

Oliver Muggli

**Vermögensschutz durch
vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften
in Luxemburg und Liechtenstein**



**Institut für
Vermögensschutz**

Internationale Vermögenstrukturen
für Unternehmer und Privatpersonen

Institut für Vermögensschutz
Abhandlungen zum Wealth Management
Fachbücher Band 3

Herausgegeben von

Professor Dr. iur. Dr. rer. pol. Olaf Gierhake
Lehrbeauftragter an der Universität Liechtenstein

Diese Schriftenreihe soll als Forum für wissenschaftliche und praxisorientierte Arbeiten im grenzüberschreitenden Wealth Management für Privatpersonen im deutschsprachigen Raum dienen. Ein besonderer Schwerpunkt liegt auf interdisziplinären Ausarbeitungen im internationalen Steuerrecht, im Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht sowie im Bereich des Asset Managements

Oliver Muggli

Vermögensschutz durch
vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften
in Luxemburg und Liechtenstein

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

1. Auflage 2014

Alle Rechte vorbehalten.

© 2014 Institut für Vermögensschutz AG, 8645 Rapperrwil-Jona, Schweiz

Illustration: Gabriella Beutter, Meilen, Schweiz

Das Werk einschliesslich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ausserhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften

Herstellung und Verlag: BoD – Books on Demand, Norderstedt.

ISBN: 978-3-833-49182-5

Vorwort des Herausgebers

Der Vermögensstandort Luxemburg wird seit vielen Jahren von Unternehmen, aber auch Unternehmern und vermögenden Privatkunden im Kapitalanlagebereich genutzt. Auch Liechtenstein wird immer häufiger in die Überlegungen einbezogen, da es sich in jüngster Zeit informativ geöffnet und ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland abgeschlossen hat; ausserdem genießt es als EWR Land alle steuerrechtlichen Privilegien eines EU-Landes, ohne aber in die „Euro-Haftungsunion“ mit einbezogen zu sein. Beide Länder verfügen über ein hohes Mass an politischer Stabilität in Verbindung mit einer niedrigen Staatsverschuldung.

Das Mitte 2013 in Kraft getretene deutsche Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz hat zu einer Erweiterung des Anwendungsbereiches der sogenannten *Exkulpationsklausel* gemäss § 8 Abs. 2 AStG geführt. Hierdurch können neuerdings auch im niedrigbesteuerten Ausland – wie Luxemburg und Liechtenstein - angesiedelte Kapitalgesellschaften als „Zwischengesellschaften“ mit Einkünften mit Kapitalanlagecharakter gemäss § 7 Abs. 6a AStG von einer steuerrechtlichen Abschirmwirkung profitieren. Deren Einkünfte werden damit nicht mehr automatisch dem Einkommen deutscher Gesellschafter hinzugerechnet. Voraussetzung für das erfolgreiche Bestehen des sogenannten *Motivtests* ist der Nachweis, dass die Gesellschaft einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht und die mit dieser Voraussetzung verbundenen Anforderungen erfüllt. Gelingt dieser Motivtest, werden die Einkünfte aus der Kapitalanlagetätigkeit lediglich im Ansässigkeitsstaat der Kapitalgesellschaft besteuert, solange diese Erträge in der Zwischengesellschaft thesauriert und nicht an den deutschen Anteilseigner ausgeschüttet werden.

Die Kernfrage der vorliegenden Arbeit, die als Masterarbeit im Studiengang LL.M. (International Taxation) an der Universität Liechtenstein angenommen wurde, ist folglich, welche Ausgestaltungsmerkmale eine vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft erfüllen muss, damit diese von der deutschen Steuerbehörde

anerkannt wird und von der Abschirmwirkung profitieren kann. Der Autor kommt zum Schluss, dass der Nachweis einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit mit der entsprechenden Sorgfalt und einer durchdachten Gestaltung der ausländischen Gesellschaft durchaus mit einem Mindestmass an sachlicher und personeller Infrastruktur gelingen kann.

In dieser Arbeit wird weiter der Frage nachgegangen, welches der ideale Standort für eine solche vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft ist. Sowohl das Fürstentum Liechtenstein als auch das Grossherzogtum Luxemburg bieten mit ihrer politischen und finanziellen Stabilität, dem verlässlichen Rechtssystem, dem Zugriff auf hochqualifizierte und erfahrene Finanzspezialisten sowie ihrem attraktiven Steuersystem ideale Rahmenbedingungen für die Errichtung einer vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft. Beide Länder bieten mit der Privatvermögensstruktur („PVS“ in Liechtenstein) beziehungsweise der Société de Gestion de Patrimoine Familial („SPF“ in Luxemburg) attraktive Steuerprivilegien für vermögensverwaltende Gesellschaften. Ein klarer Favorit kann daher nicht ausgemacht werden und hängt wohl von den persönlichen Präferenzen des Errichters ab.

Das Institut für Vermögensschutz in Rapperswil, Schweiz, bearbeitet Fragen der praktischen Umsetzung der vorgestellten Handlungsoptionen für deutsche Rechtsanwender, die sich für die Begründung einer Kapitalgesellschaft im Ausland interessieren. Der Autor und ich würden uns freuen, die eine oder andere Frage, die sich bei der Lektüre ergeben mag, mit interessierten Lesern zu diskutieren. Meine Email-Adresse für eine etwa gewünschte Kontaktaufnahme lautet olaf.gierhake@ifv.li.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Einführung | 1 |
| 2 | Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung | 5 |
| | 2.1 Tatbestandsvoraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung | 9 |
| | 2.1.1 Unbeschränkte Steuerpflicht des Anteilseigners im Inland | 10 |
| | 2.1.2 Ausländische Zwischengesellschaft | 12 |
| | 2.1.3 Beteiligungsvoraussetzung | 13 |
| | 2.1.4 Passive Erträge | 17 |
| | 2.1.5 Niedrige Besteuerung | 21 |
| | 2.2 Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung | 22 |
| | 2.3 Exkulpationsklausel | 24 |
| | 2.4 Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz | 29 |
| | 2.5 Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter | 31 |
| 3 | Die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit | 37 |
| | 3.1 Die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit im Allgemeinen | 37 |
| | 3.1.1 Teilnahme am Wirtschaftsleben des Ansässigkeitsstaates | 40 |
| | 3.1.2 Feste Einrichtung auf unbestimmte Zeit | 42 |
| | 3.1.3 Existenz einer sachlichen und personellen Infrastruktur | 43 |
| | 3.2 Zwischenfazit | 49 |
| | 3.3 Die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit bei einer vermögensverwaltenden Zwischengesellschaft | 51 |
| | 3.4 Zwischenfazit | 71 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4 | Der ideale Standort für die vermögensverwaltende Gesellschaft | 75 |
| | 4.1 Liechtenstein | 75 |
| | 4.2 Luxemburg | 79 |
| | 4.3 Zwischenfazit | 82 |
| 5 | Fazit und Schlusskommentar | 85 |
| | Literaturverzeichnis | 89 |
| | Bücher und Beiträge | 89 |
| | Gesetze und Verwaltungsanweisungen | 90 |
| | Entscheidungen | 91 |
| | Internetquellen | 92 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AO | Abgabenordnung |
| AStG | Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) |
| BEPS | Base Erosion and Profit Shifting |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BMF | Bundesfinanzministerium |
| CFC | Controlled Foreign Companies |
| DBA | Doppelbesteuerungsabkommen |
| ESTG | Einkommensteuergesetz |
| ETF | Exchange Traded Funds |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EWK | Europäischer Wirtschaftsraum |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| KStG | Körperschaftsteuergesetz |
| KWG | Gesetz über das Kreditwesen |
| Nr. | Nummer |
| OECD | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OGA | Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren |
| PGR | Personen- und Gesellschaftsrecht des Fürstentum Liechtenstein |
| PVS | Privatvermögensstruktur |
| REIT | Real Estate Investment Trusts |
| SICAV | Société d'investissement à capital variable |
| SOPARFI | Société de participations financières |
| SPF | Société de Gestion de Patrimoine Familial |
| TIEA | Tax Information and Exchange Agreements |
| VVG | Vermögensverwaltungsgesetz des Fürstentum Liechtenstein |

1 Einführung

Im Rahmen des am 30. Juni 2013 in Kraft getretenen Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland wurde § 8 des Aussensteuergesetzes (AStG) über die Einkünfte von Zwischengesellschaften in Absatz 2 um einen kleinen, aber wichtigen Zusatz ergänzt, der eine grosse Bedeutung für Finanzplätze wie Liechtenstein oder Luxemburg haben kann. Bis anhin waren Einkünfte von ausländischen Zwischengesellschaften von der Hinzurechnung in Deutschland ausgenommen, solange es sich um eine tatsächlich wirtschaftlich tätige Gesellschaft gemäss § 8 Abs. 1 AStG handelt. Klar ausgeschlossen von dieser Regelung waren Gesellschaften, die lediglich vermögensverwaltend gemäss § 7 Abs. 6a AStG tätig sind und Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erwirtschaften, die aus dem Halten, der Verwaltung, Werterhaltung oder Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen. Mit dem Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz wurde diese Beschränkung nun aufgehoben, womit vermögensverwaltende Zwischengesellschaften ebenfalls von der Hinzurechnung ausgenommen sind. Diese Änderung drängte sich auf Grund der 2006 gefällten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes im Zusammenhang mit der Rechtssache *Cadbury-Schweppes* auf¹, welche festlegte, unter welchen Bedingungen ein Mitgliedstaat der Europäischen Union Gewinne von Tochtergesellschaften in niedrigbesteuernden ausländischen Staaten bei der Bemessung der Körperschaftssteuer hinzurechnen darf.

Diese Anpassung des Aussensteuergesetzes im Rahmen des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes führt nun dazu, dass vermögensverwaltende Zwischengesellschaften, die vorwiegend Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen, ebenfalls von der Abschirmwirkung profitieren können und lediglich im Ansässigkeitsstaat für die Einkünfte steuerpflichtig sind, solange diese Erträge in

¹ EuGH Entscheidung vom 12. September 2006, C-196/04.

der Zwischengesellschaft thesauriert und nicht an den Deutschen Anteilseigner ausgeschüttet werden. Bedingung für diese Abschirmungswirkung ist aber, dass die Gesellschaft gemäss § 8 Abs. 2 AStG einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat nachgeht. Dies wirft die zentrale Frage nach der Definition und Ausgestaltung dieser tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit einer vermögensverwaltenden Gesellschaft auf. Der Gesetzgeber verzichtet auf eine Legaldefinition des Begriffs der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit und auch aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes und des Europäischen Gerichtshofes ist eine klare Begriffsbestimmung nicht ersichtlich.² Aus verschiedenen Urteilen des Bundesfinanzhofes und des Europäischen Gerichtshofes sind aber Hinweise auf Kriterien abzuleiten, nach denen eine Zwischengesellschaft ausgestaltet sein muss, um der Anforderung der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit gemäss § 8 Abs. 2 AStG zu entsprechen.

Es stellt sich nun die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Einkünfte aus Kapitalanlagen einer von in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschaftern in einem niedrigbesteuerten Ausland errichteten Zwischengesellschaft nach den erfolgten Änderungen des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes weiterhin aussersteuerlich den deutschen Gesellschaftern zugerechnet werden können. Welche Ausgestaltungsmerkmale muss eine vermögensverwaltende Zwischengesellschaft erfüllen, damit diese von der Deutschen Steuerbehörde anerkannt wird und von der Abschirmwirkung profitieren kann? Diese Substanzfrage stellt den Kern der vorliegenden Arbeit dar und soll genauer beleuchtet werden.

Grenzüberschreitend für Kapitalanlagezwecke errichtete Gesellschaften weisen je nach Ansässigkeitsstaat auf Grund einer Vielzahl an zivilrechtlichen, steuerrechtlichen und wirtschaftlichen Gründen Vorteile gegenüber deutschen Gesellschaften auf. So bietet beispielsweise das liechtensteinische Gesellschaftsrecht weitreichende Ausgestaltungsmöglichkeiten bei einer Kapitalgesellschaft,

² Begründung zum Gesetzesentwurf des Jahressteuergesetzes 2008, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6290, S. 133.

die über die Möglichkeiten in Deutschland hinausgehen. Folglich kann diese Fragestellung eine grosse Bedeutung für Finanzplätze wie Liechtenstein oder Luxemburg haben, da sich diese Finanzzentren damit als Standort für die Verwaltung von grösseren, offen gelegten Familienvermögen im Rahmen einer vermögensverwaltenden Zwischengesellschaft (einem sogenannten *Family Office*) positionieren können. Die Fragestellung nach den Substanzanforderungen für eine Zwischengesellschaft, die vorwiegend Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt, hat somit eine grosse Relevanz für die künftigen Entwicklungschancen für Finanzplätze wie Liechtenstein oder Luxemburg.

Die Rechtsprechung bietet für diese Frage aber wie bereits erwähnt keine klaren Antworten. Die kurze Zeitspanne seit des Inkrafttretens der Anpassung des Aussensteuergesetzes im Rahmen des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes Mitte 2013 hat bis dato³ noch keine gerichtliche Klärung der Frage ergeben. Aus verschiedenen Urteilen können aber Hinweise über die Ausgestaltungsanforderungen an vermögensverwaltende Zwischengesellschaften gezogen werden. Diese sollen in der vorliegenden Arbeit analysiert werden, um einen praktischen Leitfaden für die Ausgestaltung einer vermögensverwaltenden Zwischengesellschaft zu erarbeiten, der die Akzeptanz von Seiten der Deutschen Steuerbehörde gewährleistet.

Für die rechtswissenschaftliche Beurteilung der Fragestellung nach diesen Substanzanforderungen soll in der vorliegenden Arbeit von der Arbeitshypothese ausgegangen werden, dass durch eine geeignete personelle Ausgestaltung der Organe der errichteten Zwischengesellschaft sichergestellt ist, dass weder eine unbeschränkte Körperschaftssteuerpflicht in Deutschland gemäss § 1 KStG, noch eine Betriebsstätte in Deutschland begründet wird. Zweck der Gesellschaft ist die Erzielung von Einkünften, die aus dem Halten, der Verwaltung, der Werterhaltung oder Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen⁴, also typische

³ Das heisst bis zum Erscheinungsdatum der vorliegenden Arbeit am 29. April 2014.

⁴ § 7 Abs. 6a AStG.

Tätigkeiten mit Kapitalanlagecharakter. Es wird unterstellt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung⁵ erfüllt werden. Vereinfachend soll davon ausgegangen werden, dass eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Privatperson alleiniger Besitzer der ausländischen Gesellschaft ist und 100% der Anteile hält. Schlussendlich wird in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen, dass die besagte Zwischengesellschaft im niedrigbesteuerten Ausland errichtet wird. Dabei soll das Augenmerk insbesondere auf die Länder Liechtenstein und Luxemburg gerichtet werden, welche beide über eine Niedrigbesteuerung von Kapitalgesellschaften im Sinne von § 8 Abs. 3 AStG verfügen. In einem Exkurs der Arbeit sollen die steuerrechtlichen Vorteile der beiden Standorte schliesslich verglichen werden, um eine Empfehlung über den idealen Standort einer solchen Zwischengesellschaft mit Anlagecharakter abzugeben.

⁵ § 7 Abs. 1 bis 6 AStG sowie § 8 Abs. 1 und Abs. 3 AStG sowie die Ausführungen unter Abschnitt 2.1. dieser Arbeit.

2 Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung

Die Hinzurechnungsbesteuerung stellt ein besonderes Element des Deutschen Steuerrechts dar. Laut §§ 7-14 AStG wird festgelegt, dass nicht ausgeschüttete Erträge von Beteiligungen inländischer Steuerpflichtiger an Kapitalgesellschaften mit Sitz im niedrigbesteuerten Ausland, die als sogenannte passive Erträge qualifiziert werden, dem Anteilseigner fiktiv hinzugerechnet werden. Damit soll verhindert werden, dass inländische Steuerpflichtige Steuerschlupflöcher mit sogenannten *Auffanggesellschaften* in Steueroasen ausnutzen, um so Erträge auf Kapitalgesellschaften im niedrigbesteuerten Ausland zu lenken. Dieses Vorgehen führt zu einer geringeren Steuerlast des Steuerpflichtigen, denn die Besteuerung, welche ohne Einschaltung einer solchen ausländischen Auffanggesellschaft⁶ bei den inländischen Gesellschaftern anfallen würde, entfällt bei der Thesaurierung der Erträge in der ausländischen Zwischengesellschaft und tritt erst bei der Ausschüttung an die inländischen Gesellschafter ein.⁷ Für die Ansiedelung einer solchen Zwischengesellschaft anerbieten sich klassische Niedrigsteuerländer wie Liechtenstein, Luxemburg oder auch karibische Staaten wie die Britischen Jungferninseln oder die Cayman Inseln. Die Hinzurechnungsbesteuerung kann folglich als Missbrauchsabwehrnorm bezeichnet werden, da der Gesetzgeber mit deren Einführung die Absicht verfolgte, der Verlagerung von Einkünften in niedrig besteuerte Gebiete und der damit einhergehenden gestaltungsbedingten internationalen Besteuerung entgegenzuwirken.⁸ Gleichwohl ist an dieser Stelle anzumerken, dass eine Zwischenschaltung einer Gesellschaft im niedrigbesteuerten Ausland durchaus auch betriebswirtschaftliche Motive haben kann. Diese tatsächlich umgesetzte Ge-

⁶ Diese ausländischen Zwischengesellschaften werden auch ‚Controlled Foreign Companies‘ CFC genannt.

⁷ Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Aussensteuerrecht, Kommentar zu §§ 7-14, Rn. 1.

⁸ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.64.

staltung darf steuerrechtlich nicht ausschliesslich wegen ihrer geringeren Steuerbelastung verurteilt werden.⁹ Die Abgrenzung zwischen rein steuerlich motivierten Strukturen und der betriebswirtschaftlich begründeten Zwischenschaltung einer ausländischen Zwischengesellschaft ist folglich sehr fein. Die Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung versuchen, Antworten auf diese Fragen zu geben.

Seit der Einführung der Hinzurechnungsbesteuerung wurden die Vorschriften zahlreichen Änderungen und Verschärfungen unterzogen, die den über die Jahre entwickelten Ausgestaltungen und Schlupflöchern entgegenwirken sollen. So wurde beispielsweise die erforderliche Mindestbeteiligungsquote an Zwischengesellschaften mit Einkünften mit Kapitalanlagecharakter ab 2002 auf 1% abgesenkt.¹⁰ Diese Verschärfungen der Gesetzgebung begünstigten aber die Diskussion um die Frage, ob das deutsche Regime der Hinzurechnungsbesteuerung mit den Europäischen Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit, vereinbar sei, denn eine vergleichbare unmittelbare Hinzurechnung der Erträge von Beteiligungen an im Inland errichteten Gesellschaften findet nicht statt¹¹ und kann so die Standortwahl beeinträchtigen. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Cadbury-Schweppes*¹² im Jahr 2006 hatte daher Signalwirkung, denn sie hielt fest, dass die Niederlassungsfreiheit gemäss Artikel 49 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) durch die Hinzurechnung der Gewinne der im niedrigbesteuerten Ausland ansässigen Zwischengesellschaft beschränkt ist. Dies insbesondere deshalb, weil eine Hinzurechnung der Gewinne der ausländischen Zwischengesellschaft zum

⁹ Maciejewski, Zielgenaue Missbrauchsabwehr: Verfassungskonformität der Hinzurechnungsbesteuerung gemäss §§ 7-14 AStG, IStR 2013, 449.

¹⁰ Deringer, Die „eigene / tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in Steuerrecht, 2013, S. 5.

¹¹ Schön, Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013.

¹² EuGH Entscheidung vom 12. September 2006, C-196/04.

Gewinn der inländischen Muttergesellschaft unterblieben wäre, wenn diese im Inland ansässig wäre.¹³

Der deutsche Gesetzgeber wollte dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Cadbury-Schweppes* mit dem Eingeständnis einer sogenannten *Exkulpationsklausel* Rechnung tragen. Der neu eingefügte § 8 Abs. 2 AStG hält fest, dass die fiktive Anrechnung der Erträge von Beteiligungen inländischer Steuerpflichtiger an Kapitalgesellschaften mit Sitz im niedrigbesteuerten Ausland abgewendet werden kann, wenn der inländische Steuerpflichtige in einem sogenannten *Motivtest* nachweisen kann, dass die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft aus wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründen erfolgt und nicht nur rein steuerlich motiviert ist.¹⁴ Mit dem Motivtest gemäss § 8 Abs. 2 AStG soll es dem Steuerpflichtigen ermöglicht werden, die Vermutung einer künstlichen Gestaltung zu widerlegen. Dazu muss der zentrale Nachweis erbracht werden, dass die ausländische Zwischengesellschaft, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens hat, eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.¹⁵ Zu der genauen Definition einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit wird in Abschnitt 3. dieser Arbeit im Detail eingegangen. Des Weiteren schreibt § 8 Abs. 2 AStG vor, dass ein Amtshilfeabkommen auf Basis der EU-Amtshilferichtlinie 2011/16/EU oder vergleichbarer bilateraler Vereinbarungen¹⁶ mit dem Ansässigkeitsstaat der ausländischen Zwischengesellschaft unterzeich-

¹³ Luuk, Oesterhelt, Winzap, EuGH Report 4/06, SteuerRevue, Nr. 12/2006, S. 882.

¹⁴ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 151.

¹⁵ Begründung zum Gesetzesentwurf des Jahressteuergesetzes 2008, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6290, S. 132.

¹⁶ Laut Vogt ist diese Richtlinie in den EWR-Staaten nicht umzusetzen. Es bestehen aber mit sämtlichen Staaten des EWR-Abkommens bilaterale Verträge über den Austausch von Steuerinformationen. So ist beispielsweise mit Liechtenstein seit 2010 ein Steuerinformationsabkommen (TIEA; Tax Information Exchange Agreement) in Kraft, welches die Anforderungen gemäss §8 Abs. 2 AStG erfüllt.

net sein muss, welches den Austausch von Informationen für die korrekte und vollständige Ermessung der Steuerlast in Deutschland ermöglicht.

Mit der Einführung dieser Exkulpationsklausel konnte die weitreichende Konformität der Hinzurechnungsbesteuerung mit dem Europarecht hergestellt werden, da die Hinzurechnungsbesteuerung fortan auf Sachverhalte ohne wirtschaftliche Substanz beschränkt sein sollte und dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eines Gegenbeweises zugestanden wird. Das Schreiben der Finanzverwaltung vom 8. Januar 2007¹⁷ konnte die Vereinbarkeit der nationalen Steuerrechtsvorschrift mit den Bestimmungen der Europäischen Union noch nicht erreichen, da ein reiner Verwaltungserlass keine rechtlich bindende Wirkung hat. Die Einführung des § 8 Abs. 2 AStG im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2008 behob aber diesen Missstand, indem die Regelungen des Erlasses vom 8. Januar 2007 weitgehend ins Gesetz übernommen wurden. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter waren aber von der Möglichkeit eines Gegenbeweises zur Vermeidung der Hinzurechnungsbesteuerung weiterhin ausgenommen. Dies wurde von Fachleuten als anhaltende Verletzung des Europäischen Grundprinzips der Kapitalverkehrsfreiheit beurteilt, da einem inländischen Steuerpflichtigen nicht typisierend die Absicht unterstellt werden kann, er hätte eine vermögensverwaltende Zwischengesellschaft mit Sitz in einem niedrigbesteuerten Ausland rechtsmissbräuchlich eingeschaltet.¹⁸ Schön weist darauf hin, dass auch der Bundesfinanzhof in einer Randbemerkung¹⁹ seines Urteils vom 21. Oktober 2009 zur Rechtssache *Columbus Container Services*²⁰ die Rechtsansicht vertrat, dass der Motivtest auch für eine Zwischengesellschaft mit Kapitalanlagecharakter gelingt, wenn die Gesellschaft im Rahmen ihres Unternehmenszwecks über entsprechend qualifiziertes Personal und geeignete Geschäftsräume verfügt und ihre Einkünfte aus eigener Tätigkeit

¹⁷ Bundesministerium für Finanzen (BMF), Schreiben vom 08. Januar 2007 - IV B 4 - S 1351 - 1/07, 112.

¹⁸ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 155.

¹⁹ also einem sogenannten ‚obiter dictum‘.

²⁰ BFH-Urteil vom 21. Oktober 2009, R 114/08.

erzielt hat.²¹ Dies erhöhte den Druck auf den Gesetzgeber, auch Zwischengesellschaften mit Kapitalanlagecharakter in den Genuss der Exkulpationsklausel kommen zu lassen. Mit dem 2013 in Kraft getretenen Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz wurde § 8 Abs. 2 AStG nun auch auf Zwischengesellschaften für Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter gemäss § 7 Abs. 6a AStG erweitert, womit die Hinzurechnungsbesteuerung auch bei Beteiligungen an vermögensverwaltenden Zwischengesellschaften im niedrigbesteuerten Ausland durch die erfolgreiche Erbringung eines Gegenbeweises abgewendet werden kann. Auf diese Thematik soll im Abschnitt 3.3 dieser Arbeit näher eingegangen werden. Vorerst interessiert die Frage, welche Tatbestandsvoraussetzungen überhaupt erfüllt sein müssen, damit die in einer Zwischengesellschaft erwirtschafteten Erträge dem inländischen Steuerpflichtigen fiktiv hinzugerechnet werden?

2.1 Tatbestandsvoraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung

Das Regime der Hinzurechnungsbesteuerung wurde wie oben ausgeführt als Missbrauchsabwehrnorm eingeführt, damit inländische Steuerpflichtige durch das Abzweigen und Thesaurieren von Erträgen in Auffanggesellschaften im niedrigbesteuerten Ausland keine ungerechtfertigten Steuervorteile erzielen. § 7 Abs. 1 bis 6 AStG sowie § 8 Abs. 1 und Abs. 3 AStG enthalten detaillierte Bestimmungen über die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung. Demnach müssen die folgenden Bedingungen erfüllt sein:

- 1) *Unbeschränkte Steuerpflicht des Anteilseigners im Inland (§ 7 Abs. 1 AStG)*
- 2) *Ausländische Zwischengesellschaft (§ 7 Abs. 1 AStG)*
- 3) *Beteiligungsvoraussetzung (§ 7 Abs. 1 bis 6 AStG)*

²¹ Schön, Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013.

4) *Passive Erträge* (§ 8 Abs. 1 AStG)

5) *Niedrige Besteuerung* (§ 8 Abs. 3 AStG)

Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, werden die Erträge grundsätzlich dem inländischen Steuerpflichtigen hinzugerechnet. §§ 10-12 AStG regeln die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung. Demnach werden die passiven Erträge der ausländischen Zwischengesellschaft abzüglich der darauf entfallenden ausländischen Steuern dem zu versteuernden Einkommen des unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilseigners im Verhältnis seiner Beteiligung am Nennkapital der Zwischengesellschaft hinzugerechnet und unterliegen der deutschen Besteuerung. Die Hinzurechnungsbesteuerung kann aber durch die Erbringung eines Gegenbeweises gemäss § 8 Abs. 2 AStG oder falls die in § 9 AStG geregelte Freigrenze²² bei gemischten Gesellschaften nicht erreicht wird, abgewendet werden.

2.1.1 Unbeschränkte Steuerpflicht des Anteilseigners im Inland

Die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung sind lediglich auf unbeschränkt Steuerpflichtige gemäss § 1 EStG und § 1 KStG anwendbar.²³ Diese Definition schliesst folglich sowohl natürliche als auch juristische Personen ein. Laut § 1 EStG gelten natürliche Personen, die in Deutschland ihren Wohnsitz oder ihren

²² § 9 AStG gewährt für gemischte Gesellschaften eine Freigrenze. Die passiven Bruttoerträge dürfen höchstens 10% der Gesamtbruttoerträge der Gesellschaft betragen. Des Weiteren dürfen die ausser Ansatz zu lassenden Zwischeneinkünfte sowohl bei der einzelnen ausländischen Gesellschaft als auch beim einzelnen unbeschränkt Steuerpflichtigen EUR 80'000 nicht übersteigen.

²³ § 7 Abs. 1 AStG; Gemäss herrschender Meinung in der Rechtslehre ist das Regime der Hinzurechnungsbesteuerung trotz der verwendeten Pluralform ‚unbeschränkt Steuerpflichtige‘ in § 7 Abs. 1 AStG analog auch auf einen einzelnen unbeschränkt Steuerpflichtigen anwendbar (vergleiche beispielsweise *Wassermeyer* in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Aussensteuerrecht, 2011, Kommentar zu §§ 7-14, Rn. 9.2).

gewöhnlichen Aufenthalt haben sowie deutsche Auslandsbedienstete, einschliesslich ihrer Angehörigen, die aus einer öffentlichen Kasse entlohnt werden, als unbeschränkt Steuerpflichtige. Gemäss § 1 Abs. 3 EStG werden natürliche Personen auf Antrag als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt, wenn sie zwar nicht in Deutschland leben, aber ihre Einkünfte zu mindestens 90% der deutschen Einkommensteuer unterliegen oder ihre ausländischen Einkünfte nicht über dem Grundfreibetrag liegen. § 1 KStG legt fest, dass Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts sowie Betriebe gewerblicher Art unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind, falls sie ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz in Deutschland haben. In beiden Fällen erstreckt sich die Steuerpflicht auf das Welteinkommen.

Die unbeschränkte Steuerpflicht muss im Zeitpunkt der Hinzurechnung gegeben sein. § 10 Abs. 2 AStG definiert diesen Zeitpunkt als „*unmittelbar nach Ablauf des massgebenden Wirtschaftsjahrs der ausländischen Gesellschaft*“. Somit ist die „logische Sekunde“ nach Ende des Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft für das Bestehen der unbeschränkten Steuerpflicht relevant.²⁴

Von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen sind beschränkt Steuerpflichtige sowie erweitert beschränkt Steuerpflichtige gemäss § 2 AStG, welche auch dann nicht einer Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, wenn sie über eine inländische Personengesellschaft an einer Zwischengesellschaft beteiligt sind. Im Fall eines Doppelwohnsitzes oder einer Auslandsbeherrschung kann die Hinzurechnungsbesteuerung aber unter Umständen greifen. Das entsprechende Doppelbesteuerungsabkommen kann aber zu einer Freistellung führen. Ferner ist anzumerken, dass deutsche Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne, denen Zwischengesellschaften nachgeschaltet sind, hinzurechnungsverpflichtet sind, während dem ausländische Tochtergesellschaften

²⁴ Mössner/Rode in Mössner/Fuhrmann, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2011, § 7, Rn. 47.

von in Deutschland Ansässigen, die wiederum an Zwischengesellschaften beteiligt sind, selbst nicht hinzurechnungsverpflichtet sind.²⁵

2.1.2 Ausländische Zwischengesellschaft

Damit die Hinzurechnungsbesteuerung greift, muss der inländische Steuerpflichtige an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt sein. Als Erstes ist festzuhalten, dass für die Klassifizierung, ob ein ausländisches Wirtschaftsgebilde den Tatbestand einer ausländischen Gesellschaft gemäss § 7 Abs. 1 AStG erfüllt und somit der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegt, ausschliesslich deutsches Steuerrecht massgebend ist.²⁶ § 7 Abs. 1 AStG definiert diese ausländische Gesellschaft mit einer Negativdefinition, indem er sie als Gesellschaft, die „weder Geschäftsleitung noch Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und die nicht gemäss § 3 Abs. 1 KStG von der Körperschaftsteuerpflicht ausgenommen ist“, bezeichnet. Somit gelten sämtliche Gesellschaften, die grundsätzlich im Sinne von § 1 KStG als Körperschaften bezeichnet werden können, wenn sie ihren Sitz oder Geschäftsleitung im Inland hätten, als ausländische Gesellschaften. Massgebend für diese Definition ist ein Rechtstypenvergleich, nach welchem geprüft werden muss, ob das ausländische Wirtschaftsgebilde nach seinem rechtlichen Aufbau und den bestehenden Strukturmerkmalen mit dem deutschen Gesellschaftstypus einer Kapitalgesellschaft vergleichbar ist.²⁷ Kann dieses ausländische Wirtschaftsgebilde auf Grund des Typenvergleichs als Körperschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 KStG klassifiziert werden, welche weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat, so erfüllt es den Tatbestand einer ausländischen Gesellschaft gemäss § 7 Abs. 1 AStG und unterliegt der Hinzurechnungsbesteuerung. Darunter fallen die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die meisten als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) bezeichneten Gebilde sowie

²⁵ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 13.

²⁶ Protzen, in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 7, Rn. 179.

²⁷ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.126.

Genossenschaften, Vereine, Stiftungen, Anstalten und andere Zweckvermögen, nicht aber sogenannte *Partnerships* sowie ausländische Personengesellschaften und Betriebsstätten.²⁸ Die Einkünfte der letzteren beiden werden aber auf Grund des Welteinkommensprinzips ohnehin beim inländischen Steuerpflichtigen steuerlich erfasst.

2.1.3 Beteiligungsvoraussetzung

Als weitere Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung muss eine Beteiligung des inländischen Steuerpflichtigen an der ausländischen Gesellschaft bestehen. Dabei sind die Fragen nach der Art und der Höhe der Beteiligung massgebend. Eine Legaldefinition des Begriffs *Beteiligung* fehlt.²⁹ Sinngemäss wird damit der Besitz von Anteilen am Nennkapital oder von Stimmrechten an der ausländischen Gesellschaft verstanden. Falls der inländische Steuerpflichtige eine Beteiligung in Form von nennwertlosen Anteilen hält, wird dennoch eine massgebliche Beteiligung angenommen.³⁰ Bei ausländischen Gesellschaften, die per se über kein Kapital verfügen, wird das Anrecht auf den Vermögensstamm und auf die Gewinnverteilung als Beteiligung qualifiziert.³¹ Genussrechte begründen keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung.³² Eine Mindestbesitzdauer für die Beteiligung wird nicht vorgeschrieben. Wie unter 1) *Unbeschränkte Steuerpflicht des Anteilseigners im Inland* ausgeführt gilt das Ende desjenigen Wirtschaftsjahres der ausländischen Gesellschaft, dessen Zwischeneinkünfte

²⁸ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 14-15 sowie Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.126.

²⁹ Protzen, in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 7, Rn. 192.

³⁰ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 21.

³¹ Mössner/Rode in Mössner/Fuhrmann, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2011, § 7, Rn. 57.

³² Protzen, in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 7, Rn. 192.

zugerechnet werden sollen, als massgebender Zeitpunkt für das Bestehen einer Beteiligung.³³

Des Weiteren wird die Hinzurechnungsbesteuerung nur angewendet, wenn im Inland unbeschränkt Steuerpflichtigen – alleine oder gemeinsam – mindestens 50% der Anteile zuzuordnen sind. In der Rechtslehre wird hier der Begriff der *Deutschbeherrschung* verwendet.³⁴ Die Begründung, weshalb eine Mehrheitsbeteiligung erforderlich ist, basiert auf der Annahme, dass durch eine Beherrschung der ausländischen Gesellschaft deren Geschäftspolitik und Ausschüttungspolitik massgeblich beeinflusst werden kann, was wiederum die Einschaltung einer ausländischen Zwischengesellschaft zur Vermeidung von Steuerzahlungen im Inland begünstigt, welche durch die Hinzurechnungsbesteuerung unterbunden werden soll.³⁵ Addiert man also sämtliche Beteiligungen inländischer unbeschränkt Steuerpflichtigen und erweitert beschränkt Steuerpflichtigen³⁶ und wird so die Schwelle von 50% der Anteile oder Stimmrechte³⁷ überschritten, ist der Tatbestand der Deutschbeherrschung erfüllt und die Hinzurechnungsbesteuerung kommt zur Anwendung. Da § 7 Abs. 1 und 2 AStG für die Beteiligungen keine Mindesthöhe vorschreibt, kann dies zu einer unbewussten Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung bei Kleinst-

³³ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 20.

³⁴ Schmidt, Aussensteuerrecht, 1. Auflage 2012, § 7 AStG, Rn. 4.

³⁵ Schmidtman, Hinzurechnungsbesteuerung, 2007, S.89.

³⁶ Gemäss § 2 AStG. Die erweitert beschränkt Steuerpflichtigen fallen aber, wie unter 1) *Unbeschränkte Steuerpflicht des Anteilseigners im Inland* ausgeführt, nicht unter die Hinzurechnungsbesteuerung. Der Einbezug der erweitert beschränkt Steuerpflichtigen in der Ermittlung der Beherrschungsquote wird in der Rechtslehre kritisiert, da diese Personen nicht mehr im Inland ansässig sind (vergleiche Mössner/Rode in Mössner/Fuhrmann, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2011, § 7, Rn. 86).

³⁷ Die beiden Kriterien sind laut *Vogt* alternativ und nicht kumulativ zu verstehen. Damit soll den im Ausland häufigen Mehrfachstimmrechten und Gestaltungskombinationen Rechnung getragen werden. Die Berechnung ist nach den beiden Merkmalen jeweils gesondert durchzuführen, wobei das jeweils höhere Ergebnis relevant ist. (vergleiche Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 27).

beteiligungen, die im Streubesitz gehalten werden³⁸, führen. Obwohl die gesamte Beteiligungsquote in der Praxis nur mit sehr hohem Aufwand festzustellen wäre³⁹, ist dies kritisch zu beurteilen, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diesem Kollektiv an Anteilseignern kaum eine beherrschende Stellung mit einem massgeblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik und Ausschüttungspolitik der ausländischen Gesellschaft unterstellt werden kann.⁴⁰ *Vogt* weist ferner zu Recht darauf hin, dass eine Einflussnahme auf die Geschäftspolitik und Ausschüttungspolitik der ausländischen Gesellschaft fehlt, wenn kein einzelner Mehrheitsgesellschafter vorhanden ist.⁴¹

Um zu verhindern, dass die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung durch das Einschalten einer zusätzlichen Zwischengesellschaft abgewendet wird, schreibt § 7 Abs. 2 AStG vor, dass Anteile, die von einer anderen Gesellschaft vermittelt werden, in der Höhe der durchgerechneten Beteiligungsquote zu berücksichtigen sind. Indirekt gehaltene Beteiligungen werden folglich in der Ermittlung der Beherrschungsbeteiligung ebenfalls berücksichtigt. § 7 Abs. 3 AStG schliesst auch indirekte Beteiligungen über Personengesellschaften (wie beispielsweise auch die GmbH & Co⁴²) in die Ermessensgrundlage der Beherrschungsquote mit ein. Schliesslich werden dem inländisch unbeschränkt Steuerpflichtigen für die Berechnung der Beherrschungsquote gemäss § 7 Abs. 4 AStG auch diejenigen Beteiligungen hinzugerechnet, die von weisungsgebundenen Personen gehalten werden. Dies wird aber in der Rechtsprechung kritisiert.⁴³

³⁸ Wie dies beispielsweise bei grösseren Unternehmen, die auch an der Börse kotiert sein können, der Fall sein kann.

³⁹ Insbesondere die Ermittlung von Beteiligungen, die von erweitert beschränkt Steuerpflichtigen gehalten werden, gestaltet sich in der Praxis als schwierig.

⁴⁰ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.129.

⁴¹ *Vogt* in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 27.

⁴² *Vogt* in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 40.

⁴³ Bundesministerium für Finanzen (BMF), Schreiben vom 14. Mai 2004 - IV B 4 - S 1340 - 11/04.

Für die Berechnung der Höhe der Hinzurechnungsbesteuerung wird gemäss § 7 Abs. 1 AStG der quotale Anteil am Nennkapital der ausländischen Gesellschaft herangezogen. Sollte die Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft nicht analog zur quotalen Beteiligung am Nennkapital berechnet werden, kommt § 7 Abs. 5 AStG zur Anwendung.

§ 7 Abs. 6 AStG enthält eine verschärfte Sonderregelung für ausländische Zwischengesellschaften mit Kapitalanlagecharakter. Darunter fallen vermögensverwaltende Zwischengesellschaften, die Einkünfte aus dem Halten, der Verwaltung, Werterhaltung oder Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten erzielen.⁴⁴ Die Einschaltung einer vermögensverwaltenden Zwischengesellschaft in einem niedrigbesteuerten Ausland entspricht wie eingangs erwähnt einer gängigen Praxis zur Optimierung der Steuerlast. Für diese Art von Zwischengesellschaften gelten tiefere Beteiligungsgrenzen als die in § 7 Abs. 1 AStG festgehaltenen. Hält ein im Inland unbeschränkt Steuerpflichtiger eine Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Zwischengesellschaft von bereits mindestens 1%, so werden ihm diese Erträge anteilmässig hinzugerechnet. Falls die vermögensverwaltende Zwischengesellschaft ganz oder fast ausschliesslich⁴⁵ Erträge mit Kapitalanlagecharakter erwirtschaftet, gilt das Regime der Hinzurechnungsbesteuerung auch für jede unter 1% liegende Beteiligung.⁴⁶ Diese Verschärfung der Hinzurechnungsbestimmungen wurde eingeführt, um allfällige steuerfreie Veräusserungsgewinne zu verhindern.⁴⁷ Sollte die ausländische Zwischengesellschaft weniger als 10% ihres Gesamtertrages mit den unter § 7 Abs. 6a AStG subsumierten vermögensverwaltenden Tätigkeiten erzielen und

⁴⁴ § 7 Abs. 6a AStG.

⁴⁵ Das heisst mindestens 90% der Gesamteinkünfte stammen aus der Kapitalanlage-tätigkeit.

⁴⁶ Eine weitere Bedingung ist, dass es sich nicht um eine börsenkotierte Gesellschaft handelt. Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 51.

⁴⁷ Köhler in Strunk/Kaminski/Köhler, Aussensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, 2012, § 7 AStG, Rn. 162.

wird die Freigrenze von EUR 80'000⁴⁸ nicht erreicht, so kommt die verschärfte Sonderregelung nicht zur Anwendung. Über die Möglichkeit, einen Gegenbeweis zu erbringen, dass die vermögensverwaltende Gesellschaft einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, der die Hinzurechnungsbesteuerung abwendet und die Anforderungen an die praktische Ausgestaltung dieser vermögensverwaltenden Zwischengesellschaften soll im Abschnitt 2.3. dieser Arbeit detailliert eingegangen werden. Als Abschluss von § 7 AStG erteilt Absatz 7 dem Investmentsteuergesetz InvStG den Vorrang für die Besteuerung von Zwischengesellschaften, die als Investmentfondsgesellschaften qualifiziert werden können, um so eine Doppelbesteuerung zu vermeiden. § 7 Abs. 8 AStG schliesslich gewährleistet, dass sogenannte REITs (Real Estate Investment Trusts, also Immobilienanlagevehikel) auf Grund ihrer Steuerbefreiung auf Gesellschaftsebene mindestens beim Gesellschafter besteuert werden.

2.1.4 Passive Erträge

Eine weitere zentrale Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung ist das Erzielen von sogenannten *passiven Erträgen*. Damit werden diejenigen Einkünfte verstanden, die im Rahmen einer Negativdefinition nicht zu der unter § 8 Abs. 1 AStG aufgeführten Liste aktiver, für Zwecke der Hinzurechnungsbesteuerung als unschädlich erachtete Erträge zählen. Die Klassifizierung von Erträgen nach deren aktiven oder passiven Charakter ist komplex und unterliegt tief geschachtelten Regel- und Ausnahmekriterien des Negativkatalogs gemäss § 8 Abs. 2 AStG. Wenige wirtschaftliche Aktivitäten können ausnahmslos als aktive und somit als unschädlich erachtete Einkünfte bezeichnet werden. Demnach sind Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, die Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung und Montage von Sachen, die Erzeugung von Energie, die Suche beziehungsweise Gewinnung von Bodenschätzen sowie Dividenden von anderen Gesellschaften zwecks Vermei-

⁴⁸ § 9 AStG.

dung einer Doppelbelastung uneingeschränkt als aktive und somit von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgeklammerte Aktivitäten definiert.

Als aktive Tätigkeit gilt gemäss § 8 Abs. 1 Nr. 3 AStG auch der Betrieb von Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, vorausgesetzt sie unterhalten einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb und betreiben überwiegend Geschäfte am freien Markt.⁴⁹ Für die Definition der entsprechenden Bankdienstleistungen richtet sich das Aussensteuergesetz an das Gesetz über das Kreditwesen KWG, welches in § 1 KWG die Aktivitäten eines Finanzdienstleisters auflistet. Auf die Definition des Begriffs *eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebs* wird im Rahmen der Analyse des Begriffs der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in Abschnitt 3. dieser Arbeit näher eingegangen. Obwohl Handelstätigkeiten grundsätzlich als aktive und damit als aus Sicht der Hinzurechnungsbesteuerung unproblematische Einkünfte zu betrachten sind, gibt es zahlreiche Ausnahmen und Einschränkungen, die es zu beachten gilt. So muss die Handelstätigkeit zwingend zu einem Eigentumserwerb eines anderen und mit der entsprechenden Übernahme eines Handelsrisikos führen.⁵⁰ Die Aktivitäten konzerninterner Verkaufs- oder Vertriebsgesellschaften oder Einkaufsgesellschaften (sogenannte *Sourcing-Büros*) sind nicht als aktive Tätigkeiten zu qualifizieren und haben die Hinzurechnung der Erträge zur Folge, es sei denn sie können das Bestehen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Betriebs vorweisen. Für die detaillierte Auseinandersetzung mit der Definition dieses Begriffs wird wie erwähnt auf den Abschnitt 3. dieser Arbeit verwiesen. Das Erbringen von Dienstleistungen wird grundsätzlich als aktive Tätigkeit erachtet, es sei denn die ausländische Zwischengesellschaft bedient sich für deren Erbringung eines inländischen Gesellschafters.⁵¹ Dem Gesellschafter nahe stehende Personen werden diesem gleichgestellt. Konzern-

⁴⁹ Mit anderen Worten darf das Kreditinstitut nicht mehr als 50% seiner Geschäfte mit unternehmensinternen Gesellschaften oder nahestehenden Personen betreiben.

⁵⁰ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 38

⁵¹ Dieser sogenannte *Bedienenstatbestand* ist in § 8 Abs. 1 Nummer 5a AStG geregelt. Er führt in jedem Fall zu einem passiven Erwerb.

interne Dienstleistungen werden ebenfalls als passive Tätigkeiten betrachtet, sofern kein Funktionsnachweis der ausländischen Gesellschaft gelingt.⁵² Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung werden gemäss § 8 Abs. 1 Nr. 6 AStG grundsätzlich als aktive Erträge qualifiziert.⁵³ Hierzu sind aber zahlreiche Einschränkungen zu beachten. So gelten Lizenzannahmen aus Patenten und anderen immateriellen Rechten als passive Einkünfte, sofern diese Rechte nicht aus der eigenen Forschungs- und Entwicklungsarbeit der ausländischen Gesellschaft und ohne Mitwirken des inländischen Gesellschafters hervorgehen. Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken⁵⁴ werden grundsätzlich als passive Erträge qualifiziert, es sei denn, diese Einkünfte wären mit einem Doppelbesteuerungsabkommen bei direktem Bezug steuerfrei. Abschliessend werden auch Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von beweglichen Sachen als passive und somit schädliche Einkünfte kategorisiert, falls die ausländische, als Leasinggesellschaft organisierte Zwischengesellschaft nicht einen Funktionsnachweis erbringen kann.

Die zahlreichen Exkulpationsoptionen mittels eines Funktionsnachweises machen deutlich, dass der Definition einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit grosse Bedeutung beigemessen wird. Auf diese Frage wird wie erwähnt in Abschnitt 3. im Detail eingegangen. Da das Regime der Hinzurechnungsbesteuerung primär als Missbrauchsabwehrnorm gegen die Verlagerung von

⁵² Dieser sogenannte *Erbringenstatbestand* ist in § 8 Abs. 1 Nummer 5b AStG geregelt. Der Funktionsnachweis führt zu einer Umwandlung der passiven Qualifizierung der Dienstleistungstätigkeit in eine aktive, zulässige Tätigkeit.

⁵³ Die hier verwendete Definition des Begriffs *Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung* geht über die Definition in § 21 EStG hinaus, da er laut *Cortez* sowohl die gewerbliche als auch die gelegentliche Vermietung und Verpachtung von beweglichen und unbeweglichen Wirtschaftsgütern umfasst (*Cortez*, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.160).

⁵⁴ *Vogt* hält fest, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung auch Gebäude und grundstücksgleiche Rechte unter Nummer 6b zu subsumieren sind. (*Vogt* in *Blümich*, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 70).

inländischen Einkünften ins niedrigbesteuernde Ausland eingeführt wurde, ist auch nachvollziehbar, dass die Finanzierungstätigkeit mittels der Einschaltung von in Ländern mit Niedrigbesteuerung angesiedelten Finanzierungsgesellschaften grundsätzlich als passive Erträge bewertet werden. Wurde hingegen das Kapital ausschliesslich auf ausländischen Kapitalmärkten von Dritten aufgenommen und aktiv tätigen ausländischen und inländischen Betrieben zugeführt, so sind die Aufnahme und darlehensweise Weitergabe von Kapital als aktive Tätigkeiten zu taxieren, welche nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Damit soll die betriebswirtschaftlich begründete Zwischenschaltung von Finanzierungsgesellschaften nicht durch die Hinzurechnungsbesteuerung behindert und deutsche Unternehmen im internationalen Wettbewerb benachteiligt werden.⁵⁵

Gewinnausschüttungen von ausländischen Kapitalgesellschaften gelten grundsätzlich als aktive Einkünfte, unabhängig davon, wie hoch die Beteiligung ist, an welchem Ort die Gesellschaft ansässig ist und wie die Besteuerungsverhältnisse der Kapitalgesellschaft sind.⁵⁶ Ferner werden auch Veräusserungsgewinne als aktive Einkünfte bewertet, vorausgesetzt sie stammen aus der Veräusserung eines Anteils an einer anderen Gesellschaft, deren Auflösung oder der Herabsetzung ihres Kapitals.⁵⁷ Zu guter Letzt gelten auch ausländische Umwandlungsvorgänge, die nach deutschem Umwandlungssteuerrecht zu Buchwerten erfolgen könnten, als aktive Tätigkeiten. Darunter fallen unter anderen der Formwechsel, die Verschmelzung, die Auf- oder Abspaltung sowie die Einbringung eines Betriebs in eine Kapitalgesellschaft.⁵⁸ Mit der Abwendung der Hinzurechnungsbesteuerung auf ausländische Umwandlungsvorgänge durch § 8 Abs. 1 Nr. 10 AStG wird die Gleichbehandlung mit vergleichbarem Inlandssachverhalten gewährleistet, die grundsätzlich steuerneutral abgewickelt werden können.⁵⁹

⁵⁵ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.163.

⁵⁶ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 91.

⁵⁷ Siehe dazu weitere Ausführungen unter Abschnitt 2.5.

⁵⁸ Definitionen gemäss Umwandlungssteuergesetz.

⁵⁹ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.177.

Eine ausländische Zwischengesellschaft kann sowohl aktive als auch passive Einkünfte erzielen. Diese Gesellschaft wird dann als *gemischte Zwischengesellschaft* bezeichnet. Lediglich die passiven Erträge unterliegen in diesem Fall der Hinzurechnungsbesteuerung, während dem die aktiven Erträge dem inländischen Steuerpflichtigen nicht hinzugerechnet werden können. Hierzu gibt es keine sogenannte *Bagatellgrenze*. Passive Erträge ausländischer Zwischengesellschaften sind deshalb grundsätzlich auch dann hinzuzurechnen, wenn sie weniger als 10% der gesamten Bruttoerträge der ausländischen Zwischengesellschaft betragen.⁶⁰

2.1.5 Niedrige Besteuerung

Die letzte Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung ist die niedrige Besteuerung der ausländischen Gesellschaft in deren Ansässigkeitsstaat. § 8 Abs. 3 AStG definiert das Vorliegen einer niedrigen Besteuerung, wenn die passiven Erträge der ausländischen Zwischengesellschaft einer Belastung durch Ertragssteuern von weniger als 25% unterliegen. Diese Schwelle wurde bewusst nicht an die Senkung der Körperschaftssteuer auf 15% angepasst, da der Gesetzgeber von einer deutschen Ertragssteuerbelastung von knapp unter 30% ausgeht, wenn man die gemeindliche Gewerbesteuer mit einem durchschnittlichen Hebelsatz von 400% berücksichtigt.⁶¹ Diese Entscheidung wird aber von verschiedener Seite kritisiert.⁶²

Für die Berechnung der Ertragssteuerbelastung wird laut *Vogt* auf das in einem Prozentsatz ausgedrückte Verhältnis zwischen der berechneten Bemes-

⁶⁰ BFH-Urteil vom 15. September 2004 R 102-104/03.

⁶¹ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 182.

⁶² So wird beispielsweise die Verträglichkeit dieser Regelung mit EU-Recht angezweifelt. Siehe dazu beispielsweise Köhler in Strunk/Kaminski/Köhler, Aussensteuergesetz/ Doppelbesteuerungsabkommen, 2012, § 8 AStG, Rn. 8 oder Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 182.

sungsgrundlage und den zu entrichtenden Ertragssteuern abgestellt.⁶³ Die Bemessungsgrundlage umfasst lediglich die passiven Erträge. Bei gemischten Zwischengesellschaften müssen somit die aktiven von den passiven Erträgen getrennt und deren Steuerbelastung separat berechnet werden. Die zu entrichtenden Ertragssteuern schliessen sämtliche dem Charakter einer Ertragssteuer entsprechenden Abgaben auf diese passiven Erträge ein, somit also auch gemeindliche Gewerbe- oder einkommensrelevante Kirchensteuern sowie nach dem Prinzip des Welteinkommens in Drittstaaten erhobene Ertragssteuern.⁶⁴ Ferner werden seit dem Jahressteuergesetz 2010 auch zwischengeschaltete Gesellschaften in die Bemessungsgrundlage miteinbezogen. Laut BFH-Rechtsprechung wird für die Berechnung der niedrigen Besteuerung auf die rechtliche Steuerbelastung und nicht auf die tatsächlich erhobene, faktische Steuerbelastung abgestützt.⁶⁵ Diese Rechtsprechung wurde im Jahressteuergesetz 2008 entsprechend in § 8 Abs. 3 AStG aufgenommen.

2.2 Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung

Sind die im vorherigen Abschnitt erläuterten Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt, so kommt es beim inländischen Gesellschafter im Rahmen einer sogenannten *Ausschüttungsfiktion* zur anteiligen Hinzurechnung der Erträge der ausländischen Gesellschaft. Sie werden dem Einkommen des inländischen Steuerpflichtigen hinzugerechnet und unterliegen der allgemeinen Steuerpflicht der Einkommenssteuer beziehungsweise der Körperschaftssteuer sowie der Gewerbesteuer. Die Erträge der ausländischen Gesellschaft werden dem inländischen Gesellschafter unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung hinzugerechnet. Kommt es im Laufe des Wirtschaftsjahres trotzdem zu einer Ausschüttung der thesaurierten Erträge, so hebt diese die Hinzurechnungs-

⁶³ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 184.

⁶⁴ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S.184-185.

⁶⁵ BFH-Urteil vom 9. Juli 2003 R 82/01.

besteuerung nicht auf. Die dadurch entstehende steuerliche Doppelbelastung wird aber durch § 3 Nr. 41 EStG ausdrücklich vermieden.⁶⁶

§ 10 AStG regelt die notwendigen Besteuerungsgrundlagen für die Ermittlung des sogenannten *Hinzurechnungsbetrages*. In einem ersten Schritt werden für die Berechnung des Hinzurechnungsbetrages die von der ausländischen Gesellschaft erwirtschafteten Einkünfte entsprechend den Vorschriften des deutschen Steuerrechts ermittelt.⁶⁷ Betriebsausgaben dürfen nur insoweit geltend gemacht werden, als diese in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Einkünften der ausländischen Gesellschaft stehen.⁶⁸ Der Hinzurechnungsbetrag umfasst ausschliesslich die passiven Erträge der ausländischen Gesellschaft, die wiederum um verschiedene Elemente korrigiert werden.⁶⁹ Einkünfte nachgeschalteter Zwischengesellschaften werden gemäss § 14 AStG ebenfalls erfasst. In einem zweiten Schritt werden die Steuern, die zu Lasten der ausländischen Gesellschaft erhoben wurden, abgezogen. Sollten die passiven Erträge nach diesem Abzug negativ ausfallen, so entfällt die Hinzurechnungsbesteuerung laut § 10 Abs. 3 Satz 6 AStG, was wiederum im Rahmen eines Verlustrücktrages oder -vortrages berücksichtigt wird.⁷⁰

Der nunmehr ermittelte Hinzurechnungsbetrag wird dem inländischen Gesellschafter im Wege der Ausschüttungsfiktion nach Ablauf des Wirtschaftsjahres, in welchem er erwirtschaftet wurde, hinzugerechnet. Hält der Gesellschafter die Anteile an der ausländischen Gesellschaft im Betriebsvermögen, so

⁶⁶ Deringer, Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in Steuerrecht, 2013, S. 13.

⁶⁷ Edelmann in Kraft, Aussensteuergesetz, 1. Auflage 2009, Rn. 53.

⁶⁸ § 10 Abs. 4 AStG.

⁶⁹ Siehe dazu § 1, § 11 und § 12 AStG. So mindern beispielsweise die Veräusserungsgewinne der ausländischen Gesellschaft ihre passiven Einkünfte, soweit die Veräusserungsgewinne auf nach § 14 AStG übertragene und hinzugerechnete, von der ausländischen Untergesellschaft aber thesaurierten Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter beruhen.

⁷⁰ Es gibt folglich keine ‚negative‘ Hinzurechnungsbesteuerung.

erhöht sich der Betriebsgewinn entsprechend und der fiktiv hinzugerechnete Ertrag unterliegt der Körperschaftsteuer sowie der Gewerbesteuer. Werden die Anteile hingegen dem Privatvermögen zugeordnet, so ist der fiktive Zufluss des Hinzurechnungsbetrages als Ertrag aus Kapitalvermögen zu qualifizieren und der Besteuerung zu unterwerfen.⁷¹

Abschliessend ist festzuhalten, dass der Wegfall des internationalen Schachtelprivilegs und des Betriebsstättenvorbehalts nach den jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen zu einer erheblichen Verschärfung der Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung geführt hat.

2.3 Exkulpationsklausel

Wie eingangs erwähnt wurde, wird die Vereinbarkeit der Hinzurechnungsbesteuerung mit den europäischen Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit, in der herrschenden Lehre kritisch hinterfragt.⁷² Der EuGH-Entscheid zur Rechtssache *Cadbury Schweppes* hat 2006 dazu Stellung bezogen und diese Kritik bestätigt.⁷³ Die Niederlassungsfreiheit ist demnach eingeschränkt, wenn ein inländischer Gesellschafter für Einkünfte einer von ihm gehaltenen ausländischen Zwischengesellschaft steuerpflichtig ist, während für eine inländische Tochtergesellschaft eine Hinzurechnungsbesteuerung hingegen nicht vorgesehen ist. Dies stellt eine klare Benachteiligung der ausländischen Zwischengesellschaft dar, es sei denn die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft stellt eine rein künstliche Konstruktion dar, die einzig auf die Umgehung der normalerweise geschuldeten inländischen Steuer abzielt.⁷⁴ Folglich wird durch die Anwendung

⁷¹ Cortez, Neuausrichtung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, 2013, S. 210.

⁷² Schön, Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europäische Grundfreiheiten, IStR-Beihefter 2013.

⁷³ EuGH Entscheidung vom 12. September 2006, C-196/04.

⁷⁴ Kommentar zur Hinzurechnungsbesteuerung nach AStG unter www.smartsteuer.de. Randziffer 55 im EuGH-Urteil umschreibt diese Konstrukte als *Verhaltensweisen*, die

der Hinzurechnungsbesteuerung die Niederlassungsfreiheit beschränkt, da die Standortwahl einer Zwischengesellschaft beeinträchtigt wird. Da die Bestimmungen zur Hinzurechnungsbesteuerung im in der vorliegenden EuGH-Rechtssache relevanten englischen Steuerrecht vergleichbar sind mit denjenigen im deutschen Steuerrecht, kann davon ausgegangen werden, dass auch die deutsche Gesetzgebung zur Hinzurechnungsbesteuerung die Niederlassungsfreiheit beschränkt und sich eine Anpassung aufdrängt.⁷⁵ Das Bundesfinanzministerium reagierte überraschend schnell auf das EuGH-Urteil und publizierte am 8. Januar 2007 ein BMF-Schreiben, in welchem festgehalten wurde, dass „von der Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung abzusehen sei, wenn es sich auf der Grundlage objektiver und von dritter Seite nachprüfbarer Anhaltspunkte erweist, dass die beherrschte Gesellschaft ungeachtet des Vorhandenseins von Motiven steuerlicher Art tatsächlich im Aufnahmemitgliedstaat angesiedelt ist und dort wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht.“⁷⁶ Dem Steuerpflichtigen wird also die Möglichkeit eines Gegenbeweises eingeräumt (die sogenannte *Exkulpationsklausel*), mit welchem er belegen muss, dass die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft aus wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründen erfolgt und nicht nur rein steuerlich motiviert ist und dass die Zwischengesellschaft im Domizilland einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.⁷⁷ Das sogenannte *subjektive Element* dieser Anforderung, nämlich der Nachweis, dass die Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft nicht ausschliesslich steuerrechtlich motiviert ist, wird

darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität baren Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird.

⁷⁵ Goebel/Palm, Der Motivtest – Rettungsanker der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2007, 720.

⁷⁶ BMF-Schreiben vom 8. Januar 2007, IV B 4 – S 1351 – 1/07.

⁷⁷ Deringer, Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in Steuerrecht, 2013, S. 14.

rechtlich durch § 42 AO aufgefangen.⁷⁸ Demnach wird die Umgehung des Steuerrechts durch missbräuchliche Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts grundsätzlich ausgeschlossen. Blosser Briefkastendomizile ohne Geschäftsbetrieb scheiden folglich im Grundsatz aus.⁷⁹ Der inländische Steuerpflichtige, dem die Hinzurechnung der ausländischen Zwischeneinkünfte droht, muss zudem auch das sogenannte *objektive Element* unter Beweis stellen, nämlich dass die ausländische Zwischengesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Dieser im BMF-Schreiben vom 8. Januar 2007 formulierte Passus wurde mit dem Jahressteuergesetz 2008 ins Aussensteuergesetz übertragen, indem die entsprechenden Bestimmungen in § 8 Abs. 2 AStG eingeführt wurden.

Dieser Paragraph sieht folglich vor, dass eine innerhalb der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes angesiedelte Gesellschaft trotz Deutschbeherrschung, Niedrigbesteuerung und passiven Erträgen nicht der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegt, falls den inländischen Gesellschaftern der Nachweis gelingt, dass die Gesellschaft in ihrem Domizilland einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht.⁸⁰ § 8 Abs. 2 AStG schreibt vor, dass diese Gesellschaft ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem EU-Mitgliedsstaat oder einem EWR-Vertragsstaat haben muss. Die deutsche Abgabenordnung (AO) gibt nähere Angaben über die Definition der Begriffe ‚Sitz‘ und ‚Ort der Geschäftsleitung‘.⁸¹ Die ‚oder‘-Verknüpfung zwischen Sitz und Ort der Geschäftsleitung impliziert, dass ein Gegenbeweis auch für eine Unternehmung zulässig ist, die lediglich ihren Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat

⁷⁸ Goebel/Palm, Der Motivtest – Rettungsanker der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung?, IStR 2007, 720.

⁷⁹ Gosch in Kirchhof, Einkommensteuergesetz, 12. Auflage 2013, S. 2167, Rn. 28c.

⁸⁰ Quilitzsch, Die Hinzurechnungsbesteuerung in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2013, Kritische Würdigung der geplanten Neuregelung des § 8 Abs. 2 AStG, IStR 2012, 645.

⁸¹ § 10 AO bzw. § 11 AO.

hat und deren Ort der Geschäftsleitung sich in einem Drittstaat befindet.⁸² Interessant anzumerken ist, dass die Exkulpationsklausel zur Abwendung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung grundsätzlich auch bei Gesellschaften in Drittstaaten, mit denen ein bilaterales Abkommen über die Anwendung der Europäischen Grundfreiheiten oder bezüglich anderer Freizügigkeitsrechte unterzeichnet wurde, angewendet werden kann, da sich die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* uneingeschränkt übertragen lässt.⁸³ Somit kommt die Frage auf, ob auch Zwischengesellschaften mit Sitz oder Ort der Geschäftsleitung in der Schweiz bei erfolgreichem Gegenbeweis von der Abschirmwirkung profitieren können, da die Schweiz 1999 die bilateralen Abkommen I und 2004 die bilateralen Abkommen II mit der Europäischen Union unterzeichnet hat.⁸⁴ Grundsätzlich muss aber argumentiert werden, dass tendenziell lediglich die EuGH-Urteile, die bis zum Datum der Abkommensunterzeichnung gefällt wurden, im Drittstaat Anwendung finden. Da der EuGH zur Rechtssache *Cadbury Schweppes* erst 2006 Stellung bezogen hat, trifft dies nicht zu. Des Weiteren kann angemerkt werden, dass die Europäischen Grundfreiheiten nicht uneingeschränkt in den beiden bilateralen Abkommen mit der Schweiz übernommen wurden. Die detaillierte Klärung dieser Frage würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, es kann aber dennoch die Aussage gemacht werden, dass Zwischengesellschaften mit Sitz oder Ort der

⁸² Deringer, Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in Steuerrecht, 2013, S. 17 und Schönfeld in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Aussensteuerrecht, Kommentar, § 8, Rn. 426.

⁸³ Deringer, Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ in Steuerrecht, 2013, S. 17 und Schönfeld in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Aussensteuerrecht, Kommentar, § 8, Rn. 428.

⁸⁴ Die sieben bilateralen Abkommen von 1999 (Bilaterale I) sind in erster Linie Liberalisierungs- und Marktöffnungsabkommen und decken u. a. die Personenfreizügigkeit ab. Mit den bilateralen Abkommen von 2004 wurde die Zusammenarbeit im wirtschaftlichen Bereich verstärkt sowie auf weitere Bereiche ausgedehnt. Weitere Informationen auf www.europa.admin.ch

Geschäftsleitung in der Schweiz tendenziell nicht von der Exkulpationsklausel zur Abwendung der Hinzurechnungsbesteuerung profitieren können.⁸⁵

§ 8 Abs. 2 AStG hält ferner fest, dass nur unbeschränkt Steuerpflichtige im Sinne von § 7 Abs. 2 und Abs. 6 AStG den Gegenbeweis erbringen können. Damit werden die Beteiligungsverhältnisse angesprochen, die in einem früheren Abschnitt erläutert wurden. Des Weiteren ist anzumerken, dass die Beweislast laut Formulierung des § 8 Abs. 2 AStG beim Steuerpflichtigen liegt. Diese pauschale Beweislastumkehr zu Lasten des Steuerpflichtigen entspricht nicht dem EuGH-Urteil und wird in der herrschenden Lehre grundsätzlich als nicht gerechtfertigt und unionsrechtlich fragwürdig beurteilt.⁸⁶ *Deringer* weist ferner zurecht darauf hin, dass sich die Nachweispflicht in denjenigen Fällen als problematisch gestalten kann, in denen mehrere inländische Steuerpflichtige nur zusammen mehrheitlich an der ausländischen Gesellschaft beteiligt sind und nur beschränkten Zugriff auf interne Unterlagen der Gesellschaft haben.⁸⁷

Zu guter Letzt verlangt § 8 Abs. 2 AStG, dass zwischen Deutschland und dem Ansässigkeitsstaat der Zwischengesellschaft eine Vereinbarung in Kraft ist, welche den ausreichenden Austausch der steuerrechtlichen Informationen gewährleistet.⁸⁸ Konkret müssen die Angaben des Steuerpflichtigen durch

⁸⁵ Gemäss Auskunft von Dr. Dirk Trüten, Rechtsanwalt, Redaktor der *EuZ-Zeitschrift für Europarecht* und wissenschaftlicher Mitarbeiter des Europa Instituts der Universität Zürich.

⁸⁶ Vogt in Blümich, *Aussensteuergesetz*, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 151 und *Deringer*, *Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ im Steuerrecht*, 2013, S. 19.

⁸⁷ *Deringer*, *Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ im Steuerrecht*, 2013, S. 20.

⁸⁸ *Kraft* hält fest, dass die Existenz eines geeigneten Auskunftsverfahrens allein nicht ausreicht. Vielmehr wird verlangt, dass der betreffende Staat Auskünfte tatsächlich auch erteilt. (*Kraft* in *Kraft*, *Aussensteuergesetz, Kommentar*, 2009, § 8, Rn. 761 und *Deringer*, *Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ im Steuerrecht*, 2013, S. 20).

Anwendung der EU-Amtshilferichtlinie 2011/16/EU oder vergleichbarer bilateraler Vereinbarungen überprüft werden können. Bei Mitgliedern des Europäischen Wirtschaftsraumes findet die EU-Amtshilferichtlinie im Gegensatz zu den EU-Staaten keine Anwendung. Mit Norwegen und Island ist aber ein Informationsaustausch mittels Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehen.⁸⁹ Mit Wirkung vom 1. Januar 2010 ist ein Abkommen über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch in Steuerfragen (ein sogenanntes *Tax Information Exchange Agreement TIEA*) zwischen Deutschland und Liechtenstein in Kraft getreten, das einen weitgehenden Informationsaustausch in Steuersachen sicherstellt. Ein solches Informationsaustauschabkommen ermöglicht einen Informationsaustausch auf Anfrage und sieht ein OECD-konformes rechtsstaatliches Verfahren bei der Kooperation beider Länder in Steuerfragen vor. Das Fürstentum Liechtenstein hat sich zudem Mitte November 2013 zum automatischen Informationsaustausch bekannt.⁹⁰ Damit sollten die Anforderungen von § 8 Abs. 2 AStG an einen ausreichenden Informationsaustausch erfüllt sein.

2.4 Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz

Zwischengesellschaften mit Einkünften mit Kapitalanlagecharakter gemäss § 7 Abs. 6a AStG waren, wie in der Einleitung dieses Kapitels dargelegt, bis anhin explizit von der Exkulpationsklausel zur Abwendung der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen. In der Begründung zum Jahressteuergesetz 2008 wurde noch klar festgehalten, dass es an einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit explizit fehlen soll, wenn sich die Funktionen der Gesellschaft in gelegentlicher Kapitalanlage oder in der Verwaltung von Beteiligungen ohne

⁸⁹ *Deringer*, Die „eigene/tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit“ im Steuerrecht, 2013, S. 20.

⁹⁰ Neue Zürcher Zeitung, Liechtenstein beschleunigt Weissgeldstrategie, Günther Meier, Vaduz, 15. November 2013, www.nzz.ch

gleichzeitige Ausübung geschäftsleitender Funktionen erschöpfen.⁹¹ Fachleute rügten diesen Ausschluss als fortwährende Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit, da eine vermögensverwaltende Zwischengesellschaft mit Sitz in einem niedrigbesteuerten Ausland nicht pauschal rechtsmissbräuchlich sein muss.⁹² Auch der Bundesfinanzhof bestätigte mehr oder minder deutlich in seinem Urteil vom 21. Oktober 2009 zur Rechtssache *Columbus Container Services*⁹³, dass die Herauslösung der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter aus dem Motivtest die Unionsrechtswidrigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung insoweit aufrechterhält.⁹⁴ Der Motivtest sollte folglich auch für eine Zwischengesellschaft mit Einkünften mit Kapitalanlagecharakter gelingen, wenn die Gesellschaft über genügend Substanz verfügt und folglich nachweisen kann, dass sie einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. Diese Kritik zwang den Gesetzgeber, auch Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter in den Genuss des Motivtests kommen zu lassen, was mit der Einführung des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes Mitte 2013 auch umgesetzt wurde.

Im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2013 sollte das deutsche Steuerrecht insbesondere an das Recht und die Rechtsprechung der Europäischen Union beziehungsweise des EuGH sowie an internationale Entwicklungen im Zusammenhang mit der OECD angepasst werden. So enthielt der Entwurf beispielsweise die Umsetzung der sogenannten *Europäischen Amtshilferichtlinie* sowie der Rechnungsrichtlinie. Nach der Ablehnung des Gesetzesentwurfs im Bundesrat am 23. November 2012⁹⁵ musste aber ein Kompromiss erarbeitet werden. Er enthielt zahlreiche Vorschriften des Jahressteuergesetzes 2013 und wurde schliesslich am 5. Juni 2013 von Bundestag und Bundesrat genehmigt und

⁹¹ Jahressteuergesetz 2008 vom 20. Dezember 2007, BGBl I 2007, 3150.

⁹² Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 8 AStG, Rn. 155.

⁹³ BFH-Urteil vom 21. Oktober 2009, R 114/08.

⁹⁴ Quilitzsch, Die Hinzurechnungsbesteuerung in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2013, Kritische Würdigung der geplanten Neuregelung des § 8 Abs. 2 AStG, IStR 2012, 645.

⁹⁵ Der zentrale Stein des Anstosses war die Gleichstellung von Lebenspartnerschaften.

trat am 30. Juni 2013 in Kraft. Im Bereich des Aussensteuergesetzes wurden mit der Einführung des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes der sogenannte *Authorised OECD Approach* für Betriebsstätten sowie eine systematische Veränderung der Besteuerung von ausländischen Familienstiftungen umgesetzt. Hervorzuheben ist aber die für die vorliegende Fragestellung relevante Erweiterung der Anwendung des Motivtests im Rahmen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 AStG auf Gesellschaften, die nicht inländisch beherrscht sind, aber Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen.⁹⁶ Diese Anpassung gilt für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31. Dezember 2012 begonnen haben. Die Ausdehnung der Exkulpationsklausel auf Zwischengesellschaften mit Einkünften mit Kapitalanlagecharakter, also sogenannte *vermögensverwaltende Gesellschaften*, eröffnet interessante Möglichkeiten für Finanzplätze wie Liechtenstein oder Luxemburg. Doch vorerst wollen wir die Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter kurz umschreiben.

2.5 Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter

§ 7 Abs. 6a AStG definiert Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter als Einkünfte, die aus dem Halten, der Verwaltung, Werterhaltung oder Wert-erhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, Beteiligungen oder ähnlichen Vermögenswerten stammen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Zinseinkünfte, Einkünfte aus Finanzierungsleasing, Finanzinnovationen, Termingeschäften und Gewinnen aus der Veräußerung von Forderungen.⁹⁷ *Vogt* führt aus, dass Zahlungsmittel und Forderungen, hypothekarisch gesicherte Rechte, Grundschulden, Einlagen bei Kreditinstituten, Darlehen, Forderungen jeder Art (beispielsweise aus Versicherungsgeschäften und Leasing), abgetretene Forderungen und die Rechte aus einer stillen Beteiligung einschliessen. Von der

⁹⁶ Kommentar zum Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz unter www.smartsteuer.de

⁹⁷ Schmidt, Aussensteuergesetz, 1. Auflage 2012, § 7 AStG, Rn. 6 und BMF-Schreiben vom 2. Dezember 1994, - IV C 7 - S 1340 - 20/94 – Abs. 10.6.2 S. 48.

Definition explizit ausgeschlossen sind Patente, Grundstücke, verleaste Wirtschaftsgüter sowie Anteile an Personengesellschaften.

Es ist wichtig hervorzuheben, dass Beteiligungserträge (mit anderen Worten also *Dividenden*) nur noch in Ausnahmefällen zu den Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter zählen, da Gewinnausschüttungen gemäss § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG in der Regel nicht mehr zu den Zwischeneinkünften gehören.⁹⁸ Dies insbesondere aufgrund der generellen körperschaft- und gewerbesteuerlichen Freistellung von Dividendenerträgen für inländische Körperschaften.⁹⁹ *Kraft* weist ferner darauf hin, dass keine tätigkeitsbezogene Qualifikation der Einkünfte besteht, weshalb nunmehr sämtliche Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften unabhängig von der steuerlichen Vorbelastung der Einkünfte, der Art der Tätigkeit der ausschüttenden Kapitalgesellschaft, der Beteiligungsquote an der ausschüttenden Kapitalgesellschaft, der Dauer der Beteiligung oder dem Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Kapitalgesellschaft als aktive Einkünfte gelten.¹⁰⁰ Somit fallen auch einfache Dividendenzahlungen von normalen Aktienpositionen unter diese Kategorie und sind von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen.

Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen, oder mit anderen Worten *Kapitalgewinne*, fallen ebenfalls auf Grund der Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG weg. Dies drängte sich auf, da analog zu Dividenden lediglich 5% der Veräusserungsgewinne im Sinne von § 8b Abs. 2 KStG als nichtabzugsfähige Betriebsausgaben steuerbar sind, was zu einer faktischen (95%) Steuerfreistellung der Veräusserungsgewinne aus Anteilen an Kapitalgesellschaften im Inland führt. Der besagte Gesetzestext im Aussensteuergesetz statuiert, dass Einkünfte aus der Veräusserung eines Anteils an einer anderen Gesellschaft, deren Auflösung oder der Herabsetzung ihres Kapitals grundsätzlich als aktiv zu beurteilen sind, soweit der Veräusserungsgewinn auf

⁹⁸ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 7 AStG, Rn. 89-90.

⁹⁹ Kraft in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 8, Rn. 490.

¹⁰⁰ Kraft in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 8, Rn. 491.

Wirtschaftsgüter der anderen Gesellschaft entfällt, die anderen als den in § 7 Abs. 6a AStG bezeichneten Tätigkeiten dienen (also keine Kapitalanlagetätigkeit) und der Steuerpflichtige dies nachweist. *Kraft* weist zu Recht darauf hin, dass § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG in engem Zusammenhang mit § 11 AStG zu sehen ist, der eine Doppelbesteuerung von Erträgen mit Kapitalanlagecharakter über die Zurechnung im Rahmen der laufenden Besteuerung gemäss § 14 AStG einerseits und über die Erfassung eines Veräusserungsgewinns, der auf diskriminierte Wirtschaftsgüter entfällt, andererseits mittels Herausnahme des Veräusserungsgewinns aus dem Hinzurechnungsbetrag verhindern soll.¹⁰¹ In der herrschenden Lehre wird vertreten, dass sich die Aktivitätsregelung für Veräusserungsgewinne nicht nur auf Kapitalgesellschaften, sondern auch auf Personengesellschaften bezieht.¹⁰² Folglich sind Kapitalgewinne auf Aktienbeteiligungen, nicht aber auf Forderungen wie Obligationen, als aktive Einkünfte zu taxieren.

Viele Anleger wählen aus Gründen der Risikodiversifikation oft auch Anlagefonds als Investmentvehikel. Klassische Fonds, die in Wertpapiere wie Aktien oder Anleihen investieren, welche an einer anerkannten Wertpapierbörse gehandelt werden, sind als sogenannte *Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren* (OGA) organisiert und fallen in den Anwendungsbereich der entsprechenden EU-Direktive.¹⁰³ Luxemburg hat sich als führender Standort für Anlagefonds etabliert und bietet mit der Kapitalanlagegesellschaft mit variablem Grundkapital (der sogenannten *Société d'investissement à capital variable* - SICAV), deren Grundkapital den Zu- und Abflüssen von Anlagegeldern entsprechend permanent variiert, eine ideale und daher sehr häufig verwendete Struktur. Fonds können sowohl ausschüttende als auch thesaurierende Tranchen führen. Die besagte EU-Direktive wurde mit dem Investmentsteuergesetz vom 15. Dezember 2003 auch in Deutschland übernommen, weshalb diese Kapitalan-

¹⁰¹ Kraft in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 8, Rn. 541.

¹⁰² Kraft in Kraft, Aussensteuergesetz, Kommentar, 2009, § 8, Rn. 555.

¹⁰³ Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) vom 20. Dezember 1985, 85/611/EWG

lagegesellschaften auch in Deutschland anerkannt werden. § 7 Abs. 7 AStG gewährt der Besteuerung nach dem Investmentsteuergesetz den Vorrang.¹⁰⁴ Laut Investmentsteuergesetz werden den deutschen Anlegern die Erträge des Investmentfonds (insbesondere Zinseinkünfte, Dividenden und Veräusserungsgewinne) zugerechnet und der Abgeltungssteuer in der Höhe von 25% unterlegt. Dies auch dann, wenn der Investmentfonds diese Erträge nicht ausschüttet, sie also thesauriert. Das sogenannte *Thesaurierungsprivileg* sieht aber einen Steuerstundungseffekt insofern vor, als die Besteuerung der thesaurierten Kursgewinne erst beim Verkauf der Fondsanteile stattfindet. Der administrative Aufwand für die Erfassung der jährlichen Erträge ist aber erheblich. Das Transparenzprinzip, also die grundsätzliche Gleichbehandlung des Anlegers in Investmentanteilen mit dem Direktanleger, führt dazu, dass Beteiligungen an ausländischen Investmentfonds gleich behandelt werden wie Anteile an inländischen Fonds. Grundsätzlich werden die Erträge des Investmentfonds hinsichtlich der Hinzurechnungsbesteuerung als passive Erträge betrachtet. Sogenannte *Exchange Traded Funds* (ETFs) fallen aber nicht unter das Investmentsteuergesetz. Deren Erträge werden wie bei einer Aktie als aktive Erträge betrachtet. Eine weitere Möglichkeit, die Hinzurechnungsbesteuerung zu umgehen, besteht in der Aufsetzung eines sogenannten *Private Label Fonds*, also einem eigenen Investmentfonds, der nicht öffentlich zugänglich gemacht wird, sondern lediglich dem Errichter dient. Dieser Private Label Fonds untersteht auf Grund dieses geschlossenen Adressatenkreises nicht dem Investmentsteuergesetz und wird als aktiver Ertrag betrachtet. Auf eine detailliertere Analyse der Besteuerung von Investmentfonds wird auf Grund der Vielschichtigkeit der Thematik an dieser Stelle verzichtet und auf das Investmentsteuergesetz verwiesen. Es bleibt aber festzuhalten, dass durch eine geschickte Ausgestaltung mit der Verwendung von Sonderformen des Investmentfonds die Hinzurechnungsbesteuerung umgangen werden kann.

Vogt führt schliesslich aus, dass unter dem Begriff Halten das blosses Ausüben der Rechte durch Fruchtziehung oder Wahrnehmung von Nebenrechten verstanden wird. Die Verwaltung schliesst jede Art der Nutzung einschliesslich

¹⁰⁴ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 7 AStG, Rn. 95.

der Anschaffung und Veräusserung ein sowie jede andere Verfügung über das Wirtschaftsgut wie beispielsweise die Verpfändung und Bürgschaftszusagen. Mit dem Einbezug der Begriffe *Werterhaltung* und *Werterhöhung* in die Definition der Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter werden schliesslich sämtliche Formen des Vermögensmanagement eingeschlossen.¹⁰⁵ Wie bereits erwähnt greift bei dieser Art der Zwischeneinkünfte die Hinzurechnungsbesteuerung bereits ab einer Beteiligungsschwelle von 1%.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Vogt in Blümich, Aussensteuergesetz, 121. Auflage 2014, § 7 AStG, Rn. 91.

¹⁰⁶ § 7 Abs. 6 AStG und die entsprechenden Ausführungen zu diesem Paragraphen in der vorliegenden Arbeit.