

# Hybride Gestaltungen nach dem Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes

Dezember 2019

Am 10. Dezember 2019 wurde der Referentenentwurf für ein ATAD-Umsetzungsgesetz veröffentlicht. Er dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes - ABl. L 193 vom 19.7.2016, S. 1 (Anti-Steuervermeidungs-Richtlinie – „ATAD“), geändert durch Artikel 1 der Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern (ABl. L 144 vom 7.6.2017, S. 1). Dieser Newsflash betrachtet die vorgeschlagenen Änderungen zur Umsetzung der Art. 9, 9b (Hybride Gestaltungen) der ATAD und gibt einen ersten Überblick über deren Relevanz für den Finanzsektor (Banken, Finanzdienstleister, Private Equity Fonds).

## Zum Inhalt der Regelungen

Die Artikel 9 und 9b ATAD verpflichten die Mitgliedstaaten, Besteuerungsinkongruenzen zu neutralisieren, die sich daraus ergeben, dass auf Grund sog. hybrider Elemente bestimmte Zahlungen, die beim Schuldner grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehbar sind, beim Gläubiger nicht besteuert werden (sog. Deduction/Non-Inclusion-Inkongruenzen – „D/NI-Inkongruenzen“), Aufwendungen auch in einem anderen Staat abgezogen werden können, ohne dass den Aufwendungen Erträge gegenüberstehen, die in beiden Staaten besteuert werden (sog. Double Deduction-Inkongruenzen – „DD-Inkongruenzen“), oder abzugsfähige Aufwendungen und die entsprechenden Erträge zu einer Besteuerungsinkongruenz in anderen Staaten führen, die diese Inkongruenz nicht beseitigen, sofern die Folgen dieser Inkongruenz über eine oder mehrere Transaktionen ins Inland „importiert“ werden. Kern der Regelungen zur Umsetzung der Artikel 9 und 9b ATAD ist § 4k EStG, der für verschiedene Situationen von Besteuerungsinkongruenzen auf Grund hybrider Elemente ein Betriebsausgabenabzugsverbot statuiert.

Für die Finanzindustrie sind besonders die Regelungen in § 4k Abs. 1, § 4k Abs. 3 und § 4k Abs. 6 EStG-E relevant.

## Grundregel des § 4k Abs. 1 EStG-E: Inkongruenz

Nach § 4k Abs. 1 EStG sind Aufwendungen für die Nutzung oder im Zusammenhang mit der Übertragung von Kapitalvermögen insoweit nicht als Betriebsausgaben abziehbar, als die den Aufwendungen entsprechenden Erträge auf Grund einer vom deutschen Recht abweichenden steuerlichen Qualifikation oder Zurechnung des Kapitalvermögens nicht oder niedriger als bei dem deutschen Recht entsprechender Qualifikation oder Zurechnung besteuert werden (Steuervergünstigung).

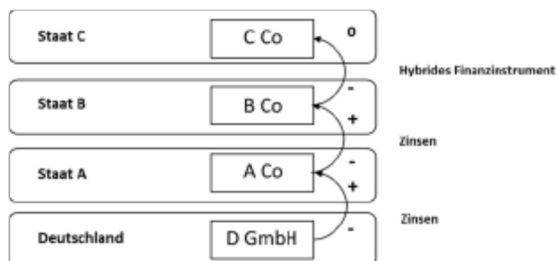
Nach der Gesetzesbegründung soll damit das Abzugsverbot im Fall einer D/NI-Inkongruenz im Zusammenhang mit sog. hybriden Finanzinstrumenten (u. a. sog. Hybridanleihen, Genussrechte etc.) geregelt werden. Eine solche liegt insbesondere dann vor, wenn eine beim inländischen Steuerpflichtigen als Betriebsausgabe abziehbare Zinszahlung vom Staat des Zahlungsempfängers nicht als Vergütung für die Überlassung von Fremdkapital, sondern als Gewinnausschüttung behandelt und daher entweder nicht oder niedriger besteuert wird, als wenn der ausländische Staat die Vergütungen wie Deutschland als Zinsen besteuern würde (abweichende steuerliche Qualifikation des Kapitalvermögens). Die Regelung erfasst auch Substitutionszahlungen für Dividenden oder

Zinsen, wie z. B. Kompensationszahlungen im Rahmen einer Wertpapierleihe oder eines Wertpapierpensionsgeschäfts. Daneben erfasst Satz 1 auch D/Ni-Inkongruenzen im Fall sog. hybrider Übertragungen. Hierbei handelt es sich um Transaktionen, bei der der zugrunde liegende Ertrag eines übertragenen Kapitalvermögens wirtschaftlich mehr als einer an der Übertragung beteiligten Person zugerechnet wird (abweichende steuerliche Zurechnung des Kapitalvermögens).

### **Sonderfall des § 4k Abs. 5 EStG-E: Importierte Inkongruenz**

§ 4k Absatz 5 EStG setzt Artikel 9 Absatz 3 der ATAD um und sieht ein Betriebsausgabenabzugsverbot im Fall sog. importierter Besteuerungsin Kongruenzen vor. Diese liegen konzeptionell vor, wenn ein Effekt einer Besteuerungsin Kongruenz, die zwischen anderen Staaten eingetreten und von diesen nicht beseitigt worden ist, ganz oder teilweise ins Inland verlagert wird.

#### Beispiel:



Die B Co (Staat B) und die C Co (Staat C) haben ein hybrides Finanzinstrument abgeschlossen, das zu einer Besteuerungsin Kongruenz in Form einer D/Ni führt. Wird die Besteuerungsin Kongruenz nicht durch Staat B oder Staat C beseitigt, verpflichtet Artikel 9 Absatz 3 der ATAD die Mitgliedstaaten, beim „Importeur“ dieser Besteuerungsin Kongruenz (hier zunächst: die A Co) den Abzug zu versagen. Versagt auch Staat A den Abzug nicht, ist Deutschland nach § 4k Abs. 5 EStG-E verpflichtet, den Abzug bei der D GmbH als nächstem Glied in der Kette zu versagen.

### **Voraussetzungen des Abzugsverbots: Nahestehende Personen oder „strukturierte Gestaltung“ (§ 4k Abs. 6 EStG-E)**

Insbesondere der Fall der importierten Besteuerungsin Kongruenz, der allerdings schon in der ATAD Richtlinie angelegt ist, ist wenig intuitiv und in der Praxis schwer zu greifen. Grund ist, dass die vorgenannten Regelungen nicht nur in Konzernsachverhalten greifen (also wenn sie zwischen nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Absatz 2 des AStG oder zwischen einem Unternehmen und seiner Betriebsstätte verwirklicht werden), sondern auch, wenn eine sog. „strukturierte Gestaltung“ vorliegt. Eine strukturierte Gestaltung ist nach § 4k Abs. 6 Satz 3 EStG-E anzunehmen, wenn der steuerliche Vorteil, der sich ohne die Anwendung der vorstehenden Absätze ergeben würde, ganz oder zum Teil in die Bedingungen der vertraglichen Vereinbarungen eingerechnet wurde oder die Bedingungen der vertraglichen Vereinbarungen oder die den vertraglichen Vereinbarungen zugrundeliegenden Umstände darauf schließen lassen, dass die an der Gestaltung Beteiligten den steuerlichen Vorteil erwarten konnten.

Dem Steuerpflichtigen wird dabei in § 4k Abs. 6 Satz 4 EStG-E eine Art Entlastungsbeweis eingeräumt. Dort heißt es wörtlich:

*Ein Steuerpflichtiger wird nicht als Teil einer strukturierten Gestaltung behandelt, wenn nach den äußeren Umständen vernünftigerweise nicht davon auszugehen ist, dass ihm der steuerliche Vorteil bekannt war und er nachweist, dass er nicht an dem steuerlichen Vorteil beteiligt wurde.*

Nach der Gesetzesbegründung kann diese Ausnahme insbesondere bei über eine anerkannte Börse an fremde Dritte ausgegebenen Anleihen greifen, bei denen der Zins so berechnet ist, dass er auch für Anleger, bei denen die Zinsträger regulär besteuert werden, attraktiv ist.

### **Zeitliche Aspekte**

Die geplanten Abzugsbeschränkungen sollen für Aufwendungen gelten, die nach dem 31. Dezember 2019 entstehen. Das BMF hat den Verbänden eine Stellungnahmefrist bis zu 13. Dezember 2019 eingeräumt. Bereits am 18. Dezember 2019 soll das Bundeskabinett über den Gesetzentwurf beschließen.

### *Einwertung/Handlungsempfehlung*

Der Entwurf hat für den Finanzsektor (Banken, Finanzdienstleister, Private Equity Fonds) weitreichende Konsequenzen. Theoretisch kann durch die Neuregelungen jeder inländische Zinsabzug – und das nicht nur in Konzernsachverhalten, sondern auch bei Zahlungen an fremde Dritte, z.B. im Rahmen einer Kapitalmarkttransaktion - gefährdet sein. Hintergrund ist das bereits in der Richtlinie angelegte Konzept der importierten Besteuerungsinkongruenzen und das Ausreichenlassen von strukturierten Gestaltungen.

Positiv anzumerken ist, dass der Referentenentwurf kein „Goldplating“ betreibt und über die Anforderungen der Richtlinie grundsätzlich nicht hinausgeht. Unklar ist jedoch, wie die Entlastungsmöglichkeit des Steuerpflichtigen bei strukturierten Gestaltungen außerhalb von Konzernsachverhalten in der Praxis funktionieren soll. Hier wäre es hilfreich gewesen, bereits unmittelbar im Gesetz bestimmte Fallgruppen (z.B. kapitalmarktgehandelte Anleihen; AT1 oder T2 Anleihen) auszunehmen oder eine Beweislastumkehr zulasten des Fiskus vorzusehen.

Der derzeitige Entwurf verlangt faktisch für jedes Darlehen und jede Anleihe, dh nicht nur für die „üblichen Verdächtigen“, wie Nachranganleihen, Perpetuals, A1 Anleihen, sondern wegen der Fallgruppe der importierten Besteuerungsinkongruenz auch bei „ganz normalen“ (festverzinslichen) Darlehen oder Anleihen mit grenzüberschreitendem Bezug die Prüfung, ob eine Besteuerungsinkongruenz vorliegt und ggf. eine Dokumentation, dass dem Steuerpflichtigen ein Steuervorteil bei einem Dritten nicht bekannt bzw. er daran nicht beteiligt war.

Banken, Finanzdienstleistern und Initiatoren von Private Equity Fonds wird dringend empfohlen, zeitnah eine entsprechende Betroffenheitsanalyse durchzuführen.

---

### *Ihr PwC Team*

Wir freuen uns auf Ihr Feedback.

**Dr. Mathias Link**  
**Partner**

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37  
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 9585 6171  
Mobile: +49 (151) 633 09968  
mathias.link@pwc.com

**Stefanie Latrovalis**  
**Manager**

Moskauer Str. 19  
40227 Düsseldorf

Tel.: +49 (211) 981 7886  
Mobile: +49 (171) 551 3164  
stefanie.latrovalis@pwc.com

### *Datenschutz*

Die Datenverarbeitung für den Versand des Newsletters erfolgt aufgrund der Grundlage Ihrer Einwilligung. Sie können den Newsletter jederzeit mit Wirkung für die Zukunft abbestellen und Ihre Einwilligung damit widerrufen.

© 2019 PwC. All rights reserved. PwC refers to the PwC network and/or one or more of its member firms, each of which is a separate legal entity. Please see [www.pwc.com/structure](http://www.pwc.com/structure) for further details.

[www.pwc.de](http://www.pwc.de)

This publication has been prepared for general guidance on matters of interest only, and does not constitute professional advice. You should not act upon the information contained in this publication without obtaining specific professional advice. No representation or warranty (express or implied) is given as to the accuracy or completeness of the information contained in this publication, and, to the extent permitted by law, PricewaterhouseCoopers does not accept or assume any liability, responsibility or duty of care for any consequences of you or anyone else acting, or refraining to act, in reliance on the information contained in this publication or for any decision based on it.

© February 2018. All rights reserved. Not for further distribution without the permission of PwC. "PwC" refers to the network of member firms of PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL), or, as the context requires, individual member firms of the PwC network. Each member firm is a separate legal entity and does not act as agent of PwCIL or any other member firm. PwCIL does not provide any services to clients. PwCIL is not responsible or liable for the acts or omissions of any of its member firms nor can it control the exercise of their professional judgment or bind them in any way. No member firm is responsible or liable for the acts or omissions of any other member firm nor can it control the exercise of another member firm's professional judgment or bind another member firm or PwCIL in any way.