

## TP Perspectives – Newsflash

Liebe Leserinnen und Leser,

das Finanzgericht Bremen hat mit Beschluss vom 7. Juli 2021 (Aktenzeichen: 2 K 187/17 (3)) dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die Frage vorgelegt, ob ein Zuschlag für nicht vorliegende oder nicht verwertbare Dokumentationen gem. § 162 Abs. 4 AO mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) vereinbar ist. Das Verfahren ist vor dem EuGH unter dem Aktenzeichen C 431/21 anhängig.

### Sachverhalt

Die Klägerin, eine KG mit Sitz im Inland, wendet sich gegen die Festsetzung eines Zuschlags nach § 162 Abs. 4 AO für die Veranlagungszeiträume 2007 bis 2010 (insgesamt 80.000 Euro). Sie hielt 100% der Anteile an verschiedenen Tochtergesellschaften, an die die alleinige Gesellschafterin der Kommanditistin (die in den Niederlanden ansässige Y N.V.) Dienstleistungen erbrachte. Die Vergütung sollte nach den tatsächlich entstandenen Kosten auf Vollkostenbasis erfolgen. Kosten im gesellschaftlichen Interesse (shareholder costs) der Y N.V. sollten nicht abgerechnet werden. Die zudem vereinbarte jährliche Detailabrechnung durch die Y N.V. erfolgte nach Auffassung der Finanzverwaltung indes nicht.

Im Rahmen der Betriebsprüfung für die Jahre 2007-2010 wurde um Vorlage der gem. § 90 Abs. 3 AO i.V.m. § 1 ff. GAufzV anzufertigenden Verrechnungspreisdokumentationen gebeten. Diese konnten durch die Klägerin nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht in ausreichender Qualität vorgelegt werden. Allerdings informierte die niederländische Finanzverwaltung die deutsche Betriebsprüfung darüber, dass die Y N.V. die shareholder costs nicht aus den Vergütungen herausgerechnet hatte. Die Klägerin und die Finanzverwaltung schlossen daraufhin die tatsächliche Verständigung ab, die gezahlten Vergütungen teilweise (in Höhe von 400.000 Euro pro Jahr) als Entnahme zu erfassen.

Zusätzlich setzte die deutsche Betriebsprüfung einen Zuschlag gem. § 162 Abs. 4 AO in Höhe von 5% des Korrekturbetrags fest (20.000 Euro pro Jahr), da die vorgelegte Dokumentation nicht verwertbar gewesen sei. Diesen Zuschlag griff die Klägerin mit ihrer Klage an.

### Vorlagebegründung

Das FG Bremen äußert in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH Zweifel daran, ob der Zuschlag nach § 162 Abs. 4 AO mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit vereinbar sei. Es liege eine Beschränkung vor, da die Aufzeichnungspflichten und der damit verbundene Zuschlag nur für Steuerpflichtige mit Geschäftsbeziehungen zu nahestehenden Personen im Ausland, nicht aber für Geschäftsbeziehungen im Inland gelte und damit geeignet sei, die Niederlassungsfreiheit zu beeinträchtigen.

Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung sei, so das FG Bremen weiter, indes zweifelhaft. Zwar sei der Zuschlag nach § 162 Abs. 4 AO geeignet, das Ziel der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und der Bekämpfung der Steuervermeidung zu verwirklichen. Die Festsetzung eines solchen Zuschlags sei hierzu jedoch nicht erforderlich. Der deutsche Gesetzgeber habe

der Finanzverwaltung zur Durchsetzung der Dokumentationspflichten mit der Befugnis zu einer ungünstigen Veranlagung aus § 162 Abs. 3 AO bereits ausreichende Mittel an die Hand gegeben. Ein (zusätzlicher) Zuschlag i.S.d. § 162. Abs. 4 AO trage daher nicht mehr zu einer Vermeidung von Steuerumgehungen bei.

Zudem führten auch die Regelungen bezüglich der Höhe des Zuschlags nach § 162. Abs. 4 AO dazu, dass dieser dem Gericht nicht erforderlich erscheine. Insbesondere knüpfe der Zuschlag nicht unmittelbar an die steuerlichen Auswirkungen der Feststellung an (sondern an den Mehrbetrag der Einkünfte) und könne selbst dann 5.000 Euro betragen, wenn kein Mehrbetrag der Einkünfte festgestellt wird. Ebenso sei kein Höchstbetrag für den Zuschlag nach § 162. Abs. 4 AO festgelegt.

### **Fazit und Ausblick**

Das vorliegende Finanzgericht Bremen macht in einem Vorlagebeschluss deutlich, dass es Zweifel an der Erforderlichkeit des Zuschlags hat und die Befugnisse der Finanzbehörden aus § 162 Abs. 3 AO für ausreichend hält. Wie der EuGH entscheiden wird, bleibt zum gegenwärtigen Zeitpunkt abzuwarten. Steuerpflichtige, die von entsprechenden Zuschlägen betroffen sind, sollten den Fortgang des Verfahrens vor dem EuGH verfolgen und dessen Berücksichtigung durch die Finanzverwaltung verfahrensrechtlich sicherstellen. Insofern sollte gegen Festsetzungen von Zuschlägen nach § 162 Abs. 4 AO unter Verweis auf den Vorlagebeschluss des FG Bremen Einspruch eingelegt werden. Einspruchsverfahren ruhen kraft Gesetzes nach § 363 Abs. 2 Satz 2 AO, da die Rechtsfrage der Vereinbarkeit des § 162 Abs. 4 AO mit dem Unionsrecht beim EuGH anhängig ist.