LATHAM&WATKINS

Nummer 1372 24. Juli 2012

Client Alert

Latham & Watkins
Tax Department

Jahressteuergesetz 2013: Weniger ist bald deutlich weniger – anstehende Steuerpflicht von durch Körperschaften gehaltenen Streubesitzbeteiligungen

Der Gesetzgeber erwägt, die Steuerfreistellung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen von Körperschaften durch § 8b Abs. 4 KStG einzuschränken. Der Entwurf des Jahressteuergesetzes 2013 sieht vor, dass die im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2001 eingeführte Steuerfreistellung von Beteiligungserträgen im Falle von Beteiligungen von weniger als 10 % (sogenannten Streubesitzbeteiligungen) entfallen soll. Folge wäre, dass bei solchen Streubesitzbeteiligungen sowohl Dividenden als auch Veräußerungsgewinne für inländische Körperschaften voll der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegen. Für ausländische Körperschaften hängt die Besteuerung maßgeblich von der Anwendbarkeit von Doppelbesteuerungsabkommen ab. Mangels Gewerbesteuerpflicht dürften ausländische Holdingstrukturen aber künftig bei Streubesitzbeteiligungen zum Teil erhebliche steuerliche Vorteile gegenüber deutschen Gestaltungen entfalten. Dieser Client Alert gibt einen Überblick über die zu erwartende Neuregelung und fasst die Praxisfolgen zusammen.

„Der deutsche Gesetzgeber beginnt den Abschied von der großen Unternehmens-steuerreform 2001- mit erheblichen systematischen Konsequenzen."

I. Hintergrund der Neuregelung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und ihm folgend auch der deutsche Bundesfinanzhof (BFH) haben in nunmehr ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Abgeltungswirkung der deutschen Kapitalertragsteuer eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung ausländischer Dividendenempfänger darstellt und damit gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag verstößt. So konnten ausländische Körperschaften bei Beteiligungen, die nicht in den Anwendungsbereich der EU Mutter-/Tochterrichtlinie fielen, unabhängig vom Eingreifen von Missbrauchsvermeidungsnormen wie § 50d Abs. 3 EStG keine Freistellung von der deutschen Kapitalertragsteuer verlangen und auch nicht wie deutsche Körperschaften deren Erstattung im Rahmen eines Veranlagungsverfahrens betreiben.

In Reaktion auf diese Rechtsprechung und in Würdigung der Regelungen der EU Mutter-/Tochterrichtlinie plant der deutsche Gesetzgeber nun, die bisherige Diskriminierung von ausländischen Dividendenempfängern durch eine weitere Abkehr vom durch die Unternehmenssteuerreform 2001 eingeführten System einer vollständigen Steuerfreistellung von Beteiligungserträgen zu beenden: Künftig werden (auch) für deutsche Körperschaften Doppelbesteuerungseffekte

Latham & Watkins ist weltweit als beschränkt haftende Partnerschaft (Limited Liability Partnership) nach dem Recht des Staates Delaware (USA) tätig, wobei die Niederlassungen in Großbritannien, Frankreich, Italien, Japan und Singapur als LLPs und die Niederlassung in Hongkong als Partnerschaft angeschlossen sind. Für unsere Praxis in Saudi-Arabien sind wir mit der Kanzlei Mohammed Al-Sheikh assoziiert. Da dieses Material teilweise Werbung für anwaltliche Leistungen im Sinne der New Yorker Standesregeln enthält, weisen wir hiermit ausdrücklich darauf hin, dass früher erzielte Beratungsergebnisse keinen entsprechenden Ausgang bei anderen durch uns betreuten Vorgängen garantieren. Die Ergebnisse anwaltlicher Beratungsleistungen sind von vielen Faktoren abhängig, die sich nach dem jeweiligen Einzelfall richten. Fragen über die durch uns gemäß den New Yorker Disziplinarvorschriften einzuhaltenden Verhaltensregeln beantwortet Ihnen gern unser Büro in New York: Latham & Watkins LLP, 885 Third Avenue, New York, NY 10022-4834, Telefon: +1.212.906.1200. © Copyright 2012 Latham & Watkins. Alle Rechte vorbehalten.

in Kauf genommen und deren Beteiligungserträge aus Streubesitzbeteiligungen der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterworfen. Der schleichende Abschied vom Konzept der Unternehmenssteuerreform 2001, den der Gesetzgeber mit dem pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbot des § 8b Abs. 5 KStG und der Gewerbebesteuerung von Streubesitzdividenden begonnen hatte, geht damit weiter.

II. Die Regelung im Detail

1. Streubesitzbeteiligung

Dividenden und Veräußerungsgewinne aus Anteilen, die weniger als 10 % am Nennkapital einer Körperschaft vermitteln, sollen nach § 8b Abs. 4 KStG in der Fassung des Entwurfs des Jahressteuergesetzes als sogenannte Streubesitzbeteiligungen künftig voll der Körperschaftsteuer und – mangels gewerbesteuerlicher Kürzungsvorschriften – auch der Gewerbesteuer unterfallen. Ist ein Nennkapital nicht vorhanden, soll es auf die Beteiligung am Vermögen der Körperschaft ankommen. Maßgeblich sind die Beteiligungsverhältnisse zu Beginn des Veranlagungszeitraums. Im Laufe eines Veranlagungszeitraums erworbene Anteile gelten, wenn sie 10 % übersteigen, als zu Beginn des Veranlagungszeitraums erworben. Nach dem Wortlaut können somit reine Verstärkungen der Beteiligung von weniger als 10 % auch dann das Beteiligungsprivileg nicht retten, wenn durch sie im Laufe eines Veranlagungszeitraums die 10 % - Grenze erreicht wird. Im Rahmen von Wertpapierleihgeschäften überlassene Anteile werden für Zwecke der Streubesitzregelung dem Verleiher zugerechnet.

2. Unmittelbares Halten

Bei Prüfung der Beteiligungshöhe kommt es grundsätzlich ausschließlich auf unmittelbar gehaltene Beteiligungen an. Beteiligungen, die über Mitunternehmerschaften gehalten werden, werden als unmittelbar gehalten fingiert und nach Maßgabe des allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssels der Mitunternehmerschaft dem Mitunternehmer zugerechnet. Beteiligungen, die über Organgesellschaften gehalten werden, werden dem Organträger hingegen bei Ermittlung der Beteiligungsgrenze nicht zugerechnet. Die Beteiligungsvoraussetzungen werden vielmehr getrennt auf jeder Ebene geprüft.

Im Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes (InvStG) werden dem Anleger die durch das Investmentvermögen gehaltenen Beteiligungen im Zeitpunkt der Einkünftezurechnung nach InvStG als unmittelbar gehaltene Beteiligungen zugerechnet. Dabei kommt es bezüglich der quotalen Zurechnung auf dessen Beteiligung am Investmentvermögen an. Erstmals stellt der Gesetzgeber diesbezüglich auch ausdrücklich auf *compartments* des Investmentvermögens ab.

Die im Rahmen des InvStG zugerechneten Anteile werden für Zwecke der Ermittlung der Beteiligungsquote *nicht* mit den nach allgemeinen Grundsätzen zugrechneten Anteilen zusammengerechnet.

3. Betriebsausgabenanzug und Verlustverrechnung

Der Gesetzgeber sieht für Betriebsausgaben und Verluste im Zusammenhang mit Streubesitzbeteiligungen eine nur beschränkte Verrechenbarkeit vor. So sollen diese nur mit Einkünften aus Streubesitzbeteiligungen verrechnet werden können. Eine Verrechnung mit anderen Einkünften, z.B. Zinserträgen oder den steuerpflichtigen Teilen von „normalen“ Beteiligungserträgen nach § 8b Abs. 5 KStG (d.h. 5 % pauschal nicht abzugsfähige Betriebsausgaben) soll nicht möglich sein. Die Beschränkung der Betriebsausgaben- und Verlustverrechnung ist an die Abgeltungssteuer angelehnt und soll Gestaltungen zur Nutzung von Verlusten aus Streubesitzbeteiligungen verhindern.

Die Besteuerung bestimmter Einkünfte von Körperschaften im Rahmen eines eigenen, abgeschlossenen Systems (Schedule) ist – von absoluten Randthemen wie betrieblichen Termingeschäften abgesehen – neu. In der Praxis dürften hieraus komplexe Problemstellungen entstehen. Neben Einzelfragen im Hinblick auf die zu bildenden Aufwands- und Verlustvorträge sind Probleme bei der Zuordnung von Kosten (insbesondere Gemeinkosten) zu den Streubesitzbeteiligungen und den entsprechend anwendbaren Regelungen des § 8c KStG zu erwarten. Soweit Mitunternehmerschaften zwischengeschaltet sind, wird das Zusammentreffen von Körperschaften und natürlichen Personen als Gesellschafter der Mitunternehmerschaften zu zumindest interessanten Fragestellungen im Hinblick auf die Gewerbesteuer der Mitunternehmerschaft führen.

Nebenbei steigt der Steuererklärungs- und -feststellungsaufwand für deutsche Körperschaften durch die neu zu erklärenden und zu bescheidenden Posten weiter an. Dass Zinsaufwendungen für Streubesitzbeteiligungen dabei aus der Anwendung der Zinsschranke ausgenommen werden, dürfte bei würdigender Betrachtung der durch die Neuregelung ausgelösten weiteren Komplizierung des Steuerrechts kaum ins Gewicht fallen – zumal sich auch hier die Frage der wirtschaftlichen Zuordnung zu den Streubesitzbeteiligungen stellt.

4. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der genaue Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung ist noch unklar. Der Gesetzesentwurf sieht eine unechte Rückwirkung der Neuregelungen für den gesamten Veranlagungszeitraum 2012 vor. Dies würde bedeuten, dass auch noch vor Beschluss des Jahressteuergesetzes vereinnahmte Beteiligungserträge den neuen Vorschriften unterfallen würden. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BFH zu vergleichbaren Neuregelungen erscheint es unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber an diesem zeitlichen Konzept festhält. Wahrscheinlicher dürfte ein Übergangsdatum sein, nach dessen Ablauf anfallende Veräußerungsgewinne und Dividenden den Neuregelungen unterfallen.

III. Praxisfragen

1. Benachteiligung inländischer Holdingstrukturen durch die Gewerbesteuer

In Folge der geplanten Neuregelungen sind bestehende Strukturen unter dem steuerlichen Blickwinkel zu überprüfen. So beträgt die Steuerbelastung durch Körperschaft- und Gewerbesteuer bei Streubesitzbeteiligungen von inländischen Holdings nahezu 30 %. Bei ausländischen Holdinggesellschaften, die keinen DBA-Schutz genießen, beträgt die deutsche Steuerlast hingegen nur 15 % Körperschaftsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag. Inländische Holdingstrukturen werden durch die Gewerbesteuer somit benachteiligt und sind, anders als vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vermutet, international nicht konkurrenzfähig.

Auch im Vergleich zu ausländischen Holdinggesellschaften mit DBA-Schutz dürften sich deutsche Holdingstrukturen im Hinblick auf Streubesitzbeteiligungen in der Praxis häufig als nachteilig erweisen. So knüpfen diese häufig nicht (z.B. Schweden) oder nur in flexiblerem Umfang (z.B. Luxemburg) an Beteiligungsquoten an. Es steht zu erwarten, dass die Effektivbesteuerung von Streubesitzbeteiligungen in Deutschland sich künftig verglichen zu anderen Holdingstandorten als erheblich höher darstellt.

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, Streubesitzbeteiligungen künftig über ausländische Holdingstrukturen zu halten. In diesem Zusammenhang wird die weitere Rechtsentwicklung im Hinblick auf die Anwendung der Missbrauchsvermeidungsnormen (insbesondere § 50d Abs. 3 EStG bezüglich

Dividenden) von entscheidender Bedeutung sein. Einerseits kommt der deutsche Gesetzgeber auch diesbezüglich vor dem Hintergrund der europarechtlichen Grundfreiheiten weiter unter Druck, andererseits ist nicht zu erwarten, dass er die abschreckende Wirkung solcher Bestimmungen ohne weiteres aufgibt. Bei Umstrukturierungsüberlegungen sind diese Missbrauchsvermeidungsnormen bis auf weiteres zu berücksichtigen. Wird der Gesetzgeber hier zum Handeln gezwungen, dürfte sich die Attraktivität von Auslandsholdings weiter erhöhen.

2. Vermögensverwaltungsgesellschaften/ Managementbeteiligungsgesellschaften

Durch die Neuregelung wird die steuerliche Sinnhaftigkeit von Vermögensverwaltungsgesellschaften zumindest in Hinblick auf Streubesitzbeteiligungen in Frage gestellt. Ob deren Überführung ins Privatvermögen, in Mitunternehmerschaften oder andere Gestaltungen in Betracht kommen, ist dabei am konkreten Fall zu prüfen. Die ursprüngliche Intention von Vermögensverwaltungsgesellschaften, durch Thesaurierung von steuerfreien Beteiligungserträgen Zinseffekte zu erzielen, ist bezüglich Streubesitzbeteiligungen künftig nicht mehr zu erzielen.

Gerade bei Managementbeteiligungsgesellschaften im Rahmen von Private Equity Transaktionen sind in die Betrachtung auch bestehende Optionsvereinbarungen der beteiligten Manager mit anderen Beteiligten in die Betrachtung mit einzubeziehen. Waren diese bisher grundsätzlich nur unter dem Blickwinkel der Einkünftequalifikation als Beteiligungseinkünfte relevant, sind sie mit der Neuregelung nunmehr unter dem Blickwinkel der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums und damit dem Erreichen der Beteiligungsschwelle (siehe oben II.1) von Interesse.

3. Step Up Gestaltungen

Sollte der Gesetzgeber die Neuregelungen unter Anwendung einer Übergangsfrist oder einer Stichtagsregelung einführen, kommt eine Veräußerung der Streubesitzbeteiligung an eine beteiligungsähnliche Struktur unter Aufdeckung der enthaltenen stillen Reserven in Betracht. Dadurch wird ein Step Up der Anschaffungskosten erzielt. Wegen § 8b Abs. 3 KStG entsteht dabei in Höhe von 5 % der aufgedeckten stillen Reserven ein steuerpflichtiger Gewinn. Zu beachten ist hierbei auch die umfangreiche Rechtsprechung des BFH zu Anteilsrotationen unter dem Blickwinkel des steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs. Die letzten Urteile hierzu haben allerdings keine strengen Maßstäbe aufgestellt.

4. Gestaltung des Nennkapitals von Körperschaften

Im Rahmen der Neukonzeption von Gestaltungen kann vor dem Hintergrund der künftigen Nachteile von Streubesitzbeteiligungen auch eine unterschiedliche Ausgestaltung der Anteile an Körperschaften in Betracht kommen. Die Neuregelung knüpft an die Beteiligung am Nennkapital (oder, was grundsätzlich nur bei ausländischen Kapitalgesellschaften denkbar ist, an die Beteiligung am Vermögen) an, nicht aber an die Gewinnbezugsberechtigung. Im Rahmen von Anteilsklassen ist hierbei eine von der Nennkapitalbeteiligung abweichende Gewinnbezugsberechtigung denkbar. Ihre Grenze finden Gestaltungen hier in den Grundsätzen zur disproportionalen Gewinnverteilung. Es verbleiben aber erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, die zunehmende Bedeutung erlangen werden.

5. Gewerbliche Personengesellschaften als Holdinggesellschaften

Bei Einsatz von gewerblichen Personengesellschaften als Holdinggesellschaften werden Dividenden weiterhin der gewerblichen Personengesellschaft als Gewerbesteuersubjekt zugerechnet. Erreicht die Beteiligung der gewerblichen Personengesellschaft an der ausschüttenden Körperschaft eine Höhe von 15 %, so wird die Dividende gewerbesteuerlich auch weiterhin nicht besteuert. Für körperschaftsteuerliche Zwecke kommt es auf die Zwischenschaltung der gewerblichen Personengesellschaft hingegen nicht an. Hier ist auf die Beteiligungsquoten der Gesellschafter der Personengesellschaft abzustellen.

Durch Einschaltung einer gewerblichen Personengesellschaft kann eine ansonsten möglicherweise anfallende Gewerbesteuer aufgrund der Zusammenrechnung der Beteiligungsquoten der Gesellschafter vermieden werden und damit die durch Neuregelungen anfallende steuerliche Mehrbelastung auf die Körperschaftsteuer reduziert werden. Dabei steht allerdings zu erwarten, dass die Regelungen des Gesellschaftsvertrags zur Verteilung des Gewerbesteueraufwands gerade bei Zusammentreffen von Körperschaften und natürlichen Personen den in den letzten Jahren unter dem Eindruck der Zinsschranke und des § 8c KStG enorm gestiegenen Komplexitätsgrad der Umlageregelungen nochmals deutlich erhöhen werden.

6. EK-Genussrechte

Die Anlage in eigenkapitalähnliche Genussrechte dürfte durch die geplante Neuregelung für deutsche Investoren nahezu völlig unattraktiv werden. Führten die Regelungen der Abgeltungsteuer bereits dazu, dass fremdkapitalähnliche Genussrechte sich wegen des Zinsabzugs an der Quelle als steuerlich günstiger darstellten, führen die Neuregelungen nunmehr dazu, dass die unter eigenkapitalähnlichen Genussrechten gezahlten Erträge bei der empfangenden deutschen Körperschaft voll der Besteuerung unterfallen. Ob dies auch dann gilt, wenn parallel zu den Genussrechten noch eine qualifizierte Beteiligung von 10 % oder mehr am Emittenten gehalten wird, war in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit (z.B. bei der Anwendung der gewerbesteuerlichen Kürzung für Dividenden oder der Anwendung der Mutter/Tochterrichtlinie) umstritten. Als Investoren für eigenkapitalähnliche Genussrechte kommen letztlich nur noch ausländische Investoren in Betracht. Auch die als Sondervermögen konzipierten Genussrechtsfonds sind für deutsche Anleger künftig steuerlich nicht mehr attraktiv.

7. Sperrminoritäten

Handlungsbedarf besteht insbesondere auch bei solchen Strukturen, in denen eine Streubesitzbeteiligung z.B. zur Vermeidung von grunderwerbsteuerlichen Effekten gebildet wurde (sogenannte RETT-Blocker). Zum einen hat der Bundesrat unabhängig vom Thema Streubesitzbeteiligung hierzu einen Prüfungsauftrag erteilt, der die grunderwerbsteuerliche Behandlung solcher Strukturen zum Inhalt hat. Zum anderen können solche Gestaltungen durch die Neuregelungen in die volle Körperschaft- und Gewerbesteuersteuerpflicht gezogen werden. Lösungsansätze können in der Umgestaltung der derzeitigen Strukturen unter Einschaltung von Mitunternehmerschaften liegen.

Möchten Sie mehr zu diesem Thema wissen? Die unten genannten Ansprechpartner oder Ihr üblicher Ansprechpartner stehen Ihnen bei Fragen gern zur Verfügung.

Dr. Anders Kraft
Lisa Sönnichsen

Dr. Tobias Klass
Dr. Henrik Lay
Dr. Philipp Lukas
Dr. Christian Möller
Dr. Götz Tobias Wiese

Dr. Thomas Fox
Dr. Stefan Mayer
Dr. Felicitas Mayer-Theobald
Dr. Kai Prokopf
Andreas Scheidle
Stefan Süß

Frankfurt
Latham & Watkins LLP
Reuterweg 20
60323 Frankfurt am Main
Tel +49.69.6062.6000
Fax +49.69.6062.6700

Hamburg
Latham & Watkins LLP
Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel +49.40.41.4030
Fax +49.40.4140.3130

München
Latham & Watkins LLP
Maximilianstraße 11
80539 München
Tel +49.89.2080.3.8000
Fax +49.89.2080.3.8080

Client Alert informiert über laufende Entwicklungen im Recht und gilt nicht als konkreter Rechtsrat. Möchten Sie mehr zu dem hierin dargestellten Thema wissen oder hierzu beraten werden? Ihr Ansprechpartner in unserem Hause steht Ihnen gern zur Verfügung. Weitere *Client Alerts* finden Sie auf unserer Website unter www.lw.com.

Zur bequemen Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder Anpassung der Informationen, die Sie von uns erhalten möchten, besuchen Sie bitte die Seite http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html.

Abu Dhabi
Barcelona
Boston
Brüssel
Chicago
Doha
Dubai
Frankfurt
Hamburg
Hongkong
Houston
London
Los Angeles
Madrid
Mailand
Moskau
München
New Jersey
New York
Orange County
Paris
Peking
Riad
Rom
San Diego
San Francisco
Shanghai
Silicon Valley
Singapur
Tokio
Washington, D.C.