



## VEREINIGUNG SCHWEIZERISCHER UNTERNEHMEN IN DEUTSCHLAND

**Herren Ministerialdirigenten  
Karl Wilhelm Christmann und  
Gert Müller-Gatermann  
Bundesministerium der Finanzen  
Wilhelmstrasse 97  
D-10117 Berlin**

Basel, 6. März/Lü

### ***Anwendungspraxis des § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007***

---

Sehr geehrte Herren

Mit der im Jahressteuergesetz 2007 zum 1. Januar 2007 erfolgten Gesetzesänderung der Vorschrift des § 50d Abs. 3 EStG ist in den letzten Wochen bei unseren Mitgliedsunternehmen in Bezug auf ihre Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen für erhebliche Verwirrung gesorgt worden. Wir haben erfahren, dass in nächster Zeit ein BMF-Schreiben zu Auslegungsfragen der Regelung veröffentlicht werden soll. Nachfolgend möchten wir aus Sicht unserer schweizerischen Mitgliedsunternehmen mit Tochtergesellschaften in Deutschland zu den für uns offenen Fragen Stellung nehmen und wären dankbar, wenn hierzu in dem noch zu veröffentlichenden BMF-Schreiben Antworten gegeben werden könnten.

#### **1. Allgemeines zum Zweck der Vorschrift**

Der Gesetzgeber sieht ausweislich der Gesetzesbegründung in der Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG nur eine - angesichts des BFH-Urteils vom 31. Mai 2005 (Az. I R 74, 88/04) - klarstellende Gesetzesänderung, die sich an die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung anlehne und der Festigung der Vorschrift als Missbrauchsnorm diene. Gesetzgeberische Intention sei es, zunehmenden Steuerplanungstechniken zu begegnen, mit denen die Besteuerung von Dividendenausschüttungen beim Endempfänger durch die gezielte Zwischenschaltung von spezifisch ausgestalteten ausländischen Gesellschaften umgangen werden soll (vgl. BT-Drucksache 16/2712, S. 60).

Entgegen der zitierten Gesetzesbegründung lässt nach unserer Ansicht der Wortlaut der Vorschrift viele Fragen offen. Für grösste Verwirrung sorgt hierbei die Alternativ-Verknüpfung zwischen den in § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 bis 3 EStG genannten Tatbestandsmerkmalen. Sie lässt eine erweiternde Auslegung für die Versagung der Quellensteuererstattung insbesondere für geschäftsleitende Holdinggesellschaften im Ausland oder betriebswirtschaftlich bedingte dezentrale Konzernstrukturen zu, die ausweislich der Gesetzesbegründung nicht vom Gesetzgeber gewollt sein konnte.

In der genannten Hilversum II- Entscheidung vom 31. Mai 2005 hatte der BFH in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung ausländische Holdinggesellschaften gerade nicht als funktionslose „Briefkastengesellschaften“ beurteilt, wenn diese nach einem Gesamtkonzept in einem Konzern eingebunden waren. Um dieses zu beurteilen, hatte der BFH Merkmale anderer konzernzugehöriger Gesellschaften in die Beurteilung mit einfließen lassen.

## **2. Inhaltliche Regelung des § 50d Abs. 3 EStG**

Die alte, bis zum 31.12.2006 geltende Fassung des § 50 d Abs. 3 EStG sah vor, dass die Tatbestandsmerkmale „Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe und keine eigenen Geschäftstätigkeit“ kumulativ vorliegen mussten, um die Entlastung von der Kapitalertragsteuer zu versagen.

In der ab 1 Januar 2007 geltenden Gesetzesfassung wird eine neue Alternativverknüpfung von typisierenden Anforderungen an das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit vorgenommen. So sieht die Alternativ-Verknüpfung der Tatbestandsmerkmale in § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 bis 3 EStG vor, dass eine Erstattung der Kapitalertragsteuer dann verweigert werden kann, wenn entweder ein wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Grund oder eine eigene Wirtschaftstätigkeit fehlt oder die zwischengeschaltete ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Für den unvoreingenommenen Leser entsteht der Eindruck, dass jedes der drei Haupttatbestandsmerkmale für sich genommen, noch keinen typisierten Missbrauch umschreibt, sondern allenfalls das gehäufte - kumulierte - Auftreten dieser Merkmale auf einen Rechtsmissbrauch hindeutet.

Andererseits wird auch in Fachkreisen die Meinung vertreten, dass § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 bis 3 EStG neuer Fassung es bereits ausreichen lasse, die Erstattung der Kapitalertragsteuer zu versagen, wenn eines der drei genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sei. Diese Auslegung ist nach unserer Ansicht zu eng und dürfte auch im Widerspruch zu der eingangs zitierten Gesetzesbegründung stehen: Ziel kann nur die Unterbindung einer gezielten Zwischenschaltung spezifisch ausgestalteter ausländischer Gesellschaften, d.h. von nur auf dem „Papier“ existierenden Gesellschaften oder von Briefkastengesellschaften sein (vgl. BT-Drucksache 16/2712, S. 60), nicht aber der Ausschluss weithin gebräuchlicher Holdinggesellschaften von der Quellensteuerentlastung.

Die Kombination aus Alternativ-Verknüpfung und insbesondere dem Tatbestandsmerkmal der in § 50d Abs. 3 Ziff. 2 EStG niedergelegten 10%-Klausel dürfte zum einen nicht mit der Rechtsprechung des EuGH zum primären Gemeinschaftsrecht (Rs. Cadbury Schweppes, EuGH-Urteil vom 12.09.2006, Rs C-196/04 und Rs Denkavit, EuGH-Urteil vom 14.12.2006, Rs C-170/05) sowie dem sekundären Gemeinschaftsrecht in Art. 1 Abs. 2 Mutter-Tochter-Richtlinie im Einklang stehen. Die Regelungen der Mutter-Tochterraichtlinie gelten über Art. 15 des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union grundsätzlich auch im beiderseitigen Verhältnis.

Insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zum sekundären Gemeinschaftsrecht (Rs. Leur-Bloem, EuGH-Urteil vom 17.07.1997, Rs C-28/95) kann ein Missbrauch nur im Sinne „einer globalen Untersuchung jedes Einzelfalles“, der „richterlich überprüfbar“ sein muss, festgestellt werden. Vor diesem Hintergrund erachten wir die durch § 50d Abs. 3 S. Ziff. 1 bis 3 EStG pauschal vorgegeben „allgemeinen Kriterien“ höchst bedenklich, um mit ihnen einen Missbrauch feststellen zu wollen.

Wir wären daher dankbar, wenn in dem erwähnten BMF-Schreiben eine diesbezügliche Klarstellung zur Auslegung der Alternativverknüpfung der drei Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 bis 3 EStG aufgenommen wird.

### 2.1. Wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe (§ 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 EStG)

Die Formulierungen zu den wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründen für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft sind bislang sehr allgemein gehalten: Zum einen ist auf die Gesellschaft allein abzustellen, auch wenn sie Teil eines Konzerns ist (§ 50d Abs. 3 S. 2 EStG und BT-Drucksache 16/2712, S. 60); anders als noch im BFH-Urteil Hilversum II (BFH v. 31.5.2005, I R 74/04, I R 88/04, IStR 2005, S. 710, 711) ist damit keine Konzernbetrachtung möglich. Zum anderen ist noch nicht klar, welche wirtschaftlichen Gründe (neben den als „sonst beachtlich“ anzusehenden rechtlichen, politischen oder religiösen Gründen, vgl. BT-Drucksache 16/2712, S. 16) in Betracht kommen: Bislang ist nur klar, dass die Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten, eine künftige Erbregelung oder der Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter **nicht** als wirtschaftliche Gründe anerkannt werden (vgl. BT-Drucksache 16/2712, S. 60).

Die Kritik gilt zunächst dem Ausschluss der Möglichkeit einer Konzernbetrachtung: Durch den generellen Hinweis darauf, konzerninterne Merkmale liessen sich relativ einfach gestalten bzw. begründen und in der Praxis kaum nachprüfen, § 50d Abs. 3 EStG sei daher leicht zu umgehen (vgl. BT-Drucksache 16/2712, S. 60), wird den tatsächlichen Verhältnissen kaum angemessen Rechnung getragen. Des Weiteren könnte dieses Kriterium ggf. das „Aus“ für viele Konzernstrukturen bedeuten. So ist es wichtig, dass betriebswirtschaftlich anerkannte Kriterien für die Zwischenschaltung einer Holding wie Konzernstrategie, -koordination und -organisation, rechtliche Gründe (z.B. Haftungsausschluss), Marketing und lokale Distribution steuerlich auch Berücksichtigung finden.

### 2.2. Eigene Wirtschaftstätigkeit nach § 50d Abs. 3 Ziff. 2 EStG

Die Vorschrift des § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 EStG ist für schweizerische Holdinggesellschaften, welche Beteiligungen an Tochtergesellschaften in Deutschland halten, von besonderer Wichtigkeit. Danach ist Voraussetzung für die Versagung der Kapitalertragsteuererstattung, dass die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10% ihrer gesamten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt.

Das Merkmal der eigenen Wirtschaftstätigkeit erfordert insbesondere für geschäftsleitende Holdinggesellschaften in der Schweiz eine nähere Definition, um Doppelbesteuerungen zu vermeiden.

Grund hierfür ist, dass nach dem schweizerischen Holdingregime keine Steuer auf den Reingewinn bezahlt werden muss, wenn der primäre statutarisch verankerte Zweck der Gesellschaft darin liegt, Beteiligungen als Schwerpunkt der Tätigkeit dauerhaft zu verwalten und keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz ausgeübt wird (Art. 28 Abs. Steuerharmonisierungsgesetz). Die Vorschrift konkretisiert den Schwerpunkt der Tätigkeit der Holdinggesellschaft dahingehend, dass die Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiva oder die Beteiligungserträge längerfristig mindestens zwei Drittel der Erträge der gesamten Gesellschaft ausmachen müssen.

Gemäss § 50d Abs. 3 S. 3 EStG soll es aber gerade an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit fehlen, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt.

Damit stehen geschäftsleitende Holdinggesellschaften mit Sitz in der Schweiz vor einem Dilemma. Um in den ihnen aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens Schweiz-Deutschland zustehenden

Genuss der Kapitalertragsteuerbefreiung zu gelangen, müssen sie nach dem Wortlaut des § 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 EStG eine eigene Wirtschaftstätigkeit vorweisen, welche ihnen die schweizerischen Vorschriften zum Holdingregime gerade aus den dargelegten Gründen verbietet.

Wir regen daher an, in dem geplanten BMF-Schreiben eine entsprechende Definition für geschäftsleitende Holdinggesellschaften aufzunehmen, wonach keine für aktive Holdinggesellschaften untypischen Tätigkeiten verlangt werden, etwa eine industrielle, gewerbliche oder kommerzielle Tätigkeit als Produzent oder Anbieter von Waren, Immaterialgütern oder Dienstleistungen im allgemeinen schweizerischen Wirtschaftsverkehr.

Vielmehr sollte es mit dem Gesetzeszweck des § 50d Abs. 3 EStG in Bezug auf die Verhinderung von Missbräuchen vereinbar sein, bestimmte, mit dem typischen Zweck einer geschäftsleitenden Holdinggesellschaft in Zusammenhang stehende Tätigkeiten als ausreichend für eine eigene Wirtschaftstätigkeit anzusehen, wie

- Konzernleitungsfunktionen oder
- Konzernfinanzierungsfunktionen für Beteiligungsgesellschaften oder
- das Erbringen konzerninterner Dienstleistungen in Form von Corporate Services Funktionen (Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation, Rechts- und Steuerberatung auf Konzernebene, Personalberatung im Bereich der Führungskräfte).

Diese Punkte sollten daher auch in dem geplanten BMF-Schreiben Beachtung finden.

Es sei in diesem Zusammenhang ausdrücklich erwähnt, dass es hierbei nicht um die Gewährung eines Steuerprivilegs geht, sondern um die Vermeidung von Zusatzbelastungen, die sich aus einer international anerkannten, betriebswirtschaftlich notwendigen Konzernstruktur durch Nutzung einer geschäftsleitenden Holdinggesellschaft ergeben. Mit einer missbräuchlichen steuerlichen Gestaltung haben diese Konzernstrukturen nichts zu tun.

Ergänzend erachten wir einen Hinweis im geplanten BMF-Schreiben für notwendig, wonach das Merkmal der „Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ auch dann erfüllt ist, wenn Dienstleistungen gegenüber einer oder mehrere Konzerngesellschaften erbracht werden.

### 2.3. Merkmal der „Bruttoerträge von nicht mehr als 10%“ (§ 50d Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 EStG)

Als weitere Anforderung, um in den Genuss der Entlastung von der Kapitalertragsteuer zu kommen, wird verlangt, dass mehr als 10% der gesamten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit der ausländischen Gesellschaft erzielt werden.

Aufgrund der geschilderten Problematik bezüglich der „eigenen Wirtschaftstätigkeit“ einer geschäftsleitenden Holdinggesellschaft müssen Dividendeneinkünfte einer Holdinggesellschaft, die diese aus den von ihr geleiteten Unternehmen generiert, als qualifizierte Bruttoerträge i. S. der 10% Klausel gewertet werden.

Gleiches muss für Management Service Fees gelten, welche die geschäftsleitende Holdinggesellschaft in Form von Dienstleistungen gegenüber ihren Konzerngesellschaften erbringt.

Diese Aspekte sollen daher ebenfalls in das geplante BMF-Schreiben eingehen.

### 2.4. Gesellschaften mit börsengehandelten Aktien

§ 50d Abs. 3 S. 4 EStG schliesst die Anwendung der Sätze 1 bis 3 der Vorschrift auf börsenkotierte Unternehmen aus. Da in der Regelung auf die ausländische Gesellschaft Bezug genommen wird, wären wir für den Hinweis im geplanten BMF-Schreiben dankbar, dass die anerkannte Börse auch

ihren Sitz in einem vergleichbaren Markt in einem Staat ausserhalb der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes haben kann.

Bei der Gesetzesauslegung stellt sich die Frage, ob dieser Ausnahmetatbestand nur diejenigen Gesellschaften umfasst, die als die Erstattung beantragenden Ausschüttungsempfänger selbst an der Börse kotiert sind, oder darüber hinaus auch diejenigen Gesellschaften betrifft, die selbst nicht unmittelbar an der Börse kotiert sind, sondern nur mittelbar einem börsenkotierten Konzern angehören.

Für die weitere, für die Steuerpflichtigen vorteilhaftere Auslegung sprechen der wirtschaftliche Sinn und die Berücksichtigung üblicherweise tatsächlich anzutreffender Konzernstrukturen bei börsenkotierten Gesellschaften: Auslandsbeteiligungen werden nicht direkt von der börsenkotierten Gesellschaft gehalten, sondern über Zwischenholdings gebündelt nach operativen Geschäftsbereichen, regionalen Verantwortlichkeiten oder sonstigen Divisionen. Der Ausnahmetatbestand für Auslandstöchter börsenkotierter Gesellschaften würde in der Realität weitgehend leer laufen, wenn die Börsenzulassung der Konzernmutter den Zwischenholdings nicht zugerechnet würde.

### 3. Gegenbeweismöglichkeit

Wir erachten die Verankerung eines Gegenbeweisrechts im geplanten BMF-Schreiben für unbedingt erforderlich. Die ausländische Gesellschaft muss die Möglichkeit haben, darzulegen, dass es sich nicht um eine rein künstliche Gestaltung handelt, obwohl ein typisierendes Missbrauchsmerkmal einschlägig ist.

Sowohl in Art. 1 Abs. 2 der Mutter-/ Tochterrichtlinie als auch in Art. 15 Abs. 1 des zwischen der Schweiz und der Europäischen Union geltenden Zinsbesteuerungsabkommens, welches damit auch auf die Mutter-/Tochterrichtlinie und damit auf sekundäres Gemeinschaftsrecht Bezug nimmt, sind Vorschriften zur Verhinderung von Missbrauch grundsätzlich erlaubt.

Typisierenden Missbrauchsnormen hat aber der EuGH in der Rs. Cadbury Schweppes Schranken gesetzt, indem sie sich nur auf „rein künstliche Konstruktionen, die ausschliesslich auf eine Umgehung des Steuerrechts gerichtet sind“, beziehen dürfen. Ergänzend hat der EuGH in der bereits erwähnten Rs. Leur-Bloem das Erfordernis der globalen Untersuchung jedes Einzelfalls dargelegt, wonach alle objektiven Kriterien in die Bewertung einfließen müssen, um herauszufinden, ob „vernünftige wirtschaftliche Gründe“ vorliegen. Die nationalen Behörden können sich nicht darauf beschränken, abstrakt allgemeine Kriterien oder Fallgruppen anzuwenden, um die steuerliche Anerkennung der Gesellschaft zu verweigern.

Aufgrund der erwähnten Verknüpfung in Art. 15 Abs. 1 des Zinsbesteuerungsabkommens müssen diese Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung auch im Verhältnis zu Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz gelten, die Beteiligungserträge von ihren deutschen Tochtergesellschaften beziehen.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie unser Anliegen in dem geplanten BMF-Schreiben berücksichtigen könnten.

Mit freundlichen Grüßen  
VEREINIGUNG SCHWEIZERISCHER UNTERNEHMEN  
IN DEUTSCHLAND



Rolf Lüpke  
Geschäftsführer



Stefanie Luckert  
Rechtskonsultentin