



Teiltransparente EU-Holdinggesellschaften als steuerliches Investitionsvehikel deutscher Unternehmen in der Post-BEPS-Welt

Satenik Melkonyan

Filip Schade

European University Viadrina Frankfurt (Oder)
Department of Business Administration and Economics
Discussion Paper No. 398
Juni 2018
ISSN 1860 0921

Teiltransparente EU-Holdinggesellschaften als steuerliches Investitionsvehikel deutscher Unternehmen in der Post-BEPS-Welt

Satenik Melkonyan und Filip Schade, Frankfurt (Oder)*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung: Problemstellung und Ziel der Untersuchung	2
II.	Rechtsform- und Standortfaktoren einer EU-Zwischenholding aus unternehmerischer Sicht	4
1.	Zivilrechtliche Grundbedingungen	4
2.	Steuerrechtliche Grundbedingungen	5
3.	Die niederländische oCV als Zielgesellschaft	9
III.	Mind the gap! Steueroptimale Gewinnrepatriierungen über eine oCV im EU-Raum	11
1.	Schritt 1: EU-Dividendenausschüttungen an eine oCV als Zwischenholding	11
a)	Niederländische Perspektive	11
b)	Deutsche Perspektive	12
2.	Schritt 2: Zurechnung der Dividende zu der deutschen Konzernspitze	14
a)	Niederländische Perspektive	14
b)	Deutsche Perspektive	16
c)	Abkommensrecht	16
IV.	Der gegenwärtig multidimensional proliferierende Abwehrapparat: Emotionaler Aktionismus?	20
1.	Der multinationale Ursprung der BEPS-Bekämpfung	21
2.	Die supranationale Richtschnur der Abwehrmaßnahmen	22
a)	Die subject-to-tax-Klausel des Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR	24
b)	Die speziellen Missbrauchsbekämpfungsvorschriften der Anti-BEPS-Richtlinie	24
c)	Der (potenzielle) Einfluss sekundärrechtlicher allgemeiner Anti-Missbrauchsregelungen	27
d)	Zwischenergebnis	30
3.	Der bilaterale Entschluss der Einmalbesteuerung	30
a)	Die Rückfallklausel des Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL	32
b)	Die Umschaltklausel nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) DBA DE/NL	33
c)	Der (potenzielle) Einfluss des MLI	33
d)	Zwischenergebnis	36
4.	Das unilaterale Bestreben nach Wahrung des ausgewogenen Besteuerungssubstrats	36
a)	Niederländische Perspektive	38
b)	Deutsche Perspektive	40
c)	Zwischenfazit	44
V.	Thesenförmiges Fazit	44

Mit dem BEPS-Projekt zielt die OECD darauf ab, die Gewinnverlagerung und -verkürzung seitens der international agierenden Konzerne durch die Harmonisierung der Steuersysteme zu bekämpfen. Die einzelnen Aktionspunkte dieses Projekts werden derzeit entweder auf EU-Ebene oder mithilfe bi- oder unilateraler Maßnahmen umgesetzt. Die (Gesetzes-)Initiativen sollen vornehmlich bezwecken, die steuerlich als missbräuchlich einzustufenden treaty- und directive-shopping-Fälle u.a. durch Installierung substanzschwacher Zwischengesellschaften zu unterbinden. Der vorliegende Beitrag soll die erwähnten Maßnahmen auf ihre Rechtswirksamkeit überprüfen. So werden zunächst anhand einer qualitativ-empirischen Erhebung partiell transparente EU-Zwischenholdingrechtsformen bestimmt, welche für steuerschonende Gestaltungsmodelle deutscher Konzerne potenziell in Frage kämen. Sodann erfolgt eine normative Analyse der multidimensionalen Abwehrmaßnahmen, welche die herausgearbeiteten

* M.Sc. Satenik Melkonyan & Mag. iur. Filip Schade, LL.M., sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) sowie Doktoranden am I CEE Tax (Institute for Central and East European Taxation).

Holdingsstrukturen ins Visier nehmen und beseitigen wollen. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, dass die alleinige Konzentration auf die Bekämpfung von Steuermisbrauch im Rahmen des Anti-BEPS-Programms und die hiermit verknüpfte Verabschiedung voneinander isolierter Maßnahmen nicht genügt, um dem Phänomen der Steuerflucht gänzlich entgegenzutreten: Solange die Mutter-Tochter-Richtlinie über keine sog. beneficial-owner-Regelung verfügt, können europäische Konzerne weiterhin „übermäßige“ Steuerersparnisse in Bezug auf Gewinnrepatriierungen aus dem EU-Raum erzielen.

I. Einleitung: Problemstellung und Ziel der Untersuchung

Schon seit längerem stehen multinationale Großkonzerne in der Kritik, legale Gestaltungsschlupflöcher auszunutzen, um so – trotz hoher Gewinne – ihre Konzernsteuerquote möglichst gering zu halten.¹ Den Nährboden für diese sich schädlich auf den globalen Wettbewerb der Wirtschaftsstandorte auswirkenden Steuermisbrauchspraktiken bildete bislang ebenso die Überzeugung, die Ausgestaltung des Ertragsteuersystems sowie DBA-Vertragsnetzes sei eine souveräne Angelegenheit des jeweiligen Einzelstaates und bedarf somit keiner weitgehenden Abstimmung innerhalb der internationalen Staatengemeinschaft.² Die Staaten folgten demnach der von *Jackstein* formulierten Maxime: „*Business goes global, taxes stay local*“.³ Diese Einschätzung erwies sich mittlerweile allerdings als Trugschluss, sind die einzelstaatlichen Vorkehrungen doch oft nicht in der Lage, mehrstufige internationale Konzernstrukturen steuerlich gänzlich zu erfassen.⁴

Sukzessive wurde der internationalen Staatengemeinschaft bewusst, dass ohne Harmonisierung der Steuersysteme das Problem des Steuermisbrauchs nur symptomatisch angegangen wird.⁵ Mit der Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-Initiative möchte die OECD dementsprechend einen Paradigmenwechsel bei der globalen Steuermisbrauchsbekämpfung erwirken. Die EU geht sogar einen Schritt weiter und vermag mit den verabschiedeten Richtlinien gegen BEPS (im Weiteren: ATAD I⁶ und ATAD II⁷) die im Rahmen des OECD-Aktionsplans herausgearbeiteten Ergebnisse für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlich in Form eines einheitlichen Mindeststandards⁸ umzusetzen.

Diese entschiedene und koordinierte Herangehensweise könnte die Überzeugung erwecken, dass eingangs erwähnte Gestaltungsschlupflöcher – zumindest im EU-Raum – nahezu vollständig unterbunden werden.⁹ Doch ist dem tatsächlich so? Können sich zukünftig (deutsche)

¹ Zur Bedeutung und Ausprägung des Begriffs der Konzernsteuerquote vgl. bspw. *Zielke*, *StuW* 2009, 63 (67); *Vera*, *StuW* 2001, 308 (309) jeweils m.w.N.

² Ähnlich hierzu bereits *Raupach*, *StuW* 2000, 341 (355). Ausführlich zur Schädlichkeit des Steuerwettbewerbs zwischen den Staaten *Piantavigna*, *WTJ* 2017, 477 (477 ff. und 496 ff.).

³ *Jackstein*, in: *Raupach*, *Verrechnungspreissysteme multinationaler Unternehmen*, 1999, 215.

⁴ Ausführlich zum nationalen Prinzip, wonach einzelne Schritte einer mehraktigen Gestaltung zusammenzufassen und sodann als Ganzes der Besteuerung zu unterwerfen sind (auch Gesamtplan genannt) und dessen Schwächen vgl. *Kempelmann*, *StuW* 2016, 385-395.

⁵ In einem ähnlichen Kontext bereits *Hey*, *StuW* 2005, 317 (324); *Lang*, *IStR* 2013, 365 (372). Zur Kontroverse zwischen der positiven Integration in Form der Harmonisierung und der negativen Integration in Gestalt der Überwindung der Binnenmarkthindernisse im EU-Raum vgl. *Seiler*, *StuW* 2005, 25-36.

⁶ Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts v. 12.7.2016, *ABl. EU* L 193 v. 19.7.2016, 1.

⁷ Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern v. 29.5.2017, *ABl. EU* L 144 v. 7.6.2017, 1.

⁸ Vgl. *Docclo*, *BIT* 2017, 367 (368); *Hey*, *StuW* 2017, 248 (250).

⁹ So bspw. *Haase*, in: *Haase*, *MLI*, 2018, Einführung, Rz. 11. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass in jüngster deutscher steuerpolitischer Vergangenheit eine Vielzahl von Antimissbrauchsbestimmungen in nationale, wie abkommensrechtliche Gesetzesform gegossen wurden. In der Folge weisen multinational agierende Konzerne in Deutschland durchschnittlich eine höhere effektive Konzernsteuerquote auf als rein nationale Großunternehmen. Vgl. *Watrin/Thomsen*, *StuW* 2016, 3 (7 ff.).

Konzerne mit Substanz ausgestatteter Zwischenholdingstrukturen nicht mehr bedienen, ohne damit gleich den Verdacht einer mutmaßlichen Steuerumgehung auszulösen? Dieser Fragestellung nimmt sich der folgende Beitrag an. Das Ziel der Untersuchung ist dabei zum einen, mithilfe eines qualitativ-empirischen Forschungsansatzes¹⁰ die als EU-Zwischenholding in Frage kommenden teiltransparenten Rechtsformen zu identifizieren. Im Anschluss daran sollen auf Basis einer normativen Analyse die Effektivität der aktuell umzusetzenden nationalen, wie internationalen Abwehrmaßnahmen hinterfragt sowie Regelungsdefizite in den Schnittstellenbereichen zwischen nationalem und internationalem Steuerrecht bei der Nutzung von teiltransparenten EU-Zwischenholdingstrukturen herausgearbeitet werden.

Als Grundlage für die Untersuchung dient ein deutscher Konzern mit EU-weiten wirtschaftlichen Aktivitäten sowie zahlreichen in diesem Geflecht existierenden Produktionsstätten und Vertriebsstrukturen in Form von EU-Gesellschaften¹¹ i.S.d. Mutter-Tochter-Richtlinie¹² (vgl. Abb. 1). Es werden keine substanzschwachen Gestaltungen aufgesetzt.¹³ Als Konzernspitze und letzte Instanz der Entscheidungsmacht wird eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige und somit dort ansässige natürliche Person betrachtet, da die Suche nach rechtlicher und ökonomischer Optimalität bis zur letzten Ebene erfolgen soll. Zudem wird von einer Unterordnungskonzernstruktur i.S.d. § 18 Abs. 2 AktG ausgegangen, im Rahmen welcher zwischen Konzernspitze und EU-Grundeinheiten eine ausländische Zwischeneinheit geschaltet wird.¹⁴ Aus haftungsrechtlichen Gründen wird erwogen, die Konzernspitze in der Rechtsform einer deutschen GmbH & Co. KG agieren zu lassen, in der sie als Kommanditist fungiert. Weiterhin wird entgegen der gängigen Praxis¹⁵ nicht eine Kapitalgesellschaft, sondern vielmehr eine ausländische „Mischform“ als Zwischenholdinggebilde eingesetzt. Des Weiteren wird angenommen, dass die Beteiligungen an den Grundeinheiten der Zwischenholding zugerechnet werden können.¹⁶

¹⁰ Zur Bedeutung dieses Terminus im Bereich der Steuerwissenschaften vgl. *Kahlenberg/Kopec*, *StuW* 2016, 159 (160) m.w.N.

¹¹ Per Annahme entspricht diese nach dem Rechtstypenvergleich (vgl. *BMF v. 19.3.2004, IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411*) einer deutschen Kapitalgesellschaft.

¹² Richtlinie 2011/96/EU des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 30.11.2011, *ABl. EU L 345 v. 29.11.2011, 8*, zuletzt geändert durch die Änderungsrichtlinie v. 27.1.2015, *ABl. EU L 21 v. 28.1.2015, 1*.

¹³ Zu den Einzelheiten vgl. die Ausführungen in den *Abschnitten III, vornehmlich IV*.

¹⁴ In der Praxis wird die Beteiligung mit Beherrschungsverhältnis ($\geq 95\%$, vgl. dazu *BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, BStBl. II 2015, 397, Rz. 12 f. m.w.N.*) an ausländischen Gesellschaften selten direkt gehalten, vgl. *Kessler/Schmidt/Teufel*, *IStR* 2001, 265 (265 ff.); *Levedag*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4. Aufl. 2014, Bd. 2, § 58, Rz. 445 f. Eine ausländische Holdinggesellschaft wird aus steuerlicher Sicht überdies insbesondere auch dann bevorzugt, wenn die Besteuerung der Holdingeinkünfte nach nationalem Recht des Holdingstandorts sowie eventuell nach dem einschlägigen DBA und etwaiger Steuerförderinstrumente für Holdinggesellschaften unter dem deutschen Niveau liegt. Vgl. *Morstadt/Lorenz/Frank-Fahle*, *IStR* 2017, 360 (360); *Griebel/Klein*, *RIW* 2011, 177 (178).

¹⁵ Vgl. dazu *Nawroth*, in: *Hasselbach et al., Beck'sches Holding Handbuch*, 2. Aufl. 2016, Teil B, Rz. 88 ff. Implizit auch *Schaden/Polatzky*, in: *Lutter/Bayer, Holding-Handbuch*, 5. Aufl. 2015, Rz. 16.12; *Köhler*, in: *Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht*, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 78.

¹⁶ Zu Einzelheiten vgl. die Ausführungen im *Abschnitt II.1.b*.

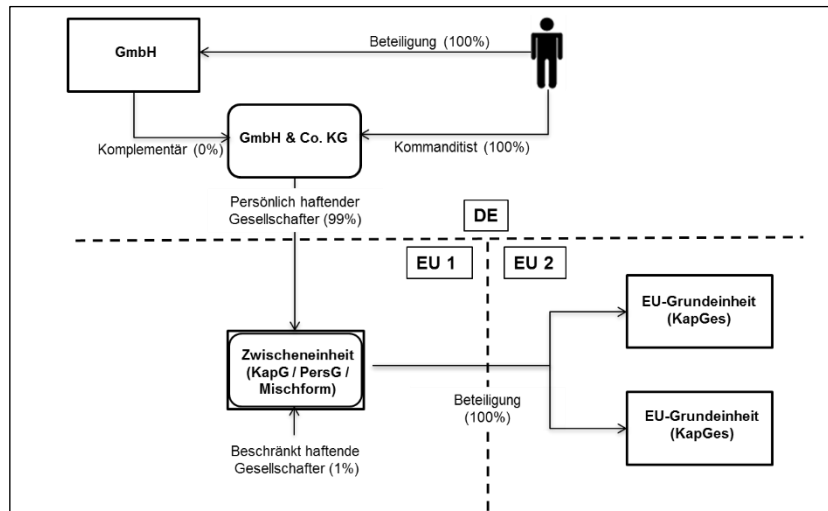


Abb. 1: Untersuchungsmodell

Nachfolgend werden (unter II.) die EU-Rechtsformen ermittelt, die als potentielle Zwischenholding in Frage kommen. Sodann erfolgt (unter III.) die steuerliche Würdigung der Gewinnausschüttung von den EU-Grundeinheiten bis zur deutschen Konzernspitze. Schließlich wird (unter IV.) auf die in jüngster Zeit erschienenen und zahlreichen Maßnahmen zur Abwehr von Steuermisbrauch auf nationaler, wie ebenfalls internationaler Ebene einzugehen sein, die der steueroptimalen Dividendenausschüttung an die Konzernspitze entgegenstehen könnten.

II. Rechtsform- und Standortfaktoren einer EU-Zwischenholding aus unternehmerischer Sicht

Im folgenden Abschnitt soll zunächst anhand einer qualitativ-empirischen Erhebung eine EU-Gesellschaftsform ermittelt werden, die sich im Rahmen des weiteren Gangs der Untersuchung für den Einsatz als Zwischenholding innerhalb einer deutschen Konzernstruktur eignet. Hierbei wird das steuerliche Ziel einer wirtschaftlichen Einmalbesteuerung der von der EU-Grundeinheit generierten Gewinne verfolgt. Um diese Zielvorgabe erreichen zu können, spielen insbesondere die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die betrachtete EU-Gesellschaftsform sowie die an ihr beteiligten Gesellschafter eine wesentliche Rolle. Zugleich muss die Zwischenholding gewissen zivilrechtlichen Vorgaben genügen, sodass nachgehend auf beide Aspekte einzugehen ist.

1. Zivilrechtliche Grundbedingungen

Für die Wahl der optimalen Rechtsform für das vorliegend diskutierte Holdingmodell ist es aus zivilrechtlicher Perspektive unabdingbar, dass innerhalb des Gesellschaftskonstrukts zumindest ein Gesellschafter existiert, der zum einen eine vollumfängliche persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernimmt (persönlich haftende Gesellschaft; im Weiteren: pHG) und zum anderen hierfür *ex lege* Unternehmensleitungsbefugnisse zugesprochen bekommt. Letzteres ist von entscheidender Bedeutung, da andernfalls zum einen die geschäftsleitende Holdingfunktion¹⁷ nicht begründet werden kann. Zum anderen indiziert die ge-

¹⁷ Vorliegend ist unter dem Terminus der geschäftsleitenden Holding eine derartige Konzernstruktur zu verstehen, bei der die betrachtete Zwischeneinheit nicht nur als bloße Vermögens- respektive Beteiligungsholding ausgestaltet ist, sondern vielmehr neben der umfangreichen Ausstattung mit Managementbefugnissen fernerhin einer eigenen operativen Geschäftstätigkeit nachgeht. Das Schrifttum bezeichnet eine solche in der Praxis nicht untypische Holdingvariante als sog. „Mischholding“. Vgl. Keller, Unternehmensführung mit Holdingkonzepten,

sellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Position des Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft die für ihn relevanten ertragsteuerlichen Rechtsfolgen.¹⁸ Demnach bleibt festzuhalten, dass im weiteren Verlauf solche Rechtsgebilde außer Betracht bleiben, bei denen auch die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.¹⁹

2. Steuerrechtliche Grundbedingungen

Ebenso wie die Erfüllung der zivilrechtlichen Grundannahmen müssen ferner bestimmte steuerrechtliche Voraussetzungen gegeben sein: Es muss für die weitere Modellgestaltung in Hinblick auf die geschäftsleitenden sowie vollhaftenden Gesellschafter eine wirtschaftliche Einmalbesteuerung der ihm von der EU-Grundeinheit zufließenden Gewinne erreicht werden. Dabei ist zu beachten, dass die steuerliche Behandlung der Gesellschafter i.d.R. eng mit ihrer mitgliedschaftsrechtlichen Stellung verbunden ist. Eine zentrale Bedingung für die Eignung als Zwischenholding ist demnach, dass die gesuchte EU-Zielstruktur eine MTR-Berechtigung besitzt und somit in den Genuss des sekundärrechtlichen Schachtelprivilegs kommt. Darüber hinaus bedarf es für die vorzunehmende Modellanalyse der Anwendung der Freistellungs- methode für Schachteldividenden im Sitzstaat der Zwischenholding.²⁰

Um in die nähere Auswahl einbezogen werden zu können, muss der dem pHG zugewiesene Gewinnanteil zunächst den gewerblichen Einkünften zugeordnet werden. Daneben ist von entscheidender Relevanz, dass diese Einkünfte unter Beachtung des Transparenzprinzips be- steuert werden. Dementsprechend können weder klassische Kapitalgesellschaften noch voll- ständig intransparent besteuerte Personengesellschaften²¹ im Untersuchungsmodell als Zwi- schenholding fungieren. Des Weiteren bleiben bei der Auswahl derartige Vergütungen aus pHG-Mitgliedschaften an teiltransparenten Gesellschaften unberücksichtigt, für die das aus- ländische Besteuerungskonzept nicht aus unternehmerischer Tätigkeit stammende Bezüge annimmt.²²

Schließlich ist es von elementarer Bedeutung, dass eine geschäftsleitende Holdingstruktur be- steht, um die steuerschonenden Vorteile der Zwischeneinheit tatsächlich nutzen zu können.²³

1993, 56; Lutter, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch, 5. Aufl. 2015, Rz. 1.21; Öst. VwGH v. 29.1.2003 – ZI 97/13/0012-6, IStR 2003, 245.

¹⁸ Kritisch hierzu im Kontext des deutschen Ertragsteuerrechts *Henrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 10, Rz. 4 ff. m.w.N.

¹⁹ Hierbei wird es sich vornehmlich um klassische EU-Kapitalgesellschaften handeln.

²⁰ Insofern bleiben Großbritannien als auch Irland bei der Entwicklung des Modells außer Betracht, da beide (noch) EU-Länder die Anrechnungsmethode für MTR-Dividendenerträge vorsehen. Vgl. Sec. 831 des Taxes Consoli- dation Act und IBFD, Ireland - Country Surveys, Corporate Taxation, Tz. 6.1.4. sowie Sec. 790 des britischen Income and Corporation Taxes Act 1988 und IBFD, United Kingdom - Country Surveys, Corporate Taxation, Tz. 7.2.6.2. Vgl. dazu auch *Rödding*, in: Hasselbach et al., Beck'sches Holding Handbuch, 2. Aufl. 2016, Teil D, Rz. 203 f. und 206.

²¹ Dies betrifft bspw. Personengesellschaften des belgischen, portugiesischen oder spanischen Rechts oder aber die meisten osteuropäischen Gesellschaftsformen; vgl. dazu *Bärsch/Spengel*, BIT 2013, 520 (523 f.); *Spengel/Schaden/Wehrße*, StuW 2010, 44 (46 f.) sowie *Hey/Bauersfeld*, IStR 2005, 649 (656 f.) jeweils m.w.N.

²² Hierbei sei exemplarisch auf Art. 62 des französischen Allgemeinen Steuergesetzbuchs v. 6.4.1950 (*Code général des impôts*) verwiesen, auf dessen Grundlage der pHG der französischen KGaA (*sociétés en comman- dite par actions*) als Unternehmensleiter (*dirigeant de société*) Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit generiert, vgl. IBFD, France - Country Surveys, Individual Taxation, Tz. 1.3.4. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt der italie- nische Steuergesetzgeber allerdings mit dem Unterschied, dass nach Art. 53 Abs. 2 lit d) des italienischen Steuergesetzbuchs v. 22.12.1986 (*Testo unico delle imposte sui redditi*) der pHG der italienischen KGaA (*società in accomandita per azioni*) Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit bezieht, vgl. IBFD, Italy - Country Surveys, Individual Taxation, Tz. 1.4.

²³ Dafür reichen das bloße Halten und die bloße Vermögensverwaltung nicht aus. Es bedarf der Zugehörigkeit zu einer Wertschöpfungskette (z.B. Aufteilung der Herstellung und des Vertriebs) sowie einer tatsächlichen Zuord- nung der Funktionen und der Risikoverteilung, vgl. BFH v. 26.2.1992 – I R 85/91, BStBl. II 1992, 937, Rz. 21; v. 30.8.1995 – I R 112/94, BStBl. II 1996, 563, Rz. 17; v. 23.10.1996 – I R 10/96, BStBl. II 1997, 313, Rz. 10; v. 19.12.2007 – I R 66/06, BStBl. II 2008, 510, Rz. 17 sowie v. 24.8.2011 – I R 46/10, BStBl. II 2014, 764, Rz. 24.

Denn erst wenn die strategisch geführten Beteiligungen die originäre unternehmerische Tätigkeit der Holdinggesellschaft fördern, also zwingend geboten sind, um die Managementfunktion überhaupt verrichten zu können, dürfen die aus der EU-Grundeinheit bezogenen Beteiligungserträge als funktional verbunden mit der geschäftsleitenden Tätigkeit der Holdinggesellschaft verstanden werden.²⁴ Die konkrete Ausformung der funktionalen Befugnisse einer solchen Zwischenholding gestaltet sich in der steuerlichen Praxis allerdings durchaus schwierig, unterliegt diese doch oft in einem nicht zu vernachlässigenden Maße dem Willen der Konzernspitze.²⁵

Die nachstehende Tabelle umfasst alle für das im vorliegenden Beitrag skizzierte Modell in Frage kommenden ausländischen MTR-Gesellschaften²⁶, die oben aufgestellte Bedingungen erfüllen.

Vgl. hierzu gleichfalls BMF v. 25.8.2009 – IV B 5-S 1341/07/10004, BStBl. I 2009, 888, Tz. 2.4; *Rödler/Liekenbrock*, in: *Rödler/Herlinghaus/Neumann*, KStG, 2015, § 14, Rz. 165 ff. und 296; *Schönfeld*, in: *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2013, Art. 10, Rz. 203; *Blumers*, DB 2017, 2893 (2895 ff.); *Kraft/Hohage*, DB 2017, 2565 (2566); *Blumers*, BB 2016, 2777 (2782); *Hruschka*, IStR 2016, 437 (438); *Wiese/Lukas*, GmbHR 2016, 803 (804); *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2015, 2897 (2899 f.); *Häck*, ISR 2015, 113 (115); *Hielscher*, BB 2015, 1699 (1704); *Schulz-Trieglaff*, IStR 2015, 717 (718); *Ehlermann/Petersen*, IStR 2011, 747 (750) sowie *Haun/Reiser/Möding*, GmbHR 2010, 637 (640).

²⁴ Vgl. BFH v. 28.10.2008 – VIII R 73/06, BStBl. II 2009, 647, Rz. 27; *Schönfeld*, in: *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2013, Art. 10, Rz. 204; *Kraft/Hohage*, DB 2017, 2565 (2566).

²⁵ Vgl. *Wassermeyer*, IStR 2007, 211 (212). Zu den Annahmeveraussetzungen einer geschäftsleitenden Holding siehe *Abschnitt III. 1.b.*

²⁶ Vgl. Anhang I, Teil A der MTR.

	Staat	Rechtsform	Qualifikation aus BMF-Sicht ²⁷	Zielbeteiligungsform	Konzept bei Herstellung der Einmalbesteuerung des phG-Gewinnanteils
1	LUX	société en commandite par actions	KGaA	actionnaire indéfiniment responsable (actionnaire commandité) ²⁸	Betriebsausgabenabzug des phG-Gewinnanteils auf Gesellschaftsebene ²⁹
2	NL	open commanditaire vennootschap	k. A.	beherende vennoot ³⁰	Betriebsausgabenabzug des phG-Gewinnanteils auf Gesellschaftsebene ³¹
3	PL	spółka komandytowo-akcyjna	k. A.	komplementariusz ³²	Anrechnung der auf den phG-Gewinnanteil entfallenden Körperschaftsteuer ³³
4	SK	komanditná spoločnosť	KG	komplementár ³⁴	Transparente Besteuerung des phG ³⁵

Tabelle 1: EU-Gesellschaftsformen für den potentiellen Einsatz als Zwischenholdinggesellschaft

Für Zwecke des hier diskutierten Holdingmodells soll aus den oben identifizierten Gesellschaftsformen jene einer näheren Betrachtung unterzogen werden, die des Weiteren auf Abkommensebene keine potenziellen Zurechnungskonflikte in Bezug auf die Abkommensberechtigung und der damit verknüpften Frage der Einkünftezurechnung hervorrufen könnte. Ebenso sollen die Rechtsstrukturen von der nachfolgend vorgenommenen Analyse ausgeschlossen werden, bei denen die DBA-Vertragsstaaten den von der EU-Grundeinheit ausgeschütteten Gewinn unter verschiedene Verteilungsbestimmungen subsumieren. Insofern

²⁷ Gem. BMF v. 26.9.2014, IV B 5 – S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258, sowie BMF v. 24.12.1999, IV B 4-S 1300-111/99, BStBl. I 1999, 1076, Tabellen 1 oder 2.

²⁸ Vgl. Art. 102 des luxemburgischen Gesellschaftsgesetzes v. 10.8.1915 (*Lois coordonnées sur les sociétés commerciales*).

²⁹ Vgl. Art. 167 Abs. 1 Nr. 2 des luxemburgischen Einkommensteuergesetzes v. 4.12.1967 (*Loi concernant l'impôt sur le revenu*), vgl. hierzu *Steichen*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Luxemburg Anh., Rz. 28 und 102.

³⁰ Vgl. Art. 19 Abs. 1 des niederländischen Handelsgesetzbuches v. 25.11.2013 (*Wetboek van Koophandel*, Staatsblad 2013, Nr. 507; im Weiteren: HGB-NL).

³¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. e) des niederländischen Körperschaftsteuergesetzes v. 8.10.1969 (*Wet op de vennootschapsbelasting*, Staatsblad 1969, Nr. 445; im Weiteren: KStG-NL).

³² Vgl. Art. 125 des polnischen Handelsgesellschaftsgesetzbuchs v. 15.9.2000 (*Kodeks spółek handlowych*, Dziennik Ustaw 2017, Pos. 1577; im Weiteren: HGGB-PL). Dazu aus gesellschaftsrechtlichem Blickwinkel eingehend *Wowerka*, WiRO 2008, 257-262.

³³ Vgl. Art. 30a Abs. 6a des polnischen Einkommensteuergesetzes v. 26.7.1991 (*Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych*, Dziennik Ustaw 2016, Pos. 2032) bzw. Art. 22 Abs. 1a des polnischen Körperschaftsteuergesetzes v. 15.2.1992 (*Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych*, Dziennik Ustaw 2016, Pos. 1888). Zur polnischen steuerlichen Herangehensweise in Bezug auf die *spółka komandytowo-akcyjna* in aller Ausführlichkeit *Kudert/Kopec*, RIW 2014, 272-280.

³⁴ Vgl. § 93 Abs. 1 des slowakischen Handelsgesetzbuches v. 5.11.1991 (*Obchodný zákonník*, Gesetz-Nr. 513/1991 Zb.). Einen Überblick zum gesellschaftsrechtlichen Umgang mit der Rechtsform der *komanditná spoločnosť* vgl. *Mevesen/Vydrová*, in: Breidenbach, Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Band 3, 139. EL 2018, Länderteil SK, Kapitel D.I., Rz. 30 ff.

³⁵ Vgl. § 6 Abs. 1 lit. d) i.V.m. § 12 Abs. 6 des slowakischen Einkommensteuergesetzes v. 4.12.2003 (*Zákon o dani z príjmov*, Gesetz-Nr. 595/2003 Zb.). Vgl. hierzu *Safarik*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Slowakei Anh., Rz. 116 und 147. Zum slowakischen Besteuerungskonzept der *komanditná spoločnosť* detailliert *Bendlinger*, AFS 2011, 194-200.

scheiden das luxemburgische, wie auch das polnische Gesellschaftsgebilde als Zielstrukturen aus.³⁶

Aufgrund der mit der Zielvorgabe maßgeblich verbundenen Entscheidungskriterien können lediglich die niederländische sowie slowakische Rechtsform in den engeren Auswahlkreis einbezogenen werden. Für das vorliegende Modell wird beispielhaft auf die *open commanditaire vennootschap* (im Folgenden: oCV) zurückgegriffen. Dies rührt zum einen daraus, dass die Niederlande aus deutscher Sicht nach wie vor zu den beliebtesten Holdingstandorten zählen³⁷ und zugleich den gängigen Standortfaktoren für Holdinggesellschaften genügen.³⁸ Den damit verknüpften und an die Niederlande formulierten Vorwurf, dass in der Vergangenheit die Errichtung der oCV u.a. zur aggressiven internationalen Steuerarbitrage motiviert, räumt auch die niederländische Regierung ein. Gleichzeitig weist sie aber darauf hin, dass rein unilaterale Gegenmaßnahmen hieran nichts ändern würden, sondern es vielmehr eines gemeinsamen sowie koordinierten Handelns der internationalen Staatengemeinschaft – das parallel den Untersuchungsgegenstand dieses Betrags darstellt – bedarf.³⁹ Flankiert wird die Wahl zudem durch die Tatsache, dass zwischen Deutschland und den Niederlanden ein erst unlängst neu abgeschlossenes DBA⁴⁰ (im Weiteren: DBA DE/NL) besteht, welches die jüngsten Tendenzen deutscher und internationaler Abkommenspolitik in Gestalt der Verhinderung (missbräuchlicher) Nicht- respektive Minderbesteuerung verkörpert. Auf diese Annahmenvoraussetzungen einer geschäftsleitenden Holding sowie Entwicklungen im Recht der bilateralen Steuerverträge wird im späteren Teil des Beitrags noch einzugehen sein.

³⁶ Bei diesen der deutschen KGaA ähnlichen Gesellschaftsformen (in Hinblick auf die *spółka komandy-towarowa* vgl. *Kudert/Kopec*, RIW 2014, 272 [272]; *Wowerka*, WiRO 2008, 257 [257]) besteht nach aktueller Auffassung des deutschen Schrifttums die Fragestellung, ob dem pHG einer KGaA auf bilateraler Ebene das anteilige Unternehmen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. d) OECD-MA zugeordnet werden kann. Die Verneinung hätte zur Folge, dass der vom pHG bezogene Gewinnanteil nicht als Unternehmensgewinn gem. Art. 7 Abs. 1 OECD-MA qualifiziert werden dürfte. Vgl. zum Ganzen jüngst *Fischer*, in: FS Gosch, 2016, S. 69 (81 f.) m.w.N. Es ist in diesem Kontext nicht ausgeschlossen, dass sich der BFH zukünftig dieser Auffassung anschließt. Einen Anhaltspunkt liefert hierfür das Judikat v. 15.3.2017 – I R 41/16, BFHE 258, 246, Rz. 32 f., in welchem das Gericht für die Annahme einer etwaigen Gewerbesteuerpflichtigkeit der Einkünfte des pHG eine von dem übrigen KGaA-Gewinn selbstständige Betrachtung vornimmt. Folgten Luxemburg und Polen indes einer abweichenden DBA-Qualifikation des Gewinnanteils die in etwa darauf fußt, dass die betroffene Rechtsform gesellschaftsrechtlich den Personengesellschaften zugewiesen wird (vgl. z.B. Art. 4 § 1 Nr. 1 HGGB-PL), besteht erhebliches Konfliktpotenzial und damit die einhergehende Gefahr einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung.

³⁷ Vgl. *Jacobs/Endres/Spengel*, in: *Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung*, 8. Aufl. 2016, 1015; *Röding*, in: *Hasselbach et al., Beck'sches Holding Handbuch*, 2. Aufl. 2016, Teil D, Rz. 245 und 256 ff.; *Schaden/Polatzky*, in: *Lutter/Bayer, Holding-Handbuch*, 5. Aufl. 2015, Rz. 17.1; *Peter/Stegmaier*, DStR 2013, 2476 (2477) sowie *Kessler/Dorfmueller*, IStR 2003, 228 (231 ff.). Diese Feststellung bekräftigt ferner *Silvestri*, Intertax 2017, 482 (483 f.), der im Rahmen seines Beitrags zwei rechtskräftig abgeschlossene Gerichtsverfahren analysiert, deren Gegenstand jeweils die Inanspruchnahme von DBA-Privilegien durch eine niederländische Holdinggesellschaft war. Entsprechendes gilt für das EuGH-Vorlageverfahren in den Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, in dem eine ehemals in den Niederlanden ansässige Holding (*Traxx Investments NV*) die Befreiung von deutscher Quellensteuer nach § 43b Abs. 1 S. 1 EStG begehrte.

³⁸ Vgl. *Kessler*, in: *Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht*, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 137.

³⁹ Vgl. *Lukkien/Roelofsen*, IFA Cahiers 2017 – Volume 102A, 549 (552) mit Verweis auf das entsprechende Schreiben des niederländischen Parlaments in Fn. 2.

⁴⁰ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen v. 12.4.2012, BGBl. II 2012, 1414.

3. Die niederländische oCV als Zielgesellschaft

Vorab ist zu anzumerken, dass das niederländische Gesellschaftsrecht die oCV nicht als eigene Gesellschaftsform normiert, sondern der niederländische Gesetzgeber sie als eine Unterart der CV versteht. Folglich ist die oCV mit Blick auf ihren strukturellen Aufbau und die zivilrechtliche Haftung ihrer Gesellschafter der „gemeinen“ CV wesensgleich.⁴¹

Aus zivilrechtlicher Sicht ist die CV keine juristische Person, sondern eine Personengesellschaft, in der mindestens ein pHG sowie ein Kommanditist agieren.⁴² Allein der pHG darf die Gesellschaft nach außen vertreten und ist im Innenverhältnis zur Geschäftsführung befugt.⁴³ Angesichts dessen ist zu beachten, dass bei der CV der Kommanditist nicht gleichzeitig Alleingesellschafter der Komplementärgesellschaft sein darf.⁴⁴ Die Anweisungen des HGB-NL sind damit im Ergebnis restriktiver ausgestaltet als das Prinzip der Selbstorganschaft im deutschen Gesellschaftsrecht.⁴⁵ Des Weiteren hat der pHG der CV *ex lege* für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen einzustehen⁴⁶, doch kann dieser zivilrechtliche Nachteil für die deutsche Konzernspitze – wie im Untersuchungsmodell – durch die Zwischenschaltung der GmbH & Co. KG eingedämmt werden.⁴⁷

Die steuerliche Zuordnung der CV zu den transparenten (dann „geschlossene“ [*besloten*] CV) respektive intransparenten und damit körperschaftsteuerpflichtigen Gebilden (dann „offene“ [*open*] CV) hängt nach niederländischer Lesart davon ab, ob die Gesellschaftsanteile der CV

⁴¹ In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass Vorläufer der oCV die Kommanditgesellschaft auf Aktien (*commanditaire vennootschap op aandelen*) war, die jedoch in den 1970-er aus dem HGB-NL entfernt wurde. Zu den Gründen vgl. *Paardekooper/Jorritsma*, Weekblad voor fiscaal recht 2001/6426, 359 (362). Der niederländische Gesetzgeber hat seitdem lediglich klargestellt, dass die CV – und im Umkehrschluss ebenfalls die oCV – über kein in Aktien zerlegtes Kapital verfügt (vgl. Art. 19 Abs. 3 HGB-NL).

⁴² Vgl. Art. 19 Abs. 1 des niederländischen Handelsgesetzbuches (*Wetboek van Koophandel* v. 25.11.2013, Staatsblad 2013, Nr. 507; im Weiteren: HGB-NL) sowie dazu *Stevens/Spierts*, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 25.3; *van Raad*, DStJG 1994, 5 (7 ff.).

⁴³ Vgl. Art. 20 Abs. 2 HGB-NL. Vgl. hierzu ebenfalls Hoge Raad v. 13.3.2015 – Nr. 14/00943, ECLI:NL:HR:2015:588 = JWB 2015/110, Rz. 3.4.4 m.w.N. sowie *Laghmouchi*, BIT 2006, 81 (83); *Ros*, Maandblad Belastingbeschouwingen 2009, 168 (168). Hierbei sei darauf hinzuweisen, dass es für den existenziellen Fortbestand der CV auf Basis des niederländischen Zivilrechts nicht darauf ankommt, ob sich die Geschäftsleitung (d.h. der pHG) im In- oder Ausland befindet, denn die Niederlande folgen in diesem Zusammenhang der Gründungstheorie. Vgl. Art. 118 und 119 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches – Buch 10 (*Burgerlijk Wetboek - Boek 10, Internationaal Privaatrecht* v. 19.5.2011, Staatsblad 2011, Nr. 272). Siehe dazu auch *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2015, Band 11, IntGesR, Rz. 509 m.w.N.

⁴⁴ Darin sieht die niederländische Rechtsprechung eine Verletzung des sog. „Beherrschungsverbots“, sodass dem Kommanditisten hierdurch *de facto* eine Komplementärstellung mit allen haftungsrechtlichen Konsequenzen zugesprochen wird, vgl. Art. 21 HGB-NL sowie Hoge Raad v. 23.1.2009 – Nr. 43.963, ECLI:NL:HR:2009:BB9390 = BNB 2009/99.

⁴⁵ Zu dem Grundsatz der Selbstorganschaft der Personengesellschaften im deutschen Recht vgl. nur *Habersack*, in: Staub, Großkommentar HGB, 5. Aufl., 2009, § 125 HGB, Rz. 5 ff. m.w.N.

⁴⁶ Vgl. Hoge Raad v. 13.3.2015 – Nr. 14/00943, ECLI:NL:HR:2015:588 = JWB 2015/110, Rz. 3.4.3.

⁴⁷ Die persönliche Haftung der Kommanditisten für die Schulden der CV erlischt hingegen, soweit sie ihrer vertraglich festgelegten Einlagepflicht nachgekommen sind (vgl. Art. 20 Abs. 3 HGB-NL).

zustimmungsfrei übertragbar sind.⁴⁸ Dieses Abgrenzungsmerkmal der zustimmungsfreien Anteilsübertragung ist dabei nach Auffassung des *Hoge Raad*⁴⁹ – der sich im Übrigen die niederländische Finanzverwaltung⁵⁰ sowie das niederländische Schrifttum⁵¹ vollumfänglich anschließen – sehr weit zu verstehen, sodass zur Annahme der Existenz respektive Nichtexistenz einer oCV die Feststellung genügt, dass der Gesellschaftsvertrag in Hinblick auf die bestehende Möglichkeit des Gesellschafterwechsels nicht die Zustimmung *aller* Gesellschafter verlangt. Ist infolgedessen der Mitgliederwechsel zustimmungsbedürftig, kommt das steuerliche Transparenzprinzip zum Tragen.

Kann die Änderung des Gesellschafterbestands hingegen zustimmungsfrei erfolgen, legt Art. 2 Abs. 1 lit. a) KStG-NL *expressis verbis* fest, dass die oCV – ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Einstufung als Personengesellschaft – der niederländischen Körperschaftsteuer unterliegt.⁵² Freilich ergeben sich aufgrund der zivilrechtlich unterschiedlichen Handhabung der Gesellschaftertypen einer oCV ebenfalls im Steuerrecht Abweichungen. So werden die Kommanditisten dieser Rechtsform den Gesellschaftern einer gewöhnlichen Körperschaft gleichgestellt. Mithin erfolgt in einem ersten Schritt die Besteuerung des durch die oCV erwirtschafteten Gewinns gem. Art. 22 KStG-NL als Einkünfte aus unternehmerischer Tätigkeit⁵³ mit niederländischer Körperschaftsteuer i. H. v. 25 %.⁵⁴ In einem zweiten Schritt wird der den Kommanditisten ausgezahlte Beteiligungsgewinn als Dividendenausschüttung klassifiziert und demnach – bei natürlichen Personen – entweder der Box 2 (Dividendenerlöse aus wesentlichen Beteiligungen)⁵⁵ oder in den restlichen Fällen der Box 3 (Einkünfte aus Kapitalanlagen)⁵⁶ zugeordnet.⁵⁷ Es tritt damit eine doppelte Steuerbelastung zu Tage.

Hinsichtlich der Komplementär-Besteuerung ist zunächst hervorzuheben, dass bei der Ermittlung des oCV-Gewinns gem. Art. 9 Abs. 1 lit. e) KStG-NL ein Abzug des dem pHG zustehenden Gewinnanteils von der Bemessungsgrundlage vorgenommen wird. Diese Regelung ist

⁴⁸ Vgl. Art. 2 und 3 des KStG-NL sowie Art. 2 Abs. 3 lit. a) der niederländischen Abgabenordnung v. 2.7.1959 (*Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Staatsblad 1959, Nr. 301; im Weiteren: AO-NL). Siehe dazu ebenso *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 3, Rz. 17; *Galavazi*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande Anh., Rz. 17; *de Graaf/Gooijer*, IFA Cahiers 2014 – Volume 99B, 557 (560); *Rosembuj*, Intertax 2012, 298 (314); *Laghmouchi*, BIT 2006, 81 (83); *Engelen/Schröder*, Intertax 1998, 178 (181) sowie *Ros*, Maandblad Belastingbeschouwingen 2009, 168 (168), der im Übrigen die Vornahme dieser Abgrenzung ausschließlich anhand dieses einen Merkmals offen kritisiert. Im Vergleich dazu sind die Anteile an einer deutschen KG wegen der Personenbezogenheit der Gesellschafterstellung *ipso iure* vinkuliert, vgl. *Piehler/Schulte*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2014, Bd. 2, § 35, Rz. 1.

⁴⁹ Vgl. *Hoge Raad* v. 27.2.2009 – Nr. 43.388, ECLI:NL:HR:2009:BH4085 = BNB 2009/120.

⁵⁰ Vgl. BMF-NL v. 15.12.2015, BLKB2015/1209M, Staatsanzeiger 2015, Nr. 46.508.

⁵¹ So bereits *Bakker/van de Rijt*, BIT 2006, 308 (308); vgl. fernerhin etwa *Ros*, Maandblad Belastingbeschouwingen 2009, 168 (170).

⁵² Vgl. für weitergehende Erläuterungen *De Boer/Boulogne*, in: Maisto, Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law, 2012, S. 771 (783 ff.) sowie *Daniels*, Issues in International Partnership Taxation, 1991, S. 114 ff.

⁵³ Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 5 KStG-NL stellt eine sog. Unternehmensfiktion auf. Demnach wird unterstellt, dass die in der Aufzählung des Art. 2 Abs. 1 lit. a-d KStG-NL genannten und in den Niederlanden ansässigen Körperschaften Einkünfte aus unternehmerischer Tätigkeit erwirtschaften. Hierzu näher *Stevens/Spierts*, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, Tz. 25.16; *de Graaf/Gooijer*, IFA Cahiers 2014 – Volume 99B, 557 (561); *Avery Jones et al.*, BIT 2006, 220 (223) und IBFD, Netherlands - Country Surveys, Corporate Taxation, Tz. 1.3.1.

⁵⁴ Generiert eine Körperschaft Gewinne von weniger als 200.000 EUR p.a., so beträgt der Steuersatz nur 20 %.

⁵⁵ Vgl. Art. 2.12. i.V.m. Abschn. 4.1. EStG-NL. Zu den Voraussetzungen vgl. IBFD, Netherlands - Country Surveys, Individual Taxation, Tz. 1.5.

⁵⁶ Vgl. Art. 2.13. i.V.m. Abschn. 5.1. EStG-NL.

⁵⁷ Beteiligt sich eine juristische Person (beispielsweise Kapitalgesellschaft) an der oCV oder werden die der natürlichen Person gehörenden Anteile ihrem Betriebsvermögen zugerechnet, unterfallen in beiden Konstellationen die Gewinne den Einkünften aus unternehmerischer Tätigkeit, vgl. Art. 2 Abs. 5 KStG-NL bzw. Art. 3.4. EStG-NL.

ausweislich des Gesetzeswortlauts auf die zivilrechtliche Stellung des pHG als Unternehmensleiter sowie Vollhafter zurückzuführen. Der Gewinnanteil des pHG der oCV ist damit nach Ansicht des Hoge Raad bereits bei Gewinnentstehung an der Wurzel – also noch vor Anwendung körperschaftsteuerlicher Vorschriften – abzuspalten.⁵⁸ Insoweit ist diese ertragsteuerliche Vorgehensweise bei der Ermittlung des oCV-Gewinns mit der durch den BFH aufgestellten Wurzeltheorie betreffend die KGaA-Besteuerung in Deutschland (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG) vergleichbar.⁵⁹ Die teilweise transparente Handhabung der oCV ermöglicht es, dass ihr pHG – wie ein gewöhnlicher Gesellschafter einer Personengesellschaft – einmal besteuerte Einkünfte aus unternehmerischer Tätigkeit (Box 1) erzielen kann.⁶⁰ Demzufolge ist die oCV tatsächlich nur für die Gewinne körperschaftsteuerpflichtig, die später auch an die Kommanditisten weitergeleitet werden.⁶¹

III. Mind the gap! Steueroptimale Gewinnrepatriierungen über eine oCV im EU-Raum

Im folgenden Abschnitt soll die Gewinnrepatriierung in der untersuchten EU-Konzernstruktur am Beispiel der oCV als Zwischenholding steuerrechtlich gewürdigt werden. Dabei ist insbesondere auf die MTR samt ihren steuerlichen Rechtsfolgen sowie auf Zuordnungs- und Zurechnungsfragen⁶² hinsichtlich der Beteiligung an der EU-Grundeinheit und den damit verknüpften Dividendenfluss einzugehen.

1. Schritt 1: EU-Dividendenausschüttungen an eine oCV als Zwischenholding

a) Niederländische Perspektive

Als entscheidende Besonderheit der oCV ist zu benennen, dass für sie die MTR samt dem aus ihr resultierenden europarechtlichen Schachtelprivileg zum Einsatz gelangt.⁶³ Mithin unterliegt die von der EU-Grundeinheit an die oCV ausgeschüttete Dividende – ungeachtet der Tatsache, dass die oCV im Verhältnis zu ihrem pHG steuerlich wie eine deutsche KGaA funktioniert – vollumfänglich weder einer Quellensteuer im Sitzstaat der EU-Grundeinheit, noch

⁵⁸ Sog. *splitsingsleer*, vgl. Hoge Raad v. 7.7.1982 – Nr. 20.655, ECLI:NL:HR:1982:AW9546 = BNB 1982/268. Siehe dazu auch IBFD, Netherlands - Country Surveys, Corporate Taxation, Tz. 11.2.2.; Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, 2002, 260 f.; Laghmouchi, BIT 2006, 81 (83 f.).

⁵⁹ Vgl. BFH v. 21.6.1989 – X R 14/88, BStBl. II 1989, 881, Rz. 24 ff. Kritisch zum rechtssystematischen Sinngehalt der Wurzeltheorie Drüen, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 285. EL 2018, § 9 KStG, Rz. 25; Krämer, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, KSt, 92. EL 2018, § 9, Rz. 20; Kollruss, FR 2016, 203 (204) sowie Wassermeyer, Ubg 2011, 47 (51).

⁶⁰ Vgl. Gerechtshof Amsterdam v. 14.5.1993 – Nr. 92/1434, ECLI:NL:GHAMS:1993:AW3906 = FED 1993/743 sowie v. 12.6.2003 – Nr. 02/04703 und 02/4704, ECLI:NL:GHAMS:2003:AH8548 = FED 2003/379. Vgl. überdies de Graaf/Gooijer, IFA Cahiers 2014 – Volume 99B, 557 (560); Ros, Maandblad Belastingbeschouwingen 2009, 168 (170); van Eijnsden, Weekblad voor fiscaal recht 1998, 856 (857). Diese Ansicht wird durch die Tatsache bestärkt, dass die Kommanditisten einer oCV als Quasi-Unternehmer ebenfalls Einkünfte aus Box 1 erzielen können, vgl. Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, 2002, S. 21 f. Zudem sind bei derartigen Inbound-Investitionen Art. 7.1. f. EStG-NL in Bezug auf den pHG der oCV zu beachten, die die beschränkte Steuerpflicht ausländischer Investoren normieren.

⁶¹ Vgl. Hoge Raad v. 7.7.1982 – Nr. 20.655, ECLI:NL:HR:1982:AW9546 = BNB 1982/268; Daniels, Issues in International Partnership Taxation, 1991, 120.

⁶² Die Zuordnungsproblematik betrifft die Zuordnung von Wirtschaftsgütern und Schulden zu einem konkreten Subjekt respektive Objekt, wohingegen die Zurechnungsfrage die richtige Zurechnung der daraus erzielten Einkünfte umfasst, vgl. dazu Wassermeyer, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 4.5.

⁶³ Vgl. ausführlich zur Anwendbarkeit der MTR auf teiltransparente Muttergesellschaften, insbesondere im Lichte des EuGH-Urteils v. 8.3.2017 – Rs. C-448/15, *Wereldhave*, ECLI:EU:C:2017:180 = RIW 2017, 462 *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120-131. Mit ähnlichem Ergebnis jüngst gleichfalls *Debelva/Luts*, BIT 2017, published online, unter Tz. 3.2.2. Mit ähnlichem Ergebnis jüngst gleichfalls *Debelva/Luts*, BIT 2017, published online, unter Tz. 3.2.2. sowie GAin *Kokott* in ihren Schlussanträgen v. 1.3.2018 – Rs. C-115/16, *N Luxembourg 1*, ECLI:EU:C:2018:143, Rz. 43; Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 46 sowie Rs. C-118/16, *X Denmark A/S*, ECLI:EU:C:2018:146, Rz. 99. Die Schlussanträge besprechend *Lampert*, ISR 2018, 207-211.

einer Nachversteuerung mit Körperschaftsteuer in den Niederlanden.⁶⁴ Den Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 MTR werden die Niederlande als Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft durch die Freistellung der von ihr erhaltenen Dividende nach Art. 13 ff. KStG-NL gerecht. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass die Niederlande – im Gegensatz zum Outboundfall – bislang auf eine Umsetzung des Art. 1 Abs. 2 MTR und die damit zusammenhängende Einführung einer Missbrauchsunterbindungsregel in Bezug auf die Vereinnahmung einer EU-Schachteldividende durch eine inländische Körperschaft verzichtet haben.⁶⁵

b) Deutsche Perspektive

Für den deutschen Besteuerungszugriff ist die von der EU-Grundeinheit initiierte Gewinnrepatriierung steuerlich irrelevant, sofern die oCV nach deutscher Lesart den Kapitalgesellschaften zuzuweisen wäre. Ist letzteres nicht der Fall, müsste demgemäß ein transparentes Gebilde anzunehmen sein, sodass es bei der Frage nach der steuerlichen Zurechnung der Dividende darauf ankommt, ob das diesen Einkünften zugrundeliegende Wirtschaftsgut (hier: Beteiligung an der EU-Grundeinheit) bereits nach nationalem Recht der als Betriebsstätte fungierenden oCV zugeordnet werden kann.⁶⁶

Ob die oCV in Deutschland als transparente oder intransparente Gesellschaft qualifiziert wird, ist nach wie vor nicht eindeutig geklärt. Sowohl der BFH⁶⁷, als auch die Finanzverwaltung⁶⁸ haben sich diesbezüglich bislang nicht klar positioniert. Es entscheidet also der Rechtstypenvergleich über die steuerliche Behandlung des ausländischen Gebildes.⁶⁹

⁶⁴ Auf genaue Angaben zum nationalen Steuerrecht der zwei involvierten Staaten sowie zu etwaigen DBA-Regelungen wird bewusst verzichtet, da die MTR diese im Zweifel überlagert. Vgl. dazu zum einen *Schaumburg*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 4.58 sowie *Haase*, in: *Haase*, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, II Einl., Rz. 76 (Vorrang ggü. nationalem Recht), als auch *De Broe*, EC Tax Review 2017, 228 (228) und implizit *Koffler*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.4 (Vorrang ggü. DBA-Recht). Hinzu kommt, dass es auf die Rechtsauffassung der Niederlande in Bezug auf die steuerliche Qualifizierung der EU-Grundeinheit nicht ankommt. Zwar hindert Art. 4 Abs. 2 MTR in seiner jetzigen Ausprägung den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft im Outboundfall nicht daran, eine autonome steuerliche Klassifizierung der Tochtergesellschaft vorzunehmen, doch legt nämliche Bestimmung dem erstgenannten Staat die Pflicht auf, die ausgeschütteten Gewinne – bei Vorliegen der übrigen MTR-Voraussetzungen – von der Besteuerung auszunehmen. Vgl. z. B. *Koffler*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.67 ff. sowie *Stevens/Fibbe*, EC Tax Review 2011, 242 (242 f. und 251). Zur steuerlichen Einstufung ausländischer Rechtsgebilde in den Niederlanden in aller Ausführlichkeit *de Graaf/Gooijer*, IFA Cahiers 2014 – Volume 99B, 557 (562 ff.); *Lamers*, Intertax 2010, 681-691.

⁶⁵ Vgl. *Lukkien/Roelofsen*, IFA Cahiers 2017 - Volume 102A, 549 (563). Ausführlich zur Allgemeinen Missbrauchsverhinderungsbestimmung des Art. 1 Abs. 2 MTR siehe *Abschnitt IV.2.a*.

⁶⁶ In diesem Kontext sei darauf aufmerksam zu machen, dass der BFH den Veranlassungs- und Funktionszusammenhang im Rahmen des AOA ebenfalls als immanente Zuordnungskriterien ansieht, vgl. BFH v. 8.9.2010 – I R 74/09, BStBl. II 2010, 788, Rz. 19. Diese Zuordnungsprämissen richten sich im Ergebnis an dem von der OECD geforderten Kriterium des wirtschaftlichen Eigentums („*economic ownership*“), vgl. Tz. 32.1 OECD-MK 2017. Dementsprechend sollten sich in Bezug auf die Feststellung der Beteiligungszuordnung zu der (Holding-)Betriebsstätte keine Diskrepanzen zwischen nationalem und bilateralem Recht – insbesondere bei Vorliegen von nach dem AOA zugeschnittenen DBA – ergeben, vgl. *Wassermeyer/Kaesler*, in: *Wassermeyer*, DBA, 140. EL 2018, Art. 10 MA, Rz. 168; so offenkundig auch *Schönfeld*, in: *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2013, Art. 10, Rz. 204.

⁶⁷ Der BFH hatte bisher nur die Möglichkeit sich in Hinblick auf die steuerliche Behandlung der „*geschlossenen*“ CV auszusprechen, vgl. BFH v. 19.12.2007 – I R 66/06, BStBl. II 2008, 510, Rz. 21. Die aus der Entscheidung gewonnenen Erkenntnisse können daher nicht spiegelbildlich auf die oCV übertragen werden. So auch *Benz/Kroon*, IStR 2012, 799 (800 und dort Fn. 10).

⁶⁸ Zwar nimmt das BMF in Tabelle 1 des BMF-Schreibens v. 24.12.1999, IV B 4-S 1300-111/99, BStBl. I 1999, 1076 einen Vergleich mit der deutschen KGaA vor, doch betrifft dieser die bereits abgeschaffte Rechtsform der niederländischen KGaA. Vgl. hierzu bereits Fn. 41. Gleichzeitig verzichtet es im BMF-Schreiben v. 26.9.2014, IV B 5 – S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258 darauf, die steuerliche Behandlung der oCV in Deutschland näher zu umschreiben.

⁶⁹ Vgl. jüngst BFH v. 25.10.2016 – I R 54/14, BFHE 256, 66, Rz. 9 f. m.w.N. sowie BMF v. 26.9.2014, IV B 5 – S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258, Rz. 1.2. Eingehend zum Rechtstypenvergleich und dessen Defiziten *Schnittker*, StuW 2004, 39-50; *Kahlenberg*, ET 2014, 152-157.

Dieser Vergleich ist hierbei anlehnd an das „LLC-Schreiben“ des BMF⁷⁰ vornehmlich auf zivilrechtlichen Merkmalen der Gesellschaft zu stützen.⁷¹ Zusätzlich sei in diesem Zusammenhang zu beachten, dass – anders als in den Niederlanden – die freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile nur ein Teilaspekt der durchzuführenden Gesamtabwägung darstellt und daher nicht als einziges (sowie entscheidendes) Entscheidungskriterium fungieren kann.⁷² Daneben kann gegen dieses für die Annahme einer personengesellschaftsähnlichen Struktur sprechende Merkmal ins Feld geführt werden, dass die oCV keine Rechtspersönlichkeit und darüber hinaus kein in Aktien zerlegtes Grundkapital besitzt.⁷³ Infolgedessen muss ihr die Börsenfähigkeit abgesprochen werden, wodurch ebenfalls eine Ähnlichkeit mit der deutschen KGaA abzulehnen ist. Des Weiteren wird durch die unmittelbare Zuweisung der Gewinnanteile an die Teilhaber der oCV ersichtlich, dass an sie keine klassische Gewinnausschüttung, die durch einen vorab gefassten Gesellschafterbeschluss beschlossen wurde, erfolgt.⁷⁴ Schließlich kann nach gesetzgeberischer Vorgabe die Unternehmensleitung nur von den Gesellschaftern persönlich ausgeführt und nicht auf fremde Dritte übertragen werden.⁷⁵ Somit sprechen nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die schlüssigsten Gründe dafür, die oCV für deutsche Zwecke als Personengesellschaft und damit als transparente Einheit zu qualifizieren.⁷⁶

Angesichts dessen bedarf es der Klärung, ob die Beteiligung an der Grundeinheit funktional der oCV zugeordnet werden kann. Eine positive Antwort hierauf ist von immanenter Bedeutung, bliebe die Ausschüttung der Grundeinheit an die hier betrachtete Zwischenholding in einem solchen Fall steuerfrei.

Von einer geschäftsleitenden Holdingstruktur i.S.e. funktionalen Zusammenhangs und Veranlassungsprinzips zwischen den Tätigkeiten der Zwischenholding und der EU-Grundeinheit kann nach deutschem Verständnis jedenfalls immer dann ausgegangen werden, wenn die Zwischenholding neben der üblichen Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte die Kontrolle und Koordinierung der einzelnen Arbeitsabläufe bei mehr als einer Grundeinheit übernimmt. Darüber hinaus sollte sie auf das Finanz- und Rechnungswesen, die Rechts-, Steuer- und Unternehmensberatung, die Personalangelegenheiten sowie Fragen der Preispolitik, der Wer-

⁷⁰ Vgl. BMF v. 19.3.2004, IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411.

⁷¹ Vgl. dazu BFH v. 20.8.2008 – I R 34/08, BStBl. II 2009, 263, Rz. 20 ff.; *Schnittker*, in: Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 3.1; *Kahlenberg*, ET 2014, 152 (153); *Kopec/Mroz*, Ubg 2014, 164 (165 f.); *Bärsch/Spengel*, BIT 2013, 520 (522); *Djanani/Brähler*, StuW 2007, 53 (54) sowie *Schnittker*, StuW 2004, 39 (40).

⁷² In diesem Sinne ebenfalls zuletzt BFH v. 25.10.2016 – I R 54/14, BStBl. II 2017, 1216, Rz. 10 m.w.N. sowie *Benz/Kroon*, IStR 2012, 799 (800). Eine abweichende Ansicht würde mit großen Unterscheidungsproblemen zwischen dem Vorliegen von Personen- oder Kapitalgesellschaften zu kämpfen haben, denn nach deutschem gesellschaftsrechtlichen Verständnis kann die Zustimmung zu der Anteilsübertragung bei Personengesellschaften bereits antizipiert, d. h. im Gesellschaftsvertrag, erteilt und die Anteilsübertragung demnach quasi freigestellt werden. Demgegenüber besteht bei Kapitalgesellschaften die Möglichkeit, die Beteiligungsübertragung an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen oder sogar gänzlich auszuschließen, vgl. exemplarisch § 15 Abs. 4 GmbHG. Es bestünde damit das Risiko eines Qualifikationskonflikts, der schlimmstenfalls in einer Doppel- oder aber Minderbesteuerung münden könnte. In diesem Sinne gleichfalls *Kahlenberg*, ET 2014, 152 (155) m.w.N. sowie *Schnittker*, StuW 2004, 39 (46). Zu der Anteilsübertragung bei Personengesellschaften ausführlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1320 ff. (§ 45 III); *Neumann*, ZIP 2016, 1753-1758.

⁷³ Vgl. dazu bereits *Abschnitt II.3*.

⁷⁴ Vgl. Art. 1670 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches – Buch 7A (*Burgerlijk Wetboek - Boek 7A, Bijzondere overeenkomsten* v. 13.7.1907, Staatsblad 1907, Nr. 193) i.V.m. Art. 15 HGB-NL.

⁷⁵ Vgl. dazu bereits *Abschnitt II.3*.

⁷⁶ So im Ergebnis auch *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 10, Rz. 27; *Spierts*, in: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2017/2018, 16. Aufl. 2017, Kap. H, Rz. 530; *Häck/Spierts*, IStR 2014, 58 (63); *Jochum*, IStR 2014, 1 (5); *Reinert*, IStR 2014, 553 (556); *Benz/Kroon*, IStR 2012, 799 (800). Offenbar auch *Wiese/Lukas*, GmbHR 2016, 803 (804).

bung, der Öffentlichkeitsarbeit, des Marketing und Vertriebs nämlicher Grundeinheiten tatsächlich Einfluss nehmen können.⁷⁷ Andererseits dürfen zwischen der Konzernspitze und der Zwischenholding keine schriftlichen Weisungen, Empfehlungen, Besprechungen und Beratungen bezüglich der Angelegenheiten der Grundeinheiten erfolgen. Die Funktionsaufteilung sollte dabei gründlich und nachvollziehbar dokumentiert werden.⁷⁸ Unter dem Regime des neuen § 1 Abs. 5 AStG i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 2 BsGaV sollten sich aus deutscher Perspektive dabei keine nennenswerten Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage hinsichtlich der skizzierten Zuordnungskriterien ergeben.⁷⁹

Unter der Bedingung, dass die oCV die oben angeführten Kriterien erfüllt, kann sie als geschäftsleitende Zwischenholding unbesteuerter Dividenden von den EU-Grundeinheiten erzielen. Ob jedoch das Weiterreichen der von der Grundeinheit erhaltenen Dividende an die Gesellschafter der oCV steuerliche Konsequenzen auslöst, wird im Folgenden diskutiert.

2. Schritt 2: Zurechnung der Dividende zu der deutschen Konzernspitze

a) Niederländische Perspektive

Ob die aus der EU-Grundeinheit gespeiste Gewinnausschüttung beim phG einer Steuerbelastung unterworfen werden könne, hängt aus niederländischer Sicht maßgeblich von der rechtssystematischen Anwendung des KStG-NL ab. Insoweit ist unklar, in welcher Reihenfolge Art. 13 KStG-NL (Schachtelprivileg) und Art. 9 Abs. 1 lit. e) KStG-NL (Betriebsausgabenabzug des phG-Anteils) zum Einsatz gelangen sollen. Die erhaltene ausländische Dividende kann dabei nur dann steuerfrei an den phG weitergeleitet werden, wenn dem Schachtelprivileg eine systematische Vorrangstellung zugesprochen wird.

⁷⁷ Vgl. FG Münster v. 15.12.2014 – 13 K 624/11 F rkr., EFG 2015, 704, Rz. 82. Vgl. dazu auch BFH v. 17.12.2003 – I R 47/02, BFH/NV 2004, 771, Rz. 18 und v. 9.2.2011 – I R 54, 55/10, BStBl. II 2012, 106, Rz. 10 ff. für Zwecke der wirtschaftlichen Eingliederung in eine Organschaft. Vgl. ferner BMF v. 24.1.2012 – IV B 3 - S 2411/07/10016, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.3.; Ditz, in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten-Handbuch, 2. Aufl. 2017, Rz. 6.244; Häck, in: Flick/Wassermeyer/Kempermann, DBA DE/CH, 47. EL 2017, Art. 10, Rz. 144; Leonhardt/Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff et al., Außensteuerrecht, 84. EL 2018, § 1 AStG, Rz. 3074; Rödder/Liekenbrock, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 14, Rz. 167 und 296; Kraft/Hohage, DB 2017, 2565 (2566); Blumers, DB 2017, 2893 (2896 f.); ders., BB 2016, 2777 (2783); Hruschka, IStR 2016, 437 (439 f.); Wiese/Lukas, GmbHR 2016, 803 (805); Ditz/Tcherveniachki, DB 2015, 2897 (2899 f.); Hielscher, BB 2015, 1699 (1704); Schulz-Trieglaff, IStR 2015, 717 (719) sowie Scheidmann, Stbg 2012, 492 (493 f.).

⁷⁸ Vgl. FG Münster v. 15.12.2014 – 13 K 624/11 F rkr., EFG 2015, 704, Rz. 83 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung des BFH. Vgl. ebenso BMF-Schreiben v. 24.1.2012 – IV B 3 - S 2411/07/10016, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.3.; Leonhardt/Tcherveniachki, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff et al., Außensteuerrecht, 84. EL 2018, § 1 AStG, Rz. 3074; Neumann, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 14, Rz. 112; Schönfeld, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Art. 10, Rz. 204; Hruschka, IStR 2016, 437 (440); Wiese/Lukas, GmbHR 2016, 803 (805); Ditz/Tcherveniachki, DB 2015, 2897 (2899 f.); Hielscher, BB 2015, 1699 (1704) sowie Scheidmann, Stbg 2012, 492 (498).

⁷⁹ Dies sieht offenbar auch die Finanzverwaltung so, spricht sie in ihrem Schreiben v. 22.12.2016 – IV B 5 – S 1341/12/10001 – 03, BStBl. I 2017, 182, Rz. 103, doch davon, dass „ein funktionaler Zusammenhang des Vermögenswerts i.S.d. § 7 BsGaV mit der sonstigen Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte gegeben ist, „(...) wenn der Vermögenswert i.S.d. § 7 BsGaV der sonstigen Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte dient (...)“. Vgl. fernerhin Ditz, in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten-Handbuch, 2. Aufl. 2017, Rz. 6.244; Kraft/Hohage, DB 2017, 2565 (2567 und 2569 f.); Häck, ISR 2015, 113 (117 und 119 f.) sowie Kaeser, ISR 2012, 63 (67), die allesamt jedoch darauf hinweisen, dass die vom BMF favorisierte Voraussetzung des „funktionalen Zusammenhangs“ mit der Herangehensweise des AOA der OECD in Hinblick auf die Zuordnung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen inkongruent ist. Denn beide Konzepte bewerten nämlich Zuordnung aus verschiedenen Blickwinkeln, d. h. entweder vom Standpunkt der Beteiligungsgesellschaft (funktionaler Zusammenhang) oder aus der Sicht der (Holding-)Betriebsstätte (AOA). Gleichwohl dürfte dieser divergierende Betrachterstandpunkt nach BFH-Ansicht für die deutsche Steuerrechtspraxis unproblematisch sein. Vgl. BFH v. 8.9.2010 – I R 74/09, BStBl. II 2014, 788, Rz. 19 sowie Fn. 66.

Folgt man der vom Hoge Raad aufgestellten strengen *splitsingsleer*,⁸⁰ müsste der Gewinnanteil des pHG samt des ihm zugutekommenden Dividendenteils bereits bei Gewinnentstehung an der Wurzel – also noch vor Anwendung körperschaftsteuerlicher Vorschriften – abzuspalten sein.⁸¹ Damit wäre die Dividende in den Händen des pHG trotz MTR-Freistellung steuerpflichtig. Angesichts der besonderen Gesellschafterstellung⁸² des pHG ist die durch den *Hoge Raad* entwickelte Theorie nachvollziehbar. Dennoch sprechen zahlreiche gewichtige Argumente gegen diese Lösung.

So besagt zum einen Art. 2 Abs. 5 KStG-NL, dass die *gesamten Einkünfte* der Körperschaft für Zwecke der Bemessungsgrundlagenermittlung zu berücksichtigen sind. Durch die Anwendung der strengen *splitsingsleer* würde somit diese Regelung samt dem darauffolgenden Aufwandsabzug des Art. 9 Abs. 1 lit. e) KStG-NL in Frage gestellt.⁸³ Auch sprechen Wortlaut der eben erwähnten Regelungen sowie die systematische Vorgehensweise bei der Gewinnermittlung gegen die Auffassung des Hoge Raad. Denn unter Bezugnahme auf die aus der *splitsingsleer* resultierenden Prämissen müsste der Abzug des Gewinnanteils *bereits vor* der Entscheidung vorgenommen werden, ob der oCV als Ganzes die Schachteldividende eigentlich hätte gewährt werden dürfen. Insoweit ist der Hoge Raad – offenbar ausgehend von der gesetzlichen Anordnung der Art. 9 und 13 KStG-NL – einem Paralogismus unterlegen.⁸⁴

Selbst wenn der Hoge Raad im nationalen Ertragsteuerrecht von seiner formulierten Doktrin nicht abrücken würde, dürfte sie zumindest auf die supranationale Ebene keine Ausstrahlung erfahren. Denn die MTR kennt keine sog. *beneficial-owner*-Regelung⁸⁵, wie sie der Hoge Raad augenscheinlich mit seiner *splitsingsleer* verfolgt. Die hier vertretene Auffassung scheint auch die Generalanwältin *Kokott* zu verfolgen.⁸⁶ Infolgedessen hat in grenzüberschreitenden EU-Fällen die nationale Sichtweise dem europäischen (Sekundär-)Recht aus normhierarchischen Gründen zu weichen.⁸⁷ Zieht man ferner in Betracht, dass das Urteil des Hoge Raad vor Einführung der MTR gefällt wurde, kann unter Berufung auf die jüngere Rechtsprechung jenen Gerichts⁸⁸ durchaus davon ausgegangen werden, dass eine solche europarechtswidrige

⁸⁰ Vgl. Hoge Raad v. 7.7.1982 – Nr. 20.655, ECLI:NL:HR:1982:AW9546 = BNB 1982/268. Siehe dazu auch IBFD, Netherlands - Country Surveys, Corporate Taxation, Tz. 11.2.2.

⁸¹ Dem beipflichtend *Stevens*, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, 2002, 261; womöglich auch *Laghmouchi*, BIT 2006, 81 (83 f.).

⁸² Ähnlich wie im deutschen Steuerrecht muss der pHG mit seinem Vermögen persönlich haften, die Gesellschaft nach außen vertreten sowie am Erfolg und Misserfolg derer beteiligt sein, vgl. Hoge Raad v. 7.7.1982 – Nr. 20.655, ECLI:NL:HR:1982:AW9546 = BNB 1982/268 sowie bereits *Abschnitt II.3*.

⁸³ Ähnlich wird dies auch aus deutschem Blickwinkel gesehen, darf der fiktive Betriebsausgabenabzug nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG die Eigenschaft der deutschen KGaA als vollumfängliches Körperschaftsteuersubjekt nicht einschränken. Vgl. *Hoppe*, *Die Besteuerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip*, 2014, S. 29, 95 ff. Einen vergleichbaren Ansatz für die DBA-Ebene verfolgend BFH v. 19.5.2010 – I R 62/09, BFHE 230, 18, Rz. 24 f.

⁸⁴ So im Ergebnis in der niederländischen Literatur auch *Ros*, *Maandblad Belastingbeschouwingen* 2009, 168 (170): „Der Wortlaut sowie die Gesetzssystematik rechtfertigen jedoch auch den Interpretationsansatz, dass bei der Ermittlung der Körperschaftsteuerschuld eingangs die gesamten Gewinne der oCV einbezogen werden müssen.“ (Übersetzung d. Verf.). Diese problematische Auswirkung des *Hoge Raad*-Judikats gesteht auch *Stevens*, *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap*, 2002, 261, ein.

⁸⁵ Zur Begrifflichkeit des *beneficialownership*-Klausel und deren Bedeutung im Abkommensrecht vgl. *Jiménez*, WTJ 2010, 35-63 m.w.N.

⁸⁶ Vgl. Schlussanträge der GAin *Kokott* v. 1.3.2018 – Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 44 ff.

⁸⁷ Dazu in aller Ausführlichkeit *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (130) m.w.N. sowie fernerhin mit Argumenten gegen die im Schrifttum angezweifelte Anwendbarkeit der MTR für den Anteil des pHG. Anders aus niederländischer Sicht hingegen *De Boer/Boulogne*, in: Maisto, *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, 2012, S. 771 (832 f.); *Boulogne/Geursen*, ET 2010, 129 (139 f.). Jüngst offenbar auch *Schnitger*, IStR 2018, 169 (173) im Kontext des EuGH-Urteils v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119.

⁸⁸ Vgl. Hoge Raad v. 19.6.2009 – Nr. 43.978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201 = BNB 2009/263 sowie v. 10.8.2007 – Nr. 43.169, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758 = BNB 2007/277 jeweils m.w.N. in Bezug auf die Unzulässigkeit von

Auslegung des nationalen Rechts gegenwärtig höchstrichterlich nicht gewünscht sein kann. Mithin kann festgehalten werden, dass die anteilige Dividende auf Ebene des pHG aufgrund der MTR aus niederländischer Sicht keiner Besteuerung unterliegen dürfte.

Schließlich müssten aus niederländischer Sicht die Beteiligungen an den EU-Grundeinheiten der (Holding-)oCV gleichermaßen zugeordnet werden, da andernfalls für die im pHG-Gewinnanteil enthaltenen Dividendeneinkünfte keine Steuerbarkeit in den Niederlanden festgestellt werden könnte. Eine Beteiligung ist nach niederländischer Interpretation regelmäßig dann einer (Holding-)Betriebsstätte zuzuordnen, wenn zwischen den Tätigkeiten nämlicher Betriebsstätte und den Beteiligungsgesellschaften ein direkter Zusammenhang i.S.e. funktionalen Zusammenhangs zu erkennen ist. Insofern ist ausgehend von der wesentlichen Personalfunktion erforderlich, dass die Betriebsstätte die mit dem Geschäftsbetrieb in der von ihr beherrschten Gesellschaft alltäglich auftretende operative und strategische Unternehmensführungsaktivitäten ausübt und die damit verknüpften Risiken übernimmt.⁸⁹ Ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Ansatz in Bezug auf die Zuordnung von Wirtschaftsgütern zu einer Betriebsstätte lässt sich demnach nicht erblicken, weshalb in diesem Zusammenhang mit späteren Auslegungskonflikten auf Abkommensebene nicht zu rechnen sein dürfte.

b) Deutsche Perspektive

Aus deutscher Perspektive erzielt die Konzernspitze infolge ihrer Funktion als pHG der oCV – wie der pHG einer „geschlossenen“ CV – Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 1 Hs. 1 EStG. Dabei ist davon auszugehen, dass alle Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft⁹⁰ erfüllt sind. Darüber hinaus ist – wie bereits gezeigt wurde – die Beteiligung an der EU-Grundeinheit der in den Niederlanden befindlichen Betriebsstätte in Form der oCV zuzuordnen.⁹¹

c) Abkommensrecht

Nunmehr steht die Frage im Raum, ob das niederländische respektive deutsche Besteuerungsrecht durch Abkommensregelungen beschränkt wird. Durch die aus niederländischer Sicht mögliche Eröffnung des persönlichen DBA-Anwendungsbereiches für die oCV als Gesellschaft i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. e) DBA DE/NL wird der Rechtsanwender vor ein neues Problem gestellt, denn der pHG der oCV ist nach Sichtweise beider im bestehenden Fall involvierter Staaten ebenfalls eine abkommensberechtigzte Person (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d) DBA DE/NL). Für den gleichen Gewinnanteil der oCV können nun zwei Personen, die in unterschiedlichen Vertragsstaaten ansässig sind, den Abkommenschutz beanspruchen. Damit ist zunächst entscheidend, den Umfang der Ansässigkeit der oCV – insbesondere unter Berücksichtigung der neuen DBA-Protokollbestimmungen – zu klären.

Treaty Overrides nach niederländischem Verfassungsrecht, insbesondere Art. 94 der niederländischen Verfassung (*Grondwet* v. 4.9.1840, Staatsblad 1840, Nr. 54; im Weiteren: V-NL). Dazu näher *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 – Volume 95A, 551 (551 f.).

⁸⁹ Vgl. BMF-NL v. 21.11.2011, DGB 2011/6870M, Staatsanzeiger 2012, Nr. 151, Tz. 4.2. sowie v. 15.1.2011, IFZ 2010/457M, Staatsanzeiger 2011, Nr. 1375, Tz. 4.2. S. hierzu gleichfalls *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 7, Rz. 12; *Huibregtse et al.*, ET 2015, 402 (404); *Merks*, Intertax 2011, 460 (465).

⁹⁰ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. H 15.8 (1) der EStR 2012 i. d. F. der EStÄR 2012 v. 25.3.2013, BStBl. I 2013, S. 276 sowie *Reiß* in: Kirchhof, EStG, 17. Aufl. 2018, § 15, Rz. 205 ff.

⁹¹ Vgl. *Abschnitt III.1.b.*

Unter Berufung auf die Ziffer I Abs. 2 S. 1 des Protokolls zum DBA DE/NL⁹² möchte die überwiegende „deutsch-niederländische“ Literaturansicht⁹³ die oCV als abkommensberechtigt ansehen. Ob die zuvor erwähnte Abkommensbefugnis in Bezug auf die oCV indes vollumfänglich zu verstehen ist, oder aber nur im Verhältnis zu den Kommanditisten gelten kann, wurde bislang nicht näher diskutiert.⁹⁴ U.E. sollte letztere Variante vorzugswürdig sein. Dafür sprechen mehrere Gründe.

Zunächst bietet der Wortlaut der Ziffer II S. 1 des Protokolls zum DBA DE/NL Argumente für einen anderen Interpretationsansatz: So könnte der Passus „(...) vorausgesetzt, die von dieser Person erzielten Einkünfte werden nach dem Steuerrecht der Niederlande wie Einkünfte dieser Person und nicht wie Einkünfte der Begünstigten, Gesellschafter oder Teilhaber der Person behandelt.“ von den niederländischen Vertragspartnern genau für den Anwendungsfall des pHG der oCV konzipiert worden sein, um für diesen Gesellschafter auf Abkommensebene gleichermaßen das Transparenzprinzip zur Anwendung gelangen zu lassen.⁹⁵ Auch die bereits erwähnte Ziffer I Abs. 2 S. 1 des Protokolls zum DBA DE/NL beinhaltet eine *soweit*-Bedingung, welche ebenfalls eine Unterscheidung zwischen dem Anwendungsverhältnis zu den Kommanditisten respektive dem pHG impliziert.⁹⁶ Des Weiteren stünde diese Auslegung mit dem niederländischen Besteuerungskonzept der oCV und ihres pHG in Einklang. Schließlich könnte die hier präsentierte Auslegung den mit dem Abschluss des DBA verfolgten Zielen erfolgsversprechender Rechnung tragen,⁹⁷ da im Zuge dessen das Risiko einer doppelten (Nicht-)Besteuerung aufgrund des potenziellen Auftretens etwaiger DBA-Zurechnungskonflikte – wie sie im Verhältnis zu der sogleich darzustellenden deutschen Sichtweise auftreten könnten – Einhalt geboten werden dürfte.⁹⁸ Demzufolge ist zu konstatieren, dass die oCV nach niederländischer Lesart auf Abkommensebene im Verhältnis zu ihrem pHG eine transparente Einheit darstellt, wodurch es auf die persönliche Abkommensberechtigung letzterwähnter Person ankomme.

Die oCV wird aus deutscher Sicht – wie bereits gezeigt – als Personengesellschaft qualifiziert. Infolgedessen verschiebt sich die Prüfung der persönlichen Abkommensberechtigung auf *alle*

⁹² Die Vorschrift weist Ähnlichkeit mit Art. 1 Abs. 2 OECD-MA 2018 auf, was offenkundig auch Intention der Abkommensverhandler war, vgl. Denkschrift zum DBA DE/NL, BR-Drs. 479/12, 61. Damit möchte die OECD die im Rahmen des BEPS-Maßnahme 2 gewonnenen Erkenntnisse umsetzen, vgl. hierzu unlängst *Bendlinger*, SWI 2017, 450 (452). Ähnliche Regelungen haben Deutschland und die Niederlande auch in den Abkommen mit den USA abgeschlossen. Vgl. dazu eingehend *Kahlenberg*, IStR 2016, 834 (834) sowie *Jochum*, IStR 2014, 1 (2 ff.).

⁹³ Jüngst *Klapdor/Prang/Wittenhorst/Horyon*, IStR 2017, 56 (57 dort Fn. 4). Vgl. fernerhin *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 1, Rz. 15 ff.; *Hoppe*, Die Besteuerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip, 2014, 145 ff.; *Gänsler*, Ubg 2015, 526 (527); *Häck/Spierts*, IStR 2014, 58 (63); *Böing/Prang*, BB 2012, 2211 (2212 und dort Fn. 24); *Jochum*, IStR 2014, 1 (2 f.); *Reinert*, IStR 2014, 553 (556); *Benz/Kroon*, IStR 2012, 799 (800 und 802); *Spierts/Stevens*, IWB 2012, 322 (323); wohl auch *Perdelwitz/Offermanns*, BIT 2013, 115 (116).

⁹⁴ So beschäftigt sich die soeben genannte Literatur lediglich mit der Frage der abkommensrechtlichen Quellensteuerermäßigung nach Art. 10 DBA DE/NL. Diese Bestimmung ist jedoch einzig im Verhältnis zu den Kommanditisten relevant.

⁹⁵ Eine ähnliche Vorgehensweise wird in DE für den pHG einer KGaA vertreten, vgl. eingehend *Engel*, in: Bürger/Fett, Handbuch KGaA, 2. Aufl. 2015, § 9, Rz. 187 f.; *Hoppe*, Die Besteuerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip, 2014, 142 ff. jeweils m.w.N.

⁹⁶ Ähnlich *Eilers*, ISR 2012, 10 (13).

⁹⁷ Vgl. hierzu vornehmlich die kürzlich durch das Änderungsgesetz v. 11.1.2016, BGBl. II 2016, 866 (868) neu formulierte Präambel zum DBA DE/NL. Sie ist als Reaktion auf die im Abschlussbericht zum BEPS-Maßnahme 6 dargestellten Vorschläge zu begreifen, die in Art. 6 des MLI als Mindestumsetzungsstandard ihre Verankerung gefunden haben. Kritisch zu dem im Abschlussbericht des BEPS-Maßnahme 6 enthaltenen Entwurf einer DBA-Präambel *De Broe/Luts*, Intertax 2015, 122 (142 ff.).

⁹⁸ So in Hinblick auf die rechtliche Zielwirkung der Ziffer I Abs. 2 S. 1 des Protokolls zum DBA DE/NL gleichermaßen *Eilers*, ISR 2012, 10 (14); *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 7, Rz. 12.

an ihr beteiligten Mitglieder. Selbst wenn Deutschland sich an die Protokollbestimmungen gebunden fühlen würde, änderte dies nichts an vorheriger Aussage. Denn zum einen bezwecken die Protokollvereinbarungen nach hier vertretener Ansicht lediglich eine fiktive Teilansässigkeit der oCV i.S.d. DBA DE/NL.⁹⁹ Demnach bedarf es auch nach deutschem Verständnis einer separaten Untersuchung der Abkommensbefugnis des pHG, denn nur dieser kann aus deutscher Perspektive die abkommensberechtigte Person sein. Zum anderen würde die Annahme einer allumfassenden Abkommensberechtigung der oCV nicht dazu führen, dass sich Deutschland neben der zuvor erwähnten Verpflichtung nach dem Protokoll – die Abkommensbefugnis der oCV zu akzeptieren – ebenso bei der Wahl des Verteilungsartikels an der niederländischen Auffassung zu orientieren hat. So wird in diesem Zusammenhang sowohl vom BFH¹⁰⁰ als auch seitens des deutschen Schrifttums¹⁰¹ vertreten, dass Regelungen betreffend die Statuierung einer fiktiven Abkommensberechtigung lediglich der Klarstellung dienen, welche Einheit und in welchem Umfang als ansässig i.S.d. DBA DE/NL zu betrachten ist. Mithin sollte der Anwenderstaat auf Basis einer anwenderstaatsorientierten Auslegung die Suche des einschlägigen Verteilungsartikels weiterhin losgelöst von der Frage nach der DBA-Ansässigkeit durchführen können.¹⁰²

Nach der vorliegend vertretenen Interpretation der genannten Protokollregelung zeichnet sich folgendes Bild ab: Aufgrund der teiltransparenten Behandlung aus niederländischer Sicht bzw.

⁹⁹ In diesem Kontext kann ebenfalls die in Deutschland (zutreffend) getroffene Feststellung, der KGaA komme eine ausschließliche und vollumfängliche Abkommensbefugnis zu (vgl. hierzu BFH v. 19.5.2010 – I R 62/09, BFHE 230, 18, Rz. 19 sowie jüngst *Kollruss*, IStR 2018, 224 [226]; *Fischer*, in: FS Gosch, 2016, S. 69 [80]), nicht auf die oCV unreflektiert übertragen werden. Denn zum einen repräsentiert die oCV nach niederländischem Gesellschaftsrecht eine Personengesellschaft, wodurch ihr keine eigene Rechtssubjektivität zugesprochen werden kann. Zum anderen sind die im Verhältnis zu den eigentlichen DBA-Regelungen gleichrangigen Protokollbestimmungen für den Anwendungsfall der oCV maßgeschneidert, wodurch sie den generell gehaltenen Rechtsinhalt des Art. 3 Abs. 1 lit. e) DBA DE/NL als speziellere Normen verdrängen. Zur Gleichrangigkeit von Protokoll- und den eigentlichen DBA-Regelungen als gesamter Auslegungsgegenstand eines DBA *Henkel*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr, DBA, 32. EL 2017, Grundlagen, Abschnitt 4, Rz. 7; *Schaumburg/Häck*, in: Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 19.73; *Schönfeld/Häck*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Systematik, Rz. 76. Überdies ist ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 5 KStG-NL (sog. Unternehmensfiktion betreffend die Gesamteinkünfte der oCV, vgl. Fn. 53) auf Basis des Art. 3 Abs. 2 DBA DE/NL nicht möglich, da das Abkommen eine explizite und somit autonome Festlegung in Hinblick auf die Abkommensberechtigung der oCV und ihres pHG trifft. Zum Rekurrungsverbot bei der Existenz von autonomen Abkommensbegriffsbestimmungen schon BFH v. 15.6.1973 – III R 118/70, BStBl. II 1973, 810, Rz. 13 sowie v. 16.12.1998 – I R 40/97, BStBl. II 1999, 207, Rz. 15. Vgl. fernerhin *Dürschmidt*, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 3, Rz. 107; *Gaffron*, in: Haase, ASTG/DBA, 3. Aufl. 2016, Art. 3 MA, Rz. 55; *Pohl*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Art. 3, Rz. 68; *Wassermeyer*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Art. 3 MA, Rz. 82.

¹⁰⁰ Vgl. BFH v. 25.5.2011 – I R 95/10, BStBl. II 2014, 760, Rz. 17; v. 26.6.2013 – I R 48/12, BStBl. II 2014, 367, Rz. 24 f. in Bezug auf Art. 1 Abs. 7 DBA D/USA sowie zuletzt v. 21.1.2016 – I R 49/14, BStBl. II 2017, 107, Rz. 21.

¹⁰¹ So im deutsch-niederländischen Kontext *Jochum*, IStR 2014, 1 (3 f.). Beipflichtend *Reinert*, IStR 2014, 553 (553 ff.), die eine Ähnlichkeit mit der Regelung des Art. 1 Abs. 7 DBA D/USA 2008 sieht. Ebenfalls die Bindung des Ansässigkeitsstaates an die Qualifikationsentscheidung des Quellenstaates allgemein ablehnend z. B. *Lang*, IWB 2011, 281 (293) m.w.N. Abweichender Auffassung hingegen einerseits *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 7, Rz. 12 konkret in Bezug auf das DBA DE/NL sowie andererseits im Allgemeinen etwa *Lehner*, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Grundlagen, Rz. 158d f.

¹⁰² Allerdings ist hierbei darauf hinzuweisen, dass sich der EuGH vor kurzem, der sich – unter Vorliegen bestimmter Bedingungen – auch für die Auslegung von DBA-Bestimmungen als zuständig begreift, für eine Beschränkung der *lex-foi*-Regel gem. Art. 3 Abs. 2 OECD-MA unter Verweis auf den maßgeblichen Abkommenszweck in Gestalt der Vermeidung einer Doppelbesteuerung aussprach. Übertragen auf die Problematik nach der Zulässigkeit einer Qualifikationsverknüpfung auf Abkommensebene ist mithin nicht ausgeschlossen, dass der EuGH einer von dem BFH abweichenden Rechtsauffassung folgen und demnach die Qualifikationsverknüpfung aus Gründen der Verhinderung von DBA-Missbrauch und Steuerumgehung billigen könnte. Rückschluss aus EuGH v. 12.9.2017 – Rs. C-648/15, *Österreich/Deutschland*, ECLI:EU:C:2017:664 = IStR 2017, 866, Rz. 36 ff. Einen ähnlichen Denkansatz in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 OECD-MA und vor dem Hintergrund des jüngsten EuGH-Urteils verfolgend *Lang*, SWI 2017, S. 507 (511); sich hingegen kritisch mit dem Judikat des EuGH auseinandersetzend *Michel*, ET 2018, S. 2 (9 ff.).

vollständig transparenten Handhabung aus deutscher Sicht ist der pHG einer oCV abkommensberechtigt, sofern die Ansässigkeit des Gesellschafters i.S.d. Art. 4 Abs. 1 DBA DE/NL gegeben ist. Gleichzeitig vermittelt die oCV dem pHG die Betriebsstätte gem. Art. 5 DBA DE/NL.¹⁰³ Sodann kämen bei der Verteilung der Besteuerungsrechte aus niederländischer Sicht Art. 7 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 5 DBA DE/NL zur Anwendung.¹⁰⁴ Aus deutscher Sicht darf die aus einem dritten EU-Staat stammende Dividende nach Art. 21 Abs. 1 DBA DE/NL¹⁰⁵ ausschließlich in Deutschland besteuert werden, es sei denn, die zugrundeliegende Beteiligung ist der genannten Betriebsstätte zuzuordnen. Tritt letztere Bedingung ein, würde der Betriebsstättenvorbehalt des Art. 21 Abs. 2 DBA DE/NL auf Art. 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DBA DE/NL verweisen.¹⁰⁶ Dies ist dank der nicht künstlichen Tätigkeit der oCV als Zwischenholding zu bejahen. Die Dividende aus der EU-Grundeinheit stellt dabei lediglich Nebeneinkünfte zu der eigentlichen unternehmerischen Betätigung dar (sog. akzessorische Erträge der Betriebsstätentätigkeit).¹⁰⁷

Die praktische Konsequenz daraus ist, dass die Niederlande das Besteuerungsrecht auf den Gewinnanteil des pHG und folglich auch auf die Gewinnauszahlung der EU-Grundeinheit nach den Verteilungsartikeln auch abkommensrechtlich behalten. Deutschland müsse die oCV-Gewinne gem. Art. 22 Abs. 1 lit. a) und d) DBA DE/NL (zunächst) von der deutschen Steuer unter Progressionsvorbehalt ausnehmen. Wie bereits gezeigt wurde, unterbleibt jedoch gleichzeitig die tatsächliche Besteuerung der Dividende in den Niederlanden. Mithin konnte eine Keimmalbesteuerung entlang der gesamten Repatriierungskette erreicht werden.

¹⁰³ Die (gewerblich tätige) Personengesellschaft vermittelt dem Gesellschafter aus deutscher Sicht die erforderliche Betriebsstätte i.S.d. Art. 5 DBA DE/NL, vgl. jüngst BFH v. 12.10.2016 – I R 92/12, BFHE 256, 32, Rz. 39 m.w.N.; BMF v. 26.9.2014, IV B 5 – S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, S. 1258, Tz. 2.2.3.; Haase, in: Haase, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, Art. 5 MA, Rz. 65; Wassermeyer, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Art. 5 MA, Rz. 34. An dieser Stelle sei zu akzentuieren, dass auch das FG Münster jüngst im Verhältnis zwischen der oCV und ihrem pHG von einer steuerlichen Transparenz ausgeht, da es lediglich überprüft, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beteiligung dieser Betriebsstätte (folglich Personengesellschaft) zugerechnet werden kann (vgl. FG Münster v. 15.12.2014 – 13 K 624/11 F rkr., EFG 2015, S. 704, Rz. 64 ff.). Eine etwaige Abkommensberechtigung der oCV selbst nimmt das FG Münster indes nicht in Augenschein.

¹⁰⁴ Auch aus niederländischer Sicht vermitteln steuerlich transparente Gesellschaften ihren unternehmerisch tätigen Gesellschaftern abkommensrechtlich eine Betriebsstätte. Vgl. Engers/Stevens, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande, Art. 7, Rz. 12; Galavazi, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Niederlande Anh., Rz. 51; Stevens, Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap, 2002, 288; van Eijdsen, Weekblad voor fiscaal recht 1998, 856 (862 f.).

¹⁰⁵ Die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 und 3 DBA DE/NL sind in gegebener Konstellation nicht erfüllt, da der Einkünftebestandteil „Dividende“ nicht von einer in den Niederlanden ansässigen Gesellschaft stammt.

¹⁰⁶ Nur weil die oCV dem pHG eine Betriebsstätte vermittelt, gehört die Dividende aus dem Drittstaat nicht unmittelbar zu den Einkünften des pHG i.S.d. Art. 7 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DBA DE/NL. Bei gegenteiliger Vorgehensweise käme es zu einer praktischen Bedeutungslosigkeit des in Art. 21 Abs. 2 DBA DE/NL normierten Betriebsstättenvorbehalts. Eine rein deklaratorische Funktion sollte letzterer Bestimmung demnach gerade nicht zugesprochen werden. Vgl. Schaumburg/Häck, in: Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 19.477; Wassermeyer/Kaesler, in: Wassermeyer, DBA, Art. 21 MA, Rz. 62 (138. EL 2017); Gosch, in: Gosch/Kroppen/Grotherr, DBA, 32. EL 2017, Art. 21 OECD-MA, Rz. 111 ff. (36. EL 2016); Schütte, in: Haase, AStG/DBA, Art. 21 MA, Rz. 8 (3. Aufl. 2016); Rust, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 21, Rz. 46 (6. Aufl. 2015); Hagemann/Kahlenberg/Kudert, Ubg 2014, 80 (81). Implizit offenbar auch BFH v. 12.6.2013 – I R 47/12, BStBl. II 2014, 770, Rz. 12.

¹⁰⁷ Vgl. dazu bereits BFH v. 30.8.1995 – I R 112/94, BStBl. II 1996, 563, Rz. 17; v. 26.2.1991 – I R 85/91, BStBl. II 1992, 937, Rz. 21 und v. 30.8.1995 – I R 112/94, BStBl. II 1996, 563, Rz. 17. Siehe ferner Hruschka, IStR 2016, 437 (441 f.); Wiese/Lukas, GmbHR 2016, 803 (804); Ditz/Tcherveniachki, DB 2015, 2897 (2901); Häck, ISR 2015, 113 (115); Schulz-Trieglaff, IStR 2015, 717 (720); Scheidmann, Stbg 2012, 492 (496); Haun/Reiser/Möding, GmbHR 2010, 637 (640) und zuletzt Blumers, DB 2017, 2893 (2895); Kraft/Hohage, DB 2017, 2565 (2566). Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommend Wassermeyer, in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten-Handbuch, 2. Aufl. 2017, Rz. 9.9, wobei er in vorliegender Konstellation allerdings die persönliche Anspruchsberechtigung auf Dividendenzahlung für maßgeblich erachtet.

Gleichwohl wahrt das vorgestellte Modell seine Attraktivität nur dann, wenn das erzielte Ergebnis zahlreichen Anti-Missbrauchsvorschriften und weiteren Abwehrmaßnahmen standhält. Dieser Frage geht das nächste Kapitel nach.

IV. Der gegenwärtig multidimensional proliferierende Abwehrapparat: Emotionaler Aktionismus?

Das präsentierte Modell hat – wie soeben erläutert – seine eigentliche Ursache in der Abwesenheit einer sog. *beneficial-owner*-Regelung in der MTR. Ob die Konzernspitze sich in die Richtlinienvorteile auf eine gerechtfertigte Weise „eingekauft“ hat, muss im Einzelfall positiv entschieden werden. Dem Steuerpflichtigen kann ein berechtigtes Interesse, seine internationale Tätigkeit steueroptimal zu gestalten, nicht pauschal abgesprochen werden, denn „es gibt keine patriotische Pflicht, möglichst hohe Steuern zu zahlen.“¹⁰⁸ Gleichzeitig wächst jedoch das Verlangen der internationalen Gemeinschaft nach Schließung der Steuerschlupflöcher und jenes der Nationalstaaten nach Verhinderung der Steuerumgehung durch Gewinnverkürzung und -verlagerung in einer Welt von aufeinanderprallenden Besteuerungskonzepten, schädlichem Steuerwettbewerb¹⁰⁹ und daraus resultierender steuerlicher Aneutralität.¹¹⁰ Für grenzüberschreitende Tätigkeiten kann dieses fiskalpolitische Ziel, wenn überhaupt, nur durch gemeinsames und koordiniertes Handeln der Staaten erreicht werden.

Den Anstoß für eine strukturierte und koordinierte Zusammenarbeit hat die OECD mit ihrem ersten BEPS-Bericht im Februar 2013 gegeben. Derweil hat sich ein gewaltiger multidimensionaler Abwehrapparat entwickelt, der an Komplexität und Verschachtelung kaum zu überbieten ist.¹¹¹ Daher ist es wenig überraschend, dass kein Thema die internationale Fachwelt so lange und so intensiv beschäftigt wie die BEPS-Diskussion.¹¹²

Für Steuerpflichtige, die ihre Tätigkeit im EU-Raum ausüben, sind die aktuellen Entwicklungen auf OECD- und EU-Ebene sowie weitere bi- und unilaterale Maßnahmen zu beachten. Auch wenn sich der Regelungsgehalt und die rechtliche Reichweite dieser Entwicklungen deutlich unterscheiden,¹¹³ haben diese Maßnahmen ein gemeinsames Ziel: Eine angemessene Besteuerung für „aggressive Gestaltungen“¹¹⁴ herzustellen. Dabei sind unterschiedliche Trends je nach Regelungsreichweite zu beobachten. So hat die OECD zum ersten Mal in ihrer Geschichte anstatt punktueller Korrekturen im Musterabkommen und Musterkommentar einen

¹⁰⁸ Hey, *StuW* 2008, 167 (169). In einem ähnlichen Kontext *Bergedahl*, *BIT* 2018, 11 (11) mit Verweis auf Entscheidungen des US-amerikanischen Court of Appeals.

¹⁰⁹ Vgl. zum Begriff im Rahmen der BEPS-Maßnahme 5 *Benz/Böhmer*, *DB* 2015, 2535 (2536 f.); im Rahmen des EU-Verhaltenskodex *Mason*, *StuW* 2009, 197 (210); *Douma*, *IFA Cahiers* 2017 - Volume 102A, 65 (71). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum EU-Mitgliedsstaaten, die ebenfalls aggressive und schädliche Steuerpraktiken ausüben, in diesem Kodex nicht thematisiert werden.

¹¹⁰ Vgl. *Hagemann/Kahlenberg*, in: *Jahrbuch Ökonomie & Gesellschaft*, 2017, 315 (329) mit Verweis auf *James/No-bes*, *The economics of Taxation*, 7. Aufl. 2005, 303 sowie *Schneider*, *Investition, Finanzierung und Besteuerung*, 7. Aufl. 1992, 193 ff. Eine steuerliche Aneutralität liegt vor, wenn die Besteuerungsfolgen Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen entfalten.

¹¹¹ Vgl. für eine rückwirkende Analyse des Einflusses der BEPS-Initiative *Valderrama*, *BIT* 2018, 160-170.

¹¹² *Vanistendael* spricht von einem „Tsunami“ von Fachliteratur zum Thema BEPS. Das BEPS-Problem ist der internationalen Gemeinschaft jedoch seit Jahrzehnten bekannt, die Abwehrmaßnahmen wurden bis dahin jedoch hauptsächlich im nationalen Kontext thematisiert, vgl. nur *Vanistendael*, *BIT* 2016, 163 (163 f.).

¹¹³ Zu konzeptionellen Unterschieden der Bekämpfungsmaßnahmen auf OECD-, EU-, DBA- und nationaler Ebene, vgl. *Vanistendael*, *BIT* 2016, 163-172.

¹¹⁴ Der Begriff wurde weder auf OECD- noch auf EU-Ebene hinreichend definiert, vgl. *Piantavigna*, *WTJ* 2018, 193 (223 f.); *Piantavigna*, *WTJ* 2017, 477 (489); *Hagemann/Kahlenberg*, in: *Jahrbuch Ökonomie & Gesellschaft*, 2017, 315 (323 f.); *Kofler/Kofler*, in: *Brähler/Lösel, Deutsches und Internationales Steuerrecht*, 2008, 382 (382 f.); *Lang*, *StuW* 2013, 62 (65); *Steiner*, *SWI* 2007, 308-313. Gemeint ist wohl eine „fiskalisch unerwünschte Gestaltung“, vgl. *Haase*, in: *Haase, MLI*, 2018, Einführung, Rz. 7 und dort die Fn. 9. Selbst wenn auf EU-Ebene irgendwann eine kohärente Auslegung von Begriffen wie „Steuerumgehung“ und „Steuermissbrauch“ existieren sollte, wird es in der globalisierten Welt trotz BEPS wohl sehr schwer sein, ein einheitliches Begriffsverständnis zu entwickeln, vgl. zum Ganzen *Becerra*, *BIT* 2018, 2-9.

umfangreich strukturierten Maßnahmenplan vorgeschlagen.¹¹⁵ Die DBA sollen nunmehr die Vermeidung der doppelten Nichtbesteuerung neben der Vermeidung der Doppelbesteuerung als gleichwertiges Ziel verfolgen.¹¹⁶ Die abkommensrechtliche Freistellung soll hingegen fortan durch immer umfangreichere Rückfallklauseln bedingt sein¹¹⁷. Ferner hat die EU-Kommission neben ATAD I & II die Missbrauchs begriffe der bestehenden Richtlinien dahingehend verschärft, dass das steuerliche Motiv einer Gestaltung stärker in den Vordergrund der Missbrauchsprüfung rückt.¹¹⁸ Aber auch die Staaten selbst verfolgen die internationalen Entwicklungen mit Aufmerksamkeit und bringen ihre nationalen Steuersysteme nach Möglichkeit in Stellung.¹¹⁹

1. Der multinationale Ursprung der BEPS-Bekämpfung

Trotz vorherrschender kultureller und politischer Divergenzen zwischen den G20-Staaten untereinander sowie mit den restlichen Staaten der Welt¹²⁰ hat die OECD im Auftrag der G20 am 12.2.2013 ihren Bericht "Addressing Base Erosion and Profit Shifting"¹²¹ publiziert. Bei diesem und den anschließenden Publikationen der OECD im Rahmen des BEPS-Projekts handelt es sich – mit Ausnahme der BEPS-Maßnahme 15 „Multilateral Instrument“¹²² – um Empfehlungen ohne Rechtscharakter, da die OECD keine Gesetzgebungskompetenzen besitzt.¹²³ Erst mit deren Umsetzung auf supranationaler, bilateraler oder unilateraler Ebene können diese Vorschläge Wirkung auf die unterschiedlichsten Steuergestaltungsmodelle entfalten.

Das BEPS-Projekt der OECD basiert auf dem Grundgedanken, dass zur Vermeidung der Gewinnverlagerung und Gewinnverkürzung¹²⁴ im grenzüberschreitenden Kontext (1) die nationalen Anknüpfungspunkte zur Gewinnbesteuerung, (2) die Verrechnungspreise, (3) die Finanzierungsgeschäfte sowie (4) die Missbrauchsvorschriften von entscheidender Bedeutung sind.¹²⁵ Dementsprechend sind 15 Aktionspunkte entstanden, welche den Umfang und den Ort der Gewinnbesteuerung stärker an die tatsächliche wirtschaftliche Substanz anknüpfen, die Kohärenz der Steuersysteme verbessern sowie die Transparenz und den Informationsgehalt der steuerlichen Dokumentation erhöhen sollen.¹²⁶

Bei den nachfolgenden Ausführungen werden – entsprechend des Untersuchungsgegenstandes – der Einfluss der BEPS-Maßnahme 2 „Hybride Gestaltungen“ und Maßnahme 3 „Hinzurechnungsbesteuerung“ aus dem Kohärenzblock, die Maßnahme 6 „Verhinderung von Abkommensmissbrauch“ aus dem Substanzblock sowie die Maßnahme 15 „Entwicklung eines multi-

¹¹⁵ Vgl. auszugsweise *Vanistendael*, BIT 2016, 163 (163); *Gillamariam/Binding*, DStR 2013, 1153 (1153).

¹¹⁶ Vgl. *Ebbinghaus/Hinz*, FR 2014, 13 (14). Kritisch zur Wirksamkeit dieser Maßnahmen *Pinetz*, BIT 2016, 113 (118 f.); *De Boer/Luts*, Intertax 2015, 122 (142 ff.).

¹¹⁷ Vgl. *Holthaus*, FR 2008, 561-565; ähnlich zum Aktivitätsvorbehalt bereits *Kaminski*, StuW 2007, 275 (275 f.).

¹¹⁸ Vgl. nur *Debelva/Luts*, ET 2015, 223 (224 ff.).

¹¹⁹ Vgl. beispielsweise *Schönfeld*, IStR 2017, 949-951 zum internen BMF-Schreiben v. 4.11.2016 – IV B 5 – S 1351/07/10001, DOK 2016/1009519 betreffend die Verschärfung des Substanznachweises nach § 8 Abs. 2 AStG durch die ATAD.

¹²⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Myszkowski*, BIT 2016, 279-287.

¹²¹ Vgl. zur finalen Fassung OECD, Gewinnverlagerung und Gewinnverkürzung – Situationsbeschreibung und Lösungsansätze, Abschlussberichte, 2015, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/beps-erlauterung-2015.pdf>, letzter Zugriff am 12.6.2018.

¹²² Vgl. zum materiellen Rechtscharakter des MLI nur *Haase*, in: *Haase*, MLI, 2018, Einführung, Rz. 38.

¹²³ *Myszkowski* spricht bei der OECD von einem „soft law“-Gesetzgeber, vgl. *Myszkowski*, BIT 2016, 279 (280).

¹²⁴ Zur Abgrenzung der Begriffe *Gewinnverkürzung* und *Gewinnverlagerung* vgl. *Hagemann/Kahlenberg*, in: *Jahrbuch Ökonomie & Gesellschaft*, 2017, 315 (322 f.).

¹²⁵ Vgl. OECD, Gewinnverlagerung und Gewinnverkürzung – Situationsbeschreibung und Lösungsansätze, Abschlussberichte, 2015, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/beps-erlauterung-2015.pdf>, Rz. 9 ff., letzter Zugriff am 12.6.2018, sowie *Gillamariam/Binding*, DStR 2013, 1153 (1154).

¹²⁶ Vgl. für einen Überblick der Regelungen nur *Panayi*, BIT 2017, 628 (630 ff.); *Musil/Schulz*, DStR 2013, 2205 (2206 ff.); *Pinkernell*, FR 2013, 737-746.

lateralen Instruments zur Umsetzung der BEPS-Maßnahmen“ zu dem entsprechenden Regelungswerk stets mitdiskutiert.¹²⁷ Zielsetzung ist herauszuarbeiten, ob die Empfehlungen der OECD das vorangehend erzielte Ergebnis der (eigentlich systemwidrigen) wirtschaftlichen Einmalbesteuerung der aus der EU-Grundeinheit gespeisten Gewinne tangieren können. Es gilt dabei folgende Arbeitshypothese¹²⁸ auf ihre Tragfähigkeit hin zu überprüfen:

„Der BEPS-Aktionsplan und dessen Umsetzung auf supranationaler sowie bi- und unilateraler Ebene tragen zur Bekämpfung der Keinmalbesteuerung der über die niederländische oCV als MTR-Zwischenholdinggesellschaft durchgeführten EU-Gewinnrepatriierung bei“.

2. Die supranationale Richtschnur der Abwehrmaßnahmen

Entsprechend des hierarchischen Rangverhältnisses soll die Überprüfung der Arbeitshypothese mit dem Unionsrecht beginnen. Dabei gilt es, das Untersuchungsmodell insbesondere auf *ex ante* versus *ex post*-BEPS EU-Abwehrmaßnahmen zu untersuchen.

Lange vor dem BEPS-Projekt der OECD – schon im Jahr 1974 – hat der EuGH sich bereits mit einem (damals) gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchs begriff beschäftigt.¹²⁹ Zwischenzeitlich hat sich dessen Rechtsprechung in diesem Rechtsfeld verfestigt.¹³⁰ Demnach ist eine Gestaltung dann als künstlich und missbräuchlich einzustufen, wenn ihr wesentlicher Zweck darin besteht, einen (steuerlichen) Vorteil durch zweckwidrige Ausnutzung des Unionsrechts zu erlangen (*subjektives Element*), sofern und soweit keine echte wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird (*objektives Element*).¹³¹

So ist es unionsrechtlich *per se* nicht zu beanstanden, wenn ein Steuerpflichtiger die Rechtsfolgen einer Regelung für sich fruchtbar machen möchte, wenn er doch die Tatbestandsmerkmale der Regelung – wie vorliegend die oCV jene der MTR – umfassend erfüllt.¹³² Zwar könnte in diesem Fall primärrechtlich ein sog. „institutioneller Missbrauch der Grundeinheiten“ bestehen, doch ist dieser – beim gleichzeitigen Vorliegen von objektiv nachweisbarer Substanz –

¹²⁷ Die Bestimmungen zu den Verrechnungspreisen – beispielsweise im Rahmen der Funktionsverlagerung – werden im vorliegenden Beitrag nicht diskutiert. Diese müssen jedoch im Einzelfall gründlich geprüft werden, denn sowohl Deutschland als auch die Niederlande sowie weitere EU-Staaten verfügen über sehr umfangreiche Regelungen diesbezüglich. Aktuell sind in diesem Zusammenhang insbesondere die BEPS-Maßnahmen 7 bis 9 und 13 der OECD sowie die EU-Vorschriften über grenzüberschreitende steuerliche Vorbescheide und Vorabverständigungen über Verrechnungspreise zwischen international verbundenen Unternehmen (sog. *tax rulings*) und länderbezogener Berichte für multinationale Unternehmen (sog. *Country-by-Country-Report*) der Ergänzungsrichtlinie (EU) 2015/2376 v. 8.12.2015, ABl. L 332 v. 18.12.2015, 1, zu der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG v. 15.2.2011, ABl. EU L 64 v. 11.3.2011, 1 (EU-Amtshilferichtlinie), zu beachten.

¹²⁸ Die Hypothese wurde nach dem sog. „Popper-Kriterium“ aufgestellt, um sie mit allen Mitteln des logischen und technischen Apparats der Wissenschaft zu widerlegen. Vgl. *Kornmeier*, Wissenschaftstheorie und wissenschaftliches Arbeiten, 2007, 76; *Popper*, Logik der Forschung, 1971, 223.

¹²⁹ Vgl. EuGH v. 3.12.1974 – Rs. 33/4, *van Binsbergen*, ECLI:EU:C:1974:131 = Slg. 1974, 1299, Rz. 13.

¹³⁰ Zur Rechtsprechungsentwicklung vgl. *Englisch*, StuW 2009, 3 (3 ff.).

¹³¹ Vgl. EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-110/99, *Emsland-Stärke*, ECLI:EU:C:2000:695 = Slg. 2000, I-11565, Rz. 39. Grundlegend für den Bereich der direkten Steuern v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544 = IStR 2006, 670, Rz. 55 sowie jüngst v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 60. Vgl. ebenfalls *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten, 2016, 136 ff.; *Romanelli*, ET 2018, 38 (40); *de Broe/Beckers*, EC Tax Review 2017, 133 (133 f.); *Linn/Pignot*, IWB 2017, 826 (830); *Weber*, Intertax 2016, 98 (98 f., 108 und 117 ff.); *Schönfeld*, IStR 2012, 215 (215 f.); *Englisch*, StuW 2009, 3 (4). Im Ergebnis auch *Florstedt*, FR 2016, 1 (5).

¹³² Vgl. EuGH v. 29.4.2004 – Rs. C-487/01, *Gemeente Leusden und Holin Groep*, ECLI:EU:C:2004:263 = Slg. 2004, I-5337, Rz. 79; v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, *Halifax*, ECLI:EU:C:2006:121 = Slg. 2006, I-1609, Rz. 73 sowie zuletzt v. 20.12.2017 – C-504/16 und C-613/16 in der Rs. *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 65 im Kontext der MTR. Vgl. fernerhin *Vanistendael*, EC Tax Review 2006, 192 (192 f.); *Kofler*, MTR, 2011, Art. 1, Rz. 76-78.

primärrechtlich in Kauf zu nehmen.¹³³ Werden europarechtliche Vorteile durch einen sog. Gesamtplan¹³⁴ erreicht, stellt der EuGH auf Indizien wie die (fehlende) ökonomische Sinnhaftigkeit, den rein künstlichen Charakter sowie rechtliche, wirtschaftliche und personelle Verbindungen einzelner Vereinbarungen und Teilakte ab, um über die Missbräuchlichkeit des Gesamtplans zu urteilen.¹³⁵ Geht es jedoch um einen potenziellen Missbrauch des Sekundärrechts, ist diese Prüfung am Maßstab des weitergehend konkretisierten sekundärrechtlichen Missbrauchstermins zu messen.¹³⁶

Auf die Ausschüttung der EU-Grundeinheit können sekundärrechtlich die generellen und speziellen Antimissbrauchsklauseln der MTR sowie der ATAD Anwendung finden. Auch im Bereich des Sekundärrechts gilt der Grundsatz, dass die speziellen Vorschriften den allgemeinen vorgehen.¹³⁷ Negiert man zugleich einen Missbrauch nach den spezielleren Bestimmungen, kann nicht mehr auf die allgemeinen Normen zurückgegriffen werden.¹³⁸ Daher ist im ersten Schritt rechtssystematisch zunächst die Anwendbarkeit der spezielleren Vorschriften auf Tatbestandsebene zu prüfen. Grundsätzlich können das Untersuchungsmodell (1) die sog. *subject-to-tax*-Klausel der MTR (Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR) sowie die sekundärrechtlichen Regelungen (2) zur Hinzurechnungsbesteuerung (Art. 7 und 8 ATAD I) und (3) zu hybriden Gestaltungen (Art. 9 Abs. 5 ATAD II) angreifen.¹³⁹

¹³³ Dieser Auffassung scheint sich auch der EuGH anzuschließen, vgl. EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 97 m.w.N. In aller Ausführlichkeit zum Rechtsinstitut des institutionellen Rechtsmissbrauchs *Englisch*, StuW 2009, 3 (5 ff.).

¹³⁴ Vgl. zu dem Ursprung des Begriffs im deutschen Steuerrecht und zur Orientierung an dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm bereits BFH v. 24.11.1982 – II R 38/78, BStBl. II 1983, 429, Rz. 9. In diesem Kontext sei allerdings darauf hinzuweisen, dass der BFH von der Anwendung des Rechtsinstituts im Rahmen von § 42 AO mittlerweile abgerückt ist. Vgl. BFH v. 30.3.2017 – IV R 11/15, BFHE 257, 324, Rz. 27 m.w.N. Ob und wie die Sichtweisen des EuGH und BFH diesbezüglich sich in der Zukunft vereinbaren lassen, bleibt abzuwarten. Vgl. dazu auch *Hennigfeld*, DB 2018, 544 (545).

¹³⁵ Vgl. *Englisch*, StuW 2009, 3 (13 f.) m.w.N. Dies jüngst erneut bestätigend EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 74 im Lichte der MTR sowie v. 22.11.2017 – Rs. C-251/16, *Cussens u.a.*, ECLI:EU:C:2017:881 = MwStR 2018, 217, Rz. 60 im Lichte der 6. MwStRL. Sich der EuGH-Auffassung anschließend *Schiefer/Scheuch*, ISR 2018, 61 (63) sowie ebenfalls *Schuch*, SWI 2017, 654 (659) im Kontext des von der OECD aufgesetzten Substanzerfordernisses für Holdingsstrukturen im Rahmen des BEPS-Aktionspunktes 7.

¹³⁶ Dabei ist zu beachten, dass das Sekundärrecht die auf Basis des Primärrechts durch den EuGH entwickelten Grundsätze zur Analyse des Gesamtplans nicht überschreibt, sondern das unionsrechtliche Primär- und Sekundärrecht in Bezug auf die Beurteilung missbräuchlicher Strukturen vielmehr gleichlaufen und folglich ein identischer Prüfungsrahmen anzusetzen ist, vgl. EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 97 mit Verweis auf EuGH v. 7.9.2017 – Rs. C-6/16, *Eqiom und Enka*, ECLI:EU:C:2017:641 = BB 2017, 2340, Rz. 64. Dieser Ansicht folgend *Kahlenberg*, IWB 2018, 145 (148); *Böhmer*, IWB 2017, 843 (848 f.). Ähnlich *Thiele*, IStR 2011, 452 (452 f.), die die EuGH-Rechtsprechung zum Missbrauchsbegriff nur für den nicht harmonisierten Bereich der direkten Steuern heranziehen möchte.

¹³⁷ Vgl. EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94, C-292/94, *Denkavit, VITIC und Voormeer*, ECLI:EU:C:1996:387 = Slg. 1996, I-5063, Rz. 30 ff.; *Bergmann*, StuW 2010, 246 (252); *Panayi*, ET 2006, 139 (153). Zum Vorrang von Art. 7 ATAD gegenüber Art. 6 ATAD *Kahlenberg/Prusko*, IStR 2017, 304 (308); zum Vorrang von Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR gegenüber Art. 1 Abs. 2 MTR hingegen *Bergmann*, StuW 2010, 246 (260) jeweils m.w.N.

¹³⁸ Vgl. im Ergebnis auch EuGH v. 18.1.2007 – Rs. C-313/05, *Brzezinski*, ECLI:EU:C:2007:33 = Slg. 2007, I-513, Rz. 44 m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung. Vgl. überdies Schlussanträge der GAin *Kokott v. 8.2.2007 – Rs. C-321/05, Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2007:86 = BeckRS 2008, 70136, Rz. 67.

¹³⁹ Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Korrespondenzregelung des Art. 4 Abs. 2 MTR bereits deswegen nicht eröffnet, da die untersuchte oCV im Rahmen der MTR nicht als Tochter-, sondern als Muttergesellschaft fungiert.

a) *Die subject-to-tax-Klausel des Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR*

Der bereits vor der BEPS-Diskussion existierende Vorbehaltsklausel des Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR kann ein gewisser Missbrauchsunterbindungscharakter beigemessen werden.¹⁴⁰ Zwar sprechen historische und teleologische Argumente zum Teil dafür, die oCV – als teiltransparente Gesellschaft – als nicht steuerpflichtig i.S.d. besagten Vorschrift zu qualifizieren. Dennoch ließe sich ein solcher Interpretationsansatz nur durch eine teleologische Reduktion erreichen, welche jedoch nicht mit dem eindeutigen Wortlaut der Norm sowie dem Gesamtkonzept der MTR verträglich wäre. Damit müsse es bei einer Freistellung der vollumfänglichen Dividendenausschüttung an teiltransparente Muttergesellschaft bleiben, da es nach der aktuellen Fassung der MTR nicht auf die steuerliche Behandlung der an nämlicher Gesellschaft beteiligten Teilhaber ankommt.¹⁴¹ Die Zwischenholdinggesellschaft erfüllt demnach die Anforderungen des Art. 2 lit. a sublit. iii) MTR.

b) *Die speziellen Missbrauchsbekämpfungsvorschriften der Anti-BEPS-Richtlinie*

Mit dem Ziel, gewisse Maßnahmen des BEPS-Aktionsplans der OECD koordiniert und somit im Rahmen eines größeren supranationalen Rechtsaktpakts umzusetzen, hat die EU-Kommission auf Grundlage des Art. 115 AEUV am 21.6.2016 die ATAD I als Mindeststandard (Art. 3 ATAD I) in der Fassung des Kompromissvorschlags des ECOFIN-Rates angenommen.¹⁴² Hiermit möchte die EU-Kommission das Projekt einer „fairen und effizienten Unternehmensbesteuerung“ sowie den damit verknüpften Kampf gegen missbräuchliche Steuervermeidung in den Grenzen des europäischen Binnenmarktes weiter vorantreiben.¹⁴³ Die ATAD I – auch Anti-BEPS-Richtlinie genannt – muss grundsätzlich bis zum 31.12.2018 von allen Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden, wobei die erlassenen unilateralen Bestimmungen spätestens ab dem 1.1.2019 anzuwenden sein müssen.¹⁴⁴

Persönlich ist die Richtlinie nach Art. 1 nur für körperschaftsteuerpflichtige EU-Personen anwendbar.¹⁴⁵ Daher greift sie im Verhältnis der oCV zu der EU-Grundeinheit. Aus deutscher

¹⁴⁰ Vgl. *Weber*, Intertax 2016, 98 (102); *Bergmann*, StuW 2010, 246 (260). Die Norm soll unerwünschte *directive-shopping*-Praktiken antizipieren. Dennoch ist sie im Lichte der EuGH-Rechtsprechung sehr restriktiv auszulegen. Vgl. zu letzterem *Kofler*, MTR, 2011, Art. 1, Rz. 76 ff. sowie Art. 2, Rz. 33.

¹⁴¹ Dazu in aller Ausführlichkeit *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (122 ff.); *Arginelli*, ET 2017, 334-341; *Debelva/Luts*, BIT 2017, published online, unter Tz. 3.2.2. Mit ähnlichem Ergebnis wohl bereits *Tenore*, Intertax 2010, 222 (225). Diesem Gedankenansatz folgt im Übrigen offenkundig auch die GAin *Kokott* in ihren Schlussanträgen v. 1.3.2018 – Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 44 ff. und 69 ff.

¹⁴² Vgl. einleitend *Haase*, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 16; *Dourado*, Intertax 2016, 440-446; *Rigaut*, ET 2016, 497-505; vergleichend mit den jeweiligen BEPS-Aktionspunkten *Ginevra*, Intertax 2017, 120-137.

¹⁴³ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat betreffend das Maßnahmenpaket zur Bekämpfung von Steuervermeidung v. 28.1.2016, COM(2016) 23 final, 2 sowie v. 17.6.2015 betreffend eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union, COM(2015) 302 final, 7 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 1 ATAD I sowie *Staringer*, in: Lang et al., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 2017, 2 (2 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. bspw. *Docclo*, BIT 2017, 367 (369); *Haase*, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 17; *Zinowsky/Jochimsen*, ISR 2017, 325 (326); *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 (2391); kritisch *Dettmeier/Dörr/Neukam/Prodanm*, NWB 2016, 3082 (3083 f.).

Sicht kann die Richtlinie nur und insoweit angewendet werden, als dass eine deutsche Kapitalgesellschaft zwischengeschaltet wird.¹⁴⁶ Die folgenden Ausführungen tangieren das Untersuchungsmodell ebenfalls nur im Umfang der Beteiligung einer zwischengeschalteten deutschen Kapitalgesellschaft.¹⁴⁷

aa. Die ATAD I-Hinzurechnungsvorschriften

Die vorangehend erwähnte Richtlinie sieht in den Art. 7 und 8 eine selbständige *Controlled-foreign-Corporation-Rule* (CFC-Regelung) vor, welche als Mindeststandard in den Mitgliedsstaaten umgesetzt werden muss.¹⁴⁸ Die wichtigste Änderung in Hinblick auf das hier skizzierte Holdingmodell kann darin gesehen werden, dass die der oCV zugeleitete Dividende nach Art. 7 Abs. 2 lit. a sublit. iii) ATAD I als passive Einkunftsquelle qualifiziert wird. Gleichwohl kann die Hinzurechnung dieser Dividende bei der Konzernspitze durch den Substanznachweis i.S.d. Exkulpationsklausel des Art. 7 Abs. 2 lit. a) UAbs. 2 ATAD vermieden werden.^{149, 150} Damit bleibt das erzielte Ergebnis auch nach der Anwendung dieser Regelung erhalten.

bb. Die ATAD II-Vorschriften zu hybriden Gestaltungen

Um den Kampf gegen hybride Gestaltungen fortzusetzen, hat die EU-Kommission im Anschluss an die Veröffentlichung der ATAD I einen Entwurf zur Ergänzung der Richtlinie erarbeitet. Dieser wurde seitens des ECOFIN-Rates am 21.2.2017 akzeptiert. Im Ergebnis wurde die erweiterte Fassung am 7.6.2017 als ATAD II im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Mit dieser Richtlinie verfolgt der EU-Normsetzer einerseits die abschließende Konkretisierung der Begriffsbestimmungen für hybride Gestaltungen (Art. 2 Abs. 9 ATAD II). Andererseits wurde der Anwendungsbereich der Abwehrmaßnahmen gem. Art. 9-9b ATAD II erweitert und auf Drittstaatsverhältnisse ausgedehnt.¹⁵¹

Bereits anhand der Begriffserläuterungen des Art. 2 Abs. 9 ATAD-II wird deutlich, dass keine hybride Gestaltung vorliegt.¹⁵² Es ist zwar durchaus möglich in der Repatriierung der EU-Dividende die doppelte Nichterfassung von Einkünften durch die betroffenen Staaten (sog. *double*

¹⁴⁶ Art. 1 Abs. 2 ATAD I sieht vor, dass die Richtlinie auch für Gesellschaften anwendbar ist, welche von einem Staat als steuerlich transparent gesehen werden. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass diese im Ansässigkeitsstaat körperschaftsteuerpflichtig sein muss. Weitergehend jedoch *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (728), der die ATAD I im Bereich der Hinzurechnungsbesteuerung auch auf natürliche Personen angewendet sieht, soweit sich der deutsche Gesetzgeber auf eine restriktivere Umsetzung der ATAD I-Vorgaben ins nationale Recht beruft.

¹⁴⁷ Wird beispielsweise eine GmbH & Co. KG zwischengeschaltet, gilt die ATAD I nur in Bezug auf die Komplementärbeteiligung.

¹⁴⁸ Vgl. *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (960); zu der im Rahmen der ATAD vorgesehenen CFC-Regelung *Tokola*, BIT 2018, 172 (176 f.); hierzu und zu den einzelnen notwendigen Anpassungsmaßnahmen im Rahmen der HZB exemplarisch *Becker/Loose*, BB 2018, 215-221; *Nielsen/Westermann*, Ubg 2018, 156 (163 f.); *Kahlenberg/Prusko*, IStR 2017, 304-311; *Jochimsen/Zinowsky*, ISR 2016, 106-116; *Kahlenberg*, StuB 2016, 911-917; kritisch zu der Regelung *Moser/Hentschel*, Intertax 2017, 606-623.

¹⁴⁹ Vgl. *Becker/Loose*, BB 2018, 215 (219); *Schönfeld*, IStR 2017, 721 (725 f.); *ders.*, EC Tax Review 2017, 145 (149); *Kahlenberg*, SWI 2016, 206 (213); *ders.*, StuB 2016, 911 (915 f.); *Linn*, IStR 2016, 645 (651); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, IStR 2016, 960 (969). Die Prüfung der Substanz erfolgt nach den Grundsätzen der *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung des EuGH, an der nämlich das Gericht festhält, vgl. hierzu Fn. 131.

¹⁵⁰ Kritisch ist in diesem Zusammenhang *Kühbachers* Auffassung zu sehen, nach der Art. 7 Abs. 2 lit. a sublit. iii) ATAD I generell – d.h. sowohl im reinen EU-, als auch im Drittstaatenfall ohne Rücksicht auf existierende wirtschaftliche Substanz – ins Leere läuft, weil nämlich die Norm mit der Zielsetzung der MTR in Form der Herstellung einer wirtschaftlichen Einmalbesteuerung der auf Ebene der Tochterkapitalgesellschaft generierten Gewinne im Widerspruch steht. Vgl. *Kühbacher*, SWI 2017, 362 (374 f.). Diese Ansicht verkennt jedoch, dass Art. 1 Abs. 2 und 3 MTR die MTR-Vorteile ebenfalls verwehrt, soweit es an einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt. In dieser Hinsicht besteht insoweit Gleichlauf zwischen der MTR und der ATAD I.

¹⁵¹ Vgl. für einen Überblick die Historie von ATAD I und ATAD II *Piantavigna*, WTJ 2018, 193 (223 ff.); *Fibbe/Stevens*, EC Tax Review 2017, 153 (154 f.); *Docclo*, BIT 2017, 367 (367); *Panayi*, BIT 2017, 628 (650 ff.); *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (205 f.).

¹⁵² Eingehend zu den Unterarten der hybriden Gestaltung nach Art. 2 Abs. 9 ATAD II *Allram/Hörtenhuber*, in: Lang et al., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 2017, S. 131 (137 f.); *Fibbe/Stevens*, EC Tax Review 2017, 153 (158).

non-inclusion-Effekt oder auch *no taxation without inclusion* genannt; im Weiteren: NI/NI-Effekt) und somit eine Besteuerungsinkongruenz zu erkennen. Dies hätte zur Folge, dass diskutierte Bezüge als hybrid i.S.d. Art. 2 Abs. 9 ATAD-II bezeichnet werden könnten. Hinzu kommt, dass eine wortlautgetreue Auslegung des Art. 2 Abs. 9 UAbs. 2 lit. i) ATAD-II den zusätzlichen Anschein erwecken könnte, dass die oCV in sachlicher Hinsicht ein „hybrides Unternehmen“¹⁵³ i.S.d. Richtlinie darstellt. Denn sie ist in den Niederlanden (wenn auch nur partiell) körperschaftsteuerpflichtig. Gleichzeitig werden ihre Einkünfte nach deutscher Lesart indessen als Einkünfte oder Aufwendungen einer anderen Person – konkret des pHG – behandelt.

Trotz alledem sollte eben beschriebene etwaige Inkongruenz und Hybridität u.E. auf die oCV nicht zutreffen. Hierfür spricht, dass gem. Art. 9 Abs. 5 ATAD II die Rückfallklausel zur Abwehr von NI/NI-Effekten erst dann aktiviert wird, wenn eine unberücksichtigte (hybride) Betriebsstätte i.S.d. Art. 2 Abs. 9 UAbs. 2 lit. n) ATAD II gegeben ist. Im vorliegenden Fall ist dies allerdings zu verneinen, da sowohl Deutschland als auch die Niederlande die oCV in Bezug auf ihren pHG steuerlich jeweils als transparente Einheit qualifizieren und mithin eine Betriebsstättenexistenz nach nationalen, wie auch abkommensrechtlichen Bestimmungen gerade nicht negieren.¹⁵⁴ Darüber hinaus enthält die ATAD II keine Ausführungen darüber, ob schon eine Teiltransparenz des involvierten Rechtsgebildes – die zudem von den Staaten in dem gleichen Umfang akzeptiert wird – für die Annahme einer Hybridität genügt. Der unionsrechtliche Normsetzer scheint bei näherer Begutachtung der in Rede stehenden Richtlinie lediglich eine vollumfängliche Hybridität vor Augen gehabt zu haben, wodurch u.E. teiltransparente Unternehmen nicht in deren Anwendungsbereich fallen können.¹⁵⁵ Schließlich sollen nach Erwägungsgrund 12 der ATAD II nur gegen solche Fälle entsprechende Gegenmaßnahmen ergriffen werden, in denen eine enorme Gefahr besteht, dass durch die Verwendung hybrider Gestaltungen eine Besteuerung umgangen wird. Ein solches Risiko könne bei der Nutzung der oCV im deutsch-niederländischen Kontext als solches gerade nicht entstehen. Denn beide Staaten rechnen aus steuerlicher Sicht die dem pHG zustehenden Bezüge auf vergleichbarem Wege zu. Der Auslöser des unerwünschten NI/NI-Effekts kommt vielmehr durch das Zusammenspiel mit der MTR zustande. Insofern haben die in der ATAD II vorgesehen Rechtsfolgen hinter den MTR-Regelungsbefehl zurücktreten, da andernfalls die mit der MTR verfolgten Zwecke konterkariert¹⁵⁶ und des Weiteren über teiltransparenten MTR-Gesellschaftsformen stets das Dammoklesschwert des Rechtsmissbrauchs schweben würde.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass vorliegend ebenso keine weiteren Unterarten der hybriden Gestaltung nach Art. 2 Abs. 9 ATAD II einschlägig sind,¹⁵⁷ kann festgehalten werden, dass das Sekundärrecht *ex ante* wie *ex post*-BEPS keine speziellen Abwehrvorschriften gegen das vorgestellte Modell bereithält.

¹⁵³ Dabei liegt der Richtlinie ein rechtsformneutraler Begriff des „Unternehmens“ zugrunde, vgl. auch *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (206) mit dem Hinweis auf den Begriff „entity“ in der englischen Fassung.

¹⁵⁴ Ähnlich gleichfalls *Allram/Hörtenhuber*, in: Lang et al., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 2017, 131 (141), nach deren Ansicht es sich zwingend um eine abweichend eingeordnete Betriebsstätte handeln muss. Vgl. auch *Grotherr*, IWB 2017, 289 (296 f.); *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (210 f.); kritisch zum missglückten Wortlaut der Norm *Zinowsky/Jochimsen*, ISR 2017, 325 (334).

¹⁵⁵ Zur Unterscheidung zwischen Hybridität i.w.S. und i.e.S. in Form einer Teiltransparenz, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Natur einer bestimmten Rechtsform ergibt vgl. *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (122, dort Fn. 15).

¹⁵⁶ Vgl. in diesem Kontext auch Erwägungsgrund 30 der ATAD II, wonach diese Richtlinie die durch andere EU-Sekundärrechtsakte aufgestellten Bestimmungen und die daraus fließenden Rechtsfolgen nicht berühren und modifizieren darf.

¹⁵⁷ So liegt auch keine umgekehrt hybride Gestaltung i.S.d. Art 9a Abs. 1 ATAD II i.V.m. Art. 2 Nr. 4 ATAD II vor. Ausführlich zu solchen Gestaltungen *Fibbe/Stevens*, EC Tax Review 2017, 153 (163 ff.); *Niedling/Rauten-*

c) *Der (potenzielle) Einfluss sekundärrechtlicher allgemeiner Anti-Missbrauchsregelungen*

Wollte man dennoch – entgegen der hier vertretenen Auffassung – die allgemeinen Missbrauchsmaßnahmen der MTR respektive ATAD I zur Anwendung bringen,¹⁵⁸ käme es gleichwohl zu keinem abweichenden Ergebnis. Auch wenn Art. 1 Abs. 2 & 3 der MTR¹⁵⁹ sowie Art. 6 Abs. 1 & 2 ATAD I¹⁶⁰ inhaltlich geradezu deckungsgleich sind,¹⁶¹ ist die MTR für den vorliegenden Fall der Dividendenrepatriierung im Unternehmensverbund spezieller, sodass die Missbrauchsverhinderungsvorschrift der MTR gegenüber der der ATAD I Vorrang genießen sollte.¹⁶² Dennoch bleibt in diesem Kontext zu betonen, dass es zu keiner abweichenden Beurteilung nach der ATAD I kommen dürfte.¹⁶³

Die primärrechtliche Zielsetzung der Verwirklichung eines Binnenmarktes (Art. 26 AEUV) wird in der MTR durch die Vermeidung von wirtschaftlicher Doppelbesteuerung grenzüberschreitender Gewinnausschüttungen konkretisiert (Erwägungsgrund 3 der MTR).¹⁶⁴ Die allgemeine Missbrauchsregel der MTR wurde im Jahr 2015 mit Blick auf die Entwicklungen auf OECD-Ebene eingeführt und soll die unrechtmäßige Inanspruchnahme der MTR-Vorzüge unterbinden.¹⁶⁵ Die Vorschrift geht zwar davon aus, dass eine Gestaltung oder eine Abfolge von Gestaltungen bereits dann als unangemessen einzustufen ist, wenn einer der wesentlichen Gründe im Erlangen eines Steuervorteils liegt. Dennoch ist der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 MTR zu beachten. Die namentliche Regelung qualifiziert eine Gestaltung nur in dem Umfang als unangemessen, wie sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde.¹⁶⁶

Das alleinige und zentrale Abstellen auf das subjektive Element des europarechtlichen Missbrauchsbegriffs ist u.E. kritisch zu betrachten: Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Feststellung eines Missbrauchs müssen stets *kumulativ* erfüllt sein.¹⁶⁷ Dem kann

strauch, BB 2017, 1500 (1506 f.); *Zinowsky/Jochimsen*, ISR 2017, 325 (327 f.). Auch das Vorliegen einer strukturierten Vereinbarung kann hier ausgeschlossen werden, da diese die „Hybridität“ der Gestaltung voraussetzt. Zu solchen Gestaltungen instruktiv *Kahlenberg/Oppel*, IStR 2017, 205 (207).

¹⁵⁸ Ähnlich *Hey*, StuW 2017, 248 (252 und 262) in Bezug auf das Rangverhältnis allgemeiner und spezieller Missbrauchsbekämpfungsnormen i.R.d. ATAD I; a.A. *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391 (2396).

¹⁵⁹ Vgl. ausführlich zu den Regelungen sowie deren Reichweite *Suchowerskyj*, Der Begriff des Missbrauchs im europäischen Steuerrecht, 2007, 49-56.

¹⁶⁰ Hierzu ausführlich *de Broe/Beckers*, EC Tax Review 2017, 133 (140 ff.).

¹⁶¹ Vgl. auch *Hey*, StuW 2017, 248 (260 f.).

¹⁶² Dafür spricht auch der *lex-posterior-generalis-non-derogat-priori-specialis*-Grundsatz, vgl. beispielsweise *Hummel*, IStR 2016, 335 (336). Auch ist die Missbrauchsvermeidungsregelung der ATAD I nachweislich des Erwägungsgrunds 11 zur Lückenschließung in den Fällen bestimmt, für die noch keine besonderen Vorschriften ins Leben gerufen wurden. Ein ähnliches Auslegungsergebnis erzielend *Kahlenberg*, IWB 2018, 145 (150); *Lüdicke/Oppel*, DB 2016, 549 (553); *Rigaut*, ET 2016, 497 (502); *Allram/Hörtenhuber*, in: Lang et al., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 2017, 131 (151) mit Verweis auf Erwägungsgrund 30 von ATAD II.

¹⁶³ Ausführlich zur Funktionsweise des Art. 6 ATAD *Langer/Orzechowski*, in: Lang et al., Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 2017, 82-90 m.w.N.

¹⁶⁴ Vgl. ebenso EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 48 m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung sowie *Kofler*, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.3; *Romanelli*, ET 2018, 38 (39).

¹⁶⁵ Vgl. Richtlinie (EU) 2015/121 des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 27.1.2015, ABl. EU L 21 v. 28.1.2015, 1. Vgl. zum historischen Überblick der Missbrauchsbekämpfung im Rahmen der MTR *Weber*, Intertax 2016, 98 (98 ff.); *Brokelind*, Intertax 2015, 816 (819 ff.).

¹⁶⁶ Vgl. auch *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (9) m.w.N.

¹⁶⁷ Alleine die Motivationslage des Steuerpflichtigen, Steuern zu sparen (*subjektives Element*), kann die Gestaltung nicht als missbräuchlich qualifizieren. Vielmehr muss zusätzlich geprüft werden, ob die Gestaltung einer wirtschaftlichen Realität entspricht. Ähnlich GAin *Kokott* in ihren Schlussanträgen v. 1.3.2018 – Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 52 f., 58 und 89. Vgl. fernerhin *Piantavigna*, WTJ 2018, 193 (216 ff.); *Bundgaard et al.*, ET 2018, ET 2018, 130 (136); *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (9). *Thiele* spricht dem subjektiven Kriterium nachrangigen Charakter zu, vgl. *Thiele*, IStR 2011, 452 (455 f.); a.A. *Florstedt*, FR 2016,

u.E. nicht entgegengehalten werden, dass der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 MTR (und korrespondierend Art. 6 Abs. 1 ATAD I) für die Annahme einer aus steuerlicher Sicht zu pönalisierenden Gestaltung es nunmehr bereits ausreichen lässt, wenn *einer* der wesentlichen Zwecke der (nicht mehr künstlichen sondern) unangemessenen Gestaltung ist, einen steuerlichen Vorteil zu erlangen. Es ist zwar richtig, dass der EU-Gesetzgeber hiermit offensichtlich eine tatbestandliche Ausdehnung der Antimissbrauchsbestimmung verfolgt¹⁶⁸ und ferner später erlassenes Sekundärrecht bei der Auslegung des unionsrechtlichen Missbrauchsbegriffs berücksichtigt werden kann.¹⁶⁹ Dennoch bestünde die Gefahr, dass jeder Auslandsinvestition ein potenzieller (wenn gar unbeachtlicher) Steuervermeidungsgedanke zugrunde gelegt werden könnte, wodurch bei den meisten (tatsächlich nicht missbräuchlichen) Investitionsvorhaben, in denen sich einer Holding bedient wird, die sekundärrechtliche allgemeine Missbrauchs Klausel greifen könnte.¹⁷⁰ Um einer solchen ausufernden (und ggf. willkürlichen) Handhabung der Antimissbrauchsmaßnahmen Herr zu werden, ist dem Substanzerfordernis u.E. entscheidende Relevanz zuzusprechen.¹⁷¹

Daneben ist hinzuzufügen, dass sich nach inzwischen verfestigter Rechtsprechung des EuGH die Missbrauchs bekämpfung im Rahmen des Richtlinienrechts sowie der Umsetzung der Richtlinien ins nationale Recht an dem Maßstab des Primärrechts zu orientieren hat.¹⁷² Daher gilt es für diese Regelungen neben der Geeignetheitsprüfung auch eine primärrechtliche verankerte Erforderlichkeitsprüfung durchzuführen.¹⁷³ Das Unionsgericht hat im Laufe der Zeit zwar typisierende Missbrauchs bekämpfungsregelungen auf Ebene der Geeignetheitsprüfung

1 (5) m.w.N., der argumentiert, dass der EuGH im Laufe der Zeit die Bedeutung des subjektiven Elements immer weiter erhöht hat.

¹⁶⁸ Vgl. *Böhmer*, ISR 2017, 24 (26); *de Broe/Beckers*, EC Tax Review 2017, 133 (141 f.); *Weber*, Intertax 2016, 98 (109 f.). Siehe dazu auch *Hey*, StuW 2017, 248 (260); *Oppel*, IStR 2016, 797 (802) jeweils in Bezug auf Art. 6 ATAD I.

¹⁶⁹ Vgl. Schlussanträge der GA in *Kokott v. 1.3.2018* – Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 59; *Docclo*, BIT 2017, 367 (378); *Böhmer*, ISR 2017, 24 (26). Zweifelnd *de Broe/Beckers*, EC Tax Review 2017, 133 (141 f.). Der EuGH hat sich bereits in Bezug auf die Fusionsrichtlinie i.d.F. v. 23.7.1990 (90/434/EWG, ABI. EU L 225 v. 20.8.1990, 1) über den Wortlaut der dort verankerten Anti-Missbrauchsvorschrift (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. a) hinweggesetzt und an seiner verfestigten Rechtsprechung festgehalten, vgl. EuGH v. 10.11.2011 – Rs. C-126/10, *Foggia-SGPS*, ECLI:EU:C:2011:718 = Slg. 2011, I-10923, Rz. 34 f. Daher kann eine solche Vorgehensweise des EuGH auch im Rahmen der MTR oder ATAD I nicht von vornherein ausgeschlossen werden, vgl. *Weber*, Intertax 2016, 98 (110). Sich kritisch zu dieser Rechtsprechung äußernd *Szudoczky*, *The Sources of EU Law and Their Relationships*, 2014, 424.

¹⁷⁰ Ähnlich argumentierend im Zusammenhang mit der 6. MwStRL GA *Maduro*, Schlussanträge v. 7.4.2005 – Rs. C-255/02, *Halifax*, ECLI:EU:C:2005:200, Rz. 89.

¹⁷¹ Dafür spricht auch Erwägungsgrund 6 der Änderungsrichtlinie (EU) 2015/121. So i.E. auch *Kahlenberg*, IWB 2018, 145 (150); *De Broe/Luts*, Intertax 2015, 122 (132); *Debelva/Luts*, ET 2015, 223 (225); *Hagemann/Kahlenberg*, IStR 2014, 840 (844). Ähnlich in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 MLI *Lang*, SWI-Spezial 2018, 48 (51). *Weber* meint in diesem Zusammenhang, dass die *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung und der für die sekundärrechtlichen Antimissbrauchsklauseln gewählte Wortlaut in der Praxis keine voneinander abweichende Rechtsfolgen hervorrufen sollte, vgl. *Weber*, Intertax 2016, 98 (109 f.); a.A. hingegen *Hey*, StuW 2017, 248 (260 f.), nach deren Auffassung der Begriff einer „unangemessenen Gestaltung“ des Art. 6 ATAD I weiter gefasst ist, als der vom EuGH geformte Begriff der „Künstlichkeit“. Sie gesteht gleichzeitig aber ein, dass der Wortlaut betrachteter Norm bei der Präzisierung des europarechtlichen Missbrauchsterminus nicht die maßgebliche Rolle spielen dürfte. Für die Prüfung der Substanz spricht auch der Entwurf der EU-Kommission zur Entwicklung eines EU-Missbrauchs begriffs, vgl. *Franz*, Intertax 2015, 660 (664) mit Verweis auf die Empfehlung der EU-Kommission betreffend aggressive Steuerplanung v. 6.12.2012 – C(2012)8806 final, und Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat betreffend den Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung v. 6.12.2012 – SWD(2012) 403 final. Mit weiterführender kritischer Analyse zu der Empfehlung *Lang*, SWI 2013, 62 (66 ff.).

¹⁷² Vgl. zuletzt EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 62 m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung. Siehe ferner *Englisch*, in: *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 23. Aufl. 2018, § 4, Rz. 8 ff.; *Blum/Spies*, SWI 2017, 574 (580); *Böhmer*, IWB 2017, 843 (848 f.); *Hagemann/Kahlenberg*, IStR 2014, 840 (845); *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (9).

¹⁷³ Vgl. *Breinersdorfer*, StuW 2009, 211 (216) mit Verweis auf EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409-2460, Rz. 49 m.w.N.

teilweise anerkannt¹⁷⁴ und ist darüber hinaus den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Anerkennung der Rechtfertigungsgründe ein wenig entgegengekommen.¹⁷⁵ Gleichwohl ist die Prüfung – insbesondere auf Ebene der Erforderlichkeit – immer noch sehr restriktiv zu handhaben.¹⁷⁶ Inzwischen ist es verfestigte Rechtsprechung des EuGH, dass eine Gestaltung die Vorteile der Grundfreiheiten genießen kann, wenn sie individuell-funktionsbezogen¹⁷⁷ wirtschaftliche Substanz (*objektive Voraussetzung*) nachweist.¹⁷⁸ Diesen Grundsatz möchte der EuGH ungeachtet dessen anwenden, ob ein „Missbrauch“ oder eine „unangemessene Gestaltung“ vorliegt.¹⁷⁹

Darüber hinaus würde die genannte Lesart die Systematik des Art. 1 MTR verkennen und käme mit dem Erwägungsgrund 11 der ATAD in Konflikt, denn diese gestattet dem Steuer-

¹⁷⁴ Ein genereller Missbrauchsverdacht ist mit dem Unionsrecht grds. nicht vereinbar. Die Regelungen müssen vielmehr an klare Voraussetzungen und konkrete Kriterien anknüpfen und eine Einzelfallprüfung ermöglichen, vgl. EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 62 m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung; *Blum/Spies*, SWI 2017, 574 (578 sowie 581 und dort die Fn. 40); *Musil*, DB 2009, 1037 (1042); *Rödter/Schönfeld*, IStR 2006, 49 (51 f.); kritisch zum Typisierungsverbot *Schön*, *Gestaltungsmisbrauch im Europäischen Steuerrecht*, 1996, 88 ff.

¹⁷⁵ Vgl. zu den „klassischen“ Rechtfertigungsgründen sowie zur Tendenz der Erweiterung des Katalogs der Rechtfertigungsgründe *Breinersdorfer*, *StuW* 2009, 211 (215 f.) mit Verweis auf *Musil*, DB 2009, 1037 (1042).

¹⁷⁶ Vgl. EuGH v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 59 m.w.N. zur EuGH-Rechtsprechung; *Kofler*, in: *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Rz. 14.86; *Blum/Spies*, SWI 2017, 574 (580); *Hagemann/Kahlenberg*, IStR 2014, 840 (845); *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (9); Ähnlich gleichfalls *Weber*, *Intertax* 2016, 98 (103); *Debelva/Luts*, ET 2015, 223 (233). Kritisch zu der divergierenden Beurteilung seitens des EuGH im Rahmen der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung *Breinersdorfer*, *StuW* 2009, 211 (218 f.).

¹⁷⁷ So können an eine Holdinggesellschaft für die Anerkennung der permanenten Teilnahme am Wirtschaftsleben im Zielmitgliedstaat bezogen auf ihre Geschäftsräume, Personal und Ausrüstungsgegenständen nicht gleich hohe Anforderungen gestellt werden wie an eine produzierend tätige Gesellschaft, vgl. Schlussanträge der GAin *Kokott v. 1.3.2018* – Rs. C-116/16, *T Danmark*, ECLI:EU:C:2018:144, Rz. 55; *Schönfeld*, IStR 2018, 325 (328); *De Broe*, *EC Tax Review* 2008, 142 (144); *Hey*, *StuW* 2008, 167 (180); im Ergebnis auch *Schuch*, SWI 2017, 654 (657). Selbst wenn die Holding keine oder wenig Substanz hat, kann hieraus nicht sofort ein Missbrauch angenommen werden, vgl. *Weber*, *Intertax* 2016, 98 (119 f.). *Kofler* möchte die Klausel mangels expliziten „Tätigkeitserfordernisses“ auf europäische Holdingstrukturen ohnehin nicht zur Anwendung zulassen, vgl. *Kofler*, in: *Schaumburg/Englisch*, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Rz. 14.88. Vgl. für die Prüfung der objektiven Anhaltspunkte für eine künstliche Gestaltung anhand der Ausübung einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung und des Vorhandenseins von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen die *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 = IStR 2006, 670, Rz. 67 ff. Ausführlich hierzu *Kahlenberg/Vogel*, *StuW* 2016, 288 (291 f.); *Kahlenberg*, SWI 2016, 206 (211 f.); *Dourado*, *Intertax* 2015, 42 (45 f.); *Kaiser*, IStR 2009, 121 (127 ff.). An dieser Stelle sei es des Hinweises wert, dass die GAin *Kokott* die *Cadbury Schweppes*-Richtlinien weiterentwickeln und demnach die Kriterien der Verrechnungspreise als Maßstab bei der Missbrauchsprüfung auf Unionsebene anlegen möchte. Vgl. Schlussanträge der GAin *Kokott v. 19.1.2017* – Rs. C-6/16, *Eqiom und Enka*, ECLI:EU:C:2017:34 = BeckRS 2017, 100280, Rz. 57. Siehe dazu auch *Böhmer*, *IWB* 2017, 843 (846); *Gebhardt*, *BB* 2017, 2007-2010. Auf vorliegendes Gestaltungsmodell sollte dieser Kontrollansatz keine erheblichen Auswirkungen haben, da von einer aktiven wirtschaftlichen Tätigkeit der niederländischen Holding auszugehen ist.

¹⁷⁸ Insoweit ist *Florstedt*, *FR* 2016, 1 (9) zu widersprechen, als das der EuGH mit seinem Urteil v. 10.11.2011, Rs. C-126/10, *Foggia*, Rz. 35, einen Missbrauch allein schon dann als gegeben ansieht, wenn aus subjektiver Sicht des Steuerpflichtigen das steuerliche Motiv eines Rechtsvorgangs bereits überwiegt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wann von einem „Überwiegen“ auszugehen wäre. Diese rechtliche Unbestimmtheit dieses Wertungsmerkmals dürfte für vermeidbare Rechtsunsicherheit sorgen und Angriffspotenzial für fiskalpolitische und demnach abweichend ausfallende Wertungsvornahmen seitens der nationalen *Fisci* führen. Dieses Resultat entspricht jedoch nicht der vom Unionsnormsetzer mit der Kodifikation der allgemeinen MTR-Missbrauchsverhinderungsbestimmung verfolgten Zielvorstellung in Form des kohärenten Vorgangs gegen missbräuchliche Inanspruchnahme der MTR-Vorzüge (vgl. Erwägungsgrund 5 der Änderungsrichtlinie (EU) 2015/121).

¹⁷⁹ In Bezug auf den gemeinschaftsrechtlichen „Steuervermeidungsbegriff“ tendiert der EuGH nach dem gleichen Maßstab wie auf den „Missbrauchsbegriff“ zu judizieren. Ausführlich hierzu *Karimeri*, *Intertax* 2011, 296 (305 ff.). Die Begriffe „Missbrauch“, „Steuerumgehung“, „Steuervermeidung“ sowie „Steuerflucht“ sind durch kohärente Auslegung des Europarechts als Synonym zu deuten, vgl. *Bergmann*, *StuW* 2010, 246 (248).

pflichtigen das Recht, die steuereffizienteste Struktur für seine geschäftlichen Angelegenheiten zu wählen.¹⁸⁰ Des Weiteren ist der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 MTR zu beachten. Diese Regelung qualifiziert eine Gestaltung nur *in dem Umfang* als unangemessen, wie sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde. Dies spricht ebenfalls für die kumulative Prüfung der beiden Voraussetzungen.¹⁸¹ Mithin ergibt sich durch primärrechtskonforme Auslegung der Vorschrift *ex post*-BEPS keine von dem Missbrauchsverständnis des EuGH abweichende Rechtsfolge. Da wie angenommen, die Beteiligung an der EU-Grundeinheit funktional der Zwischenholding zugeordnet wird und letztere somit eine echte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, kann hieraus geschlossen werden, dass sie nicht als künstlich bzw. unangemessen eingestuft werden kann.¹⁸²

Damit die geschäftsleitende Tätigkeit der oCV als Zwischenholding wirtschaftliche Realität widerspiegelt und folglich objektiv keinen Missbrauchsverdacht auslöst, reicht es aus, wenn im Ansässigkeitsstaat der Holding (hier: Niederlande) „nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls dauernd die für die Geschäftsführung notwendigen Maßnahmen von einiger Bedeutung getroffen bzw. angeordnet werden“.¹⁸³

d) *Zwischenergebnis*

Damit bleibt in Bezug auf die Arbeitshypothese zu konstatieren, dass das Untersuchungsmodell den europarechtlichen Vorgaben zur Bekämpfung von missbräuchlichen Strukturen standhält. Lediglich durch das Anti-BEPS-Bestreben der EU-Kommission können ähnliche Gestaltungsmodelle in der Zukunft an Attraktivität verlieren: Durch die Umsetzung der CFC-Regelungen der ATAD I als Mindeststandart in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten braucht es einen Substanznachweises, um die Dividendeneinkünfte der EU-Tochtergesellschaften weiterhin als aktive Einkünfte zu behandeln. Dementsprechend ist davon zu gehen, dass die CFC-Bestimmungen die dem vorliegend präsentierten Modell analoge *directive-shopping*-Fälle künftig verringern werden. Eine flächendeckende Verwehrung der Richtlinienvorteile kann sie jedoch nicht sicherstellen.

3. Der bilaterale Entschluss der Einmalbesteuerung

Als nächstes gilt es, die etwaige Anwendung abkommensrechtlicher Abwehrmaßnahmen zu überprüfen. Zu betonen ist dabei, dass das DBA als Bestandteil des Völkerrechts anders, als der Harmonisierungsgedanke des Unionsrechts, andere Funktionen innehat: Es verteilt die

¹⁸⁰ Siehe dazu auch Mitteilung der Kommission betreffend die Anwendung von Maßnahmen zur Missbrauchsbe-
kämpfung im Bereich der direkten Steuern v. 10.12.2007, COM (2007) 785 final, 3, die eine ähnliche Aussage
in Bezug auf den Entwurf der generellen MTR-Missbrauchsklausel getätigt hat. Vgl. ebenfalls EuGH
v. 22.10.2010 – Rs. C-277/09, *RBS Deutschland Holding*, ECLI:EU:C:2010:810 = IStR 2011, 149, Rz. 54;
v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02, *Halifax*, ECLI:EU:C:2006:121 = Slg. 2006, I-1609, Rz. 73 jeweils in Bezug auf die
6. MwStRL sowie v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544 = IStR 2006, 670,
Rz. 49 mit Blick auf die Ertragsteuern; *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (9) m.w.N. Im Übrigen sehen
Art. 1 Abs. 3 MTR sowie Art. 6 Abs. 2 ATAD I eine Exkulpationsmöglichkeit für den Fall vor, wenn der Steuer-
pflichtige für eine Gestaltung bzw. eine Abfolge von Gestaltungen außersteuerliche (d. h. wirtschaftliche)
Gründe nachweist. Zur letztgenannten Bestimmung s. *Hey*, StuW 2017, 248 (263).

¹⁸¹ Vgl. im Ergebnis auch *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen euro-
päischer Staaten, 2016, 136. Für ein derartiges Verständnis spricht auch Erwägungsgrund 8 der Änderungs-
richtlinie (EU) 2015/121.

¹⁸² Die sekundärrechtlichen Missbrauchsvorschriften fallen unter die rechtsprechende Zuständigkeit des EuGH,
vgl. nur *Oppel*, IStR 2016, 797 (799).

¹⁸³ So *Schön*, IStR-Beihefter 2013 zu Heft 6, 3 (11 f.) und dort die Fn. 104.

Besteuerungsrechte zwischen den Vertragsstaaten nach deren konkreten fiskalischen Vorstellungen und nicht primär nach den Maßgaben des Europarechts.¹⁸⁴

In dem hier vorgestellten Modell kommen einerseits Abkommensregelungen zwischen den Niederlanden und dem Staat der EU-Grundeinheit bei der Ausschüttung an die oCV sowie andererseits zwischen Deutschland und den Niederlanden bei der Zurechnung der Dividende zu der deutschen Konzernspitze in Betracht. Gleichwohl ist zu bemerken, dass die Abkommen zwischen den Niederlanden und den anderen EU-Staaten das erzielte Ergebnis nicht beeinflussen können, da die Regelungen des jeweiligen Abkommens von der MTR als höherrangiges Recht überlagert werden.¹⁸⁵ Im Folgenden gilt es den Einfluss des DBA DE/NL auf das Modell zu überprüfen.

Das im Jahr 2012 zwischen Deutschland und den Niederlanden abgeschlossene DBA beinhaltet – im Einklang mit der aktuellen Abkommenspolitik beider Staaten¹⁸⁶ – bereits viele Punkte aus dem BEPS-Maßnahmenplan. So wurden beispielsweise der Titel und die Präambel des Abkommens durch den Zusatz „zur Verhinderung der Steuerverkürzung“ ergänzt¹⁸⁷ sowie die Anwendbarkeit der nationalen Missbrauchsvorschriften abkommensrechtlich festgeschrieben. Hingegen finden sich in dem DBA DE/NL – trotz der üblichen niederländischen Abkommenspraxis¹⁸⁸ – keine *LOB-* bzw. *PPT-*Regelungen wieder.¹⁸⁹

Des Weiteren sieht das DBA DE/NL in Art. 10 eine *beneficial-owner*-Regelung sowie im Methodenartikel auf deutscher Seite zahlreiche Vorbehaltsklauseln betreffend die Dividendenzahlungen vor.¹⁹⁰ Bei dem an den phG weitergeleiteten Gewinnanteil handelt es sich jedoch um keine Dividende i.S.d. Abkommens, sodass diese Verteilungsnorm den Sachverhalt nicht weiter berührt.

Somit hält das DBA DE/NL lediglich zwei Missbrauchsunterbindungswerkzeuge gegen das vorangehend erzielte Ergebnis bereit, namentlich (1) die *subject-to-tax*-Klausel nach Art. 22

¹⁸⁴ Vgl. *Raupach*, in: Schön, Die Auslegung europäischen Steuerrechts, 1993, 35 (46); zur europarechtlichen Freiheit und Kompetenz der Mitgliedstaaten Doppelbesteuerungsabkommen zu verhandeln *Mason*, *StuW* 2009, 197 (206 f.).

¹⁸⁵ Vgl. *Haase*, in: Haase, *ASTG/DBA*, 3. Aufl. 2016, Rz. 76 ff.; *Schaumburg*, in: *Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 4.18 ff.; *De Broe*, *EC Tax Review* 2017, 228 (228) sowie *Dourado*, *Intertax* 2015, 42 (55), beide mit Verweis auf Art. 351 AEUV. Siehe ebenfalls *Govind/Turcan*, *BIT* 2017, published online, unter Tz. 5; *Kollruss*, *ISr* 2013, 766 (768 f.). Dieses Rangverhältnis wird auch im Abkommen selbst – konkret unter Ziffer I Abs. 1 des Protokolls zum DBA DE/NL – festgestellt. Zur Überflüssigkeit dieser Regelung vgl. *Engers/Stevens*, in: *Wassermeyer*, *DBA*, 140. EL 2018, Niederlande Art. 1, Rz. 12.

¹⁸⁶ Vgl. aus deutscher Perspektive *Engers/Stevens*, in: *Wassermeyer*, *DBA*, 140. EL 2018, Niederlande Art. 22, Rz. 25; *Wassermeyer*, in: *Wassermeyer*, *DBA*, 140. EL 2018, Art. 23A OECD-MA, Rz. 54; *Brunsbach/Endres/Lüdicke/Schnitger*, *Deutsche Abkommenspolitik – Trends und Entwicklungen 2012/2013* (IFSt-Schrift Nr. 492), 25-61; *Ebbinghaus/Hinz*, *FR* 2014, 13 (14 ff.). Aus niederländischer Perspektive zum neuen DBA China/NL 2013 *Bruinhorst/Lange*, *Asia-Pacific Tax Bulletin* 2013, 316-322; zum neuen DBA NL/UK 2008 *Offermanns/Smit*, *ET* 2009, 59-66.

¹⁸⁷ Vgl. ausführlich zu diesem Zusatz *Kuźniacki*, *WTJ* 2018, 233 (239 f.).

¹⁸⁸ Vgl. *Biebinger*, *Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten*, 2016, 313 f.; *De Boer/Boulogne*, in: *Maisto*, *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, 2012, S. 771 (862 ff.); *Peters/Roelofsen*, *IFA Cahiers* 2010 - Volume 95A, 551 (552 sowie 570 ff.); *De Boer/Luts* *Intertax* 2015, 122 (124 ff.) sowie *Eilers*, *ISR* 2012, 10 (12).

¹⁸⁹ Die Einführung von *LOB-* bzw. *PPT-*Regelungen wurde im Rahmen der BEPS-Maßnahme 6 vorgesehen und empfohlen, jedoch im Zuge des DBA DE/NL nicht umgesetzt, vgl. *Kokolia/Chatziioakeimidou*, *ET* 2015, 149 (515 f.). Im Rahmen der BEPS-Maßnahme 15 wurden diese Regelungen jedoch (wahlweise) verbindlich vereinbart und können in Zukunft die grenzüberschreitende Behandlung von Dividendenzahlungen erheblich beeinflussen, vgl. eingehend *Polatzky/Balliet/Stein*, *ISr* 2017, 226 (229 f.). Zu Einzelheiten vgl. die Ausführungen im *Abschnitt IV.3.c*.

¹⁹⁰ Vgl. zu Einzelheiten *Benz/Kroon*, *ISr* 2012, 910 (915 f.).

Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL sowie (2) die *switch-over*-Klausel des Art. 22 Abs. 1 lit. c) DBA DE/NL.¹⁹¹

a) *Die Rückfallklausel des Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL*

Betrachtet man zu Beginn die qualifizierte *Rückfallklausel*¹⁹² des Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL, wird deutlich, dass Deutschland als Ansässigkeitsstaat die Freistellung nur dann gewährt, soweit eine „tatsächliche Besteuerung“ in den Niederlanden stattgefunden hat. Das Erfordernis der „tatsächlichen Besteuerung“ ist in diesem Kontext derart zu verstehen, dass die betroffenen Einkünfte in die niederländische Bemessungsgrundlage einfließen müssen.¹⁹³ Ferner ist hierbei zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Neuausrichtung des § 50d Abs. 9 S. 4 EStG im Rahmen des sog. BEPS-Umsetzungsgesetzes¹⁹⁴ anstrebt, die seitens der Finanzverwaltung verfolgte „atomisierende Betrachtungsweise“¹⁹⁵ für den aus deutscher Sicht bislang nicht abschließend definierten DBA-Einkünftebegriff gesetzlich zu manifestieren. Infolgedessen muss nunmehr der aus der Betriebsstätte bezogene Gewinn in seine einzelnen Einkünftebestandteile seziiert und letztere wiederum isoliert auf ihre „tatsächliche Besteuerung“ in den Niederlanden gem. Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL hin untersucht werden.¹⁹⁶ Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Einkunftsquelle (Dividende) – anknüpfend an das ihr zugrundeliegende Wirtschaftsgut (Beteiligung an der EU-Grundeinheit) – in die niederländische Bemessungsgrundlage Eingang gefunden haben muss, um in Deutschland freigestellt werden zu können.

In vorliegender Konstellation sollte u.E. die vom BMF vertretene Annahme einer tatsächlichen Besteuerung indes bestehen, da die Nichtbesteuerung des an den phG weitergeleiteten Dividendenteilstücks aus der MTR-Schachtelfreistellung resultiere,¹⁹⁷ die – wie bereits erläutert – ebenso im Verhältnis zum phG der oCV ihre Anwendung findet. Dabei sollte es u.E. keine Rolle spielen, ob die in Rede stehende Gewinnrepatriierung auf Abkommensebene als „Dividende“ i.S.d. Art. 10 Abs. 1 DBA DE/NL oder als „sonstige Einkünfte“ gem. Art. 21 Abs. 1 DBA DE/NL qualifiziert werde.¹⁹⁸ Denn mit der inzwischen gesetzlich fixierten separaten Über-

¹⁹¹ Im Protokoll zum DBA DE/NL lassen sich keine weiteren Abwehrmaßnahmen feststellen.

¹⁹² Vgl. zur Unterscheidung zwischen einfacher und qualifizierter *subject-to-tax*-Klausel sowie den daraus fließenden materiell-rechtlich-abweichenden Rechtsfolgen *Schönfeld/Häck*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Art. 23A, Rz. 76 ff. m.w.N.; zu den Rückfallklauseln in der deutschen Abkommenspolitik *Meretzki*, ISR 2014, 42-49 sowie *Holthaus*, FR 2008, 561-565.

¹⁹³ Vgl. Tz. 4 des Protokolls zur deutschen Verhandlungsgrundlage – IV B 2 – S 1301/13/10009 sowie BMF v. 20.6.2013 – IV B 2 – S 1300/09/10006, BStBl. I 2013, 980, Tz. 2.3 lit. a). Zum Begriff der „tatsächlichen Besteuerung“ eingehend *Ebbinghaus/Hinz*, FR 2014, 13 (15); *Lüdicke*, IStR 2013, 721 (726 ff.).

¹⁹⁴ Vgl. Art. 8 Nr. 11 lit. a) des Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und –verlagerungen v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000.

¹⁹⁵ Vgl. BMF v. 20.6.2013 – IV B 2 – S 1300/09/10006, BStBl. I 2013, 980; v. 12.11.2008 – IV B 5 - S 1300/07/10080, BStBl. I 2008, 988; v. 12.11.2014 – IV B 2 – S 1300/08/10027, BStBl. I 2014, 1467 sowie Art. 22 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) i.V.m. Tz. 4 des Protokolls der deutschen Verhandlungsgrundlage – IV B 2 – S 1301/13/10009. Zum Terminus der „atomisierenden Betrachtungsweise“ s. statt vieler *Gebhardt*, IStR 2016, 1009-1012.

¹⁹⁶ Ausgiebig zu dem Stellenwert und Regelungswirkung des § 50d Abs. 9 S. 4 EStG *Kahlenberg/Schade*, IStR 2018, 218 (221 f.).

¹⁹⁷ Vgl. BMF v. 20.6.2013 – IV B 2 – S 1300/09/10006, BStBl. I 2013, 980, Tz. 2.3. lit. a) letzter Spiegelstrich sowie Tz. 3 des Protokolls der deutschen Verhandlungsgrundlage – IV B 2 – S 1301/13/10009; *Wassermeyer*, in: Wassermeyer, DBA, 140. EL 2018, Art. 23A, Rz. 212; *Rosenthal*, in: Festgabe Wassermeyer, 2015, Subject-to-tax-Klauseln, Rz. 13 m.w.N.; *Schönfeld/Ditz/Häck*, in: Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Anh. 4, Rz. 173; *Lüdicke*, IStR 2017, 936 (939).

¹⁹⁸ Ähnlich in Hinblick auf nicht vom BMF-Schreiben v. 20.6.2013 erfasste innerstaatliche Freistellungen von Schachtelgewinnausschüttungen zuletzt *Lüdicke*, IStR 2017, 936 (940 f.); *Schönfeld*, IStR 2013, 757 (760); *Lüdicke*, IStR 2013, 721 (727) sowie hinsichtlich der tatsächlichen Besteuerung von Einkünften i. H. v. Null *Meretzki*, ISR 2014, 42 (47).

prüfung jedes Einkunftsteils hin auf seine steuerliche Erfassung im Quellenstaat dürfe gleichzeitig auch nicht der wirtschaftliche Ursprung der Einkunftsquelle verkannt werden¹⁹⁹ – und dies ist hier unstreitig eine Gewinnausschüttung innerhalb der EU. Mithin habe im Lichte der Protokollziffer I Abs. 1 des DBA DE/NL das deutsche Freistellungsverständnis in Bezug auf Schachtelprivilegien in EU-Fällen hinter die MTR-Bestimmungen zurückzutreten.²⁰⁰

b) *Die Umschaltklausel nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) DBA DE/NL*

Die *Umschaltklausel*²⁰¹ nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) DBA DE/NL bewirkt hingegen den Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode, wenn die Bruttoerträge der oCV als Betriebsstätte ausschließlich oder fast ausschließlich²⁰² passiv sind. Mithin bedarf es keiner Atomisierung der Einkünfte.²⁰³ Dabei verweist die Regelung auf den Aktivitätskatalog des § 8 Abs. 1 AStG.²⁰⁴ Wie bereits erwähnt, stellen die Dividenden von den EU-Grundeinheiten²⁰⁵ aktive Einkünfte i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG dar.²⁰⁶ Diese werden in der Regel den Großteil der Einkünfte einer klassischen Zwischenholding ausmachen.²⁰⁷ Die übrigen Einkünfte der Zwischenholding sind im Einzelfall jedoch genauer zu betrachten, insbesondere auf passive konzerninterne Dienstleistungseinkünfte nach § 8 Abs. 1 Nr. 5 AStG. Schließlich bleibt zu prüfen, ob sich durch das Multilaterale Instrument (im Weiteren: MLI) *ex post* eine andere Rechtsfolge erzielen lässt.

c) *Der (potenzielle) Einfluss des MLI*

Mit dem Vertragstext zum Multinationalen Instrument – veröffentlicht am 24.11.2016²⁰⁸ – hat die OECD Verschärfungen für die Anwendung von DBA eingeführt.²⁰⁹ Diese Änderungen sollen die missbräuchliche Inanspruchnahme eines bilateralen Abkommens verhindern und gelten für viele bereits existierende DBA.²¹⁰ Sowohl Deutschland als auch die Niederlande haben

¹⁹⁹ Im Rahmen des § 50d Abs. 9 S. 4 EStG ebenfalls auf den wirtschaftlichen Veranlassungszusammenhang abstellend *Cloer/Hagemann*, in: Bordewin/Brandt, EStG, 406. EL 2018, § 50d, Rz. 330b.

²⁰⁰ Vgl. dazu ebenfalls *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (130).

²⁰¹ Vgl. zum potenziellen Verstoß dieser Klausel gegen die Niederlassungsfreiheit *Rehfeld*, DStR 2010, 1809-1815; dies demgegenüber verneinend *Kaminski*, StuW 2007, 275 (282).

²⁰² In der Regel ist dies gegeben, wenn mehr als 90% der Bruttoeinkünfte aktiv sind, vgl. nur *Ismer*, in: Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 23B, Rz. 74 m.w.N. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BFH zu § 8 Abs. 2 Nr. 1 AStG a. F., vgl. BFH v. 30.8.1995 – I R 77/94, BStBl. 1996 II, 122, Rz. 24.

²⁰³ Ein solcher Sezierungsbefehl – wie auch im nationalen Recht nach § 8 AStG – wäre hingegen bei dem Zusatz *soweit* anzunehmen, vgl. *Grotherr*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr, DBA, 32. EL 2017, Art. 23 A/B OECD-MA, Rz. 78.

²⁰⁴ Zur aktuellen Abkommenspraxis, bei der Umschaltklausel auf den § 8 Abs. 1 AStG zu verweisen, vgl. *Kaminski*, StuW 2007, 275-284.

²⁰⁵ Hierbei ist zu beachten, dass § 50d Abs. 9 S. 4 EStG im Rahmen der Umschaltklausel des Art. 22 Abs. 1 lit. c) DBA DE/NL zu keiner „atomisierenden Betrachtung“ der Dividende fern von dem übrigen Unternehmensgewinn führen kann. Denn ausweislich des Wortlauts letztwähnter Norm müsse die ausschüttende Gesellschaft in den Niederlanden ansässig sein, was im hiesigen Fall (Gewinnausschüttung stammt von der EU-Grundeinheit) zu verneinen ist.

²⁰⁶ Wie bereits gezeigt wurde, bewirkt die Exkulpationsklausel des Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 2 ATAD I das gleiche Ergebnis.

²⁰⁷ Vgl. *Kessler*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 185. Jedoch wird die erhöhte Nachweiserbringungspflicht für viele Steuerpflichtige neue Hürden schaffen, vgl. *Ebbinghaus/Hinz*, FR 2014, 13 (16); *Eilers*, ISR 2012, 10 (14).

²⁰⁸ Vgl. OECD, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS, Action 15, Final Report, 2015, abrufbar unter: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#.WoHcEmaX8dU, letzter Zugriff am 12.6.2018.

²⁰⁹ Das MLI wurde am 7.6.2017 von Deutschland sowie von den Niederlanden neben ca. 70 weiteren Staaten unterzeichnet, vgl. <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>, letzter Zugriff am 12.6.2018. Die Umsetzung ins nationale Recht (z.B. in Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 GG i.V.m. § 2 Abs. 1 AO notwendig) steht größtenteils noch vor.

²¹⁰ Vgl. einleitend *Haase*, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 25 ff.; *Kreienbaum* in: Lüdicke, Internationale Geschäftstätigkeiten in der Nach-BEPS-Welt, 2017, 207-214; *Gomes*, Intertax 2018, 45 (49 ff.); *Antón*, BIT 2017,

das MLI in Bezug auf das DBA DE/NL ratifiziert.²¹¹ Es wurde bereits gezeigt, dass es sich bei dem Untersuchungsmodell nicht um eine hybride Gestaltung handelt. Daher ist vorliegend im Wesentlichen die Umsetzung der Maßnahme 6 des BEPS-Aktionsplans im Abschnitt III des MLI von Bedeutung.²¹² Zahlreiche dieser Regelungen sind in dem jungen DBA DE/NL allerdings schon enthalten. Lediglich Art. 7 MLI könnte durch die Einführung von *PPT-* (*Principle Purpose Test*) sowie vereinfachten oder detaillierten *LOB* (*Limitation on Benefits*)-Regelungen das Modell in der Zukunft als Abkommensmissbrauch tangieren.²¹³

Beide Staaten haben sich im Rahmen des Art. 7 MLI zunächst für den Standardfall – die *PPT*-Klausel – entschieden. Da keine Vorbehalte nach Art. 7 Abs. 15 lit. a) und c) MLI in Bezug auf das DBA DE/NL eingereicht wurden,²¹⁴ greift diese Regelung fortan im Verhältnis zu dem genannten Abkommen. Anders als die Niederlande, hat Deutschland jedoch keine Notifikation für die sog. *Bona-fide*-Klausel des Art. 7 Abs. 4 MLI abgegeben, wodurch diese Klausel im Verhältnis zum vorliegenden DBA nicht anwendbar bleibt.²¹⁵

Die *PPT*-Regelung gem. Art. 7 Abs. 1 MLI – als mit dem nationalen § 42 AO vergleichbare allgemeine Antimissbrauchsvorschrift²¹⁶ – wird nachweislich des Regelungswortlauts durch die speziellere Missbrauchsunterbindungsregel, u.a. auch durch die *LOB*-Regelung, nicht verdrängt.²¹⁷ Auch wenn die Regelung die Steuerpflichtigen für eine mögliche Missbrauchsbe- strafung in *treaty-shopping*-Fällen sensibilisieren sollen, werden die Anwendungsfälle beim

544 (548 ff.); Fischer/Pitzer, IStR 2017, 804-809; Hattingh, BIT 2017, published online; Reimer, IStR 2017, 1-6 sowie Bravo, WTJ 2016, 279-304. Vgl. zum Prüfschema und Anwendungsfragen des MLI Brauner, Intertax 2018, 6 (7 ff.); Govind/Turcan, BIT 2017, published online, unter Tz. 2; Hattingh, BIT 2018, 234 (234 ff.); Lang, SWI 2017, 624 (627 f.).

²¹¹ Zu der deutschen Position siehe: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-germany.pdf>; zu der niederländischen Position: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-netherlands.pdf>, jeweils letzter Zugriff am 12.6.2018.

²¹² Bei den Vorschriften zu dem Abkommensmissbrauch und der Zusammenarbeit bei Verständigungsverfahren handelt es sich um einen Mindeststandard. Sollten sich die Inhalte eines Abkommens mit dem MLI decken, kommt es zu keiner Modifikation des Abkommens durch das MLI. Andernfalls entfalten die Vorschriften konstitutive Wirkung, vgl. Haase, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 41; Polatzky/Balliet/Steinau, IStR 2017, 226 (227); Canè, WTJ 2017, 521 (522 ff.).

²¹³ Ähnlich auch Engers/Stevens/Hawlitschek, IStR 2018, 11 (12 ff.).

²¹⁴ Zu den Positionen der beiden Vertragsstaaten vgl. bereits Fn. 211. Zum mehrstufigen Prüfschema im Rahmen des MLI allgemein Gradl/Kiesewetter, IStR 2018, 1 (4 f.); Haase, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 45.

²¹⁵ Vgl. ausführlich zu den Positionen der beiden Staaten Bergedahl, BIT 2018, 70 (78 f.); Engers/Stevens/Hawlitschek, IStR 2018, 11 (14 f.).

²¹⁶ Vgl. kritisch zu der Regelung im Rahmen der BEPS-Maßnahme 6 Palmitessa, Intertax 2018, 58 (59 ff.); Koriak, ET 2016, 552 (552 f.); Franz, Intertax 2015, 660 (661 f.); Stewart, BIT 2015, 399 (402 ff.); Taboada, BIT 2015, 602 (604 f.); De Broe/Luts, Intertax 2015, 122 (131 ff.). Zu der Regelung im Rahmen des MLI ausführlich Kuźniacki, WTJ 2018, 233 (244 ff.). Zu der Vereinbarkeit mit EU-Recht vgl. Dourado, Intertax 2015, 42 (54 ff.); Pinetz, BIT 2016, 113 (115 ff.); Chand, Intertax 2018, 18 (27 ff.). Zu der Regelung im Rahmen der BEPS-Maßnahme 6 aus niederländischer Sicht Kok, Intertax 2016, 406-412. Zu der Vergleichbarkeit mit nationalen Antimissbrauchsvorschriften Rautenstrauch, IWB 2015, 95 (101); Taboada, BIT 2015, 602 (603 f.) und schließlich zur Abgrenzung zwischen MLI und BEPS-Maßnahme 6 einerseits Kuźniacki, WTJ 2018, 233 (234 ff. und 244 ff.) und zwischen MLI und § 42 AO andererseits Hackethal, in: Haase, MLI, 2018, Art. 7, Rz. 44.

²¹⁷ Vgl. Bergedahl, BIT 2018, 11 (23); Polatzky/Balliet/Steinau, IStR 2017, 226 (230). Der *lex-specialis-derogat-legi-generalis*-Grundsatz gilt für diese Regelungen nicht, da es sich gar nicht um Regelungen in diesem Sinne handelt, vgl. Taboada, BIT 2015, 602 (605). Im Ergebnis ebenfalls zustimmend Danon, BIT 2018, 31 (35 f. und 52 f.).

Vorliegen von objektiven Gründen für die Gestaltung²¹⁸ – ähnlich wie im nationalen Recht – dennoch sehr gering sein.²¹⁹

Die *LOB*-Regelung gem. Art. 7 Abs. 7 ff. MLI findet nach aktueller Ratifikation hingegen keine Anwendung auf das Modell, denn die Vertragsparteien haben sich für das *opt-out* entschieden.²²⁰ Diese Regelung soll die Ansässigkeitsprüfung und damit die Abkommensberechtigung verschärfen und sicherstellen, dass über bloße rechtliche Ansässigkeit hinaus eine hinreichend enge Verbindung zum jeweiligen Vertragsstaat besteht.²²¹ In Bezug auf das DBA DE/NL ist die ansässige Person, welche im Untersuchungsmodell die Abkommensvorteile beansprucht, eine (über eine deutsche Personengesellschaft) an der oCV beteiligte natürliche Person. Für diese ist die *LOB*-Regelung gem. Art. 7 Abs. 8 lit. a) MLI nicht anwendbar. Damit kann diese Regelung – sollten sich die Staaten in der Zukunft für die Option mit einer *PPT*- und einer vereinfachten *LOB*-Klausel entscheiden – die hier diskutierte Struktur ebenfalls nicht angreifen.

Dessen ungeachtet kann die untersuchte Bestimmung im Kontext des DBA zwischen den Niederlanden und dem Mitgliedsstaat der EU-Grundeinheit seine volle Wirkung entfalten. Gem. Art. 7 Abs. 10 lit. a) sublit. i) MLI kann einer in einem Vertragsstaat ansässigen Gesellschaft die Abkommensberechtigung nur dann zugesprochen werden, wenn diese aktiv einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht,²²² die ausländischen Einkünfte im engen Zusammenhang mit ihrer gewerblichen Tätigkeit stehen sowie die eigenen gewerblichen Einkünfte überwiegen. Eine bloße Holdinggesellschaft kann nunmehr nicht in den Genuss der abkommensrechtlichen Vorteile kommen.²²³ Auch wenn diese Regelung die Abkommensberechtigung erheblich erschwert, dürfte dies für das hier diskutierte Modell gleichgültig bleiben. Denn wie bereits dargelegt, kann das Abkommensrecht normhierarchisch das EU-Recht nicht verdrängen.²²⁴ Zum anderen beinhaltet die *PPT*-Regelung des MLI keine Exkulpationsmöglichkeit in Gestalt des Substanznachweises. Um den *PPT* jedoch auch bei grenzüberschreitenden EU-Fällen zur Anwendung bringen zu können, empfiehlt die EU-Kommission ihren Mitgliedstaaten den von der EuGH-Rechtsprechung entwickelten Substanztest im Rahmen der *PPT*-Bestimmung in ihre

²¹⁸ Vgl. *Piantavigna*, WTJ 2018, 193 (219 f.). Er argumentiert zudem, dass diese *PPT*-Regelung für mehr Rechtssicherheit sorgen wird als jene des EU-Sekundärrechts, da erstere bei der Prüfung einer etwaigen Missbräuchlichkeit auf den Sinn und Zweck der im konkreten Einzelfall in Frage kommenden DBA-Verteilungsnorm abstellt und demnach die Gewährung der Abkommenbegünstigungen nicht allein von der Erfüllung des auslegungsbedürftigen Begriffs des subjektiven Elements abhängig macht, vgl. *Piantavigna*, WTJ 2018, 193 (231 f.). Hingegen kritisch zu der existierenden *PPT*-Regelung *Scherleitner*, SWI 2018, 117 (118). Dazu und mit Reformvorschlägen *Kuźniacki*, WTJ 2018, 233 (290 ff.).

²¹⁹ So im Ergebnis wohl auch *Polatzky/Balliet/Steinau*, IStR 2017, 226 (231). Auch die OECD scheint diese Ansicht und damit gleichfalls die *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung des EuGH zu verfolgen, vgl. *Bergedahl*, BIT 2018, 11 (23); *Weber*, Intertax 2016, 98 (108 f.). In EU-Fällen wäre Art. 7 MLI darüber hinaus durch Art. 1 Abs. 2, 3 MTR verdrängt, vgl. *Weber*, Intertax 2016, 98 (102) und dort Fn. 34.

²²⁰ Keiner der beiden Vertragsstaaten hat sich für die Anwendung dieser Klausel nach Art. 7 Abs. 6 MLI entschieden, noch haben sie zu der asymmetrischen Anwendung der *LOB*-Klausel nach Art. 7 Abs. 7 lit. a) MLI seitens der anderen Vertragspartei zugestimmt; im Endeffekt also keine Vorbehalte nach Art. 7 Abs. 15 lit a) und b) MLI ausgesprochen. Vgl. auch *Glenk/Reif/Collet*, BB 2017, 2649 (2652). Allgemein zu *LOB*-Klauseln siehe *Braun*, Ubg 2018, 83-96.

²²¹ Vgl. *Polatzky/Balliet/Steinau*, IStR 2017, 226 (231). Kritisch zur Regelung im Rahmen der BEPS-Maßnahme 6 *De Broe/Luts*, Intertax 2015, 122 (128 ff.); *Pinetz*, BIT 2016, 113 (114 f.).

²²² Dies ist nicht mit dem Aktivitätserfordernis der Tätigkeit im Rahmen der HZB zu verwechseln.

²²³ Vgl. zum Aktivitätstest ausführlich – auch in Bezug auf Holdinggesellschaften – *Hackethal*, in: Haase, MLI, 2018, Einführung, Rz. 66 ff.

²²⁴ Vgl. EuGH v. 19.1.2006 – Rs. C-265/04, *Bouanich*, ECLI:EU:C:2006:51 = Slg. 2006, I-923, Rz. 50 und 56.

DBA einzupflegen.²²⁵ Infolgedessen dürfte sich kein Unterschied zu dem vorangehend herausgearbeiteten Ergebnis einstellen.²²⁶

d) Zwischenergebnis

Da die Empfehlungen der OECD hinsichtlich der Anpassung der Abkommen spätestens nach dem MLI ihren Niederschlag in das junge DBA DE/NL gefunden haben, kann die Arbeitshypothese auf bilateraler Ebene – *ex ante* wie *ex post* hinsichtlich des MLI – negiert werden. Insbesondere kann festgehalten werden, dass die *Rückfallklausel* des Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL die Freistellung in Deutschland zwar an die tatsächliche Besteuerung in den Niederlanden knüpft, doch tritt diese Regelung im Ergebnis normhierarchisch hinter die MTR zurück.

4. Das unilaterale Bestreben nach Wahrung des ausgewogenen Besteuerungssubstrats

In der vorliegenden Untersuchung können schließlich noch die nationalen Abwehrregelungen dreier Staaten greifen. Dies sind namentlich die Bestimmungen des Ansässigkeitsstaates der EU-Grundeinheit, der Niederlande als Sitzstaat der Zwischeneinheit (oCV) sowie letztlich die Maßnahmen Deutschlands als Ansässigkeitsstaat der Konzernspitze. Die folgenden Ausführungen beschränken sich jedoch auf die letzten zwei Staaten. Bei der EU-Grundeinheit sollte eine fallspezifische Prüfung durchgeführt werden, wobei insbesondere allgemeine Gestaltungsmissbrauchsklauseln, die sog. *beneficial-owner*-Regelungen sowie die dazu ergangene finanzgerichtliche Rechtsprechung beachtet werden müssen.²²⁷ Zunächst ist jedoch zu fragen, ob und auf welcher rechtlichen Grundlage die Anwendbarkeit der nationalen Missbrauchsverhinderungsbestimmungen²²⁸ fußt, denn die Gestaltung wurde schon unions- und abkommensrechtlich gewürdigt.

Eine etwaige Anwendungsmöglichkeit nationaler Missbrauchsbekämpfungsvorschriften auf DBA-Fälle wurde bereits in der Maßnahme 6 des BEPS-Aktionsplans explizit festgeschrieben.²²⁹ Die OECD hält es für angemessen, die unangemessene Inanspruchnahme von Abkommensvergünstigungen – zusätzlich zu Regelungen im Abkommen selbst – mit unilateralen Mitteln zu bekämpfen.²³⁰

²²⁵ Vgl. Empfehlung der EU-Kommission zur Umsetzung von Maßnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Steuerabkommen v. 28.1.2016 – C(2016) 271 final, Erwägungsgrund 7 und S. 4. *Weber* meint allerdings, der Substanznachweis sei in den *PPT*-Regelungen indirekt enthalten, vgl. *Weber*, *Intertax* 2016, 98 (108 f.). Zum Ziel der EU-Kommission, den BEPS-Ergebnissen im EU-Binnenmarkt Durchsetzungskraft zu verleihen, sowie Abweichungen der Antimissbrauchskonzepte der OECD und EU *Bergedahl*, *BIT* 2018, 70 (82); *Danon*, *BIT* 2018, 31 (46); *Piantavigna*, *WTJ* 2018, 193 (228 f.); *Brokelind*, *ET* 2016, 394 (395); zur EU-Rechtskonformität der abkommensrechtlichen *PPT*-Regelungen *Koriak*, *ET* 2016, 552 (553 ff.). Letzterer kommt zum Schluss, dass sowohl die abkommensrechtliche als auch die von der EU-Kommission vorgeschlagene *PPT*-Bestimmung gegen das supranationale Verhältnismäßigkeitsprinzip verstößt.

²²⁶ Vgl. hierzu bereits *Abschnitt IV.2.c*).

²²⁷ So haben beispielsweise der französische *Conseil d'État* respektive der italienische *Corte Suprema di Cassazione* auf Basis der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschriften Leitlinien entwickelt, die in internationalen Sachverhalten das sog. Dividendenstripping und das damit u.a. verbundene *directive-shopping* unterbinden sollen. Dazu näher *Austry/Collet*, *IFA Cahiers* 2010 - Volume 95A, 310 (313 ff.); sowie *Bracco*, in: *dass.*, 427 (431 f.); *Robert/Tof*, *ET* 2011, 436-444.

²²⁸ Beide Staaten verfügen über eine allgemeine Missbrauchsklausel bereits seit mehreren Jahrzehnten, vgl. *Vanistendael*, *BIT* 2016, 163 (164 f.).

²²⁹ Vgl. OECD, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6, Final Report, 2015, abrufbar unter: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#page1, 10, letzter Zugriff am 12.6.2018.

²³⁰ Vgl. *De Broe/Luts*, *Intertax* 2015, 122 (126); aus völkerrechtlicher Sicht kritisch zur Legitimation der *treaty-override*-Regelung *Pinkernell*, *FR* 2013, 737 (743).

Die europarechtskonforme Heranziehung²³¹ unilateraler Missbrauchsunterbindungsregeln steht auch den bereits diskutierten supranationalen Regelungen nicht entgegen. Im Gegenteil, die Mitgliedsstaaten werden sekundärrechtlich zum Einsatz eigener unionsrechtkonformer Missbrauchsbekämpfungsmaßnahmen ausdrücklich ermächtigt (vgl. bspw. Art. 1 Abs. 4 MTR, Art. 11 Abs. 1 lit. a) der Fusionsrichtlinie).²³²

Schließlich vereinbarten die Niederlande und Deutschland in Art. 23 Abs. 1 DBA DE/NL einen Regelungsbefehl, wonach auf unilaterale Antimissbrauchsvorschriften über die abkommensinternen Regelungen hinaus bei Bedarf rekurriert werden könne. Entsprechend der *nicht abschließenden* Aufzählung in Protokollziffer XV Abs. 2 zum DBA DE/NL²³³ dürfen beide Vertragsstaaten sowohl die allgemeinen als auch die speziellen Vorschriften des nationalen Rechts auf die unter das Abkommen fallenden Sachverhalte anwenden. Damit sind insbesondere Regelungen zur Bekämpfung der Steuerumgehung (*fraus-legis*), zur Feststellung des tatsächlichen Nutzungsberechtigten (*beneficial-owner*) sowie der HZB zu beachten. Über die Missbrauchsverhinderungsbestimmungen hinaus²³⁴ können die abkommensüberschreibenden

²³¹ Ausführlich zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts *Raupach*, in: Schön, Die Auslegung europäischen Steuerrechts, 1993, 35 ff.; zu den unionsrechtlichen Schranken nationaler spezialgesetzlicher Missbrauchsregelungen *Hey*, StuW 2008, 167 (178 ff.); zum Verhältnis der nationalen Regelungen zum unionsrechtlichen Missbrauchsverständnis *Schönfeld*, IStR 2012, 215 (216); *Englisch*, Intertax 2010, 197 (201); *ders.*, StuW 2009, 3 (20 f.); *Drüen*, StuW 2008, 154 (164).

²³² Allerdings sei in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass derartige Regelungen nach den jüngsten Urteilen des EuGH europarechtskonform auszugestaltet sind. So hat der EuGH unlängst Art. 119ter des französischen Allgemeinen Steuergesetzbuchs (*Code général des impôts*) sowie den § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. des JStG 2007, die eine dem *beneficial-owner*-Test ähnliche Prüfungsstruktur beinhalten, als mit unionsrechtlichem Primär- und Sekundärrecht nicht für vereinbar erklärt. Hierzu judizierte er, dass sowohl beim Anlegen der Maßstäbe des Primär- als auch des Sekundärrechts eine generelle Vermutung für das Bestehen einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des MTR-Schachtelprivilegs nicht ausreiche. Ebenso lasse sich den MTR-Regelungen nicht entnehmen, dass es bei der Gewährung der Quellensteuerbefreiung auf die steuerliche Behandlung der an der Muttergesellschaft beteiligten Personen ankomme. Selbst die Einbeziehung verschiedener Substanzerfordernisse im Rahmen der Missbrauchsprüfung ändere hieran nichts, solange die in Rede stehende Rechtsstruktur auf Grundlage eines Anfangsverdachts nicht als Ganzes und einzelfallbezogen gewürdigt und dem Steuerpflichtigen dabei zudem keine Möglichkeit eines Gegenbeweises gewährt wird. Bei der Betrachtung der Investition und der damit gegebenenfalls verbundenen Feststellung eines Missbrauchs komme es vielmehr darauf an, dass das Gesamtkonstrukt auf keinen außersteuerlichen Fundamenten, wie etwa organisatorischen, wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Merkmalen, fußt. Vgl. EuGH v. 7.9.2017 – Rs. C-6/16, *Egiom und Enka*, ECLI:EU:C:2017:641 = BB 2017, 2340, Rz. 25 ff. sowie v. 20.12.2017 – Rs. C-504/16 und C-613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009 = DStR 2018, 119, Rz. 60 ff. Die aus beiden Urteilen fließenden rechtlichen Auswirkungen besprechend *Bundgaard et al.*, ET 2018, ET 2018, 130-139; *Romanelli*, ET 2018, 38-41; *Blum/Spies*, SWI 2017, 574-588; *Leidel*, BB 2017, 2343; *Schlücke*, ISR 2017, 441-443; *Brokelind*, ET 2016, 394-399 (jeweils zu der Rs. C-6/16) sowie *Hennigfeld*, DB 2018, 285-286; *Kahlenberg*, IWB 2018, 145-152; *Schiefer/Scheuch*, ISR 2018, 61-63; *Schnitger*, IStR 2018, 169-174 (jeweils zu der Rs. C-504/16 und C-613/16). Angesichts dessen dürfte bei geschäftsleitenden Holdingsstrukturen die vom EuGH geforderte Durchführung des Motivtests regelmäßig positiv ausfallen. So in einem ähnlichen Kontext bereits *Schönfeld*, IStR 2012, 215 (217).

²³³ Vgl. Denkschrift zum DBA DE/NL, BR-Drs. 479/12, 60, so auch *Benz/Kroon*, IStR 2012, 910 (914); *Eilers*, ISR 2012, 10 (12).

²³⁴ So stellen die Regelungen des § 50d Abs. 9 bis 11 EStG keine Missbrauchsverhinderungsvorschriften dar, sondern haben zum Ziel, die aus deutscher fiskalischer Sicht nicht zufriedenstellende Rechtsfolge zu korrigieren, vgl. *Frotscher*, in: *Frotscher/Geurts*, EStG, 203. EL 2018, § 50d, Rz. 189; a.A. *Benz/Kroon*, IStR 2012, 910 (913).

den Regelungen des deutschen nationalen Steuerrechts ebenfalls Geltung auf den Modellvorschlag entfalten.²³⁵ Das niederländische Steuerrecht kennt hingegen keine vergleichbaren *treaty-override*-Normen.²³⁶

a) Niederländische Perspektive

Bereits vor dem BEPS-Projekt verfügten die Niederlande über ein breites Abwehrsystem im nationalen Recht.²³⁷ Allgemein können für das Modell folgende Missbrauchsbekämpfungsmaßnahmen in Betracht kommen: (1) die Verwehrung des Schachtelprivilegs für Beteiligungen an niedrig besteuerten Portfoliogesellschaften, (2) die *beneficial-owner*-Regelung und (3) das Bündelungsverbot als spezielle Maßnahmen sowie (4) die *fraus legis*-Doktrin als allgemeine Missbrauchsregelung. Dabei kann die erste Regelung tatbestandlich nur den Schritt 1 (Ausschüttung von den EU-Grundeinheiten an die oCV) und die anderen zwei spezialgesetzlichen Missbrauchsregelungen den Schritt 2 (Zurechnung der Ausschüttung an die deutsche Konzernspitze) tangieren.

aa. Die niederländische CFC-Regelung

Das niederländische Steuerrecht sieht derzeit zwar keine CFC-Regelungen vor,²³⁸ jedoch beinhalten die Regelungen zum Schachtelprivileg (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 ff. KStG-NL) der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung (HZB) vergleichbare Restriktionen für die Anerkennung einer ausländischen – als Portfolioinvestition gehaltenen – Tochtergesellschaft (vgl. Art. 13 Abs. 9–13, Art. 13a, Art. 13aa sowie Art. 23c KStG-NL).²³⁹ Hält die niederländische Muttergesellschaft gemeinsam mit den ihr nahe stehenden Personen mehr als 25 % des Gesamtkapitals einer ausländischen Portfoliogesellschaft (sog. *motive*-Test), wird für die von ebendieser Gesellschaft ausgeschüttete Dividende das Schachtelprivileg nur gewährt, wenn weniger als 50 % der von der ausländischen Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Wirtschaftsgüter niedrig besteuerte Streubesitzbeteiligungen darstellen (sog. *asset*-Test) oder wenn diese Gesellschaft einer nominalen KSt-Belastung von mindestens 10 % unterliegt (sog. *reasonable-taxation*-Test).²⁴⁰ Bei der Beteiligung der oCV an den EU-Grundeinheiten wird der Motivtest in der Regel erfüllt sein. Betrachtet man die nominalen Körperschaftsteuersätze in den EU-Ländern, kann festgestellt werden, dass die EU-Grundeinheit für Zwecke der genannten Regelung als ausreichend besteuert angesehen wird, sofern diese sich nicht in

²³⁵ Zur aktuellen Diskussion der Verfassungsmäßigkeit solcher Regelung vgl. stellvertretend *Kußmaul/Schwarz*, StB 2017, 182-186; *Lüdicke*, IStR 2017, 289-299; *Cloer/Hagemann*, NWB 2016, 1802-1810; *Frotscher*, IStR 2016, 561-567; *Haarmann*, BB 2016, 2775-2776; *Kofler/Rust*, SWI 2016, 144-150; *Krüger*, DStZ 2016, 790-796; *Musil*, FR 2016, 297-302; *Stöber*, DStR 2016, 1889-1895; *Gosch*, IStR 2008, 413-421; zum Verhältnis von der *subject-to-tax*-Klausel des § 50d Abs. 9 EStG mit abkommensrechtlichen *subject-to-tax*- sowie *switch-over*-Klauseln *Frotscher*, in: *Frotscher/Geurts*, EStG, 203. EL 2018, § 50d, Rz. 188 f. sowie *Kahlenberg/Schade*, IStR 2018, 218 (223 f.).

²³⁶ Vgl. Hoge Raad v. 15.12.1993 – Nr. 29.296, ECLI:NL:HR:1993:ZC5543 = BNB 1994/259; v. 15.3.1995 – Nr. 29.531, ECLI:NL:HR:1995:AA3094 = BNB 1995/150 und v. 6.12.2002 - Nr. 36.773, ECLI:NL:HR:2002:AD8510 = BNB 2003/285 in Bezug auf die Anwendung der im niederländischen Steuerrecht verankerten allgemeinen Grundsätze über den Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (*fraus legis*). In der Konsequenz kann der niederländische Gesetzgeber – im Gegensatz zu der derzeitigen Auffassung des deutschen BVerfG zum deutschen Verfassungsrecht (vgl. BVerfG v. 15.12.2015 - 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1) – keine *treaty-override*-Regelungen in seine Steuergesetze aufnehmen. So auch zuletzt *Wattel*, BIT 2016, 43 (49) sowie *Smit*, in: Lang et al., *Beneficial Ownership: Recent Trends*, 2013, 59 (69); *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 - Volume 95A, 551 (561); *IJerman*, IFA Cahiers 2002 - Volume 87a, 451 (465) jeweils mit Verweis auf Art. 94 V-NL.

²³⁷ Vgl. zum Überblick *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 - Volume 95A, 551-574.

²³⁸ Vgl. *Gutmann et al.*, ET 2017, 2 (15).

²³⁹ In der Literatur wird diese Restriktion einer CFC-Regelung gleichgesetzt, vgl. ausführlich *Müller*, *The Netherlands in International Tax Planning*, 2. Aufl. 2008, Abschnitt 13.6.

²⁴⁰ Vgl. Hoge Raad v. 6.4.1994 – Nr. 28.638, ECLI:NL:HR:1994:ZC5639 = BNB 1994/217 und mit weiteren Erläuterungen *De Boer/Boulogne*, in: Maisto, *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, 2012, 771 (825 ff.); *Tokola*, BIT 2018, 172 (179); *Lukkiën/Roelofsen*, IFA Cahiers 2017 - Volume 102A, 549 (560) sowie *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 - Volume 95A, 551 (559).

Ungarn befindet.²⁴¹ Für Grundeinheiten in Ungarn wäre des Weiteren der *asset-Test* von Bedeutung.

bb. Die niederländische beneficial-owner-Regelung

Die erste spezielle Anti-Missbrauchsvorschrift, die im Zuge der Zurechnung der Dividende an die deutsche Konzernspitze (Schritt 2) in Erwägung gezogen werden kann, ist die *beneficial-owner*-Regelung des Art. 4 Abs. 7 DStG-NL. Ähnlich wie im Rahmen von § 50d Abs. 3 EStG wird die Gewährung der nationalen, abkommens- sowie europarechtlichen Befreiungs- bzw. Ermäßigungsvorteile verwehrt, wenn den Anteilseignern der begünstigten Gesellschaft diese Vorteile unter bestimmten Voraussetzungen nicht zustünden.²⁴² Sie ist jedoch im Verhältnis zum pHG nicht anwendbar, denn dieser erhält aus seiner unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung keine Dividende i.S.d. Art. 5(a) KStG-NL. Damit ist eine der wichtigsten Tatbestandsvoraussetzungen, namentlich die Auszahlung einer Dividende an eine ausländische Kapitalgesellschaft, nicht erfüllt. Mithin könne diese Bestimmung das diskutierte Modell nicht beeinträchtigen.²⁴³

cc. Die niederländische Dividendenstripping-Regelung

Das Bündelungsverbot i.S.d. Art. 17 Abs. 3 Buchst. b) KStG-NL – eine weitere spezielle Missbrauchsunterbindungsnorm – berührt das Modell (Schritt 2) ebenso nicht, da von dem Tatbestand nämlicher Regelung lediglich nicht in den Niederlanden ansässige juristische Personen als Anteilseigner – und nicht wie vorliegend natürliche Personen als Konzernspitze – einer niederländischen Kapitalgesellschaft umfasst werden.²⁴⁴

dd. Die niederländische fraus-legis-Doktrin

Ungeachtet obigem würden sowohl die niederländische Finanzverwaltung als auch die Rechtsprechung für das vorgeschlagene Modell die Einschlägigkeit der allgemeinen Missbrauchsmechanismen in Betracht ziehen.²⁴⁵ Zwar wird die niederländische allgemeine Missbrauchsvermeidungsklausel in Art. 31 AO-NL formeller Gesetzescharakter beigemessen,²⁴⁶ doch kommt in der Praxis eher die durch das Richterrecht entwickelte und bis heute noch nicht gesetzlich kodifizierte *fraus-legis*-Doktrin zur Anwendung, welche das niederländische Pendant zu § 42 AO darstellt. Entsprechend dieser Regelung wird ein künstlich geschaffener Sachverhalt steuerlich nicht anerkannt, sobald (1) eine vergleichbare Gestaltung zu einer höheren Steuerbelastung führt, (2) die Gestaltung im Wesentlichen auf steuerlichen Motiven basiert sowie (3) der Steuervorteil dem Sinn und Zweck des Gesetzes widerspricht.²⁴⁷ Dabei ist

²⁴¹ Anhand der online verfügbaren Daten (Key Features Comparison – National) der IBFD Tax Research Plattform, letzter Zugriff am 12.6.2018.

²⁴² Instruktiv zur Funktionsweise der Vorschrift *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten, 2016, 303 ff.; *Scholz*, Anti-Treaty-Shopping-Regelungen – § 50d Abs. 3 EStG im internationalen Vergleich, 2011, 190 ff.; *Benz/Kroon*, IStR 2012, 910 (914); *Meussen*, ET 2007, 244 (245); *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, 358 (363 f.); *Helminen*, ET 2002, 454 (454); *de Gunst/Weststrate*, DFI 2001, 29-35; *Pötgens/Bol*, ET 2001, 2 (15 f.); *Pijl*, BIT 2000, 256-260.

²⁴³ Analog dazu wird eine transparente Holdinggesellschaft von der deutschen Regelung des § 50d Abs. 3 EStG tatbestandlich ebenfalls nicht erfasst, vgl. *Kessler*, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 120. Selbst wenn Art. 4 Abs. 7 DStG-NL tatbestandsmäßig einschlägig wäre, müsste aktuell dessen Europarechtskonformität – vornehmlich mit Art. 1 Abs. 2 & 3 MTR – zu überprüfen sein.

²⁴⁴ Detailliert zu der Regelung *Benz/Kroon*, IStR 2012, 910 (914).

²⁴⁵ Vgl. *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten, 2016, 313; *De Boer/Boulogne*, in: *Maisto*, Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law, 2012, 771 (825 ff.); *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, S. 358 (360). Dennoch gilt der *lex-specialis-derogat-legi-generalis*-Grundsatz entsprechend, vgl. *Ijerman*, IFA Cahiers 2002 - Volume 87a, 451 (453).

²⁴⁶ Vgl. auch *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, 358 (359 f.).

²⁴⁷ Vgl. *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten, 2016, 312 f.; *Gutmann et al.*, ET 2017, 2 (11); *Boterman/van der Gulik*, IFA Cahiers 2013 – Volume 99A, 501

zu betonen, dass die im Rahmen der Rechtsprechung des Hoge Raad entwickelten Prinzipien zur Verhinderung der Steuerumgehung einen *ultima-ratio*-Charakter aufweisen. Sie sind demnach äußerst restriktiv anzuwenden.²⁴⁸ Infolgedessen wird bei dem Vorliegen echter wirtschaftlicher Motive die *fraus-legis*-Doktrin in den mit dem Modellvorschlag vergleichbaren Sachverhalten in der Regel nicht angewandt.²⁴⁹ Geht die Zwischengesellschaft einer operativen Tätigkeit nach, verfügt sie über genügend (wirtschaftliche) Substanz. Mithin ist davon auszugehen, dass für ihre Existenz echte wirtschaftliche Motive vorliegen.²⁵⁰

ee. Der (potenzielle) Einfluss der ATAD

Vor dem Hintergrund vorangehender Ausführungen kann als Zwischenbilanz festgestellt werden, dass das niederländische nationale Recht *ex ante*-BEPS keine Abwehrinstrumente gegen das hier diskutierte Modell bereithält. Das BEPS-Projekt erreicht das niederländische Recht vielmehr erst über die Umsetzung beider Anti-BEPS-Richtlinien. Dies geschah erstmalig im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2018, im Rahmen dessen Teile der ATAD I in das nationale Recht implementiert wurden. In Bezug auf die analysierte Konzernstruktur ergab sich zum Jahresanfang 2018 eine einzige Änderung: Das niederländische Steuerrecht wird um weitreichende *CFC*-Regelungen ergänzt.²⁵¹ Wie bereits bei den Ausführungen zur ATAD²⁵² beschrieben, zählen die Dividenden nunmehr zwar zu den passiven Einkünften. Da allerdings die EU-Grundeinheiten regelmäßig einen Substanznachweis führen können, wird es – vorausgesetzt die Niederlande setzen die Vorgaben der ATAD I wortgleich um – auch bei dieser Regelung möglich sein, die HZB zu umgehen. Die allgemeine Missbrauchsregelung der ATAD I wird hingegen im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2018 nicht umgesetzt. Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass der niederländische Gesetzgeber der nationalen *fraus-legis*-Doktrin die gleiche Reichweite zuspricht, wie jener des Art. 6 ATAD I.²⁵³

b) Deutsche Perspektive

Auch hier gilt zunächst die *ex ante* BEPS-Regelungen des deutschen nationalen Steuerrechts in Bezug auf die Verhinderung der Gestaltung darzustellen, um im Anschluss die *ex post* BEPS-Entwicklungen gesondert herauszuarbeiten. Die potenziell relevanten Regelungen umfassen: (1) die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7-14 AStG, (2) die *beneficial-owner*-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, (3) weitere *treaty-override*-Regelungen des § 50d EStG als

(504); *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 – Volume 95A, 551 (553 f.); *Perdelwitz/Offermanns*, BIT 2013, 115 (118); *Grauberg*, *Juridica International* 2009, 141 (146); *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, 358 (359 ff.).

²⁴⁸ So hat der Hoge Raad einen Missbrauch im Rahmen der *treaty-shopping*-Praktiken verneint, vgl. Hoge Raad v. 15.3.1995 – Nr. 29.531, ECLI:NL:HR:1995:AA3094 = BNB 1995/150 sowie v. 15.12.1993 – Nr. 29.296, ECLI:NL:HR:1993:ZC5543 = BNB 1994/259. Zu weiteren Fällen vgl. *Peters/Roelofsen*, IFA Cahiers 2010 - Volume 95A, 551 (552 sowie 561 f.); *IJerman*, IFA Cahiers 2002 - Volume 87a, 451 (467 ff.); *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, 358 (360 ff.).

²⁴⁹ Vgl. *Biebinger*, *Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten*, 2016, 313; *De Boer/Boulogne*, in: *Maisto*, *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, 2012, 771 (868 ff.); *Grauberg*, *Juridica International* 2009, 141 (146); *van Weeghel/De Boer*, BIT 2006, 358 (360 ff.).

²⁵⁰ Damit steht die Prüfung der objektiven Anhaltspunkte für eine künstliche Gestaltung anhand der Ausübung einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung und des Vorhandenseins von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen im Einklang mit den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung, vgl. hierzu bereits Fn. 232.

²⁵¹ Näher hierzu siehe *Böing/Graupeter/Rometzki*, *IWB* 2018, 60 (68); *Tokola*, BIT 2018, 172 (178 f.); *Gutmann et al.*, ET 2017, 2 (15).

²⁵² Vgl. *Abschnitt IV.2.b*.

²⁵³ Vgl. *Gutmann et al.*, ET 2017, 2 (18). Des Weiteren wurde die *beneficial-owner*-Regelung des Art. 4 Abs. 7 DStG-NL um eine typische *LOB*-Klausel ergänzt. Dennoch bleibt die Regelung für das Untersuchungsmodell nach wie vor tatbestandlich unbedeutend. Das JStG-NL 2018 erläuternd *van der Zeijden/Schellinghouth/Spoelder*, DFI 2018, published online; *van Helvoirt/Cornet/Hupka*, *IStR-LB* 2017, 94 (95 ff.).

spezielle Maßnahmen sowie zuletzt (4) die allgemeine Missbrauchsregelung des § 42 AO als Auffangtatbestand.

aa. Die deutsche CFC-Regelung

Da die oCV nach deutscher Lesart zivilrechtlich den Personengesellschaften zugeordnet wird, gelten die Vorschriften der HZB nach §§ 7-14 AStG über § 7 Abs. 3 AStG – ungeachtet der Tatsache, dass es sich um eine ausländische Personengesellschaft handelt²⁵⁴ – zunächst für die EU-Grundeinheit entsprechend.²⁵⁵ Allerdings bildet die laufende Tätigkeit der EU-Grundeinheit nicht den Untersuchungsgegenstand. Vielmehr ist entscheidend, ob die von letzterer Person ausgeschüttete Dividende der deutschen HZB unterliegen kann.

Unabhängig von der abkommensrechtlichen Freistellung (§ 20 Abs. 1 AStG) der funktional der niederländischen Betriebsstätte zuzurechnenden Dividende ist für die aus deutscher Sicht transparente oCV die nationale *switch-over*-Klausel des § 20 Abs. 2 AStG beachten. Gleichwohl stellen die durch die zwischengeschaltete oCV vereinnahmten Einkünfte – wie zuvor schon bei der abkommensrechtlichen Umschaltklausel erläutert – bislang aktive Bezüge i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG dar.²⁵⁶ Mithin kann auch diese Norm die erzielten Ergebnisse nicht beeinflussen.²⁵⁷ Damit dürfte die deutsche HZB die von der EU-Grundeinheit an die oCV ausgezahlte Dividende steuerlich nicht berühren.

bb. Die deutsche beneficial-owner-Regelung

Auch die deutsche *beneficial-owner*-Norm des § 50d Abs. 3 EStG greift für das erörterte Untersuchungsmodell nicht durch. Ursächlich hierfür ist die Tatsache, dass die Bestimmung tatbestandlich ausschließlich Inbound-Fälle anspricht, wohingegen das Modell aus deutscher Sicht einen Outbound-Sachverhalt verkörpert.²⁵⁸

cc. Die deutschen treaty-override-Regelungen

Wie vorangehend bereits gezeigt wurde, müssen auf deutscher Seite über die Missbrauchsvermeidungsvorschriften hinaus die *treaty-override*-Regelungen auf ihre Einschlägigkeit geprüft werden. Insbesondere kommen in diesem Zusammenhang die Abs. 9 bis 11 des § 50d EStG in Betracht.

²⁵⁴ Vgl. nur *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff et al., Außensteuerrecht, 84. EL 2018, § 7 AStG, Rz. 83 m.w.N.

²⁵⁵ Vgl. *Protzen*, in: Kraft, AStG, 2009, § 7, Rz. 212.

²⁵⁶ Die Bezüge des phG der oCV fallen hingegen nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm, denn dieser Gewinnanteil wird entnommen. Vgl. *Wassermeyer/Schönfeld*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff et al., Außensteuerrecht, 84. EL 2018, § 8 AStG, Rz. 282 (82. EL 2017); *Fuhrmann*, in: Fuhrmann, AStG, 3. Aufl. 2017, § 8, Rz. 227. Für die laufenden Einkünfte der EU-Grundeinheit, welche im vorliegenden Beitrag nicht thematisiert werden, ist die Exkulpationsklausel nach § 8 Abs. 2 AStG zu beachten. Aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen des § 8 AStG nicht auf den Einkünftebegriff nach § 2 EStG, sondern auf die jeweilige Tätigkeit abgestellt wird (vgl. *Reiche*, in: Haase, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, § 8 AStG, Rz. 11), ist die Trennung zwischen der Dividende aus dem EU-Ausland und dem originären Gewinnanteil berechtigt.

²⁵⁷ Vgl. *Fuhrmann*, in: Fuhrmann, AStG, 3. Aufl. 2017, § 20, Rz. 37. Zum Vergleich der nationalen und abkommensrechtlichen *switch-over*-Klauseln auf Tatbestands- sowie Rechtsfolgenseite *Gebhardt/Quilitzsch*, IStR 2011, 169 (170).

²⁵⁸ Zu der Norm im Allgemeinen vgl. *Hahn-Joecks*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 287. EL 2018, § 50d, E 1 ff.; *Loschelder*, in: Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 50d, Rz. 46 ff. sowie *Kessler*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 179-182. Hinzuweisen ist darauf, dass § 50d Abs. 3 EStG in seiner aktuellen Fassung derzeit unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit europäischen Primär- und Sekundärrecht steht, vgl. dazu *Cloer/Hagemann*, BB 2018, 672 (679); *Kahlenberg*, IWB 2018, 145 (151 f.); *Kraft*, NWB 2018, 473 (476); *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (126); *Schnitger*, IStR 2018, 169 (172); *Schiefer/Scheuch*, ISR 2018, 61 ff.; *Biebinger/Hiller*, IStR 2017, 299-304; *Böhmer*, ISR 2017, 374-377. Zu der durch den EuGH ausgesprochenen Europarechtswidrigkeit des § 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des JStG 2007 vgl. bereits FN 232. Für Anwendungsfälle der Norm speziell im Zusammenhang mit dem DBA DE/NL 2012 *Gebhardt/Moser*, IStR 2012, 607-610.

Die unilaterale *Rückfallklausel* des § 50d Abs. 9 EStG lässt das erreichte Ergebnis der doppelten Nichtbesteuerung der untersuchten Dividende ebenfalls unberührt. Der Geltungsbereich des § 50d Abs. 9 S. 1 Nr. 1 EStG ist jedenfalls nicht eröffnet, da die aus deutscher Sicht unerwünschte Rechtsfolge der Freistellung nicht aus einem DBA-Qualifikationskonflikt heraus resultiert, sondern sich aus dem Zusammenspiel der MTR mit dem niederländischen nationalen Steuerrecht ergibt.²⁵⁹ Der Wechsel zur Anrechnungsmethode für die genannte Dividende hätte den Verstoß gegen die MTR zur Folge.²⁶⁰ Auch § 50d Abs. 9 S. 1 Nr. 2 EStG kann gleichermaßen nicht zur Anwendung gelangen: Selbst wenn angenommen wird, dass die Konzernspitze als beschränkt Steuerpflichtiger Steuervorteile im Staat der Zwischenholding erhalte, resultiert die dargestellte Keimnalbesteuerung nicht „nur“ daraus, sondern vielmehr aus der MTR.²⁶¹

Mit Blick auf § 50d Abs. 10 EStG²⁶² ist zu bemerken, dass die Beteiligung an der EU-Grundeinheit im Gesamthandsvermögen²⁶³ der oCV gehalten wird, womit die Existenz der tatbestandlich geforderten Einkünfte aus dem Sonderbetriebsvermögen nicht vorliegt.²⁶⁴

Letztendlich halten die Rechtsfolgen des Modells der Regelung des § 50d Abs. 11 EStG²⁶⁵ stand. Damit diese für den Outbound-Fall konzipierte *beneficial-owner*-Regelung Anwendung findet, muss eine inländische Kapitalgesellschaft das abkommensrechtliche Schachtelprivileg in Anspruch genommen haben, ohne dabei der tatsächliche Nutzungsberechtigte der Dividende zu sein.²⁶⁶ Die Konzernspitze erscheint im erläuterten Modell als eine natürliche Person, welche sich direkt oder über eine deutsche GmbH & Co. KG als pHG an einer niederländischen oCV beteiligt. Folglich kann sie das DBA-Schachtelprivileg mangels vorliegender Dividendeneinkünfte nicht in Anspruch nehmen. Die Einschlägigkeit erörterter Norm ist demnach schon auf Tatbestandsebene zu negieren.²⁶⁷ Auch wenn der gesetzgeberische Wille, das abkommensrechtliche Schachtelprivileg für den pHG einer KGaA ebenfalls zu verwehren, eindeutig

²⁵⁹ Vgl. *Frotscher*, in: *Frotscher/Geurts*, EStG, 203. EL 2018, § 50d, Rz. 195; *Gosch*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, 287. EL 2018, § 50d, K 9-12; *Meretzky*, IStR 2008, 23 (24). Für die Frage der Atomisierung der Einkünfte wird auf die obigen Ausführungen zur Rückfallklausel des Art. 22 Abs. 1 lit. a) DBA DE/NL im *Abschnitt IV.3.a* hingewiesen.

²⁶⁰ Vgl. *Schönfeld*, in: *Flick/Wassermeyer/Baumhoff et al.*, Außensteuerrecht, 84. EL 2018, § 50d Abs. 9 EStG, Rz. 71 i.V.m. 22.

²⁶¹ In diesem Kontext sei zudem anzumerken, dass eine Exkulpation über § 50d Abs. 9 S. 2 EStG allerdings nicht möglich wäre. Denn wird das DBA zwischen Deutschland und dem Staat der EU-Grundeinheit zur Anwendung gebracht, dürfte die in Rede stehende Dividende nach diesem Abkommen nicht freigestellt werden (kein Schachtelprivileg). Konträr dazu liegt keine Dividende i.S.d. Abkommens zwischen Deutschland und Niederlanden als Sitzstaat der Zwischenholding vor (Ausschüttungsstaat ist Drittstaat) vor. Vgl. *Gosch*, in: *Kirchhof*, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d, Rz. 41g; *Klein/Hagena*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, 285. EL 2018, § 50d EStG, Rz. 123; *Wagner*, in: *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, 141. EL 2018, § 50d EStG, Rz. 120.

²⁶² Instruktiv zur Norm s. statt vieler *Boller/Eillinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109-115.

²⁶³ Vgl. zur Abgrenzung von Gesamthandsvermögen und Sonderbetriebsvermögen nur *Bode*, in: *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, 141. EL 2018, § 15 EStG, Rz. 458 ff.

²⁶⁴ Vgl. nur *Kudert/Kahlenberg*, IStR 2015, 918 (918 und dort die Fn. 3); *Kudert/Kahlenberg*, IStR 2013, 801 (802 f.); *Kudert/Melkonyan*, Ubg 2013, 623 (626 f.).

²⁶⁵ Vgl. zu der Norm *Boochs*; in: *Lademann*, EStG, 236. EL 2018, § 50d, Anm. 443; *Frotscher*, in: *Frotscher/Geurts*, EStG, 203. EL 2018, § 50d, Rz. 304 ff.; *Gosch*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, 287. EL 2018, § 50d, M 2-3 und M 6; *Ramackers*, in: *Littmann/Bitz/Pust*, EStR, 127. EL 2018, § 50d EStG, Rz. 202 f. sowie *Lehner*, IStR 2012, 389 (396).

²⁶⁶ Vgl. dazu BT-Drs. 17/8867, 13; *Gosch*, in: *Kirchhof*, EStG, 17. Aufl. 2018, § 50d, Rz. 51 sowie *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (130) jeweils m.w.N.

²⁶⁷ Vgl. hierzu auch BT-Drs. 17/8867, 13: „§ 50d Absatz 11 EStG ist nur auf Dividenden aus Schachtelbeteiligungen anzuwenden, die **nach einem DBA** (Hervorhebung der Verf.) von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind.“ Siehe fernerhin *Kollruss/Weißert/Dilg*, DB 2013, 423 (428); *Kollruss*, DStZ 2012, 702 (705).

ist,²⁶⁸ könne ein Anwendungsbefehl gegen den klaren Normenwortlaut nicht erfolgen.²⁶⁹ Eine dem entgegenstehende Position konterkarierte darüber hinaus neben der mit der MTR verfolgten Zielsetzung des Abbaus innerstaatlicher Hürden auf einem einheitlichen Binnenmarkt²⁷⁰ den eindeutigen Freistellungsbefehl dieser Richtlinie.²⁷¹

dd. Die deutsche allgemeine Missbrauchsvermeidungsregelung

Zu guter Letzt ist darüber zu befinden, ob die allgemeine Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 Abs. 1 AO²⁷² auf vorliegenden Fall rechtliche Auswirkung haben kann.²⁷³ Demnach gilt eine Gestaltung als „schwerfällig“ oder „gekünstelt“, wenn eine Steuerrechtsfolge nicht eintritt, obwohl sie nach dem Zweck des Gesetzes aufgrund des von ihr verwirklichten wirtschaftlichen Zustands erfasst werden sollte.²⁷⁴ Ist eine Gestaltung jedoch nicht ausschließlich steuerlich motiviert, sondern bestehen nachweislich darüber hinausgehende beachtliche außersteuerliche Gründe i.S.d. § 42 Abs. 2 S. 2 AO, ist sie als nicht missbräuchlich einzustufen.²⁷⁵ Damit beschränkt sich der Anwendungsbereich nämlicher Klausel i.d.R. auf die sog. funktionslosen Basisgesellschaften.²⁷⁶ Der Einsatz einer mit wirtschaftlicher Legitimation ausgestatteten oCV als Zwischenholding ist folglich keine unangemessene Gestaltung nach § 42 Abs. 2 S. 2 AO.

ee. Der (potenzielle) Einfluss der ATAD

Es wird deutlich, dass auch das deutsche nationale Steuerrecht *ex ante*-BEPS trotz völlig „aufgeblähter“ Missbrauchsbekämpfungsgesetzgebung²⁷⁷ die untersuchte Konzernstruktur rechtlich nicht erfassen kann. Offen bleibt indes die Frage, ob die *ex post* BEPS-Entwicklungen auf unilateraler Ebene das erzielte Ergebnis aus deutscher Sicht korrigieren können.

In seinem Bestreben das inländische Steuersubstrat möglichst umfangreich abzusichern, führt der deutsche Gesetzgeber die Umsetzung des BEPS-Projekts über mehrere Gesetze und insgesamt regelungsverschärfend durch.²⁷⁸ In Bezug auf das dargestellte Untersuchungsmodell

²⁶⁸ Vgl. zum Hintergrund der Einführung der Norm nur *Gradel/Kleinhaus*, in: Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA, 49. EL 2017, Art. 10 OECD-MA, Rz. 17; *Märtens*, in: Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 9, Rz. 15a; *Lehner*, IStR 2012, 389 (396 f.).

²⁶⁹ Ebenso *Kudert/Rothe*, PISTb 2014, 285 (292); *Kollruss*, DStZ 2012, 702 (705). Hierzu ausführlich *Hoppe*, Die Besteuerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien zwischen Trennungs- und Transparenzprinzip, 2014, 156 ff.

²⁷⁰ Vgl. Erwägungsgründe 4 und 6 der Richtlinie 2011/96/EU.

²⁷¹ Dies scheint auch der deutsche Gesetzgeber gesehen zu haben, spricht er in der Gesetzesbegründung doch davon, dass im Recht des Quellenstaates befindliche Steuerbefreiungen durch § 50d Abs. 11 EStG nicht tangiert werden sollen. Vgl. BT-Drs. 17/8867, 13 und dazu gleichfalls *Melkonyan/Schade*, FR 2018, 120 (127 f.) m.w.N.

²⁷² Zu der Norm im Allgemeinen stellvertretend *Biebinger*, Treaty- und Directive-Shopping in den Quellenbesteuerungssystemen europäischer Staaten, 2016, 109 ff. m.w.N.

²⁷³ Vgl. allgemein zum Verhältnis von § 42 AO zu spezialgesetzlichen Missbrauchsvorschriften *Oppel*, IStR 2016, 797 (802); *Hey*, StuW 2008, 167 (173); zur Diskussion von Geeignetheit von Generalnormen zur Bekämpfung der Steuerumgehung *Almendral/Seitz*, StuW 2004, 328 (340 f.); zum Verhältnis von § 42 AO und § 50d Abs. 3 EStG *Cloer/Hagemann*, in: Bordewin/Brandt, EStG, 406. EL 2018, § 50d, Rz. 170 f.; *Ramakers*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStR, 127. EL 2018, § 50d EStG, Rz. 93 ff.; *Kahle/Biebinger/Wildermuth*, Ubg 2014, 285 (295 f.) sowie *Kaiser*, IStR 2009, 121 (124); zum Verhältnis von § 42 AO und HZB nach §§ 7-14 AStG ausführlich *Schulte-Rummel*, Steuerumgehung und Hinzurechnungsbesteuerung, 2005, 147 ff.

²⁷⁴ Damit ist der Maßstab der Prüfung die Teleologie des Gesetzes, vgl. bereits BFH v. 3.6.1997 - IX R 24/96, BFH/NV 1998, 155, Rz. 16 m.w.N. Es reicht nicht aus, dass eine Gestaltung im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes steht, vgl. nur *Englisch*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 5, Rz. 57.

²⁷⁵ Die legale Steuervermeidung hingegen ist legitim, vgl. *Kirchhof*, in: Hüttemann, DStJG Bd. 33, 2010, 9 (19 f.).

²⁷⁶ Vgl. *Kessler*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 8, Rz. 18 und 190; *Schulte-Rummel*, Steuerumgehung und Hinzurechnungsbesteuerung, 2005, 138 ff.; *Niedrig*, IStR 2003, 474 (475).

²⁷⁷ So *Hey*, StuW 2008, 167 (168).

²⁷⁸ Vgl. allgemein zur nationalen Umsetzung des BEPS-Projekts *Schnitger*, IStR 2017, 214-226; *ders.*, IStR 2016, 637-644; *Benz/Böhmer*, DB 2016, 1531-1537; *Sommer/Retzer*, ISR 2016, 283-291. Zur potenziellen Verschärfung des Substanznachweises nach § 8 Abs. 2 AStG durch die ATAD beispielsweise *Schönfeld*, IStR 2017, 949-951; *Rautenstrauch/Suttner*, BB 2016, 2391-2396.

stellt die bereits im Rahmen der bilateralen Abwehrmaßnahmen diskutierte „atomisierende Betrachtungsweise“ im Rahmen des § 50d Abs. 9 S. 4 EStG die wichtigste gesetzliche Neuerung dar. Ruht die ganze Hoffnung nun auf der Umsetzung des ATAD-Maßnahmenpakets?

Ein solches Szenario scheint derzeit nicht ersichtlich, werden die zu erwartenden ATAD-Umsetzungsgesetze wohl keine Einmalbesteuerung der EU-Dividenden im vorliegenden Fall sicherstellen können. Da im Rahmen der Richtlinienregelung die Dividenden als passive Einkünfte behandelt werden, ist in diesem Zusammenhang, wie bereits dargelegt, wohl eine Anpassung der deutschen Regelung zu erwarten. Für eine niedrigbesteuerte beherrschte Zwischenholding stünde dennoch die Exkulpationsklausel (Substanznachweis nach Art. 7 Abs. 2 Uabs. 2 ATAD I) der Regelung zur Verfügung, über die die Hinzurechnung der Dividende wiederum verhindert werden könnte.

Demgegenüber ist mit keiner Anpassung der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO zu rechnen.²⁷⁹

c) *Zwischenfazit*

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen lässt sich in der Konsequenz festhalten, dass die Arbeitshypothese auch in Bezug auf die unilateralen Maßnahmen verworfen werden muss. Die steuerfreie EU-Gewinnrepatriierung durch eine niederländische oCV als Zwischenholding kann in der post-BEPS-Welt auch unilateral nicht verhindert werden.

V. Thesenförmiges Fazit

Gegenstand des vorliegenden Beitrags war die Untersuchung, ob mit der in Zukunft zu rechnenden Umsetzung der Ergebnisse des BEPS-Aktionsplans sowie anderer Missbrauchsunterbindungsmaßnahmen auf unilateraler wie auch supranationaler Ebene teiltransparente EU-Holdinggesellschaften als steuerliches Investitionsvehikel an Attraktivität für deutsche Konzernstrukturen verlieren. Die herausgearbeiteten Befunde können wie folgt thesenförmig zusammengefasst werden:

- 1) Die Steuerplanung gestaltet sich für internationale Konzerne durch zunehmende steuerverschärfende Maßnahmen auf nationaler, EU- sowie OECD-Ebene immer schwieriger. Sollte sich demnach ein deutscher Investor die steuerschonende Gewinnrepatriierung aus EU-Investitionen bis zur Konzernspitze zum Ziel setzen, empfiehlt sich u.a. die niederländische oCV als Zwischenholding. Dabei müssen die üblichen Voraussetzungen für die Anerkennung einer Holdinggesellschaft samt Zuordnung der Beteiligungen an den EU-Grundeinheiten zu der (geschäftsführenden) oCV erfüllt sein.
- 2) Ein entscheidender Kernpunkt des vorgestellten Modells ist, dass weder auf Ebene des nationalen noch des Abkommensrechts Qualifikations- respektive Zurechnungskonflikte in Bezug auf die Besteuerung des pHG zwischen Deutschland und den Niederlanden entstehen. Trotz abweichender Einordnung der oCV als Kapitalgesellschaft in den Niederlanden sowie als Personengesellschaft in Deutschland, treten im Verhältnis zum pHG nämlich Gesellschaft in beiden Staaten die gleichen steuerlichen Rechtsfolgen auf, ohne dabei negative Konsequenzen in Gestalt der Tatbestandsauslösung abkommensrechtlicher Vorbehaltsklauseln herbeizuführen.
- 3) Ein weiterer wesentlicher Vorteil ist, dass die niederländische oCV als Muttergesellschaft – unabhängig von ihrer Gesellschafterstruktur – die Vorteile der MTR vollum-

²⁷⁹ Vgl. Hey, *StuW* 2017, 248 (263).

fänglich nutzen kann. Grund dafür ist, dass die MTR auf den Zahlungsempfänger abstellt und bislang keine *beneficial-owner*-Regelung kennt. Dennoch ist zu beachten, dass nationale Missbrauchsbekämpfungsvorschriften über die MTR fortwährend anwendbar bleiben. Infolgedessen ist es aus unionsrechtlicher Sicht zur Verhinderung des *directive-shopping* zulässig, mit Hilfe etwaiger *beneficial-owner*-Regelungen, die vom Ansässigkeitsstaat der EU-Grundeinheit initiiert werden, dem vorliegend diskutierten Modellen einen Riegel vorzuschieben. Insoweit muss bei derartigen steuerlichen Gestaltungen das Erfordernis der wirtschaftlichen Substanz mehrdimensional verstanden werden, d.h. alle involvierten Staaten müssen triftige außersteuerliche Gründe für die Existenz der Zwischenholding annehmen.

- 4) Die durch die MTR verursachte Keimnalbesteuerung kann weder durch bi- noch unilaterale Anti-Missbrauchsmaßnahmen verhindert werden, solange einerseits keine weitere in Deutschland steuerlich ansässige Kapitalgesellschaft vor die deutsche Konzernspitze vorgeschaltet wird. Andererseits kann das hier gefundene und vom nationalen, wie auch supranationalen Normsetzer offensichtlich missbilligte Gestaltungsergebnis nur dadurch erzielt werden, weil im supranationalen Recht (insbesondere bei der ATAD sowie MTR) weiterhin Regelungs- und Konsolidierungslücken bestehen und des Weiteren schon bei genügend Substanz i.S.d. *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung des EuGH eine vollumfängliche Exkulpationsmöglichkeit für Holdinggesellschaften gegeben ist. Allerdings sind in diesem Zusammenhang die zukünftigen Entwicklungen in Hinblick auf die in der ATAD platzierten Überlegungen zur EU-weit einzuführenden HZB im Blick zu behalten.
- 5) Insofern kann konstatiert werden, dass die MTR in ihrer derzeit gültigen Fassung zur (aggressiven) steuerplanerischen Nutzung von EU-Zwischenholdingstrukturen nahezu aufruft. Hierfür hat nicht der Steuerpflichtige, sondern vielmehr der EU-Normsetzer einzustehen.