

## ATAD-Umsetzungsgesetz: Mehr als 15 Monate nach dem ersten Entwurf folgt der Gesetzentwurf der Bundesregierung

6. April 2021

Die Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 sowie die Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 (EU Anti-Tax-Avoidance-Directives oder ATAD 1 und ATAD 2) hätten nach Artikel 11 ATAD 1 bereits bis zum 31. Dezember 2018, beziehungsweise nach Artikel 2 ATAD 2 bis zum 31. Dezember 2019, in nationales Recht umgesetzt werden müssen. In Deutschland steht die Umsetzung beider Richtlinien jedoch mehr als 15 Monate nach Veröffentlichung des ersten Entwurfes eines Umsetzungsgesetzes am 10. Dezember 2019 immer noch aus. Immerhin könnte theoretisch die Umsetzung der Regelung zu den umgekehrt hybriden Gesellschaften noch rechtzeitig bis Ende diesen Jahres umgesetzt werden.

Im Rahmen des seit mehr als 15 Monaten laufenden Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung soll zum einen eine umfassende Reform der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz erfolgen (Umsetzung eines Teilbereichs der ATAD 1 Richtlinie). Zum anderen soll das Gesetz Besteuerunginkongruenzen ausräumen, die aus dem Einsatz hybrider Finanzinstrumente oder durch die Beteiligung an hybriden Gesellschaften entstehen (Umsetzung der ATAD 2 Richtlinie). Wir möchten Ihnen die Entwicklung der Entwürfe bis zum letzten Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Finanzen vom 17. März 2021 vorstellen, der am 24. März 2021 unverändert als Regierungsentwurf beschlossen wurde und nunmehr dem Bundesrat vorgelegt werden wird.

### Entwicklung und Stand der Reform der Hinzurechnungsbesteuerung

Zentraler Bestandteil des neuen Hinzurechnungssystems ist eine Neufassung des Beherrschungskonzepts. War bislang eine gemeinsame Beherrschung durch Inländer ausreichend (beliebige unbeschränkt Steuerpflichtige halten zusammen mehr als 50 Prozent der Anteile an der ausländischen Gesellschaft), soll zukünftig eine individuelle Beherrschung notwendig sein. Die Hinzurechnungsbesteuerung soll nur für den inländischen Steuerpflichtigen greifen, der zusammen mit ihm nahestehenden Personen (inländische und ausländische Steuerpflichtige) zu mehr als 50 Prozent an der

ausländischen Zwischengesellschaft beteiligt ist. Von einer generellen Entschärfung kann allerdings in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden, da das besondere Regime der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter, das bereits bei einer mittelbaren Beteiligung von mindestens 1 Prozent greift, unangestastet bleibt. Darüber hinaus soll verschärfend ein so genanntes „gemeinsames Handeln“ eingeführt werden, nach dem auch eigentlich voneinander unabhängige Dritte unter bestimmten

Umständen als nahestehende Personen angesehen werden: Die (mittelbaren) Beteiligungen von sich grundsätzlich nicht nahestehenden Personen werden zusammengerechnet, wenn sie bezüglich der Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft gemeinsam handeln. Dies soll bereits dann der Fall sein, wenn die einzelnen inländischen Gesellschafter ihre Beteiligung an einer Zwischengesellschaft

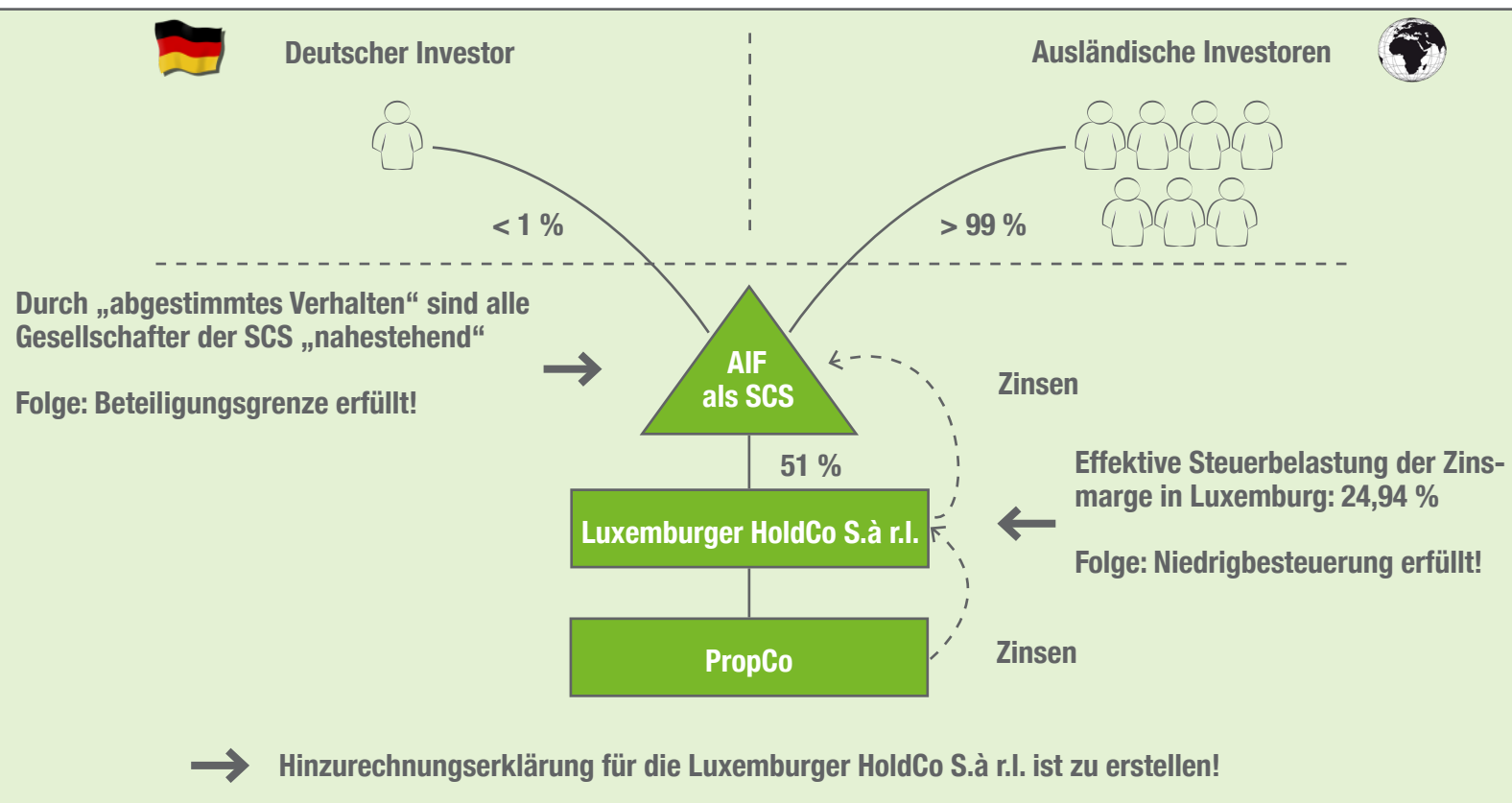


#### Dokumente zu diesem beleuchtet:

- [Regierungsentwurf ATAD-UmsG vom 24. März 2021](#)
- [beleuchtet](#) vom 18. Dezember 2019
- [ATAD 2 Richtlinie](#)



gemeinsam über eine Personengesellschaft halten (vgl. § 7 Absatz 4 Außensteuergesetz-Reformentwurf). Dies stellt somit grundsätzlich eine Verschärfung der bestehenden Rechtslage dar, wobei anzumerken ist, dass die Beteiligungsgrenzen aufgrund des Konzepts der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter auch unter der bestehenden Rechtslage schon sehr streng sind (es reichen mittelbar 1 Prozent).

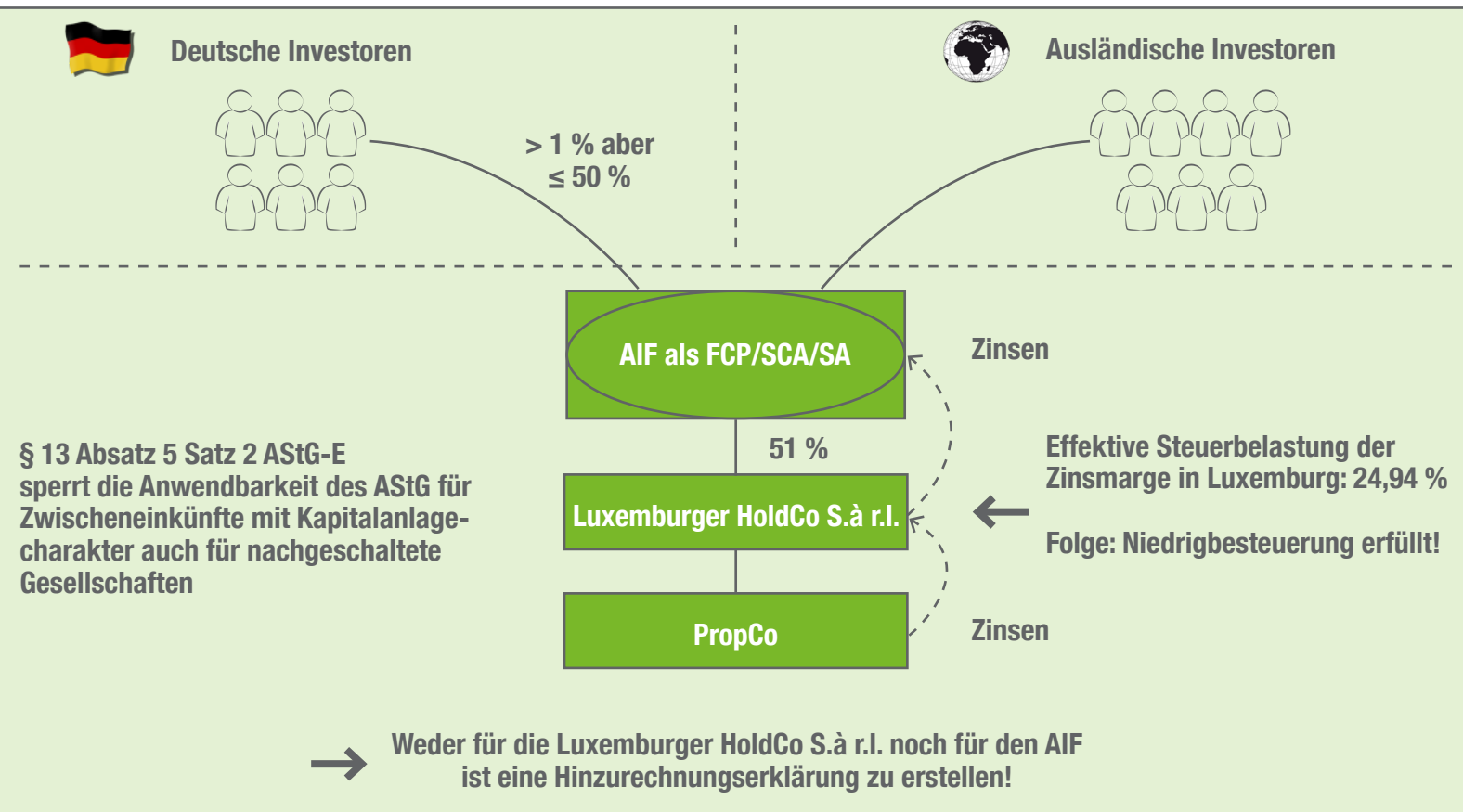


Die Bestimmung, ob passive Erträge vorliegen, erfolgt nach aktuellem Recht über einen Aktiv-Katalog, der die nicht passiven und damit die nicht von der Hinzurechnungsbesteuerung betroffenen Einkünfte auflistet und von der Hinzurechnungsbesteuerung ausnimmt. An dieser Systematik soll auch zukünftig festgehalten werden. Der Aktiv-Katalog nach geltendem Recht bleibt dabei weitgehend unverändert. Für die Fondsanlage bedeutend ist eine Änderung bei den Dividendenausschüttungen. Sind Gewinnausschüttungen aus Kapitalgesellschaften nach aktuellem Recht grundsätzlich aktiv, so soll dies zukünftig nur dann gelten, wenn die Dividenden für eine inländische Körperschaft unter den Voraussetzungen des § 8b Körperschaftsteuergesetz (Dividende kein Aufwand bei ausschüttender Gesellschaft nach § 8b Absatz 1 Satz 2 Körperschaftsteuergesetz, Schachteldividende aus Beteiligung von mindestens 10 Prozent nach § 8b Absatz 4 Körperschaftsteuergesetz, kein Greifen der Ausnahme für das Teilprivileg entsprechend § 8b Absatz 7 Körperschaftsteuergesetz für Zwischengesellschaften in Form von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten) steuerfrei sind. Demgegenüber sollen zukünftig Veräußerungsgewinne aus Kapitalgesellschaften ohne weitere Nachweiserfordernisse als aktive Einkünfte gelten (ausgenommen sind nur Zwischengesellschaften, die als Institute im Sinne des § 8b Absatz 7 Körperschaftsteuergesetz qualifizieren). Hier gelten nach aktuellem Recht einzelne Rückausnahmen und Nachweiserfordernisse.

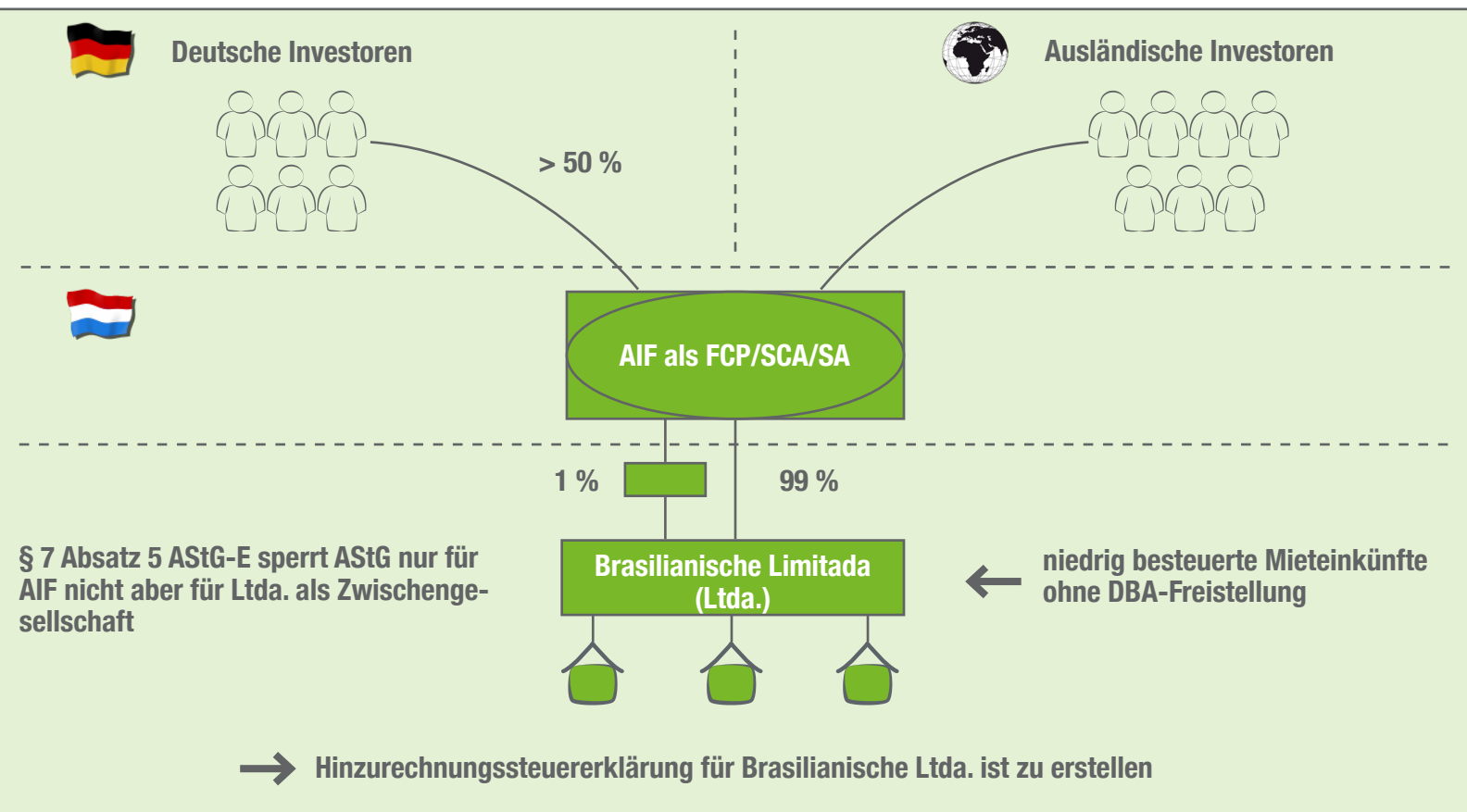
In einem ersten Referentenentwurf für das ATAD-Umsetzungsgesetz vom 10. Dezember 2019 war zunächst vorgesehen, die Sperrwirkung des Investmentsteuergesetzes nach § 7 Absatz 7 AStG vollständig aufzugeben (hierzu unser **beleuchtet** vom 18. Dezember 2019). Dieser Entwurf wurde jedoch der Bundesregierung – unter anderem auf Grund der massiven Kritik der Marktteilnehmer im Hinblick auf die vorgesehene vollständige Abschaffung der bisherigen Sperrwirkung des Investment-



steuergesetzes – nicht zur weiteren Behandlung zugeleitet. Stattdessen veröffentlichte das Bundesministerium der Finanzen am 17. November 2020 einen zweiten Referentenentwurf, der die grundsätzliche Sperrwirkung des Investmentsteuergesetzes (teilweise) beibehalten soll. Danach sollte ein grundsätzlicher Vorrang des Investmentsteuergesetzes gegenüber der Hinzurechnungsbesteuerung gelten, der nur dann nicht greift, wenn die den Einkünften einer ausländischen Zwischengesellschaft zugrunde liegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit den Steuerpflichtigen oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden. Dabei soll das Konzept einer übertragenden Zurechnung nach § 14 Außensteuergesetz für nachgeschaltete Zwischengesellschaften aufgegeben und entsprechend den Vorgaben der Richtlinie durch eine direkte Hinzurechnung beim Steuerpflichtigen auch bei einer lediglich mittelbaren Beteiligung ersetzt werden. Unklar im zweiten Entwurf blieb, ob es zur Anwendung der übertragenden Zurechnungsbesteuerung auf Einkünfte von einem Investmentfonds nachgeschalteten Zwischengesellschaften kommen kann. Im aktuellen Regierungsentwurf vom 24. März 2021 wird nunmehr durch eine Ergänzung der entsprechenden Regelung des zweiten Entwurfs geregelt, dass die übertragende Hinzurechnungsbesteuerung auf etwaige nachgeschaltete Zwischengesellschaften keine Anwendung findet, wenn diese unmittelbar oder mittelbar von einem Investmentfonds gehalten werden (§ 13 Absatz 5 Satz 2 Außensteuergesetz-Reformentwurf). Diese Klarstellung ist allerdings bislang nur im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter vorgesehen.



Im Rahmen der allgemeinen Hinzurechnungsbesteuerung – also wenn der unbeschränkt Steuerpflichtige indirekt eine Beteiligung von mindestens 50 Prozent an der ausländischen Zwischengesellschaft hält – fehlt es bislang an so einer Klarstellung. Ohne eine entsprechende Regelung in § 7 Absatz 5 Außensteuergesetz-Reformentwurf kommt es dann bei der Anwendbarkeit des Außensteuergesetzes aufgrund (indirekter) Beherrschung auch zur Erfassung von passiven Einkünften bei einem Investmentfonds nachgeschalteten Zwischengesellschaften.



Die Zurechnung des Hinzurechnungsbetrages beim Steuerpflichtigen erfolgt nicht wie nach bisherigem Recht nach Ablauf des Veranlagungsjahres in dem das maßgebliche Geschäftsjahr der ausländischen Zwischengesellschaft endet, sondern er gilt vielmehr in dem Veranlagungszeitraum als zugeflossen, in dem das maßgebende Wirtschaftsjahr der ausländischen Zwischengesellschaft endet. Eine Doppelbesteuerung wird zukünftig nicht mehr nach den Regelungen des § 3 Nummer 41 Einkommensteuergesetz innerhalb eines Zeitraumes von 7 Jahren vermieden, sondern erfolgt nach den Regelungen eines neuen § 11 Außensteuergesetz-Reformentwurf, wonach zeitlich unbegrenzt ein Kürzungsbetrag für den jeweilig beim Steuerpflichtigen zugeflossenen Ausschüttungsbetrag beziehungsweise ein entsprechender Veräußerungsgewinn festzustellen ist, der vom Hinzurechnungsbetrag abzuziehen ist. Ein nach Verrechnung verbleibender Kürzungsbetrag ist als Hinzurechnungskorrekturvolumen jährlich für jeden Steuerpflichtigen gesondert festzustellen. Das Korrekturvolumen kann dabei nicht negativ sein.

Auch im aktuellem Regierungsentwurf vom 24. März 2021 bleibt es für das Merkmal einer niedrigen Besteuerung bei einer Ertragssteuerbelastung von unter 25 Prozent (vgl. § 8 Absatz 5 Außensteuergesetz-Reformentwurf).

## Beseitigung von Besteuerungssinkongruenzen bei hybriden Finanzinstrumenten und hybriden Gesellschaften

### Die Ausgabenseite

Die **Artikel 9 und 9b ATAD 2** verpflichten die Mitgliedstaaten, Besteuerungssinkongruenzen entgegenzuwirken, die sich daraus ergeben, dass auf Grund sogenannter hybrider Elemente bestimmte Zahlungen, die beim Schuldner grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehbar sind, beim Gläubiger nicht besteuert werden. Ferner soll ein doppelter Abzug von Aufwendungen in zwei Staaten vermieden werden, wenn den Aufwendungen keine entsprechenden Erträge gegenüberstehen, die in beiden Staaten besteuert werden. Schließlich sollen die Mitgliedsstaaten den Betriebsausgabenab-



zug für Aufwendungen beschränken, die selbst zwar nicht Teil eines hybriden Elementes sind, aber letztlich ein hybrides Element oder eine hybride Gestaltung in einem anderen Staat finanzieren, dieser Staat jedoch die hybride Gestaltung nicht beseitigt (so genannte „importierte Inkongruenzen“).

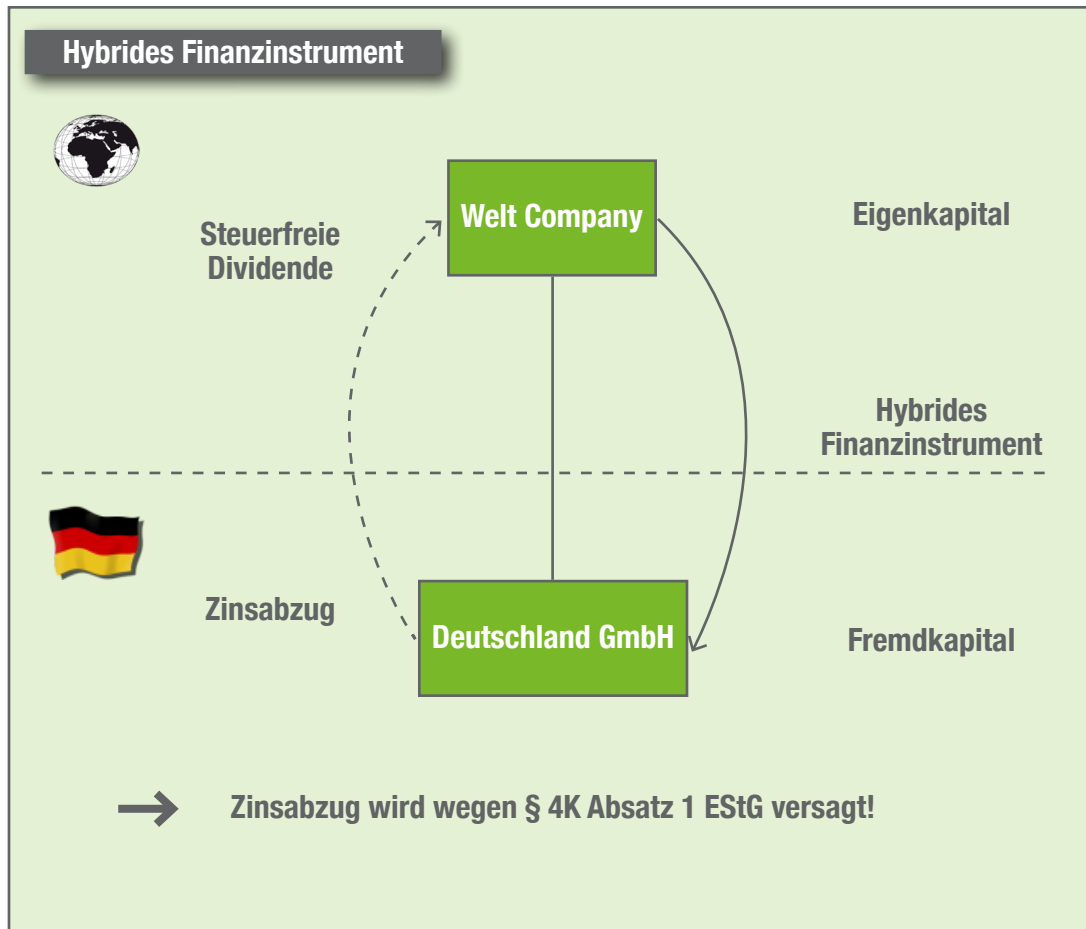
Kern der Regelungen zur Umsetzung der Artikel 9 und 9b ATAD 2 ist ein neuer § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf, der für verschiedene Situationen von Besteuerungsinkongruenzen auf Grund hybrider Elemente den Betriebsausgabenabzug beschränkt. Artikel 9a ATAD 2, der nach der Richtlinie erst zum 31. Dezember 2021 umzusetzen ist, ist in dem jetzt vorgestellten § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf noch nicht berücksichtigt. Eine Besonderheit des Artikels 9a ATAD 2 ist, dass er anders als Artikel 9 ATAD 2 keinen Betriebsausgabenabzug voraussetzt. Hier wird man weiter auf die Umsetzung durch den Gesetzgeber abwarten müssen.

Zur Umsetzung der Artikel 9 und 9b ATAD 2 sind in § 4k Absatz 1 bis Absatz 3 Einkommensteuergesetz-Entwurf die Fälle geregelt, die zu einem Betriebsausgabenabzug führen würden, der entsprechende Ertrag jedoch nicht berücksichtigt würde (Deduction/Non-Inclusion – oder D/NI – Sachverhalte). Absatz 4 des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf befasst sich mit Fällen eines doppelten Betriebsausgabenabzug (Double Deduction - oder DD - Sachverhalte). Schließlich umfasst § 4k Absatz 5 Einkommensteuergesetz-Entwurf ein Betriebsausgabenabzugsverbot bei so genannten importierten Inkongruenzen.

Als Rechtsfolge wird im Anwendungsfall der Absätze 1 bis 5 der Betriebsausgabenabzug im Rahmen der Gewinnermittlung in Deutschland verwehrt (sogenannte Primärregel). Lediglich im Fall des Satzes 2 des Absatzes 2 des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf kommt es zur Anwendung der sogenannten Sekundärregel: hier wird der im Ausland erfolgte Betriebsausgabenabzug (zum Beispiel Zinszahlung von einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft an einen deutschen Gesellschafter auf ein Gesellschafterdarlehen), obwohl eigentlich in Deutschland ein Nullum, gleichwohl als steuerpflichtige Einnahme behandelt. Gleiches gilt über einen neuen Satz 2 des § 9 Absatz 5 Einkommensteuergesetz-Entwurf für den Werbungskostenabzug im Rahmen der Überschusseinkunftsarten.

Absatz 1 regelt insbesondere die Nichtabzugsfähigkeit von Zahlungen auf hybride Finanzinstrumente, wohingegen die Absätze 2 und 3 Sachverhalte umfassen, die im Falle von hybriden Gesellschaften und Betriebsstätten zu einer inkongruenten Besteuerung führen. Die Absätze 4 und 5 können sowohl bei hybriden Finanzinstrumenten als auch bei hybriden Gesellschaften oder Betriebsstätten Anwendung finden.

Hybride Finanzinstrumente nach § 4k Absatz 1 Einkommensteuergesetz-Entwurf sind etwa Genussrechte oder Hybridanleihen, die beim inländischen Steuerpflichtigen einen Abzug für die Kapitalüberlassung als Zinsaufwand zulassen, beim Empfänger hingegen als Dividenden qualifizieren und daher nicht oder niedriger besteuert werden. Nach der Gesetzesbegründung werden von der Regelung auch Kompensationszahlungen im Rahmen eines Wertpapierleihe- und Wertpapierpensionsgeschäftes erfasst. Darüber hinaus betrifft § 4 Absatz 1 auch hybride Übertragungen, sprich solche Übertragungen, die in einer Zurechnung eines Finanzinstrumentes bei mehreren an der Übertragung beteiligten Personen und einer damit einhergehenden inkongruenten Besteuerung der aus der Übertragung resultierenden Zahlungsströme resultieren. Eine Ausnahme vom Abzugsverbot besteht dann, wenn die korrespondierende Besteuerung der in Abzug gebrachten Beträge im ausländischen Staat in den kommenden Besteuerungszeiträumen erfolgt und die Zahlungsbedingungen auch dem Fremdvergleich standhalten. Deutschland verzichtet nach dem aktuellem Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes darauf, die in Artikel 2 Absatz 9 Unterabsatz 1 Buchstabe a Satz 2 ii) ATAD 2 vorgesehene zeitliche Vorgabe einer zukünftigen Besteuerung innerhalb von 12 Monaten nach erfolgtem Abzug umzusetzen.



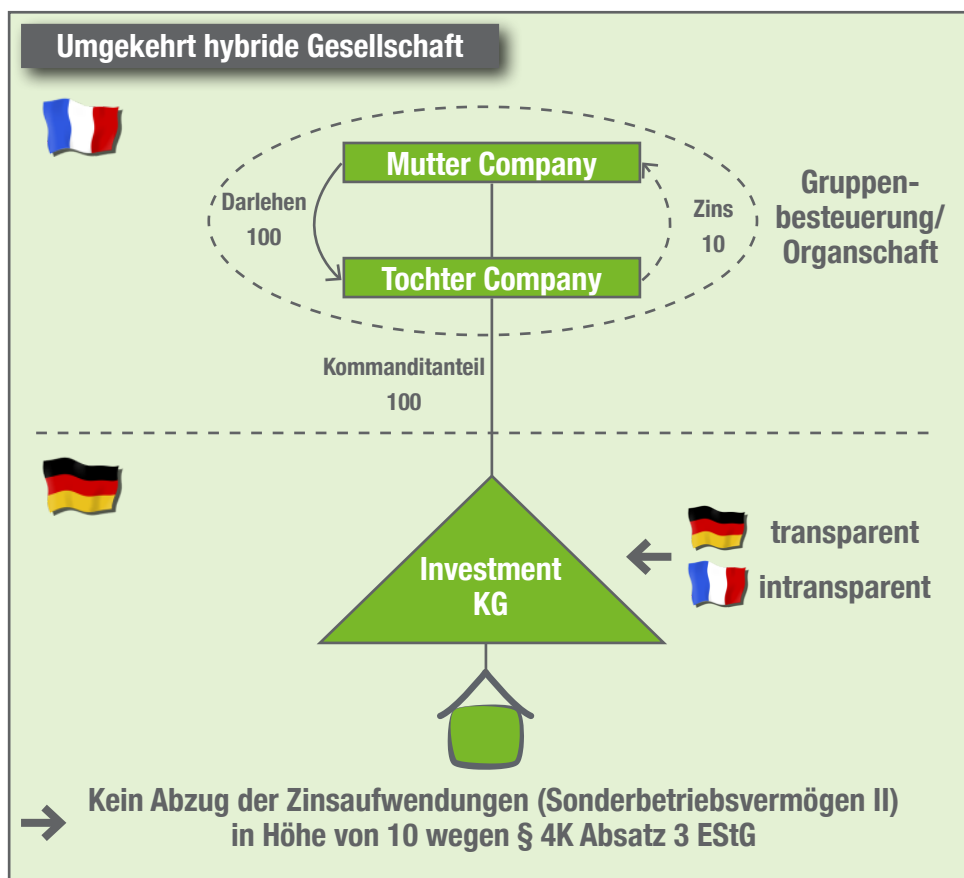
§ 4k Absatz 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz-Entwurf versagt den Betriebsausgabenabzug für Aufwendungen im Rahmen von Leistungsbeziehungen zwischen einer hybriden Gesellschaft und ihrem Anteilseigner oder zwischen Betriebsstätten eines Unternehmens, soweit die aus den Betriebsausgaben resultierenden Erträge im Ausland auf Grund einer abweichenden steuerlichen Behandlung des Rechtsträgers oder einer abweichenden Gewinnaufteilung zwischen den Betriebsstätten keiner Besteuerung unterliegen. Damit wird Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 9 Unterabsatz 1 Buchstabe e und f der ATAD-Richtlinie umgesetzt und der Inbound-Fall geregelt. Ein möglicher Anwendungsfall wäre demnach, wenn der ausländische Anteilseigner einer deutschen GmbH oder AG diese als steuerlich nicht existent betrachten würde. Dies ist etwa im US-Steuerrecht verankert, wenn ausländische Tochtergesellschaften als sogenannte „disregarded entity“ behandelt werden. In den Mitgliedsstaaten der EU ist nach unserer Kenntnis ein dem US-Steuerrecht vergleichbares Konzept einer „disregarded entity“ nicht vorhanden. Ein weiterer Anwendungsfall könnte eine grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung sein, bei der die deutsche Kapitalgesellschaft organschaftlich mit ihrer ausländischen Muttergesellschaft verbunden ist und das Ausland daher die inländische Tochtergesellschaft nicht als eigenständiges Steuersubjekt betrachtet. In diesem Fall würden Zinsaufwendungen der deutschen Tochtergesellschaft keine entsprechenden steuerpflichtigen Erträge im Ausland gegenüberstehen.

Der Satz 2 des Absatzes 2 des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf regelt den Outbound-Fall. Beteiligt sich ein in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtiger an einer aus deutscher Sicht ausländischen vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die im Ausland als Kapitalgesellschaft behandelt wird und gewährt diesem hybriden Rechtsträger ein Darlehen, so ist dieses Darlehen und die damit verbundene Zinszahlung aus deutscher steuerlicher Sicht unbeachtlich. Aufgrund der Behandlung als Kapitalgesellschaft im Ausland erfolgt dort entsprechend der zivilrechtlich begrün-



deten Zinszahlung ein Betriebsausgabenabzug. Verweigert das Ausland nun diesen Betriebsausgabenabzug nicht nach der Primärregel, wird die Zinszahlung auf das steuerrechtlich in Deutschland eigentlich nicht anerkannte Darlehen nun gleichsam im Rahmen einer Qualifikationsverkettung in Deutschland der Besteuerung unterworfen (Sekundärregel). Die Regelung des Satzes 2 betrifft also die „Einnahmeseite“, obwohl der § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf ansonsten nur Einschränkungen des Betriebsausgabenabzugs regelt. Dies Verfahren steht im Einklang mit Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b der ATAD-Richtlinie. Für den Fall einer Beteiligung an einer gewerblichen ausländischen Personengesellschaft regelt bereits § 4i Einkommensteuergesetz die Behandlung von Sonderbetriebsausgaben, sollten diese bereits die steuerliche Bemessungsgrundlage im Ausland reduziert haben.

§ 4k Absatz 3 Einkommensteuergesetz-Entwurf regelt die Fälle der sogenannten umgekehrt hybriden Gesellschaften, die im Staat ihrer Errichtung als transparente, im Staat der unmittelbar oder mittelbar Beteiligten jedoch als intransparente Rechtsträger behandelt werden. Darüber hinaus umfasst Absatz 3 Inkongruenzen auf Grund einer abweichenden Zuordnung von Erträgen zu einzelnen Unternehmensteilen (Betriebsstätten). Entsprechend den Vorgaben der ATAD-Richtlinie wird der Betriebsausgabenabzug insoweit versagt, als die den Aufwendungen entsprechenden Erträge in keinem Staat einer tatsächlichen Besteuerung unterliegen. Die in der ATAD-Richtlinie in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b vorgesehene Regelung, dass im Fall eines umgekehrt hybriden Rechtsträgers eine Besteuerung auf Ebene der transparenten Gesellschaft erfolgt, wird in § 4k Absatz 3 Einkommensteuergesetz-Entwurf nicht umgesetzt. Es entfällt nur der Betriebsausgabenabzug nach der Primärregel.



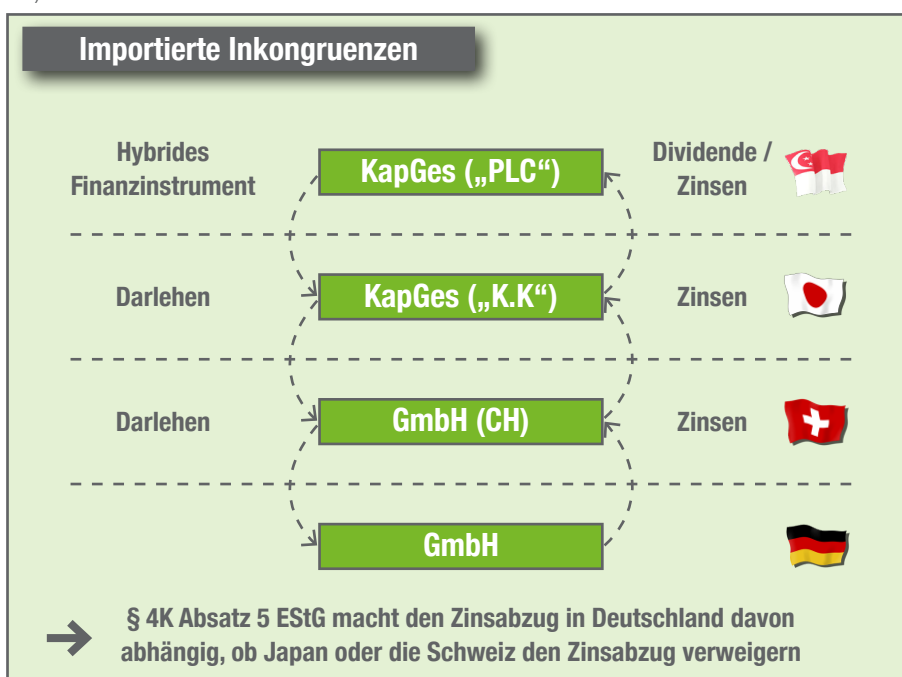
Vom § 4k Absatz 4 Einkommensteuergesetz-Entwurf werden Fälle erfasst, die zu einem doppelten Betriebsausgabenabzug führen, sprich derselbe Aufwand könnte ohne diese Regelung in zwei Staaten steuermindernd geltend gemacht werden (so genannte Double Deduction - oder DD - Sach-



verhalte). Diese Besteuerungssinkongruenz basiert dabei vielfach auf einer Zahlung eines hybriden Rechtsträgers oder einer Anrechnungsbetriebsstätte an einen Dritten im Ausland.



Letztendlich regelt der Absatz 5 des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf ein Betriebsausgabenabzugsverbot für den Fall einer Besteuerungssinkongruenz zwischen zwei Staaten, die durch eine nicht hybride Gestaltung ausgelöst („importiert“) wird (ein so genannter „Imported Hybrid Mismatch - Sachverhalt“).







§ 4k Absatz 6 Einkommensteuergesetz-Entwurf beschränkt den Anwendungsbereich des § 4k EStG auf Leistungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Absatz 2 Außensteuergesetz, Leistungsbeziehungen zwischen einem Unternehmen und seiner Betriebsstätte sowie strukturierte Gestaltungen. Entsprechend der Neufassung des Beherrschungskonzeptes zur Anwendbarkeit des Außensteuergesetzes sind nahestehende Personen solche, die durch abgestimmtes Verhalten zusammenwirken. Ziel der Erweiterung des Kreises der nahestehenden Personen ist es, Gestaltungsmöglichkeiten auszuschließen, in denen der Anwendungsbereich der Anti-Hybrid-Regelungen umgangen wird, in dem Stimmrechts- oder Kapitalbeteiligungen auf verschiedene Personen verteilt werden, die einem gemeinsamen Handlungswillen unterliegen oder gleichgerichtete Interessen verfolgen.

Ergibt sich ein steuerlicher Vorteil aus der Besteuerungsinkongruenz ganz oder zum Teil aus den Bedingungen einer vertraglichen Vereinbarung und ist der Vorteil darin eingerechnet worden, liegt eine strukturierte Gestaltung vor. Unterscheidet sich also der Preis der Gestaltung unter Einbeziehung des steuerlichen Vorteils von dem der ohne diesen Vorteil vereinbart worden wäre, ist von einer strukturierten Gestaltung auszugehen und der Anwendungsbereich des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf ist eröffnet. Darüber hinaus ist auch dann von einer strukturierten Gestaltung auszugehen, wenn die einer Vereinbarung zugrunde liegenden Umstände und damit das Auftreten eines steuerlichen Vorteils bereits bei Abschluss der Vereinbarung absehbar waren. Nur wenn einem Steuerpflichtigen die steuerlichen Vorteile objektiv nicht bewusst waren und er nachweist, dass er aus der steuerlichen Gestaltung auch nicht profitiert hat, wird er vom Anwendungsbereich des Betriebsausgabenabzugsverbots ausgenommen. Um dem Steuerpflichtigen nicht die Beweis- und Darlegungslast für ein regelmäßig nur schwer oder gar nicht nachzuweisendes negatives subjektives Merkmal („nicht bewusst“) aufzuerlegen, enthält Satz 4 als Ausnahme von Satz 3 eine objektive Komponente („wenn nach den äußeren Umständen vernünftigerweise nicht davon auszugehen ist, dass ihm der steuerliche Vorteil bekannt war und er nachweist, dass er nicht an dem steuerlichen Vorteil beteiligt wurde.“). Dies kann insbesondere bei über eine anerkannte Börse an fremde Dritte ausgegebenen Anleihen der Fall sein, bei denen der Zins so berechnet ist, dass er auch für Anleger, bei denen die Zinserträge regulär besteuert werden, attraktiv ist. Auch mit dieser objektiven Komponente ist diese Ausnahme mit hoher Unsicherheit ausgestattet.

Absatz 7 des § 4k Einkommensteuergesetz-Entwurf regelt den Vorrang der nationalen Regelung gegenüber Regelungen in bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen, somit einen Treaty-Override.

### **Die Einnahmenseite**

Weitere Regelungen für eine Besteuerung der Erträge, die aus hybriden Finanzinstrumenten oder der Beteiligung an hybriden Gesellschaften resultieren, enthalten § 50d Absatz 9 Satz 1 Nummer 3 Einkommensteuergesetz-Entwurf, § 3 Nummer 40 Buchstabe d Satz 3 Einkommensteuergesetz-Entwurf und § 8b Absatz 1 Satz 3 Körperschaftsteuergesetz-Entwurf.

Zur Sicherstellung der Besteuerung der Erträge aus hybriden Finanzinstrumenten sind bereits im aktuellen Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz Regelungen enthalten. So ist etwa nach § 8b Absatz 1 Satz 2 Körperschaftsteuergesetz und § 3 Nummer 40 Buchstabe d Satz 2 Einkommensteuergesetz die Steuerbefreiung für Dividenden nur anwendbar, wenn die Dividenden das Einkommen der ausschüttenden Gesellschaft nicht gemindert haben. Beide Vorschriften werden jeweils um einen neuen Satz 3 ergänzt, der die Steuerbefreiung auf Gestaltungen zur Übertragung eines Finanzinstruments ausschließt, wenn der zugrunde liegende Ertrag des übertragenen Instruments für Steuerzwecke so behandelt wird, als sei er zugleich mehr als einer der an der Gestaltung beteiligten Parteien zugeflossen. Im Wesentlichen geht es bei dieser Ergänzung darum, für Erträge aus einem grenzüberschreitenden Wertpapierpapierleih- oder Wertpapierpensionsgeschäft nur einmal



eine Steuerbefreiung zu gewähren, um die Vorgaben aus Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 9 Unterabsatz 1 Buchstabe a der ATAD 1 umzusetzen.

Macht ein ausländischer Staat von dem ihm durch ein Doppelbesteuerungsabkommen zugewiesenen Besteuerungsrecht keinen Gebrauch, kann es unter den Voraussetzungen des § 50d Absatz 9 Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 Einkommensteuergesetz zu einem Rückfall des Besteuerungsrechts nach Deutschland kommen. Dieser so genannte „negative Qualifikationskonflikt“ ergibt sich aus einer abweichenden Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens durch den ausländischen Staat, nicht aber aus dessen nationalen Steuervorschriften. Mit der neuen Nummer 3 des § 50 Absatz 9 Satz 1 Einkommensteuergesetz-Entwurf wird die Empfehlung 1.1 des OECD-Berichts zur Neutralisierung der Effekte sogenannter „hybrid branches“ (Hybrid Branch-Bericht 2017), der Gestaltungen im Zusammenhang mit Betriebsstättenverhalten adressiert, umgesetzt. Eine Freistellung nach einem Doppelbesteuerungsabkommen wird danach für solche Einkünfte versagt, die im ausländischen Staat nur deshalb nicht steuerpflichtig sind, weil sie dieser Staat einer Betriebsstätte in einem anderen Staat zuordnet oder auf Grund einer anzunehmenden schuldrechtlichen Beziehung die steuerliche Bemessungsgrundlage in dem anderen Staat gemindert wird.

## Ausblick

Sowohl die zu erwartenden Änderungen des Außensteuergesetzes ab dem Veranlagungszeitraum 2022 als auch die Regelungen zur Vermeidung von Inkongruenzen in der Besteuerung von hybriden Finanzinstrumenten und der Beteiligung an hybriden Gesellschaften oder hybriden Gestaltungen, die bereits auf Sachverhalte nach dem 31. Dezember 2019 Anwendung finden sollen, stellen hohe Anforderungen an die Transparenz von Beteiligungs- und Finanzierungsstrukturen deutscher Kapitalanleger. Die weitere Entwicklung muss daher in jedem Fall im Auge behalten werden, um zum einen sich eventuell ergebenden Steuererklärungsspflichten nachkommen zu können. Zum anderen können zusätzliche Steuerbelastungen aus dem Einsatz von hybriden Finanzinstrumenten oder hybriden Beteiligungen auftreten, die Anlass für eine Restrukturierung sein könnten. Für neue Investitionen wird man sowohl die Entwicklung des weiteren Gesetzgebungsverfahrens als auch die Umsetzung der ATAD 1 und 2 im Ausland im Blick behalten müssen.

 **bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung!**



**Dr. Carsten Bödecker**  
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-51  
[carsten.boedecker@bepartners.pro](mailto:carsten.boedecker@bepartners.pro)



**Carsten Ernst**  
Partner . Steuerberater

Tel. +49 211 946847-52  
[carsten.ernst@bepartners.pro](mailto:carsten.ernst@bepartners.pro)



**Alexander Skowronek**  
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-62  
[alexander.skowronek@bepartners.pro](mailto:alexander.skowronek@bepartners.pro)



**Johannes Recker**  
Steuerberater

Tel. +49 211 946847-55  
[johannes.recker@bepartners.pro](mailto:johannes.recker@bepartners.pro)



Bödecker Ernst & Partner mbB | Steuerberater . Rechtsanwälte  
Nordstraße 116-118 | 40477 Düsseldorf  
<https://www.bepartners.pro>

