EuGH diesen Einzelfall ausreichen lässt, um – entgegen dem Sinn und Zweck der Norm – eine neutrale Regelung zu bejahen. In anderen Worten: Es ist bereits fragwürdig, ob eine tatbestandliche Offenheit bzw. neutrale Regelung vorliegt, wenn der Tatbestand mit hinreichender Wahr-

¹¹¹³ So bereits *GA Alber*, Schlussantrag v. 14.10.1999 - C-251/98, Rz. 32 (Baars); *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV, Rz. 318; *Sedlacek/Züger*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rz. 34: „Zielt nun eine nationale Bestimmung [...] schwerpunktmäßig [auf] Kontrollbeteiligungen [ab], ist die Niederlassungsfreiheit betroffen, und die Kapitalverkehrsfreiheit kann zurücktreten.“; *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (297); ähnlich: *Ditz/Engelen/Quilitzsch*, IStR 2019, 361 (366), welche „allein auf den Telos der in Rede stehenden Norm“ abstellen. Letztere ergänzen jedoch, dass die Norm zudem geeignet sein muss, dem Grunde nach ausschließlich Beherrschungssituationen zu erfassen; *Hindelang*, IStR 2013, 77 (81): „Erfasst eine Norm nach deren Zielsetzung“.

¹¹¹⁴ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 2 und 3, [Internetquelle](#).

¹¹¹⁵ Auch: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.72: wonach die Kombination aus rechtlichen und wirtschaftlichen Kriterien sicherstellen soll, dass nur solche Gesellschaften in die Hinzurechnungsbesteuerung einbezogen werden, bei denen der Steuerpflichtige einen bestimmenden Einfluss besitzt; auch *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (295 f.): Staats vertritt die Ansicht, dass die Tatbestandsvoraussetzungen abstrakt-generell davon ausgehen, dass die Normadressaten einen sicheren Einfluss auf die betreffende Gesellschaft ausüben können.

¹¹¹⁶ So der BFH zur Abgrenzung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit: *BFH*, Urt. v. 29.8.2012 – I R 7/12, Rz. 12 lit. aa = DStR 2012, 2319 (2321) = IStR 2012, 935 (937).

¹¹¹⁷ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 318.

scheinlichkeit keine Konstruktionen erfasst, welche zum Zwecke der reinen Geldanlage gestaltet wurden. Eine andere Auffassung würde sich auch nicht mit dem vom EuGH entwickelten Exklusivitätsverhältnis der Grundfreiheiten decken. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist jeweils der sachgerechteren Grundfreiheit der ausschließliche Vorrang einzuräumen, „wenn sich herausstellt, dass unter den Umständen des Einzelfalls eine der beiden Freiheiten der anderen gegenüber völlig zweitrangig ist und ihr untergeordnet werden kann“¹¹¹⁸. Bei einer verschwindend geringen Anzahl von Sachverhalten, in denen der Tatbestand des § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG vermeintlich auch Portfoliobeteiligungen erfassen könnte, kann freilich von einer Zweitrangigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit ausgegangen werden.

Die OECD hat in ihrem Abschlussbericht über die Etablierung von CFC-Rules Ausführungen über ein Zusammenwirken aufgrund abgestimmten Verhaltens („acting in concert“) gemacht.¹¹¹⁹ Demnach würde die tatbestandliche Berücksichtigung die Prüfung einer Beherrschungssituation zwar erschweren, weil die Komplexität und die Kosten für die Einhaltung der Vorschriften steigen würden. Gleichzeitig würde es Beherrschungssituationen jedoch präziser erfassen und eine Umgehung von CFC-Rules erschweren.¹¹²⁰ Auch diese Ausführungen deuten darauf hin, dass aufgrund der tatbestandlichen Berücksichtigung von abgestimmten Verhaltens sichergestellt werden sollte, dass lediglich Beherrschungssituationen bzw. unternehmerische Aktivitäten von den Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung erfasst werden.

In der Rechtssache *Columbus Container Services* legte der EuGH dar, dass es für die Frage, wann ein sicherer Einfluss vorliegt, auf die tatsächlichen Umstände und das anwendbare Gesellschaftsrecht ankomme.¹¹²¹ Fraglich ist deshalb, ob ein Steuerpflichtiger in concreto zu mehr als der Hälfte am Gewinn der Gesellschaft partizipieren kann, ohne dabei faktisch einen sicheren Einfluss auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft ausüben zu können.¹¹²² Ein über die Hälfte des Gewinns hinausgehendes Gewinnbezugsrecht ohne eine entsprechende Beteiligung wird regelmäßig nur in Syndizierungen oder familienbezo-

¹¹¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 3.10.2006 – C-452/04, Rz. 34 (*Fidium Finanz AG*); *EuGH*, Urt. v. 26.5.2005 – C-20/03, Rz. 35 (*Burmanjer*).

¹¹¹⁹ *OECD*, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 – Final Report, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Rz. 39, [Internetquelle](#).

¹¹²⁰ *OECD*, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 – Final Report, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Rz. 40, [Internetquelle](#); einen „erheblichen Ermittlungsaufwand“ ebenfalls bejahend: *Kortendick/Ekinci*, *ISr* 2020, 615 (618).

¹¹²¹ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2007 – C-298/05, Rz. 30 f. (*Columbus Container Services*); *Kalss/Klampfl*, in: *Dausen/Ludwigs*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E. III. Gesellschaftsrecht Rz. 78; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 63 AEUV Rz. 315.

¹¹²² Auch: *Heckerodt/van Lück*, *ISr* 2020, 857 (863 f.), welche derart hohe Gewinnansprüche ohne Möglichkeit einer Einflussnahme als Problem „theoretischer Natur“ einschätzen.

genen Gesellschafterstrukturen vorkommen. Syndikate und familienbezogene Gesellschafterstrukturen hat der Gesetzgeber gleichwohl durch § 7 Abs. 4 ATAD-UmsG erfasst. Diese werden aufgrund ihres Zusammenwirkens regelmäßig als nahestehende Personen erfasst werden, wenn sie nicht bereits den Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 4 ATAD-UmsG erfüllen. Gleiches gilt für Konzernverbunde, welche als originär nahestehende Personen von § 7 Abs. 2 i. V. m. § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG erfasst werden. In Konzernverbunden kann naturgemäß ein gleichgerichteter Wille unterstellt werden. Die Betriebswirtschaftslehre spricht hier von der sog. Einheitstheorie (§ 297 Abs. 3 S. 1 HGB). Die Einheitstheorie geht davon aus, dass die in einem Konzern zusammengefassten, rechtlich selbstständigen Unternehmen aufgrund einer einheitlichen Zielsetzung eine wirtschaftliche Einheit bilden.¹¹²³

Eine sichere Einflussnahme auf die Leitung der Gesellschaft kann zudem auch ohne eine Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft erfolgen, wenn eine Kontrolle aufgrund gesellschaftsrechtlicher Grundlagen, bspw. über einen Automatismus in der Satzung, erfolgt. Insbesondere im Falle von Zweckgesellschaften¹¹²⁴, bei denen ein gesellschaftsvertraglicher Automatismus sicherstellt, dass die Gesellschaft ein genau definiertes Ziel verfolgt, muss eine faktische bzw. tatsächliche sichere Einflussnahme bejaht werden.

Selbst im Falle der rein schuldrechtlichen Kapitalüberlassung (ohne damit verbundene Stimmrechte oder Anteile am Nennkapital) muss davon ausgegangen werden, dass der Kapitalgeber eine tatsächliche Beherrschung auf die Gesellschaft ausüben kann. Nur wenn der Steuerpflichtige eine herausragende Bedeutung für die ausländische Gesellschaft hat, weil er z. B. umfangreiches Kapital zur Verfügung stellt oder wertvolles Know-how in die Unternehmung einbringt, werden ihm die anderen Gesellschafter mehr als die Hälfte des Gewinns zugestehen. Die herausragende Stellung des Steuerpflichtigen führt zwangsläufig auch dazu, dass dieser auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft einwirken kann, da er andernfalls sein Kapital oder „Know-how“ aus der Gesellschaft abziehen kann. Der Steuerpflichtige erlangt insofern einen faktischen Einfluss auf die Gesellschaft. Darüber hinaus impliziert das Einbringen von wichtigem Know-how bereits eine unternehmerische Aktivität.

Das von Teilen der Literatur¹¹²⁵ angeführte Beispiel, wonach bspw. ein von einer Zwischengesellschaft emittiertes Genussrecht zu einem Gewinnbezugsrecht von mehr als 50

¹¹²³ Zur Einheitstheorie: *Colbe/Fehrenbacher*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt, MÜKo zum HGB, § 297 Rz. 54 ff.; *Thelen/Heyes/Elprana*, in: Heidel/Schall, Handelsgesetzbuch, § 297 Rz. 34.

¹¹²⁴ Zur Zweckgesellschaft: *Senger/Hoehne*, in: Henrichs/Kleindiek/Watrin, MÜKo zum Bilanzrecht, Band 2, § 290 HGB Rz. 114.

¹¹²⁵ *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (137).

Prozent bei einem Steuerpflichtigen führt und dennoch keine sichere Einflussnahme auf die Gesellschaft durch den Steuerpflichtigen vorliegen soll, geht demnach fehl. Eine Projektfinanzierung bzw. der Aufbau einer Gesellschaft (Start-up-Unternehmen) stellen gewöhnlich eine unternehmerische Tätigkeit dar und führen – aufgrund der Eigenschaft als Hauptfinanzier des Gesellschafters – zu einer sicheren Einflussnahme auf die Zwischengesellschaft. Darüber hinaus kann bei einem Joint-Venture wohl regelmäßig ein abgestimmtes Verhalten zwischen den Investoren bejaht werden, weshalb die Anteile der Investoren am Nennkapital der Gesellschaft für die Ermittlung der Beherrschung i. S. des § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG zusammengerechnet werden müssen.

Im Übrigen hatte der BFH in seinem Urteil vom 18.12.2019 judiziert, dass der „alte Beherrschungstatbestand“ auch Portfoliobeteiligungen erfasse und es sich deshalb um eine neutrale Regelung handle.¹¹²⁶ Sofern einem Steuerpflichtigem mehr als 50 Prozent des Gewinns oder Liquidationserlöses einer Gesellschaft zustehen, kann das Vorliegen einer Portfoliobeteiligung freilich nicht mehr bejaht werden. Eine Portfoliobeteiligung wird vom neuen Tatbestand im Umkehrschluss nicht erfasst.

Der Gesetzgeber ist insofern zu kritisieren, als dass er sich aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung zunächst europarechtlichen Bedenken ausgesetzt hat. Diese führen jedoch bei genauerer Betrachtung nicht dazu, dass eine neutrale Regelung i. S. der EuGH-Rechtsprechung vorliegt. Um einen europarechtlich unanfechtbaren Tatbestand zu erlassen, könnte dieser dahingehend geändert werden, dass eine „Beherrschung“ immer auch eine Mindestbeteiligung am Nennkapital oder an den Stimmrechten voraussetzt.¹¹²⁷ Nichtsdestotrotz ist eine faktische sichere Einflussnahme vom Tatbestand stets indiziert. Mit Blick auf das Telos der in Frage stehenden Norm muss im Übrigen festgehalten werden, dass der neue Beherrschungstatbestand ausschließlich Kontrollbeteiligungen im Sinne der EuGH-Rechtsprechung anvisiert.¹¹²⁸

Im Ergebnis findet ausschließlich die Niederlassungsfreiheit Anwendung. Die Niederlassungsfreiheit wirkt exklusiv und verdrängt aufgrund ihrer Sperrwirkung die Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenfall. Art. 49 AEUV ist jedoch auf den räumlichen Bereich des

¹¹²⁶ *BFH*, Urf. v. 18.12.2019 – I R 59/17, Rz. 41 = DStR 2020, 2182 (2187) = IStR 2020, 901 (906).

¹¹²⁷ Ähnlich die Stellungnahmen vor dem Finanzausschuss: *Ditz*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 30.04.2021, Beherrschungskonzept, [Internetquelle](#); *Schnitger*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 28.4.2021, Das Beherrschungskriterium, [Internetquelle](#).

¹¹²⁸ Auch: *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (863 f.); *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, Rz. 17.75 (Fußnote 7): die Kapitalverkehrsfreiheit tritt aufgrund der in Art. 7 Abs. 1 ATAD geregelten Beteiligungsschwellen hinter die Niederlassungsfreiheit zurück; *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (297).

Unionsgebiets beschränkt (dazu: 3.1.1). Ein grundfreiheitlicher Schutz des Steuerpflichtigen entfällt in Drittstaatenfällen entsprechend. Da der Schutzbereich nicht eröffnet ist, müssen sich beschränkende Maßnahmen auch keiner „Erforderlichkeitsprüfung“ unterziehen. Im Ergebnis können sich Steuerpflichtige unter der Neuregelung des § 7 Abs. 2 AStGE nicht mehr auf einen Motivtest berufen.

Dieses Ergebnis deckt sich zudem mit den obigen Ausführungen zur ATAD. Es steht den Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 lit. a UAbs. 2 ATAD frei, den Motivtest auch für Drittstaatsverhältnisse zu gewähren. Es handelt sich um ein Wahlrecht, dem die Mitgliedstaaten nicht nachkommen müssen. Würde es sich bei Art. 7 Abs. 1 ATAD um eine neutrale Regelung handeln, stünde die Richtlinie in einem offenen Widerspruch zu den Grundfreiheiten.

Deutschland hat sich gemäß § 8 Abs. 3 ATAD-UmsG bewusst gegen dieses Wahlrecht entschieden, gleichzeitig jedoch den Beherrschungstatbestand an die Vorgaben der ATAD angepasst. Den vom Richtliniengeber vorgesehenen Tatbestand der „Verbundenheit“ mit anderen Unternehmen erfüllt der Gesetzgeber indes mit seinem Verweis in § 7 Abs. 3 ATAD-UmsG auf § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG.

Die Anpassung des Beherrschungstatbestands an die Richtlinienvorgaben ist nicht nur begrüßenswert, sondern auch dogmatisch notwendig. Der Gesetzgeber hat das Konfliktpotential zwischen dem alten Beherrschungstatbestand und dem Primärrecht erkannt und testiert dem neuen Beherrschungskriterium richtigerweise, „dass die Hinzurechnungsbesteuerung im Grundsatz in Drittstaaten-Sachverhalten keinen europarechtlichen Bedenken ausgesetzt ist“¹¹²⁹. Dies erschwert eine Umgehung der auf innerunionale Sachverhalte beschränkten Niederlassungsfreiheit durch Wirtschaftsteilnehmer aus Drittstaaten, welche sich über den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit einen grundfreiheitlichen Schutz erschleichen wollen. Der von Teilen der Literatur¹¹³⁰ befürchteten Ausweitung der Kapitalverkehrsfreiheit zu einer „unechten Niederlassungsfreiheit“ kann durch die Schaffung von echten Beherrschungstatbeständen eine Grenze gesetzt werden.

¹¹²⁹ Bundesregierung, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 1, [Internetquelle](#).

¹¹³⁰ Unger, EuZW 2015, 61 (68); Röss/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 63 AEUV Rz. 317.

8.1.2 Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter

Die Regelungen zur verschärften Hinzurechnungsbesteuerung wurden vom Gesetzgeber übersichtlich in den eigens dafür geschaffenen § 13 ATAD-UmsG verschoben. Hier befinden sich sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolgen.

Demnach erfolgt bei einem unbeschränkt Steuerpflichtigen eine Zurechnung von Einkünften in Höhe der Beteiligung am Nennkapital, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Prozent an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt ist und diese Gesellschaft niedrig besteuerte Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt (§ 13 Abs. 1 S. 1 ATAD-UmsG). Die tatbestandliche Voraussetzung, dass eine Beteiligung zu mindestens einem Prozent vorliegen muss, findet sich nun nicht mehr in Abs. 1 S. 1, sondern lässt sich im Umkehrschluss aus Abs. 1 S. 3 entnehmen, wonach eine Hinzurechnung bei einer Beteiligung von weniger als einem Prozent nur dann erfolgt, wenn die Einkünfte nahezu ausschließlich aus Einkünften mit Kapitalanlagecharakter bestehen und die Aktien der Zwischengesellschaft nicht an einer Börse gehandelt werden (§ 13 Abs. 1 S. 3 ATAD-UmsG).

Die Legaldefinition der Einkünfte mit Kapitalkapitalanlagecharakter bleibt im Vergleich der aktuellen mit der zukünftigen Fassung weitgehend unverändert. Es handelt sich demnach um Einkünfte aus der Vermögensverwaltung (ausgenommen Einkünfte i. S. des § 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 ATAD-UmsG), es sei denn, der Steuerpflichtige weist nach, dass die Einkünfte aus einer Tätigkeit stammen, die einer unter § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 ATAD-UmsG fallenden eigenen Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft dienen (§ 13 Abs. 2 ATAD-UmsG). Zudem wurden die Ausnahmen der aktiven Einkünfte im neuen Aktivitätskatalog angepasst.

Gemäß § 13 Abs. 4 S. 1 ATAD-UmsG gelten für die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter § 8 Abs. 2 und 5 sowie die §§ 10 bis 12 ATAD-UmsG entsprechend. Da im Umkehrschluss § 8 Abs. 3 ATAD-UmsG explizit nicht gelten soll, erweitert der Gesetzgeber den Motivtest für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter auf Drittstaatssachverhalte.¹¹³¹ Eine Ausweitung soll jedoch nicht gelten, wenn der Staat, in dem die Zwischengesellschaft belegen ist, im Wege des zwischenstaatlichen Informationsaustauschs keine Auskünfte erteilt, die zur Durchführung der Besteuerung erforderlich sind (§ 13 Abs. 4 S. 2 ATAD-UmsG). Mit dem Verweis in § 13 Abs. 4 S. 2 ATAD-UmsG auf das – für die Anwendung des Motivtests – notwendige Vorliegen einer bi- oder multilateralen Informa-

¹¹³¹ Auch: *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1569); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (79).

tionsaustauschvereinbarung setzt der Gesetzgeber die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *X GmbH* um. Das Abstellen auf eine tatsächliche Informationsübermittlung ist, wie oben erläutert, nicht zu beanstanden.

Nach dem Tatbestand der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung (§ 13 Abs. 1 ATAD-UmsG) können sowohl kleinere Portfoliobeteiligungen (z. B. zwei Prozent) als auch größere Kontrollbeteiligungen (z. B. 55 Prozent) die Rechtsfolgen der erweiterten Hinzurechnungsbesteuerung auslösen. Nach der Abgrenzungsdogmatik zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit handelt es sich bei § 13 Abs. 1 ATAD-UmsG tatbestandsmäßig um eine neutrale Regelung. Sofern der EuGH eine neutrale Regelung zu beurteilen hat, stellt er in einem innerunionalen Sachverhalt regelmäßig auf die tatsächliche Beteiligungshöhe ab. Im Verhältnis zu Drittstaaten findet hingegen exklusiv die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung (dazu: 3.3). Die erweiterte Anwendung des Motivtests auf Drittstaaten ist daher aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung folgerichtig und mit dem Unionsrecht vereinbar.¹¹³²

Europarechtliche Bedenken könnten jedoch im Hinblick auf die Ausgestaltung des „reformierten Motivtests“ bestehen. Im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit hat der EuGH sowohl in der Rechtssache *X GmbH* als auch in der Rechtssache *Hornbach* auf „wirtschaftliche Gründe“ für die Beteiligung abgestellt. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit sowie des im Vergleich zu Binnenmarktkonstellationen niedrigen Grades an Informationsaustausch gelten für Drittstaatsverhältnisse andere Anforderungen an den Motivtest des Steuerpflichtigen.

Die Zwischengesellschaft ist im Lichte des Art. 63 AEUV nicht das Zentrum der Künstlichkeitsprüfung. Die substanzielle Ausstattung der etwaigen Zwischengesellschaft steht nicht im Vordergrund der Untersuchung. Dass die ausländische Gesellschaft einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, ist im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit lediglich ein Indiz für eine nicht künstliche Gestaltung. Eine künstliche Gestaltung i. S. des Art. 63 AEUV liegt vor, wenn eines der Hauptmotive der Gestaltung in der Erzielung steuerlicher Vorteile liegt und der Steuerpflichtige keine stichhaltigen außersteuerlichen Gründe für seine Investition nachweisen kann. Der Investitionsvorgang als solcher bildet folglich den Ausgangspunkt der Künstlichkeitsprüfung (dazu: 6.4).

Der Gesetzgeber verweist dennoch im Rahmen der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter auf den Motivtest der regulären Hinzurechnungsbesteuerung (§ 13 Abs. 4

¹¹³² Auch: *Kühn/Schienze-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1569).

ATAD-UmsG). Der einfache Verweis auf § 8 Abs. 2 ATAD-UmsG eröffnet nicht die Möglichkeit, wirtschaftliche Gründe für die Beteiligung darzulegen. Vielmehr stellt dieser ausschließlich auf die substanzielle Ausstattung der Streitgegenständlichen Gesellschaft ab und verlangt demnach einen Gegenbeweis nach den Kriterien der Niederlassungsfreiheit. Folglich genügt der Verweis auf § 8 Abs. 2 ATAD-UmsG in Drittstaatsverhältnissen nicht den primärrechtlichen Anforderungen, da er die unterschiedlichen Anforderungen und Zielsetzungen der Grundfreiheiten ignoriert.¹¹³³ Hier besteht Nachbesserungsbedarf durch den Gesetzgeber. Im Streitfall könnte eine primärrechtskonforme Auslegung des § 13 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 2 ATAD-UmsG im Sinne eines „Reading down“ der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache *X GmbH* die Europarechtswidrigkeit der Normen heilen.

8.2 Der Motivtest – tatsächlich, wirklich oder wesentlich?

§ 8 Abs. 2 AStG wird im Zuge des Umsetzungsgesetzes auf § 8 Abs. 2 bis 4 ATAD-UmsG ausgedehnt und um substanzkonkretisierende Bestimmungen erweitert. Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 ATAD-UmsG ist eine ausländische Gesellschaft keine Zwischengesellschaft, insoweit der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass die Gesellschaft in dem Staat, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung hat, einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.

Laut der Begründung des Regierungsentwurfs habe sich der EU-Gesetzgeber bei Verabschiedung der ATAD sinngemäß an das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* gehalten.¹¹³⁴ Folglich unterstellt der nationale Gesetzgeber, dass der Richtliniengeber bei der Ausgestaltung der Richtlinie die Vorgaben des Primärrechts richtigerweise umgesetzt hat. Der „neue Motivtest“ des § 8 Abs. 2 bis 4 ATAD-UmsG soll sich darüber hinaus nicht nur auf die Wiedergabe des Textes der ATAD beschränken, sondern die Richtlinie gar konkretisieren.¹¹³⁵

Einerseits arbeitet der deutsche Gesetzgeber mit einer hohen Präzision und zitiert, wenn es um die Reichweite des Motivtests geht, die Randziffern aus den Entscheidungsgründen des EuGH.¹¹³⁶ Andererseits, wenn es um das Ausmaß der Substanzanforderungen geht, bleiben Randzifferzitate aus und der Gesetzgeber konkretisiert die Rechtsprechung des EuGH nach

¹¹³³ Ähnlich: *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (79); *Heckerodt/van Lück*, IStR 2020, 857 (861); *Holst/Krüger*, IStR 2021, 80 (84); *Köhler*, ISR 2021, 201 (210 f.); *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (302).

¹¹³⁴ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 2 bis 4, [Internetquelle](#).

¹¹³⁵ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 2 bis 4, [Internetquelle](#).

¹¹³⁶ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 7 Abs. 2 bis 4, [Internetquelle](#).

eigenen Vorstellungen. Warum weder von einer sinngemäßen Umsetzung noch von einer korrekten Konkretisierung der EuGH-Rechtsprechung gesprochen werden kann, wird im Folgenden aufgezeigt.

Der Regierungsentwurf übernimmt zunächst den Wortlaut der ATAD, welche für den Motivtest den Nachweis einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit, gestützt auf Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten, verlangt (Art. 7 Abs. 2 S. 2 ATAD). Gegenüber dem Wortlaut des bisherigen § 8 Abs. 2 AStG stellt dies eine Verschärfung dar.¹¹³⁷ Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung seit der Rechtssache *Cadbury Schweppes*¹¹³⁸ judiziert, dass lediglich rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen – veranschaulicht durch das Beispiel der Briefkastengesellschaften – im Binnenmarkt keinen grundfreiheitlichen Schutz genießen. Im Gegenzug sind alle wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat geschützt.¹¹³⁹

Wie bereits dargelegt, ist eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit leichter nachzuweisen als eine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit. Damit etwas „tatsächlich“ ist, darf es im Umkehrschluss nicht rein künstlich sein. Demgegenüber erfordert eine „Wesentlichkeit“ mindestens etwas Tatsächliches und darüber hinaus muss dem Tatsächlichen noch eine gewisse – qualitative oder quantitative¹¹⁴⁰ – Gewichtung zukommen. Eine Tätigkeit kann wirklich sein, ohne dabei wesentlich zu sein (dazu: 4.7.5.1).

Zwar spricht die Übernahme des Wortlautes von Art. 7 Abs. 2 lit. a ATAD („wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“) dafür, dass § 8 Abs. 2 S. 1 ATAD-UmsG keinen Widerspruch zur Richtlinie darstellt, jedoch droht augenscheinlich eine Kollision mit den Grundfreiheiten, da der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung (Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* sowie *GS*) keine hohen Substanzanforderungen an die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft gestellt hat. Um einen drohenden Konflikt zwischen Primärrecht und Sekundärrecht zu verhindern, stellt sich die Frage, ob der Unionsgesetzgeber den EuGH in seiner Grundfreiheiten-Interpretation beeinflussen kann, damit dieser von seiner liberalen Rechtsprechungslinie abweicht. Eine Möglichkeit ist die Änderung

¹¹³⁷ Auch: *Kühn/Schlenke-Ohletz*, BB 2020, 1562 (1568 f.); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DSr 2020, 73 (73 ff.); *Frank-Fahle/Löbker*, IStR 2021, 44 (46); *Kanduth-Kristen/Müller-Thomczik/Reiter*, IStR 2021, 533 (542 ff.); *Schmidtman*, IWB 2020, 176 (178).

¹¹³⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 55 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*).

¹¹³⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 54, 66 (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd.*).

¹¹⁴⁰ Da eine Gewinnerzielung keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV ist, spricht einiges dafür, dass eine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit kein quantitatives Element enthält: *Schmidtman*, IWB 2020, 176 (179).

des Primärrechts, d. h. eine Änderung des Art. 49 AEUV. Aufgrund des dafür notwendigen einstimmigen Beschlusses aller Mitgliedstaaten (Art. 48 EUV) erscheint diese Option jedoch unrealistisch.¹¹⁴¹ Das Einstimmigkeitserfordernis der Mitgliedstaaten, die potentiell grenzenlose Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH und das Initiativmonopol der Kommission¹¹⁴² (Art. 289 Abs. 1 S. 1 AEUV) erschweren dem Unionsrecht bislang seine zeitgemäße Entwicklung und bergen zudem die Gefahr, zu einer Versteinerung des Primärrechts zu führen.¹¹⁴³ Den Mitgliedstaaten ist es auf diesem Wege nicht unmöglich, die Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH zu beeinflussen.¹¹⁴⁴

Eine einstimmige Entscheidung ist hingegen bei der Verabschiedung von Sekundärrecht in der Regel nicht notwendig. Es genügt zumeist eine qualifizierte Mehrheit der Mitgliedstaaten im Rat (Art. 16 Abs. 3 EUV).¹¹⁴⁵ Daher scheint es naheliegend, die Grundfreiheiten-Interpretation des EuGH durch den Erlass von Sekundärrecht (ATAD) zu begrenzen.¹¹⁴⁶ Jedoch ist der Unionsgesetzgeber bei der Verabschiedung von Sekundärrechtsakten aufgrund des normenhierarchischen Vorrangs des Primärrechts an die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten gebunden (dazu: 4.3.1). Sofern der Unionsgesetzgeber eine Richtlinie verabschiedet, die die Mitgliedstaaten bewusst zur Umsetzung grundfreiheitlicher Beschränkungen verpflichtet, welche der EuGH für primärrechtswidrig hält, riskiert der Unionsgesetzgeber mit diesem „legislative override“, dass der EuGH weiterhin seine Rechtsprechung über eine primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts durchsetzt.¹¹⁴⁷

In der Literatur¹¹⁴⁸ werden daher auch Reformvorschläge diskutiert, die Machtstellung des EuGH einzuschränken, etwa in Form der Rechtsfigur eines Nichtanwendungserlasses¹¹⁴⁹. Hierbei könnte dem Rat und dem Parlament die Möglichkeit eingeräumt werden, Entschei-

¹¹⁴¹ *Schorkopf*, NVwZ 2018, 9 (15); *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 412; *Classen*, EuR 2020, 255 (260 f.).

¹¹⁴² Zum Initiativmonopol: *Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 103 AEUV Rz. 17; *Gellermann*, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 293 AEUV Rz. 6; *Nemitz*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 17 EUV Rz. 46 ff.

¹¹⁴³ *Oeter*, ZaöRV, 733 (745); *Schorkopf*, NVwZ 2018, 9 (15).

¹¹⁴⁴ *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 412 ff.; *Schorkopf*, NVwZ 2018, 9 (15).

¹¹⁴⁵ *Ziegenhorn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 16 EUV Rz. 43 ff.; *Haratsch*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV, Art. 16 EUV Rz. 31; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 EUV Rz. 17 ff.

¹¹⁴⁶ *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 415.

¹¹⁴⁷ *Klenk*, Die Grenzen der Grundfreiheiten, S. 416; *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (215); zur Notwendigkeit der Anpassung des Primärrechts: *Schiff*, EuZW 2015, 899 (904).

¹¹⁴⁸ *Schorkopf*, NVwZ 2018, 9 (15).

¹¹⁴⁹ Zu den Bedingungen und Grenzen für den innerstaatlichen Nichtanwendungserlass: *Spindler*, DSiR 2007, 1061 (1063 f.); *Lange*, NJW 2002, 3657 (3657 ff.).

dungen des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar zu erklären.¹¹⁵⁰ Da dieses Instrument jedoch (noch) nicht zur Verfügung steht, scheint eine Änderung des Missbrauchsverständnisses weiterhin dem EuGH zu obliegen.

Aufgrund der aufgezeigten Rechtsprechungslinie des EuGH ist nicht davon auszugehen, dass dieser seine im Widerspruch zu Art. 7 Abs. 2 ATAD stehende Grundfreiheiten-Interpretation vorschnell aufgeben wird (dazu: 6.1.7). Im Folgenden werden daher weitere potentielle Kollisionspunkte zwischen dem deutschen Gesetzgeber und dem EuGH im Hinblick auf das Substanzverständnis aufgezeigt.

Das Vorliegen einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit erfordert nach § 8 Abs. 2 S. 2 ATAD-UmsG insbesondere den Einsatz der für die Ausübung der Tätigkeit erforderlichen sachlichen und personellen Ausstattung in diesem Staat. Dass die sachlichen und personellen Voraussetzungen „für die Ausübung der Tätigkeit“ (§ 8 Abs. 2 S. 2 ATAD-UmsG) ausreichend sein müssen, lässt zunächst darauf schließen, dass der Gesetzgeber anerkannt hat, dass die Substanzanforderungen abhängig vom Geschäftsgegenstand der ausländischen Gesellschaft sind, d. h., die sachliche Ausstattung vom Geschäftsmodell der ausländischen Gesellschaft abhängt.¹¹⁵¹ Diese Feststellung wäre zu begrüßen, da sie mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist (dazu: 6.1.7).

Diese Erkenntnis verwundert jedoch vor dem Hintergrund, dass das – kurz vor dem Regierungsentwurf veröffentlichte – BMF Schreiben vom 17. März 2021 bezüglich der Anwendung des § 8 Abs. 2 AStG speziell bei Kapitalanlagegesellschaften verlangt, „dass der Kapitalbeschaffungs- oder Investitionsmarkt im Aufnahmestaat liegt“¹¹⁵² und zudem „die Anmietung von Räumlichkeiten“¹¹⁵³ nicht ausreichend sei, um bei Kapitalanlagegesellschaften eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit zu bejahen. Für die Ausübung der Tätigkeit Vermögensverwaltung ist es aber gerade nicht erforderlich, dass der Kapitalbeschaffungs- oder Investitionsmarkt im Aufnahmemitgliedstaat liegt. Zudem hat der BFH bereits bestätigt, dass die Anmietung von Räumlichkeiten und die Anstellung von qualifiziertem geschäftsleitenden Personal substantiell ausreichend sind für Kapitalanlagetätigen (dazu: 6.1.8). Die Anforderungen des BMF stehen demnach im offenen Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH und des BFH. Beide Gerichtshöfe schützen auch konzerninterne Vermögensverwaltungs- und Finanzierungsgesellschaften, ohne diesen übermäßigen Sub-

¹¹⁵⁰ *Schorkopf*, NVwZ 2018, 9 (15).

¹¹⁵¹ Auch: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (732).

¹¹⁵² *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

¹¹⁵³ *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

stanzanforderungen zu unterziehen oder die Inanspruchnahme des Absatzmarktes des Aufnahmemitgliedstaats zu verlangen (dazu: 6.1.2 und 6.1.7).

Da dem BMF-Schreiben vom 17. März 2021 vor dem Hintergrund der AStG-Reform zukünftig eine größere Bedeutung zukommen könnte, sei zudem darauf hingewiesen, dass das BMF zwei Gegenbeweiskonzepte miteinander verknüpft, die im Kontext der Niederlassungsfreiheit getrennt voneinander zu betrachten sind.¹¹⁵⁴ Demnach sei sowohl zu prüfen, ob genügend Substanz für Zwecke der Prüfung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit (Niederlassung) vorliege, als auch der Nachweis durch den Steuerpflichtigen zu erbringen, dass keines der Hauptziele der Gestaltung darin bestehe, Gewinne künstlich in Drittstaaten zu transferieren. Letzteres sei durch triftige wirtschaftliche Gründe nachzuweisen.¹¹⁵⁵ Für die erfolgreiche Führung eines Gegenbeweises genügt nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen im Kontext der Niederlassungsfreiheit der Nachweis eines der beiden Elemente.¹¹⁵⁶ In anderen Worten muss eine Niederlassung i. S. d. Art. 49 AEUV vorliegen oder es müssen wirtschaftliche Gründe für die Beteiligung dargelegt werden – nicht jedoch zwingend beides. Im Übrigen müssen die wirtschaftlichen Gründe im Kontext der Niederlassungsfreiheit auch nicht triftig sein (dazu: 6.1.2). An diesem Grundsatz hat sich auch nach der Rechtssache *X GmbH* nichts geändert. Die Finanzverwaltung stützt ihre Rechtsauffassung auf Rz. 84 des vorgenannten Urteils. Urteile, welche in Drittstaatensachverhalten zur Kapitalverkehrsfreiheit ergangen sind, dürfen jedoch nicht zur Prüfung von Vorschriften herangezogen werden, welche in Binnenmarktconstellationen ausschließlich anhand der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen sind.

Darüber hinaus sollen der wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft nur Einkünfte zuzuordnen sein, die durch diese Tätigkeit erzielt werden (§ 8 Abs. 2 S. 4 ATAD-UmsG). Damit stellt der Gesetzgeber richtigerweise auf eine segmentierende Betrachtungsweise ab. Fraglich ist, wann von der ausländischen Gesellschaft erzielte Einkünfte einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit zuzuordnen sind. Eine rechtliche Ursächlichkeit ist nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel dann gegeben, wenn die Tätigkeit nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestaltung

¹¹⁵⁴ *Köhler*, ISR 2021, 201 (203); *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (355); a. A.: *Eimler*, FR 2021, 822 (824), nach welchem sich die Ausführungen des BMF-Schreibens nur auf Fallgestaltungen beziehen sollen, die unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen.

¹¹⁵⁵ *BMF*, Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

¹¹⁵⁶ Auch: *Köhler*, ISR 2021, 201 (203); *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (301); *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (355).

entfiele.¹¹⁵⁷ Die Aktivität muss folglich kausal für die Erzielung der Einkünfte sein. Zusätzlich zur Kausalität bedarf es einer objektiven Zurechnung, welche spezifische Aktivität (= Handlung) sich im konkreten Erfolg (= Einkünfte) verwirklicht hat.¹¹⁵⁸ Die segmentierende Betrachtungsweise darf gleichwohl nicht zum Ausschluss einer gruppenbezogenen Betrachtungsweise führen, d. h., die ausländische Gesellschaft muss hinsichtlich der Würdigung ihrer wirtschaftlichen Realität, wie vom EuGH in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* dargelegt, in die Strategie und Struktur des (Gesamt-)Konzerns eingeordnet werden (dazu: 6.1.7).¹¹⁵⁹

Nach § 8 Abs. 2 S. 3 ATAD-UmsG muss die Tätigkeit durch hinreichend qualifiziertes Personal selbstständig und eigenverantwortlich ausgeübt werden. In der ATAD finden sich jedoch zunächst keine Anhaltspunkte dafür, dass das Personal qualifiziert und eigenverantwortlich tätig sein muss. Auch der EuGH hat bisher keine Ausführungen zu einer Mindestqualifikation des Personals gemacht. Dennoch ist dem Erfordernis einer hinreichenden Qualifikation nach der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen. Das Vorhandensein von wenigstens geschäftsführendem Personal ist immanent für die Verwirklichung der Geschäftsaufgabe und bildet daher einen wichtigen objektiven Anhaltspunkt für die Prüfung einer Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV (dazu: 6.3.2). Zwar ist es unschädlich, wenn Personal von anderen Konzerngesellschaften für den operativen Betrieb der Gesellschaft überlassen wird – und insofern eine Substanzzurechnung stattfinden muss –, jedoch muss das zur Verfügung gestellte Personal das notwendige Know-how besitzen, um die ihm zugewiesenen Aufgaben auch tatsächlich umsetzen zu können. Andernfalls käme es zu einem Missverhältnis zwischen der Qualifikation des Personals und der Tätigkeitsaufgabe der Gesellschaft. Das Personal muss folglich befähigt und sachlich ausgestattet sein, die Geschäftsaufgabe auch tatsächlich zu erfüllen.¹¹⁶⁰ Es sei jedoch angemerkt, dass die Qualifikation nicht zwangsläufig mit dem Ausbildungsniveau korreliert – vielmehr muss das Personal die notwendigen Fähigkeiten besitzen, um die zu beurteilende Tätigkeit ausüben zu können. Insbesondere im Vertrieb sind keine akademischen Abschlüsse, sondern Kenntnisse des lokalen Marktes erforderlich.¹¹⁶¹ Auch der zuständige Generalanwalt Léger hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*, das Erfordernis von qualifiziertem Personal hervorgehoben, da ansonsten die Vermutung nahe liege, dass die aus-

¹¹⁵⁷ *Oetker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, MüKo zum BGB, Band 2, § 249 Rz. 103; *Heinrich*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, Vorbemerkung § 13 Rz. 19.

¹¹⁵⁸ *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 562.

¹¹⁵⁹ Auch: *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (733).

¹¹⁶⁰ *Schönfeld/Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 8 Rz. 490; *Schmidtmann*, IWB 2020, 176 (180); *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (347).

¹¹⁶¹ *Schnitger/Gebhardt/Krüger*, IWB 2021, 344 (347).

ländische Gesellschaft die ihr zugewiesene wirtschaftliche Aufgabe nicht erfüllen könne und es im Umkehrschluss an der tatsächlichen Ausübung der Erwerbstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat fehle.¹¹⁶²

Eigenständige „vor Ort-Entscheidungen“ muss das Personal der ausländischen Gesellschaft bereits aus Gründen der steuerlichen Ansässigkeit treffen können, da andernfalls der Ort der Geschäftsleitung (§ 10 AO) und damit die steuerliche Ansässigkeit nach Art. 4 Abs. 1 DBA-MA ggf. im Inland liegen würde (dazu: 6.1.8). Auch der BFH stellt im Kontext von Vermögensverwaltungs- und Finanzierungsgesellschaften für die Ermittlung des Ortes der Geschäftsleitung darauf ab, wo diese die laufende Kontrolle über ihr Vermögen ausüben, ihre Wertpapiere verwahren und ihre Steuererklärungen anfertigen bzw. unterschreiben.¹¹⁶³

Die Eigenverantwortlichkeit kann jedoch nicht so eng verstanden werden, dass die ausländische Gesellschaft ihre Entscheidungen ganz ohne eine Kommunikation mit ihrem Gesellschafter trifft. Arbeitsteilige Konzerne stellen eher die Regel als die Ausnahme dar, weshalb Konzerngesellschaften, welche ihre Entscheidungen gänzlich allein und eigenverantwortlich treffen, rar gesät sind. Es dürfen daher keine strengeren Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit getroffen werden als die in der Realität üblichen und damit realen Gegebenheiten.¹¹⁶⁴ Eine faktisch vollständige Selbstständigkeit der Gesellschaft sowohl in Sachen Personal- und Sachausstattung als auch im Hinblick auf eigenverantwortliche Entscheidungen steht zudem mit dem Beherrschungserfordernis im Widerspruch: Eine gesellschaftsrechtliche Beherrschung impliziert immer eine gewisse Unselbstständigkeit der kontrollierten Gesellschaft.¹¹⁶⁵ Im Übrigen obliegt dem Vorstand der Konzernmuttergesellschaft bereits aus aufsichtsrechtlichen Haftungsgründen eine Gesamtverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft.¹¹⁶⁶

Der Motivtest soll nach § 8 Abs. 2 S. 5 ATAD-UmsG explizit dann keine Anwendung finden, wenn die Gesellschaft ihre wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit überwiegend durch Dritte besorgen lässt. Nach der Regierungsbegründung müsse die Gesellschaft ihre Tätigkeit durch qualifiziertes Personal selbstständig und eigenverantwortlich ausführen. Diesen Kriterien könne nicht entsprochen werden, wenn die ausländische Gesellschaft ihre Tätig-

¹¹⁶² *GA Léger*, Schlussanträge v. 2.5.2006 – C-/196/04, Rz. 113 (Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas).

¹¹⁶³ *BFH*, Urt. v. 07.12.1994 – I K 1/93, Rz. 6 a), DStR 1995, 488 (490) = BeckRS 1994, 22011309.

¹¹⁶⁴ *Köhler*, ISR 2021, 201 (206 f.); *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (301).

¹¹⁶⁵ *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (301); *Köhler*, ISR 2021, 201 (206 f.).

¹¹⁶⁶ *Köhler/Staats*, ISR 2021, 295 (301).

keiten auslagere.¹¹⁶⁷ Auch das BMF hat in seinem Schreiben vom 17. März 2021 betont, dass die Gesellschaft ihre Kernfunktion selbst ausüben müsse. Dies sei nicht der Fall, wenn die Gesellschaft ihre wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit durch Dritte besorgen lasse.¹¹⁶⁸

Der Gesetzgeber und das BMF erteilen dem Outsourcing damit eine unionsrechtswidrige Absage (dazu: 6.3.3). Weder in Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 ATAD noch in der Rechtsprechung des EuGH finden sich Hinweise darauf, dass wirtschaftliche Funktionen nicht auf Dritte ausgelagert werden dürfen. Im Gegenteil hat der EuGH in den zur Niederlassungsfreiheit entschiedenen Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* und *GS* eine Auslagerung wesentlicher Geschäftsaufgaben auf Dritte für unschädlich erachtet und eine stabile und kontinuierliche Teilnahme der auslagernden Gesellschaft am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats bejaht (dazu: 6.1.7). Eine vom Outsourcing-Verbot divergierende Sichtweise hat auch der BFH vertreten.¹¹⁶⁹ Die Zurechnung von wirtschaftlicher Substanz durch Auslagerung von Funktionen auf Dritte wird im Ergebnis sowohl durch den EuGH als auch durch den BFH anerkannt (dazu: 6.3.3).¹¹⁷⁰

Im Kontext von § 50d Abs. 3 EStG hatte sich zudem das BMF der Rechtsauffassung des EuGH angeschlossen und festgelegt, dass es für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Aktivität keine Voraussetzung sei, dass die Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat für die Ausübung ihrer Tätigkeit ständig sowohl geschäftsleitendes als auch anderes Personal beschäftige.¹¹⁷¹ Da sich beide Vorschriften an den gleichen unionsrechtlichen Hürden messen lassen müssen, scheint eine Ungleichbehandlung hinsichtlich des Outsourcings fragwürdig.

Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass die Anforderungen des § 8 Abs. 2 bis Abs. 4 ATAD-UmsG teilweise deutlich über die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Substanzerfordernisse hinaus gehen.¹¹⁷² Der Gesetzgeber versucht, über den Weg der Richtlinienumsetzung strengere Anforderungen an einen erfolgreichen Motivtest zu etablieren.¹¹⁷³ Stützen kann er diese Auffassung lediglich auf den Wortlaut der „wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ (Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 ATAD), welche hö-

¹¹⁶⁷ *Bundesregierung*, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, Begründung zu § 8 Absätze 2 bis 4, [Internetquelle](#).

¹¹⁶⁸ *BMF*, Schreiben v. 17. 3. 2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002 = DStR 2021, 732 (733) = BeckVerw 513776.

¹¹⁶⁹ *BFH*, Urt. v. 13.10.2010 – I R 61/09, Rz. 14, IStR 2011, 112 (113) = DStR 2010, 2565 (2566).

¹¹⁷⁰ Europarechtliche Bedenken zum pauschalen Ausschluss von Outsourcing äußern auch: *Kanduth-Kristen/Müller-Thomczik/Reiter*, IStR 2021, 533 (544); *Heinsen/Gsödl/Dietrich*, IStR 2020, 729 (733 f.).

¹¹⁷¹ *BMF*, Schreiben v. 4.4.2018 – IV B 3 – S2411/07/10016-14, BStBl I 2018, 589 = DStR 2018, 744 (744 f.) = IStR 2018, 324 (324).

¹¹⁷² Auch: *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (138); *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73 (78); *Schmidtman*, IWB 2020, 176 (181 ff.).

¹¹⁷³ *Kahlenberg/Quilitzsch*, IStR 2021, 135 (138).

here qualitative und quantitative Anforderungen an die Substanz stellt als eine „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ (dazu: 4.7.5.1). Dass der EuGH seine ständige Rechtsprechung im Hinblick auf das Künstlichkeitskriterium ändern wird, ist zu bezweifeln. Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse und Würdigungen ist nicht davon auszugehen, dass der EuGH von seiner Rechtsprechungslinie zu rein künstlichen Gestaltungen abweichen wird. Selbst wenn der EuGH dies wider Erwarten tun sollte und den Wortlaut der „wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit zukünftig übernimmt, bleibt fraglich, ob auch die weitergehenden Konkretisierungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers (Stichworte: Outsourcing, Anforderungen an die Kapitalanlagetätigkeit) einer primärrechtlichen Überprüfung standhalten.

Mit Blick auf die Zukunft muss jedoch beobachtet werden, ob der EuGH, insbesondere in Bezug auf die Vorgaben der ATAD, seine Rechtsprechung zur Umgehung des Steuergesetzes bekräftigen wird. Im Unterschied zu rein künstlichen Konstruktionen kann die Umgehung des Steuergesetzes auch mit in der wirtschaftlichen Realität existierenden Konstruktionen erreicht werden. Auch dieser Fallgruppe kann – im Hinblick auf die Rechtfertigung einer beschränkenden Regelung – der grundfreiheitliche Schutz entzogen werden. Der EuGH hat diesen Rechtsgrundsatz in seiner jüngeren Rechtsprechung auch für das Ertragsteuerrecht bestätigt (dazu: 7.2). Eine Bekräftigung der Rechtsprechung zur Umgehung des Steuergesetzes ist nicht nur im Hinblick auf das liberale Künstlichkeitsverständnis des EuGH und den Erlass der ATAD wünschenswert, sondern würde auch dem in Art. 20 EU-Grundrechte-Charta (GrCh¹¹⁷⁴) verankerten Gleichheitsgrundsatz gerecht werden. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV sind die GrCh und die Verträge gleichrangig, d. h., die in der Charta enthaltenen Grundrechte sind Bestandteil des europäischen Primärrechts und treten neben den bisherigen Grundrechtsschutz.¹¹⁷⁵

Gemäß Art. 20 GrCh sind alle Personen vor dem Gesetz gleich. Dieser allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz gehört zu den Grundprinzipien des Unionsrechts und verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist objektiv gerechtfertigt.¹¹⁷⁶ Im Umsatzsteuerrecht kommt der Gleichbehandlungsgrundsatz bspw. im Grundsatz der steuerlichen Neutralität zum Ausdruck. In der Rechtssache *Zimmermann* führte der EuGH aus, dass es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität nicht erlaube, gleichartige

¹¹⁷⁴ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh), ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 391.

¹¹⁷⁵ *Münster/Fehling*, IStR 2021, 621 (624).

¹¹⁷⁶ *BFH*, Beschluss v. 21.6.2017 – V R 51/16, Rz. 49 = DStR 2017, 2049 (2052) = MwStR 2017, 884 (887); *Valta/Gerbracht*, StuW 2019, 118 (124).

und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln.¹¹⁷⁷ Die große Kammer des EuGH hat zudem in der Rechtssache *RPO* geprüft, ob Art. 98 Abs. 2 der MwStSystRL i. V. m. deren Anhang III Nr. 6 eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 20 GrCh darstellt.¹¹⁷⁸ Dabei erkannte der EuGH dem Unionsgesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum an und beschränkte die gerichtliche Kontrolle auf „offensichtliche Fehler“. Grund sei, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass steuerlicher Maßnahmen sowohl politische und wirtschaftliche als auch soziale Interessen in Einklang bringen müsse.¹¹⁷⁹

Ein besonderer Ausfluss des Gleichheitssatzes im Grundgesetz (Art. 3 Abs. 1) in der deutschen Steuerrechtsordnung ist das Gebot der Steuergerechtigkeit, welches auf Fairness und Gerechtigkeit zwischen den Steuerpflichtigen abzielt.¹¹⁸⁰ Das Gebot der Steuergerechtigkeit wird u. a. durch den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit konkretisiert. Dieses Leistungsfähigkeitsprinzip verlangt, dass die Besteuerung im Verhältnis zum verfügbaren Einkommen des Steuerpflichtigen erfolgen muss. Wesentliche Ausprägung der gleichmäßigen Besteuerung ist die horizontale Steuergerechtigkeit, d. h., der Grundsatz, dass bei gleicher Leistungsfähigkeit auch eine gleich hohe Steuer zu entrichten ist.¹¹⁸¹

Die Frage, ob auf unionsrechtlicher Ebene ein vergleichbares Besteuerungsprinzip existiert, wurde in der Literatur bisher kaum vertiefend untersucht und spielte auf Unionsebene, aufgrund der begrenzten Kompetenz der Union im Ertragsteuerrecht, bislang nur eine untergeordnete Rolle.¹¹⁸² Jedoch hat das Leistungsfähigkeitsprinzip in einer im Jahr 2018 ergangenen Entscheidung (Rechtssache *Bevola und Jens W. Trock*) Eingang in die ertragsteuerliche Rechtsprechung des EuGH gefunden: Der Gerichtshof hat die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit auf Rechtfertigungsebene argumentativ aufgegriffen und damit zum Gegenstand der unionsrechtlichen Rechtfertigungsprüfung gemacht. Streitgegenständlich war eine dänische Regelung, welche dem dänischen Stammhaus eine grenzüberschreitende Verrechnung seiner finnischen Betriebsstättenverluste versagte.¹¹⁸³

¹¹⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 15.11.2012 – C-174/11, Rz. 46 ff. (Zimmermann); dazu: *Herzing*, *SteuK* 2013, 38 (38).

¹¹⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 7.3.2017 – C-390/15, Rz. 38 (PRO).

¹¹⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 7.3.2017 – C-390/15, Rz. 54 (PRO).

¹¹⁸⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, Rz. 99 = *DStR* 2017, 1094 (1099) = *BVerfGE* 145, 106 (142 f.); zur Steuergerechtigkeit: *Kokott*, *StuW* 2020, 200 (211 f.).

¹¹⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, Rz. 99 = *DStR* 2017, 1094 (1099) = *BVerfGE* 145, 106 (142 f.); zum europäischen Leistungsfähigkeitsprinzip: *Schlücke*, *ISR* 2019, 132 (137 f.); *Schaumburg*, *ISR* 2021, 135 (137 ff.); *Kokott*, *StuW* 2020, 200 (211 f.).

¹¹⁸² *Schlücke*, *ISR* 2019, 132 (137 f.); *Kokott*, *StuW* 2020, 200 (212); *Münster/Fehling*, *IStR* 2021, 621 (624).

¹¹⁸³ *EuGH*, Urt. v. 12.06.2018 – C-650/16, Rz. 39, 49 f., 59 (A/S *Bevola*).

Obwohl das aus Art. 20 GrCh abgeleitete Leistungsfähigkeitsprinzip vom EuGH im Hinblick auf die direkten Steuern bislang nur auf den Fall der grenzüberschreitenden Verrechnung finaler Verluste angewendet wurde, könnte es auch auf Fälle der Steuerumgehung übertragen werden. Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung das Recht des Steuerpflichtigen, seine (Konzern)Steuerquote zu minimieren.¹¹⁸⁴ Gleichzeitig hat der EuGH der grundsätzlichen Legitimität der Steuergestaltungsfreiheit bisher nur geringe Grenzen aufgezeigt. Eine ausufernde bzw. nahezu grenzenlose Gewährung von Steuergestaltungsmöglichkeiten ohne damit verbundene nachteilige rechtliche Konsequenzen kommt einer Duldung von auf missbräuchlichen Wegen erlangten Steuervorteilen gleich. Eine solche Duldung verletzt jedoch die horizontale Leistungsfähigkeit, da diese zu Lasten der nicht missbräuchlich agierenden Steuerpflichtigen geht.¹¹⁸⁵ Letztere haben bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit aufgrund ihrer weniger aggressiven Steuergestaltungsmethoden eine höhere (Konzern)Steuerquote.

Das Ziel der GrCh besteht, im Gegensatz zu den Grundfreiheiten (Art. 26 AEUV), nicht darin, den Binnenmarkt zu verwirklichen, sondern in der Wahrung der „unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“ (Präambel GrCh). Vereinfacht ausgedrückt dient die GrCh nicht dem Markt, sondern den Menschen.¹¹⁸⁶ Sofern Sekundärrechtsakte (z. B. Art. 6 ATAD) durch den EuGH nicht ausschließlich an den Grundfreiheiten, insbesondere an der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit, gemessen werden, sondern der Gerichtshof zukünftig auch eine Prüfung am Maßstab von Art. 20 GrCh vornehmen sollte, würde dies den Mitgliedstaaten einen erweiterten Rechtfertigungsspielraum im Hinblick auf ihre Missbrauchsvermeidungsregelungen ermöglichen – das Leistungsfähigkeitsprinzip würde mithin Eingang in die europäische Judikatur zu den Ertragsteuern finden. Nach Art. 51 GrCh gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips. Für die Mitgliedstaaten gilt sie „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, d. h. grundsätzlich nur hinsichtlich des Unionsrechts und nicht bei der Anwendung von nationalem Recht. Folglich verpflichtet Art. 20 GrCh die Union nur hinsichtlich ihrer Handlungen, die Mitgliedstaaten wiederum nur im Rahmen des harmonisierten Rechts der Union. Da die Mitgliedstaaten ihrer ertragsteuerlichen Kompetenzen grund-

¹¹⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – C-196/04, Rz. 36 f. (*Cadbury Schweppes plc und Cadbury Schweppes Overseas Ltd*); *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, Rz. 27 (*Centros*); *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01, Rz. 96 (*Inspire Art.*); *EuGH*, Urt. v. 26.2.2019 – verb. Rs. C-116/16, C-117,16, Rz. 81 (*T-Danmark und Y-Denmark*).

¹¹⁸⁵ *Rose*, FR 2003, 1274; *Poulakos*, Der Missbrauch von steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO und das Europäische Gemeinschaftsrecht, S. 53, [Internetquelle](#).

¹¹⁸⁶ *Münster/Fehling*, IStR 2021, 621 (625).

sätzlich nicht an die EU abgetreten haben, ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 20 GrCh insoweit beschränkt. Es bleibt folglich abzuwarten, ob der EuGH ein unionsrechtliches Leistungsfähigkeitsprinzip entwickeln kann oder ob die jeweiligen mitgliedstaatlichen Leistungsfähigkeitsprinzipien den einschlägigen Prüfungsmaßstab für Sekundärrecht bzw. dessen Umsetzungsgesetze bilden werden.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁷ Dazu: *Schlücke*, ISR 2019, 132 (137 f.); *Valta*, ISR 2020, 189 (198); *Sendke*, StuW 2020, 2019 (228); *Heckerodt/Schulz*, DStR 2018, 1457 (1463): zu den Perspektiven des europäischen Leistungsfähigkeitsprinzips; *Valta/Gerbracht*, StuW 2019, 118 (127 ff.).

9 Fazit und Ausblick

Mit dieser Ausarbeitung können die in der Einleitung aufgeworfenen Forschungsfragen beantwortet werden. Mithilfe der Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung und einschlägigen Aussagen aus der Literatur wurden die aufgeworfenen Fragen veranschaulicht und diskutiert. Aus den obigen Ausführungen lassen sich die folgenden Kernaussagen entnehmen.

9.1 Anwendungsbereich des Motivtests

Gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. a. S. 3 ATAD steht es den Mitgliedstaaten frei, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie auch für beherrschte, in Drittstaaten ansässige Unternehmen den Motivtest zu gestatten. Deutschland hat von dem Wahlrecht keinen Gebrauch gemacht und den Motivtest (weiterhin) auf den Unionsraum beschränkt. Mit Blick auf die internationalen Unternehmenssteuersätze und die seit Jahren erstarrte Niedrigsteuergrenze erschien es lange Zeit unverständlich, warum nicht entweder die Niedrigsteuergrenze auf ein adäquates Niveau abgesenkt oder der Motivtest auch auf Drittstaatsachverhalte ausgeweitet wird. Darüber hinaus war und ist die Ausgestaltung des Motivtests europarechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die tatbestandliche Ausgestaltung der regulären und verschärften Hinzurechnungsbesteuerung ließ Zweifel daran, ob der Motivtest überhaupt räumlich beschränkt werden darf oder ob in Drittstaatsachverhalten die Kapitalverkehrsfreiheit grundfreiheitlichen Schutz bietet.

Die Diskussion fand ihren vorläufigen Höhepunkt, als der BFH mit Beschluss vom 12.10.2016 ein laufendes Verfahren aussetzte und dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung mit der Kapitalverkehrsfreiheit zur Vorabentscheidung vorlegte (dazu: 5.1.1).

Für die Frage, welche Grundfreiheit Anwendungsvorrang genießt, kommt es auf den Gegenstand der mitgliedstaatlichen Norm an. Wenn die nationale Norm unterschiedslos auf Kontroll- und Portfoliobeteiligungen anzuwenden ist, handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH um eine neutrale Regelung. In Drittstaatsachverhalten müssen sich neutrale Regelungen stets und exklusiv an der Kapitalverkehrsfreiheit messen lassen. Der BFH testierte der verschärften Hinzurechnungsbesteuerung in seinem Vorlagebeschluss eine tatbestandliche Offenheit und bejahte folglich die ausschließliche Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatsachverhalten.

Die typisierte Missbrauchsvermutung des § 7 Abs. 6, Abs. 6a AStG bzw. die Versagung der Exkulpationsmöglichkeit durch den Steuerpflichtigen stellten, so der BFH, nicht zu

rechtfertigende grundfreiheitliche Beschränkung dar. Die Beschränkungen seien auch nicht durch die Stand-still-Klausel des Art. 64 AEUV gerechtfertigt, da diese aufgrund fundamentaler Strukturveränderungen im Wesentlichen nicht mehr mit der Regelung vom 31.12.1993 übereinstimme.

Mit Urteil vom 26.2.2019 entschied die große Kammer des EuGH in der Rechtssache *X GmbH* zum dritten Mal zur Europarechtskonformität von CFC-Rules. Die Besonderheiten lagen einmal darin, dass es sich bei der streitgegenständlichen Regelung um die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung und zudem erstmalig um einen Drittstaatsachverhalt handelte.

Zur Frage der Anwendbarkeit der Stand-still-Klausel führte der EuGH zunächst aus, dass eine nationale Vorschrift auch dann als im Wesentlichen nach dem 31.12.1993 „bestehend“ anzusehen sei, wenn die Regelung zwar nach dem Stichtag geändert, die beschlossenen Änderungen aber vor ihrer erstmaligen Anwendung wieder zurückgenommen worden seien. Gleichzeitig entschied der EuGH jedoch, dass eine für Art. 64 AEUV schädliche Anwendbarkeit der Neuregelung dennoch gegeben sei, wenn die erzielten Zwischeneinkünfte in die Steuerbemessungsgrundlage des Steuerpflichtigen – ungeachtet einer tatsächlichen Besteuerung – einzubeziehen gewesen seien. Der BFH hat sich in seiner Folgeentscheidung vom 22.05.2019 auf die letztere Ausführung des EuGH bezogen und die Stand-still-Klausel für nicht anwendbar erklärt.

Da im Verhältnis zu Drittstaaten nicht die gleichen Amtshilfegrundsätze gelten wie in innerunionalen Sachverhalten, stellt der EuGH den grundfreiheitlichen Schutz unter den Vorbehalt, dass vertragliche Verpflichtungen zum Austausch von Informationen zwischen dem Mitgliedstaat und dem Drittstaat bestehen. DBA beinhalten als völkerrechtliche Verträge zumeist eine „große Auskunfts-klausel“. Die große Auskunfts-klausel beschränkt sich nach Art. 26 DBA-MA jedoch auf den Austausch von Informationen, die zur Durchführung des Abkommens notwendig sind. Die Vertragsstaaten sind darüber hinaus nicht nach Art. 26 DBA-MA verpflichtet, Informationen auszutauschen, die zur Durchführung der innerstaatlichen Hinzurechnungsbesteuerung notwendig sind. Dies stellt, als Treaty-Override, einen direkten Widerspruch zum Abkommen dar. Jedoch enthält eine Vielzahl von DBA Öffnungsklauseln, welche einem Vertragsstaat das Recht vorbehalten, eine Hinzurechnungsbesteuerung vorzunehmen. Viele der in jüngerer Vergangenheit vereinbarten DBA enthalten keinen expliziten Verdrängungsvorbehalt mehr. Jedoch enthalten diese DBA zumeist allgemeine Vorbehaltsklauseln gegen die Verhinderung von Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung. Es ist davon auszugehen, dass CFC-Rules zu diesen Vor-

schriften gehören. Der Informationsaustausch ist folglich in den meisten Fällen völkerrechtlich gewährleistet. Damit der Steuerpflichtige in den Genuss der Kapitalverkehrsfreiheit gelangt, ist es zudem erforderlich, dass ein vertraglicher Informationsaustausch nicht nur rechtlich verpflichtend ist, sondern auch tatsächlich durchgeführt wird. Im Ergebnis muss in zukünftigen gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren eine Untersuchung der Qualität der jeweiligen, für den Streitfall einschlägigen Informationsaustauschvereinbarungen stattfinden.

Zur Diskussion stand die Übertragbarkeit dieser Entscheidungen auf die reguläre Hinzurechnungsbesteuerung. Bis zum 31.12.2021 können die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung auch bei Streubesitzbeteiligungen auftreten, wenn mehrere Steuerinländer in Summe mehr als 50 Prozent der Anteile an der ausländischen Zwischengesellschaft halten – selbst wenn sie einander unbekannt sind. Zwar erfordert der Tatbestand des § 7 Abs. 1 AStG eine Beherrschung einer ausländischen Gesellschaft, die Rechtsfolgen werden aber bei den oben beschriebenen Zufallsfunden auch bei Zwergbeteiligungen gezogen. Es handelt sich daher auch bei der regulären Hinzurechnungsbesteuerung tatbestandsmäßig um eine neutrale Regelung, welche im Verhältnis zu Drittstaaten ausschließlich an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen ist. Dieser Schutz inkludiert auch das Verbot einer typisierten Missbrauchsvermutung ohne Exkulpationsmöglichkeit. Dem steht auch Art. 64 AEUV nicht entgegen. Es liegt keine bestandsgeschützte Altregelung vor, da das System der Hinzurechnungsbesteuerung mit dem Wechsel des körperschaftsteuerlichen Anrechnungs- auf das Halbeinkünfteverfahren grundlegend und systematisch reformiert wurde.

Diese Rechtsauffassung hat auch der BFH mit seinem Urteil vom 18.12.2019 bestätigt. Auch das BMF hat auf die zur Hinzurechnungsbesteuerung ergangene Rechtsprechung reagiert und mit Schreiben vom 17.3.2021 dargelegt, dass der Motivtest auch in Drittstaatenkonstellationen zu gewähren sei, sofern die vom EuGH skizzierten Voraussetzungen über den Informationsaustausch vorlägen.

Der Bundestag hat am 21.5.2021 den Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes verabschiedet. Der Bundesrat hat dem Umsetzungsgesetz am 25.6.2021 zugestimmt. Nach § 21 Abs. 4 S. 1 ATAD-UmsG findet die Neuregelung ab dem 1. Januar 2022 Anwendung.

Eine Beherrschung liegt künftig nach § 7 Abs. 2 ATAD-UmsG vor, wenn dem Steuerpflichtigen allein oder zusammen mit nahestehenden Personen am Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft mehr als die Hälfte der Stimmrechte oder mehr als die Hälfte der Anteile am Nennkapital unmittelbar oder mittelbar zuzurechnen sind oder

unmittelbar oder mittelbar ein Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns oder des Liquidationserlöses dieser Gesellschaft besteht. Der Gesetzgeber hat das Umsetzungsgesetz tatbestandlich an die Vorgaben der ATAD angepasst. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber das bisherige Kernelement der Inländerbeherrschung aufgegeben und durch eine gesellschaftsbezogener Betrachtungsweise ersetzt.

Fraglich ist, ob bei der Neuregelung (weiterhin) eine tatbestandliche Offenheit vorliegt oder ob der Tatbestand ausschließlich Beherrschungssituationen anvisiert, in denen der Gesellschafter eine sichere Einflussnahme auf die Gesellschaft ausüben kann. Teile der Literatur legen dar, es handle sich weiterhin um eine neutrale Regelung, da die Rechtsfolgen der reformierten Hinzurechnungsbesteuerung auch dann Anwendung finden würden, wenn der Steuerpflichtige einen Anspruch auf mehr als die Hälfte des Gewinns habe, ohne gleichzeitig Anteile oder Stimmrechte an der Gesellschaft zu halten. Dies könne dann der Fall sein, wenn der Investor lediglich über ein schuldrechtliches Instrument (z. B. ein Genussrecht) am Gewinn der Gesellschaft partizipiere.

Hierbei wird jedoch verkannt, dass der EuGH für die Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf das Telos der mitgliedstaatlichen Norm abstellt. Der reformierte Tatbestand soll seinem Zweck nach ausschließlich echte Beherrschungssituationen umfassen, die eine sichere Einflussnahme auf die Verwaltung, Kontrolle und Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft ermöglichen. Dies gilt gleichermaßen für die Richtlinie und das deutsche Umsetzungsgesetz. Sowohl nach den Erwägungsgründen der ATAD als auch den Regierungsbegründungen soll das Hinzurechnungsregime nur dann Anwendung finden, wenn Steuerpflichtige eine Zwischengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beherrschen. Der Tatbestand soll nicht gegenüber jedermann wirken, sondern ausschließlich unternehmerische Aktivitäten anvisieren.

Darüber hinaus darf bezweifelt werden, dass ein Steuerpflichtiger in concreto zu mehr als der Hälfte am Gewinn einer Gesellschaft partizipieren kann, ohne dabei einen sicheren Einfluss auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft ausüben zu können. In der wirtschaftlichen Realität sind solche hohe Gewinnbezugsrechte regelmäßig nur in Syndikaten oder familienbezogenen Gesellschaftsstrukturen vorzufinden. Aufgrund des Verweises in § 7 Abs. 3 ATAD-UmsG auf § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG fallen sämtliche Strukturen unter den Tatbestand, bei denen der Steuerpflichtige über einen Konzernverbund an der ausländischen Gesellschaft beteiligt ist. Zudem unterfallen auch Syndizierungen und familienbezogene Gesellschafterstrukturen dem Tatbestand, da gemäß § 7 Abs. 4 ATAD-UmsG ein Zusammenwirken durch abgestimmtes Verhalten dazu führt, dass die kooperierenden Par-

teien als nahestehende Personen i. S. des § 1 Abs. 2 ATAD-UmsG behandelt werden. Im Übrigen muss dem Steuerpflichtigen eine herausragende Position zugesprochen werden, wenn andere Gesellschafter bereit sind, ihm mehr als die Hälfte der Gewinnbezugsrechte einzuräumen. Letzteres wird regelmäßig nur dann erfolgen, wenn die Kapitalüberlassung so umfangreich ist, dass der Geldgeber – aufgrund der damit verbundenen Abhängigkeit der Empfänger-gesellschaft – faktisch auf die Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft einen sicheren Einfluss ausüben kann. Auch von einer Portfoliobeteiligung kann bei einem solch hohen Gewinnbezugsrecht keine Rede mehr sein.

Es lässt sich im Ergebnis festhalten, dass sich der Gesetzgeber mit der tatbestandlichen Ausgestaltung zwar europarechtlichen Bedenken ausgesetzt hat, diese sich jedoch bei genauerer Betrachtung als unbedenklich erweisen. Eine neutrale Regelung liegt folglich nicht vor. Eine faktische oder (gesellschafts-)rechtliche sichere Einflussnahme ist vom Tatbestand stets indiziert. Im Umkehrschluss liegt ein Beherrschungstatbestand vor, welcher ausschließlich Kontrollbeteiligungen anvisiert und deshalb zur exklusiven Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit führt. Da deren räumlicher Anwendungsbereich auf Unions-sachverhalte beschränkt ist, muss dem Steuerpflichtigen in Drittstaatenfällen keine Exkulpationsmöglichkeit eingeräumt werden.

Für die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung wurde mit § 13 ATAD-UmsG ein eigener Paragraph geschaffen (§ 13 ATAD-UmsG). Gemäß Abs. 1 S. 1 und S. 3 der Vorschrift erfolgt eine Hinzurechnung, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Prozent an einer niedrig besteuerten ausländischen Gesellschaft beteiligt ist, welche Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt. Für die verschärfte Hinzurechnungsbesteuerung hat der Gesetzgeber – als Reaktion auf das Urteil in der Rechtssache *X GmbH* – den Anwendungsbereich des Motivtests auch auf Drittstaats-sachverhalte erweitert (§ 13 Abs. 4 S. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2, Abs. 5 ATAD-UmsG). Der Motivtest wird jedoch nach § 13 Abs. 4 S. 2 ATAD-UmsG versagt, wenn die Zwischengesellschaft in einem Staat belegen ist, der im Wege des zwischenstaatlichen Informationsaustausches keine Auskünfte erteilt, die zur Durchführung der Besteuerung erforderlich sind. Die Voraussetzung eines zwischenstaatlichen Informationsaustausches ist europarechtlich nicht zu beanstanden.

Ernsthafte Bedenken sind jedoch im Hinblick auf die Ausgestaltung des Motivtests für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter angebracht. In seiner jüngeren Rechtsprechungslinie hat der EuGH im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit (Rechtssachen *X GmbH* und *Hornbach*) auf die „wirtschaftlichen Gründe“ für die Investition abgestellt. Die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit der etwaigen Zwischengesellschaft und folg-

lich deren substanzielle Ausstattung entfalten im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit für die Künstlichkeitsprüfung lediglich eine Indizwirkung. Im Zentrum der Künstlichkeitsprüfung steht vielmehr der Investitionsvorgang als solcher. In § 13 Abs. 4 ATAD-UmsG erfolgt jedoch ein direkter Verweis auf § 8 Abs. 2, Abs. 5 ATAD-UmsG. Der Verweis auf § 8 Abs. 2 ATAD-UmsG eröffnet dem Steuerpflichtigen nicht die Möglichkeit, wirtschaftliche Motive für die Investition, sondern lediglich Nachweise über die substanzielle Ausstattung der Drittstaatengesellschaft zu erbringen. In Drittstaatsachverhalten ist dies jedoch unzureichend. Die unzureichende innerstaatliche Umsetzung der primärrechtlichen Vorgaben könnte im Lichte einer primärrechtskonformen Auslegung der §§ 13 Abs. 4 i. V. m. 8 Abs. 2 ATAD-UmsG geheilt werden.

9.2 Anforderungen an den Substanznachweis

Die substanzielle Ausstattung einer Gesellschaft gibt im Binnenmarktcontext bisweilen den Ausschlag dafür, ob eine rein künstliche Gestaltung oder eine wirtschaftlich reale Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat vorliegt. Im Drittstaatencontext bildet jedoch nicht die ausländische Gesellschaft den Mittelpunkt der Künstlichkeitsprüfung, sondern die Transaktion per se. Es gelten andere Anforderungen an die wirtschaftliche Realität.

9.2.1 Substanzanforderungen im Lichte der Niederlassungsfreiheit

In seiner „landmark decision“ vom 12.9.2006 hat der EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* erstmals zu CFC-Rules judiziert. Streitgegenständliche Regelung war das britische Hinzurechnungsregime in einem innerunionalen Sachverhalt. Die britische Steuerbehörde hatte die Gewinne von zwei – niedrig besteuerten – irländischen Tochtergesellschaften der Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft hinzugerechnet. Die irländischen Tochtergesellschaften übten eine reine Finanzierungsfunktion aus.

Der EuGH legte in seinen Ausführungen dar, dass Angehörige eines Mitgliedstaats die Niederlassungsfreiheit nicht missbrauchen dürften, um sich ihren nationalen Rechtsvorschriften zu entziehen. Der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat gegründet werde, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu gelangen, führe jedoch nicht automatisch dazu, dass eine missbräuchliche Anwendung der Niederlassungsfreiheit vorliege. Es gelte der Grundsatz der steuerlichen Gestaltungsfreiheit, d. h., der Steuerpflichtige dürfe seine Verhältnisse grundsätzlich so gestalten, dass er seine Steuerlast minimieren könne.

Im Binnenmarkt herrscht grundsätzlich ein Wettbewerb der Rechtsordnungen und damit auch ein Wettbewerb der Steuerrechtsordnungen – ähnlich dem kommunalen Wettbewerb

der inländischen Gewerbesteuer. Diesen müssen die Mitgliedstaaten so lange tolerieren, bis sie sich auf abschließende, harmonisierende Maßnahmen im Bereich der Unternehmenssteuern verständigen.

Vor diesem Hintergrund hat der EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* entschieden, dass die Ungleichbehandlung von In- und Auslandsinvestitionen zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe, welche sich zwar grundsätzlich durch das Allgemeininteresse an einer Verhinderung von Steuerhinterziehungen und -umgehungen rechtfertigen lasse, was jedoch bei der streitgegenständlichen Beschränkungsnorm nicht gelte, da diese über das erforderliche Maß hinausgehe. Grund hierfür sei die pauschale Missbrauchsvermutung, welche dem Steuerpflichtigen keine Exkulpationsmöglichkeit einräume. Folglich beziehe sich die Regelung nicht ausschließlich auf rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen mit dem Ziel, die nationale Steuer zu umgehen, sondern erfasse aufgrund der typisierten Missbrauchsannahme eine Vielzahl weiterer Sachverhalte.

Für das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung bedürfe es zweier Elemente: zum einen eines subjektiven Elements, wonach der Steuerpflichtige die national geschuldete Steuer umgehen möchte, und zum anderen eines objektiven Elements, aus welchem hervorgehe, dass das mit der Niederlassungsfreiheit verfolgte Ziel, d. h. eine dauerhafte Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat, nicht erreicht werde. Das subjektive Element tritt aus prozessualer Sicht gegenüber dem objektiven Element in den Hintergrund der Missbrauchsprüfung. Die Quintessenz des objektiven Elements besteht in der Frage, ob die streitgegenständliche Gesellschaft einer – vom Ziel der Niederlassungsfreiheit gedeckten – wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat nachgeht.

Eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit sei, so die Ausführungen des EuGH, anhand von objektiven, von dritter Seite nachzuprüfenden Anhaltspunkten nachzuweisen. Anhaltspunkte für die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit seien das Vorhandensein von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen. Mittelpunkt der Künstlichkeitsprüfung ist im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit die ausländische Gesellschaft bzw. die Frage, ob aufgrund einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit eine Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV vorliegt. Da eine gewichtige substanzielle Ausstattung eine Indizwirkung für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit entfaltet, rücken Substanzfragen zwangsläufig in den Fokus der Künstlichkeitsprüfung. Konsequenterweise stellen sich Anschlussfragen bezüglich der etwaigen Zurechnung von Substanz beim Outsourcing von Funktionen oder der substanziellen Ausstattung im Fall von Gesellschaftszwecken, welche natur-

gemäß wenig Substanz benötigen. Im Übrigen stellt sich die Frage, wie intensiv eine Verflechtung mit dem Absatz- und Beschaffungsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats vorliegen muss, um eine dauerhafte Niederlassung zu begründen.

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist bereits aufgrund eines grenzüberschreitenden, isolierten Formwechsels eröffnet. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat hat der EuGH in der Rechtssache *Polbud* nicht gefordert – gleichwohl aber in einem anderen Mitgliedstaat. Eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats ist nicht zwangsläufig von der Beanspruchung des Absatzmarktes abhängig. Stattdessen kann sich der Absatzmarkt auch in anderen Mitgliedstaaten befinden. Sowohl die *Zypem-Entscheidung* des BFH als auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* bekräftigen diese Annahme. In beiden Sachverhalten hatten die Gerichte streitgegenständliche Gesellschaften zu beurteilen, die ausschließlich konzerninterne Leistungen an verbundene Unternehmen erbracht haben. Bei solchen Gesellschaften handelt es sich oftmals um Finanzierungsgesellschaften, welche die Zinskosten im Konzern optimieren sollen. Um dieser Aufgabe nachzukommen, ist es nicht erforderlich, gegenüber konzernfremden Unternehmen ähnliche Leistungen (Finanzdienstleistungen) zu erbringen. Eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats erfordert gleichwohl die Beanspruchung des Beschaffungsmarktes. Auch die Ausnutzung von günstigen steuerrechtlichen Rahmenbedingungen stellt eine solche Inanspruchnahme dar.

Fraglich ist, welche substantielle Ausstattung vorhanden sein muss, um den Anforderungen an eine Niederlassung i. S. der Art. 49, 54 AEUV gerecht zu werden. Die Höhe der nachzuweisenden Substanz bestimmt sich maßgeblich nach dem Geschäftsmodell der ausländischen Gesellschaft. Im Schlussurteil zur Rechtssache *Columbus Container Services* legte der BFH dar, dass die streitgegenständliche Gesellschaft genug wirtschaftliche Substanz vorweisen könne, um einen erfolgreichen Motivtest zu führen. Der BFH störte sich nicht daran, dass die streitgegenständliche Gesellschaft lediglich dazu diene, Kapitalanlagen zu verwalten und die Finanzierung der Unternehmensgruppe sicherzustellen und dafür lediglich über geeignete Büroräume und qualifiziertes Personal verfügte. Naturgemäß substanzarme Tätigkeiten, wie z. B. die Verwaltung von Kapitalanlagen oder Finanzierungstätigkeiten, müssen folgerichtig wenig wirtschaftliche Substanz aufweisen. Gesellschaften mit gewerblichen Geschäftszwecken müssen im Umkehrschluss höheren Substanzanforderungen genügen, da eine umfangreichere Betriebsausstattung zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks notwendig ist. Für die Feststellung der substantiellen Ausstattung „dem

Geschäftszeck nach⁴ sind nach den Ausführungen des EuGH insbesondere die Geschäftsführung, die Bilanz, die Kostenstruktur, die tatsächlichen Ausgaben, die Beschäftigten sowie die Geschäftsräume und die Ausstattung der Körperschaft zu berücksichtigen.

Aus den obigen Erläuterungen wird deutlich, dass die Frage nach dem Vorliegen von rein künstlichen Gestaltungen nicht zwangsläufig identisch mit der Frage nach dem Vorliegen einer Niederlassung i. S. des Art. 49 AEUV ist.¹¹⁸⁸ Die Anforderungen an die Niederlassung, d. h. die Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Integration in den Aufnahmemitgliedstaat, dienten ursprünglich dazu, die Niederlassungsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen. Vielmehr muss das Engagement – unabhängig von seiner Dauer und seinem tatsächlichen Umfang – im Aufnahmemitgliedstaat geschützt sein, wenn die gewählte Form mit der wirtschaftlichen Realität übereinstimmt, ungeachtet dessen, ob es sich um eine gewerbliche Tätigkeit oder eine Kapitalanlagetätigkeit handelt.¹¹⁸⁹

Ein Outsourcing von Funktionen wird derzeit vom deutschen Gesetzgeber bestraft. Ausgelagerte Tätigkeiten dürfen nicht der wirtschaftlichen Substanz der auftraggebenden Gesellschaft zugerechnet werden. Dies ändert sich auch zukünftig nicht, da der Gesetzgeber nach § 8 Abs. 2 S. 5 ATAD-UmsG die Auslagerung von Funktionen weiterhin nicht gestatten wird. Die ablehnende Haltung deckt sich gleichwohl nicht mit der primärrechtlichen Rechtsprechung des EuGH. Keinem seiner Urteile ist zu entnehmen, dass outgesourcete Funktionen nicht der auftraggebenden Gesellschaft zugerechnet werden dürfen. In der Rechtssache *Deister und Juhler Holding* vertrat er gar eine gegenteilige Auffassung. Auch der BFH judizierte bereits, dass es nicht erforderlich sei, dass die ausländische Gesellschaft ihre Tätigkeit selbst ausübe. Entscheidend sei, dass die Gesellschaft die unternehmerischen Chancen und Risiken selbst trage. Im Lichte der Niederlassungsfreiheit ist die Tätigkeit von beauftragten Dritten daher der auftraggebenden Gesellschaft wie eine eigene originäre Tätigkeit zuzurechnen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Gesellschaft über qualifiziertes geschäftsleitendes Personal verfügt, welches die ausgelagerten Tätigkeiten jederzeit koordinieren und überwachen kann.

Die ATAD unternimmt den Versuch, die Substanzanforderungen zu verschärfen. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. a S. 2 der Richtlinie soll eine Hinzurechnungsbesteuerung unterbleiben, wenn das beherrschte ausländische Unternehmen, gestützt auf Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten, eine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Der deutsche Gesetzgeber hat das Erfordernis der wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in §

¹¹⁸⁸ Auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (11) (zu Heft 6/2013).

¹¹⁸⁹ Auch: *Schön*, IStR-Beihefter 2013, 3 (11) (zu Heft 6/2013).

8 Abs. 2 S. 1 ATAD-UmsG übernommen. Dies geht über das vom EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* aufgestellte Künstlichkeitserfordernis („wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“) hinaus. Eine Tätigkeit kann wirklich sein, ohne dabei wesentlich zu sein. Eine wirkliche Tätigkeit ist entsprechend leichter zu verwirklichen als eine wesentliche Tätigkeit.

Einerseits hält der EuGH – trotz der internationalen Entwicklungen (BEPS, ATAD, MLI) – an seiner strengen Künstlichkeitsjudikatur fest. So hat der Gerichtshof in den Rechtssachen *Deister und Juhler Holding* sowie *GS* seine Feststellungen aus der Rechtssache *Cadbury Schweppes* zum Vorliegen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit bestätigt. Andererseits gibt es in seinen jüngeren Urteilen (Rechtssachen *T-Danmark* und *Y-Denmark* sowie *Cussens*) Anzeichen dafür, dass der EuGH seine primärrechtliche Rechtsprechung zum Künstlichkeitskriterium mit der sekundärrechtlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des Art. 6 ATAD verbindet.

Neben dem (substanzialen) Künstlichkeitskriterium könnte sich eine neue Fallgruppe ungeschriebener Rechtfertigungsgründe etablieren. Demnach könnte auch eine nicht künstliche, in der wirtschaftlichen Realität existierende Gestaltung ihren grundfreiheitlichen Schutz verlieren, wenn diese in missbräuchlicher Weise das mitgliedstaatliche Steuergesetz umgeht oder durch diese ein steuerlich vorteilhafter Tatbestand erschlichen wird. Eine missbräuchliche Tatbestandserschleichung liegt dann vor, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen zwar formell erfüllt sind, das Ziel der mitgliedstaatlichen Regelung aber nicht erreicht worden ist und zudem der Steuerpflichtige künstlich die erforderlichen Voraussetzungen geschaffen hat, um einen Vorteil zu erlangen. Die Steuerumgehung durch Tatbestandserschleichung oder Tatbestandsvermeidung rückt daher in den Vordergrund der Missbrauchsprüfung. Das mitgliedstaatliche Steuergesetz bildet dann den normativen Maßstab der Missbrauchsüberprüfung. Damit ergeben sich deutliche Parallelen zur innerstaatlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO. Um den Vorwurf der Steuerumgehung zu entkräften, muss der Steuerpflichtige außersteuerliche Gründe für seine Gestaltung nachweisen. Die aus § 42 AO bekannten außersteuerlichen Motive gewinnen folglich an Bedeutung – der Unionsgesetzgeber verweist diesbezüglich in Art. 6 Abs. 2 ATAD auf „triftige wirtschaftliche Gründe, die die wirtschaftliche Realität widerspiegeln“.

Bereits in den Rechtssachen *Marks & Spencer* und *SGI* hat der EuGH verdeutlicht, dass er durchaus gewillt ist, den Mitgliedstaaten neue immanente Schranken aufzuzeigen, sofern er dies für notwendig erachtet. Die zunehmend aggressive Steuergestaltung internationaler Konzerne (Stichwort: Paradise/Panama/Pandora-Papers) und der Erlass der ATAD könnte

der EuGH zum Anlass nehmen, seine Rechtsprechung zur missbräuchlichen Umgehung von Steuergesetzen zu festigen. Dogmatisch richtig muss bei einer gezielten Umgehung mitgliedstaatlicher Steuergesetze bereits der Schutzbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen werden. Unabhängig von der systematischen Einordnung im grundfreiheitlichen Prüfungsschema führen sowohl der Ausschluss des Schutzbereiches als auch ein erweiterter Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten zu einer Versagung des grundfreiheitlichen Schutzes.

Sollte sich die Rechtsprechung des EuGH zu den immanenten Schranken nicht weiterentwickeln, muss der Blick zukünftig in Richtung einer fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisbildung (§ 1 AStG) gehen.¹¹⁹⁰

9.2.2 Substanzanforderungen im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit

Im Vorfeld der Entscheidung in der Rechtssache *X GmbH* war unklar, ob der EuGH die Hürde für die verhältnismäßigen Rechtfertigungsgründe im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatenfällen tiefer legen würde. Demnach hätte der EuGH sowohl neue Rechtfertigungsgründe etablieren als auch die im Lichte der Niederlassungsfreiheit bestehenden Rechtfertigungsgründe erweitern bzw. aufweichen können.

Der EuGH legte in der Rechtssache *X GmbH* unter Verweis auf seine zur Niederlassungsfreiheit ergangene Rechtsprechung (Rechtssache *Cadbury Schweppes*) dar, dass eine CFC-Regelung nur dann der Erforderlichkeitsprüfung standhalten würde, wenn diese darauf gerichtet sei, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern. Auch im Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit sei dem Steuerpflichtigen eine Exkulpationsmöglichkeit einzuräumen. Im Umkehrschluss seien typisierte Missbrauchsvermutungen ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises auch im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit europarechtswidrig. Die Anforderungen an den Gegenbeweis seien jedoch – aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der Grundfreiheiten – im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit anderen Maßstäben zu unterwerfen als im Lichte der Niederlassungsfreiheit. Der Steuerpflichtige müsse im Rahmen des Art. 63 AEUV die Möglichkeit erhalten, „wirtschaftliche Gründe“ für seine Beteiligung an der Gesellschaft vorzubringen, um nachweisen zu können, dass seine Beteiligung nicht auf einer künstlichen Gestaltung beruhe.

Ausführungen dazu, welche wirtschaftlichen Gründe der EuGH für die Führung eines erfolgreichen Motivtests ausreichen lässt, blieben hingegen aus. Wann solche Gründe vorliegen, muss und kann aus dem Telos der Grundfreiheit abstrahiert werden.

¹¹⁹⁰ Auch: *Kahlenberg/Weiss*, IStR 2018, 878 (881); *Kahlenberg*, FR 2018, 499 (505); *Schönfeld*, IStR 2019, 397 (398).

Der freie Kapitalverkehr zielt nicht darauf ab, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen sich Gesellschaften im Binnenmarkt niederlassen können. Daher sind die „Niederlassung“ i. S. des Art. 49 AEUV und folglich die „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ der etwaigen Zwischengesellschaft nicht die Quintessenz der Künstlichkeitsprüfung. Eine – für gewöhnlich mit einer Niederlassung einhergehende – Substanz steht im Ergebnis nicht im Vordergrund der Prüfung. Die Begrifflichkeiten der „künstlichen Gestaltungen“ sind daher im Kontext beider Grundfreiheiten unterschiedlich zu werten, wenngleich die substanzielle Ausstattung bzw. die wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit eine Indizwirkung entfalten kann.

Die Kapitalverkehrsfreiheit verfolgt das Ziel, die Liberalisierung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs zu verwirklichen. Die Erschleichung von unberechtigten Steuervorteilen könne – so die Ausführungen des EuGH – in „verschiedenen Formen“ erfolgen und jede Konstruktion umfassen, „bei der das Hauptziel oder eines der Hauptziele darin besteht, durch Tätigkeiten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erzielte Gewinne künstlich in Drittländer mit niedrigem Besteuerungsniveau zu transferieren“. Im Mittelpunkt der Prüfung steht demnach nicht die ausländische Gesellschaft, sondern der Investitionsvorgang als solcher, d. h. die Künstlichkeit der Beteiligung oder Investitionsentscheidung.

Dies führt zu wesentlichen Unterschieden bei der Künstlichkeitsprüfung innerhalb beider Grundfreiheiten. Eine künstliche Gestaltung kann im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit auch dann vorliegen, wenn die streitgegenständliche ausländische Gesellschaft über eine substanzielle Ausstattung verfügt und einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Trotz realer wirtschaftlicher Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft kann demnach eine künstliche Konstruktion vorliegen, wenn das Hauptziel oder eines der Hauptziele für die Überlassung von Kapital darin besteht, Gewinne künstlich in Drittstaatenländer zu transferieren. Im Kontext der Niederlassungsfreiheit ist dies – sofern sich nicht weitere Rechtfertigungsgründe in ständiger Rechtsprechung etablieren – nicht möglich. Wenn bei Letzterer festgestellt wird, dass eine Mindestsubstanz für die Erfüllung des jeweiligen Gesellschaftszwecks vorliegt, kann keine rein künstliche Gestaltung bejaht werden. Diametral dazu kann eine die Realität widerspiegelnde Investition im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen, wenn der Steuerpflichtige „stichhaltige wirtschaftliche Gründe“ für seine Investition vorlegen kann und dies selbst dann, wenn eine substanzielle Ausstattung der ausländischen Gesellschaft nicht ausreichend ist, um ihrem Gesellschaftszweck gerecht zu werden. Gleichwohl wird es in diesem Fall schwierig sein, stichhaltige wirtschaftliche Gründe vorzutragen.

Der Begriff „stichhaltig“ impliziert eine gewisse Bedeutsamkeit der wirtschaftlichen Gründe. Diese müssen die steuerlichen Motive deutlich überwiegen. Der EuGH ließ es, wie dargelegt, unbeantwortet, welche stichhaltigen wirtschaftlichen Gründe für einen erfolgreichen Motivtest anzuerkennen sind. Mit Blick auf die unternehmerische Dispositionsfreiheit müssen dies alle außersteuerlichen Gründe sein, die für den Investor als nutzbringend zu betiteln sind. Nutzbringend ist eine Investition bzw. Beteiligung immer dann, wenn dadurch der Wert der Unternehmung ansteigt. Dies kann – im Falle einer Darlehensüberlassung – über Zinszahlungen erfolgen oder – im Falle einer Beteiligung – über Gewinnausschüttungen. Der Steuerpflichtige kann bspw. durch eine Unternehmensbewertung vor und nach der Transaktion nachweisen, dass sich der Unternehmenswert erhöht hat. Zur Vereinfachung kann der Steuerpflichtige auch eine Investitionsanalyse vorlegen, die nachweist, dass sich die Transaktion als lohnend erwiesen hat. Neben quantitativen Renditefaktoren können auch qualitative Faktoren, wie bspw. der Transfer von technologischem Know-how, stichhaltige wirtschaftliche Motive darstellen. In der Rechtssache *Hornbach* hat der EuGH kapitalstärkende Maßnahmen für eine finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft als stichhaltigen wirtschaftlichen Grund akzeptiert, um eine fremdunübliche Transaktion zu rechtfertigen.

Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass die wirtschaftliche Tätigkeit und demnach die substantielle Ausstattung der ausländischen Gesellschaft im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit nur noch eine Indizwirkung für das Vorliegen einer rein künstlichen Gestaltung entfalten. Die Zwischengesellschaft ist nicht mehr der Mittelpunkt der Missbrauchsprüfung. Stattdessen kommen der Investitionsentscheidung per se und infolgedessen den außersteuerlichen Gründen eine zentrale Bedeutung zu. Der Steuerpflichtige kann eine Vielzahl wirtschaftlicher Motive vorbringen. Diese müssen jedoch gegenüber den steuerlichen Motiven ein deutliches Übergewicht aufweisen. Bei der Gewichtung der wirtschaftlichen Gründe gegenüber den steuerlichen Motiven muss die Steuerpolitik des Drittstaats berücksichtigt werden. Zudem muss eine geeignete Informationsaustauschvereinbarung mit dem Drittstaat vorliegen und dessen Steuerbehörden müssen die notwendigen Informationen auch tatsächlich übermitteln.

10 Literaturverzeichnis

Abgabenordnung, hrsg. v. *Koenig, U.*, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Koenig, Abgabenordnung*).

Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, hrsg. v. *Hübschmann, W./Spitaler, A.*, 231. Ergänzungslieferung, Köln 2015 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO*).

Adrian, G./Sterner, I., *Gewerbsteuer bei der Hinzurechnungsbesteuerung*, DStR 2017, 1457 – 1463.

AO – eKommentar, hrsg. v. *Baum, M.*, 1. Auflage, Bonn 2015 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Baum, AO e-Kommentar*).

Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar, hrsg. v. *Hagemann, T./Kahlenberg, C.*, 1. Auflage, Herne 2018 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Hagemann/Kahlenberg, ATAD-Kommentar*).

Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, hrsg. v. *Strunk, G./Kaminski, B./Köhler, S.*, 53. Aktualisierung, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA*).

Außensteuergesetz, hrsg. v. *Kraft, G.*, 2. Auflage, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Kraft, AStG*).

Außensteuerrecht, hrsg. v. *Flick, H./Wassermeyer, F./Baumhoff, H./Schönfeld, J.*, 96. Aktualisierung, Köln 2021 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht*).

Außensteuerrecht, hrsg. v. *Strunk, G./Kaminski, B./Köhler, S.*, 53. Aktualisierung, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA*).

Axer, G., Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zur „doppelten Kohärenz“ Eine Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Cadbury-Schweppes Urteil, IStR 2007, 162 – 169.

Bannes, M./Cloer, A., Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): Die Aktionspläne im Überblick, BB 2016, 1047 – 1048.

Bannes, M./Cloer, A./Holle, F., Hinzurechnungsbesteuerung und Stillstandsklausel – Zugleich Anmerkung zu BFH v. 12.10.2016 – I R 80/14, FR 2017, 620 – 623.

Bannes, M./Holle, F., Kapitalverkehr mit Drittstaaten – die Bedeutung der Stand-Still-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV am Beispiel des deutschen Investmentsteuerrechts, StuW 2017, 112 – 125.

Basiskommentar Steuerrecht, hrsg. v. *Lippross, O./Seibel, W.*, 114. Ergänzungslieferung, Köln 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht).

Baumgartner, R., Mögliche Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung durch den zweiten Referentenentwurf eines ATADUmG, IStR 2020, 524 – 529.

Baumgartner, R., Unionsrechtmäßigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, DStRK 2019, 332 – 332.

Bayer, W./Schmidt, J., Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“, ZIP 2012, 1481 – 1492.

Bayer, W./Schmidt, J., Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung, ZIP 2017, 2225 – 2234.

Beck'sches Handbuch der GmbH, hrsg. v. *Prinz, U./Winkeljohann, N.*, 6. Auflage, München 2021, (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH).

Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, hrsg. v. *Alber, M./Arendt, H./Faber, S./et. alia*s, 53. Edition, München 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon*).

Becker, J./Loose, T., EU-Kommission präsentiert Vorschlag für eine Anti-BEPS-Richtlinie, *IStR* 2016, 153 – 155.

Becker, J./Loose, T., Hinzurechnungsbesteuerung nach Umsetzung der ATAD – ein Ausblick aus Sicht der Unternehmenspraxis, *BB* 2018, 215 – 221.

BeckOK GewO, Kommentar, hrsg. v. *Pielow, J.*, München, 47. Edit., Stand: 11.6.2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *BeckOK GewO*).

Benecke, A./Schnitger, A., Neuerungen im internationalen Steuerrecht durch das JStG 2010, *IStR* 2010, 432 – 439.

Benz, S./Böhmer, J., Das BEPS-Projekt der OECD/G20: Vorlage der abschließenden Berichte zu den Aktionspunkten, *DB* 2015, 2535 – 2543.

Beutel, D./Oppel, F., Mehr Fragen als Antworten nach dem neuen BMF-Schreiben zu § 50d Abs. 3 EStG, *DStR* 2018, 1469 – 1475.

Beutel, D./Oppel, F., Verschärfung des § 50d Abs. 3 EStG im Fahrwasser der EuGH-Rechtsprechung? Kritische Einordnung der Neufassung der deutschen Anti-Treaty-Shopping-Regelung durch das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz, *DStR* 2021, 1017 – 1025.

Bickenbach, C., Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, *EuR* 2013, 523 – 549.

Blumers, W., EuGH: Niederlassungsfreiheit vor Fiskalinteresse – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8.10.2020 – C-558/19, *Impresa Pizzarotti*, *BB* 2021, 919 – 923.

Blümich, W. (Begr.), EStG/KStG/GewStG, hrsg. v. *Heuermann, B./Brandis, P.*, 153. Ergänzungslieferung, München 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Blümich, EStG/KStG/GewStG*).

Böhmer, J./Schewe, B., Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall, FR 2019, 313 – 325.

Böhmer, J./Schewe, B., Unionsrechtmäßigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, FR 2020, 30 – 38.

Brauneck, J., Digitalsteuer: Endlich angemessene Steuern für Google, Apple, Facebook und Co. in der EU?, EuZW 2018, 624 – 631.

Brocke, K./Hackemann, T., BFH: Die Niederlassungsfreiheit beschränkt die Hinzurechnungsbesteuerung – Anmerkungen zu dem BFH-Schlussurteil in der EuGH-Rs. „Columbus Container“, DStR 2010, 368 – 371.

Bungenberg, M., Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, 879 – 900.

Calliess, C., Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, 1 – 9.

Classen, C., Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre Ausformungen im Unionsrecht, EuR 2020, 255 – 270.

Cloer, A./Hagemann, T., EuGH: Einkünftekorrektur nach § 1 AStG ist nur bedingt europarechtskonform – Hornbach-Baumarkt AG, DStR 2018, 1221 – 1227.

Cloer, A./Niemeyer, N., Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall, DStRK 2019, 107 – 108.

Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, hrsg. v. *Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M.*, München, 69. EL., Stand: August 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*).

Ditz, S./Streinz, T., Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, 50 – 73.

Ditz, X./Bärsch, S./Engelen, C./Quilitzsch, C., Unternehmenssteuerrechtliche Änderungen im AStG – Ein erster Überblick über den Referentenentwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 10.012.2019, DStR 2020, 73 – 81.

Ditz, X./Engelen, C./Quilitzsch, C., Hinzurechnungsbesteuerung auf dem Prüfstand – Anmerkungen zum Urteil des BFH v. 13.6.2018 – I R 94/15, DStR 2018, 2251, DStR 2019, 361 – 367.

Ditz, X./Quilitzsch, C., Die Änderungen im internationalen Steuerrecht durch das Anti-BEPS-Umsetzungsgesetz, DStR 2017, 281 – 292.

Ditz, X./Quilitzsch, C., Verrechnungspreise: Europarechtswidrigkeit des § 1 AStG – Eine kritische Würdigung des EuGH-Urteils in der Rs. Hornbach Baumarkt, DB 2018, 2009 – 2013.

Ditz, X./Quilitzsch, C./Engelen, C., Hinzurechnungsbesteuerung auf dem Prüfstand, DStR 2019, 361 – 367.

Djanani, C./Brähler, G./Hartmann, T., Die Finanzverwaltung und die autonome Abkommensauslegung – zugleich Besprechung des BMF-Schreibens vom 19.3.2004, IStR 2004, 481 – 485.

Dobratz, L., Anhängige EuGH-Rechtssachen im Bereich der Ertragsteuern, IStR 2017, 1006 – 1013.

Doppelbesteuerungsabkommen, hrsg. v. *Ismar, R.*, 7. Auflage, München 2021 (zitiert: *Be-arbeiterIn*, in: Vogel/Lehner, DBA).

Drüen, K., „Präzisierung“ und „Effektuierung“ des § 42 AO durch des Jahressteuergesetz 2008?, Ubg 2008, 31 – 38.

Drüen, K., Unternehmerfreiheit und Steuerumgehung, *StuW* 2008, 154 – 166.

Drygala, T., Europäische Niederlassungsfreiheit vor der Rolle rückwärts?, *EuZW* 2013, 569 – 574.

Eggert, A., BMF-Schreiben zur Hornbach-Entscheidung des EuGH: nicht fremdübliche Sanierungsmaßnahmen innerhalb der EU, *BB* 2019, 417 – 420.

Eimler, J., BMF-Schreiben v. 17.3.2021, *FR* 2021, 452: Auslegung des § 8 Abs. 2 AStG durch die Finanzverwaltung (§ 8 Abs. 2 AStG), *FR* 2021, 822 – 834.

Eisendle, D./Henze, T., Aktuelle Entwicklungen der EuGH-Rechtsprechung zu den direkten Steuern im Jahr 2019, 23 – 35.

Engelke, H./Hoffmann, S., Einfluss der ATAD und aktueller Rechtsprechung auf die Hinzurechnungsbesteuerung, *BB* 2019, 1564 – 1568.

Englisch, J., Taxation of cross-border dividends and EC fundamental freedoms, *Intertax* 2010, 197 – 221.

Englisch, J., Verbot des Rechtsmissbrauchs – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, *StuW* 2009, 3 – 22.

EU-Kommentar, hrsg. v. *Schwarze, J./Becker, U./Hatje, A./Schoo, J.*, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar*).

Europäisches Beihilfenrecht, hrsg. v. *Birnstiel, A./Bungenberg, M./Heinrich, H.*, Kapitel 4 EU-Beihilferecht, 1. Auflage Baden-Baden 2013, (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilferecht*).

Europäisches Steuerrecht, hrsg. v. *Musil, A./Weber-Grellet, H.*, 1. Auflage, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Musil/Weber-Grellet, 2. Teil, AStG*).

Europäisches Unionsrecht, hrsg. v. *Vedder, C./von Heinegg, W.*, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Vedder/von Heinegg, Europäisches Unionsrecht*).

Europäisches Unionsrecht, hrsg. v. *von der Groeben, H./Schwarze, J./Hatje, A.*, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht*).

Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, hrsg. v. *Schulze, R./Zuleeg, M./Kadelbach, S.*, 3. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht*).

Fehling, D., Das BEPS-Projekt auf der Zielgeraden – was bedeutet dies für Deutschland?, *FR* 2015, 817 – 823.

Fleischer, H./Mock, S., Gesellschaftsverträge und Satzungen im Wandel der Zeit, *NZG* 2020, 161 – 169.

Förster, G./Krauß, S., Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Gemeinsamen konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) v. 16.03.2011, *IStR* 2011, 607 – 615.

Forsthoff, U./Lumma, M., EuGH: Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten, *IStR* 2008, 66 – 78.

Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, hrsg. v. *Pechstein, M./Nowak, C./Häde, U.*, 1. Auflage, Tübingen 2017 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zum EUV/GRC/AEUV*).

Franz, T., Die Bedeutung der ATAD-GAAR für § 42 AO, *DStR* 2018, 2240 – 2244.

Franz, T., The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission, *Intertax* 2015, 660 – 672.

Frotscher, G., Internationales Steuerrecht, 5. Auflage, München 2020.

Früchtl, B., Anwendung des § 8b Abs. 5 S. 1 KStG auf nach § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG steuerfreie Gewinnausschüttungen, IStR 2017, 993 – 996.

Gätsch, A./Schäfer, F., Abgestimmtes Verhalten nach § 22 II WpHG und § 30 II WpÜG in der Fassung des Risikobegrenzungsgesetzes, NZG 2008, 846 – 851.

Geiger, F., Steuerliche Akquisitionsstrukturierung, DStR 2019, 850 – 858.

Gesamtes Strafrecht, hrsg. v. Dölling, D./Duttge, G./König, S./Rössner, D., 4. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*).

Glahe, M., § 1 AStG auf dem unionsrechtlichen Prüfstand – Anmerkungen zum EuGH-Urteil „Hornbach Baumarkt“, DStR 2018, 1535 – 1538.

Glahe, M., Vereinbarkeit von § 1 AStG mit den Europäischen Grundfreiheiten, IStR 2010, 870 – 877.

Glaser, A., Auf dem Weg zu einer sachgerechten Konzernbesteuerung – die GKKB als Leitbild?, DStR 2011, 2317 – 2325.

Gläser, C./Birk, M., Die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem BFH-Urteil vom 11.3.2015 – Eine Bestandsaufnahme, ISR 2015, 233 – 238.

Goebel, S./Palm, A., Der Motivtest – Rettungsanker der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2007, 720 – 726.

Gosch, D., Über das Treaty Overriding Bestandsaufnahme – Verfassungsrecht – Europarecht, IStR 2009, 413 – 421.

Gosch, D., Vielerlei Gleichheiten – Das Steuerrecht im Spannungsfeld von bilateralen, supranationalen und verfassungsrechtlichen Anforderungen, DStR 2007, 1553 – 1561.

Grashoff, D., Grundzüge des Steuerrechts, 14. Auflage, München 2018.

Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. *Dürig, G./Maunz, T./ et alias.*, Band I, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar).

Grübel, S., Das Spannungsfeld zwischen § 50d Abs. 3 EStG und § 8 Abs. 2 AStG de lege lata, ISR 2021, 45 – 55.

Haarmann, W., Die Missbrauchsverwirrung, IStR 2018, 561 – 574.

Haarmann, W., Missbrauch unter Art. 6 ATAD 1 – viele spannende Fragen, BB 2019, Heft 9 Umschlagsteil.

Haarmann, W., Wirksamkeit, Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im AStG, IStR 2011, 565 – 573.

Haase, F., BEPS-Aktionsplan – Kritische Gedanken zum Multilateralen Instrument, NWB 2017, 351 – 354.

Haase, F., Die atypisch stille Gesellschaft in der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2008, 312 – 316.

Haase, F., Die neue Hinzurechnungsbesteuerung, DStR 2019, 827 – 835.

Haase, F., „Substanz, Substanz, ist das Gebilde von Menschenhand“, IStR 2016, 767 – 770.

Haase, F., Zukunft des IStR: Hinzurechnungsbesteuerung und Multilaterales Instrument im Fokus, ISR 2017, 349 – 357.

Hagemann, T., Entlastung vom Steuerabzug vom Kapitalertrag bei ausländischen Gesellschaften (§ 50d Abs. 3 EStG); unionsrechtskonforme Anwendung, DStR 2018, 744 – 745.

Hahn, H., Bemerkungen zum EuGH-Urteil „Cadbury Schweppes“, IStR 2006, 667 – 670.

Hahn, H., Das ICI-Urteil des EuGH und die Hinzurechnungsbesteuerung gemäß §§ 7 ff. AStG, IStR 1999, 609 – 616.

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, begr. v. *Dauses, A.*, hrsg. v. *Ludwigs, M.*, 52. EL, München 2021 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Dauses/Ludwigs*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*).

Hatje, A./Schwarte, J., Der Zusammenhalt der Europäischen Union, EuR 2019, 153 – 190.

Hawlitschek, C., Gedanken zur geplanten (vermeintlichen) Erweiterung des Inlandsbegriffs für die Ertragsteuern, IStR 2015, 413 – 418.

Heckerodt, D., Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, IStR 2019, 683 – 691.

Heckerodt, D./Schulz, S., Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste unter dem Aspekt des Finalitätsgrundsatzes, DStR 2018, 1457 – 1464.

Heckerodt, D./Van Lück, N., Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, Ein Überblick de lege lata und de lege ferenda, IStR 2020, 857 – 866.

Heidecke, B./Mammen, A., Konvergenz um jeden Preis? Die Zukunft nationaler Steuerpolitik, FR 2018, 941 – 949.

Heinsen, O./Gsödl, M./Dietrich, M., Reform der Hinzurechnungsbesteuerung – Zum geänderten Motivtest (§ 8 Abs. 2 – 4 AStG-RefE), IStR 2020, 729 – 735.

Heinsen, O./Handwerker, E., Das Outsourcing von Geschäftstätigkeiten im Lichte der Hinzurechnungsbesteuerung, DB 2011, 82 – 85.

Henke, U./Lang, M., Qualifizierung ausländischer Rechtsgebilde am Beispiel der Delaware-LLC, IStR 2001, 514 – 520.

Herdegen, M., Europarecht, 20. Aufl., München 2018.

Herzing, E., Umsatzsteuerbefreiung des § 4 Nr. 16 UStG verstößt gegen den Neutralitätsgrundsatz, soweit sie nicht für alle privatrechtlichen Einrichtungen mit sozialem Charakter gleichermaßen anzuwenden ist, *SteuK* 2013, 38 – 38.

Hey, J., Deutsche Interessen im Steuerwettbewerb, *DB* 2018, 2951 – 2957.

Hey, J., Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht nach der Neufassung des § 42 AO und dem dazu ergangenen BMF-Erlass, *BB* 2009, 1044 – 1048.

Hey, J., Harmonisierung der Missbrauchsabwehr durch die Anti-Tax-Avoidance-Directive (ATAD), *StuW* 2017, 248 – 265.

Hey, J., Spezialgesetzliche Missbrauchsgesetzgebung, *StuW* 2008, 167 – 183.

Hindelang, S., Die steuerliche Behandlung drittstaatlicher Dividenden und die europäischen Grundfreiheiten, *IStR* 2013, 77 – 81.

Hohenwarter, D./Plansky, P., Die Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten im Lichte der Rechtssache *Holböck*, *SWI* 2007, 346 – 358.

Holst, K./Krüger, S., Abkommensrechtliche Öffnungsklauseln für das AstG und deren Bedeutung für die Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, *IStR* 2021, 80 – 85.

Homburg, S., AWD – ein deutscher Anwendungsfall für *Marks & Spencer*, *IStR* 2009, 350 – 353.

Hushahn, J., Der isolierte grenzüberschreitende Formwechsel – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 25.10.2017 in der Rechtssache *Polbud*, *RNotZ* 2018, 23 – 25.

Hushahn, J., OLG Nürnberg: Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland, *DNotz* 2014, 150 – 157.

Höhlscheidt, S., Der Einfluss des Bundestages auf Doppelbesteuerungsabkommen, IStR 2017, 918 – 926.

Ismer, R./Kandel, H., Der Abzug ausländischer Verluste nach Bevola und Sofina, IStR 2019, 717 – 728.

Jacobs, H. Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Auflage, München 2016.

Jacobsen, H., Die Vorteilhaftigkeit einer Neuausrichtung des deutschen Hinzurechnungsbesteuerungsrechts, IStR 2018, 433 – 443.

Jochum, H./Hemmelrath, A., Der grenzüberschreitende Hinausformwechsel in Europa – Ein Beitrag zur richterlichen Weitsicht und zum RL-Vorschlag der EU-Kommission v. 25.4.2018 für die Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132, IStR 2019, 517 – 524.

Kahle, H., Aktuelle Entwicklungen der Bilanzierung von Rückstellungen, DStR 2018, 976 – 982.

Kahlenberg, C., Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 4.4.2018, FR 2018, 499 – 504.

Kahlenberg, C., Anwendung des § 8b Abs. 5 S. 1 KStG auf nach § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG steuerfreie Gewinnausschüttungen, IStR 2017, 870 – 874.

Kahlenberg, C., Perspektiven zur Substanzanforderung nach § 8 Abs. 2 AStG – Anmerkung zum Urteil des FG Münster vom 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F, StuB 2016, 457 – 461.

Kahlenberg, C., Unionsrechtskonforme Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG? – Anmerkungen zum BMF-Schreiben v. 4.4.2018, FR 2018, 499 – 505.

Kahlenberg, C./Korff, M., EuGH: § 9 Nr. 7 GewStG stellt eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten dar, IStR 2018, 802 – 810.

Kahlenberg, C./Quilitzsch, C., BFH: Schlussurteil zu „X-GmbH“: Unionsrechtmäßigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, IStR 2019, 901 – 908.

Kahlenberg, C./Quilitzsch, C., Das Ende der Hinzurechnungsbesteuerung in Drittstaatenfällen? Einige Gedanken zur BFH-Entscheidung v. 18.12.2019 – I R 59/17, IStR 2021, 135 – 140.

Kahlenberg, C./Schiefer, F., Hinzurechnungsbesteuerung: Zwingende Ausweitung des Substanznachweises auf Drittsatten?, IStR 2017, 889 – 897.

Kahlenberg, C./Weiss, M., BFH zum Substanznachweis bei nachgeschalteten Zwischengesellschaften und Dreieckssachverhalten, IStR 2018, 878 – 882.

Kanduth-Kristen, S./Müller-Thomczik, S./Reiter, L., Die Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung gemäß ATAD in Deutschland und in Österreich: zentrale Aspekte im Rechtsvergleich, IStR 2021, 533 – 545.

Kessler, W./Eicker, K./Obser, R., Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, IStR 2004, 325 – 329.

Kieninger, E., Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl – Die Polbud-Entscheidung des EuGH, NJW 2017, 3624 – 3627.

Klenk, L., Die Grenzen der Grundfreiheiten, Tübingen 2019.

Knobbe-Keuk, B., Die beiden Unternehmenssteuerrichtlinien, EuZW 1992, 336 – 342.

Köhler, S., BMF zu Gegenbeweis bei Hinzurechnungsbesteuerung – Gegendarstellung leidet notwendig, ISR 2021, 201 – 213.

Köhler, S., Die geliehene Substanz – Outsourcing bei substanzschwachen Gesellschaften, ISR 2012, 1 – 8.

Köhler, S., FG Münster: keine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. EuGH-Rs. Cadbury Schweppes (§ 8 Abs. 2 ASTG) bei Outsourcing bestimmter Funktionen, ISR 2016, 119 – 124.

Köhler, S., Ganz oder gar nicht(?): Substantiierte Gewinne durch die EU-Grundfreiheiten vor der Hinzurechnungsbesteuerung geschützt, ISR 2018, 453 – 460.

Köhler, S., Hinzurechnungsbesteuerung bei Direktinvestitionen in Drittstaatenfällen wohl bereits seit dem Jahr 2001 grundsätzlich durch die Kapitalverkehrsfreiheit gesperrt, ISR 2019, 175 – 182.

Köhler, S./Eicker, K., Kritische Anmerkungen zum BMF-Schreiben „Cadbury Schweppes“ vom 8.1.2007, DStR 2007, 331 – 334.

Köhler, S./ Staats, W., Wichtige Änderungen der Hinzurechnungsbesteuerung durch das ATAD Umsetzungsgesetz, ISR 2021, 295 – 305.

Kokott, J., Das Steuerrecht der Europäischen Union, 1. Auflage, München 2018.

Kokott, J., Der EuGH als Garant fairen Steuerwettbewerbs, ISR 2017, 395 – 401.

Kokott, J./Ost, H., Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, 496 – 503.

Kokott, J./Pistone, P./Miller, R., Völkerrecht und Steuerrecht – Die Rechte der Steuerpflichtigen, StuW 2020, 200 – 218.

Kollruss, T., Hinzurechnungsbesteuerung: Overkill durch Kodifizierung einer allgemeinen gewerbesteuerlichen Erfassung?, IStR 2017, 522 – 531.

Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. v. *Heidel, T./Schall, A.*, 3. Auflage, Baden-Baden 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Heidel/Schall, Handelsgesetzbuch*).

Kommentar zur AO/FGO, hrsg. v. *Tipke, K./Kruse, H. W.*, 156. Lieferung, Köln 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Tipke/Kruse, AO/FGO*).

Konzernsteuerrecht, hrsg. v. *Kessler, W./Kröner, M./Köhler, S.*, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht*).

Köplin, M./Sedmund, J., Das BMF-Schreiben vom 8.1.2007 – untauglich, die EG-Rechtswidrigkeit der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung nach Cadbury Schweppes zu beseitigen!, *BB* 2007, 244 – 248.

Korn, C., Zulässigkeit nationaler Vorschriften zur Einkommenskorrektur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, *GWR* 2010, 72 – 73.

Körperschaftsteuergesetz, hrsg. v. *Gosch, D.*, 4. Auflage, München 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: *Gosch, KStG*).

Kortendick, A./Ekinici, O., Das neue Beherrschungskonzept in der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem ATADUmsG (RefE), *IStR* 2020, 615 – 622.

Kortendick, A./Joisten, C./Ekinici, O., Zur Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung: Folgerungen aus dem BFH-Urteil vom 13.6.2018 – I R 94/15, *BB* 2018, 3031 – 3037.

Kotthaus, J., Binnenmarktrecht und externe Kapitalverkehrsfreiheit, 1. Auflage, Baden-Baden 2012.

Kraft, G., Abweichende Bemessungsgrundlagen im Aus- und Inland aus Ursache von Niedrigbesteuerung im System der Hinzurechnungsbesteuerung – illustriert anhand von Fallstudien, *IStR* 2016, 276 – 282.

Kraft, G., BFH: Unionsrecht und Hinzurechnungsbesteuerung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter im Drittstaatenfall, *IStR* 2017, 316 – 329.

Kraft, G., Der Fremdvergleichsgrundsatz in der aktuellen EuGH- und BFH-Rechtsprechung, *Ubg* 2019, 605 – 617.

Kraft, G., Der gesetzgeberische Totalausfall bei der ATAD-Umsetzung vor dem Hintergrund aktueller Einflüsse auf die zukünftige Hinzurechnungsbesteuerung, FR 2020, 105 – 109.

Kraft, G., Generalthema I: Seeking anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules: Do we need them, and what should they be like?, IStR 2018, 614 – 622.

Kraft, G., Grundprobleme der steuerlichen Behandlung unbeschränkt steuerpflichtiger privatrechtlicher Familienstiftungen, DStR 2016, 2825 – 2831.

Kraft, G., Konzeptionelle und strukturelle Defizite der Hinzurechnungsbesteuerung – Reformbedarf und Reformnotwendigkeit, IStR 2010, 377 – 383.

Kraft, G., Neuer Erlass zu § 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG v. 24.01.2012, missglückter Rettungsversuch einer missratenen Vorschrift?, DStZ 2012, 398 – 405.

Kraft, G./Mengel, A., Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaatendividenden in DBA-Situationen, IStR 2014, 309 – 313.

Kraft, G./Bildstein, C., Der Fremdvergleich in der Hinzurechnungsbesteuerung – Aktuell und Perspektiven, IStR 2019, 37 – 43.

Kraft, G./Bron, J., Implikationen des Urteils in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ für die Fortexistenz der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2006, 614 – 620.

Kraft, G./Bron, J., Implikationen des Urteils in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ für die Fortexistenz der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2006, 614 – 620.

Kraft, G./Jochimsen, C., Normative Strukturen des internationalen gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs im tiefer gestuften Kapitalgesellschaftskonzern im einfachgesetzlichen, verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Spiegel, IStR 2013, 334 – 338.

Kraft, G./Nitzschke, D., Niedrige Besteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG, IStR 2003, 818 – 821.

Kraft, G./Quilitzsch, C., Belastungswirkungen der Hinzurechnungsbesteuerung unter dem Postulat steuerlicher Wettbewerbsneutralität – zugleich eine Warnung an die Gestaltungspraxis vor Hinzurechnungsfallstricken, ISR 2012, 109 – 118.

Kraft, G./Seydewitz, E., Gruppenbesteuerungs- und Verlustkompensationssysteme in der Hinzurechnungsbesteuerung, BB 2015, 1494 – 1500.

Kramer, J., Der Hinzurechnungsbetrag nach § 10 AStG und die Gewerbesteuer – Zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil v. 11.3.2015 - I R 10/14, IStR 2015, 444, IStR 2015, 669 – 671.

Kühn, M./Schienke-Ohletz, T., Die geplante Reform der Hinzurechnungsbesteuerung §§ 7 ff. AStG unter Beachtung europarechtlicher Vorgaben, BB 2020, 1562 – 1570.

Lampert, S., Zur Vereinbarkeit der Quellenbesteuerung von Zinsen und Dividenden mit dem Unionsrecht in den „Dänemark“-Urteilen des EuGH (Rs. C-115/16 bis C-119/17 und C-299/16), ISR 2019, 260 – 267.

Lampert, S., Zu den Voraussetzungen eines „Missbrauchs“ i. S. d. Mutter-Tochter-Richtlinie und Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie, ISR 2018, 207 – 211.

Lang, M., Kapitalverkehrsfreiheit, Steuerrecht und Drittstaaten, StuW 2011, 209 – 223.

Lang, M./Lüdicke, J./Reich, M., Beteiligungen im Privatvermögen: Die Besteuerung des Wegzugs aus Österreich und Deutschland in die Schweiz – Teil II, IStR 2008, 709 – 719.

Lange, B./Roßmann, D., Anwendung des § 8b Abs. 5 S. 1 KStG auf § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG steuerfreie Gewinnausschüttungen, DStRK 2017, 311 – 311.

Lange, H., Die Nichtanwendung von Urteilen des BFH durch die Finanzverwaltung – Nichtanwendungserlass und Nichtveröffentlichung, NJW 2002, 3657 – 3661.

Lehmann, C., Zur Kontroverse, ob ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit hinter einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zurücktritt, BFH I R 10/11, IStR 2013, 739 – 740.

Lenz, M./Heinsen, O., Zur Niedrigbesteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG, IStR 2003, 793 – 798.

Lieber, B., Columbus Container Services: Gemeinschaftswidrigkeit von §§ 7-14 AStG schlägt nicht auf § 20 Abs. 2 und 3 AStG durch; Treaty-Override verletzt nicht Grundgesetz, IStR 2009, 31 – 36.

Lieber, B., Ei des Columbus gefunden – BFH beendet das mehrschichtige Verfahren zu „Columbus Container Services“, IStR 2010, 142 – 144.

Lieber, B., Neuregelung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz, FR 2002, 139 – 151.

Lindemann, F., Gestaltungsgrenzen des Dividendenstripings nach § 42 AO im Lichte des europäischen Missbrauchsverbots, DStR 2019, 1549 – 1558.

Linn, A., Änderungen in der Hinzurechnungsbesteuerung durch das ATADUmsG?, IStR 2020, 77 – 83.

Linn, A., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie der EU – Anpassungsbedarf in der Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2016, 645 – 652.

Lishaut, I., Methodenfragen im Zypern-Fall, FR 2019, 370 – 373.

Löbker, R./Frank-Fahle, C., Hinzurechnungsbesteuerung und Economic Substance Regulations – Zwei Seiten einer Medaille?, IStR 2021, 44 – 49.

Loose, T./Herbst, C., „Outsourcing von Management-leistungen“ als Ausweg aus der Hinzurechnungsbesteuerung?, BB 2011, 292 – 295.

Loukota, H., Seminar B: Der Geschäftsleitungsort im DBA-Recht, IStR 2004, 558 – 564.

Lüdicke, J., Zum BMF-Schreiben vom 24.01.2012: Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften (§ 50d Abs. 3 EStG), IStR 2012, 148 – 152.

Lüdicke, J./Oppel, F., Kommissions-Entwurf einer Anti-BEPS-Richtlinie: Grundlegende Änderungen und Verschärfungen des deutschen Rechts, DB 2016, 549 – 555.

Mack, A./Wollweber, M., § 42 AO – Viel Lärm um nichts?, DStR 2008, 182 – 186.

Manger-Nestler, C./Noack, G., Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, 503 – 507.

Mattern, O., Über das Verhältnis der Hinzurechnungsbesteuerung zum Fremdvergleichsgrundsatz, DB 2019, 83 – 87.

Maurer, H., Staatsrecht I Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010.

Middendorf, O./Eberhardt, D., Verwaltung reagiert auf EuGH-Entscheidung zur gewerbesteuerlichen Behandlung von Drittstaatsdividenden – Anmerkungen zu den gleich lautenden Ländererlassen, StuB 2019, 357 – 359.

Möller, C., Die Hinzurechnungsbesteuerung ausgewählter EU-Mitgliedstaaten – Reaktionen auf „Cadbury Schweppes“, IStR 2010, 166 – 170.

Montag, F./von Bonin, A., Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2018, NJW 2019, 193 – 198.

Mörsdorf, O., Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97 – 102.

Müller, M./Wangler, C., Qualifikationskonflikte bei der Beteiligung inländischer Investoren an ausländischen Personengesellschaften, IStR 2003, 145 – 154.

Müller, S., Hinzurechnungsbesteuerung in Drittstaatenfällen und Gegenbeweis, ISR 2019, 170 – 174.

Münchener Anwalts Handbuch - GmbH-Recht, hrsg. v. Römermann, V., Teil F. Steuern, 4. Auflage, München 2018 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Römermann, Handbuch GmbH-Recht).

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. v. Goette, W./Habersack, M./Kalss, S., 5. Auflage, München 2021 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKo zum AktG).

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, hrsg. v. Hennrichs, J./Kleindiek, D./Watrin, C., Band 2, München 2013 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Hennrichs/Kleindiek/Watrin, MüKo zum Bilanzrecht).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Säcker, J./Rixecker, R./Oetker, H./Limperg, B., Bd. 12 – IPR I, Europäisches Kollisionsrecht, Art. 1–26 EGBGB, 8. Auflage, München 2019 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg, MüKo zum BGB).

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. v. Drescher, I./Fleischer, H./Schmidt, K., 4. Auflage, München 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt, MüKo zum HGB).

Münster, E./Fehling, D., Das Vorabentscheidungsersuchen C-694/20 (Orde van Vlaamse Balies ea) und die Bedeutung der EU-Grundrechtecharta für die direkten Steuern, IStR 2021, 621 – 628.

Musil, A., § 50d Abs. 3 EStG – eine unendliche Geschichte?, FR 2012, 149 – 153.

Musil, A., Die ATAD-Richtlinien – Ein Paradigmenwechsel in der Steuerpolitik der EU?, FR 2018, 933 – 941.

Nettesheim, M., Normenhierarchien im EU-Recht, EUR 2006, 737 – 772.

Niemann, W./Dodos, P., Finale Auslandsverluste und ihre grundfreiheitliche gebotene Berücksichtigung in DBA-Freistellungsfällen – Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BFH v. 6.11.2019 – I R 32/18, DStR 2021, 441 – 452.

Nohlen, N./Repasi, R., Grenzüberschreitender Erwerb von Unternehmensanteilen im Energiesektor nicht von einer vorherigen Genehmigung einer staatlichen Aufsichtsbehörde abhängig, EWS 2008, 424 – 425.

Oeter, S., Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme, ZaöRV 2015, 733 – 752.

Oppel, F., Der Aktionsplan für eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der EU – alter Wein in neuen Schläuchen?, IStR 2015, 813 – 818.

Papadileris, V., Das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs im Recht der Marktfreiheiten, JuS 2011, 123 – 128.

Patzner, A./Nagler, J., EuGH: Regelung eines Mitgliedstaats zur Beseitigung der Doppelbesteuerung von Gewinnausschüttungen – Kronos International Inc./FA Leverkusen, IStR 2014, 724 – 733.

Peters, S., Steuerliche Pflichtigen und strafrechtliche Risiken bei der Einschaltung ausländischer Basisgesellschaften, NZWiSt 2016, 374 – 381.

Piltz, D., BEPS und das staatliche Interesse, IStR 2015, 529 – 533.

Pinkernell, R., Das Steueroasen-Dilemma der amerikanischen IT-Konzerne, IStR 2013, 180 – 187.

Polatzky, R./Goldschmidt, S./Schuhmann, S., § 50d Abs. 3 EStG 2007 unionsrechtswidrig – das Ende der deutschen Anti-Treaty-/Directive-Shopping-Regelung?, DStR 2018, 641 – 648.

Prinz, U., Aktuelles Bilanzsteuerrecht, DStR 2020, 842 – 853.

Quilitzsch, C., Die Hinzurechnungsbesteuerung i. d. F. des JStG 2013 – Kritische Würdigung der geplanten Neuregelung in § 8 Abs. 2 AStG, IStR 2012, 645 – 648.

Rättig, H./Protzen, P., Überblick über die Hinzurechnungsbesteuerung des AStG in der Fassung des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes, DStR 2002, 241 – 246.

Richter, A./Welling, B., Tagungs- und Diskussionsbericht zum 73. Berliner Steuergespräch „Die Reform des Außensteuerrechts“, FR 2020, 109 – 114.

Richter, L./Hontheim, S., Double Irish with Dutch Sandwich: Pikante Steuergestaltung der US-Konzerne, DB 2013, 1260 – 1264.

Richter, L./Kortendick, A./Ekinci, O., Tatsächlich, wirklich oder doch wesentlich? – Die Exkulpationsklausel nach dem ATADUmsG im Lichte des Unionsrechts, GmbHR 2020, 694 – 703.

Rose, G., Missbrauchs-Innentheorie und Steuerplanungssicherheit, FR 2003, 1274 – 1277.

Schanz, D./Feller, A., Wieso Deutschland (fast) keine Base Erosion and Profit Shifting-Bekämpfung braucht, BB 2015, 865 – 870.

Schaumburg, H./Englisch, J., Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage, Köln 2020.

Schaumburg, H., Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, Köln 2017.

Schaumburg, H., Quellensteuern zwischen Verfassungsrecht und Unionsrecht, ISR 2021, 135 – 145.

Scheffler, W., Wirtschaftliche Auswirkungen der Regeln für die Bewertung von Rückstellungen in der Steuerbilanz, BB 2014, 299 – 303.

Scheffler, W./Köstler, M., Kompromissvorschlag zur GK(K)B – Die Arbeiten am Richtlinienentwurf zur GK(K)B gehen weiter, DStR 2014, 664 – 669.

Schiff, A., Sekundär- vor Primärrecht? Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte, EuZW 2015, 899 – 904.

Schima, B., Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Auflage, München 2015.

Schlücke, K., Finale Verluste und kein Ende – Zugleich Besprechung der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 10.1.2019 in den Rechtssachen C-607/17 (Memira Holding) und C-608/17 (Holmen), ISR 2019, 132 – 138.

Schlücke, K./Möllmann, S., Hinzurechnung passiver Einkünfte nach § 8 AStG und Gegenbeweis – verdeckte Einlagen in Dreiecksverhältnissen, ISR 2019, 41 – 44.

Schmidmann, D., Anforderungen an die wirtschaftliche Substanz im Außensteuerrecht, GmbHR 2019, 59 – 67.

Schmidmann, D., Der Motivtest nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, IWB 2020, 176 – 187.

Schnitger, A., Änderungen der grenzüberschreitenden Unternehmensbesteuerung sowie des § 42 AO durch das geplante Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008), IStR 2007, 729 – 737.

Schnitger, A., Die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten – Vorabentscheidungsersuchen in den Rs. van Hilten, Fidium Finanz AG und Lasertec, IStR 2005, 493 – 504.

Schnitger, A., Entscheidungen des EuGH zum Begriff des Nutzungsberechtigten und Missbrauch, IStR 2019, 304 – 307.

Schnitger, A., Urteil in den Rs. Deister Holding und Juhler Holding – das Ende des § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2018, 169 – 174.

Schnitger, A./Gebhardt, R./Krüger, S., Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht, Anmerkungen zum BMF Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002:001, IWB 344 – 358.

Schnitger, A./Kopeck, A., Einfluss der US-Steuerreform auf die Bestimmung der Niedrigbesteuerung iSd § 8 Abs. 3 S. 1 AStG, IStR 2019, 43 – 51.

Schnitger, A./Krüger, S./Nielsen, L., Neues zur Unionsrechtskonformität der (erweiterten) Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2019, 340 – 347.

Schön W., Der Fremdvergleich, der Europäische Gerichtshof und die „Theory of the Firm“, IStR 2011, 777 – 782.

Schön, W., Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013, 3 – 23.

Schön, W., Rechtsmissbrauch im europäischen (Steuer-)Recht – Eine methodologische und institutionelle Perspektive – Teil 1, EuZW 2020, 637 – 646.

Schön, W., Rechtsmissbrauch im europäischen (Steuer-)Recht – Eine methodologische und institutionelle Perspektive – Teil 2, EuZW 2020, 685 – 689.

Schönfeld, J., Aktuelle Entwicklungen zur Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2019, 397 – 401.

Schönfeld, J., Auskunftserteilung in Steuersachen als (neue) einfachgesetzliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme der EG-Grundfreiheiten -Zweifelsfragen zur Auslegung von § 8 Abs. 2 Satz 2 AStG und § 15 Abs. 6 Nr. 2 AStG i.d.F. des RegE-JStG 2009, DB 2008, 2217 – 2221.

Schönfeld, J., Ausländische Verluste und Niedrigbesteuerung im Sinne von § 8 Abs. 3 AStG – oder: Unter welchen Voraussetzungen verhindert ein „Ausgleich mit Einkünften aus anderen Quellen“ eine Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2009, 301 – 304.

Schönfeld, J., Generalthema 1: Die Besteuerung von passiven ausländischen Einkünften innerhalb von Unternehmensgruppen, IStR 2013, 590 – 596.

Schönfeld, J., Hinzurechnungsbesteuerung und Anti-Tax-Avoidance-Directive, IStR 2017, 721 – 729.

Schönfeld, J., IStR 2017, Aktuelle Entwicklungen zum „Cadbury-Test“ im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2017, 949 – 951.

Schönfeld, J./Ellenrieder, B., Das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht – oder: Gibt es „gegen Primärrecht immunisiertes Recht“, StuW 2019, 253 – 266.

Schönfeld, J./Erdem, E., Die geplante Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG durch das AbzStEntmodG, IStR 2021, 189 – 198.

Schönfeld, J./Kahlenberg, C., EuGH entscheidet zu § 1 AStG und EU-Recht: Nachweis wirtschaftlicher Gründe für fremdunübliche Konditionen möglich!, IStR 2018, 498 – 502.

Schorkopf, F., „Europas neue Ordnung“ – eine plurale Union, NVwZ 2018, 9 – 17.

Schorkopf, F., Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des „European way of life“, NJW 2019, 3418 – 3423.

Schroeder, W., Neues zur Grundrechtskontrolle in der Europäischen Union, EuZW 2011, 462 – 467.

Schumann, R./Jahn, L., EuGH: Generalanwalt bejaht Anwendbarkeit der Stand-Still-Klausel auf die Vorschriften für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter nach § 7 Abs. 6 und Abs. 6a AStG, IStR 2018, 287 – 288.

Sendke, T., Der Anwendungsbereich von unionalen und nationalen Grundrechten im Steuerrecht, StuW 2020, 219 – 233.

Spengel, C./Matenaer, S., Grenzüberschreitende Verlustverrechnung von Betriebsstättenverlusten – ein kritischer Vergleich der EuGH-Rechtsprechung, IStR 2010, 817 – 820.

Spindler, W., Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, DStR 2007, 1061 – 1066.

Steindorff, E., Berufsfreiheit für nicht-wirtschaftliche Zwecke im EG-Recht Zum Zugang deutscher Gericht mit dem EG-Recht, NJW 1982, 1902 – 1905.

Stewen, T., Der EuGH und die nationale Steuerhoheit – Spannungsverhältnis und Konfliktlösung, EuR 2008, 445 – 468.

Sydow, S., Anmerkungen zur BFH-Entscheidung I R 114/08 vom 21.10.2009 (Nachfolge „Columbus Container“), IStR 2010, 174 – 177.

Teichmann, C., Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, 639 – 689.

Tranacher, P., Umsatzsteuerliche Auswirkungen der Übernahme eines Beratungsvertrags auf Auftraggeberseite, MwStR 2019, 817 – 822.

Trejo, K., Umsatzsteuerliche Aspekte bei der Besteuerung von Kombinationsprodukten in der Verlagsbranche, MwStR 2014, 320 – 328.

Uterhark, J./Nagler, J., EuGH: Ist die Berichtigung von Einkünften nach § 1 AStG europarechtskonform? – Hornbach-Baumarkt AG, IStR 2018, 461 – 471.

Valta, M., Grenzüberschreitende Leistungsfähigkeit multinationaler Unternehmen im EU-Recht, ISR 2020, 189 – 199.

Valta, M., Verfassungs- und Abkommensrechtsfragen des Richtlinienentwurfs für eine Steuer auf digitale Dienstleistungen, IStR 2018, 765 – 772.

Valta, M./Gerbracht, J., Perspektiven eines Europäischen Leistungsfähigkeitsprinzips am Beispiel der Zinsschranke, StuW 2019, 118 – 129.

Vedder, C., Ein neuer gesetzlicher Richter? NJW 1987, 526 – 531.

Verdross, A./Simma, B., Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 2010.

Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, hrsg. v. *Streinz, R.*, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Streinz, EUV/AEUV).

Vogt, G., Die Niedrigbesteuerung in den Hinzurechnungsvorschriften des AStG, DStR 2005, 1347 – 1351.

Wassermeyer, F., Der Reformbedarf bei der Hinzurechnungsbesteuerung auf der Grundlage der BFH-Rechtsprechung, IStR 2018, 744 – 747.

Wassermeyer, F., Festgabe zum 75. Geburtstag, hrsg. v. *Schön, W./Lehner, M./Reimer, E./et alias*, München 2015, Festgabe zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. hc. Wassermeyer, (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Wassermeyer, Festgabe zum 75. Geburtstag).

Wassermeyer, F., Kommentar zu allen DBA, hrsg. v. *Wassermeyer, F./Kaeser, C./Schwenke, M./Drüen, K.*, 80. Auflage, München 2020 (zitiert: *BearbeiterIn*, in: Wassermeyer: DBA-Kommentar).

Wassermeyer, F./Schönfeld, J., Die Niedrigbesteuerung i. S. des § 8 Abs. 3 AStG vor dem Hintergrund eines inländischen KSt-Satzes von 15 %, IStR 2008, 496 – 499.

Watrin, C./Leukefeld, R., § 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG ist unionsrechtswidrig – Überarbeitungsbedarf bei der deutschen Anti-Treaty-Shopping Vorschrift, FR 2018, 813 – 819.

Watrin, C./Leukefeld, R., Substanzanforderungen gegen missbräuchliche Gewinnverlagerungen und EU-Recht, DStR 2018, 2284 – 2290.

Weber, K., Verstößt die Hinzurechnungsbesteuerung bei Drittstaatensachverhalten gegen die europarechtlich verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit? Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BFH v. 12.10.2016 – I R 80/14, DStR 2017, 1302 – 1306.

Weber, K./Zöllner, D., An die Substanz – zur Unionsrechtmäßigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, FR 2020, 288 – 297.

Weber-Grellet, H., Die Funktion der Kapitalertragsteuer im System der Abgeltungsteuer (Teil I), DStR 2013, 1357 – 1363.

Weber-Grellet, H., Neu-Justierung der EuGH-Rechtsprechung, DStR 2009, 1229 – 1236.

Weiss, M., Anwendung des § 8 Abs. 2 AStG, EStB 2021, 205 – 207.

Weiss, M., Gewerbesteuerliche Erfassung des Hinzurechnungsbetrags, IWB 2016, 126 – 131.

Werra, M., Zum Reformbedarf beim Außensteuergesetz unter besonderer Berücksichtigung des Verhaltenskodex, IStR 2001, 438 – 440.

Wicke, H., Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, 1756 – 1759.

Wissenschaftlicher Beirat Steuern der Ernst & Young GmbH, Hinzurechnungsbesteuerung und gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen, IStR 2013, 549 – 554.

Wöhlert, H./Degen, S./Wojtek, H., Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach „Vale“ und „National Grid Indus“, GWR 2012, 432 – 436.

Wöhlert, H./Degen, S./Wojtek, H., Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach „Vale“ und „National Grid Indus“, GWR 2012, 432 – 436.

Wohrab, S., Der grenzüberschreitende Formwechsel als Mittel der Mobilität im Binnenmarkt – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – Vale, GPR 2012, 316 – 319.

Wohrabe, K./Rathje, A., Internationaler Steuerwettbewerb und -politik aus Unternehmenssicht, IStR 2019, 1 – 6.

Wunderlich, N., Geltung des freien Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, EuZW 2008, 117 – 124.

Wunderlich, N./Blaschke, C., Die Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit in Bezug auf Drittstaaten – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH, IStR 2008, 754 – 762.

Wünsche, S., Die Abgrenzung der Grundfreiheiten bei der Vererbung von Drittstaatenvermögen – Die Entscheidung Scheunemann im Kontext der bisherigen Rechtsprechung, IStR 2012, 785 – 790.

Zapka, K., Der EuGH im Zielkonflikt zwischen Grundsätzen und Gemeinwohl, EuZA 2015, 221 – 240.

Zorn, N., Nochmals: Kapitalverkehrsfreiheit für Drittstaatendividenden – Eine Reaktion auf den Beitrag von Dietmar Völker in IStR 2009, 705 ff., IStR 2010, 190 – 195.

Internetquellen:

Bundesministerium der Finanzen, Aktionsplan zur Bekämpfung der Erosion der Bemessungsgrundlage und der Gewinnverlagerung,

http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Abt_7/2013-07-22-Aktionsplan-D.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Stand: 10.05.2021).

Bundesministeriums der Finanzen, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG),

https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/2021-03-24-ATADUmsG/1-Referententwurf_2.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand: 02.04.2021).

Bundesministerium der Finanzen, Reform der internationalen Unternehmensbesteuerung kommt,

https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/BEPS/schaedlichen-steuerwettbewerb-bekaempfen.html (Stand 02.10.2021).

Ditz, X., Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 30.04.2021,

<https://www.bundestag.de/resource/blob/838860/e152a10aa957e53bc25a56af692117d2/03-Ditz-data.pdf> (Stand: 04.5.2021).

Greive, M., G7-Beschluss: Der Jubel über eine globale Mindeststeuer kommt zu früh,

<https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-g7-beschluss-der-jubelueber-eine-globale-mindeststeuer-kommt-zu-frueh/27259938.html?ticket=ST-19386235-yHYBcYAlad0NUQVycFU9-ap3> (Stand: 22.6.2021).

OECD, Base Erosion and Profit Shifting, 2015, Final Report, <http://www.oecd.org/ctp/beps-erlauterung-2015.pdf>

(Stand: 08.05.2021).

OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – Final Report,

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152->

en.pdf?expires=1620462256&id=id&acname=guest&checksum=DCD3689317FBA120969F25148AAA146A (Stand: 08.05.2021).

Roth, J., Globale Mindeststeuer – Wie Großkonzerne zur Kasse gebeten werden sollen, https://www.zeit.de/wirtschaft/2021-06/globale-mindeststeuer-grosskonzerne-g7-finanzminister?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.de%2F (Stand: 22.6.2021).

Schnitger, A., Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines ATAD-Umsetzungsgesetzes v. 28.04.2021, <https://www.bundestag.de/resource/blob/838092/fdb4e7780f8737851ace2e938f7adddd/08-Schnitger-data.pdf> (Stand: 04.5.2021).

Strozyk, J., Ermittlungen zu „PanamaPapers“, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/panamapapers-237.html> (Stand: 19.12.2020).

Süddeutsche Zeitung, Panama Papers – Die Geheimnisse des schmutzigen Geldes, <https://panamapapers.sueddeutsche.de/> (Stand: 19.12.2020).

Das deutsche Außensteuerrecht kennt seit nunmehr 50 Jahren ein Instrument gegen die missbräuchliche Verlagerung von Einkünften in das niedrig besteuerte Ausland – die Hinzurechnungsbesteuerung. Wenn die Hinzurechnungsbesteuerung Anwendung findet, wird eine Gewinnausschüttung fingiert, die einer Besteuerung im Inland unterliegt. Der Steuerpflichtige darf sich jedoch aufgrund EU-rechtlicher Vorgaben exkulpieren, d. h. er darf einen Nachweis erbringen, dass die ausländische Gesellschaft einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht und Einkünfte infolgedessen nicht missbräuchlich in das Ausland verlagert wurden (sog. Motivtest). Bei erfolgreicher Gegenbeweissführung finden die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung keine Anwendung. Nach den Vorgaben des deutschen Gesetzgebers muss der Steuerpflichtige demnach nachweisen, dass die ausländische Gesellschaft einer tatsächlichen (§ 8 Abs. 2 AStG a. F.) bzw. einer wesentlichen (§ 8 Abs. 2 AStG n. F.) wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Der Gesetzgeber beschränkt den Motivtest sowohl in seiner alten als auch in seiner neuen Fassung auf den EU-/EWR-Raum.

Im Rahmen dieser Untersuchung wird die Frage analysiert, ob der Motivtest auch in Drittstaaten-sachverhalten gewährt werden muss. Darüber hinaus wird untersucht, was eine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) darstellt.

ISBN 978-3-7376-1062-9



9 783737 610629 >