

Schweizerischer Holdingstatus und Novellierung des Treaty Shopping in Deutschland

Greift die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG Schweizer Holdingstrukturen an?

Dr. oec. Walter Jakob/Heiko Kubaile, MBA



Walter Jakob, Dr. oec. HSG, Partner, Leiter des Kompetenzzentrums Deutschland/Schweiz, Ernst & Young AG, Zürich; Lehrbeauftragter für Steuerrecht an der Universität St.Gallen



Heiko Kubaile, MBA (International Taxation), Steuerberater deutschen Rechts, Senior Manager, Leiter des German Tax Desk, Ernst & Young AG, Zürich

Inhalt*

1	Problemstellung	3.2	Das schweizerische Holdingprivileg nach Art. 28 Abs. 2 StHG
2	Deutschland: Treaty Shopping nach § 50d Abs. 3 EStG	3.2.1	Statutarischer Holdingzweck
2.1	Begriffsdefinition	3.2.2	Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz
2.2	Bisherige Missbrauchsnorm gegen Treaty Shopping	3.2.3	Zulässige Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in der Schweiz
2.3	Hintergrund der Neuregelung von § 50d Abs. 3 EStG – Entwicklung der BFH-Rechtsprechung	3.3	Zwischenergebnis
2.3.1	BFH-Rechtsprechung: Hilversum I	4	Deutschland-Schweiz: Anpassung bestehender Strukturen
2.3.2	BFH-Rechtsprechung: Hilversum II	4.1	Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz
2.4	Verschärfung der deutschen Rechtslage ab 2007	4.2	Strukturierungsüberlegungen aus Schweizer Sicht
2.4.1	Ziel der Gesetzesänderung	4.3	Auswirkung auf Freistellungsbescheinigungen
2.4.2	Die Verschärfungen im Einzelnen	5	Ergebnis
2.4.2.1	Fehlende wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe		Anhang: Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007
2.4.2.2	Nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit		Literatur
2.4.2.3	Keine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb		Rechtsquellen
2.5	Tu quoque, Schweiz?		BMF-Schreiben und andere Praxisanweisungen
3	Schweiz: Voraussetzungen des Holdingprivilegs		Materialien und Berichte
3.1	Formen der Holdinggesellschaft		

* Die Autoren danken Herrn Dr. Christian Buck, Rechtsanwalt, für die verdienstvolle Mitarbeit.

1 Problemstellung

Der Steuerstandort Schweiz ist für viele internationale Investitionsstrukturen eine äusserst wettbewerbsfähige Alternative. Hierzu trägt auch das kantonale Schweizer Holdingregime bei. Dabei wurde der Holdingstandort Schweiz durch Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen (nachfolgend: ZBstA) noch weiter aufgewertet. Allerdings ist für deutsche Investoren eine ausländische Holdingstruktur nicht immer vorteilhaft; je nach Ausgangslage können insbesondere gewerbsteuerliche Nachteile zum Tragen kommen. Nichtsdestotrotz versucht die deutsche Finanzverwaltung, mit einer verschärften Regelung zum treaty shopping international attraktive Holdingstandorte wie die Schweiz zusätzlich anzugreifen. Parallel übt die EU-Kommission Druck auf die Eidgenossenschaft aus, einen Teil der besonderen Schweizer Steuerregime, darunter auch das kantonale Holdingregime, anzupassen oder abzuschaffen.

Im vorliegenden Beitrag wird der Einfluss der im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 (nachfolgend JStG 2007)¹ verschärften deutschen Regelung zum treaty shopping in § 50d Abs. 3 Einkommensteuergesetz (hiernach: EStG) auf Holdingstrukturen aufgezeigt. Dazu wird im Folgenden zunächst in Abschn. 2 der Begriff des treaty shopping präzisiert (Abschn. 2.1) und das grundsätzliche Konzept einer Missbrauchsbekämpfung (anti-treaty/anti-directive shopping-Regelungen) vorgestellt (Abschn. 2.2). Ferner wird dort auch die gesetzliche Neuregelung in Deutschland genauer unter die Lupe genommen, und zwar unter Darstellung ihres Hintergrundes (Abschn. 2.3) und der (kritischen) Verschärfungen im Einzelnen (Abschn. 2.4). Anschliessend wird in Abschn. 3 das Schweizer Holdingprivileg dargestellt, um sodann in Abschn. 4 notwendige Strukturanpassungen nach Schweizer und deutschem Recht aufzuzeigen.

2 Deutschland: Treaty Shopping nach § 50d Abs. 3 EStG

2.1 Begriffsdefinition

Als «treaty shopping» bzw. «directive shopping»² werden internationale Gestaltungen bezeichnet, die durch

die Errichtung einer ausländischen Basis- oder Zwischengesellschaft die Vergünstigungen eines Doppelbesteuerungsabkommens³ (dann «treaty shopping») und/oder von EU-Richtlinien⁴ (dann «directive shopping») erkaufen sollen. Einer der Schwerpunkte der Gestaltungs Bemühungen liegt hierbei in der Senkung der Quellensteuerbelastung, und zwar nicht nur in der Beteiligungssphäre (Dividenden), sondern auch bei austauschrechtlichen Beziehungen zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern (vor allem bei Zinsen und Lizenzgebühren)⁵.

Eine gängige Strukturierung im Verhältnis Deutschland-Schweiz sieht etwa wie folgt aus: Ein in der Schweiz ansässiger Investor gründet oder erwirbt eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland. Schüttet diese Kapitalgesellschaft Dividenden aus, erhebt Deutschland mit der Kapitalertragsteuer eine Quellensteuer (§ 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 iVm § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) in Höhe von grundsätzlich 20 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 EStG)⁶. Bei einer Ausschüttung an den Schweizer Investor wird die deutsche Kapitalertragsteuer auf Antrag gemäss § 50d Abs. 1 S. 2 und 3 EStG iVm Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D wieder in Höhe von 5 %-Punkten erstattet (Formular R-D 1). Im Ergebnis fallen somit 15 % Quellensteuer an⁷. Schaltet nun aber der Schweizer Investor zusätzlich eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft⁸, etwa eine Schweizer (Familien-)Holding, als Anteilseignerin zwischen sich und die deutsche Kapitalgesellschaft, partizipiert er an der sog. Nullregelung von Art. 10 Abs. 3 DBA-D⁹. Auf

3 Etwa die sog. Nullregelung in Art. 10 Abs. 3 DBA-D, die – sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind – auf Dividendenausschüttungen greift.

4 Zu nennen sind hier bspw. die Mutter-Tochter-RL und die Zinsen-/Lizenzgebühren-RL. Im Verhältnis zur Schweiz ist nach Art. 15 ZBstA iVm dem Beschluss 2004/911/EG des Rates vom 2.6.2004 (ABl. EU Nr. L 385, S. 28) die Quellensteuer-Entlastung quasi nach der Mutter-Tochter- und der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL in ihren ursprünglichen Fassungen im Verhältnis zur Schweiz durchzuführen. Für Dividenden ist Art. 10 Abs. 3 DBA-D günstiger als Art. 15 Abs. 1 ZBstA (vgl. auch BMF-Schreiben vom 28.6.2005).

5 Vgl. JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 437.

6 Zusätzlich fällt 5,5 % Solidaritätszuschlag an. Trägt die Gesellschaft, welche die Kapitalerträge schuldet, die Kapitalertragsteuer, beträgt der Steuersatz 25 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 EStG).

7 Dabei ist die Steuerermässigung von Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D auf 15 % zuerst auf den Solidaritätszuschlag zu beziehen, der damit in casu entfällt (§ 5 SolzG 1995).

8 Art. 10 Abs. 3 DBA-D spricht von «Gesellschaft». Nach der Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. e DBA-D bedeutet dieser Ausdruck «juristische Personen oder Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden». Personengesellschaften werden von beiden Seiten als steuerlich transparent behandelt (klargestellt in Ziff. 1 lit. b von Art. VI des Revisionsprotokolls zum DBA-D).

9 Für alle Dividenden, die am oder nach dem 1.1.2002 fällig werden (vgl. Artikel VII Abs. 2 lit. b des Revisionsprotokolls zum DBA-D).

1 Durch die 20 Artikel des JStG 2007 werden mehrere Einzelgesetze geändert. Für einen Überblick zu den international relevanten Änderungen durch das JStG 2007 vgl. u. a. KUBAILE/BUCK, Das Jahressteuergesetz 2007 hat auch internationale Steuergestaltungen erschwert, S. 78 ff.

2 Begriffe und Definitionen etwa bei JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 436 f., 824 f., 862 f.; LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 6 f.

diese Weise lässt sich mit der Zwischenschaltung einer Schweizer Gesellschaft ein Quellensteuervorteil (sog. Dividendenrouting) erzielen¹⁰.

2.2 Bisherige Missbrauchsnorm gegen Treaty Shopping

Treaty shopping-Klauseln (als anti-treaty/anti-directive shopping-Regelungen) sollen aus Sicht der nationalen Gesetzgeber missbräuchliche Gestaltungen ausschließen. Zur Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen stellte der deutsche Gesetzgeber in § 50d Abs. 3 EStG¹¹ Steuervergünstigungen aus DBA/EU-Richtlinien unter einen Umgehungsvorbehalt¹²: Eine ausländische Gesellschaft hatte in Deutschland nach § 50d Abs. 3 EStG a. F., also vor 2007, keinen Anspruch auf Quellensteuerentlastung, soweit:

- Personen an ihr beteiligt waren, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zugestanden hätte, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten; und
- für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlten; und
- sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltete.

Bereits dann, wenn eine dieser Prämissen widerlegt werden konnte, trat die gewünschte Quellensteuerentlastung bei Dividenden, Zinsen und Lizenzen ein.

Die Kriterien für die steuerliche Anerkennung zwischengeschalteter ausländischer Gesellschaften hat der deutsche Gesetzgeber mit dem JStG 2007 deutlich verschärft.

2.3 Hintergrund der Neuregelung von § 50d Abs. 3 EStG – Entwicklung der BHF-Rechtsprechung

Mit der Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG reagierte der deutsche Gesetzgeber auf eine geänderte Rechtsprechung des höchsten deutschen Finanzgerichts, des Bundesfinanzhofs (BFH): In seinen sog. Hilversum-Entscheidungen ging der BFH dazu über, die Zwischen-

schaltung ausländischer Holding-Gesellschaften bei der Quellensteuerentlastung in deutlich weiterem Umfang zu akzeptieren als zuvor (vgl. Abschn. 2.3.1). Nach Ansicht der deutschen Finanzverwaltung stand zu befürchten, dass die bisherige Norm von § 50d Abs. 3 EStG a. F. ins Leere laufe. Gegen diese Entwicklung richtet sich nun die restriktivere Fassung von § 50d Abs. 3 EStG durch das JStG 2007 (vgl. Abschn. 2.3.2).

Der BFH musste sich in verschiedenen Fällen mit der erforderlichen Substanz von Auslandsgesellschaften beschäftigen, und zwar sowohl bei out- als auch bei inbound-Gestaltungen¹³. Allerdings gab der BFH seine zunächst restriktive Rechtsprechung zu inbound-Fällen im Zuge seiner «Hilversum-Rechtsprechung» auf.

2.3.1 BFH-Rechtsprechung: Hilversum I

Die Entscheidung Hilversum I¹⁴ aus dem Jahr 2002 basiert auf folgendem Sachverhalt: Die niederländische Kapitalgesellschaft eines Medienkonzerns domizilierte im niederländischen Hilversum in den Geschäftsräumen einer Schwestergesellschaft, deren Telefon- und Telefaxanschlüsse sie nutzte. Ihr Geschäftsführer war auch Geschäftsführer anderer Konzernunternehmen; weiteres Personal hatte sie nicht. Die Anteile an der Hilversum-Gesellschaft hielt eine auf den Bermudas ansässige Holding, deren Gesellschafter wiederum auf den Bermudas, in Australien und in den USA residierten. Die Hilversum-Gesellschaft hielt nur Anteile an einer deutschen GmbH; ihre Muttergesellschaft war an weiteren niederländischen Tochtergesellschaften und an Enkelgesellschaften in anderen Ländern beteiligt. Von den Dividenden der deutschen Tochter-GmbH wurde in Deutschland Kapitalertragsteuer einbehalten. Die Hilversum-Gesellschaft begehrte die Ermässigung und Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäss § 44d EStG, der damaligen deutschen Vorschrift zur Umsetzung der Vorgaben der Mutter-Tochter-RL¹⁵ (heute: § 43b EStG). Der BFH entschied, dass die Gesellschaft zwar die Voraussetzungen für eine Steuerentlastung nach dem damaligen § 44d EStG erfüllte.

10 Dabei muss nach § 50d Abs. 2 S. 1 und 5 EStG der deutschen Kapitalgesellschaft als Schuldnerin der Kapitalerträge eine vom Bundeszentralamt für Steuern erteilte Freistellungsbescheinigung nach § 50d Abs. 2 S. 1 - 4 EStG vorliegen. Alternativ kann im Nachgang ein Erstattungsantrag gestellt werden (Art. 28 Abs. 2 DBA-D).

11 Die anti-treaty shopping-Regelung wurde mit dem StMBG vom 21.12.1993 ab 1994 in § 50d Abs. 1a EStG eingefügt; sie steht seit der Neufassung von § 50d EStG mit dem StÄndG 2001 vom 20.12.2001 in § 50d Abs. 3 EStG. In diesem Aufsatz wird daher § 50d Abs. 3 EStG zitiert, auch wenn noch § 50d Abs. 1a EStG einschlägig war (bspw. bei Hilversum I, vgl. nachfolgend).

12 Vgl. JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 437.

13 Während es in inbound-Fällen (Aktivitäten von Ausländern im Inland) meist um die Inanspruchnahme von DBA zur Vermeidung einer Quellenbesteuerung geht, stellt sich in outbound-Fällen (Aktivitäten von Inländern im Ausland) die Frage nach der Abschirmwirkung der ausländischen Gesellschaft gegenüber einer deutschen Besteuerung; vgl. NIEDRIG, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, S. 474.

14 BFH, 20.3.2002, I R 38/00, IStR 2002, S. 597, JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 20.3.2002, I R 38/00; vgl. auch STOSCHEK/PETER, § 50d Abs. 3 EStG – erste Rechtsprechung zu einer verfehlten Missbrauchsvorschrift – Vereinbarkeit von § 50d Abs. 3 EStG mit Europarecht?, S. 656 ff.

15 Vom 1.1.2007 bis zum 31.12.2008 beträgt die Mindestbeteiligungsquote der Mutter- an der Tochtergesellschaft für die Quellensteuerentlastung von Dividenden 15 %, ab dem 1.1.2009 10 %.

Sie sei aber eine funktionslose Basisgesellschaft, ihre Zwischenschaltung rechtsmissbräuchlich. Daher sei ihr nach der anti-treaty shopping-Regelung von § 50d Abs. 3 EStG¹⁶ und nach der allgemeinen Missbrauchsnorm des deutschen Steuerrechts, § 42 Abgabenordnung (AO)¹⁷, die Steuerentlastung zu verweigern. Ferner vertrat der BFH in dieser Entscheidung die Ansicht, seine Missbrauchsrechtsprechung verstosse nicht gegen Abkommensrecht, gegen EG-Recht oder gegen Verfassungsrecht¹⁸.

2.3.2 BFH-Rechtsprechung: Hilversum II

In seiner Hilversum II-Entscheidung¹⁹ kam der BFH zu einem anderen Ergebnis als noch bei Hilversum I²⁰. Dieses Mal ging es um zwei Kapitalgesellschaften desselben Medienkonzerns – Schwestergesellschaften der Hilversum I-Gesellschaft –, die ihren Sitz ebenfalls in den Niederlanden hatten. Wieder nutzten die Gesellschaften Geschäftsräume, Telefon- und Telefaxanschlüsse einer anderen Konzerngesellschaft und hatten – abgesehen von den Geschäftsführern – keine Mitarbeiter. Die Anteile an beiden Gesellschaften hielt eine auf den Niederländischen Antillen ansässige Holdinggesellschaft, über der wieder die oben erwähnte Holding (vgl. Abschn. 2.3.1) auf den Bermudas stand. Aufgabe beider Hilversum II-Gesellschaften war es, Beteiligungen an anderen Tochtergesellschaften zu halten. Auch sie verlangten nach dem damaligen § 44d EStG (heute: § 43b EStG) die Ermässigung und Erstattung der deutschen Kapitalertragsteuer, die von Dividenden ihrer deutschen Tochtergesellschaften einbehalten worden war.

Laut BFH waren nunmehr die zwischengeschalteten ausländischen Kapitalgesellschaften auch ohne eigene Geschäftsräume, -ausstattung und eigenes Personal nicht als missbräuchlich iSv § 42 AO oder § 50d Abs. 3 EStG²¹

anzusehen: Die Zwischenschaltung konzernabhängiger Kapitalgesellschaften sei – selbst wenn sie von ihrem Gesellschafter fast nur mit Fremdkapital ausgestattet werden – nicht per se rechtsmissbräuchlich²². Entscheidend sei vielmehr, dass die zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften innerhalb eines ansonsten wirtschaftlich aktiven Konzerns aus organisatorischen und haftungsrechtlichen Gründen als selbständige Projektgesellschaften ausgegliedert waren und dass dieses Struktur- und Strategiekonzept der Ausgliederung von Beteiligungsaktivitäten in selbständige Kapitalgesellschaften konzernintern durchgängig für alle Auslandsengagements und auf Dauer verwirklicht wurde. Der BFH sah im Zweck der Einschaltung der Kapitalgesellschaften nicht allein die Erlangung abkommensrechtlicher Vorteile (treaty bzw. directive shopping): Die Gesellschaften domizilierten vielmehr in den Niederlanden, wo der Konzern sein aktives europäisches Kerngeschäft betrieb. Ihre Zwischenschaltung diene also nicht der Erlangung von Abkommensvorteilen, sondern erfüllte wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe (§ 50d Abs. 3 EStG)²³.

2.4 Verschärfung der deutschen Rechtslage ab 2007

Die Entwicklung in der Rechtsprechung des BFH – nämlich die erweiterte Zulassung ausländischer Zwischengesellschaften – missfiel der deutschen Finanzverwaltung und dem deutschen Gesetzgeber. Deshalb reagierte zunächst das Bundesfinanzministerium (BMF) auf die Entscheidung des BFH in Hilversum II mit einem sog. Nichtanwendungserlass²⁴, welcher der Finanzverwaltung die Anwendung des Urteils über den entschiedenen Einzelfall hinaus untersagt. Der Gesetzgeber reagierte ebenfalls: Durch das unspektakulär klingende JStG 2007 wurde die deutsche Norm zum anti-treaty shopping (§ 50d

16 Vgl. den Hinweis in Fn 11.

17 Nach § 42 AO ist die Zwischenschaltung von Gesellschaften im niedrig besteuerten Ausland missbräuchlich, wenn hierfür wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen.

18 Vgl. BFH, Hilversum I, IStR 2002, S. 597, 599 f., vgl. dazu auch NIEDRIG, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, S. 474, 478.

19 BFH, 31.5.2005, I R 74/04, I R 88/04, IStR 2005, S. 710, JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, und HAARMANN, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04; vgl. auch FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284.

20 Vgl. FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284: Gründe dürften europarechtliche Erwägungen gewesen sein, da die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Kapitalgesellschaften einen diskriminierenden Eingriff in die sekundäre Niederlassungsfreiheit darstelle.

21 Dabei scheint der BFH (Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711) vom Vorrang von § 50d Abs. 3 EStG gegenüber § 42 AO kraft Spezialität auszugehen. Ein Sachverhalt, der § 50d Abs. 3 EStG genügt, sollte damit an § 42 AO nicht scheitern. Vgl.

auch JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, S. 711, 712; HAARMANN, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, S. 713. § 50d Abs. 3 EStG schliesst aber § 42 AO nicht aus (so die Gesetzesbegründung zum JStG 2007).

22 BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711 unter Verweis auf BFH, 17.11.2004, I R 55/03, DStRE 2005, S. 580, und auf BFH, 25.2.2004, I R 42/02, IStR 2004, S. 527.

23 Vgl. BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711. Zudem hielten die Gesellschaften anders als bei Hilversum I jeweils mehrere Beteiligungen. Auch der weitere Versagungsgrund von § 50d Abs. 3 EStG, die fehlende Entfaltung einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, könnte somit nach Ansicht des BFH nicht erfüllt sein, wobei der BFH (S. 711) diese Frage letztendlich offen liess. Zu § 50d Abs. 3 EStG vgl. Fn 11.

24 BMF-Schreiben vom 30.1.2006; dazu GROTHERR, Keine deutsche Kapitalertragsteuerentlastung bei Einschaltung einer ausstattungslosen Zwischenholdinggesellschaft im Ausland, S. 361 ff.; HERGETH/ETTINGER, Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 31.5.2005 zu § 50d Abs. 3 EStG, S. 307 ff.

Abs. 3 EStG) mit Wirkung ab 1.1.2007 verschärft²⁵. Dies könnte sich für viele international gebräuchliche Strukturen als «Sprengsatz»²⁶ erweisen – auch wenn das neue BMF-Schreiben vom 3.4.2007 diesen teils wieder entschärft hat. Von der bleibenden Verschärfung sind insbesondere klassische, funktions- und personenschwache Holdingstrukturen betroffen, wie sie – bedingt durch das Holdingprivileg in Art. 28 StHG und den kantonalen Vorschriften – auch in der Schweiz anzutreffen sind.

2.4.1 Ziel der Gesetzesänderung

Die Gesetzesbegründung zum JStG 2007²⁷ (nachfolgend: Gesetzesbegründung) verweist als Ziel für die Änderung von § 50d Abs. 3 EStG auf die in Abschn. 2.3.2 behandelte Entscheidung Hilversum II: Die Änderung bezweckt laut Gesetzesbegründung eine «Klarstellung», was Sinn und Zweck von § 50d Abs. 3 EStG sei. Diese «Klarstellung», «Festigung und Konkretisierung von § 50d Abs. 3 EStG» als Missbrauchsregelung soll sich an die frühere Rechtsprechung anlehnen. Nach Ansicht des Gesetzgebers war die Neufassung von § 50d Abs. 3 EStG geboten, um zunehmenden Steuerplanungstechniken zu begegnen, mit denen die Besteuerung von Dividendenausschüttungen durch gezielte Zwischenschaltung spezifisch ausgestalteter ausländischer Gesellschaften umgangen werden sollte²⁸. Dabei machte der deutsche Gesetzgeber von seiner vom Bundesverfassungsgericht²⁹ bestätigten weitgehenden Befugnis zur Typisierung der Vielzahl der Einzelfälle Gebrauch, etwa im Rahmen der 10 %-Grenze (vgl. hierzu Abschn. 2.4.2.2).

Für die einzelnen Voraussetzungen von § 50d Abs. 3 EStG gilt nach dessen Neufassung und unter Berücksichtigung des neuen BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Folgendes:

2.4.2 Die Verschärfungen im Einzelnen

Mit dem JStG 2007 wurden Struktur und Charakter der anti-treaty shopping-Norm von § 50d Abs. 3 EStG massgeblich geändert: Nach der Neufassung hat ab dem Ver-

anlungszeitraum 2007 eine ausländische Gesellschaft keinen Anspruch mehr auf völlige oder teilweise Entlastung von der deutschen Quellensteuer, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten (§ 50d Abs. 3 S. 1 EStG), und:

- für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen *oder* (also nun alternativ statt wie bislang kumulativ³⁰ und unter Hinzufügung einer 10%-Grenze, § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG)
- die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 % ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt *oder* (neue Voraussetzung ab 2007, § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG)
- die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG).

Die neue Alternativ-Verknüpfung führt dazu, dass – soweit nicht die Quellensteuererstattung oder -freistellung an der ausländischen Gesellschaft Beteiligten auch im Fall ihrer unmittelbaren Erzielung der Einkünfte zustände, alle drei Ziff. in § 50d Abs. 3 S. 1 EStG n. F. zu widerlegen sind, um ein Eingreifen von § 50d Abs. 3 S. 1 EStG n. F. zu verhindern.

Massgebend sind ausschliesslich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft selbst; organisatorische, wirtschaftliche oder sonst beachtliche Merkmale der Unternehmen, die der ausländischen Gesellschaft nahe stehen, bleiben ausser Betracht (§ 50d Abs. 3 S. 2 EStG). Dabei fehlt es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt (§ 50d Abs. 3 S. 3 EStG). Den Entlastungsnachweis über das fehlende Eingreifen von § 50d Abs. 3 EStG muss die ausländische Gesellschaft erbringen (Tz 13 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

25 Vgl. Art. 20 Abs. 1, Abs. 6 iVm Art. 1 Nr. 41 (Neufassung u. a. von § 50d Abs. 3 EStG) des JStG 2007, S. 2878, 2912.

26 Vgl. JAKOB/KUBAILE, Missbrauchsnorm greift Schweizer Holdingstrukturen an, S. 29.

27 Vgl. – auch zu den nachfolgenden Zitaten – stets die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 zu Nr. 38 lit. a (§ 50d Abs. 3 EStG).

28 Vgl. die Gesetzesbegründung, S. 60: «Solche Gesellschaften existieren meist nur auf dem Papier, d. h. sie sind nur im Handelsregister eingetragen und verfügen über keine eigene, dem Geschäftszweck angemessene Geschäftsausstattung; manchmal existieren sie noch nicht einmal auf Papier, sondern als sog. Briefkastengesellschaften. Meist üben sie keine oder nur geringe gewerbliche Aktivitäten aus oder sie übertragen die von ihnen ausübenden Tätigkeiten auf Dritte».

29 BVerfG, 6.3.2002, 2 BvL 17/99, Rn 207.

30 Die bisherige, kumulative Fassung ergab sich aus dem früheren Wortlaut («und») und war soweit ersichtlich nie angezweifelt worden (vgl. BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711; FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426). Dagegen vertrat das BMF im Nichtanwendungserlass zu Hilversum II (BMF-Schreiben vom 30.1.2006), es müsse Alternativität zwischen den Ziff. 1 und 2 vorliegen. Dem trat das FG Köln wegen des eindeutigen Wortlauts von § 50d Abs. 3 EStG a. F., seinem Normzweck und der Gesetzeshistorie unter Verweis auf die ständige BFH-Rechtsprechung und die Gesetzesmaterialien entgegen (FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426; vgl. auch HÖLZEMANN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften, S. 830, 832).

Die dargestellten Grundsätze in § 50d Abs. 3 S. 1 - 3 EStG sind nicht anzuwenden, wenn mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmässiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet oder für die ausländische Gesellschaft die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes gelten (§ 50d Abs. 3 S. 4 EStG). Eine «anerkannte Börse» bedeutet dabei nach Tz 10.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 einen organisierten Markt iSv § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes³¹ und vergleichbare Märkte mit Sitz ausserhalb der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums. Die weitere Ausnahme von Investmentvermögen in § 50d Abs. 3 S. 4 EStG gilt nach Tz 10.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 nur für ausländische Investmentvermögen des Kapitalgesellschaftstyps, also mit Investmentaktiengesellschaften iSv § 2 Abs. 5 des Investmentgesetzes³² vergleichbare Konstrukte. Zu beachten sind im Zusammenhang mit Investmentvermögen zusätzliche Restriktionen nach Tz 10.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007. Bereits aus der Systematik von § 50d Abs. 3 EStG folgt, dass sein Anwendungsbereich etwaige Entlastungsansprüche nicht erfasst, die sich aus der Zuweisung des Besteuerungsrechts nach einem DBA für andere Einkünfte – z. B. Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen – ergeben (Tz 2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Ferner gilt § 50d Abs. 3 EStG nicht, falls zwischen dem Ansässigkeitsstaat der ausländischen Gesellschaft und Deutschland ein DBA mit abschliessender Missbrauchsregelung besteht (Tz 11 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007); dies ist soweit ersichtlich aber nur im Verhältnis Deutschland-USA der Fall, nicht im Verhältnis zur Schweiz (s. Abschn. 4.1).

Sind an der ausländischen Gesellschaft auch nicht entlastungsberechtigte Personen beteiligt und scheidet insoweit eine Quellensteuerentlastung gemäss § 50d Abs. 3 EStG aus, ist zur Feststellung der Höhe des Steuerentlastungsanspruchs für jeden Gesellschafter gesondert zu prüfen, wie hoch sein Entlastungsanspruch wäre, wenn

er die Einkünfte unmittelbar erzielte. Der Steuerentlastungsanspruch der Gesellschaft ergibt sich aus der Summe der fiktiven Entlastungsansprüche der Gesellschafter³³.

Für die Verschärfungen in § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 - 3 EStG n. F. gilt im Einzelnen Folgendes:

2.4.2.1 Fehlende wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe

Eine Quellensteuerentlastung wird dann nicht gewährt, wenn für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG). Nach der Gesetzesbegründung fehlt ein wirtschaftlicher Grund für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft, wenn sie überwiegend der Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten dient und für eine künftige Erbregelung oder für den Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter eingesetzt werden soll³⁴. Dagegen kommen nach der Gesetzesbegründung als «sonst beachtliche» Gründe überraschenderweise u. a. rechtliche, politische oder religiöse Gründe in Betracht³⁵. Abzustellen ist dabei – anders als nach der BFH-Entscheidung Hilversum II, in der eine Konzernbetrachtung zugelassen wurde (vgl. Abschn. 2.3.2) – ausschliesslich auf die Gesellschaft als solche, auch wenn sie Teil eines Konzerns ist (vgl. § 50d Abs. 3 S. 2 EStG und die Gesetzesbegründung): Struktur- und Strategiekonzepte für einen Konzern dürfen demnach nicht dazu führen, dass funktionslosen ausländischen Gesellschaften Quellensteuerentlastungen bei Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren gewährt werden.

Die Anforderungen an die wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die Zwischenschaltung der ausländischen

31 Hiernach ist ein organisierter Markt ein Markt, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmässig stattfindet und für das Publikum unmittelbar oder mittelbar zugänglich ist (§ 2 Abs. 5 Wertpapierhandelsgesetz).

32 Hiernach ist eine Investmentaktiengesellschaft eine Aktiengesellschaft, deren Unternehmensgegenstand nach der Satzung auf die Anlage und Verwaltung ihrer Mittel nach dem Grundsatz der Risikomischung zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage in Vermögensgegenständen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 - 4 und 7 - 9 Investmentgesetz (d. h. Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Derivate, Bankguthaben und bestimmte Investmentvermögen) beschränkt ist. Aufgrund anderer steuerlicher «Strafmechanismen» konnte der deutsche Gesetzgeber diese Ausnahme aufnehmen (vgl. KUBAILE/SUTER/JAKOB, Der Steuer- und Investitionsstandort Schweiz, S. 480 ff.).

33 Vgl. Tz 13 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007.

34 Die Gründe orientieren sich an der bisherigen Rechtsprechung (vgl. zur künftigen Erbregelung BFH, 5.3.1986, I R 201/82, BStBl. II 1986, S. 496; zum Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter FG Köln, 8.8.2001, 2 K 6630/99, EFG 2002, S. 541; zur Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten BFH, 5.3.1986, I R 201/82, BStBl. II 1986, S. 496); kritisch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 578: Es falle schwer zu glauben, dass ein Gesetzgeber solche Fallgruppen bildet. Europarechtlich seien die Kriterien fragwürdig und ein Verstoß gegen die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit im Einzelfall gerichtlich zu prüfen.

35 Kritisch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 579: Es sei im Angesicht globaler Konzernwirklichkeiten befremdlich, wenn religiöse Motive genügen, nicht aber die Konzernstrategie (vgl. § 50d Abs. 3 S. 2 EStG). Praxisrelevanter dürften die rechtlichen Gründe sein, zu denen u. E. auch das Streben nach Haftungsausschluss (z. B. die Verhinderung der Durchgriffshaftung durch die Abschirmwirkung einer Holding zugunsten übergeordneter Gesellschaften) zählen sollte.

dischen Gesellschaft werden auch in Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 nicht näher präzisiert: Wenig überraschend wird konstatiert, die ausländische Gesellschaft dürfe nicht nur formaler Natur sein. Ferner wird die Gesetzesbegründung wiederholt³⁶. Neu (und unerfreulich) ist, dass nach Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 u. a. auch folgende Gründe nicht genügen, soweit sie aus den Verhältnissen des Konzernverbunds folgen: etwa Gründe der Koordination und Organisation, des Aufbaus von Kundenbeziehungen, der Kosten, örtlichen Präferenzen oder der gesamtunternehmerischen Konzeption. Alles in allem enthält das BMF-Schreiben vom 3.4.2007 somit zum Thema «wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft» wenig Erhellendes und viel Unerfreuliches – und das vor dem Hintergrund, dass ohne Beschränkung auf objektiv rein künstliche Gestaltungen nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (nachfolgend: EuGH) Cadbury Schweppes³⁷ und Inspire Art³⁸ die Europarechtswidrigkeit droht³⁹!

2.4.2.2 Nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit

Nach § 50d Abs. 3 S. 3 EStG fehlt es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt. Hiervon betroffen sind entsprechend der bisherigen BFH-Rechtsprechung⁴⁰ vor allem Einkünfte aus Vermögensverwaltung und der Verwaltung eigener oder fremder Wirtschaftsgüter, etwa von Anteilen an einer oder mehreren Gesellschaften⁴¹.

Dienstleistungen gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften können dagegen dann für eine eigene Wirtschaftstätigkeit ausreichen, sofern die Leistungen gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden⁴².

Eine weitere Ausnahme greift, falls «geschäftsführende Funktionen» im Zusammenhang mit Beteiligungen von einigem Gewicht ausgeübt werden⁴³. Dies ist der Fall, wenn zusätzlich zum Halten der jeweiligen Beteiligung Führungsentscheidungen ausgeübt werden, d. h. Managementtätigkeiten hinzukommen (aktive Beteiligungsverwaltung). Nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 zeichnen sich Führungsentscheidungen durch ihre langfristige Natur, Grundsätzlichkeit und Bedeutung aus, die sie für den Bestand der geleiteten Gesellschaften haben. Anders als bei der Erbringung von Dienstleistungen müssen die geschäftsleitenden Funktionen zwingend für mehr als eine Untergesellschaft ausgeübt werden⁴⁴. Es genügt demnach nicht, dass eine Gesellschaft ohne sonstige unternehmerische Betätigung geschäftsleitende Funktionen nur gegenüber einer Tochter ausübt oder nur Anteile an einer oder mehreren Tochtergesellschaften hält und sich dabei auf die Ausübung der Gesellschafterrechte beschränkt (passive Beteili-

36 Vgl. Tz 5 BMF-Schreiben vom 3.4.2007.

37 EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670.

38 EuGH, 30.9.2003, Rs C-167/01 (Inspire Art), IStR 2003, S. 849. Vgl. zu einem möglichen Verstoss von § 50d Abs. 3 EStG gegen die Niederlassungsfreiheit KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 580 f.; FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 427, KORTS, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02. Insbesondere das Festhalten am Substanzerfordernis ist nach Inspire Art bedenklich, da hiernach zumindest gesellschaftsrechtlich einer Briefkastengesellschaft im EU-Ausland nicht ohne weiteres die Anerkennung versagt werden kann.

39 Vgl. (insbesondere zur problematischen 10 %-Grenze) KESSLER/EICKE, Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, S. 781, 782 f., 786. Zu Zweifeln an einer Rechtfertigung von § 50d Abs. 3 EStG durch Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL vgl. KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 582. Ferner sollen weitere vom EuGH anerkannte Rechtfertigungsgründe ausscheiden, da es nach jüngeren EuGH-Urteilen ausser bei krassem Missbrauch und rein künstlichen Gestaltungen wohl prinzipiell keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, eine steueroptimale Konzernstruktur zu entwickeln (vgl. EuGH, 21.2.2006, Rs C-255/02 (Halifax), IStR 2006, S. 276; EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670; EuGH, 12.12.2006, Rs C-374/04 (Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation), IStR 2007, S. 138). Schliesslich wird wegen der diskriminierenden Wirkung von § 50d Abs. 3 EStG bezweifelt, dass sich die Norm im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der Bekämpfung der Steuerumgehung als verhältnismässig (und damit EU-rechtskonform) halten lasse (vgl. FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284; GÜNKEL/LIEBER, Braucht Deutschland eine Verschärfung der Holdingregelung in § 50d Abs. 3 EStG?, S. 2197, 2199).

40 Vgl. BFH, 27.7.1976, VIII R 55/72, BStBl. II 1977, S. 266; BFH, 29.7.1976, VIII R 142/73, BStBl. II 1977, S. 263.

41 Vgl. Tz 6.1 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007; Gesetzesbegründung, S. 60.

42 Vgl. Tz 6.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007.

43 Tz 6.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 mit Verweis auf BFH, 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl. II 1981, S. 339, 341; Gesetzesbegründung, S. 60. Vgl. zur geschäftsleitenden Holdinggesellschaft, die über das Halten ihrer Beteiligungen hinaus Dienstleistungen (etwa die Finanzierung ihrer Tochtergesellschaften) übernimmt, FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426 f. mwN; KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 581 in Fn 44; KORTS, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02, S. 427, 428; SIEKER, Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50d Abs. 1a EStG?, S. 57.

44 Vgl. Tz 6.2 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007; Gesetzesbegründung, S. 60.

gungsverwaltung). In diesem Kontext ist auch zu prüfen, ob Beteiligungen von einigem Gewicht erworben wurden: Dies hängt nicht von der Höhe der kapitalmässigen Beteiligung ab, sondern von der tatsächlichen Einflussnahme auf die Beteiligungsgesellschaft (Tz 6.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

Eine nicht ausreichende aktive Tätigkeit liegt nach § 50d Abs. 3 Nr. 2 EStG vor, wenn der nicht vermögensverwaltende, aktive Bereich der Gesellschaft im Verhältnis zum vermögensverwaltenden, passiven Bereich unwesentlich im Sinne der 10 %-Grenze ist. Nach Einführung der 10 %-Grenze gestatten somit nur noch ins Gewicht fallende aktive Wirtschaftstätigkeiten eine Quellensteuerentlastung. Laut Gesetzesbegründung wurde diese Grenze eingeführt, da in der bisherigen Praxis auch Minimaltätigkeiten als eigene Wirtschaftstätigkeit deklariert wurden: In Anlehnung an § 9 AStG wurde daher die 10 %-Grenze normiert. Dabei zählen Dividendenzahlungen geleiteter Gesellschaften konsequent zu den aktiven Erträgen (Tz 7). Auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen der eigenen Wirtschaftstätigkeit und sonstigen Tätigkeiten soll es nicht ankommen (Tz 7).

Zwar ist zu begrüßen, dass nach Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Dividendenzahlungen geleiteter Gesellschaften aktive Bruttoerträge im Rahmen der 10 %-Grenze darstellen. Gleichwohl verbleibt eine hohe Hürde, da der Begriff der geschäftsleitenden Funktion stark eingeeengt wird (vgl. Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Im Übrigen wurden geschäftsleitende Holdinggesellschaften auch bislang mehr oder minder steuerlich anerkannt, wobei nach der Rechtsprechung eine geschäftsleitende Funktion leichter zu begründen war: Das FG Köln⁴⁵ etwa bejahte eine geschäftsleitende Holding, falls die ausländische Gesellschaft zwei aktive Beteiligungen hält und durchgängig im Rahmen einer übergeordneten Konzernstrategie führt. Im Ergebnis trifft das Erfordernis der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit Holding- und Finanzierungsgesellschaften trotz der Erleichterungen im BMF-Schreiben vom 3.4.2007 stärker als bisher.

45 Vgl. FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426 f.: Zu Recht werde mit Blick auf § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994 vertreten, dass zwar das reine Halten von Beteiligungen nicht zur Annahme einer eigenen wirtschaftlichen Aktivität der zwischengeschalteten Gesellschaft ausreicht, dass aber die Übernahme von zusätzlichen Aufgaben als geschäftsleitende Holding oder als Finanzierungsgesellschaft insoweit ausreichen muss. So auch bereits BFH, 15.4.1970, I R 122/66, BStBl. II 1970, S. 554; vgl. ferner BFH, 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl. II 1981, S. 339; BFH, 29.7.1976, VIII R 142/73, BStBl. II 1977, S. 263 (hinreichende Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, wenn die Zwischengesellschaft in ihrem Sitzstaat und/oder Drittländern und im Inland Beteiligungen von einigem Gewicht erwerben soll).

2.4.2.3 Keine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb

Gemäss § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG ist die Quellensteuerentlastung zu versagen, wenn die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Dieses Substanz-Erfordernis war bislang Indiz für oder gegen das Vorliegen einer Briefkastengesellschaft. Laut Gesetzesbegründung soll eine substanzielle, dem Geschäftszweck angemessene Geschäftsausstattung für den Nachweis einer Gesellschaft, die mehr sein soll als eine Basis- oder Domicilgesellschaft, nach wie vor – auch aus Gründen der Administrierbarkeit – «unbedingt erforderlich» sein. Das BMF-Schreiben vom 3.4.2007 verlangt in Tz 8 daher unter Berufung auf das Cadbury Schweppes-Urteil des EuGH⁴⁶ das nachweisliche «greifbare Vorhandensein» eines substanziellen Geschäftsbetriebs. Im Einzelnen soll sich dessen Umfang nach dem Geschäftszweck der antragstellenden ausländischen Gesellschaft richten. In den kargen Ausführungen des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 wird allein auf bekannte Substanzerfordernisse (u. a. qualifiziertes Personal, Geschäftsräume und technische Kommunikationsmittel) verwiesen. Dagegen war die BFH-Rechtsprechung teilweise grosszügiger: So hatte der BFH ein zeitliches Moment als Anerkennungskriterium eingeführt, wenn die ausländische Gesellschaft auf gewisse Dauer und nicht nur vorübergehend angelegt war⁴⁷. Dies dürfte mit der Neuregelung hinfällig sein.

2.5 Tu quoque, Schweiz?

Zwar setzt Deutschland mit § 50d Abs. 3 EStG strenge Massstäbe an eine Quellensteuerentlastung. Doch auch die Schweiz gewährt die Vorteile aufgrund von DBA nur, wenn es sich beim Dividendenempfänger tatsächlich um den Nutzungsberechtigten (beneficial owner) handelt⁴⁸.

46 EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670.

47 Vgl. BFH, 25.2.2004, I R 42/02, BStBl. II 2005, 14 (Dublin Docks III); HÖLZEMANN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften, S. 830, 835. Eine rein einzelfall- bzw. geschäftsvorfallbezogene Einbindung sollte dagegen für eine funktionslose Basisgesellschaft sprechen. Ferner sollten laut BFH (19.1.2000, I R 94/97 und I R 117/97, BStBl. II 2001, 222 und IStR 2000, S. 182, Dublin Docks I und II; BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711) wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen, wenn die ausländische Gesellschaft auf eigene Rechnung und Gefahr tätig, also Trägerin von wirtschaftlichen Chancen und Risiken ist. Die Fortgeltung dieses Grundsatzes ist vor dem Hintergrund der Neuregelung zumindest fraglich.

48 Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Allgemeines VI Ziff. 31; vgl. dazu statt vieler

Diese Nutzungsberechtigung ist generelle Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Steuerentlastungen auf Grund internationaler Steuerabkommen der Schweiz⁴⁹. Nicht als Nutzungsberechtigte gelten, ähnlich wie in Deutschland, Empfänger in Form von Treuhändern oder «vorgesobenen Personen»⁵⁰, wobei es letztlich auf die wirtschaftlichen, nicht die rechtlichen Verhältnisse ankommt (substance over form). Unseres Erachtens stellt die ESTV zur Prüfung auf Indizien ab, die von § 50d Abs. 3 EStG nicht weit entfernt sind: Reine Holdinggesellschaften werden zuweilen nicht als Nutzungsberechtigte anerkannt, wenn sie nur eine Beteiligung halten (s. Abschn. 2.4.2.2), keine Infrastruktur haben (s. Abschn. 2.4.2.3) oder nicht über genügend Eigenkapital verfügen⁵¹. Vor der pauschalen Verurteilung der neuen deutschen Regelung ist daher zu warnen: «Einerseits wirbt die Schweiz international erfolgreich als Sitz- und Holdingstandort, andererseits weist sie gleichartige ausländische Strukturen zurück. Eine solche Politik kann sich des Vorwurfs der Scheinheiligkeit kaum erwehren ...»⁵².

3 Schweiz: Voraussetzungen des Holdingprivilegs

Aus Schweizer Sicht sind zunächst Formen der und Anforderungen an Holdinggesellschaften aufzuzeigen, bevor in Abschn. 4 Strukturüberlegungen im Hinblick auf § 50d Abs. 3 EStG n. F. angestellt werden.

3.1 Formen der Holdinggesellschaft

Der Begriff der Holdinggesellschaft bzw. der Holding (Kurzform) umschreibt keine eigenständige Rechtsform, sondern eine in der Praxis etablierte Organisationsform.

etwa LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 22 ff.

49 WL Dividendenzahlungen Ziff. 10a.; dazu RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 117, auch unter Verweis auf den Kommentar zum OECD-MA (Art. 10 Rn 12), wonach die Abkommensvergünstigungen nicht beansprucht werden können, wenn als Empfänger der Dividenden formal ein Vertreter oder Beauftragter zwischengeschaltet wird, während der tatsächliche Nutzungsberechtigte nicht abkommensberechtig ist.

50 Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Allgemeines VI Ziff. 31; dazu LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 23.

51 Vgl. RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 118.

52 RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 118.

Unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten wird unter einer Holding eine Unternehmung verstanden, deren betrieblicher Hauptzweck in einer auf Dauer angelegten Beteiligung an rechtlich selbständigen Unternehmen liegt⁵³. Je nachdem, wie viele Funktionen und Entscheidungen von der Holding wahrgenommen werden, spricht man von einer Strategie-, Management- oder Finanzholding.

Die *Strategie-Holding* vereinigt als schlanke Unternehmenszentrale die Konzernleitung, welche die Gesamtleitung der Gruppe ausübt und sich hauptsächlich mit strategischer Gesamtplanung, -führung und strategischem Controlling befasst.

Die *Management-Holding* vereinigt noch weitere Management-Supportfunktionen wie die Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation inkl. EDV-Unterstützung und weiterer sog. corporate services wie Steuer- und Rechtsberatung, Marketing, Konzernfinanzierung inkl. Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt und cash pooling, Personalberatung im Bereich der Führungskräfte etc.

Die *Finanzholding* übt regelmässig weder die operative noch die strategische Leitung der Tochtergesellschaften aus. Sie beschränkt sich zur Hauptsache auf die Vorgabe finanzieller Zielgrössen und die Zuteilung finanzieller Ressourcen zwecks Ertrags- und Wertoptimierung des Konzerns⁵⁴.

Aus steuerlicher Sicht finden wir die Ausgestaltung als Ober- oder Subholding bzw. Zwischenholding, als Auslandsholding oder als Landesholding⁵⁵.

Literatur und Praxis nennen hauptsächlich folgende Argumente, die für die Errichtung einer Holdingstruktur sprechen⁵⁶:

- Gewinn an Transparenz und Klarheit bezüglich der Führung und Organisation;
- grössere Flexibilität bei Akquisitionen, Zusammenschlüssen und Verkäufen;
- verbesserte Kapitalmarktfähigkeit (going public);
- grössere unternehmerische Freiheit, wenn das Stammhausgeschäft einer Aufsichtsgesetzgebung unterstellt ist (Beispiele: Versicherungen, Banken);

53 KESSLER, Die Euro-Holding. Steuerplanung, Standortwahl, Länderprofile, S. 9 ff.

54 Vgl. JAKOB, Strukturveränderungen bei Schweizer Konzernen. Gestaltungsformen, Trends und Steuerfolgen, S. 215, 216 f.

55 Von einer Auslandsholding wird regelmässig dann gesprochen, wenn diese Gesellschaft die Auslandsbeteiligungen hält, während in einer Landesholding die Beteiligungen innerhalb eines Landes gebündelt werden.

56 Vgl. ALLEMANN, Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten, S. 11; JAKOB, Strukturveränderungen im Konzern – Gestaltungsformen und Steuerfolgen, S. 161, 164.

- leichtere Nachfolgeregelung, insbesondere bei Familiengesellschaften;
- Steuervorteile.

3.2 Das schweizerische Holdingprivileg nach Art. 28 Abs. 2 StHG

Gemäss Art. 28 Abs. 2 StHG haben Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, deren statutarischer Zweck zur Hauptsache in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen besteht und die in der Schweiz keine Geschäftstätigkeit ausüben, keine Steuer auf dem Reingewinn zu entrichten, sofern die Beteiligungen oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge ausmachen. Die Netto-Erträge aus schweizerischem Grundeigentum werden dagegen zum ordentlichen Gewinnsteuertarif besteuert.

Im Rahmen dieses Beitrages interessieren hauptsächlich die beiden Tatbestandsmerkmale des statutarischen Holdingzwecks und des Verbots der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz bzw. die einer Schweizer Holding erlaubten Tätigkeiten, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.

3.2.1 Statutarischer Holdingzweck

Vorausgesetzt wird hiernach, dass der Holdingzweck, d. h. die dauernde Verwaltung von Beteiligungen, in den Statuten der Gesellschaft als an erster Stelle genannter Hauptzweck verankert ist und auch tatsächlich verfolgt wird⁵⁷. Als Nebenzwecke darf die Holding nur Tätigkeiten ausüben, die einerseits keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz darstellen und die andererseits gegenüber der Verwaltung von Beteiligungen lediglich eine untergeordnete Bedeutung erlangen dürfen.

3.2.2 Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz

Einigkeit besteht in der Literatur, dass dem Verbot der Geschäftstätigkeit in der Schweiz neben den übrigen Voraussetzungen (statutarische Verankerung des Holdingzwecks, Einhalten des Aktiven- bzw. Ertragstests) eine eigenständige Bedeutung zukommt und dass eine grundsätzlich erlaubte Geschäftstätigkeit im Ausland den vom Hauptzweck der Beteiligungsverwaltung vorgegebenen Rahmen der untergeordneten Bedeutung nicht sprengen darf⁵⁸.

Wie bereits die Kommission Steuerharmonisierung betonte, kommt dem Begriff des Verbotes der Geschäftstätigkeit die Aufgabe zu, «die Grenze abzustecken zwischen der tatsächlichen Beteiligungsverwaltung mit erlaubten Nebenzwecken und der Verfolgung von anderen Zwecken, die unter dem Holdingprivileg nicht mehr gestattet sind, also gemäss Gesetzeswortlaut eine Geschäftstätigkeit darstellen. Die Begriffe der Beteiligungsverwaltung (mit Nebenzwecken) und Geschäftstätigkeit stellen in diesem Sinne Gegensätze dar»⁵⁹. Gemäss Auffassung der Kommission Steuerharmonisierung ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Geschäftstätigkeit ausschliesslich auf die Holdinggesellschaft bezogen auszulegen⁶⁰. Im Ergebnis kommt die Kommission Steuerharmonisierung zum Schluss, dass mit dem Verbot der Geschäftstätigkeit (in der Schweiz) es der Holdinggesellschaft grundsätzlich nicht gestattet ist, «mittels einer industriellen, gewerblichen oder kommerziellen Tätigkeit als Produzent oder Anbieter von Waren, Immaterialgütern oder Dienstleistungen gegen aussen am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen mit dem Ziel, daraus über einen passiven Vermögensertrag hinaus durch eigene Wertschöpfung einen Ertrag zu erzielen. Im Rahmen der Beteiligungsverwaltung sind indessen Tätigkeiten als Nebenzwecke zulässig, die ihren Ursprung zur Hauptsache im Bestreben haben, die eigenen Beteiligungen zweckmässig und erfolgreich verwalten zu können»⁶¹.

Zum gleichen Schluss kommen Zuppinger/Böckli/Locher/Reich im bereits 1984 erschienenen Werk Steuerharmonisierung: «Eine gewisse Geschäftstätigkeit, die mit der zentralen Verwaltung der Beteiligungen im Zusammenhang steht, verträgt sich durchaus mit dem Holdingcharakter; sie ist sogar typisch für die echte Holding»⁶².

Das IFF-Gutachten⁶³ umschreibt die verbotene Geschäftstätigkeit und die zugelassene Beteiligungsver-

Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Domizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, S. 37 ff.

59 Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 102.

60 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 101 f. «Die Tatsache, dass der Begriff der Geschäftstätigkeit auch noch im Zusammenhang mit der Verwaltungsgesellschaft vorkommt, ist zwar gesetzgeberisch unschön, bedeutet aber keineswegs, dass es sich um denselben Begriff mit identischem Inhalt handelt» (Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 103, und die dort angeführten Literaturhinweise).

61 Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 103; gleichlautend MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.

62 ZUPPINGER/BÖCKLI/LOCHER/REICH, Steuerharmonisierung, S. 265, mit weiteren Literaturhinweisen.

63 WALDBURGER, Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Domizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, S. 61.

57 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 103; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 22.

58 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 112. Hinsichtlich der an sich erlaubten Geschäftstätigkeit im Ausland ist umstritten, ob diese das Vorhandensein einer Betriebsstätte im Ausland erfordere. Vgl. dazu WALDBURGER, Holding- und

tung auf anschauliche Art und Weise wie folgt: «Einer Holdinggesellschaft ist jede Tätigkeit zu verbieten, bei der sie nach aussen am schweizerischen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, während all jene in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten für die Zuerkennung und Aufrechterhaltung des Holdingstatus als unschädlich erachtet werden können, die sich auf den Geschäftsverkehr mit Gesellschaften beziehen, die der gleichen Unternehmensgruppe angehören.

Soweit Holdinggesellschaften im Rahmen der Beteiligungsverwaltung am schweizerischen Wirtschaftsverkehr teilnehmen, kann dies ebenfalls als zulässig erachtet werden.

Als Beteiligungsverwaltung sind alle Tätigkeiten zu bezeichnen, die bezwecken, die eigenen Beteiligungen sachgemäss und erfolgreich verwalten zu können. Darunter fallen u. E. auch die Finanzierung, das Auftreten am Kapitalmarkt und der Erwerb und die Veräusserung von Beteiligungen».

3.2.3 Zulässige Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in der Schweiz

Einzelne Kantone gliedern und umschreiben in ihren Weisungen oder Merkblättern die zulässigen Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in anschaulicher Art und Weise⁶⁴. Das MB Holdinggesellschaften SG enthält zudem einen für die Praxis bedeutungsvollen Hinweis, dass nämlich die Verhältnisse in einem weltweit tätigen Konzern mit zahlreichen Tochtergesellschaften von personenbezogenen Verhältnissen zu unterscheiden sind und dass die Grundsätze der zulässigen Nebentätigkeiten auch unter diesem Gesichtspunkt zu interpretieren sind⁶⁵.

Die Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH gliedert und umschreibt die zulässigen Nebenzwecke folgendermassen:

1. *Verwaltung der Holdinggesellschaft*: Darunter fallen die Geschäftsführung der Holdinggesellschaft, die Anlage des eigenen Vermögens, das eigene Rechnungswesen und Tätigkeiten, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Holding ergeben, wie die Ausübung von Verwaltungsratsfunktionen bei und Teilnahme an Generalversammlungen von Tochtergesellschaften.
2. *Hilfstätigkeiten für den Konzern*: Als zulässige Hilfstätigkeiten im Konzerninteresse werden u. a. erwähnt:
 - Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation;

- Marktforschung im Interesse des Gesamtkonzerns;
- Rechts- und Steuerberatung auf Konzernebene;
- Personalberatung im Bereich der Führungskräfte;
- Konzernfinanzierung durch zentrale Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt;
- Finanzierung der Tochtergesellschaften.

Diese sog. corporate services, zu denen auch weitere Dienstleistungen auf Konzernebene in den Bereichen Konzernkommunikation und Investor Relations, Internal Audit, Controlling, Risk Management und IT zu zählen sind⁶⁶, sind den Tochtergesellschaften zu marktmässigen Bedingungen zu verrechnen. «Die Entschädigungen der Tochtergesellschaften müssen (...) im Vergleich zum erzielbaren Ertrag aus dem beteiligungsbezogenen Bereich untergeordneten Charakter haben. Andernfalls ist von einer unzulässigen Geschäftstätigkeit auszugehen»⁶⁷.

3. *Führung von Tochtergesellschaften*: Auch hier gilt in erster Linie der Grundsatz, dass die Führung von Tochtergesellschaften im Vergleich zu den beteiligungsbezogenen Aktivitäten geringfügig sein muss: «Im Ergebnis muss eine Holdinggesellschaft mit untergeordneten Managementaufgaben und nicht eine Managementgesellschaft mit Beteiligungen vorliegen»⁶⁸. Vorausgesetzt wird ferner, dass die mit der Führung von Tochtergesellschaften beauftragten Personen bei der Holding angestellt sind oder, im Falle der Anstellung bei einer Konzern-Managementgesellschaft, der damit verbundene Aufwand der Holding belastet wird.
4. *Bewirtschaftung von Immaterialgüterrechten*: Bei der Bewirtschaftung von Immaterialgüterrechten wird ebenfalls gefordert, dass diese Tätigkeit im Vergleich zu den beteiligungsbezogenen Aktivitäten geringfügig sei. Gemäss Kommission Steuerharmonisierung ist die Frage, ob und inwieweit die Verwaltung und Verwertung von Immaterialgüterrechten eine zulässige Nebentätigkeit der Holding sei, aufgrund der konkreten Verhältnisse zu entscheiden⁶⁹. Einhellige Meinung in Literatur und Praxis ist, dass beim Einsatz von personellen Ressourcen in der Verwaltung von Patenten und bei der Bewirtschaftung von Lizenzen in der Regel eine mit der Besteuerung als Holdinggesellschaft nicht zu vereinbarende Ge-

64 So z. B.: MB Holdinggesellschaften SG; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH.

65 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.1.

66 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.4.

67 Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 25.

68 Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 26.

69 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105.

schäftstätigkeit vorliegt⁷⁰. Zum gleichen Ergebnis kommt die Kommission Steuerharmonisierung bezüglich der Verwertung von Produktmarken und von Konzernmarken⁷¹. Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Schaffung, Pflege und Bewirtschaftung des eigenen corporate brand zu den ureigensten Aufgaben einer Holdinggesellschaft gehört und infolgedessen als zulässige Nebentätigkeit einer Holding in der Funktion als Dachgesellschaft eines Konzerns anerkannt werden sollte⁷². Dies insbesondere auch deshalb, weil man mit der Unternehmenssteuerreform 1997 eine Aufwertung des Holdingstandortes Schweiz bezweckte⁷³.

3.3 Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die nachfolgend zu beurteilende Frage, ob eine Schweizer Holding eine eigene Wirtschaftstätigkeit iSv § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG ausüben könne, ist zunächst festzuhalten, dass Art. 28 Abs. 2 StHG primär eine von der Holding nach aussen gerichtete Geschäftstätigkeit in der Schweiz als mit dem Holdingstatus unvereinbar normiert. Zulässig sind jedoch Nebentätigkeiten bzw. Nebenzwecke, insbesondere die Erbringung von konzerninternen Dienstleistungen (sog. corporate services) an Tochtergesellschaften, sofern ihnen im Vergleich zur Beteiligungsfunktion lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt⁷⁴. Zudem sollte die Auslegung des Begriffs der verbotenen Geschäftstätigkeit bzw. der zulässigen Nebentätigkeit berücksichtigen, welcher Typus einer Holding im konkreten Einzelfall vorliegt, d. h. etwa eine börsenkotierte Holding mit zahlreichen Tochtergesellschaften im In- und Ausland oder aber eine personenbezogene Holding mit wenigen inländischen Tochtergesellschaften als Extremvarianten.

4 Deutschland-Schweiz: Anpassung bestehender Strukturen

4.1 Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz

Zunächst ist zu prüfen, ob § 50d Abs. 3 EStG auch im Verhältnis Deutschland-Schweiz Anwendung findet: Dagegen wird sich wohl nicht argumentieren lassen, § 50d Abs. 3 EStG verstosse gegen das DBA-D oder das ZBstA: Im Hinblick auf das DBA-D fällt wegen der weit gefassten Missbrauchsnorm von Art. 23 Abs. 1 die Geltendmachung eines treaty override nicht leicht⁷⁵: Art. 23 Abs. 1 gestattet die Anwendung der «innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung». Bei der Neufassung von Art. 23 DBA-D mit Wirkung zum 1.1.2004 bestand zwischen den Verhandlungspartnern Einvernehmen⁷⁶, dass unter Art. 23 Abs. 1 auch die anti-treaty shopping-Regelung von § 50d Abs. 3 EStG fällt. Hieran werden aus Sicht der deutschen Finanzverwaltung die im JStG 2007 eingefügten Verschärfungen nichts ändern, da sie Art. 23 DBA-D als dynamischen Verweis auf die – zur Begegnung zunehmender «Steuerplanungstechniken» mit dem Ziel der Umgehung der Besteuerung von Dividendenausüttungen gebotene – «Konkretisierung» von § 50d Abs. 3 EStG «als Missbrauchsregelung»⁷⁷ interpretieren dürfte. Die Berufung auf ein treaty override oder eine Ausnahme von der Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Fall abschliessender DBA-Missbrauchsregelungen (Tz 11 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007) ist daher im Verhältnis Deutschland-Schweiz problematisch⁷⁸. Führt die auf Art. 23 Abs. 1 DBA-D gestützte Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG zu einer Doppelbesteuerung, bleibt schliesslich, dass die zuständigen Behörden beider Vertragsstaaten (ohne Einigungszwang) über ihre Beseitigung beraten (Art. 23 Abs. 2, Art. 26 Abs. 3 DBA-D).

Eine Berufung auf das ZBstA und einen Verstoß von § 50d Abs. 3 EStG hiergegen dürfte wegen der Missbrauchsregelung in Art. 15 Abs. 1 und 2 ZBstA⁷⁹ nicht

70 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.6.; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 28; Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105.

71 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 28.

72 Ergebnis des Panelgesprächs und der Diskussion mit Teilnehmern des ISIS-Seminars zum Konzernsteuerrecht: Corporate Branding – Bewertungsfragen, Steueraspekte, Erfahrungen aus der Praxis (vom 26.9.2006), in Zürich.

73 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 106; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, StG ZH § 73 N 13.

74 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 107, die betonen, dass der Gesetzeswortlaut das tatsächliche Schwergewicht der Beteiligungsfunktion in quantitativer Hinsicht derart umschreibe, «dass entweder die Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder die Beteiligungserträge längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Erträge der Gesellschaft ausmachen müssen».

75 Vgl. KUBAILE, Erfreuliche Neuerungen im DBA Deutschland-Schweiz. Nullregelung, Missbrauchsvorschrift, Amtshilfeklausel, S. 646, 650.

76 Vgl. Art. VI Nr. 2 des Revisionsprotokolls zum DBA-D: «Es besteht Einvernehmen, dass die deutschen Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung die Bestimmungen von § 42 Abgabenordnung und von § 50d Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes umfassen.»

77 So die Gesetzesbegründung.

78 In der Gesetzesbegründung wird auf die in Deutschland verfassungsrechtlich gesicherte (BVerfG, 6.3.2002, 2 BvL 17/99, Rn 207) Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung verwiesen.

79 Hierzu vgl. LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, Nachtrag zu Teil II, S. 181c; HELBIG/WETLI, Zinsbe-

helfen: Nach Art. 15 Abs. 1 ZBstA werden Dividendenzahlungen von Tochtergesellschaften an Muttergesellschaften (Gleiches gilt nach Abs. 2 für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Gesellschaften oder ihren Betriebsstätten) im Quellenstaat nur «unbeschadet der Anwendung der innerstaatlichen oder (und) auf Abkommen beruhenden Vorschriften in der Schweiz und in den Mitgliedstaaten zur Verhütung von Betrug und Missbrauch» nicht besteuert⁸⁰.

4.2 Strukturierungsüberlegungen aus Schweizer Sicht

Soweit nicht schon die Muttergesellschaft der (Schweizer) Holding entlastungsberechtigt ist, sind die Anpassungsmöglichkeiten zu prüfen:

Wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der Schweizer Holding sind aus deutscher Sicht (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG) – neben ihrem statutarischen und faktischen Hauptzweck des Haltens von Beteiligungen (Art. 28 Abs. 2 StHG) – unseres Erachtens relativ leicht darstellbar: Zwar ist allein auf die Schweizer Gesellschaft abzustellen (§ 50d Abs. 3 S. 2 EStG); nur aus dem Konzernverhältnis selbst resultierende Gründe (etwa Koordination und Organisation, Aufbau von Kundenbeziehungen, Kosten, örtliche Präferenzen oder gesamtunternehmerische Konzeption) genügen nicht. Allerdings sollen nach der Gesetzesbegründung und Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 u. a. rechtliche Gründe genügen, wozu unseres Erachtens auch das Streben nach Haftungsausschluss durch Zwischenschaltung einer (Schweizer) Kapitalgesellschaft zählen sollte⁸¹.

Die Hürde von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG – die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb – dürfte ebenfalls zu nehmen sein: Erleichternd wirkt sich dabei aus, dass nach der Gesetzes-

begründung⁸² das Merkmal der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr schon dann erfüllt sein soll, wenn die Gesellschaft Dienstleistungen nur gegenüber einem Auftraggeber ausführt, also auch, wenn sie Dienstleistungen nur gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften erbringt. Eine eigene Wirtschaftstätigkeit der Schweizer Holding sollte damit unseres Erachtens durch selbst erbrachte, d. h. nicht an Dritte ausgelagerte Dienstleistungen für andere Konzerngesellschaften gegen ein gesondertes, einem Fremdvergleich standhalten- des Entgelt dargestellt werden können. Zusätzlich ist – im Umfang abhängig vom Geschäftszweck der Schweizer Gesellschaft – die von der deutschen Norm geforderte eigene Infrastruktur (bspw. qualifiziertes Personal, eigene Geschäftsräume und technische Kommunikationsmittel) vorzuhalten (vgl. Tz 8 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Diese deutschen Anforderungen sind unseres Erachtens auch unschädlich für die Voraussetzungen des Schweizer Holding-Privilegs (Abschn. 3.2). Sofern dagegen Holdingstrukturen ohne eigene personelle und/oder sachliche Infrastruktur vorliegen, können die neuen, verschärften Voraussetzungen von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG nicht erfüllt werden. Insbesondere bei einer Finanzholdinggesellschaft, die oftmals ohne eigenes Personal tätig wird, könnte dies im Einzelfall kritisch sein.

Neben § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 EStG sind die Prämissen von § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zu erfüllen. Unseres Erachtens stellt letztere, insbesondere wegen der nötigen Abstimmung mit den Schweizer Anforderungen, die wesentliche Neuerung im Hinblick auf die erfolgreiche Integration einer Schweizer Holding dar. Nach § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG muss die Schweizer Gesellschaft mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielen; nicht als eigene Wirtschaftstätigkeit gilt gemäss § 50d Abs. 3 S. 3 EStG die Verwaltung von Wirtschaftsgütern (insbesondere von Gesellschaftsbeteiligungen) oder das Übertragen der wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte.

Die Vergleichbarkeit und Abstimmung der jeweiligen nationalen Voraussetzungen in Deutschland und der Schweiz ist vor allem deshalb nicht ganz einfach, weil die im schweizerischen Steuerrecht verwendeten Formulierungen «keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz» bzw. «zulässige Nebentätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten» und der Begriff der «eigenen Wirtschaftstätigkeit» gemäss § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG inhaltlich nicht

steuerungsabkommen Schweiz-EU, Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen, S. 81 ff. und S. 959 ff.; RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 117 ff., auch zu den Missbrauchsvorschriften in der Mutter-Tochter-RL, der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, den DBA und den nationalen Rechtsordnungen.

80 Im Verhältnis zu anderen EU-Staaten helfen Deutschland zuletzt die Missbrauchsregelungen in Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL und in Art. 5 der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, die beide explizit eine Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Betrug oder Missbrauch gestatten (zu den möglichen Verstößen gegen die EU-Grundfreiheiten s. Fn 88).

81 In diesem Sinne auch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 579.

82 In der zu § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG an sich einschlägigen Tz 8 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 findet sich nichts zum Kriterium der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr; hilfsweise ist unseres Erachtens daher insoweit auf Tz 6.1 ff. zurückzugreifen.

deckungsgleich sind. Art. 28 Abs. 2 StHG verlangt nicht nur die statutarische Verankerung der Beteiligungsfunktion als primären Zweck der Gesellschaft, sondern auch ein tatsächliches diesbezügliches Schwergewicht der Tätigkeit. Andere Zwecke, neben der Verwaltung des eigenen Vermögens und dessen Anlage, können nur verfolgt werden, solange sie untergeordneten Charakter haben oder mit dem Hauptzweck zusammenhängen, wie etwa die Erbringung konzerninterner Dienstleistungen, die Ausübung von Konzernleitungsfunktionen oder die Finanzierung der eigenen Beteiligungsgesellschaften. Kernfrage ist damit, ob diese nach Schweizer Terminologie «zulässigen Nebentätigkeiten» das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer «eigenen Wirtschaftstätigkeit» erfüllen: Schliesslich genügt nach deutscher Gesetzeslage (§ 50d Abs. 3 S. 3 EStG) das Halten von Beteiligungen – nach Schweizer Recht (zwingender) Hauptzweck der Schweizer Holding – gerade nicht als «eigene Wirtschaftstätigkeit». Hier hilft unseres Erachtens das BMF-Schreiben vom 3.4.2007: Aus Schweizer Sicht wohl «zulässige Nebentätigkeiten» in Form konzerninterner Dienstleistungen genügen nämlich nach Tz 6.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 unter Umständen als «eigene Wirtschaftstätigkeit»: Nämlich dann, wenn diese Dienstleistungen gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden⁸³ und wenn sie (ggf. zusammen mit weiterer Wirtschaftstätigkeit) 10 % der gesamten Bruttoerträge der Schweizer Gesellschaft übersteigen. Auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen der eigenen Wirtschaftstätigkeit und etwaigen sonstigen Tätigkeiten der Schweizer Gesellschaft soll es hierbei nicht ankommen (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007), so dass entsprechende Aktivitäten der Schweizer Holding gegenüber anderen Konzerngesellschaften sub specie «eigene Wirtschaftstätigkeit» unseres Erachtens in den genannten Grenzen recht frei generiert werden können.

Beachtlich ist darüber hinaus auch die «Hilfestellung» in der Gesetzesbegründung und in Tz 6.2 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007: Hält die Schweizer Holding Anteile an deutschen Gesellschaften, übt sie hierdurch dann eine eigene Wirtschaftstätigkeit durch aktive Beteiligungsverwaltung aus, wenn sie Gesellschaftsbeteiligungen von einigem Gewicht erworben hat, um gegen-

über diesen (d. h. zwingend mehreren) Gesellschaften «geschäftsführende Funktionen» wahrzunehmen. Dies ist dem Holding-Privileg nicht abträglich (vgl. Abschn. 3.2). Kennzeichnend für geschäftsleitende Funktionen der Schweizer Gesellschaft sind nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Führungsentscheidungen von langfristiger Natur, Grundsätzlichkeit und Bedeutung für den Bestand der geleiteten deutschen Beteiligungsgesellschaften. Die Durchführung nur einzelner Geschäftsfunktionen, etwa Lizenzverwertung und/oder Kreditgewährung, genügen nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 dagegen nicht für die Qualifikation als aktive Beteiligungsverwaltung, ebenso wenig nur kurzfristige oder ausführungsbezogene Entscheidungen. Schliesslich darf die Schweizer Gesellschaft die eigene Wirtschaftstätigkeit nach § 50d Abs. 3 S. 3 EStG nicht (etwa auf Anwaltskanzleien oder Managementgesellschaften) out-sourcen; sie muss ferner die eigene Wirtschaftstätigkeit in der Schweiz, also nicht etwa durch eine gewerblich tätige aktive ausländische Betriebsstätte, ausüben (Tz 6.4 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

Ist dies alles erfüllt, zählen die Dividendenzahlungen der geleiteten deutschen Gesellschaften zu den aktiven Erträgen der Schweizer Holding (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Durch «geschäftsführende Tätigkeit» kann die Schweizer Holding die Hürde von § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG unseres Erachtens also auch ohne zusätzliche Dienstleistungen nehmen. Sofern die Schweizer Holding in einem Wirtschaftsjahr keine entsprechenden Dividenden erträge vereinnahmt, ist das 10 %-Kriterium der eigenen Wirtschaftstätigkeit ggf. in Gefahr. Allerdings hat die deutsche Finanzverwaltung hier für etwaige Schwankungen moderate Ausnahmen geschaffen: Betragen in einem Wirtschaftsjahr die anteiligen Bruttoerträge aus dem aktiven Bereich der Gesellschaft nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge der Gesellschaft, ist dies unschädlich, wenn die 10 %-Grenze in den vorangegangenen drei Wirtschaftsjahren überschritten wurde oder – bei einer neu gegründeten Gesellschaft – in den drei der Gründung folgenden Wirtschaftsjahren voraussichtlich überschritten wird (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

Fazit: Ob ein Konflikt der Voraussetzungen des schweizerischen Holdingprivilegs mit denjenigen von § 50d Abs. 3 EStG besteht, hängt primär von der sachgerechten Auslegung der unterschiedlich verwendeten Formulierungen «keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz» bzw. «zulässige Nebentätigkeiten» und «eigene Wirtschaftstätigkeit» ab. Bei sachgerechter Auslegung besteht unseres Erachtens ein ausreichender steuergestalterischer Spielraum. Entsprechende Gestaltungen sind ggf. durch verbindliche Auskünfte der Schweizer und der deutschen Steuerbehörden abzusichern.

83 Vgl. KESSLER/EICKE, Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, S. 781, 785, 786: Mit dieser Formulierung stelle die Finanzverwaltung implizit klar, dass sie nur die management service fee als Entgelt für einen Leistungsaustausch – und keine Verrechnung der Leistung innerhalb eines Pools mittels Umlagevertrages – akzeptiere. Zur nötigen Dokumentation und Angemessenheit der management service fees vgl. ebenfalls dort, S. 781, 785, 786.

Ergänzend hinzuweisen ist auf einen derzeit diskutierten weiteren Lösungsansatz⁸⁴: Bei der Prüfung, ob Personen an der Gesellschaft beteiligt sind, denen die Quellensteuerentlastung bei unmittelbarem Erzielen der Einkünfte nicht zustände (§ 50d Abs. 3 S. 1 Hs. 1 EStG), vertritt die Finanzverwaltung wohl die Auffassung (Tz 4 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007), dass nur auf die unmittelbar, nicht aber auf die mittelbar an der (Schweizer) Gesellschaft Beteiligten abzustellen sei. Dieser prinzipielle Nachteil – bei bestehender Entlastungsberechtigung einer nur mittelbar beteiligten Obergesellschaft – lässt sich, so der diskutierte Ansatz, in einen Vorteil verkehren, nämlich durch eine Doppel-Holdingstruktur: In diesem Fall würde die Schweizer Holding-Kapitalgesellschaft von einer weiteren, bspw. Schweizer Kapitalgesellschaft gehalten, der bei unmittelbarer Beteiligung an den deutschen Kapitalgesellschaften gleichfalls der Nullsatz von Art. 10 Abs. 3 DBA-D zustände. Auf die weiteren Prämissen in § 50d Abs. 3 EStG käme es nicht mehr an. Ob dieser Ansatz vor deutschen Finanzämtern und -gerichten bestehen wird, ist derzeit aber noch nicht gesichert⁸⁵.

Ähnliches gilt im Hinblick auf den möglichen Verstoss von § 50d Abs. 3 EStG gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit⁸⁶: Selbst ein entsprechendes Verdikt des EuGH wird der Schweiz zumindest solange nichts nützen, wie der deutsche Gesetzgeber nicht (wieder) aktiv wird und § 50d Abs. 3 EStG anpasst. Die Niederlassungsfreiheit erfasst nach Art. 43 und 48 EG-Vertrag nämlich prinzipiell nur Angehörige eines EU-Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen EU-Mitgliedstaats. Im Verhältnis zur Schweiz hilft allenfalls die Kapitalverkehrsfreiheit, die nach Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag auch in Bezug auf Drittstaaten gilt⁸⁷. Neuerdings gibt es aber

eine Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH⁸⁸, wonach ein entsprechendes Verfahren ausgeschlossen sein könnte, wenn ein Anwendungsfall der Niederlassungsfreiheit vorliegt. Diese Tendenz wurde jüngst in der EuGH-Entscheidung *Lasertec*⁸⁹ bestätigt: Dort stellte der EuGH fest, dass eine nationale Vorschrift, deren Anwendung den sicheren, bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen und Tätigkeiten einer Gesellschaft erfordert, in den sachlichen Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit – und nicht etwa der Kapitalverkehrsfreiheit – fällt. Betreffend der Frage, ob ein sicherer und bestimmender Einfluss auf die Entscheidungen und Tätigkeiten der Gesellschaft vorliegt, soll nach den EuGH-Ausführungen auf die jeweilige nationale Steuernorm abgestellt werden⁹⁰. Die weitere Rechtsentwicklung, die für Drittstaaten wie die Schweiz elementar ist, bleibt abzuwarten.

4.3 Auswirkung auf Freistellungsbescheinigungen

In jedem Fall müssen Schweizer Gesellschaften künftig Folgendes zu deutschen Freistellungsbescheinigungen beachten (vgl. Tz 15 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007): Solche Bescheinigungen, bei deren Vorliegen der Schuldner der Kapitalerträge oder Vergütungen den Quellensteuereinbehalt auf Dividenden und Lizenzen nach § 50d Abs. 2 EStG unterlassen darf, erteilt das Bundeszentralamt für Steuern (nachfolgend: BZSt) im Hinblick auf die 10 %-Grenze von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG grundsätzlich nur mehr unter Widerrufsvorbehalt. Ferner hat die Schweizer Gesellschaft den Wegfall der Freistellungsbedingungen, insbesondere die Nichterfüllung der 10 %-Grenze, dem BZSt unverzüglich mitzuteilen. Erstreckt sich die Bescheinigung auf laufende oder künftige Wirtschaftsjahre, muss die Schweizer Gesellschaft auf Verlangen des BZSt nachträglich den Nachweis erbringen, dass die 10 %-Grenze der eigenen Wirtschaftstätigkeit erfüllt ist (vgl. Tz 15 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

84 Vgl. dazu und zu den Hintergründen KESSLER/EICKE, *Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach*, S. 2 f.

85 Vgl. KESSLER/EICKE, *Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach*, S. 2.

86 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn 40.

87 Nach Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag sind vorbehaltlich der folgenden Vorschriften alle Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten. Allerdings ist hinsichtlich der Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz Art. 58 EG-Vertrag zu prüfen: Hiernach bleibt das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohn- oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln, und die unerlässlichen Massnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften insbesondere auch auf dem Gebiet des Steuerrechts zu verhindern, von Art. 56 EG-Vertrag unberührt. Dagegen dürfte Art. 57 Abs. 1 EG-Vertrag eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit durch § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz nicht zulassen: Nach Art. 57 Abs. 1 EG-Vertrag bleiben zwar am 31.12.1993 bestehende Beschränkungen von

Art. 56 EG-Vertrag unberührt (Stillhalteklause). § 50d Abs. 3 EStG n. F. dürfte aber – trotz Einführung des ursprünglichen Missbrauchstatbestandes mit dem StMBG (vgl. Fn 11) – wegen der damals anders gearteten Regelung nicht von der Stillhalteklause erfasst werden.

88 Vgl. EuGH, 3.10.2006, Rs C-452/04 (*Fidium Finanz AG*), IStR 2006, S. 754, 756, Tz 49; EuGH, 13.3.2007, Rs C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), IStR 2007, S. 249, 251, 257, Tz 26 ff. und 101; vgl. auch schon EuGH *Cadbury Schweppes* (Fn 38), Tz 33.

89 EuGH, 10.5.2007, Rs C-492/04 (*Lasertec*), IStR 2007, S. 439 f., Tz 18 ff.; vgl. auch EuGH, 24.5.2007, Rs C-157/05 (*Holböck*), IStR 2007, S. 441 f., Tz 22 ff.

90 Vgl. EuGH, 10.5.2007, Rs C-492/04 (*Lasertec*), IStR 2007, S. 439 f., Tz 22 f. mwN.

5 Ergebnis

Schweizer Holdingstrukturen stehen vor neuen Herausforderungen. Dabei werden sie in diesem Fall nicht (nur) aus Brüssel torpediert, sondern auch von deutscher Seite – denn die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG kann zum Ausschluss bei der Entlastung von deutschen Quellensteuern auf Dividenden, Zinsen und Lizenzen führen. Mögliche Anpassungen der Struktur wurden vorstehend dargestellt; für eine Entlastung von deutschen Quellensteuern sollten sie bei Bedarf alsbald umgesetzt werden. Aus Schweizer Sicht ist entscheidend, dass die Holdinggesellschaft eine «zulässige Nebentätigkeit» ausübt, die aus deutscher Sicht «eigene Geschäftstätigkeit» darstellt. Dabei sollte eine mit entsprechenden personellen Ressourcen und entsprechender Infrastruktur ausgestattete Schweizer Management- oder Strategieholding die Hürde von § 50d Abs. 3 EStG meistern können, ohne dass sie schweizerischerseits den Verlust des Holdingprivilegs riskieren muss. In der Praxis sehen wir das grösste Risiko für reine Finanzholdinggesellschaften ohne Fachpersonal, die praktisch keine konzerninternen Dienstleistungen erbringen und über mehrere Jahre keine oder nur geringe Dividendeneinkünfte erzielen. Diese Tatbestandsmerkmale sind bei minimal ausgestatteten Zwischenfinanzholdings in wirtschaftlich schwierigen Jahren nicht selten anzutreffen. Entwarnung gilt nur, falls die (Schweizer) Holding die «Börsen- oder Fondsvoraussetzung» erfüllt oder soweit entlastungsberechtigte Gesellschafter an ihr beteiligt sind.

Möglicherweise helfen am Ende die Gerichte: Mit § 50d Abs. 3 EStG n. F. verletzt der deutsche Gesetzgeber voraussichtlich Europarecht. Da bereits die deutschen erstinstanzlichen Finanzgerichte tendenziell häufig den Vorlageweg nach Luxemburg beschreiten, wird es wohl nur eine Frage der Zeit sein, bis entsprechende Verfahren dem EuGH zur Entscheidung vorliegen. Schweizer Investoren ist es aber zu empfehlen, selbst tätig zu werden. Wie die deutsche Finanzverwaltung die verschärften Regelungen prüft, wird aus dem nachfolgend abgedruckten Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG des Bundeszentralamtes für Steuern ersichtlich.

Anhang: Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007

1. Handelt es sich bei der Antragstellerin um eine Gesellschaft, für deren Hauptgattung der Aktien ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet?
Bitte reichen Sie geeignete Unterlagen ein, die dieses belegen.
2. Gelten für die Antragstellerin die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes bzw. liegt ausländisches Investmentvermögen des Ka-

pitalgesellschaftstyps (d. h. mit einer Investmentaktiengesellschaft i.S.v. § 2 Abs. 5 Investmentgesetz vergleichbare Konstruktionen) vor?

3. Ist die Firma in ein Handelsregister eingetragen? Bitte fügen Sie einen Auszug bei.
4. a) Welche Gesellschafter/Gesellschaften sind an der Antragstellerin beteiligt?
Bitte geben Sie deren Namen und genauen Anschriften an. Sollten mehrere Gesellschafter/Gesellschaften an der Antragstellerin beteiligt sein, geben Sie bitte ebenfalls den prozentualen Anteil der Beteiligung an. Die Konzernverhältnisse sind detailliert anzugeben.

HINWEIS: Bei juristischen Personen muss sich die Auskunft jeweils auf die Personen beziehen, die die juristische Person letztendlich beherrschen.
- b) An welchen Firmen im In- und Ausland ist die Antragstellerin beteiligt?
5. Welche Gründe waren für die Einschaltung der Antragstellerin massgebend?
Bitte nehmen Sie hierzu ausführlich Stellung.
6. Entfaltet die Antragstellerin eine eigene (aktive) Wirtschaftstätigkeit?
Legen Sie bitte Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen der Antragstellerin für die Wirtschaftsjahre vor. Konsolidierte Abschlüsse sind als Nachweis nicht geeignet.

HINWEIS: Eine eigene Wirtschaftstätigkeit setzt eine über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinausgehende Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr voraus. Der nicht vermögensverwaltende (aktive) Bereich der Gesellschaft darf im Verhältnis zum vermögensverwaltenden (passiven) Bereich nicht unwesentlich sein. Der notwendige Umfang der eigenen Wirtschaftstätigkeit muss gem. § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG 10 Prozent betragen. Betragen in einem Wirtschaftsjahr die anteiligen Bruttoerträge aus dem aktiven Bereich der Gesellschaft nicht mehr als 10 Prozent der gesamten Bruttoerträge der Gesellschaft, ist dies unschädlich, wenn die 10-Prozentgrenze in den vorangegangenen drei Wirtschaftsjahren überschritten wurde oder bei einer neu gegründeten Gesellschaft in den drei nachfolgenden Wirtschaftsjahren voraussichtlich überschritten wird.

7. a) Hat die Antragstellerin im Land ihres Sitzes einen eigenen für ihren Geschäftszweck eingerichteten Geschäftsbetrieb oder nur eine Betriebsstätte, ein Verwaltungsbüro oder nur ihren formellen Rechtssitz?

b) Legen Sie bitte einen Organisationsplan der ausländischen Firma vor, aus dem die Funktionsbereiche und die ihnen zugewiesenen Aufgaben im Einzelnen ersichtlich sind.

c) Seit wann unterhält die Antragstellerin einen eigenen Geschäftsbetrieb?
Bitte reichen Sie als Nachweis geeignete Belege, z. B. Mietverträge, ein.

d) Bestehen eigene Telefon- und Faxanschlüsse?
Geben Sie bitte die Nummern der Telefon- und Faxanschlüsse an, und legen Sie die entsprechenden Gebührenbelege vor.
Bitte geben Sie auch ggf. vorhandene E-Mail- und Internetadressen an.

e) Wie viele Arbeitnehmer werden von der Antragstellerin beschäftigt und welche Tätigkeiten wurden Ihnen übertragen?
Legen Sie bitte Anstellungsverträge sowie die Anmeldung bei

den Sozialversicherungsträgern vor. Belegen Sie bitte die Zahlung der Gehälter.

8. a) Welchen Personen obliegt die Geschäftsführung für den kaufmännischen Bereich, die Produktion, den Vertrieb und den Verwaltungsbereich (Namen und genaue Anschriften)?
- b) Wer leitet die Geschäfte/trifft die Entscheidungen?
- c) Wer verfügt über die notwendigen Branchenkenntnisse?
- d) Welches ist der Hauptberuf des Geschäftsführers?
- e) Übt der Geschäftsführer noch weitere Funktionen, z. B. bei anderen Gesellschaften/Firmen, aus?
- f) Handelt es sich bei dem ausländischen Geschäftsführer um einen Rechtsanwalt, Rechtsbeistand, Berater, Steuer- oder Wirtschaftsberater oder ein Treuunternehmen?
- g) Werden tatsächlich Geschäftsführergehälter gezahlt? Wie hoch sind diese jährlich?
- h) Werden neben den Vergütungen für Geschäftsführung und/oder Vorstandstätigkeit weitere Gehälter gezahlt?

Amtssprache

Gemäss § 87 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) ist die Amtssprache Deutsch.

Dem Antwortschreiben ist daher eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen (§ 87 Abs. 2 AO). Gleiches gilt für die erbetenen Unterlagen.

Beweislast/erhöhte Mitwirkungspflicht

Die Unterlagen und Auskünfte werden gemäss § 88 Abgabeordnung (AO) erbeten. Nach § 90 Abs. 2 AO haben die Beteiligten bei Sachverhalten, die sich auf Vorgänge ausserhalb Deutschlands beziehen, eine erhöhte Mitwirkungspflicht bezüglich der Klärung dieser Sachverhalte.

Da Auslandssachverhalte nicht vor Ort von den Finanzbehörden ermittelt werden können, müssen die Beteiligten die Sachverhalte im Inland darlegen und nachweisen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs sind sie gehalten, Unterlagen aus dem Ausland ins Inland zu schaffen und hier vorzulegen. Die Vorlage von Bilanzen und Erfolgsrechnungen gehört zum Mindeststandard der erhöhten Mitwirkungspflicht (BFH v. 16.04.1986, BStBl. II, S. 736).

Auch im Steuerrecht gilt, dass derjenige, der anspruchsbegründende Tatsachen behauptet, für das Vorliegen der den Anspruch begründenden (richtig: begründenden) Tatsachen die objektive Beweislast trägt (vgl. Urteile des Bundesfinanzhofs [BFH] vom 20.01.1978 VI R 193/74 BFHE 124, 508, BStBl. II 1978, S. 338; vom 03.06.1987 III R 205/81, BStBl. II 1987, S. 675; vom 02.12.2004 III R 49/03, BStBl. II 2005, S. 483). Mängel im Nachweis der Voraussetzungen für den Erstattungsanspruch sowie Verletzungen der abgabenrechtlichen Mitwirkungspflichten gehen danach zu seinen Lasten.

Literatur

ALLEMANN RICHARD, Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten, Bern/Stuttgart/Wien 1997

BÜNNING MARTIN/MÜHLE SABINE ANJA, Jahressteuergesetz 2007: Der Regierungsentwurf zur Änderung des § 50d Abs. 3 EStG, BB 2006, S. 2159 ff.

DUSS MARCO/VON AH JULIA/RUTISHAUSER FRANK, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Bd. I/1, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 2002

FISCHER MICHAEL, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, DStR 2006, S. 2281 ff.

GROTHERR SIEGFRIED, Keine deutsche Kapitalertragsteuerentlastung bei Einschaltung einer ausstattungslosen Zwischenholdinggesellschaft im Ausland – Nichtanwendungserlass zur Hilversum II-Entscheidung des BFH, IStR 2006, S. 361 ff.

GÜNKEL MANFRED/LIEBER BETTINA, Braucht Deutschland eine Verschärfung der Holdingregelung in § 50d Abs. 3 EStG?, DB 2006, S. 2197 ff.

HAARMANN WILHELM, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, IStR 2005, S. 713

HELBING ANDREAS/WETLI ROGER, Zinsbesteuerungsabkommen Schweiz-EU. Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen, ST 2006, S. 81 ff. und S. 959 ff.

HERGETH ARMIN/ETTINGER JOCHEN, Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 31.5.2005 zu § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2006, S. 307 ff.

HÖLZEMANN STEFAN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften – Sind eigenes Personal, eigene Geschäftsräume und eine Geschäftsausstattung noch erforderlich?, IStR 2006, S. 830 ff.

JACOB FRIEDHELM/KLEIN MARTIN, Anmerkung zu BFH vom 20.3.2002, I R 38/00, IStR 2002, S. 600 ff.

– Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, IStR 2005, S. 711 ff.

JACOBS OTTO H. (Hrsg.), Internationale Unternehmensbesteuerung, 5. A., München 2002

JAKOB WALTER, Strukturveränderungen bei Schweizer Konzernen. Gestaltungsformen, Trends und Steuerfolgen, ST 1992, S. 215 ff.

– Strukturveränderungen im Konzern – Gestaltungsformen und Steuerfolgen, StR 1990, S. 161 ff.

JAKOB WALTER/KUBAILE HEIKO, Missbrauchsnorm greift Schweizer Holdingstrukturen an, Finanz und Wirtschaft vom 6.12.2006, S. 29

KESSLER WOLFGANG, Die Euro-Holding. Steuerplanung, Standortwahl, Länderprofile, München 1996

KESSLER WOLFGANG/EICKE ROLF, Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach, *Tax Planning International Review* 5/2007, S. 2 f.

- Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, *DStR* 2007, S. 781 ff.
- Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, *IStR* 2006, S. 577 ff.

KOLB ANDREAS, Dividendenbesteuerung im schweizerisch-deutschen Verhältnis, *IWB* 2/2002, Fach 5, Schweiz, Gruppe 2, S. 515 ff.

KORTS SEBASTIAN, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02, *IStR* 2006, S. 427 ff.

KUBAILE HEIKO, Aktuelle Änderungen im DBA-Schweiz, *PIStB* 2003, S. 209 ff.

- Erfreuliche Neuerungen im DBA Deutschland-Schweiz. Nullregelung, Missbrauchsvorschrift, Amtshilfeklausel, *ST* 2003, S. 646 ff.

KUBAILE HEIKO/BUCK CHRISTIAN, Das Jahressteuergesetz 2007 hat auch internationale Steuergestaltungen erschwert, *PIStB* 2007, S. 78 ff.

KUBAILE HEIKO/SUTER ROLAND/JAKOB WALTER, *Der Steuer- und Investitionsstandort Schweiz*, 1. A., Herne/Berlin 2006

LUTZ GEORG, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, Zürich/Basel/Genf 2005

NIEDRIG HANS-PETER, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, *IStR* 2003, S. 474 ff.

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, *Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz*, 2. A., Zürich 2006

RIEDWEG PETER/HEUBERGER RETO, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, *FStR* 2006, S. 29 ff. und S. 110 ff.

SIEKER KLAUS, Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50d Abs. 1a EStG?, *IStR* 1996, S. 57 ff.

STOSCHEK UWE/PETER ALEXANDER F., § 50d Abs. 3 EStG – erste Rechtsprechung zu einer verfehlten Missbrauchsvorschrift – Vereinbarkeit von § 50d Abs. 3 EStG mit Europarecht? –, *IStR* 2002, S. 656 ff.

WALDBURGER ROBERT, Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Do-

mizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, Zürich 1996

ZUPPINGER FERDINAND/BÖCKLI PETER/LOCHER PETER/REICH MARKUS, *Steuerharmonisierung*, Bern 1984

Rechtsquellen

AO, Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 3866, *BGBI. I* 2003, S. 61

AStG, Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) vom 8.9.1972, *BGBI. I* 1972, S. 1713

DBA-D, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (vom 11.8.1971), *SR* 0.672.913.62

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), *SR* 642.11

EG-Vertrag, Konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, *ABl. EG* 2002 Nr. C 325, S. 33

EStG, Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 4210, *BGBI. I* 2003, S. 179

EURLUmsG, Gesetz zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 9.12.2004, *BGBI. I* 2004, S. 3310, 3843

GAufzV, Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Abs. 3 der Abgabenordnung vom 13.11.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2296

InvG, Investmentgesetz vom 15.12.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2676

InvStG, Investmentsteuergesetz vom 15.12.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2676, 2724

JStG 2007, Jahressteuergesetz 2007 vom 13.12.2006, *BGBI. I* 2006, S. 2878

KStG, Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 4144

Mutter-Tochter-RL, RL 90/435/EWG des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (vom

23.7.1990), ABl. EG 1990 Nr. L 225, S. 6, Nr. L 266, S. 20, 1997 Nr. L 16, S. 98 (zuletzt geändert durch die RL 2003/123/EG [vom 22.12.2003], ABl. EU 2004 Nr. L 7, S. 41)

Revisionsprotokoll zum DBA-D, Revisionsprotokoll zu dem Abkommen vom 11.8.1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, in der Fassung des Protokolls vom 21.12.1992 (mit Verhandlungsprotokoll) (vom 12.3.2002), SR 0.672.913.623 bzw. BT-Drucks. 14/9201

SolzG 1995, Solidaritätszuschlaggesetz 1995 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002, BGBl. I 2002, S. 4130

StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14

StMBG, Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts (Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz) (vom 21.12.1993), BGBl. I 1993, S. 2310

StÄndG 2001, Steueränderungsgesetz 2001 (vom 20.12.2001), BGBl. I 2001, S. 3794

Unternehmenssteuerreform 1997, BG über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 (vom 10.10.1997), AS 1998, S. 669 ff.

WpHG, Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz) (in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.9.1998), BGBl. I 1998, S. 2708

ZBstA, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (mit Anhängen und Memorandum) (vom 26.10.2004), SR 0.641.926.81

Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, RL 2003/49/EG des Rates über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (vom 3.6.2003), ABl. EU 2003 Nr. L 157, S. 49 (geändert durch Richtlinie 2004/66/EG [vom 26.4.2004], ABl. EU 2004 Nr. L 168, S. 35)

BMF-Schreiben und andere Praxisanweisungen

BMF-Schreiben vom 28.6.2005, IV B 1 - S 1316 - 42/05, BStBl. I 2005, S. 858

BMF-Schreiben vom 3.4.2007, IV B 1 - S 2411/07/0002 – Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften; Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007, BStBl. I 2007, S. 446

BMF-Schreiben vom 30.1.2006, IV B 1 - S 2441 - 4/06, BStBl. I 2006, S. 166

MB Holdinggesellschaften SG, Merkblatt Holdinggesellschaften des KStA St.Gallen (vom 1.9.2003), St.Galler Steuerbuch (StB) 92 Nr. 1

Steuerentlastungen auf Grund von DBA, ESTV, Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Loseblattwerk, Bern

Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH, Weisung der FD des Kantons Zürich über die Besteuerung von Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischten Gesellschaften (vom 17.10.2000), Zürcher Steuerbuch Teil 1/Bd. 1 Nr. 26/051

WL Dividendenzahlungen, WL der ESTV betreffend die Aufhebung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf Dividendenzahlungen zwischen verbundenen Kapitalgesellschaften im Verhältnis zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (vom 15.7.2005)

Materialien und Berichte

Gesetzesbegründung zum JStG 2007 vom 25.9.2006, BT-Drucks. 16/2712, S. 60

Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Konferenz Staatlicher Steuerbeamter, Kommission Steuerharmonisierung, Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Muri/Bern 1995

OECD-MA, OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, 15 July 2005, Paris 2005