

# Missbrauchsnorm greift Holdingstrukturen an

Von Walter Jakob und Heiko Kubaile

Der Schweiz droht nicht nur aus Brüssel steuerliches Ungemach. Auch vonseiten Deutschlands bringt eine im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 beschlossene Gesetzesverschärfung elementare Nachteile bei der Entlastung von deutschen Quellensteuern bspw. auf Dividenden und Lizenzen. Von dieser Verschärfung sind insbesondere klassische funktions- und personalschwache Holdingstrukturen betroffen, wie sie auch in der Schweiz anzutreffen sind. Bei entsprechenden Strukturen sollte noch im Jahr 2006 eine Interims- oder Vorabdividende ausgeschüttet und dann gegebenenfalls 2007 die bestehende Struktur in Ruhe an die neue deutsche Rechtslage angepasst werden.

Zum Hintergrund: Am 24. November hat der deutsche Bundesrat dem Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) zugestimmt. Obwohl der deutsche Gesetzgeber bereits in den letzten Jahren eine Fülle von Massnahmen umgesetzt hat, um die steuerliche Bemessungsgrundlage nachhaltig zu verbreitern, werden mit dieser Gesetzesnovelle weitere zahlreiche Verschärfungen in verschiedene Steuergesetze eingefügt. Schweizer Investoren betrifft insbesondere die massive Einschränkung des sogenannten Treaty Shopping.

## Hintergrund der Regelung

Mit Treaty Shopping werden internationale Gestaltungen bezeichnet, bei denen durch Zwischenschaltung einer in einem anderen Land ansässigen Person Vergünstigungen eines Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) erzielt werden. Ein Schwerpunkt der Gestaltungsbemühungen liegt hierbei auf der Senkung der Quellensteuerbelastung. Eine einfache, aber für Schweizer Investoren gängige Strukturierung sieht etwa wie folgt aus.

Ein in der Schweiz ansässiger Investor gründet oder erwirbt eine deutsche Kapitalgesellschaft. Schüttet diese Dividenden aus, fällt hierauf in Deutschland eine Quellensteuer (Kapitalertragsteuer) an. Sie beträgt bei Ausschüttungen an einen deutschen Anteilseigner 20%. Durch die Ausschüttung an den Schweizer Investor wird die deutsche Kapitalertragsteuer auf Antrag in Höhe von fünf Prozentpunkten erstatet; im Ergebnis fallen somit 15% Quellensteuer an. Schaltet der Schweizer Investor eine Schweizer (Familien-)Holding als

Anteilseignerin der deutschen Kapitalgesellschaft zwischen, partizipiert er an der Nullregelung, die seit 2002 bei wesentlich beteiligten Kapitalgesellschaften (20%) greift. Damit wird auch die 15%ige deutsche Quellensteuer vermieden und ein nicht unerheblicher Liquiditätsvorteil erzielt. Treaty-Shopping-Klauseln sollen unter anderem die skizzierte Struktur ausschliessen, sofern die zwischengeschaltete Gesellschaft «funktionsarm» ist oder sonst wirtschaftliche Gründe für ihre Zwischenschaltung fehlen.

## Massive Verschärfungen ab 2007

Eine Regelung zur Einschränkung des Treaty Shopping gibt es mit der Vorschrift von § 50d Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) bereits heute in Deutschland. Allerdings greift sie bisher nur, soweit für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe vorliegen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet. Zudem war in den letzten Jahren der Anwendungsbereich der Norm durch den Bundesfinanzhof, das höchste Finanzgericht, immer enger interpretiert worden: So konnte die wirtschaftliche Tätigkeit auch durch andere, externe Dienstleister (Outsourcing) dargestellt werden.

Hier setzt nun die gesetzliche Verschärfung an. Unter dem Deckmantel der Klarstellung und Konkretisierung der aktuellen Norm schnürt der deutsche Gesetzgeber mit dem unspektakulär klingenden Jahressteuergesetz 2007 ein «Überraschungspaket», das sich für viele international gebräuchliche Strukturen als «Sprengsatz» erweisen könnte.

Dabei schiesst der Gesetzgeber weit über das Ziel hinaus: Ab 2007 soll eine ausländische Gesellschaft keinen Anspruch mehr auf völlige oder teilweise Entlastung von den deutschen Quellensteuern haben, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustünde, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten, und erstens für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder zweitens die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10% ihres gesamten Bruttoertrags des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder drittens die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen einge-

richteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Um ein Eingreifen der deutschen Missbrauchsnorm (§ 50d Abs. 3 EStG) zu vermeiden, müssen nach dem Wortlaut der Regelung künftig die voranstehenden Ziffern 1 bis 3 kumulativ widerlegt werden. Dies bedeutet (nicht nur) für Schweizer Holdinggesellschaften eine massive Verschärfung: Nach der Begründung des deutschen Gesetzgebers zur Ziffer 1 fehlen wirtschaftliche Gründe, wenn die ausländische Gesellschaft überwiegend zur Sicherung von Inlandvermögen in Krisenzeiten, für eine künftige Erbregelung oder für den Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter bezweckt ist. Überraschenderweise bestehen dagegen «sonst beachtliche» Gründe im Fall von rechtlichen, politischen oder religiösen Motiven.

Mit der Einführung der 10%-Grenze (Ziffer 2) führen nur noch ins Gewicht fallende aktive Wirtschaftstätigkeiten zur Quellensteuererstattung. Zudem soll es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit fehlen, soweit die ausländische Gesellschaft ihre wesentliche Geschäftstätigkeit auf Dritte überträgt.

Das Merkmal der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr (Ziffer 3) ist nach der Gesetzesbegründung bereits dann gegeben, wenn eine Gesellschaft Dienstleistungen nur gegenüber einem Auftraggeber erfüllt. Geschäftsleitende Tätigkeiten bzw. die Übernahme von Managementfunktionen innerhalb des Konzerns stellen nach Expertenmeinung ausreichende Aktivitäten dar, falls die 10%-Grenze erreicht wird.

## Anpassung bestehender Strukturen

Aus den genannten Kriterien ist abzuleiten, dass der deutsche Gesetzgeber auf funktionsschwache Holdingstrukturen zielt, aber auch auf Gesellschaften, die wesentliche Teile ihrer Aktivitäten an externe Unternehmen und Dienstleister outsourcen. Erschwerend gilt zu berücksichtigen, dass die Norm alle Quellensteuerreduktionen erfasst, also auch Lizenzzahlungen. Eine Erleichterung entsteht dagegen, sofern die Aktien der ausländischen Gesellschaft an einer anerkannten Börse gehandelt werden oder wenn für diese Gesellschaft die Vorschriften des deutschen Investmentsteuergesetzes greifen. In diesen Fällen ist diese Missbrauchsnorm nicht einschlägig. Für viele internationale Unternehmensstrukturen

erfordert die deutsche Verschärfung zwingend eine Anpassung der heutigen Struktur, damit sie auch künftig die bisherige Quellensteuerreduktion erhalten.

Hierbei sind zugleich die lokalen Schweizer Gesetzesvorgaben sorgsam zu beachten. So sind dem Schweizer Holdingprivileg gewisse, mit der Beteiligungsfunktion im Zusammenhang stehende Tätigkeiten (bspw. Corporate Services) dann nicht abträglich, sofern die Holding nicht am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt (Verbot einer sogenannten Geschäftstätigkeit, das heisst einer industriellen, gewerblichen oder kommerziellen Tätigkeit); Tätigkeiten, die mit der Konzernleitung zusammenhängen, sind zulässig, ebenso zum Teil auch die Lizenzverwertung und -verwaltung oder andere konzerninterne Dienstleistungen.

## Handlungsempfehlung für 2006

Der deutsche Gesetzgeber hat die genannte Gesetzesverschärfung eingeführt, ohne konkrete Antworten zu geben, wie in der Praxis die einzelnen Voraussetzungen zu handhaben sind. Als Sofortmassnahme empfiehlt sich noch eine Vorabdividende für 2006. Sofern sichergestellt ist, dass hierauf die Kapitalertragsteuer noch im Jahr 2006 zu entrichten wäre, fällt die Vorabdividende noch unter die vorteilhaftere aktuelle Regelung. Einer solchen Planung kommt entgegen, dass in Deutschland Vorabdividenden verhältnismässig unproblematisch zu beschliessen sind, zum Beispiel auf den zu erwartenden Gewinn 2006. 2007 sollte dann gegebenenfalls die Struktur an die neue Rechtslage in Ruhe angepasst und – im Einklang mit den Schweizer Gesetzen – eine den deutschen Anforderungen entsprechende geschäftsleitende Funktion aufgebaut werden.

Vielleicht helfen zu diesem Zeitpunkt auch bereits die Gerichte weiter, denn wieder einmal dürfte der deutsche Gesetzgeber europarechtliche Vorgaben ausser Acht gelassen haben. Es wird nur eine Frage der Zeit sein, bis entsprechende Verfahren dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung vorliegen. Im Verhältnis zur Schweiz wird allerdings nur ein Urteil zur Kapitalverkehrsfreiheit weiterhelfen.