

**„TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN VOR DEM AUS?
—
VERSCHÄRFUNGEN DURCH DAS JAHRESSTEUERGESETZ
2007**

Veranstalter:

**Fachakademie für Rechnungslegung und
Steuerrecht Dr. Peemöller / Dr. Reis GmbH**

Vortragender:

**Prof. Dr. Axel Bader
Wirtschaftsprüfer Steuerberater**

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

GLIEDERUNG

A. Überblick „Treaty Shopping“

1. Begriff
2. Ziele

B. „Treaty Shopping“ Gestaltungen

1. Outbound Investments
2. Inbound Investments

C. Maßnahmen gegen „Treaty Shopping“

1. Überblick
2. Neufassung § 42 AO
3. Anti-Treaty-Shopping-Klausel gem. § 50d III EStG für Inbound Investments
4. Switch-over-Klausel gem. § 50d IX EStG

D. Kritik

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

A. ÜBERBLICK „TREATY SHOPPING“

1. Begriffsdefinition

→ Gestaltungen, die es Nicht-Abkommensberechtigten ermöglichen, durch Zwischenschaltung einer formal abkommensberechtigten natürlichen oder juristischen Person, in den Genuss von Abkommensvergünstigungen zu kommen.

I. Merkmale

- Nicht Abkommensberechtigter
- Zwischenschaltung einer abkommensberechtigten Person
- Erlangung der Abkommensvergünstigung

II. Wörtlich

- „Treaty Shopping“ = „Hineinkaufen“ in ein DBA
- Auch „Ruling shopping“ = „Hineinkaufen“ in eine EU-Richtlinie

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

A. ÜBERBLICK „TREATY SHOPPING“

2. Hauptziel

➔ Vorteilhafte Gestaltung der Besteuerung grenzüberschreitender Investments einer natürlichen oder juristischen Person

I. Beispiele

- Freistellung ausländischer Einkünfte
- Nutzung von Qualifikationskonflikten
- Vermeidung oder Reduktion von Quellensteuern
- Steuerfreie Vereinnahmung von Veräußerungsgewinnen

II. Grundsätzlich

Steuerersparnis > Zusätzliche Kosten durch (Um-) Gestaltung



„Treaty Shopping“ vorteilhaft

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

I. Freistellung ausländischer Einkünfte

- **Nutzung internationales Steuergefälle**
- **Beispiele:**
 - VAE (Dubai) erheben keine ESt
 - Günstige Pauschalbesteuerung im Ausland (z. B. Zinsen)
 - Hohe Freibeträge für Ausländer (z. B. in GB → 5.225 GBP)
- **Mittel:**

Nutzung der DBA Freistellungsmethode
- **Probleme:**
 - DBA-Aktivitätsklauseln
 - Switch-over-Klauseln
 - Betriebstättenklausel § 20 II AStG
 - Subject-to-tax-Klauseln (z. B. Art. 18 II DBA D/GB)

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

➤ Ziele

- **Abweichendes innerstaatliches Steuerrecht**
 - ➔ *Anwendung unterschiedlicher DBA-Bestimmungen auf ein und denselben Sachverhalt*
 - ➔ *Beispiel zur atypisch stillen Beteiligung*

- **Vergleichbare innerstaatliche Rechtslage**
 - ➔ *Annahme von unterschiedlichen Sachverhalten*
 - ➔ *Beispiel zur Veräußerung von Immobilienbesitz über schwedische KG*

- **Vergleichbare innerstaatliche Rechtslage + selber Sachverhalt**
 - ➔ *Anwendung unterschiedlicher DBA-Bestimmungen*

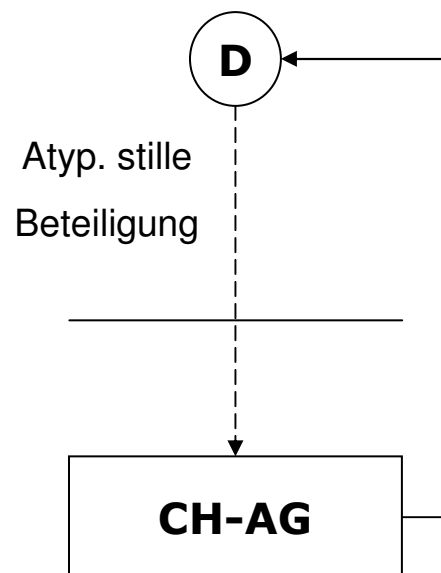
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

- Beispiel: Atypisch stille Beteiligung von D an CH-AG



Behandlung in D

- Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 I Nr. 2 EStG
- ➔ Art. 7 DBA D/CH: **Besteuerungsrecht im BS-Staat CH**

Behandlung in CH

- Partiarisches Darlehen; Zinsen = BA
- ➔ Art. 10 I i. V. m. Art. 10 VI DBA D/CH:
Lediglich Quellenbesteuerung der „Zinsen“, da
Besteuerungsrecht im Wohnsitzstaat D

Ergebnis: Art. 24 I DBA D/CH: **Freistellungsmethode**

- ➔ Steuerliche Belastung = Zinsquellensteuer in CH

Problem:

- ➔ **§ 50d IX Nr. 1 EStG → keine Anwendung der Freistellung!**

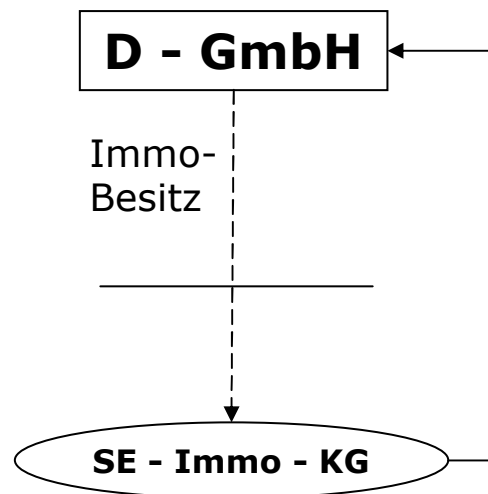
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

- Beispiel: Veräußerung von Anteil an Immo-KG in Schweden



Behandlung in D

- Veräußerung von anteiligem Immo-Besitz gem. §23 I a EStG
- ➔ Art. 23 I a DBA D/SE: **Freistellungsmethode**

Behandlung in SE

- PersGes in SE ➔ juristische Person, jedoch Transparenz
- Steuerpflichtige Veräußerung von Anteilen an PersGes
- ➔ Da keine schwedische BS:
Veräußerungsgewinn nicht steuerbar
- ➔ Art. 23 I a DBA D/SE:
Besteuerungsrecht im Belegenheitsstaat

Ergebnis: Weißer Veräußerungsgewinn

Problem

➔ § 50d IX Nr. 2 EStG ➔ **Methodenwechsel ➔ StPfl in D**

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

III. Nutzung von Subsidiaritätsregeln

➤ **Ziel**

Zuordnung von Dividenden, Zinsen, Lizenzen zu einer ausländischen Betriebsstätte



**Damit Vorrang von Art. 7 OECD-MA
(BS - Besteuerung)**

➤ **Problem**

Subsidiarität richtet sich nur an den Quellenstaat (→ **umstritten**)

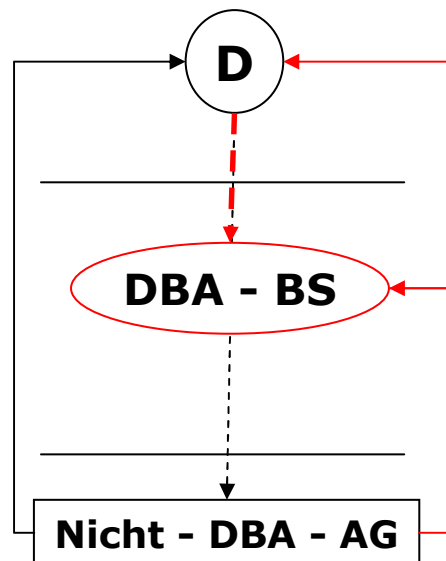
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

III. Nutzung von Subsidiaritätsregeln

- Beispiel: Mittelbare Dividendeneinkünfte über DBA – BS; D = nat. Person



Behandlung in D

- Dividenden unmittelbar an D:
→ **Besteuerungsrecht in D**
- Dividenden über BS:
→ BS - Einkünfte
→ Art. 23 A OECD-MA: **Freistellungsmethode in D**

Ergebnis:

- Art. 10 IV OECD-MA: **nachrangig zu Art. 7 OECD-MA**
- **Besteuerungsrecht im Quellenstaat**
- Da Dividenden i. S. d. Art. 10 III OECD-MA:
U. U. keine Freistellungsmethode (→ strittig)

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

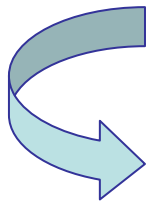
B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

IV. Reduzierung ausländischer Quellensteuern

➤ **Ziel**

Ausländische Quellensteuern wirken bei deutscher KapGes als Definitivbelastung



Reduzierung der QSt durch Zwischenholding

➤ **Problem:**

Evtl. ausländische Anti-Treaty-Shopping-Klausel analog § 50d III EStG

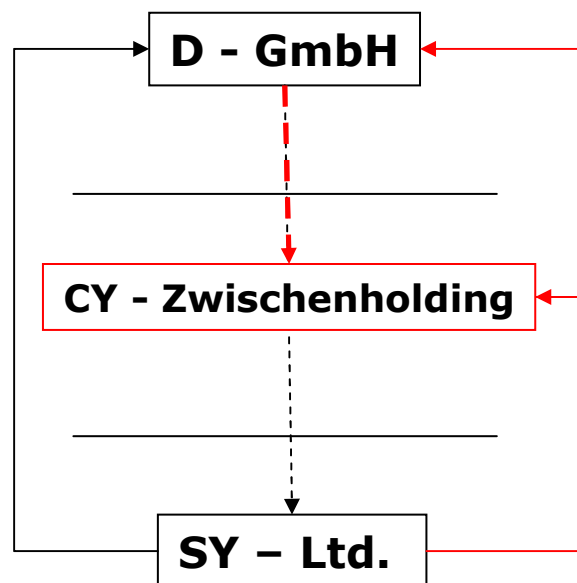
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

1. Outbound Investments

IV. Reduzierung ausländischer Quellensteuern

- Beispiel: Dividendeneinkünfte über DBA - Zwischenholding



Behandlung in SY

- Dividenden unmittelbar an D-GmbH:
- ➔ **QSt von 15%**
- Dividenden mittelbar über CY:
- 1. Keine QSt gem. DBA CY/SY**

Behandlung in CY

- 2. Keine QSt gem. MTRL**

Ergebnis: Umgehung ausl. QSt

Folge:

- ➔ Damit greifen keine deutschen Missbrauchsvorschriften!
- ➔ Evtl. ausländische Missbrauchsvorschriften (in Zypern)?

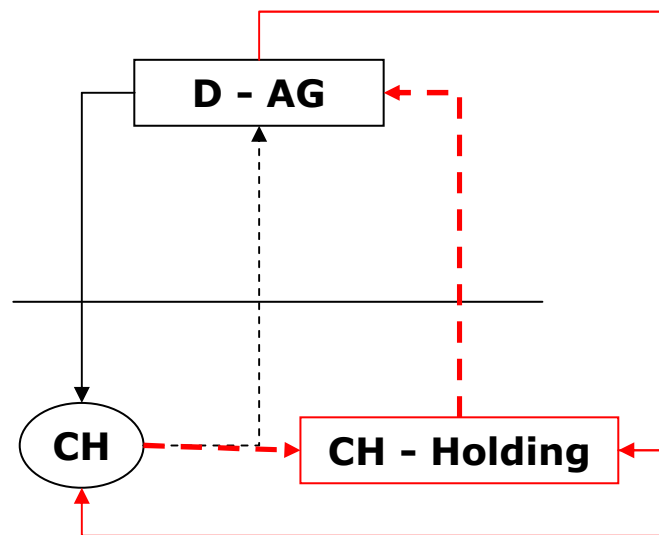
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

2. Inbound Investments

I. Reduzierung deutscher Quellensteuer (Dividenden)

- **Ziel:** Reduzierung / Vermeidung deutscher KESt auf Dividenden
- Beispiel: Dividendenausschüttung an DBA-Staat; CH = nat. Person



Behandlung in D

- Dividenden unmittelbar an CH:
- ➔ **QSt von 15% gem. DBA CH/D**
- Mittelbar über CH-Holding:
- ➔ **Keine QSt gem. DBA CH/D**

Ergebnis: Umgehung deutscher QSt

Problem

- ➔ § 50d III EStG
- ➔ **Keine Vergünstigung, wenn CH-Holding nur passiv**

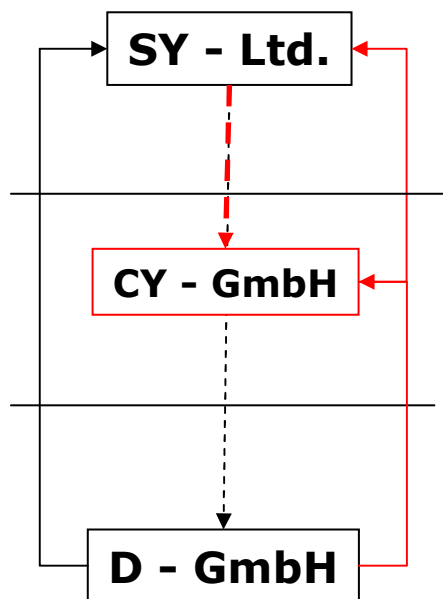
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

2. Inbound Investments

II. Reduzierung deutscher Abzugsteuer (Lizenzzahlungen)

- **Ziel:** Vermeidung beschr. deutscher Steuerpflicht gem. § 50a IV EStG
- Beispiel: Lizenzzahlungen von D-GmbH an Nicht-DBA-Staat



Behandlung in D

- Lizenzen unmittelbar an SY-Ltd.:
- ➔ § 50a IV Nr. 3 EStG: **QSt von 20%**
- Mittelbar über CY-GmbH:
- ➔ Lizenz-RL: **QSt = 0%**

Behandlung in CY

- ➔ DBA CY/SY: **QSt = 0%**

Ergebnis: Umgehung deutscher AbzugSt

Problem

- ➔ § 50d III EStG
- ➔ **Keine Vergünstigung, wenn nur durch funktionslose Zwischenschaltung erreicht**

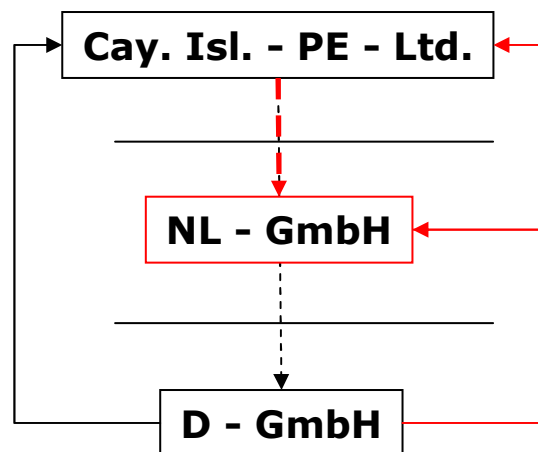
„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

2. Inbound Investments

III. Steuerfreiheit deutscher Veräußerungsgewinne für Nicht-DBA-Ausländer

- **Ziel:** Steuerfreier Exit → Anteilsveräußerung durch ausl. Investor
- **Beispiel:** Veräußerung wesentlicher Beteiligung an deutscher GmbH



Behandlung in D

- VG unmittelbar an Private-Equity-Ltd.:
- §§ 49 I Nr. 2 e i. V. m. 17 EStG: **KSt von 15%**
- VG mittelbar über NL-GmbH:
- DBA NL/D: **Besteuerungsrecht in NL**

Behandlung in NL

- VG werden nicht besteuert

Ergebnis: Umgehung deutscher Steuerpflicht

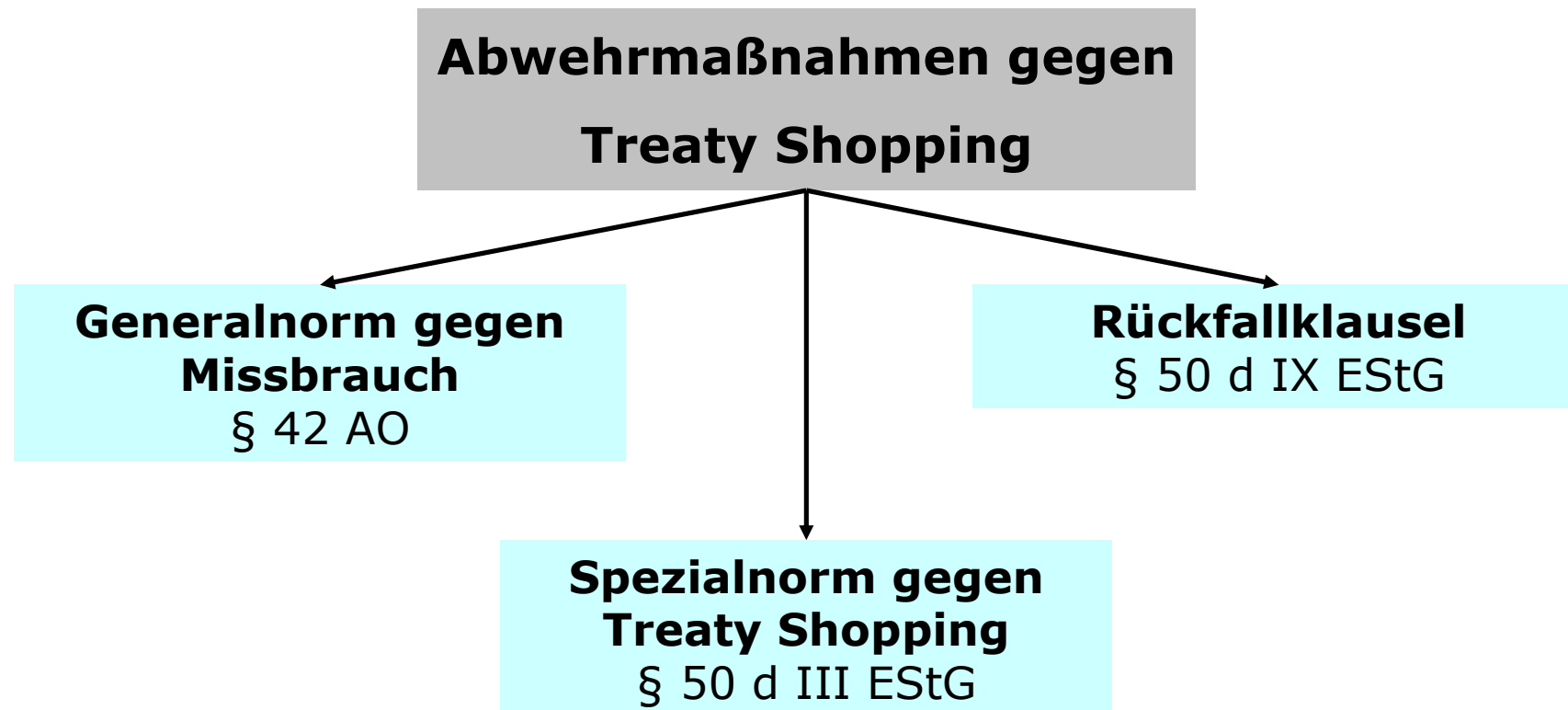
Problem

- § 50d III EStG n. F.
- **K. Vergünstigung, wenn nur aufgr. Zwischenschaltung**

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

1. Überblick



„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

2. Neufassung § 42 AO

Systematik des neuen § 42 AO

1. Gibt es in den Einzelsteuergesetzen eine explizite Vorschrift zur Verhinderung von Steuerumgehungen?
→ **Nein → Neuer § 42 AO**
2. Neuer Maßstab:
„Unangemessenheit“
→ („Unangemessene rechtliche Gestaltung“)
→ Siehe Rechtsprechung des BFH & des EUGH
3. Liegen **„beachtliche außersteuerliche Gründe“** vor?

Beispiele für „unangemessene rechtliche Gestaltungen“

- Gesellschaft nur zum Sparen von Steuern errichtet (funktionslose Briefkastenfirma)
 - Keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit
 - Nur Halten von Gesellschaftsanteilen einer Tochter ohne gleichzeitige geschäftsleitende Funktion
- **Beachtliche außersteuerliche Gründe, z. B. Konzernstruktur!?**

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

3. Anti-Treaty-Shopping-Klausel gem. § 50d Abs. 3 EStG für Inbound Investments

➔ **Das *Hillversum II* Urteil als Auslöser für Verschärfung durch das Jahressteuergesetz 2007**

FALL

- Niederländische Kapitalgesellschaft, die Teil eines Medienkonzerns ist
- Sie hat keine eigenen Räume, kein Personal, kein Telefon und teilt sich einen Geschäftsführer mit einer Schwestergesellschaft
- Gesellschaft hielt mehrere Beteiligungen, auch an einer dt. GmbH
- ➔ **Frage:**
Ist die Kapitalgesellschaft missbräuchlich und kann ihr somit die KESt - Ermäßigung auf die Dividenden der dt. GmbH verweigert werden?

Urteil des BFH

- **BFH sieht keinen Missbrauch**
- **Begründung**
 - Die Konstruktion innerhalb des Konzerns ist langfristig angelegt.
 - Gesellschaft ist nicht nur zum Sparen der KESt gegründet worden
 - Für die Gesellschaft gibt es beachtliche außersteuerliche Gründe
- **Ergebnis:**
 - Das ganze Konzernumfeld wird berücksichtigt
 - In der mangelnden Ausstattung sieht der BFH kein Problem

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

3. Anti-Treaty-Shopping-Klausel gem. § 50d III EStG für Inbound Investments

→ *Neuregelung des § 50d III EStG*

➤ **Tatbestandsmerkmale (alternativ!)**

1. Für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft fehlen *beachtliche außersteuerliche Gründe*
2. **oder** die ausländische Gesellschaft erzielt nicht mehr als 10 Prozent ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit
3. **oder** die ausländische Gesellschaft nimmt nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil
4. **Ausnahme:** keinerlei Anwendung auf ausländische Gesellschaften, die an einer in- oder ausländischen Börse notiert sind.

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

3. Anti-Treaty-Shopping-Klausel gem. § 50d III EStG für Inbound Investments

→ Neuregelung des § 50d III EStG

Beachtliche außersteuerliche Gründe (Wirtschaftliche / sonst beachtliche Gründe)

- **Negativ**
 - Sicherung inländischen Vermögens
 - Gestaltung Erbregelung
 - Alterssicherung
- **Positiv**
 - Rechtliche, religiöse oder politische Gründe

Isolierte Betrachtung der Gesellschaft

- Keine Merkmalsübertragung (*Hilversum II*)
- Konzernstrategien und Strukturpapiere können keine Rechtfertigung für die Gründung sein

Mind. 10 % Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit

- Grenze übernommen von § 9 AStG
- Was ist mit Bruttoeinnahmen gemeint?
- Nach § 8 AStG wären Dividenden möglich, doch dies würde dem Sinn des Gesetzes widersprechen

Angemessen eingerichteter Geschäftsbetrieb

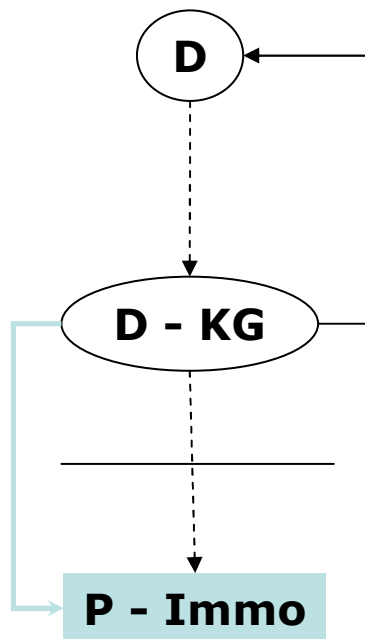
- Substanz einer Gesellschaft ist notwendig
- Bisher nur als Indiz gewertet
- Sinn dieser Vorschrift ist fraglich, da starke Koppelung zur Wirtschaftstätigkeit

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

4. Switch-over-Klausel gem. § 50d IX EStG

- Beispiel: Beteiligung von D über D-KG an polnischer Immo & Veräußerung der KG-Anteile; D = nat. Person



Behandlung in P

- PersGes → Transparenzprinzip
- Veräußerung = **Veräußerung eines Vermögensrechtes**, nicht des Immo-Anteils (→ keine Äquivalenz zu § 23 I S. 4 EStG-D)
- DBA P/D: **P verliert Besteuerungsrecht an D**

Behandlung in D

- Veräußerung = **Veräußerung eines Bruchteils an der Immo**
- DBA P/D: **D verliert Besteuerungsrecht an P**

Ergebnis: Weißer Veräußerungsgewinn

Problem

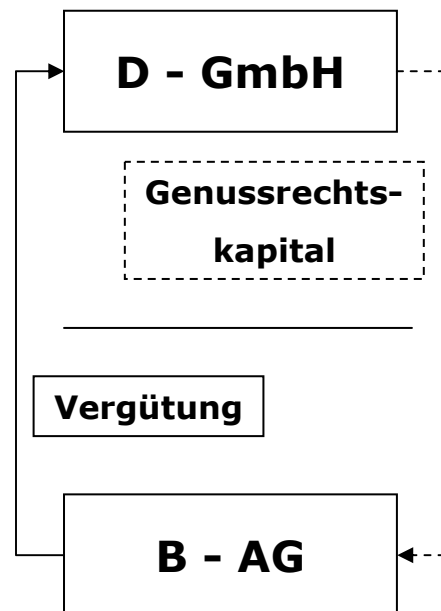
- § 50d IX Nr. 1 EStG
- **Keine Freistellung → Subject-to-tax-Klausel greift**

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

4. Switch-over-Klausel gem. § 50d IX EStG

- Beispiel: D-GmbH gewährt Belgien-AG Genussrechte & erhält dafür eine Vergütung



Behandlung in Belgien

- FK-Nähe
- ➔ Vergütung = steuerlich abzugsfähige BA

Behandlung in D

- EK-Nähe
- ➔ §§ 8b I S. 1 KStG i. V. m. 20 I Nr. 1 EStG
- ➔ Innerstaatliches Schachtelprivileg
- ➔ § 8b V KStG: 95% steuerfrei

Ergebnis: Geringfügige Steuerbelastung

Kein Konflikt

- ➔ **Keine Anwendung** des § 50d IX EStG

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

D. KRITIK

Aus europäischer Sicht

- **Niederlassungsfreiheit**
 - Ausländische Gesellschaften dürfen im Inland nicht schlechter behandelt werden als Inländische
 - Im Inland ist Zwischenschaltung einer Gesellschaft i.d.R. nicht problematisch
- **Mutter – Tochter - Richtlinie**
 - Zwar ist der Missbrauchs begriff lt. MTRL den Staaten vorbehalten
 - Jedoch darf nicht anhand abstrakter Kriterien oder Fallgruppen beurteilt werden

Aus nationaler Sicht

Widerspruch gegen letzte Rechtsprechung des BFH:

- Keine Anwendung der Merkmalsübertragung (im Konzern)
- Unbedingte Notwendigkeit des eingerichteten Geschäftsbetriebes
- Mindestens 10 % Bruttoerträge waren bisher nicht nötig

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

D. KRITIK

Stakeholderanalyse des neuen § 50 d III EStG

Rechtssprechung

Möglichkeit für den BFH zum neuen Gesetz und Treaty-Shopping Stellung zu nehmen, im Rahmen des Luxemburg-Holding Falles.

Staat

Durch die Erschwerung der Steuerreduzierung wird das Steueraufkommen gesichert.

Stakeholder § 50d III EStG

Dt. Wirtschaft

Für ausländische Investoren wird es schwieriger Dividenden „günstig“ aus Deutschland heraus zu bringen

→ Investitionsstandort D wird unattraktiver

Beratung

Die Beratung sollte Abstand nehmen von „komplexen“ Konstruktionen mit zwischengeschalteten Gesellschaften. Stattdessen Empfehlung zu "echten" Gesellschaften durch Umstrukturierungen ins Ausland.

„Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

**Herzlichen Dank
für Ihre
Aufmerksamkeit!**

Vortragender:

Prof. Dr. Axel Bader
Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Nussbaumstrasse 8
80336 München

Tel.: 089 / 599 439 – 12

Email: prof.bader@treucontor.com

WWW.prof-bader.de