

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

**Veranstalter:**

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

**Vortragender:**

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## GLIEDERUNG

### A. Überblick „Treaty Shopping“

1. Begriff
2. Ziele

### B. „Treaty Shopping“ Gestaltungen

1. Outbound Investments
2. Inbound Investments

### C. Maßnahmen gegen „Treaty Shopping“

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

### D. Kritik

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## A. ÜBERBLICK „TREATY SHOPPING“

### 1. Begriffsdefinition

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

#### **I. Merkmale**

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

#### **II. Wörtlich**

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## A. ÜBERBLICK „TREATY SHOPPING“

### 2. Hauptziel

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

#### *I. Beispiele*

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

#### *II. Grundsätzlich*

**Steuerersparnis > Zusätzliche Kosten durch (Um-) Gestaltung**



**„Treaty Shopping“ vorteilhaft**

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### *I. Freistellung ausländischer Einkünfte*

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

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

##### ➤ Ziele

- **Abweichendes innerstaatliches Steuerrecht**
  - ➔ *Anwendung unterschiedlicher DBA-Bestimmungen auf ein und denselben Sachverhalt*
  - ➔ *Beispiel zur atypisch stillen Beteiligung*
  
- **Vergleichbare innerstaatliche Rechtslage**
  - ➔ *Annahme von unterschiedlichen Sachverhalten*
  - ➔ *Beispiel zur Veräußerung von Immobilienbesitz über schwedische KG*
  
- **Vergleichbare innerstaatliche Rechtslage + selber Sachverhalt**
  - ➔ *Anwendung unterschiedlicher DBA-Bestimmungen*

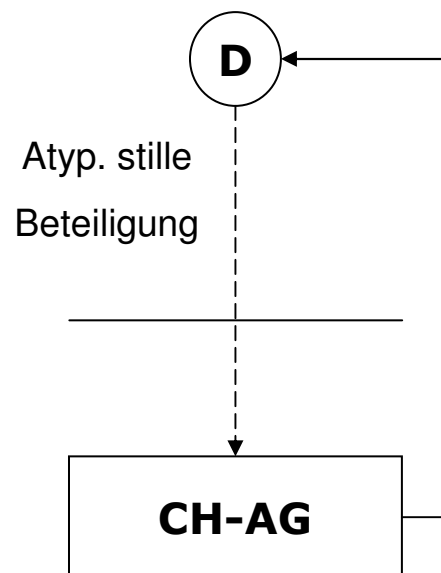
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

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



#### Behandlung in D

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

#### Behandlung in CH

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

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

- ➔ Steuerliche Belastung = Zinsquellensteuer in CH

#### Problem:

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

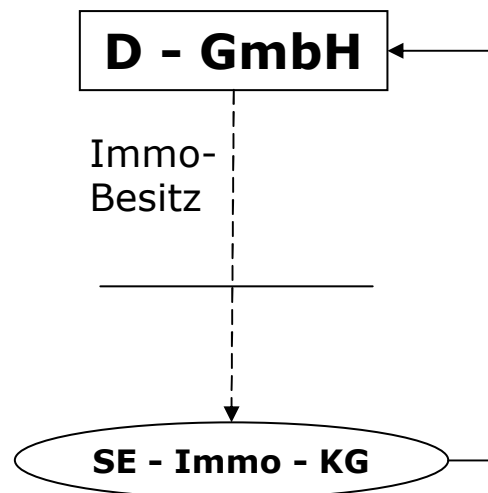
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### II. Nutzung von Qualifikationskonflikten

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



#### Behandlung in D

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

#### Behandlung in SE

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

**Ergebnis:** Weißer Veräußerungsgewinn

#### Problem

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

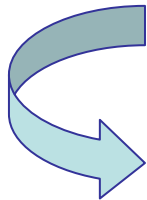
## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### III. Nutzung von Subsidiaritätsregeln

➤ **Ziel**

Zuordnung von Dividenden, Zinsen, Lizenzen zu einer ausländischen Betriebsstätte



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

➤ **Problem**

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

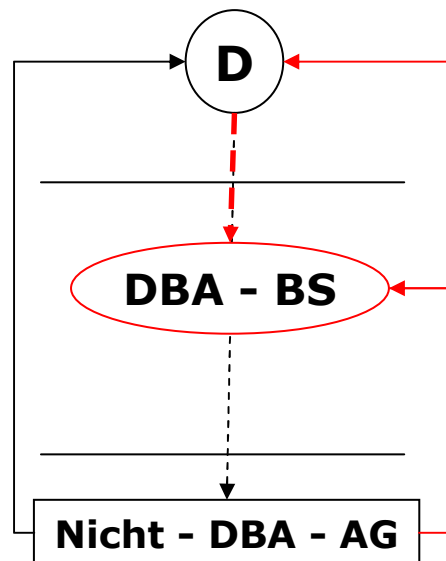
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### III. Nutzung von Subsidiaritätsregeln

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



#### Behandlung in D

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

#### Ergebnis:

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

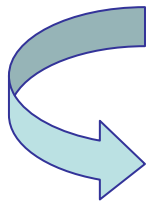
## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### IV. Reduzierung ausländischer Quellensteuern

➤ **Ziel**

Ausländische Quellensteuern wirken bei deutscher KapGes als Definitivbelastung



**Reduzierung der QSt durch Zwischenholding**

➤ **Problem:**

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

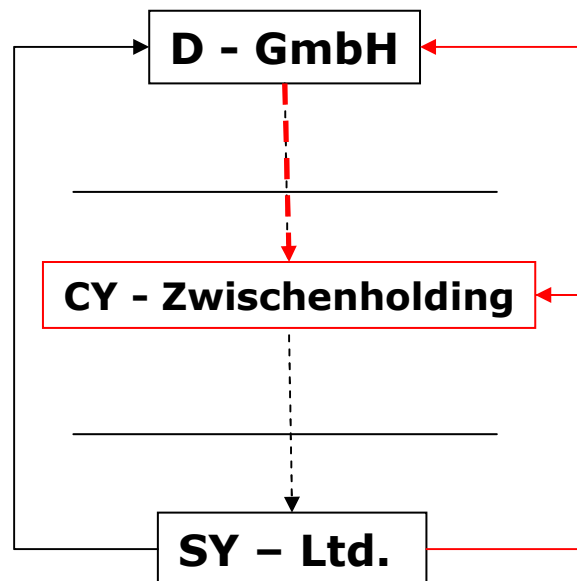
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 1. Outbound Investments

#### IV. Reduzierung ausländischer Quellensteuern

- Beispiel: Dividendeneinkünfte über DBA - Zwischenholding



#### Behandlung in SY

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

#### Behandlung in CY

- 2. Keine QSt gem. MTRL**

**Ergebnis:** Umgehung ausl. QSt

#### Folge:

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

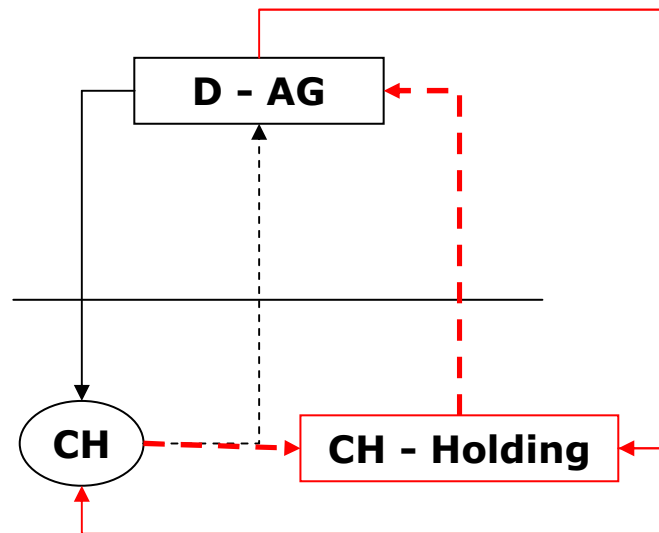
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 2. Inbound Investments

#### I. Reduzierung deutscher Quellensteuer (Dividenden)

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



#### Behandlung in D

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

**Ergebnis:** Umgehung deutscher QSt

#### Problem

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

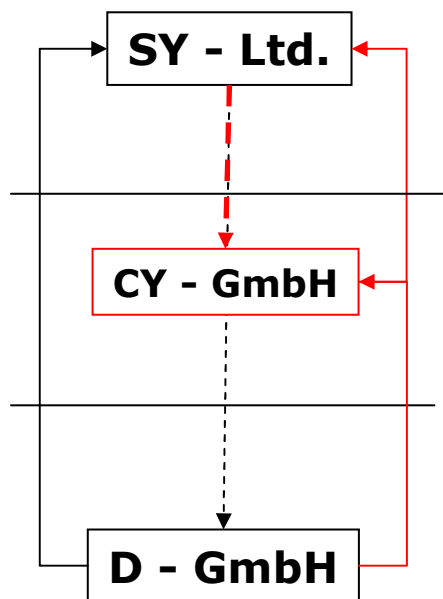
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 2. Inbound Investments

#### II. Reduzierung deutscher Abzugsteuer (Lizenzzahlungen)

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



#### Behandlung in D

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

#### Behandlung in CY

- ➔ DBA CY/SY: **QSt = 0%**

**Ergebnis:** Umgehung deutscher AbzugSt

#### Problem

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

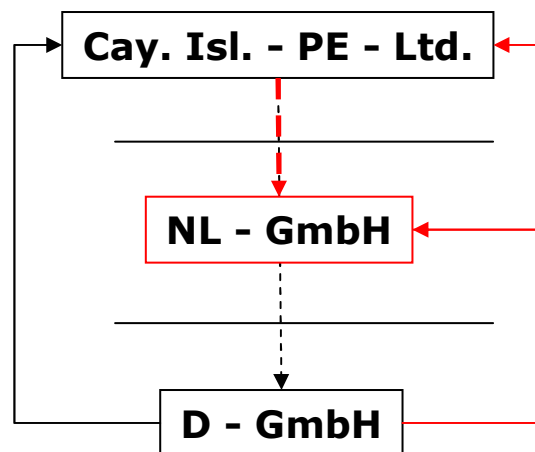
# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## B. „TREATY SHOPPING“ GESTALTUNGEN

### 2. Inbound Investments

#### III. Steuerfreiheit deutscher Veräußerungsgewinne für Nicht-DBA-Ausländer

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



#### Behandlung in D

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

#### Behandlung in NL

- VG werden nicht besteuert

**Ergebnis:** Umgehung deutscher Steuerpflicht

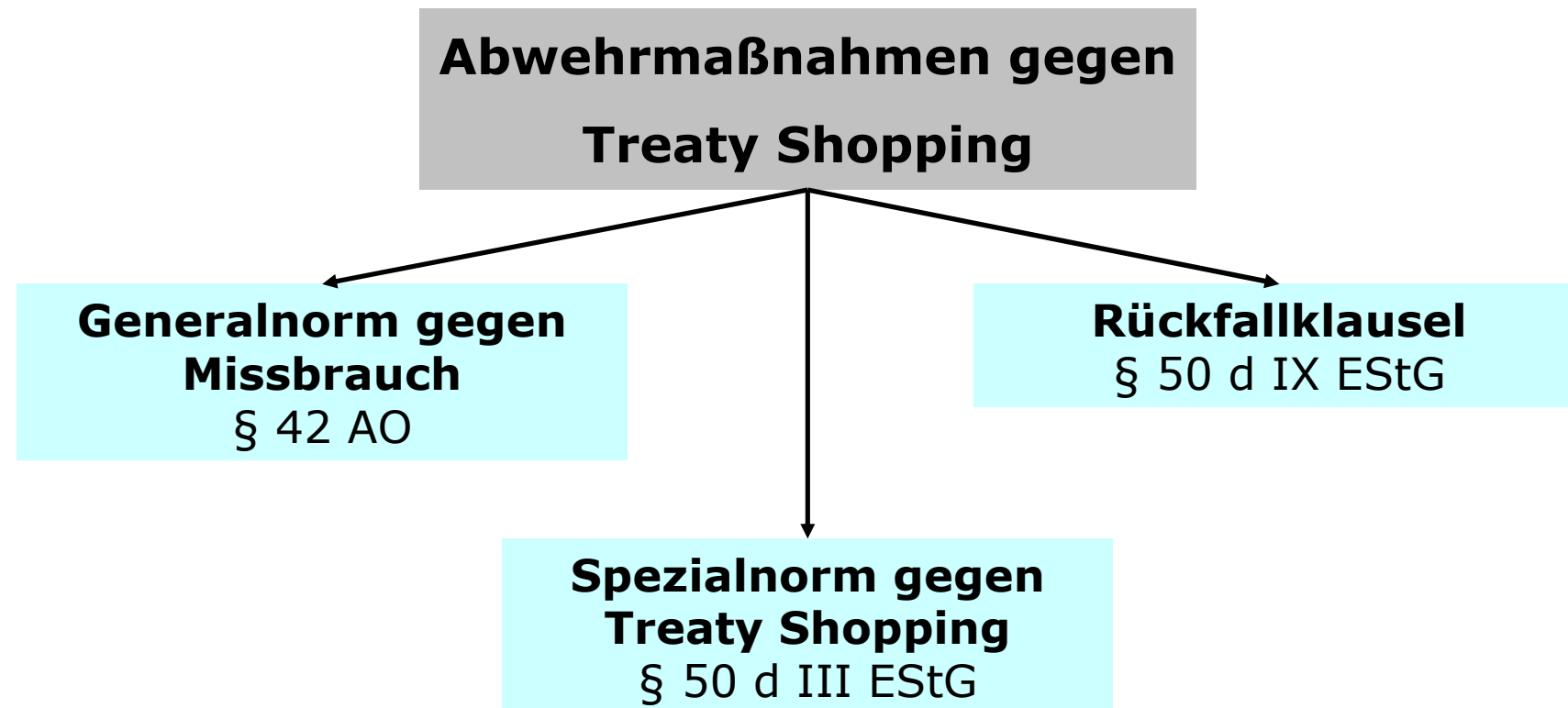
#### Problem

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

### 1. Überblick



# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

### 2. Neufassung § 42 AO

#### Systematik des neuen § 42 AO

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

#### Beispiele für „unangemessene rechtliche Gestaltungen“

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

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

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

#### FALL

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

#### Urteil des BFH

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

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

#### → *Neuregelung des § 50d III EStG*

#### ➤ **Tatbestandsmerkmale (alternativ!)**

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

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

#### → Neuregelung des § 50d III EStG

#### Beachtliche außersteuerliche Gründe (Wirtschaftliche / sonst beachtliche Gründe)

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

#### Isolierte Betrachtung der Gesellschaft

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

#### Mind. 10 % Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit

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

#### Angemessen eingerichteter Geschäftsbetrieb

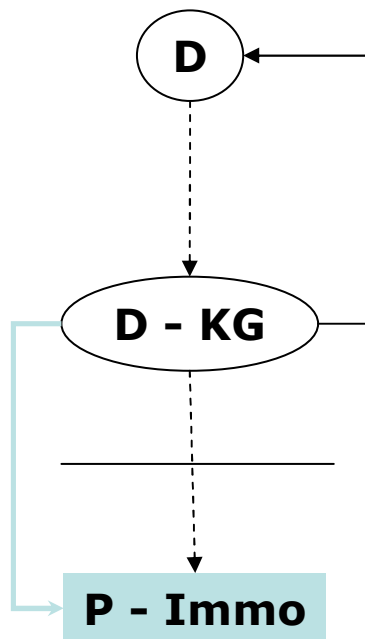
- Substanz einer Gesellschaft ist notwendig
- Bisher nur als Indiz gewertet
- Sinn dieser Vorschrift ist fraglich, da starke Koppelung zur Wirtschaftstätigkeit

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

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

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



#### Behandlung in P

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

#### Behandlung in D

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

**Ergebnis:** Weißer Veräußerungsgewinn

#### Problem

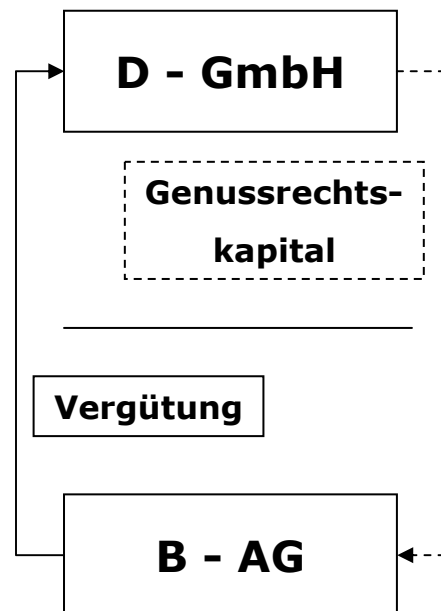
- § 50d IX Nr. 1 EStG
- **Keine Freistellung → Subject-to-tax-Klausel greift**

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## C. MASSNAHMEN GEGEN „TREATY SHOPPING“

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

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



#### Behandlung in Belgien

- FK-Nähe
- ➔ Vergütung = steuerlich abzugsfähige BA

#### Behandlung in D

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

**Ergebnis:** Geringfügige Steuerbelastung

#### Kein Konflikt

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## D. KRITIK

### Aus europäischer Sicht

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

### Aus nationaler Sicht

#### Widerspruch gegen letzte Rechtsprechung des BFH:

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

# „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

## D. KRITIK

### Stakeholderanalyse des neuen § 50 d III EStG

#### Rechtssprechung

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

#### Staat

Durch die Erschwerung der Steuerreduzierung wird das Steueraufkommen gesichert.

### Stakeholder § 50d III EStG

#### Dt. Wirtschaft

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

→ Investitionsstandort D wird unattraktiver

#### Beratung

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

## „Treaty Shopping“ Gestaltungen vor dem Aus?

**Herzlichen Dank  
für Ihre  
Aufmerksamkeit!**

Vortragender:

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

Nussbaumstrasse 8  
80336 München

Tel.: 089 / 599 439 – 12

Email: [prof.bader@treucontor.com](mailto:prof.bader@treucontor.com)

[WWW.prof-bader.de](http://WWW.prof-bader.de)