

dere im Wege der Spaltung) eine Aufdeckung stiller Reserven und vollständige Besteuerung einer Sachdividende droht.¹³⁵ Die hiermit verbundene Verschiebung von Besteuerungssubstrat ins Inland hat sicherlich mit der Umsetzung der BEPS-Vorgaben nichts mehr zu tun; hier bedarf es stattdessen dringend einer gesetzlichen Einschränkung (z. B. über die klare gesetzgeberische Ausweitung des § 8b Abs. 1 Satz 4 KStG auf verhiderte Vermögensmehrungen, wenn man diese nicht bereits in der jetzigen Gesetzesfassung hierunter subsumieren will).¹³⁶

Im Rahmen der Beratungen des Zollkodex-Anpassungsgesetzes¹³⁷ hat der **86** Finanzausschuss dem Bundesrat in den Empfehlungen der Ausschüsse vom 24. 10. 2014 einen Vorschlag zur Versagung des Betriebsausgabenabzugs bei fehlender Erfassung der Zahlung auf Ebene des Empfängers in Form eines **§ 4 Abs. 5 a EStG-E** gemacht,¹³⁸ denen der Bundesrat am 7. 11. 2014 gefolgt ist,¹³⁹ der letztlich jedoch bislang keinen Niederschlag im Gesetz gefunden hat. § 4 Abs. 5 a EStG-E hatte den folgenden Wortlaut:

„(5a) ¹Aufwendungen sind nicht als Betriebsausgaben abziehbar, soweit sie beim unmittelbaren oder mittelbaren Empfänger nicht als Einnahmen in der Steuerbemessungsgrundlage berücksichtigt werden oder einer Steuerbefreiung unterliegen, weil das zugrunde liegende Rechtsverhältnis bei der Besteuerung des Leistenden und des Empfängers nicht einheitlich als Fremdkapitalüberlassung behandelt wird. ²Die einer Betriebsausgabe zugrunde liegenden Aufwendungen sind nur abziehbar, soweit die nämlichen Aufwendungen nicht in einem anderen Staat die Steuerbemessungsgrundlage mindern. ³Satz 2 gilt nicht, wenn die Berücksichtigung der Aufwendungen ausschließlich dazu dient, einen Progressionsvorbehalt im Sinne des § 32b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder eine Steueranrechnung im Sinne des § 34c oder im Sinne des § 26 Absatz 1 des Körperschaftsteuergesetzes zu berücksichtigen.“

Für die hier besprochenen Fälle hybrider Finanzinstrumente wäre der Satz 1 des § 4 Abs. 5 a EStG-E maßgeblich gewesen; Satz 2 betraf hingegen die steuerliche Behandlung von DD-Ergebnissen, auf die in → Rn. 152–198 noch einzugehen sein wird. § 4 Abs. 5 a Satz 1 EStG-E bestimmte, dass der Abzug beim Zahlenden nicht zu gewähren ist, wenn die Zahlung beim Empfänger nicht als Einnahmen in der Steuerbemessungsgrundlage berücksichtigt wird oder von der Besteuerung freigestellt wird, weil das zugrunde liegende Rechtsverhältnis bei der Besteuerung des Leistenden und des Empfängers nicht einheitlich als Fremdkapitalüberlassung behandelt wird.

Die von der OECD vorgesehene eingeschränkte Anwendung auf Gestaltungen zwischen nahestehenden Personen und strukturierten Gestaltungen

¹³⁵ Zur Diskussion *Becker/Kamphaus/Loose* IStR 2013, 328 ff.; *Hruschka* IStR 2012, 845 ff.

¹³⁶ *Schnitger/Fehrenbacher/Schnitger* KStG § 8b Rn. 249; kritisch *DPM/Pung* KStG § 8b Rn. 92b.

¹³⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Abgabenordnung an den Zollkodex der Union und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften, erster Referentenentwurf v. 26. 8. 2014, Regierungsentwurf v. 18. 9. 2014.

¹³⁸ BR-Drs. 432/1/14 v. 24. 10. 2014.

¹³⁹ BR-Drs. 432/14 (B) v. 7. 11. 2014; siehe zu dieser Vorschrift z. B. *Linn* IStR 2014, 920 ff.; *Kahlenberg* ISR 2015, 91 ff.

gen¹⁴⁰ sah der Entwurf jedoch nicht vor.¹⁴¹ Auch ein Vorrangverhältnis zu einer § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG vergleichbaren ausländischen Regel wurde nicht deutlich.

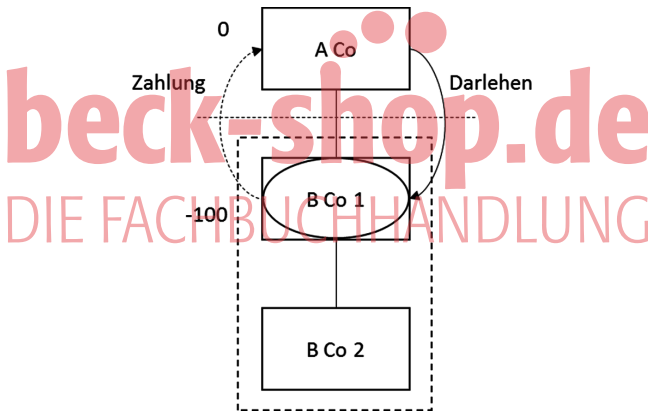
- 87 Die Beschränkung des Betriebsausgabenabzugs für Zahlungen aufgrund von Wertpapierleihen wird – wie bereits beschrieben – in **§ 8b Abs. 10 KStG** geregelt.

4. Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen

a) Allgemeines

- 88 **Beispiel 3.1:**¹⁴² Die im Staat A ansässige A Co hält sämtliche Anteile an der im Staat B ansässigen B Co 1. B Co 1 ist aus Sicht des Staates A steuerlich transparent und aus Sicht des Staates B steuerlich intransparent (sog. hybride Gesellschaft). Die Ergebnisse der B Co 1 werden für steuerliche Zwecke des Staates B mit den Ergebnissen ihrer Tochtergesellschaft B Co 2 konsolidiert (Organschaft).

B Co 1 nimmt ein verzinsliches Darlehen bei A Co auf. Die Zinszahlungen sind aus Sicht des Staates B bei B Co 1 steuerlich abzugsfähig und können aufgrund der steuerlichen Konsolidierung mit Einnahmen der B Co 2 verrechnet werden. Nach den steuerlichen Wertungen des Staates A existiert die Darlehensbeziehung aufgrund der steuerlichen Transparenz der B Co 1 hingegen nicht, sodass A Co aus Sicht des Staates A steuerlich keine Zinserträge erzielt.



- 89 Die im Beispiel 3.1 beschriebene Konstellation führt zu einem steuerlichen Abzug im Staat B bei gleichzeitiger steuerlicher Nichtberücksichtigung im Staat A (D/NI-Ergebnis). Die von der OECD vorgeschlagene Korrespondenzregel („**Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen**“) entspricht in ihrer Wirkungsweise weitestgehend der für hybride Finanzinstrumente vorgesehenen Korrespondenzregel: Wiederum soll vorrangig der Abzug beim Zahlenden (B Co 1) versagt werden (**vorrangige Maßnahme**). Sofern Staat B die vorrangige Maßnahme nicht anwendet,

¹⁴⁰ Vgl. → Rn. 71f.

¹⁴¹ Zur Kritik vgl. *Linn* IStR 2014, 920 (922).

¹⁴² Vgl. OECD (2014), Action 2 – Draft Report, Rn. 73.

soll die Zahlung nach der **Abwehrregel** beim Empfänger (A Co) steuerlich erfasst werden.¹⁴³

Anders als bei dem im Beispiel 2.1 besprochenen hybriden Finanzinstrument liegt der Grund für die Nichtbesteuerung im Staat A allerdings nicht in der Anwendung der Freistellungsmethode, sondern in der fehlenden Steuerbarkeit der Zahlung (aus Sicht von Staat A handelt es sich lediglich um eine Zahlung von einer unselbstständigen Betriebsstätte). Die Umsetzung der Abwehrregel durch die Staaten könnte daher in technischer Hinsicht Probleme bereiten, da nicht lediglich die Anwendung der Freistellungsmethode versagt wird, sondern ein neuer Besteuerungstatbestand geschaffen werden muss.

Für die Bestimmung, ob ein D/NI-Ergebnis vorliegt, gelten die diesbezüglichen Ausführungen im Kapitel zu hybriden Finanzinstrumenten weitestgehend entsprechend.¹⁴⁴ Abschreibungen auf materielle oder immaterielle Wirtschaftsgüter können nach Ansicht der OECD nicht zu einem D/NI-Ergebnis führen.¹⁴⁵ Dies gilt auch dann, wenn **Abschreibungen** zu einem Abzug führen, ohne dass bei einer anderen Person ein Ertrag entsteht:

Beispiel 3.2: A Co entwickelt ein Patent und hat in diesem Zusammenhang Aufwendungen von 100. A Co verkauft das Patent für 200 an B Co. Der Ertrag aus der Veräußerung des Patents unterliegt im Staat A annahmegemäß keiner Besteuerung (z. B., weil B Co aus Sicht von Staat A steuerlich transparent ist). B Co aktiviert das Patent mit seinen Anschaffungskosten von 200 und kann diese in den Folgejahren steuerwirksam abschreiben. Es entsteht ein D/NI-Ergebnis i. H. v. 200.

Beispiel 3.2 könnte so beurteilt werden, dass Abschreibungen zu einem D/NI-Ergebnis führen. Gleichwohl bleiben Abschreibungen bei der Ermittlung eines D/NI-Ergebnisses nach Auffassung der OECD unberücksichtigt, da nur „Zahlungen“ von der Hybrid-Mismatch-Regel umfasst sind; bei einer Abschreibung fehlt es hingegen an einer solchen Zahlung.

Anders als bei den Regeln für hybride Finanzinstrumente¹⁴⁶ kommt die Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen nur dann zur Anwendung, soweit der die Zahlung Leistende nach inländischem Steuerrecht **tatsächlich** zu einem steuerlichen Abzug für eine Zahlung berechtigt ist.¹⁴⁷ Soweit die Zahlung auf Grund anderer steuerlicher Regeln (einschließlich der Regel für hybride Finanzinstrumente) nicht abzugsfähig ist, ist die Regel hingegen nicht anzuwenden.

Eine **spezifische Empfehlung** ist anders als bei den hybriden Finanzinstrumenten für Zahlungen einer hybriden Gesellschaft nicht vorgesehen. Insoweit unterscheidet sich die hier besprochene Konstellation von Gestaltungen mit hybriden Finanzinstrumenten, da bei Zahlungen einer hybriden Gesellschaft vorrangig immer der Staat des Zahlungsleisters den Qualifikationskonflikt beseitigen soll und der Empfängerstaat diesen nur nachrangig

¹⁴³ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 121 und 128; *Lüdicke* BIT 2014, 309 (315) sieht dieses Vorgehen aus systematischer Sicht kritisch.

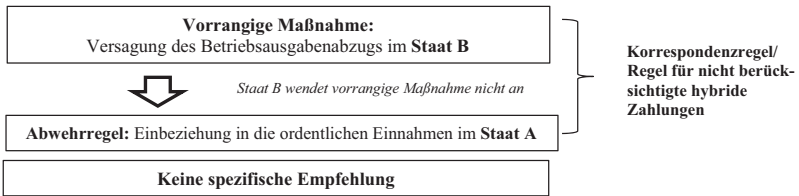
¹⁴⁴ Vgl. → Rn. 24ff.

¹⁴⁵ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 121.

¹⁴⁶ Siehe hierzu → Rn. 27 sowie → Rn. 36.

¹⁴⁷ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 122.

vermeidet, wenn der Staat des Zahlungsleiters keine Maßnahmen umgesetzt hat. Damit ergibt sich im Fall von Zahlungen hybrider Gesellschaften folgende Anwendungsreihenfolge:



- 93 In bestimmten Fällen kann es zu Überschneidungen zwischen dem Anwendungsbereich der Regel für hybride Finanzinstrumente und der Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen kommen.¹⁴⁸ In diesen Fällen soll die Regel für hybride Finanzinstrumente nach Ansicht der OECD vorrangig Anwendung finden.¹⁴⁹ Soweit der Qualifikationskonflikt bereits durch die Regel für hybride Finanzinstrumente beseitigt wird, erübrigt sich somit die Anwendung der Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen.

Beispiel 3.3: Der im Staat A ansässigen A Co 1 gehören sämtliche Anteile an der ebenfalls im Staat A ansässigen A Co 2. Die Ergebnisse der A Co 1 und A Co 2 werden für steuerliche Zwecke in Folge einer Gruppenbesteuerung konsolidiert. Hierdurch bleiben Geschäftsvorfälle und Zahlungen zwischen A Co 1 und A Co 2 für steuerliche Zwecke unberücksichtigt.

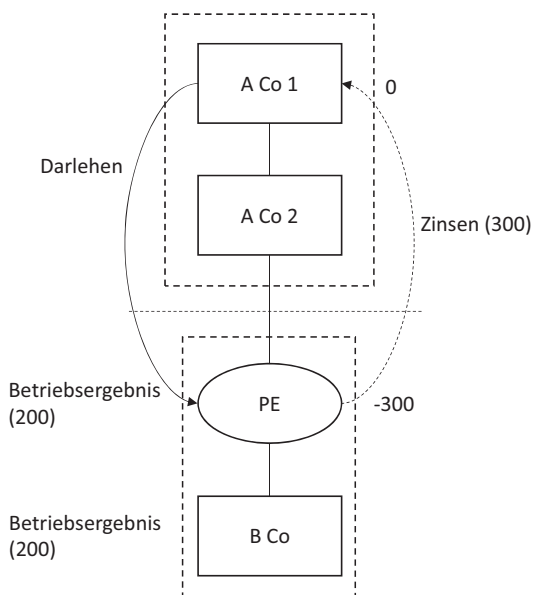
A Co 2 verfügt über eine Betriebsstätte im Staat B. Dieser Betriebsstätte sind sämtliche Anteile an der im Staat B ansässigen B Co zuzurechnen. Nach den Rechtswertungen des Staates B ist eine steuerliche Konsolidierung zwischen den Betriebsstätten einkünften und den Einkünften von B Co in Folge einer weiteren Gruppenbesteuerung möglich.

A Co 2 nimmt bei A Co 1 ein Darlehen auf. Das Darlehen wird der Betriebsstätte von A Co 2 im Staat B zugerechnet.

Im Staat A bleibt die Darlehensbeziehung zwischen A Co 1 und A Co 2 aufgrund der Gruppenbesteuerung unberücksichtigt, sodass die von A Co 1 erhaltenen Zinszahlungen steuerlich nicht erfasst werden. Staat B gewährt für die Zinszahlungen einen Betriebsausgabenabzug in der Betriebsstätte, der mit den Einnahmen der B Co im Rahmen der Gruppenbesteuerung im Staat B verrechnet werden kann. Es entsteht ein D/NI-Ergebnis.

¹⁴⁸ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Beispiel 3.2.

¹⁴⁹ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 123 und Beispiel 3.2. Rn. 11 sowie Rn. 286.



Im Beispiel 3.3 kommt sowohl die Anwendung der Regel für hybride Finanzinstrumente als auch die Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen in Frage. Die Regel für hybride Finanzinstrumente setzt jedoch voraus, dass die Inkongruenz auf die unterschiedliche Beurteilung der Konditionen des Instruments zwischen den Beteiligten zurückzuführen ist (d. h. wenn Staat A das von A Co 1 an A Co 2 vergebene Finanzinstrument als Eigenkapital und Staat B dieses als Fremdkapital einordnet). Dabei ist es unbedeutend, dass Staat A diese Zahlung aufgrund der steuerlichen Konsolidierung steuerlich nicht berücksichtigt. Denn wie bereits erläutert,¹⁵⁰ setzt die Anwendung der Regel für hybride Finanzinstrumente keine genauen Kenntnisse zur steuerlichen Behandlung im anderen Staat voraus.¹⁵¹ Falls das von A Co 1 an A Co 2 vergebene Finanzinstrument nicht unter die Regel für hybride Finanzinstrumente fällt, soll die Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen anwendbar sein, d. h. diese ist nachrangig gegenüber der Regel für hybride Finanzinstrumente.¹⁵²

b) Doppelt berücksichtigte Einnahmen

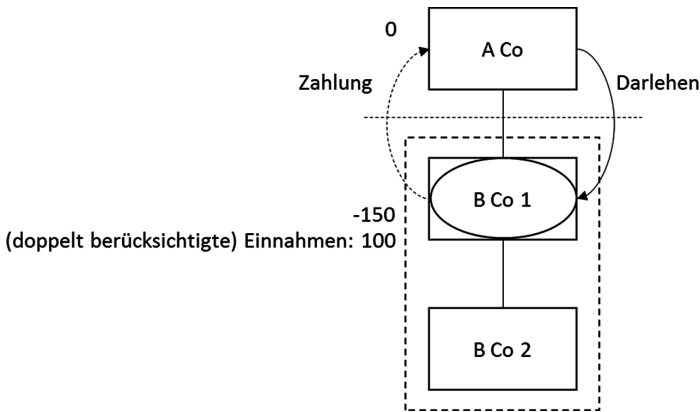
aa) Allgemeines. Eine Einschränkung der vorstehenden Grundsätze ergibt sich, wenn sog. doppelt berücksichtigte Einnahmen vorliegen: 94

Beispiel 3.4: Wie Beispiel 3.1. Nunmehr erzielt B Co 1 Einnahmen von 100, die in Staat A und B erfasst werden, und leistet eine steuerlich abzugsfähige (Zins-)Zahlung an A Co i. H. v. 150, die mangels steuerlicher Berücksichtigung im Staat A zu einem D/NI-Ergebnis i. H. v. 150 führt. B Co 2 erzielt keine Einnahmen.

¹⁵⁰ Vgl. → Rn. 27.

¹⁵¹ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Beispiel 3.2 Rn. 8.

¹⁵² Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Beispiel 3.2 Rn. 11.



Im Beispiel 3.4 hat die steuerliche Einordnung von B Co 1 als hybride Gesellschaft zur Folge, dass die von ihr erzielten Einnahmen grundsätzlich in beiden Ländern besteuert werden (sog. „**doppelt berücksichtigten Einnahmen**“ bzw. „**dual inclusion income**“). Denn während B Co 1 von Staat B als eigenes Steuersubjekt besteuert wird, rechnet Staat A die Einnahmen aufgrund der steuerlichen Transparenz A Co zu und besteuert diese ebenfalls.

In diesem Fall doppelt berücksichtigter Einnahmen sieht die OECD den steuerlichen Abzug der Zinsaufwendungen im Staat B – trotz steuerlicher Nichterfassung der Zahlung im Staat A – als zulässig an, um eine sich ansonsten ergebende doppelte Besteuerung der Einnahmen von B Co 1 zu vermeiden. Die Regel für nicht berücksichtigte hybride Zahlungen soll dementsprechend in Höhe der doppelt berücksichtigten Einnahmen keine Anwendung finden.¹⁵³ Dies gilt sowohl für die Anwendung der vorrangigen Maßnahme als auch für die Anwendung der Abwehrregel.¹⁵⁴

- 95** Im Beispiel 3.4 trifft Staat B grundsätzlich eine Verpflichtung zur Beseitigung des D/NI-Ergebnisses nach der **vorrangigen Maßnahme** mittels Einschränkung des Betriebsausgabenabzugs bei B Co 1 i. H. v. 150. Allerdings erzielt B Co 1 doppelt berücksichtigte Einnahmen von 100, da diese im Staat B und – wegen der steuerlichen Transparenz der B Co 1 aus Sicht des Staates A – auch im Staat A der Besteuerung unterliegen. Der Betriebsausgabenabzug im Staat B muss daher nur in Höhe des Betrags versagt werden, um den der Betriebsausgabenabzug die doppelt berücksichtigten Einnahmen übersteigt ($150 - 100 = 50$).
- 96** Sofern Staat B die vorrangige Maßnahme nicht anwendet, erfasst Staat A nach der **Abwehrregel** nur den die doppelt berücksichtigten Einnahmen übersteigenden Teil von 50 (statt 150) als ordentliche Einnahme. In diesem Fall besteuert Staat A Einkünfte von 150 (Einnahmen von B Co 1 i. H. v. 100 zzgl. 50 aus der Anwendung der Abwehrregel) und B Co 1 erzielt einen Verlust von -50 ($100 - 150$).

¹⁵³ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 124.

¹⁵⁴ Vgl. OECD (2015), Action 2 – Final Report, Rn. 120.

Zu einem nicht akzeptablen Betriebsausgabenabzug der Zinsaufwendungen im Staat B kommt es nach Ansicht der OECD somit nur, soweit die Zinsaufwendungen mit Einnahmen verrechnet werden, die nur in einem der Staaten der Besteuerung unterliegen, d. h. wenn es sich bei diesen Einnahmen um nicht doppelt berücksichtigte Einnahmen handelt. Dies ist etwa im Beispiel 3.1 der Fall, da dort durch eine steuerliche Konsolidierung zwischen B Co 1 und B Co 2 Betriebsausgaben und Einnahmen im Staat B verrechnet werden können, die Einnahmen von B Co 2 im Staat A jedoch infolge der Qualifikation als eigenes Steuersubjekt nicht der Besteuerung unterliegen.¹⁵⁵ 97

Ein wirtschaftlicher Zusammenhang der Zahlungen, die zu dem D/NI Ergebnis bzw. den doppelt berücksichtigten Einnahmen führen, wird von der OECD für nicht erforderlich gehalten. Diese Rechtsauffassung ist sachgerecht. Denn sowohl das D/NI-Ergebnis als auch die doppelt berücksichtigten Einnahmen sind auf die steuerliche Einordnung von B Co 1 als hybrider Rechtsträger zurückzuführen. Wenn Qualifikationskonflikte durch die Maßnahmen der OECD beseitigt werden sollen, dürfen die dafür eingesetzten Maßnahmen nicht einseitig wirken; sachgerecht ist vielmehr, dass das D/NI-Ergebnis und eine Doppelbesteuerung gleichzeitig und umfassend vermieden werden.

Die OECD äußert sich nicht ausdrücklich zu der Frage, welchen Einfluss ein zwischen den Staaten A und B bestehendes **Doppelbesteuerungsabkommen** auf die Bestimmung der doppelt berücksichtigten Einnahmen haben kann: 98

Doppelt berücksichtigte Einnahmen liegen unstrittig vor, wenn B Co 1 aus Sicht des Staates A keine abkommensrechtliche Betriebsstätte begründet und dem Staat A daher das ausschließliche Besteuerungsrecht für die von B Co 1 erzielten Einnahmen zusteht (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 oder Art. 21 Abs. 1 OECD-MA), während Staat B aufgrund der Einordnung von B Co 1 als eigenständiges Steuersubjekt ebenfalls davon ausgeht, dass ihm das ausschließliche Besteuerungsrecht zusteht. In diesem Fall werden die Einnahmen in beiden Staaten versteuert, ohne dass eine Doppelbesteuerung vermieden wird.

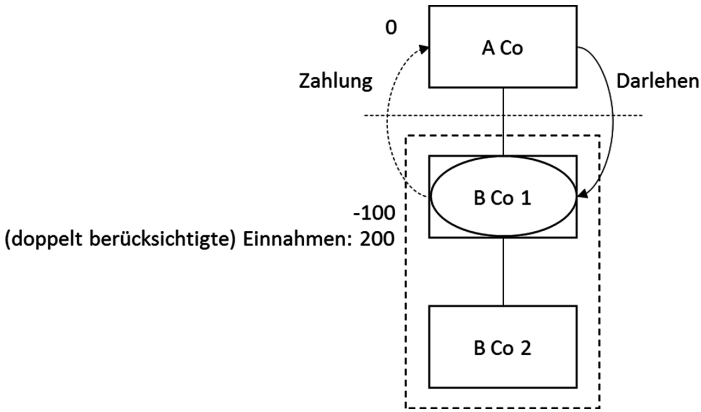
Sofern hingegen das DBA nach den Rechtswertungen des Staates A die **Anrechnung** ausländischer Steuern vorsieht, stellt sich die Frage, ob die Anrechnung der Annahme doppelt berücksichtigter Einnahmen entgegensteht. Denn wie bereits im Zusammenhang mit der Bestimmung eines D/NI-Ergebnisses gezeigt wurde, werden die Einnahmen durch die Anrechnung ausländischer Steuern (teilweise) von der Besteuerung „abgeschirmt“, sodass die Einnahmen nicht dem vollen Grenzsteuersatz unterliegen und daher nicht als ordentliche Einnahmen zu qualifizieren sind.¹⁵⁶ 99

Beispiel 3.5: Wie Beispiel 3.1. B Co 1 erzielt Einnahmen i. H. v. 200 und leistet eine steuerlich abzugsfähige (Zins-)Zahlung an A Co i. H. v. 100, die mangels steuerlicher Berücksichtigung im Staat A zu einem D/NI-Ergebnis i. H. v. 100 führt. B Co 2 erzielt keine Einkünfte.

¹⁵⁵ Zu weiteren Möglichkeiten zur Verrechnung mit nicht doppelt berücksichtigten Einnahmen vgl. → Rn. 101 ff.

¹⁵⁶ Vgl. → Rn. 61 ff.

B Co 1 begründet nach den Rechtswertungen des Staates A eine abkommensrechtliche Betriebsstätte. Nach dem DBA zwischen Staat A und Staat B ist die Doppelbesteuerung bei Betriebsstättenereinkünften nach der Anrechnungsmethode zu vermeiden. Der Steuersatz beträgt in beiden Staaten 30%.



Im Beispiel 3.5 werden im Staat B Steuern von 30 ($[200 - 100] \times 30\%$) erhoben. Aufgrund der steuerlichen Transparenz von B Co 1 aus Sicht des Staates A unterliegen die von B Co 1 erzielten Einnahmen von 200 auch im Staat A der Besteuerung. Der im Staat B geltend gemachte Betriebsausgabenabzug von 100 wird bei der Besteuerung im Staat A hingegen nicht berücksichtigt, da die Zahlung von B Co 1 an A Co nach den Rechtswertungen des Staates A steuerlich nicht existiert. Somit ergeben sich im Staat A Steuern i. H. v. 60 ($200 \times 30\%$), wobei aufgrund des DBA zwischen Staat A und Staat B die im Staat B erhobenen Steuern von 30 angerechnet werden können, sodass sich die vom Staat A erhobene Steuer auf 30 beläuft.

Da die Einnahmen von 200 durch die Anrechnung der vom Staat B erhobenen Steuern im Staat A i. H. v. 50%¹⁵⁷ von der Besteuerung „verschont“ werden, könnte man von doppelt berücksichtigten Einnahmen i. H. v. nur 100 ausgehen. Dies würde auch ausreichen, um die Anwendung der vorrangigen Maßnahme bzw. der Abwehrregel auszuschließen, da sich das D/NI-Ergebnis nur auf 100 beläuft.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass aufgrund des Betriebsausgabenabzugs im Staat B die steuerliche Bemessungsgrundlage im Staat B um 100 geringer ist als im Staat A. Bei der Anrechnung im Staat A wird daher – zumindest bei identischen Steuersätzen in Staat A und Staat B – ein Betrag in Höhe des Betriebsausgabenabzugs im Staat B nicht von der Besteuerung abgeschirmt (Staat B erhebt Steuern auf Einkünfte von 100, wohingegen Staat A Einkünfte von 200 besteuert und nur eine Anrechnung der von Staat B auf Einkünfte von 100 erhobenen Steuern zulässt, sodass im Staat A Einkünfte von 100 nicht von der Besteuerung „abgeschirmt“ werden).

¹⁵⁷ Vor Anrechnung beträgt die Steuer 60, nach Anrechnung 30.