



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

**Köln • Berlin • Düsseldorf**

Dürener Straße 295  
50935 **Köln**

Schlüterstraße 41  
10707 **Berlin**

Heinrichstraße 155  
40239 **Düsseldorf**

Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
koeln@axis.de

Fon 030/40 50 29 50  
Fax 030/40 50 29 599  
berlin@axis.de

Fon 0211 / 43 83 56 0  
Fax 0211 / 43 83 56 11  
duesseldorf@axis.de

**Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe**

## **BFH: Hinzurechnungsbesteuerung verstößt gegen EU-Recht**

14.01.2010

Nach dem gestern vom BFH veröffentlichten Urteil verstößt die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG gegen Gemeinschaftsrecht (21.10.2009, I R 114/08). Es handelt es sich um die Schlussentscheidung zu dem vorangegangenen EuGH-Urteil (6.12.2007, C-298/05, Columbus Container Services). Von dieser Besteuerung werden im Inland ansässige Steuerpflichtige getroffen, die sich in einem Niedrigsteuerland als Gesellschafter an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligen, welche als sog. Zwischengesellschaft keine oder nur passive eigene Aktivität entwickelt und nicht wirklich am wirtschaftlichen Geschäftsverkehr teilnimmt.

In diesem Fall werden die Einkünfte der Gesellschaft dem inländischen Gesellschafter hinzuge-rechnet. Wird dieser nicht durch die Kapitalbeteiligung, sondern in dem Niedrigsteuerland über eine Betriebsstätte tätig, wird ihm der Vorteil der Steuerfreistellung aufgrund eines DBA versagt, sodass er die Betriebsstätteinkünfte im Inland unter Anrechnung der Auslandssteuern ver-steuern muss.

Sowohl in der Hinzurechnungsbesteuerung als auch in der versagten Freistellung der Betriebs-stätteneinkünfte erkennt der BFH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von Gebietsin- und Gebietsausländern zwar grundsätzlich zulässig sein kann, um dadurch Gestaltungsmiss-bräuchen entgegenzuwirken. Die Hinzurechnung nach §§ 7 ff. AStG a.F. bezweckt die Abschöp-fung passiver Einkünfte im niedrig besteuerten Ausland und zielt darauf auf Fälle ab, in denen im niedrig besteuerten Ausland Betriebsstätten statt Kapitalgesellschaften zwischengeschaltet werden. Die Vorschrift soll verhindern, dass die Besteuerung bei ansonsten gleichgelagerten Gegebenheiten umgangen wird.

Werden nachteilige Steuerfolgen aber wie bei der Hinzurechnungsbesteuerung in typisierender, verallgemeinernder Weise geregelt, muss es dem Betroffenen möglich bleiben, den Gegen-nachweis dafür zu erbringen, dass in seinem Fall kein Gestaltungsmissbrauch gegeben ist. Fehlt es an einer solchen Möglichkeit, steht der belastende Steuernachteil nur dann in Einklang mit Gemeinschaftsrecht, wenn der Gegennachweis nicht gelingt. Der Nachweis gelingt, wenn die



Gesellschaft im Rahmen ihres Unternehmenszwecks über entsprechend qualifiziertes Personal und geeignete Geschäftsräume verfügt und ihre Einkünfte aus eigener Tätigkeit erzielt hat.

Im zugrunde liegenden Fall ging es um eine belgische KG, an welcher in Deutschland ansässige Angehörige einer Familie beteiligt waren. Die Beteiligungen werden als ein Tätigwerden über ausländische Betriebsstätten angesehen. Da die KG sich nur passiv mit Kapitalanlagefunktionen im Rahmen einer Unternehmensgruppe betätigte, wurde ihren inländischen Gesellschaftern die Freistellung der in Belgien erwirtschafteten Einkünfte versagt. Der BFH hat das nicht akzeptiert; denn die KG hatte genügend wirtschaftliche Substanz und stellte keine rein künstliche Gestaltung dar.

Für Veranlagungszeiträume ab 2008 wurde in § 8 Abs. 2 AStG Abs. 2 durch Jahressteuergesetz 2008 die Möglichkeit des Gegennachweises geschaffen. Hiernach können Gesellschaften mit Sitz oder Geschäftsleitung im EU- und EWR-Raum nachweisen, dass sie nicht Zwischengesellschaft für Einkünfte sind und dass die Gesellschaft insoweit einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat nachgeht.

Dabei wurden aber Kapitalanlagegesellschaften und auch die besondere Behandlung von Betriebsstätteinkünften ausgespart. Es ist deswegen nach Ansicht des BFH wie vor zweifelhaft, ob die Neuregelung gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genügt.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht,  
Rolfjosef Hamacher**

**Fon 0221/47 43 0  
Fax 0221/47 43 499  
hamacher@axis.de**

**Rechtsanwalt,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,  
Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs**

**Fon 0211/43 83 560  
Fax 0211/43 83 5611  
fuchs@axis.de**

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.