

**Schriften zum Steuerrecht**

---

**Band 191**

**Die Anti-Hybrid Mismatch-Rules  
in § 4k EStG anhand von ausgewählten  
Strukturen und Praxisfällen mit Bezügen  
zur unions- und verfassungsrechtlichen  
Konformität**

**Von**

**Madeleine Victoria Kockrow**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MADELEINE VICTORIA KOCKROW

Die Anti-Hybrid Mismatch-Rules in § 4k EStG  
anhand von ausgewählten Strukturen und Praxisfällen  
mit Bezügen zur unions- und verfassungsrechtlichen  
Konformität

Schriften zum Steuerrecht

Band 191

Die Anti-Hybrid Mismatch-Rules  
in § 4k EStG anhand von ausgewählten  
Strukturen und Praxisfällen mit Bezügen  
zur unions- und verfassungsrechtlichen  
Konformität

Von

Madeleine Victoria Kockrow



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg hat diese Arbeit im Jahr 2022  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0235  
ISBN 978-3-428-18927-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-58927-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2021 bei der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation eingereicht und im Dezember 2022 verteidigt. Nach erfolgreichem Abschluss des Verfahrens wurden Aktualisierungen wie vor allem Verweise auf den am 13. Juli 2023 veröffentlichten Entwurf des BMF-Schreibens zum Betriebsausgabenabzug bei Besteuerungskongruenzen (§ 4k EStG) ergänzt. Die vorliegende veröffentlichte Fassung ist damit auf dem Stand von Juli 2023.

Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gerhard Kraft, der mich stets mit fachlichem Rat unterstützt hat. Seine hermeneutische Betreuung hat es mir auch ermöglicht, das Phänomen der Besteuerungsinkongruenzen, die dem Telos des ATADUmG folgend mit dem § 4k EStG ausgeglichen werden sollen, an einer Vielzahl von Schnittstellen zu untersuchen. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ralf Michael Ebeling für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Arne Schnitger, Leiter der steuerlichen Grundsatzabteilung von PwC Deutschland. Von Beginn an meiner Tätigkeit in seinem Team hat er mich fachlich im Internationalen Steuerrecht sowie wissenschaftlich durch zahlreiche gemeinsame Publikationen gefördert und mir gleichzeitig den Freiraum gegeben, eigene Schwerpunkte im Bereich der steuerlichen Transparenz und Nachhaltigkeitsberichterstattung zu entwickeln. Meinen Kollegen Michael Oskamp, Felix Posch und Dr. Ronald Gebhardt danke ich für die vielen Diskussionen zu den verschiedenen Entwürfen rund um den § 4k EStG sowie die Einbindung in die praktische Beratung. Herauszuheben sind auch die flexiblen Arbeitszeiten, die PwC im Programm „Research & Work“ ermöglicht und die sich an jede Phase der Promotion anpassen ließen.

Widmen möchte ich diese Arbeit meiner Familie, allen voran Jeanette Kockrow, Jörg Adler und Brigitte Zypries, die mich bei allen Vorhaben stets uneingeschränkt und liebevoll unterstützen.

Berlin, August 2023

*Madeleine Victoria Kockrow*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	19
I. Problemstellung .....	19
II. Gang der Untersuchung .....	21
III. Einordnung in die Forschung zur Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre .....	22
<b>B. Grundlagen der sog. Anti-Hybrid Mismatch-Rules</b> .....	24
I. Historie und Telos der Anti-Hybrid Mismatch-Rules .....	24
1. Vorarbeiten durch die OECD- und G20-Staaten .....	24
2. Base Erosion Profit Shifting-Projekt .....	25
a) Abschlussbericht zu Aktionspunkt 2 des BEPS-Projektes zu sog. Hybrid Mismatch Arrangements .....	26
b) Ergänzender Bericht zu sog. Branch Mismatch Arrangements .....	26
3. Anti-Tax Avoidance Directives .....	27
a) ATAD I .....	27
aa) Historie und zeitlicher Rahmen für die Überprüfung .....	28
bb) Telos nach den Erwägungsgründen .....	28
cc) Regelungsbereiche und Struktur der Richtlinie .....	29
b) ATAD II .....	30
aa) Telos und Regelungsbereiche der Richtlinie .....	30
bb) Zeitlicher Rahmen für die Umsetzung und Überprüfung .....	30
4. Deutsche Reaktionen auf das BEPS-Projekt und die ATAD I und II .....	31
II. Grundlegende Systematik der Anti-Hybrid Mismatch-Rules .....	33
1. Hybride Gestaltungen .....	33
a) Hybride Finanzinstrumente .....	35
aa) Hybride Finanzinstrumente im engeren Sinne .....	35
bb) Hybride Übertragungen .....	37
cc) Substitutionszahlungen .....	38
b) Hybride Rechtsträger .....	38
aa) Qualifikation von ausländischen Gesellschaftsformen .....	38
(1) Entwicklung aus der Rechtsprechung des BFH .....	41
(2) Rechtstypenvergleich des BMF-Schreibens vom 19. März 2004 .....	41
(a) Zentralisierte Geschäftsführung und Vertretung .....	41

(b) Beschränkte Haftung	42
(c) Freie Übertragbarkeit der Anteile	43
(d) Gewinnzuteilung	43
(e) Kapitalaufbringung	44
(f) Gewinnverteilung	44
(g) Unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft	45
(h) Formale Gründungsvoraussetzungen	45
(i) Einordnungsverfahren	46
bb) Hybride Rechtsträger im engeren Sinne	46
cc) Umgekehrt hybride Rechtsträger	47
c) Hybride Betriebsstätten	48
aa) Unberücksichtigte Betriebsstätten	48
bb) Nicht erfasste Zahlungen	49
cc) Fiktive Zahlungen	50
2. Besteuerungsinkongruenzen	50
a) Deduction/No inclusion-Ergebnis	51
b) Double Deduction-Ergebnis	52
c) Importiertes bzw. indirektes D/NI-Ergebnis	53
d) Andere Besteuerungsinkongruenzen	53
3. Korrespondenz- und Abwehrregeln	54
a) Vorrangige Maßnahme bzw. Primäre Abwehrregel	54
b) Defensive rule bzw. Sekundäre Abwehrregel	55
<b>C. Formelle Analyse des § 4k EStG im ATADUmG</b>	<b>56</b>
I. Unionsrechtliche Vorgaben an die Richtliniensetzung	56
1. Ermächtigung zur Richtliniensetzung aus Art. 115 AEUV	56
a) Weites Verständnis der Auswirkung auf den Binnenmarkt	57
b) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 5 Abs. 3, 4 EUV	58
aa) Erforderlichkeit und Problem der aktiven Mitarbeit im BEPS-Projekt	58
bb) Effizienz und Problem des Mindestschutzes	59
2. Verfahren und Form	60
II. Unionsrechtliche Vorgaben an die Richtlinienumsetzung	61
1. Richtlinienkonforme Auslegung eines Umsetzungsgesetzes	61
a) Allgemeine Methoden für die Auslegung von Richtlinien	61
b) Richtlinienkonforme Auslegung des umgesetzten Rechts	62
2. Förmliches Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 AEUV	63

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Richtlinienumsetzung .....	64
1. Gesetzgebungskompetenz zur Richtlinienumsetzung .....	64
2. Gesetzgebungsverfahren und Form .....	65
a) Politische Hintergründe des ATADUmG .....	65
b) Ablauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens .....	67
c) Stellungnahmen und Änderungsvorschläge .....	68
IV. Zusammenfassendes Ergebnis für Kapitel C. ....	69
<b>D. Materielle Analyse des § 4k EStG im ATADUmG .....</b>	<b>71</b>
I. Persönlicher Anwendungsbereich, § 4k Abs. 6 EStG .....	71
1. Einordnung im Regulationssystem .....	71
2. Nahestehende Personen .....	72
a) Verständnis i. S. d. § 1 Abs. 2 AStG .....	72
b) Richtlinienüberschießende Umsetzung der Beteiligungsgrenze .....	74
c) Zurechnungsklausel des § 4k Abs. 6 S. 2 EStG .....	78
aa) Aggregation von Beteiligungsquoten mehrerer Personen .....	78
bb) Ex ante-Sichtweise auf das Erfordernis „durch abgestimmtes Verhalten Zusammenwirken“ .....	79
cc) Praxisbeispiel von Investorenstrukturen .....	80
3. Betriebsstättensachverhalte .....	81
a) Keine Definition im Branch Mismatch Arrangements-Bericht .....	82
b) Keine Definition in der ATAD II .....	82
c) Anknüpfen an die Definition des § 12 S. 1 AO .....	83
4. Strukturierte Gestaltungen .....	83
a) Legaldefinition, § 4k Abs. 6 S. 3 EStG .....	83
aa) Kognitive Alternative des „Einrechnens“ .....	85
bb) Voluntative Alternative des „Erwartens“ .....	87
b) Ausnahme und Entlastungsoption, § 4k Abs. 6 S. 4 EStG .....	88
aa) Keine Kenntnis des Steuerpflichtigen .....	89
bb) Möglichkeit der Nachweiserbringung .....	91
II. Deduction/Non-Inclusion-Besteuerungsinkongruenzen, § 4k Abs. 1 bis 3 EStG .....	93
1. Hybride Finanzinstrumente und Hybride Übertragungen, § 4k Abs. 1 EStG ..	93
a) Grundfälle .....	93
aa) Qualifikationskonflikt .....	94
bb) Zurechnungskonflikt .....	95
cc) Primäre und sekundäre Korrespondenz- bzw. Abwehrregeln .....	96
b) Aufwendungsbegriff und erfasste Finanzierungsinstrumente .....	97

aa)	Anknüpfen an das Verständnis in § 20 EStG	97
bb)	Erfasste Finanzinstrumente	99
cc)	Richtlinienüberschießende Umsetzung des Zahlungsbegriffs	100
c)	Mehrstaatensachverhalte	101
aa)	Qualifikations- bzw. Zurechnungskonflikt nach dem Recht des Anteilseigners	102
bb)	Nichtberücksichtigung einer ausländischen Rechtsbeziehung	105
cc)	Vergleichsmaßstab der Besteuerungskongruenz	109
(1)	Nichtbesteuerung und Kausalzusammenhang zum Qualifikations- oder Zurechnungskonflikt	109
(2)	Niedrigerbesteuerung und keine Berücksichtigung der Sichtweise nach dem Recht des Anteilseigners	112
(3)	Keine Erfassung der ausländischen Hinzurechnungsbesteuerung	116
d)	Rückausnahme, § 4k Abs. 1 S. 2 EStG	119
aa)	Voraussichtliche künftige Beseitigung	119
bb)	Fremdvergleichskonformität	122
2.	(Umgekehrt) hybride Gesellschaften und hybride Betriebsstätten, § 4k Abs. 2 und 3 EStG	124
a)	Grundfälle	125
aa)	Qualifikationskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 2 EStG	125
bb)	Zurechnungskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 3 S. 1 EStG	128
cc)	Zuordnungskonflikt, § 4k Abs. 3 S. 1 EStG	130
(1)	Sog. diverted branch payments	130
(2)	Sog. disregarded branch structures	131
(3)	Switch-over von der Anrechnungs- zur Freistellungsmethode, § 50d Abs. 9 S. 1 EStG	132
b)	Aufwendungsbegriff	133
aa)	Anknüpfen an das Verständnis in § 4 Abs. 4 EStG	134
(1)	Abflussbegriff und Aufgabe der wirtschaftlichen Verfügungsmacht	135
(2)	Aufwandsbegriff und Eintritt einer Vermögensminderung	136
(3)	Keine Anwendung des Zu- und Abflussprinzips des § 4 Abs. 3 S. 4 EStG	136
bb)	Richtlinienüberschießende Umsetzung	138
cc)	Beispiel des Buchwertabzugs und der sog. „Cost of Goods Sold“	140
c)	Vergleichsmaßstab der tatsächliche Nichtbesteuerung	145
aa)	Ausländischen Hinzurechnungsbesteuerung	146
bb)	Deutscher Quellensteuerabzug nach §§ 49, 50a EStG	150
d)	Sekundäre Abwehrregel in § 4k Abs. 2 S. 2 EStG und Nichtanwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO	156

e)	Ausnahme für sog. dual inclusion income .....	159
aa)	„Gegenüberstehen“ in der Bemessungsgrundlage desselben Steuerpflichtigen .....	160
bb)	Nachweiserfordernis einer tatsächlichen Besteuerung .....	162
f)	Umsetzung von Art. 9a ATAD II .....	164
aa)	Entwicklung des gesetzgeberischen Willens zur Umsetzung .....	164
bb)	Tatbestandlicher Gleichlauf des § 49 Abs. 1 Nr. 11 EStG mit den Merkmalen in § 4k Abs. 2 S. 1 und Abs. 6 EStG .....	166
III.	Double Deduction-Besteuerungsinkongruenz, § 4k Abs. 4 EStG .....	168
1.	Grundfall .....	168
a)	Zahlung einer hybriden Gesellschaft .....	169
b)	Anrechnungsbetriebsstätte .....	169
2.	Kein Erfordernis eines hybriden Elements .....	170
3.	Sekundäre Abwehrregel in § 4k Abs. 4 S. 2 EStG und Vorrang für den Stammhausstaat .....	171
4.	Ausnahme für sog. dual inclusion income .....	173
a)	Inbound-Fall, § 4k Abs. 4 S. 3 EStG .....	173
aa)	Gleichlauf mit der dual inclusion income-Ausnahme des § 4k Abs. 2 EStG .....	174
bb)	Berücksichtigung von sog. „stranded losses“ bzw. „finalen Verlusten“ .....	176
cc)	Praxisbeispiel von Fonds in Immobilienstrukturen .....	180
b)	Outbound-Fall, § 4k Abs. 4 S. 4 EStG .....	182
IV.	Importierte Besteuerungsinkongruenzen, § 4k Abs. 5 EStG .....	184
1.	Grundfall .....	184
2.	Persönliche Prüfungsrichtung .....	185
a)	Personenbegriffe des Gläubigers, weiteren Gläubiger und der anderen Person .....	186
b)	Keine Fiktion einer unbeschränkten Steuerpflicht .....	187
c)	Entsprechende Prüfung des § 4k Abs. 1 bis 5 EStG .....	189
3.	Sachliche Prüfungsrichtung .....	189
a)	Aufwendungs- und Ertragsbegriff .....	189
b)	„Gegenüberstehen“ als Erfordernis eines Zusammenhangs .....	190
aa)	Auslegung des Begriffs „Gegenüberstehen“ .....	191
bb)	Zusammenhang dem Grunde nach .....	193
4.	Rechts- und Anwendungsreihenfolge .....	195
a)	Anwendungsvorrang und Spezialität der § 4k Abs. 1 bis 4 EStG .....	195
b)	Versagung der Höhe nach .....	196

aa)	Anteilig im Verhältnis des Gegenüberstehens zu den hybriden Aufwendungen	196
bb)	Anteilig im Verhältnis zu bereits versagten Betriebsausgabenabzügen durch andere beteiligte Staaten	198
V.	Systematische Einordnung	200
1.	Spezialität und Anwendungsvorrang innerhalb des § 4k EStG	201
2.	Treaty Override, § 4k Abs. 7 EStG und § 49 Abs. 1 Nr. 11 S. 4 EStG	201
3.	Konkurrenzen	203
a)	Zinsschranke, § 4h EStG	203
b)	Sonderbetriebsausgabenabzug, § 4i EStG	204
c)	Bestehende Anti-Hybrid Mismatch-Rules	205
d)	Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG	205
e)	Hinzurechnungsbesteuerung, §§ 7 – 14 AStG	206
VI.	Zusammenfassendes Ergebnis für Kapitel D.	207
<b>E.</b>	<b>Bewertung des § 4k EStG nach Kriterien der Legisprudenz</b>	<b>212</b>
I.	Bewertungskriterien einer Norm	212
1.	Effizienz	213
2.	Effektivität und Praktikabilität	215
II.	Effektive Erfassung von karibischen Strukturen	215
1.	Rechtsvergleich der betroffenen Rechtssysteme	218
a)	Rechtsordnungen in den zu analysierenden karibischen Staaten, Ländern und Territorien	218
aa)	Anguilla	218
bb)	Antigua und Barbuda	220
cc)	Aruba	221
dd)	Bahamas	223
ee)	Barbados	224
ff)	Bermuda-Inseln	225
gg)	Britische Jungferninseln	226
hh)	Curaçao	227
ii)	Grenada	229
jj)	Kaiman-Inseln	229
kk)	St. Kitts und Nevis	230
ll)	St. Lucia	231
mm)	St. Vincent und die Grenadinen	233
nn)	Trinidad und Tobago	234

oo) Turks- und Caicos-Inseln .....	235
pp) US-Amerikanische Jungferninseln .....	237
b) Parallelenbestimmung und Gruppenbildung .....	238
2. Karibische Strukturen in der Prüfung von § 4k EStG .....	244
a) De facto-Ausschluss durch den Staatsbegriff in § 4k EStG .....	244
aa) Völkerrechtlicher und staatsrechtlicher Staatsbegriff ausgehend von der sog. Drei-Elemente-Theorie .....	244
bb) Keine Anwendbarkeit der europäischen Verträge auf sog. Über- seeische Länder und Hoheitsgebiete .....	246
cc) Begriffsvielfalt und Staatlichkeitserfordernis im EStG .....	247
dd) Keine Erfassung im Wortlaut der § 4k Abs. 2 bis 4 EStG .....	248
b) Sachlicher Ausschluss in den Tatbeständen des § 4k EStG aufgrund der Besonderheiten der karibischen Rechtsordnungen .....	249
aa) D/NI-Besteuerungssinkongruenzen, § 4k Abs. 1 bis 3 EStG .....	249
bb) DD-Besteuerungssinkongruenzen, § 4k Abs. 4 EStG .....	251
cc) Importierte Besteuerungssinkongruenzen, § 4k Abs. 5 EStG .....	251
3. Zwischenergebnis .....	252
III. Effektive Erfassung von US-amerikanischen und europäischen Strukturen .....	254
1. US-amerikanische und europäische Praxisbeispiele .....	255
a) Sog. Effectively Connected Income im US-Inbound-Fall .....	255
b) Sog. Notional Interest Deduction sowie Interest Free Loan .....	256
2. Teiltransparente Gesellschaftsrechtsformen am Beispiel der nieder- ländischen oCV .....	258
IV. Praktikabilität anhand der Nachweispflichten des § 4k EStG .....	260
1. Beweislast und Nachweispflichten .....	260
a) Grundsätzliches System der Feststellungs- und Beweislasten .....	261
b) Ausdrückliche Nachweispflichten in § 4k EStG .....	262
2. Transparenz und Mitteilungspflichten .....	263
a) Mitteilungspflichten gem. §§ 138a ff. AO in Umsetzung der Directives on Administrative Co-operation (DAC) .....	263
b) Mitteilungspflichten nach dem Steueroasen-Abwehrgesetz .....	265
3. Verhaltenssteuernde Wirkung beim Steuerpflichtigen .....	268
V. Zusammenfassendes Ergebnis für Kapitel E. ....	271

<b>F. Stand der mitgliedstaatlichen Umsetzungen der ATAD I und II</b>	275
I. Zeitpunkt der Umsetzung	275
II. Umsetzung der Regelungen zu umgekehrt hybriden Gestaltungen in Art. 9a ATAD II	276
<b>G. Unionsrechtliche Bedenken zur Umsetzung in § 4k EStG</b>	277
I. Primärrechtliche Konformität	277
II. Beihilfenrechtliche Zulässigkeit	282
III. Zusammenfassendes Ergebnis für Kapitel G.	283
<b>H. Verfassungsrechtliche Bedenken zu § 4k EStG</b>	284
I. Leistungsfähigkeit und Folgerichtigkeit	285
1. Historisches und verfassungsrechtliches Verständnis	286
2. Anwendung auf grenzüberschreitende Qualifikationskonflikte	288
3. Verletzung des Veranlassungsprinzips des § 4 Abs. 4 EStG durch das Korrespondenzprinzip in § 4k EStG	289
4. Keine unzulässige Durchbrechung des Dualismus der Einkunftsarten	291
5. Förderung des synthetischen Einkommensbegriff	293
II. Äquivalenz- und Territorialitätsprinzip	295
III. Sachlicher Grund	297
1. Rechtfertigung der Einkommensteuer als solche	297
2. Rechtfertigung des § 4k EStG	298
a) Missbrauchsverhinderung als Lenkungszweck	299
b) Kein ausreichender Grund der rechtsformneutralen Besteuerung	300
3. Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	301
IV. Rechtsstaatliche Prinzipien	307
1. Bestimmtheit der in § 4k EStG getroffenen Regelungen	307
2. Unzulässigkeit der Rückwirkung und Vertrauensverlust der Steuerpflichtigen	309
V. Zusammenfassendes Ergebnis für Kapitel H.	313
<b>I. Ausblick zum GLoBE-Proposal der OECD- und G20-Staaten</b>	315
I. Besteuerung der Digitalwirtschaft nach Pillar One	316
II. Globale Mindestbesteuerung nach Pillar Two	317
III. Bedeutung für die Anti-Hybrid Mismatch-Rules in § 4k EStG	319
<b>J. Thesenförmige Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	322

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	330
<b>Rechtsprechungsverzeichnis</b> .....	358
<b>Gesetzgebungsmaterialien</b> .....	364
<b>Verzeichnis der Verwaltungsvorschriften</b> .....	369
<b>Verzeichnis der Quellen von EU, OECD und UN</b> .....	370
<b>Verzeichnis des ausländischen Rechts und der Abkommen</b> .....	379
<b>Sachverzeichnis</b> .....	388

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Klassischer Fall des hybriden Finanzinstruments	36
Abbildung 2:	Klassischer Fall des hybriden Rechtsträgers	47
Abbildung 3:	Beispiel zur Berechnung der Beteiligungsquote zwischen „nahestehenden Personen“ i. S. v. § 4k Abs. 6 S. 1 EStG i. V. m. § 1 Abs. 2 AStG	74
Abbildung 4:	Beispiel des abgestimmten Zusammenwirkens i. S. v. § 4k Abs. 6 EStG bei einer Investorengruppe	81
Abbildung 5:	Grundfall zum Qualifikationskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 1 S. 1 EStG	94
Abbildung 6:	Beispiel der Wertpapierleihe zum Zurechnungskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 1 S. 1 EStG	95
Abbildung 7:	Mehrstaatensachverhalt zur Auslegung des § 4k Abs. 1 S. 1 EStG	102
Abbildung 8:	Grundfall zum Qualifikationskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 2 S. 1 EStG	125
Abbildung 9:	Beispielfall zum Zurechnungskonflikt i. S. d. § 4k Abs. 3 S. 1 EStG	129
Abbildung 10:	Beispielfall zum Buchwertabzugs beim Veräußerungsgewinn	141
Abbildung 11:	Beispielfall zu den sog. „ <i>Cost of Goods Sold</i> “-Aufwendungen	141
Abbildung 12:	Beispielfall zur Quellenbesteuerung nach §§ 49, 50a EStG	150
Abbildung 13:	Beispielfall zur vermögensverwaltenden, ausländischen Gesellschaft und § 4k Abs. 2 S. 2 EStG	156
Abbildung 14:	Ausnahme für sog. dual inclusion income in einer Immobilienstruktur	181
Abbildung 15:	Grundfall einer importierten Besteuerungsinkongruenz	185
Abbildung 16:	Beispielfall aus der Begründung zu § 4k Abs. 5 EStG	186
Abbildung 17:	Unterbrechung der „ <i>Verkettung</i> “ in § 4k Abs. 5 S. 1 EStG durch eine ausländische Gruppenbesteuerung	192
Abbildung 18:	Abwandlung des Mehrstaatensachverhalts für die Analyse der karibischen Staaten, Länder und Territorien	218
Abbildung 19:	Abwandlung für das zypriotische <i>NID</i> -Regime	256
Abbildung 20:	Beispielfall zum sog. <i>Interest Free Loan</i>	257
Abbildung 21:	Beispielfall einer niederländischen <i>oCV</i>	259

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht der Formen von hybriden Gestaltungen .....	34
Tabelle 2: Vergleich der hybriden und umgekehrt hybriden Rechtsträger anhand des Qualifikationskonfliktes .....	48
Tabelle 3: Übersicht der Formen von Besteuerunginkongruenzen .....	51
Tabelle 4: Ergebnisse des Rechtsvergleichs der analysierten karibischen Staaten, Länder und Territorien – Teil 1 .....	240
Tabelle 5: Ergebnisse des Rechtsvergleichs der analysierten karibischen Staaten, Länder und Territorien – Teil 2 .....	242
Tabelle 6: Zusammenfassende Übersicht über die getroffenen Aussagen zur Erfassung der karibischen Staaten, Länder und Territorien unter § 4k EStG bei entsprechendem Sachverhalt .....	253

## Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
d. h.	das heißt
Drs.	Drucksache
EStG	Einkommensteuergesetz
f., ff.	folgende [Seite], [Seiten]
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d., e., v.	in Sicht/im Sinne des/der, eines/einer, von
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogeannter/sogeannte/sogeanntes
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
v.	von/vom
Vgl.	Vergleiche
z. B.	zum Beispiel

## A. Einleitung

### I. Problemstellung

Internationale Steuerfragen erlangten im vergangenen Jahrzehnt in medialer Berichterstattung und politischer Diskussion zunehmend Aufmerksamkeit und in der Häufigkeit investigativer Berichte über Steuervermeidungsmodelle stärkere Frequenz – wie die zuletzt 2014 „LuxLeaks“, 2016 „Panama Papers“ und jüngst im Oktober 2021 veröffentlichten „Pandora Papers“ zeigen.<sup>1</sup> Aufgedeckt wurden dabei Gestaltungsstrukturen, die es multinationalen Konzernen wie bspw. *Apple*, *Amazon*, *Google* und *Starbucks* ermöglichten, ihre steuerliche Bemessungsgrundlage zu reduzieren, Gewinne in niedrigbesteuerte Länder zu verschieben und mithilfe von Zahlungsströmen durch die Niederlande und Irland einer europäischen Besteuerung am Beginn der Wertschöpfungskette nahezu gänzlich zu entgehen.<sup>2</sup>

Im Kaleidoskop der vielfältigen Möglichkeiten, durch die sich multinationale Konzerne bei der Kollision nationaler Steuersysteme steuerlich optimieren können<sup>3</sup>, hat die OECD mit ihren Arbeiten zu Aktionspunkt 2 des sog. „*Base Erosion Profit Shifting*“-Projektes im Bereich der sog. hybriden Gestaltungen drei Grundformen – namentlich der hybriden Finanzinstrumenten und Übertragungen, der hybriden sowie umgekehrt hybriden Rechtsträger und hybriden Betriebsstätten – identifiziert. Hintergrund dieser zuweilen national unterschiedlichen Qualifikationen, Zuordnungen und Zurechnungen ist, dass ein Staat in der Gestaltung seines Steuersystems souverän ist.<sup>4</sup> Besteuerungsinkongruenzen sind auch innerhalb der Europäischen Union an der Tagesordnung, da bislang eine Harmonisierung der direkten Besteuerung nur in wenigen Bereichen erfolgt ist.

---

<sup>1</sup> Dazu *Max*, *StuW* 2017, 266; *Wittenstein/Hilbert*, *IWB* 2016, 661, 662; *Wittenstein*, *IStR* 2015, 160, 161 f.; *ICIJ* (Hrsg.), *Pandora Papers*.

<sup>2</sup> OECD (2017), *Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen*, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, Vorwort, S. 3; *Benz/Eilers*, *IStR-Beih.* 2016, 1 f.; *Lang*, *StuW* 2016, 101, 111; *Parada*, Das Phänomen der doppelten Nichtbesteuerung, in: *MPI Steuerrecht und Öffentliche Finanzen* (Hrsg.), *Forschungsbericht 2015* – DOI 10.17617/1.28; *Gillamariam/Binding*, *DStR* 2013, 1153 f.; *Schleep/Jungen*, *Stbg* 2021, 369; *Woitok*, *IStR* 2021, 777 m. w. N.; *Frase*, in: *EStG-eKommentar*, Stand: 01.07.2021, § 4k *EStG*, Rn. 1; *Kaminskiy*, in: *Frotscher/Geurts*, *EStG-Kommentar*, Stand: 14.09.2021, § 4k *EStG*, Rz. 3.

<sup>3</sup> *Kraft/Kockrow*, *Ubg* 2021, 222, 223; vgl. *Kahlenberg/Radmanesh*, in: *Hagemann/Kahlenberg*, Art. 9 *ATAD* Rn. 1 mit Verweis zum Fall *McDonalds* in Luxemburg; Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 19.09.2018, IP/18/5831; Zur historischen Entwicklung der Arbeiten der OECD. – *Schleep/Jungen*, *Stbg* 2021, 369.

<sup>4</sup> *Fibbe/Stevens*, *EC Tax Review* 2017, 153; *Mechtler*, *Hybrid Mismatches im Ertragsteuerrecht*, Dissertation 2017, S. 11; *Kaminskiy*, in: *Frotscher/Geurts*, *EStG-Kommentar*, Stand: 14.09.2021, § 4k *EStG*, Rz. 24.

Die Vorschläge der OECD mündeten in die *Anti-Tax Avoidance Directive I* und *II*<sup>5</sup> und sehen zur Lösung der durch hybride Gestaltungen verursachten Besteuerungsinkongruenzen vor allem unilaterale Lösungen *de lege ferenda* vor. Diese verhindern nicht das Entstehen eines „Hybrid Mismatch“, also der unterschiedlichen nationalen Qualifikation oder Zuordnung von Zahlungen, sondern umfassen vielmehr Regelungen dazu, wie mit der daraus resultierenden doppelten Nichtbesteuerung (D/NI-Effekt) bzw. dem doppelten Betriebsausgabenabzug (DD-Effekt) auf Rechtsfolgende umzugehen ist.<sup>6</sup>

Der deutsche Gesetzgeber setzt diese Regelungen in dem neu eingefügten § 4k EStG um, der auch den Fokus dieser Dissertation einnehmen soll. Sie grenzt sich mit der Behandlung dieser unilateralen Lösungen *de lege ferenda* in dem neu eingefügten § 4k EStG von anderen, bereits veröffentlichten Dissertationen und Forschungsprojekten ab, da diese ihren Fokus vor allem auf die abkommensrechtlichen Lösungen *de lege lata*<sup>7</sup> bzw. die Umsetzung der von der OECD vorgeschlagenen und durch die ATAD I und II vorgegebenen unilateralen Lösungen *de lege ferenda* legen.<sup>8</sup> Abkommensrechtliche Fragestellungen, die sich insb. aus den Empfehlun-

---

<sup>5</sup> Teilweise findet sich in der deutschsprachigen Literatur auch die Bezeichnung „ATAD I-Richtlinie“ bzw. „ATAD II-Richtlinie“. Da der Begriff der „*Anti-Tax Avoidance-Directive*“ bereits den Richtlinienbegriff umfasst, wird in der folgenden Untersuchung die Richtlinie 2016/1164/EU des Rates v. 12.07.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. 2016 Nr. L 193 S. 1, als „ATAD I“ und die Richtlinie 2017/952/EU des Rates v. 29.05.2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern, ABl. EU Nr. L 144 S. 1, als „ATAD II“ bezeichnet.

<sup>6</sup> *Schnitger*, in: Oestreicher, BEPS, 1. Teil, I. Hybrid Mismatches, S. 10f.; *Fraser*, in: EStG-Kommentar, Stand: 01.07.2021, § 4k EStG, Rn. 1.

<sup>7</sup> Zur Abgrenzung zwischen den abkommensrechtlichen und unilateralen Lösungsansätzen sowie solchen *de lege lata* und *de lege ferenda* sowie des Schwerpunkts der abkommensrechtlichen Lösungsansätze *de lege lata*. – so *Marquardsen*, StuW 2019, 374, 376; vgl. Rahmen und Gang der Untersuchung von *Marquardsen*, Hybride Gesellschaften, Dissertation 2018, S. 19 ff.; Zur abkommensrechtlichen Lösung von Qualifikationskonflikten *de lege lata* und *de lege ferenda*. – Siehe auch *Gstötner*, Hybride Gesellschaften in der EU, Dissertation 2013, S. 113 ff. und S. 291 ff.

<sup>8</sup> Zur Lösung von Qualifikationskonflikten *de lege lata* im Primär- und Sekundärrecht sowie auf nationaler Ebene bereits vor der Verabschiedung der ATAD I am 12.07.2016. – *Gstötner*, Hybride Gesellschaften in der EU, Dissertation 2013, S. 61 ff. und S. 217 ff.; Zur Ursachenanalyse und Systematisierung von Qualifikationskonflikten sowie möglichen Lösungskonzepten. – Siehe insb. *Beck*, Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht, Dissertation 2016; Umfassende Untersuchung der Korrespondenzregelungen nach den Empfehlungen der OECD im BEPS-Projekt, der ATAD I und II sowie zum Korrespondenzgedanken sowie zur Umsetzung *de lege lata* und *de lege ferenda* in Österreich mit verfassungsrechtlichen Bedenken. – *Mechtler*, Hybrid Mismatches im Ertragsteuerrecht, Dissertation 2017, S. 11 ff., 31 ff., 225 ff., 319 ff., 399 ff. und S. 493 ff.; Zum Entstehen von hybriden Finanzinstrumenten und doppelter Nichtbesteuerung sowie den von der OECD und in der ATAD I und II vorgeschlagenen unilateralen Regelungen *de lege ferenda*. – *Martínez Laguna*, Hybrid Financial Instruments, Double Non-Taxation and Linking Rules, Dissertation 2018, S. 9 ff., 137 ff. und S. 217 ff.; Zu den Qualifikationskonflikten und den unilateralen Korrespondenzregeln *de lege ferenda* der

gen der OECD in Teil II, Art. 9b ATAD II und § 4k Abs. 7 EStG ergeben, sind deshalb nicht Gegenstand der folgenden Untersuchungen.

Fokus und Problemstellung dieser Dissertationsschrift bilden somit die formelle und materielle Analyse und Auslegung des neu eingefügten § 4k EStG sowie der darin enthaltenen sog. *Anti-Hybrid Mismatch-Rules*<sup>9</sup> im Vergleich zu dem BEPS-Bericht der OECD sowie der ATAD I und II anhand eigener Beispielfälle und Fragestellungen. Davon ausgehend erfolgt die Prüfung von geläufigen europäischen Praxisfällen und karibischen Strukturen anhand der Ergebnisse zur Auslegung des § 4k EStG. Zudem werden Bezüge zur Unionsrechtskonformität und Verfassungsmäßigkeit desselben hergestellt.

## II. Gang der Untersuchung

Mit dem anschließenden Kapitel „B. Grundlagen der sog. Anti-Hybrid Mismatch-Rules“ wird die Entwicklung sowie das System der sog. *Anti-Hybrid Mismatch-Rules* anhand der Berichte der OECD sowie der ATAD I und II beschrieben. Dabei wird insb. auf die Merkmale einer Besteuerungsinkongruenz, der verschiedenen Formen und Entstehungsgründe für die Hybridität einer Gestaltung, namentlich der hybriden Finanzinstrumente und Übertragungen, der hybriden und umgekehrt hybriden Gesellschaften sowie der Hybriden Betriebsstätten, sowie der (empfohlenen) Abwehrregeln eingegangen.

Im Kapitel „C. Formelle Analyse des § 4k EStG im ATADUmsG“ werden die unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht am Beispiel der ATAD I und II beschrieben und auf deren Mindeststandard eingegangen. Es erfolgt daraufhin die Darstellung des nationalen Gesetzgebungsverfahrens anhand von § 4k EStG i. R. d. sog. ATAD-Umsetzungsgesetzes – und aufgrund der verzögerten Umsetzung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland.

---

ATAD I und II sowie Abgleich mit den Regelungsempfehlungen der OECD und sechsseitiger Ausblick zum ersten Referentenentwurf des ATAD-UmsG vom 10. 12. 2019 und dem darin enthaltenen § 4k EStG. – *Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, Dissertation 2019, S. 66 ff., 79 ff., 209 ff. und S. 260 ff.; Zur Analyse korrespondierender Besteuerungstatbestände und des § 4k EStG. – *Rüsch*, Die Verwirklichung einer korrespondierenden Besteuerung im deutschen Steuerrecht, Dissertation 2021, S. 7, 27 f., 157 ff.

<sup>9</sup> Angesichts der Begriffsvielfalt wird in dieser Untersuchung einheitlich der Begriff der „*Anti-Hybrid Mismatch-Rules*“ verwendet für die durch die BEPS-Berichte zu den sog. *Hybrid Mismatch Arrangements* sowie sog. *Branch Mismatch Arrangements* geschaffenen, mit der ATAD I und II vorgegebenen Regelungen gegen Besteuerungsinkongruenzen infolge hybrider Gestaltungen aber auch für deren Umsetzung in neu geschaffenen § 4k EStG. Andere häufig verwendete Begriffe reichen von „*Anti-Hybrid-Regeln*“ über „*Anti-Hybrid-Richtlinie*“, „*Anti-Hybrids-Regeln*“, „*Anti-Hybrids Rules*“ bis zu „*Anti-Hybrid-Regulations*“.