

Tax Info

I. Aktuelle Gesetzgebung

1. Koalitionsvertrag und Entwurf eines Wachstumsbeschleunigungsgesetzes S. 2
2. Steuerliche Begünstigung durch Bürgerentlastungsgesetz (Zinsschrankenerweiterung und § 8c KStG)..... S. 7
3. Steuerliche Auswirkungen des MoMiG .. S. 11
4. § 2 Abs. 4 UmwStG idF des JStG 2009.... S. 12
5. Umsetzung des Mehrwertsteuerpakets ... S. 13

II. Aktuelles aus der (Finanz)Verwaltung

1. Update Investmentsteuerrecht (BaFin-Schreiben; Entwurf BMF-Schreiben) S. 15
2. Änderung des § 5 Abs. 1 EStG durch das BilMoG und Entwurf eines entsprechenden BMF-Schreibens..... S. 16

III. Aktuelle Rechtsprechung

1. Update: EuGH-Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung und deren Interpretation durch die Finanzverwaltung S. 18
2. Europarechtswidrigkeit der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung von Darlehenszinsen? S. 20
3. Neuerungen bei der steuerlichen Organschaft/Änderung des Konzernrechts S. 20
4. Stellungnahme des BMF zur finalen Entnahmetheorie und anderen Themen im Zusammenhang mit dem Urteil des BFH vom 17. Juli 2008..... S. 22

I. Current Legislation

1. Coalition Agreement and Draft Growth Acceleration Act..... P. 2
2. Recent Amendments to the Earnings Stripping Rules and the Utilization of Loss Carry Forwards P. 7
3. Tax Implications of the MoMiG..... P. 11
4. Sec. 2 para. 4 Reorganization Tax Act as amended by the Annual Tax Act 2009..... P. 12
5. EU VAT Package coming into force P. 13

II. Administrative News

1. Update Investment Tax Law (BaFin-Circular and Draft Circular of the Federal Ministry of Finance)..... P. 15
2. Amendment of Sec. 5 para. 1 of the German Income Tax Act by the BilMoG and Publication of a Draft Circular by the Federal Ministry of Finance..... P. 16

III. Current Jurisdiction

1. Update: Rulings of the European Court of Justice on Cross-Border Loss and Offset and their Interpretation by the German Tax Authorities P. 18
2. Trade Tax: Add-back of Interest Expenses unlawful under EU Law?..... P. 20
3. Recent Jurisprudence on Group Taxation and new Group Legislation..... P. 20
4. Circular of the Federal Ministry of Finance regarding Cross-Border Asset Transfers and other Issues in Connection with the Federal Fiscal Court Ruling dated July 17, 2008..... P. 22

" Aktuelle Entwicklungen im deutschen Unternehmenssteuerrecht. "

" Recent Developments in German Business Taxation. "

I. Aktuelle Gesetzgebung

1. Koalitionsvertrag und Entwurf eines Wachstumsbeschleunigungsgesetzes

1. Koalitionsvertrag

Am 26. Oktober 2009 haben die neuen Regierungsparteien ihren Koalitionsvertrag unterzeichnet und bereits am 9. November einen ersten Regierungsentwurf für ein sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetz zur Umsetzung eines Sofortprogramms vorgelegt. Damit werden insgesamt wesentliche Entwicklungen im Unternehmenssteuerrecht für die nächsten vier Jahre vorgezeichnet. Auch wenn der Koalitionsvertrag die steuerrechtlichen Vorhaben teilweise nur sehr grob und unscharf skizziert, wollen wir Ihnen neben dem Sofortprogramm an dieser Stelle auch die dort geplanten Änderungen in der gebotenen Kürze vorstellen, da eine Vielzahl unternehmerischer Entscheidungen betroffen sein werden.

Wachstumsbeschleunigungsgesetz/ Sofortprogramm

Unter dem Stichwort „Sofortprogramm krisenentschärfende Maßnahmen“ plant die neue Regierung mit der Vorlage des Regierungsentwurfs für ein sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetz zum 1. Januar 2010 unter anderem einige wesentliche Änderungen bei den Verlust- und Zinsabzugsbeschränkungen, der Gewerbesteuer, der Grunderwerbsteuer und der Erbschaftsteuer. In diesem Zusammenhang geht es vor allem um folgende Maßnahmen:

Zinsschranke

Die Zinsschrankenregelung des § 4h EStG beschränkt die Abziehbarkeit eines Überschusses von Zinsaufwendungen über Zinserträge (Zinssaldo) grundsätzlich auf 30 % des steuerlichen EBITDA (zu den Einzelheiten s.u. Teil I.2. dieses Tax Info). Im Rahmen des sog. Bürgerentlastungsgesetzes wurde die Regelung krisenbedingt nachgebessert, indem die bislang bei einem Zinssaldo von EUR 1 Million gezogene Freigrenze auf EUR 3 Millionen erhöht wurde. Diese Krisenmaßnahme ist derzeit noch zeitlich auf

I. Current Legislation

1. Coalition Agreement and Draft Growth Acceleration Act

1. Coalition Agreement

On October 26, 2009 the new administration signed its coalition agreement and by November 9, 2009 it had presented its draft for the so-called Growth Acceleration Act which will implement a crash program. Thus, the corporate tax developments over the next four years are laid out. Although the coalition agreement is not more than a rough and high-level layout of the administration's tax plans, we would like to briefly present those contemplated tax law changes in addition to the crash program since a lot of commercial decisions will be affected.

Growth Acceleration Act/ Crash Program

Under the heading “Crash Program — measures to mitigate the crisis,” the new administration presented its draft of a so-called Growth Acceleration Act and plans to implement some material changes to the current earnings stripping and loss utilization rules, the trade tax, real estate transfer tax and inheritance tax. In this context, the following measures are particularly interesting:

Earnings Stripping Rules

The earnings stripping rules (Sec. 4h of the German Income Tax Act) limit the deductibility of interest expenses to 30 percent of the tax EBITDA (for more details please cf. section I.2 of this Tax Info). The earnings stripping rules were already amended in the context of the so-called “Tax Payer Relief Act” as part of the prior administration's anti-crisis strategy by increasing the exempt threshold from EUR1 million to EUR3 million. However, such a measure is currently limited to financial years ending before January

Wirtschaftsjahre beschränkt, die vor dem 1. Januar 2010 enden. Diese zeitliche Beschränkung soll nun dauerhaft entfallen. Die Änderungen der Zinsschrankenregelung durch das Bürgerentlastungsgesetz werden im Einzelnen in Teil I.2. dieses Tax Info dargestellt.

Zudem soll ungenutztes EBITDA-Potenzial rückwirkend ab dem Jahr 2007 in die jeweiligen fünf Folgejahre vorgetragen werden dürfen. Wenn also der Zinssaldo in einem Jahr etwa lediglich 25 % des steuerlichen EBITDA beträgt, soll künftig der nach derzeitiger Rechtslage ungenutzte Betrag in die Folgejahre (maximal bis zu fünf Jahre) übertragbar sein, so dass im Folgejahr grundsätzlich ein Zinsabzug in Höhe von 30 % des steuerlichen EBITDA zuzüglich des vorgetragenen EBITDA-Betrages möglich wäre. Ziel dieser Maßnahme ist es, den Zinsabzug für die Unternehmen auch bei Konjunkturschwankungen zu verstetigen.

Schließlich ist geplant, den sog. Eigenkapitalvergleich als Ausweg aus der Zinsschranke zu überarbeiten und leichter anwendbar zu machen. Derzeit greift die Zinsschranke nicht, wenn die Eigenkapitalquote des betrachteten Unternehmens derjenigen des Konzerns entspricht oder, um Härtefälle zu vermeiden, sie um höchstens einen Prozentpunkt unterschreitet. Diese Härtefallregelung soll nun auf zwei Prozentpunkte ausgedehnt werden, um konjunkturelle Schwankungen leichter ausgleichen zu können.

Insgesamt wären diese Erleichterungen bei der Zinsschranke aus Sicht der Unternehmen sicher zu begrüßen. Ungelöst bleiben jedoch die Probleme einer potenziellen Substanzbesteuerung durch die Zinsschranke in Verlustphasen und der grundsätzlich investitionshemmenden Wirkung der Zinsschranke für Unternehmen mit hohem Fremdkapitalbedarf.

Verlustabzugsbeschränkungen („Mantelkauf“)

§ 8c KStG sieht bei der Übertragung von mehr als 25 % der Anteile oder Stimmrechte an einer Kapitalgesellschaft auf einen Erwerber oder eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen den (teilweisen oder vollständigen) Untergang bestehender Verlustvorträge vor. Weil die Vorschrift als potenzielles Sanierungshindernis identifiziert worden

1, 2010. Such time limit shall now be dropped on a permanent basis. The changes to the earnings stripping rules under the so-called “Tax Payer Relief Act” are presented in section I.2 of this *Tax Info* in more detail.

In addition, any unused EBITDA potential shall be eligible to be carried forward through the following five years starting as of the year 2007, i.e., if the net interest of a certain year amounts to only 25 percent of the tax EBITDA then the amount which would be unused pursuant to the current rules shall be carried forward to the following year (up to five years) so that in the following year an interest deduction in an amount of 30 percent of the tax EBITDA plus an amount equal to the EBITDA carried forward would be possible. The objective of this measure is to stabilize interest deductions over the course of cyclical fluctuations.

Finally, the new administration also plans to amend the so-called equity test in order to simplify its applicability. Currently, the earnings stripping rules are not applicable if the debt/equity ratio at the level of the German entity claiming the interest deduction is not higher than the overall debt/equity ratio of the group of which it is a member whereby a deviation of 1 percent point is acceptable. This level of tolerance will now be increased to 2 percent points in order help companies to level out cyclical fluctuations.

Altogether, such amendments to the earnings stripping rules would be more than welcomed from a tax payer’s perspective. However, the issues of taxation in case of losses as well as the impeding effect of the earnings stripping rules on capital expenditures of highly leveraged enterprises remain unresolved.

Restrictions on Loss Utilization

Sec. 8c Corporation Tax Act (CTA) provides for the (partial or total) loss of a loss carry forward in the case of a transfer of more than 25 percent of the shares or voting rights to one acquirer (or more than one acquirer, if they are related parties and motivated by the same interests). As the provision was identified as a (potential) restructuring obstacle,

war, hatte der Gesetzgeber bereits im Rahmen des sog. Bürgerentlastungsgesetzes zur Mitte des Jahres Nachbesserungen vorgenommen. Nach einer damals neu eingeführten Sanierungsklausel greift § 8c KStG nunmehr nicht, wenn ein Beteiligungserwerb zum Zwecke der Sanierung erfolgt, die darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern oder zu beseitigen, und wenn zugleich die wesentlichen Betriebsstrukturen erhalten bleiben. Die Einzelheiten werden in diesem Tax Info unter I.2. dargestellt. Bislang ist vorgesehen, dass die Sanierungsklausel auf Beteiligungserwerbe bis zum 31. Dezember 2009 befristet ist. Diese zeitliche Beschränkung soll nunmehr aufgehoben werden.

Zudem ist geplant, § 8c KStG um eine Konzernklausel zu erweitern, so dass Umstrukturierungen innerhalb verbundener Unternehmen nicht mehr zum vollständigen oder teilweisen Verlust der Verlustvorträge führen, wenn an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 % mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist. Diese Neuregelung zielt zwar ausdrücklich auf konzerninterne Umstrukturierungen ab. Sie dürfte jedoch auf den ersten Blick nicht auf die Übertragung von Anteilen durch eine Konzernmutter anwendbar sein. Nach dem Wortlaut des Entwurfs ist in einem solchen Fall auf die Gesellschafterebene der Konzernmutter abzustellen. Mehrere Gesellschafter der Konzernmutter würden dabei wohl nicht unter den Wortlaut der beabsichtigten Neuregelung („dieselbe Person“ – Singular!) fallen. Mit Blick auf die ausdrückliche Zielsetzung dürfte es sich jedoch hier um ein redaktionelles Versehen handeln, das im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens hoffentlich noch beseitigt wird.

Schließlich soll eine Ausnahme von der beschränkten Verlustberücksichtigung nach § 8c KStG in Höhe der stillen Reserven geschaffen werden, d.h. bei einem an sich schädlichen Anteilseignerwechsel soll der Verlustabzug in der Höhe der stillen Reserven der verlusttragenden Gesellschaft möglich sein.

the German Parliament had amended it as part of the so-called Tax Payer Relief Act during the course of this year. A newly introduced restructuring clause now provides for a survival of loss carry forwards if the shares or voting rights are being acquired with the intention to avoid or overcome an illiquidity or over-indebtedness and if the substantial business structure is preserved at the same time. The details are dealt with in this *Tax Info* in section I.2. The new restructuring clause is currently limited to share transfers through December 31, 2009. This time limit will now be abolished.

Furthermore, the new administration plans to amend Sec. 8c CTA by introducing a clause addressing groups of companies so that a reorganization within affiliated companies no longer results in a full or *pro rata* loss of loss carry forwards if the same entity directly or indirectly holds 100 percent of the interests in the transferring and the receiving entity. While this new rule is explicitly aimed at exempting intra-group transfers from the loss carry forward forfeiture, at first glance, it would not apply to a transfer of shares by the top-level entity of a group of companies. Literally applying the draft provision would require a look at the top-level entity's shareholders, and a group of shareholders would probably not qualify as "the same entity" (singular). In light of the explicit intention to exempt intra-group transfers that should be a mere technical glitch in the draft act which will hopefully be accommodated in the course of the law-making process.

Finally, the new administration also plans the introduction of an exception to the restrictions on the utilization of losses pursuant to Sec. 8c CTA in an amount of the hidden reserves of the respective company, *i.e.*, in case of a harmful share transfer the utilization of loss carry forwards in an amount of the hidden reserves of the respective company would be possible.

Mit diesen Maßnahmen greift die neue Regierung Forderungen auf, die bereits seit einiger Zeit an eine Überarbeitung des § 8c KStG gestellt werden. Insbesondere eine Konzernklausel und die Zulassung des Übergangs der Verluste in Höhe der stillen Reserven würde die überschießende Tendenz der bestehenden Regelung in wichtigen Bereichen kappen.

Gewerbesteuer

Das Problem der Substanzbesteuerung im gewerbesteuerlichen Bereich soll im Bereich der Immobilienmieten entschärft werden, indem der Hinzurechnungssatz bei Immobilienmieten von einem Viertel von 65 % auf ein Viertel von 50 % reduziert werden soll.

Gründerwerbsteuer

Schließlich – und das wäre eine wichtige Erleichterung für die Umstrukturierung von Unternehmen – soll bei der Grunderwerbsteuer eine Konzernklausel eingeführt werden, so dass innerkonzernliche Umstrukturierungen bei Umwandlungsvorgängen nicht mehr von (sachfremden) gründerwerbsteuerlichen Überlegungen behindert oder schlimmstenfalls verhindert werden. Flankierend sieht der Gesetzesentwurf als Missbrauchsvermeidungsvorschriften eine Vorbehaltensfrist von fünf Jahren und eine nachlaufende Frist von fünf Jahren vor, in der kein Grunderwerbsteuertatbestand in Bezug auf das Grundstück verwirklicht werden darf und die Anteile des Erwerbers an der grundbesitzenden Gesellschaft nicht veräußert werden dürfen. Das Fehlen einer Konzernklausel ist eine immer wieder beklagte Gestaltungshürde, die einer Vereinfachung von Konzernstrukturen seit langem im Wege stand.

Erbschaftsteuer

Ein weiterer Teil des sog. Sofortprogramms im Rahmen des sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetzes betrifft die Regelungen zur Erbschaftsteuer. Hier sollen die Steuerbelastung für Geschwister und Geschwisterkinder durch einen neuen Steuertarif auf 15 bis 43 % gesenkt und die Bedingungen für die Unternehmensnachfolge geändert werden, indem die Zeiträume verkürzt werden, innerhalb derer das Unternehmen weitergeführt werden muss (von sieben auf fünf Jahre bzw. von zehn auf sieben Jahre).

With all of those measures, the new administration is acting on suggestions which have been made for quite a while with respect to the current version of Sec. 8c CTA. In particular, a clause addressing groups of companies as well as a hidden reserve exception would limit the overshooting effect of the current rules to a large extent.

Trade Tax

Also, the effect of certain trade tax add-backs will be mitigated for real estate leases by reducing the add-back amount of real estate leases from a fourth of 65 percent to a fourth of 50 percent.

Real Estate Transfer Tax

Finally — and that would be an important facilitation for certain reorganizations of groups of companies — a specific clause addressing groups of companies will be introduced to the real estate transfer tax law so that the reorganization of groups of companies by way of specific measures pursuant to the German Reorganization Act will no longer be impeded by (inappropriate) real estate transfer tax considerations. In addition, however, the draft act provides for anti-abuse provisions: There will be five year periods preceding and succeeding the reorganization during which the real property will have to be held by the transferring or the receiving entity, respectively, or during which the receiving entity may not dispose of its interests in the real estate holding company. The lack of a clause addressing groups of companies has long been a material obstacle for the simplification of structures of groups of companies.

Inheritance Tax

A further part of the crash program in connection with the Growth Acceleration Act concerns the rules governing inheritance tax. Here, the inheritance tax burden shall be lowered for siblings and children of siblings by introducing new tax rates ranging from 15 to 43 percent. Also, in order to facilitate business succession, the time periods during which the business will need to be carried on shall be decreased (from seven to five years or 10 to seven years, respectively) and the required aggregate wages in this

Die hierfür erforderlichen Lohnsummen sollen ebenfalls abgesenkt werden (von 650 % auf 400 % bzw. von 1000 % auf 700 %). Neben diesen Sofortmaßnahmen im Rahmen des sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetzes soll geprüft werden, ob für die Erbschaftsteuer in Bezug auf Steuersätze und Freibeträge eine Übertragung der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder möglich ist.

Koalitionsvertrag

Weitere Sofortmaßnahmen

Im Rahmen von grenzüberschreitenden Leistungsbeziehungen sollen negative Auswirkungen der Neuregelung zur Funktionsverlagerung auf den Forschungs- und Entwicklungsstandort Deutschland beseitigt werden.

Steuervereinfachung

Unter dem Stichwort „Steuervereinfachung“ hat sich die neue Regierung einige Maßnahmen auf die Fahnen geschrieben, die auch für Unternehmen relevant werden können. So sollen künftig unter anderem rückwirkende gesetzgeberische Maßnahmen grundsätzlich vermieden werden und sich BMF-Schreiben auf die Auslegung der Gesetze beschränken und die Praxis der Nichtanwendungserlasse zurückgeführt werden. Zudem sollen die Gebührenpflicht für verbindliche Auskünfte auf wesentliche und aufwändige Fälle beschränkt werden und Betriebsprüfungen grundsätzlich innerhalb von fünf Jahren nach Beginn bzw. dann abgeschlossen sein, wenn die neue Betriebsprüfung beginnt. Ein konkreter Zeitrahmen für diese Maßnahmen wird allerdings nicht genannt.

Mittelfristige Ziele für die Unternehmensbesteuerung

Grundsätzlich hat sich die neue Regierung daneben vorgenommen, das Unternehmenssteuerrecht aufkommensneutral weiter zu modernisieren und international wettbewerbsfähig zu gestalten. Leitlinie soll dabei sein, dass unternehmerische Entscheidungen sich – unabhängig von Rechtsform, Organisation und Finanzierung – in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und nicht nach steuerlichen Aspekten richten. In diesem Zusammenhang in Aussicht gestellte Maßnahmen betreffen unter anderem

respect will also be lowered (from 650 percent to 400 percent or 1000 percent to 700 percent, respectively). In addition to those crash measures forming part of the so-called Growth Acceleration Act, the new administration is committed to review whether or not a transfer of the right to set the tax rates and the exempt thresholds to the states is possible.

Coalition Agreement

Further Crash Measures

The negative effect of the recently enacted new transfer pricing rules in cases when there is a shifting of business functions abroad with Germany as a R&D country shall be eliminated.

Simplification of Tax Rules

Under the heading “Simplification of Tax Rules” the new administration plans a couple of measures which are also relevant for businesses. In the future, the retroactive effect of new tax rules will be avoided and circulars rendered by the Federal Ministry of Finance will be limited to the construction of tax rules rather than constituting the non-applicability of Federal Tax Court rulings. Also, fees for a binding ruling will be limited to material and complex cases and tax audits will, in principle, be completed (i) within five years following their start or (ii) once a new tax audit begins. However, a specific timeframe for the implementation of such measures is not fixed in the coalition agreement.

Mid-term Objectives for the Business Tax System

Finally, the new administration has also formed the objective to modernize and create a more internationally competitive business tax system without effectively lowering taxes. Generally, commercial decisions will be based on commercial considerations rather than tax aspects, *i.e.*, irrespective of the legal form, organization and financing. Measures the new administration contemplates in this respect are, *inter alia*, a complete revision of the rules regarding loss utilization, a cross-border taxation of business profits

eine Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung, eine grenzüberschreitende Besteuerung von Unternehmenserträgen und die Einführung eines modernen Gruppenbesteuerungssystems anstelle der bisherigen Organschaftsregelungen. Daneben soll (wie bereits mehrfach in der Vergangenheit) eine Kommission zur Erarbeitung von Vorschlägen zur Neuordnung der Gemeindefinanzierung eingesetzt werden. Bei den mittelfristigen Zielen ist jedoch deutlich zu erkennen, dass sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ einer Umsetzung in dieser Legislaturperiode mit großen Fragezeichen behaftet sind.

Das im Koalitionsvertrag skizzierte steuerliche Programm ist also insgesamt durchaus ambitioniert. Da die steuerrechtlichen Vorhaben der neuen Regierung aber generell unter einem Finanzierungsvorbehalt stehen, bleibt abzuwarten, welche Programmpunkte in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt tatsächlich umgesetzt werden.

2. Steuerliche Begünstigung durch Bürgerentlastungsgesetz (Zinsschrankenerweiterung und § 8c KStG)

Vor dem Hintergrund der momentanen wirtschaftlichen Lage hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes dazu durchgerungen, (geringfügige) Nachbesserungen an den umstrittenen Vorschriften zur Zinsschranke und zum Mantelkauf vorzunehmen.

Zinsschrankenerweiterung

Nach der sog. Zinsschranke wird die Abziehbarkeit des Nettozinsaufwandes grundsätzlich auf 30 % des sog. steuerlichen EBITDA beschränkt. Die Zinsschranke findet bei Vorliegen eines der folgenden Ausnahmetatbestände keine Anwendung, d.h. der Abzug von Zinsaufwendungen ist in diesen Fällen unabhängig vom steuerlichen EBITDA uneingeschränkt möglich:

- (i) Freigrenze,
- (ii) Konzernklausel oder
- (iii) Eigenkapitalvergleich.

Mit dem Bürgerentlastungsgesetz wurde die Freigrenze rückwirkend von bisher EUR 1 Million auf EUR 3 Millionen herauf-

and the introduction of a modern group taxation system instead of the current rules regarding a fiscal unity. Furthermore, a (perseverative) commission preparing proposals for a reform of municipal financing will be appointed. However, the wording of the mid-term objectives in the coalition agreement clearly indicates that the “if” and also the “how” of any implementation of any of those measures within the next four years is doubtful.

All in all, the new administration's tax program for the next four years as laid out in the coalition agreement is truly ambitious. However, since the tax propositions are all qualified by the need to raise the respective funds, it remains to be seen to what extent and at which point in time any of those measures will actually be implemented.

2. Recent Amendments to the Earnings Stripping Rules and the Utilization of Loss Carry Forwards

Against the current economic background two heavily disputed provisions which were introduced by the Company Tax Reform Act 2008 have now been slightly amended in July 2009.

Earnings Stripping Rules

The earnings stripping rules generally limit the deduction of net interest expenses of a business to 30 percent of the so-called tax-adjusted EBITDA. The net interest expenses are fully deductible irrespective of the amount of the tax EBITDA if the requirements of one of these exceptions is applicable:

- (i) exemption threshold,
- (ii) group clause, or
- (iii) equity ratio comparison.

The recent amendment provides for a (retroactive) increase of the exemption threshold from EUR1 million to EUR3

gesetzt. Bei (auch nur geringfügigem) Überschreiten der Freigrenze ist, wie bisher, der gesamte Nettozinsaufwand nur nach Maßgabe der Zinsschranke abziehbar, es sei denn, ein weiterer Ausnahmetatbestand kommt zur Anwendung.

Die Anhebung der Freigrenze findet erstmals auf Wirtschaftsjahre Anwendung, die nach dem 25. Mai 2007 beginnen und nicht vor dem 1. Januar 2008 enden, d.h. bei kalendergleichem Wirtschaftsjahr erstmals für das Wirtschaftsjahr 2008 und letztmalig auf Wirtschaftsjahre, die vor dem 1. Januar 2010 enden. Bei abweichendem Wirtschaftsjahr findet die erhöhte Freigrenze – nach derzeitiger Rechtslage – bereits auf das Wirtschaftsjahr 2009/2010 keine Anwendung mehr.

Gemäß dem Regierungsentwurf für das sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetz soll die Freigrenze nun dauerhaft auf EUR 3 Millionen angehoben werden (siehe oben Teil I.1. dieses Tax Info).

Verlustabzugsbeschränkung ("Mantelkauf")

Werden innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren mehr als 25 % des gezeichneten Kapitals an einer Körperschaft an einen anderen Erwerber übertragen, gehen bestehende Verlustvorträge und die laufenden Verluste anteilig unter. Wird innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums die 50 %-Schwelle überschritten, sind sämtliche bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzten Verluste vollständig nicht mehr abziehbar.

Mit der Einführung einer sog. Sanierungsklausel wurde eine Ausnahmenvorschrift zum Untergang der Verlustvorträge eingeführt. Der Gesetzgeber verfolgt damit in Krisenzeiten das Ziel, das freiwillige Engagement des neuen Anteilseigners durch den Erhalt der Verlustvorträge zu belohnen. Nach der Sanierungsklausel führt eine Anteilsübertragung nicht zu einem Untergang der Verlustvorträge, wenn der Erwerb der Anteile der Sanierung der Körperschaft dient. Die Sanierungsklausel findet (rückwirkend) auf alle Anteilsübertragungen im Zeitraum nach dem 31. Dezember 2007 und vor dem 1. Januar 2010 Anwendung.

Der Erwerb der Anteile an einer Körperschaft erfolgt zum Zwecke der Sanierung, wenn er (i) zu einem Zeitpunkt der

million. It should be noted that any (even small) excess results in a full application of the earnings stripping rules unless one of the other exceptions applies.

The amended provision applies to fiscal years starting after May 25, 2007 and not ending prior to January 1, 2008 (i.e., for fiscal years corresponding to the calendar year the rules apply for the first time to the fiscal year 2008 and for the last time to fiscal years ending prior to January 1, 2010). Thus, for businesses with a non-calendar fiscal year the increased exemption threshold of EUR3 million is, based on the current law, no longer applicable for fiscal year 2009/2010.

According to the draft of the so-called Growth Acceleration Act it is intended to increase the exemption threshold permanently to EUR3 million (cf. section I.1 of this *Tax Info*).

Restrictions on Loss Utilization

Pursuant to the provisions on the utilization of loss carry forwards current losses and existing loss carry forward are lost on a *pro rata* basis if more than 25 percent of the shares in a corporation are transferred within five years to one acquirer. Upon the transfer of more than 50 percent of the shares in a corporation within five years to one acquirer all current losses and loss carry forwards forfeit.

By amending the respective restructuring privilege provision, the German legislator provided for an exception to the forfeiture of loss carry forwards if certain requirements are met. It is the intention of the legislator to enhance financial restructuring in times of an economic downturn by preserving loss carry forwards. Consequently, any transfer of shares which serves the purpose of a financial restructuring of the corporation does not trigger a forfeiture of loss carry forwards. The restructuring privilege applies (with retroactive effect) to share transfers carried out after December 31, 2007 and prior to January 1, 2010.

According to the law, a transfer serves a financial restructuring if (i) the restructuring aims to prevent or eliminate

drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Körperschaft erfolgt und (ii) die wesentlichen Betriebsstrukturen erhalten werden.

Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung

Einer Körperschaft droht die Zahlungsunfähigkeit, wenn sie voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, bei Fälligkeit die ausstehenden Verbindlichkeiten zu begleichen und nicht damit zu rechnen ist, dass die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von drei Wochen beseitigt werden kann.

Eine Überschuldung liegt grundsätzlich dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Der Überschuldungsbegriff wurde im Zuge des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes modifiziert. Danach liegt keine Überschuldung vor, wenn im Rahmen der Überschuldungsprüfung eine positive Fortführungsprognose getroffen werden kann. Dieser modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff soll für den Zeitraum vom 17. Oktober 2008 bis 31. Dezember 2010 zur Anwendung kommen. Für die Frage der Sanierungsbedürftigkeit im Rahmen der Anwendung der Sanierungsklausel ist unklar, ob auf den bisherigen einstufigen Überschuldungsbegriff oder den zweistufigen Überschuldungsbegriff abzustellen ist.

Erhalt wesentlicher Betriebsstrukturen

Der Gesetzestext nennt abschließend drei Fälle, bei deren Vorliegen von einem Erhalt der wesentlichen Betriebsstrukturen ausgegangen werden kann:

- (i) Die Kapitalgesellschaft erfüllt ihre Verpflichtungen aus einer Betriebsvereinbarung, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit der Anteilsübertragung steht und vor dem 1. Januar 2010 abgeschlossen wurde. Da das Gesetz selbst keine weiteren Voraussetzungen an den Inhalt der Betriebsvereinbarung stellt, sollte es im Rahmen einer Arbeitsplatzregelung auch möglich sein, Arbeitsplätze in gewissem Umfang zu reduzieren.
- (ii) Während eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Anteilserwerb darf die jährliche Lohnsumme die Ausgangslohnsumme um nicht mehr als

a situation of imminent illiquidity or over-indebtedness and (ii) the main structural characteristics of the business remain unchanged.

Illiquidity/Over-Indebtedness

A corporation is in the situation of imminent illiquidity if the corporation is presumably unable to repay existing debt upon maturity date and this situation exceeds a period of three weeks.

An entity is generally in the situation of over-indebtedness if the liabilities exceed the assets. The legal term of over-indebtedness has been amended during the course of the Financial Market Stabilization Act. The criterion for over-indebtedness is fulfilled if the liabilities exceed the assets, unless — based on the facts and circumstances — it is more likely than not that the business of the entity will be carried on. The temporarily modified term generally applies for a time period from October 17, 2008 until December 31, 2010. It is not yet finally resolved whether the temporarily introduced term of over-indebtedness or the general term is applicable to determine the restructuring situation of the corporation.

Maintenance of Structure

The law provides for three alternative measures in demonstrating the maintenance of the main structural characteristics of the business:

- (i) The corporation fulfills its obligations under a works council agreement which was entered into prior to January 1, 2010 in context with the restructuring. As the law itself does not provide for any criteria in respect of the content of the works council agreement, a works council agreement could also provide for a lay-off of employees, provided that the structural characteristics of the business are maintained.
- (ii) The total gross wages within a five year period from the transfer of shares will on average not be reduced by more than 20 percent compared to the

20 % unterschreiten. Die Ausgangslohnsumme ist die durchschnittliche jährliche Lohnsumme der letzten fünf Jahre vor dem Zeitpunkt des Anteils-erwerbs. Ein Unterschreiten der Mindestlohnsumme innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums kann durch eine entsprechend höhere Lohnsumme in anderen Jahren innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums ausgeglichen werden. Die Lohnsumme am Ende des Betrachtungszeitraums muss also mindestens 400 % der Ausgangslohnsumme betragen.

- (iii) Der Erwerber führt innerhalb von zwölf Monaten nach Anteilsübertragung wesentliches Betriebsvermögen zu. Eine Zuführung wesentlichen Betriebsvermögens liegt vor, wenn durch den Erwerber neues Betriebsvermögen in Höhe von mindestens 25 % des in der Steuerbilanz zum Schluss des vorangegangenen Jahres ausgewiesenen Aktivvermögens zugeführt wird. Der Erlass von Verbindlichkeiten gegenüber der Körperschaft steht einer Zuführung von Betriebsvermögen gleich, soweit die erlassenen Forderungen werthaltig sind. Um Missbräuchen vorzubeugen, mindern sämtliche Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter, die in dem Zeitraum 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 getätigt werden, den Wert des zugeführten Betriebsvermögens.

Die objektive Beweislast für die Anwendbarkeit der Sanierungsklausel liegt bei der Körperschaft. Grundsätzlich ist anzuraten, vor dem Beteiligungserwerb beim zuständigen Finanzamt einen (nach geltender Rechtslage kostenpflichtigen) Antrag auf verbindliche Auskunft zu stellen. Nach einer Verlautbarung des Bundesfinanzministeriums sind die Finanzämter dazu angehalten, über Anträge auf verbindliche Auskunft im Zusammenhang mit Sanierungsmaßnahmen zügig zu entscheiden.

Die Sanierungsklausel findet in ihrer derzeitigen Fassung nur auf Anteilserwerbe Anwendung, die vor dem 1. Januar 2010 erfolgen. Allerdings ist nach dem Regierungsentwurf für das sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetz davon auszugehen, dass diese bisherige zeitliche Beschränkung bei der Sanierungsklausel aufge-

average annual wages paid in the five year period before the restructuring. A shortfall of the total gross wage in certain years may be compensated by a corresponding increase of the total gross wages in different years within the five year period to achieve the average gross wage amount. Thus, at the end of the five year period, the total gross wages will amount to at least 400 percent against the gross wages at the time of the transfer.

- (iii) The acquirer contributes substantial assets to the equity of the corporation within 12 months from the share transfer, *i.e.*, at least 25 percent additional assets. The 25 percent threshold is determined on the total amount of the previous year's tax balance sheet assets. A debt waiver is regarded as an equity contribution to the extent the underlying receivable vis-à-vis the loss carrying entity is valuable. In order to avoid an abuse of law, any distribution made by the corporation between January 1, 2009 and December 31, 2011 will reduce the contributed amounts.

The burden of proof to establish that the requirements of a privileged restructuring are met is with the corporation. Generally, it seems appropriate to apply for a binding ruling before any transfer of shares. Generally, fiscal authorities are urged to decide on the request for a binding ruling in the context of a restructuring scenario within a short period of time.

Pursuant to the current law, the restructuring privilege would solely apply to share transfers prior to January 1, 2010. However, pursuant to the draft of the so-called Growth Acceleration Act, the current time limitation is to be abolished, *i.e.*, the provision on the utilization of loss carry forward would provide for a

hoben wird (siehe oben Teil I.1. dieses Tax Info).

3. Steuerliche Auswirkungen des MoMiG

Das am 1. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) enthält vor allem grundlegende Neuerungen im Bereich des GmbH- und Insolvenzrechts. Die Neuregelungen haben zum Teil auch steuerliche Implikationen.

Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Dies gilt zunächst für die durch das MoMiG ermöglichte Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH (oder auch Aktiengesellschaft) in das Ausland (Änderung der § 4a GmbHG, § 5 AktG). Ein solcher Schritt kann steuerlich zur Aufdeckung stiller Reserven und zu deren (Entstrickungs-)Besteuerung nach § 12 KStG führen.

Im Einzelnen kommt es dafür darauf an, ob der Verwaltungssitz in das EU-/EWR-Ausland (§ 12 Abs. 1 KStG) oder in einen Drittstaat (§ 12 Abs. 3 KStG) verlegt wird, sowie weiterhin darauf, ob und mit welchem Inhalt ein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) mit dem jeweiligen Sitzstaat besteht. Besonders zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Grundsätze der Finanzverwaltung zur „Zentralfunktion des Stammhauses“. Danach folgen insbesondere Beteiligungen und bestimmte immaterielle Wirtschaftsgüter regelmäßig zwingend einer ins Ausland verlagerten Geschäftsleitungs-Betriebsstätte. Hier droht die (Entstrickungs-)Besteuerung im Hinblick auf die in diesen Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven.

Gesellschafterdarlehen

Ein Schwerpunkt des MoMiG sind grundlegende Neuregelungen zur Behandlung von Gesellschafterdarlehen. Das frühere Eigenkapitalersatzrecht, nach dem es für die Nachrangigkeit eines Gesellschafterdarlehens zentral darauf ankam, dass der Gesellschafter dieses in der „Krise“ der Gesellschaft (= fehlende Kreditwürdigkeit) gewährt oder stehen gelassen hatte,

permanent restructuring privilege (cf. above section I.1 of this *Tax Info*).

3. Tax Implications of the MoMiG

The Act to Modernize the Law Governing Private Limited Companies and to Combat Abuses (MoMiG) became effective on November 1, 2008. It contains a fundamental reform of German company and insolvency law. Some of the amendments have tax implications.

Transfer Abroad of Administrative Seat

The MoMiG allows Limited Companies as well as Stock Corporations to transfer their administrative seat abroad (Amendments to Sec. 4a Limited Liability Company Act (LLCA) and Sec. 5 Stock Corporation Act (SCA)). Such transfer might trigger the taxation of hidden reserves (exit taxation under Sec. 12 Corporate Income Tax Act (CTA)).

Whether or not an exit taxation applies depends on whether the administrative seat is transferred to an EU/EEA member state (Sec. 12 para. 1 CTA) or to another state (Sec. 12 para. 3 CTA), as well as whether or not Germany has entered into a Double Taxation Treaty (DTT) with the respective state of residency (and, if applicable, on the content of such DTT). When planning to transfer a company seat abroad, special attention will have to be paid to the tax administration's opinion relating to the "central function of a head office": the tax administration regularly attributes participations in subsidiary companies as well as a range of IP assets to a tax payer's head office. A transfer abroad of the administrative seat of a company might therefore trigger an exit tax with regard to such assets.

Shareholder Loans

The MoMiG substantially amends the treatment of shareholder loans under German law. Prior to the reform, shareholder loans were subordinated to other creditor's claims if they had been granted (or not terminated) while the company was in a "crisis" defined as a lack of creditworthiness (equitable subordination). Under the new law,

ist abgeschafft. Nach neuem GmbH-Recht ist jedes Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft nachrangig zu bedienen. Rückzahlungen auf ein Gesellschafterdarlehen innerhalb eines Jahres vor dem Insolvenzantrag unterliegen stets der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter.

Der BFH nahm vor Inkrafttreten des MoMiG im Rahmen des § 17 EStG regelmäßig einen Gleichlauf des Steuerrechts mit dem Zivilrecht an. Bei im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften i.S.d. § 17 EStG (mind. 1 % innerhalb der letzten fünf Jahre) sollte der (teilweise) Ausfall mit einem Gesellschafterdarlehen (im Rahmen nachträglicher Anschaffungskosten) grundsätzlich nur Berücksichtigung finden, soweit zivilrechtlich Eigenkapitalersatz vorlag. Als Ausnahme hatte der BFH in einem Urteil vom 19. August 2008 (IX R 63/05) nachträgliche Anschaffungskosten bejaht, obwohl das betreffende Darlehen wegen des Sanierungsprivilegs (§ 32a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F.) nicht eigenkapitalersetzend war.

Ob über nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG auch zukünftig unter Rückgriff auf das Zivilrecht entschieden wird, ist derzeit offen. Da zivilrechtlich nach dem MoMiG jedes Gesellschafterdarlehen zwingend nachrangig ist, wären damit verbundene Verluste bei einem entsprechenden Gleichlauf heute stets steuerlich zu berücksichtigen. Eher zu erwarten ist wohl, dass die Rechtsprechung den mit dem oben zitierten BFH-Urteil eingeschlagenen Weg weiter verfolgen wird, der auf eine originär steuerrechtliche Sichtweise hinauslaufen dürfte.

4. § 2 Abs. 4 UmwStG i.d.F. des JStG 2009

Mit dem Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009) vom 19. Dezember 2008 wurde § 2 Abs. 4 UmwStG eingeführt. Danach ist der Ausgleich oder die Verrechnung

any shareholder loan is subordinated by operation of law in case of an insolvency. Repayments on such loans effected within a period of one year ending on the date of an insolvency filing will be claimed back by the liquidator.

Prior to the MoMiG becoming effective, the Federal Tax Court synchronized the application of Sec. 17 ITA with the application of the civil law rules on equitable subordination dealt with earlier in this text. Sec. 17 ITA deals with privately held participations in corporations of 1 percent or more during the last five years. The BFH held that the (partial) loss of a shareholder loan within the scope of Sec. 17 ITA was only deductible (as subsequent acquisition costs) if the respective loan was subordinated under the equitable subordination regime now abolished by the MoMiG. As one exception to such synchronized application of tax law and civil law, the Federal Tax Court qualified the loss of a loan as subsequent acquisition costs although the loan was not subordinated in terms of civil law based on the so-called restructuring exemption in former Sec. 32a para. 3 sent. 3 LLCA (ruling dated August 19, 2008, IX R 63/05).

Whether or not the future qualification of shareholder loan losses as subsequent acquisition costs within the scope of Sec. 17 ITA will depend on the civil law treatment of the respective loan remains to be seen. As any shareholder loan is subordinated under the new civil law regime as amended by the MoMiG, such synchronization would result in the deductibility of any loss relating thereto. From our perspective, the tax courts might rather tend to an autonomous application of the tax laws as (then exceptionally) demonstrated in the Federal Tax Court ruling dated August 19, 2008 and dealt with above.

4. Sec. 2 para. 4 Reorganization Tax Act as amended by the Annual Tax Act 2009

The Annual Tax Act dated December 19, 2008 introduced Sec. 2 para. 4 German Reorganization Tax Act (RTA). Based on the new provision, the equalization

eines Übertragungsgewinns mit Verlusten, Verlustvorträgen, nicht ausgeglichenen negativen Einkünften und einem Zinsvortrag (Verlustrechnung) des übertragenen Rechtsträgers nur zulässig, wenn diesem Rechtsträger die Verlustnutzung auch ohne die steuerliche Rückwirkung möglich gewesen wäre.

Hintergrund dieser Neuregelung ist ausweislich der Gesetzesbegründung, dass gemäß § 8 c KStG Verlustvorträge und laufende Verluste anteilig oder vollständig verloren gehen, wenn Anteile an der entsprechenden Kapitalgesellschaft übertragen werden. Um den Verlust solcher Verlustvorträge oder Verluste, beispielsweise im Rahmen einer Veräußerung von Geschäftsanteilen an einer deutschen Kapitalgesellschaft, zu verhindern, wurde die Kapitalgesellschaft rückwirkend unter Aufdeckung stiller Reserven auf einen Zeitpunkt vor dem schädlichen Beteiligungserwerb umgewandelt, was die rückwirkende Nutzung der Verlustvorträge erlaubte. Nach der Neuregelung sind solche Gestaltungen nun nicht mehr möglich.

Der Wortlaut der Neuregelung lässt auch eine Anwendung zu, die über die oben beschriebenen und in der Gesetzesbegründung genannten Fälle hinausgeht. Er versagt die Verlustnutzung in Ermangelung einer Bezugnahme auf § 8c KStG unter Umständen auch in Fällen, in denen ein schädlicher Anteilserwerb nicht stattfindet, sondern in denen lediglich laufende Verluste durch rückwirkende Maßnahmen genutzt werden sollen. Da allerdings die Gesetzesbegründung und auch die Anwendungsregeln an einen schädlichen Beteiligungserwerb oder ein anderes die Verlustnutzung ausschließendes Ereignis anknüpfen, sollte der Anwendungsbereich der Neuregelung entsprechend eingeschränkt werden.

5. Umsetzung des Mehrwertsteuerpakets

Am 1. Januar 2010 treten die schon durch das JStG 2009 eingeführten Regelungen in Kraft, durch die das sog. Mehrwertsteuerpaket der EU umgesetzt wird. Hierzu hat das BMF mit Schreiben vom 4. September 2009 ausführlich Stellung genommen. Die Änderungen betreffen

or offsetting of a transfer profit against losses, loss carry forwards, not equalized negative income and an interest carry forward pursuant to Sec. 4h para. 1 sent. 2 German Income Tax Act (ITA) (defined as "use of losses") of the transferor entity shall only be allowed in cases where the entity would have been able to use the respective losses also without the retroactive effect for tax purposes.

The reason for this amendment is, according to the preamble of the Annual Tax Act, that according to Sec. 8c German Corporate Income Tax Act (CTA), loss carry forwards and current losses get partly or in total lost if shares in the respective corporation are transferred. In order to avoid a loss of loss carry forwards or current losses, for example in the course of a sale of shares in a German corporation, the corporation used to be reorganized retroactively by realizing the hidden reserves with effective date prior to the harmful share transfer which allowed the use of loss carry forwards retroactively. Pursuant to the new rules, such structurings are not feasible anymore.

The wording of the new rules allows an application which goes beyond the cases described previously and mentioned in the preamble of the Annual Tax Act. By lack of any reference to Sec. 8c CTA, it may also deny the use of losses in cases where a harmful share transfer does not occur but where current losses are supposed to be used by way of a retroactive measure. As the preamble to the Annual Tax Act as well as the application rules refer to a harmful share transfer or another event which precludes the use of losses, the scope of application of the new rules should be limited, respectively.

5. EU VAT Package Coming Into Force

On January 1, 2010 the new rules introduced as part of the Annual Tax Act 2009 and implementing the so-called EU VAT package come into force. On September 4, 2009, the Federal Ministry of Finance issued a circular dealing with the new rules. Basically, changes were

im Wesentlichen den Ort von sonstigen Leistungen (für Lieferungen ergeben sich hieraus keine Änderungen!). Hiermit im Zusammenhang steht die Erweiterung der Verpflichtung zur Abgabe von Zusammenfassenden Meldungen. Darüber hinaus wird es Änderungen im Rahmen des Vorsteuer-Vergütungsverfahrens geben. Letzteres betrifft v.a. die verfahrensrechtliche Ausgestaltung (z.B. Verpflichtung zum elektronischen Antrag).

Für sonstige Leistungen eines Unternehmers an einen anderen Unternehmer gilt ab dem 1. Januar 2010 grundsätzlich das sog. Empfängerortprinzip, d.h. die sonstige Leistung unterliegt dort der Umsatzsteuer, wo der Leistungsempfänger sein Unternehmen betreibt. Bei grenzüberschreitenden Leistungen greift dann das Reverse-Charge-Verfahren, d.h. der Leistungsempfänger schuldet die Umsatzsteuer. Die innergemeinschaftliche Erbringung sonstiger Leistungen muss allerdings von dem Leistenden in der Zusammenfassenden Meldung angegeben werden. Dienstleistungen an einen Nichtunternehmer sowie für den nichtunternehmerischen Bereich eines Unternehmers erbrachte sonstige Leistungen unterliegen dagegen grundsätzlich dort der Umsatzsteuer, wo der Leistende sein Unternehmen betreibt. Von den oben dargestellten Grundsätzen gibt es Ausnahmen (z.B. für Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück), die in dem BMF-Schreiben mit Beispielen ausführlich dargestellt werden.

Die Nachweispflicht, dass der Leistungsempfänger Unternehmer ist, obliegt dem Leistenden. Auch dazu, wie dieser Nachweis geführt werden kann, enthält das BMF-Schreiben Ausführungen (z.B. Verwenden der USt-Ident-Nr. durch den Leistungsempfänger bzw. Unternehmerbescheinigung durch den Sitzstaat des Leistungsempfängers).

Vor allem Dienstleistungsunternehmen werden vor dem Hintergrund der Umsetzung des Mehrwertsteuerpakets die Ortsbestimmung ihrer Leistungen und ihre Rechnungsstellung überdenken müssen. Aber auch Unternehmen, die Waren liefern, sind betroffen, wenn sie Reparaturen oder Wartungen anbieten. Sofern noch nicht geschehen, sollten Liefer- und Leistungsbezie-

made to the rules governing the place of the supply of services (the supply of goods is not subject to any changes). In connection with the new law, the scope of the recapitulative statement is widened. In addition, changes in relation to the VAT refund procedure come into force particularly as regards procedural aspects thereof (e.g., obligation to apply online for a refund, etc.)

Under the new rules as from January 1, 2009 onwards, the supply of services from one entrepreneur to another entrepreneur will generally take place and be subject to VAT where the customer is established. In the case of cross-border supply of services, VAT is then owed by the customer under the reverse-charge procedure. Accordingly, the customer must report on intra-community supply of services in its recapitulative statement. The supply of services to private consumers, on the other hand, will generally be located where the service provider is located. However, some exceptions remain (e.g., for the supply of services relating to real estate). Such exceptions are — based on some examples — addressed in detail by the Federal Ministry of Finance in its circular.

The burden of proof that the customer qualifies as entrepreneur is with the supplier. Also in this respect, the tax authorities provide guidance in their circular (e.g., utilization of a VAT identification number by a customer or the presentation of the corresponding certificate of country of residence of customer as sufficient proof).

In particular, a service provider will be affected by the new rules, particularly as regards the rules governing the place of the supply of services, and will have to analyze their current practice, e.g., with respect to the issuance of invoices. But also entrepreneurs which are engaged in the delivery of goods may be affected by the new rules if and to the extent that they provide additional maintenance and/

hungen analysiert und entsprechende Anpassungen vorgenommen werden.

II. Aktuelles aus der (Finanz)Verwaltung

1. Update Investmentsteuerrecht (BaFin-Schreiben und Entwurf BMF-Schreiben)

Das BMF hat mit Datum vom 18. August 2009 das über mehrere Monate und auf der Basis von drei im Detail deutlich divergierenden Entwurfsfassungen diskutierte Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz vorgelegt. Es ersetzt das schon bald nach dem Inkrafttreten des InvStG erlassene BMF-Schreiben vom 2. Juni 2005 und nimmt zu zahlreichen Zweifels- und Auslegungsfragen bezüglich der Investmentbesteuerung Stellung.

Das BMF-Schreiben vom 18. August 2009 weicht insbesondere bezüglich des Anwendungsbereiches des InvStG erheblich von seinem Vorgängerschreiben ab. Nach dem letzteren fielen Personengesellschaften mit Ausnahme bestimmter Hedgefondsstrukturen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des InvStG. Das neue BMF-Schreiben gibt die Ausnahme für Personengesellschaften vollständig auf und übernimmt durch Bezugnahme auf das Rundschreiben der BaFin vom 22. Dezember 2008 die aufsichtsrechtlichen Grundsätze zur Abgrenzung von Investmentvermögen von sonstigen Strukturen auch für steuerliche Zwecke. Der scharfe Paradigmenwechsel überrascht und kann in Einzelfällen zu einschneidenden Änderungen der Besteuerung der beteiligten Anleger führen.

- Für die Investoren von Private Equity Fonds sollten sich durch das BMF-Schreiben im Regelfall keine Änderungen ergeben (die Bereichsausnahme des BaFin-Rundschreibens sollte in typischen Fällen die Sicherheit sogar eher erhöhen).
- Bei bestimmten ausländischen Mezzanine-, Commodity- und Inf-

or repair services. If not done so already, business relationships should thus be analyzed and the relevant adjustment be made.

II. Administrative News

1. Update Investment Tax Law (BaFin-Circular and Draft Circular of the Federal Ministry of Finance)

The German Ministry of Finance has issued a new circular on the German Investment Tax Act on August 18, 2009. For several months a number of drafts of the circular, with some significant differences in questions of detail, had been discussed. The new circular replaces the circular dated June 2, 2005, which was issued soon after the implementation of the new Investment Tax Act, and comments on a fair number of aspects with respect to investment taxation under the Investment Tax Act.

Especially with respect to the scope of application of the Investment Tax Act, the new circular deviates substantially from its predecessor. According to the former circular, partnerships were, except for certain hedge fund structures, not subject to the provisions of the Investment Tax Act. The new circular completely abolishes this particular exception for partnerships and adopts the regulatory principles for the differentiation between investment funds from other structures also for tax purposes by making reference to the circular of the German Federal Regulatory Authorities (BaFin) dated December 22, 2008. This sharp change in paradigm is surprising and may in some cases lead to burdensome changes of the tax status of the investors concerned.

- Generally, the new view of the tax authorities should not lead to changes for investors in private equity funds (rather, the clear exceptions for private equity in the BaFin's circular should at least in typical cases even increase the comfort level).
- However, with respect to certain non-German mezzanine, commodity

rastrukturfonds dürfte das neue Schreiben aber erhebliche Auswirkungen auf die Besteuerung der Investoren haben.

- Auch die Auswirkungen des neuen BMF-Schreibens bei Beteiligung an ausländischen Dachfonds sollten konkret überprüft werden.
- Umstritten war bisher die Behandlung von Zertifikatsstrukturen, die zuletzt in Vorbereitung auf die Abgeltungssteuer in den Jahren 2008 und 2009 große Marktrelevanz entfaltet hatten. Durch das BMF-Schreiben erhöht sich die Rechtssicherheit für klassische Zertifikatsstrukturen, allerdings bleibt eine Vielzahl von Einzelfragen ungeklärt.
- Auch im Hinblick auf die steuerliche Erfassung von ausländischen Immobilienfonds hat sich das neue BMF-Schreiben von der bisherigen Verwaltungspraxis entfernt.

Allerdings enthält das BMF-Schreiben Übergangsvorschriften, die Härten abmildern sollen. Dazu gehören Übergangsregelungen bezüglich der Änderungen der Verwaltungspraxis zu Personengesellschaften sowie zu weiteren, vom BMF wohl als besonders einschneidend eingeschätzten Änderungen, insbesondere bezüglich der Abgrenzung von Erträgen, Zwischengewinnen und ausschüttungsgleichen Erträgen, der Verlustverrechnung, der Anwendung des DBA Schachtelprivileges und der Auslegung des Fonds-Immobilien gewinnes. Allerdings bieten die Übergangsregelungen grundsätzlich keinen Bestandsschutz im Sinne eines „grandfathering“, so dass sie in der Praxis betroffenen Anlegern kaum Hilfe bieten dürften.

2. Änderung des § 5 Abs. 1 EStG durch das BilMoG und Entwurf eines entsprechenden BMF-Schreibens

Wie geplant (vgl. Tax Info Nr. 8 und unseren Client Alert zum Regierungsentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)) hat der Gesetzgeber die sogenannte umgekehrte Maßgeblichkeit durch das BilMoG abgeschafft.

and infrastructure funds, the ruling may have significant consequences for the taxation of German investors.

- Furthermore, the consequences of the new ruling on the taxation of investors in funds of funds should be analyzed on a case-by-case basis.
- The investment tax treatment of certificate structures, which gained particular market relevance in 2007 and 2008 in the context of the change in German taxation to the flat tax rate system, has been subject to intensive discussions under the former ruling dated June 2, 2005. The new ruling dated August 18, 2009 increases the comfort level for classic certificate structures, but a huge number of questions of detail remain to be clarified.
- Furthermore, also with respect to the treatment of non-German real estate funds, the new ruling takes a position that differs from former administrative practice.

However, it should be noted that the new ruling contains transitional provisions in this respect to water down the harm of the change in administrative practice. Also, the new ruling contains similar transitional provisions with respect to the change in the treatment of partnerships and further changes in practice (such as the classifications of income, interim profits and deemed distributed earnings, loss-offset provisions, the application of the participation exemption under double taxation treaties and the definition of real estate income). As the new ruling does not provide for comfort by means of a technical grandfathering, the transitional provisions should in practice give only little relief to the investors concerned.

2. Amendment of Sec. 5 Para. 1 of the German Income Tax Act by the BilMoG and Publication of a Draft Circular by the Federal Ministry of Finance

In line with the draft legislation presented in *Tax Info* No. 8 and our *Client Alert* on the government's "Accounting Law Reform Bill" (BilMoG), the German lawmakers have abolished the so-called reverse book-tax conformity. As a consequence,

In Zukunft können daher bei der steuerlichen Gewinnermittlung steuerliche Wahlrechte unabhängig von der Handelsbilanz ausgeübt werden. Dadurch soll verhindert werden, dass die Handelsbilanz durch die Anwendung rein steuerlicher Wahlrechte verzerrt wird.

Das BMF hat am 14. Oktober 2009 den Entwurf eines Erlasses zu dieser Änderung veröffentlicht. Unter anderem nimmt das BMF zu der Frage Stellung, wie weit der Anwendungsbereich der neuen Möglichkeit zur selbständigen Ausübung steuerlicher Wahlrechte ist. Hier war bisher unklar, ob steuerliche Wahlrechte auch dann frei ausgeübt werden können, wenn die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zwingend einen bestimmten Ansatz vorsehen. Dies wird in dem Erlass-Entwurf bejaht. Nach dem Entwurf kann der Steuerpflichtige in Zukunft etwa auf eine steuerliche Teilwertabschreibung verzichten, obwohl sie handelsrechtlich zwingend vorgeschrieben ist.

Interessant ist, dass der Erlass-Entwurf im Bereich der rein handelsrechtlich geregelten Bewertungswahlrechte trotz der Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit weiterhin vom Fortbestehen einer formellen Maßgeblichkeit auszugehen scheint: Die Ausübung solcher Bewertungswahlrechte (z.B. der Bewertungsvereinfachungsverfahren nach § 240 Abs. 3 und 4 HGB) in der Handelsbilanz wirke sich auch auf den Wertansatz in der Steuerbilanz aus.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG n.F. müssen Wirtschaftsgüter, bei denen steuerliche Wahlrechte abweichend von der Handelsbilanz ausgeübt werden sollen, in gesonderte Verzeichnisse aufgenommen werden. Nach dem Entwurf des BMF-Erlasses ist für diese Verzeichnisse keine besondere Form vorgeschrieben, es wird jedoch betont, dass sie laufend zu führen sind und vollständig sein müssen. Hierbei ist zu beachten, dass Finanzverwaltung und Rechtsprechung in der Vergangenheit bei der Anerkennung vergleichbarer Aufzeichnungen (z.B. Fahrtenbücher) tendenziell streng waren. So dürfte z.B. eine nachträgliche Erstellung eines Verzeichnisses nicht möglich sein,

taxpayers will be able to take advantage of options regarding entries in the tax accounts and their valuation irrespective of whether this option is also exercised in the commercial accounts. This is intended to prevent a distortion of the commercial accounts by purely tax-driven accounting options.

The Federal Ministry of Finance (*Bundesfinanzministerium*, BMF) issued a draft circular on this legislative amendment. Among other things, the BMF discusses the scope of the new possibility of exercising accounting options in the tax accounts independently from the commercial accounts. So far, it is uncertain whether taxpayers are at liberty to exercise accounting options freely even if the German rules on commercial accounting (*i.e.*, German GAAP) would dictate a specific entry. This is answered in the positive in the draft circular. For example, according to the draft circular taxpayers have the option of not writing down assets in the case of a permanent impairment for tax purposes even though a write-off is mandatory under German GAAP.

As an interesting aspect of the draft circular, its authors seem to assume that despite the abolition of reverse book-tax conformity, some aspects of a formal book-tax conformity still exist, at least in the area of valuation options. According to the draft circular, exercising such valuation options (*e.g.*, certain simplified valuation measures) in the commercial accounts has a binding effect on tax accounting.

As per Sec. 5 para. 1 sent. 2 of the Income Tax Act (ITA), all assets and liabilities that are treated differently in the tax accounts from their treatment in the commercial accounts have to be entered in a special register. The draft circular of the BMF does not prescribe a specific form for such registers, but it emphasizes that they have to be maintained on an ongoing basis and need to be complete. In the past, the tax administration and courts have been rather strict in the recognition of comparable records (*e.g.*, vehicle logbooks for tax purposes). So it will probably not be possible to draw up the registers retrospectively, and registers in electronic form will only be sufficient if retroactive

und die elektronische Führung des Verzeichnisses ist wohl nur möglich, wenn nachträgliche Änderungen der Daten nicht möglich sind oder in der Datei selbst dokumentiert sind.

Der Entwurf des BMF-Erlasses stellt schließlich klar, dass § 5 Abs. 1 EStG – im Gegensatz zu den meisten Rechtsänderungen des BilMoG zum handelsrechtlichen Jahresabschluss – in seiner neuen Fassung schon für den Veranlagungszeitraum 2009 anzuwenden ist. Die Steuerpflichtigen können daher schon für den laufenden Veranlagungszeitraum die Möglichkeit des von der Handelsbilanz abweichenden Ansatzes in der Steuerbilanz ausnutzen.

Das BMF gibt den Spitzenverbänden bis zum 20. November 2009 Gelegenheit, zu dem Erlass-Entwurf Stellung zu nehmen.

III. Aktuelle Rechtsprechung

1. Update: EuGH-Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung und deren Interpretation durch die Finanzverwaltung

Wie berichtet (vgl. Tax Info Nr. 8) hat der EuGH im Urteil in der Rs. *Lidl Belgium* entschieden, dass ausländische Betriebsstättenverluste beim inländischen Stammhaus im Rahmen der abkommensrechtlichen Freistellungsmethode zu berücksichtigen sind, wenn eine Verlustverrechnung im Betriebsstättenstaat endgültig nicht mehr möglich ist. Dies ist der Fall, wenn die inländische Gesellschaft im Betriebsstättenstaat sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft hat, einen Verlustvor- oder -rücktrag zu erreichen.

Trotz dieser klaren Stellungnahme des EuGH und der vollumfänglichen Übernahme der Argumentation durch den BFH in dem der Rs. *Lidl Belgium* zugrunde liegenden Revisionsverfahren hat die Finanzverwaltung entschieden, die Urteilsgrundsätze über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht anzuwenden (*Nichtanwendungserlass*; BMF v. 13. Juli 2009). Das BMF begründet den

changes to entries in the register are excluded or easy to track in the file.

Finally, the BMF's draft circular clarifies that the amendment of Sec. 5 para. 1 ITA is effective as of the tax year 2009. Consequently, taxpayers can take advantage of accounting options for tax purposes independently from their commercial accounting practice in the current tax year.

The central trade and professional organizations affected by the amendment to Sec. 5 para. 1 ITA have the opportunity to comment on the draft circular until November 20, 2009.

III. Current Jurisdiction

1. Update: Rulings of the European Court of Justice (ECJ) on Cross-Border Loss Offset and their Interpretation by the German Tax Authorities

According to the ECJ's decision in the case *Lidl Belgium*, domestic businesses have to be able to offset losses incurred by their foreign permanent establishments (PE) with their own domestic income under the exemption method, if the loss offset is definitely impossible in the state in which the PE is situated (see *Tax Info* No. 8). This is the case, if the business has exhausted all options for a loss carry-back and a loss carry-forward in the PE state.

In the German appeal procedure underlying the *Lidl Belgium* case, the Federal Tax Court fully approved the ECJ's reasoning. Despite the clearly stated opinion of the ECJ and the Federal Tax Court, the Federal Ministry of Finance issued a circular (dated July 13, 2009) to the effect that the tax authorities will not generally apply the Federal Tax Court's ratio (*Nichtanwendungserlass*). According

Nichtanwendungserlass damit, dass die Gewährung einer Verlustverrechnung beim inländischen Stammhaus nach der EuGH-Rechtsprechung nicht erforderlich sei, wenn eine rechtliche Möglichkeit bestehe, die Verluste im Betriebsstättenstaat zu berücksichtigen. Ob tatsächlich ein Verlustabzug erfolgt ist, soll – entgegen der Ansicht der BFH – unerheblich sein.

Ein aktuelles EuGH-Urteil zu diesem Themenkreis wirft neues Licht auf die Diskussion. Das Verfahren in der Rs. *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* (EuGH v. 23. Oktober 2009, C-157/07, kurz: *Wannsee*) betraf die Verluste aus einer österreichischen Betriebsstätte, die jeweils mit den Einkünften des Stammhauses in Deutschland verrechnet werden konnten; durch eine Nachversteuerung der in den Folgejahren erzielten Gewinne der österreichischen Betriebsstätte in Deutschland wurde diese Verlustverrechnung jedoch wertmäßig wieder aufgeholt. Im Betriebsstättenstaat Österreich konnten die Verluste aufgrund der ursprünglichen Verrechnungsmöglichkeit in Deutschland nicht berücksichtigt werden. Der EuGH sah hierin keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht.

Die Finanzverwaltung fühlt sich durch das *Wannsee*-Urteil in ihrer Praxis bestätigt, ausländischen Betriebsstättenverlusten größtenteils die Anerkennung zu versagen. Der grundlegende Unterschied zwischen der *Wannsee*- und der *Lidl Belgium*-Konstellation ist jedoch, dass im Fall *Wannsee* die ausländischen Betriebsstättenverluste in ihrem Entstehungsjahr tatsächlich abgezogen werden konnten. Dieser entscheidende Unterschied verbietet eine Übertragung der *Wannsee*-Grundsätze auf Fälle der endgültig gewordenen Auslandsverluste.

Es muss v.a. in Betriebsprüfungsfällen damit gerechnet werden, dass die Finanzverwaltung die Verrechnung (auch endgültig gewordenener) ausländischer Betriebsstättenverluste verweigern wird, solange eine rein theoretische (rechtliche) Möglichkeit zur Verlustnutzung bestand. Somit ist so zu befürchten, dass die *Lidl Belgium*-Grundsätze (d.h. zwingende Verlustberücksichtigung in Deutschland im Fall von endgültig gewordenen ausländischen Betriebsstättenverlusten) künftig in aufwendigen Klageverfahren durchgesetzt werden müssen.

to the Federal Ministry of Finance's interpretation of the ECJ's decisions, a cross-border loss offset with foreign PE losses is not required, if there is a legal possibility for a loss offset in the PE state. Contrary to the Federal Tax Court's view, the question of whether such loss offset was available in the specific case is irrelevant.

The ECJ's recent decision in the case *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee* (dated October 23, 2009, C-157/07, hereinafter referred to as "*Wannsee*") sheds light on the discussion. In the case *Wannsee*, the Austrian PE of a German company incurred losses which originally could be offset with the head office's income in Germany in the respective years. However, gains realized by the Austrian PE in the following years triggered a subsequent claw-back taxation in Germany which outweighed the loss-offset. At no time could the losses be offset in Austria. The ECJ held that this was consistent with Community law.

The German tax authorities claim that the ECJ's decision in the *Wannsee* case supports their practice of denying cross-border loss offset in most instances. It has to be noted, however, that the *Wannsee* case and the *Lidl Belgium* case differ in one decisive aspect: in the *Wannsee* case the PE's losses were actually offset with the head office's income in the year of their accrual. Due to this difference, the legal principles laid down in the *Wannsee* case cannot be applied to irrevocable cross-border losses.

In practice, the German tax authorities will probably keep up denying cross-border loss offset — especially in the course of tax audits — even if the losses incurred by the foreign PEs are final, as long as there was a mere theoretical (legal) possibility to offset the losses. Therefore taxpayers have to be prepared to have to enforce the principles set by the *Lidl Belgium* case (i.e., a mandatory cross-border loss offset in case of irrevocable foreign PE losses) by way of tedious court proceedings.

2. Europarechtswidrigkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von Darlehenszinsen?

Durch die gewerbsteuerliche Hinzurechnung von Darlehenszinsen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags unterlagen Zinsen bis Ende 2007 beim Darlehensnehmers im Ergebnis zur Hälfte der Gewerbesteuer. Der BFH hat Zweifel daran, ob dies bei Darlehen zwischen verbundenen Unternehmen mit der EU-Zins- und Lizenzrichtlinie (2003/49/EG) vereinbar ist. Mit Beschluss vom 27. Mai 2009 (I R 30/08) hat er deswegen diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Der BFH weist in dem Vorlagebeschluss ausdrücklich darauf hin, dass die Entscheidung auch Bedeutung für die ab 2008 geltende Neuregelung der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung habe. Folglich wäre gegebenenfalls auch die aktuelle Fassung der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung als europarechtswidrig anzusehen.

3. Neuerungen bei der steuerlichen Organschaft/Änderung des Konzernrechts

Der BFH hat in einem Urteil vom 4. März 2009 (I R 1/08) entschieden, dass Ergebnisabführungsverträge (EAV) steuerlich nicht anerkannt werden, wenn sie für außenstehende Anteilseigner Ausgleichszahlungen vorsehen, die sich nach dem Anteil am Gewinn der Organgesellschaft (also der beherrschten Gesellschaft) richten, der ohne den EAV auf den außenstehenden Anteilseigner entfallen wäre. Dies gilt nach der Ansicht des BFH auch dann, wenn neben dem variablen Element ein fester Mindestbetrag für die Ausgleichszahlung vorgesehen ist.

Da das BMF solche kombinierten Ausgleichszahlungen in einem Erlass aus dem Jahr 1991 ausdrücklich für zulässig erklärt hat, wurden sie in zahlreichen EAV verwendet. Die Finanzverwaltung hat sich bisher noch nicht dazu geäußert, ob sie die Entscheidung des BFH grds. anwenden will und ob sie hierfür eine Übergangsregelung erlassen wird. Laut einer Kurzinformation der Oberfinanzdirektion Münster ist hierzu jedoch „in absehbarer Zeit“ mit einer Verwaltungsanweisung zu rechnen. Verbindliche

2. Trade Tax: Add-Back of Interest Expenses unlawful under EU Law?

Until the end of 2007, 50 percent of the interest expenses were to be added back to the trade tax base and thus eventually subject to trade tax at the level of the debtor. In a reference to the European Court of Justice (ECJ) for a preliminary ruling (I R 30/08) the German Federal Fiscal Court held that such add-back may violate the Interest- and Royalties-Directive (2003/49/EC). In its reference, the German Federal Fiscal Court explicitly points out that the ruling of the ECJ will also have an impact on the current add-back rules which came into force as from 2008 onwards. Therefore, the current add-back rules were also to be qualified as unlawful under the Interest- and Royalties-Directive if the ECJ followed the German Federal Fiscal Court and held the rules as inconsistent with EU law.

3. Recent Jurisprudence on Group Taxation and new Group Legislation

In a decision on March 4, 2009 (I R 1/08), the Federal Tax Court (BFH) held that profit absorption agreements (*Ergebnisabführungsverträge*, EAV) are not recognized for group taxation purposes if they provide for compensation payments to minority shareholders of the subsidiary that are commensurate to the share of the subsidiary's profits that would be attributable to the minority shareholder if the EAV did not exist. According to the Federal Tax Court, this also holds true if the variable compensation payments are combined with fixed minimum payments.

After the Federal Ministry of Finance explicitly declared such combined compensation payments valid for tax purposes in a 1991 circular, they were used widely. So far, the tax authorities have not issued a statement on whether they will generally adhere to the Federal Tax Court's decision and whether they will apply some kind of transitional arrangement or grandfathering clause. According to a recent statement from the regional tax office in Münster, the tax authorities will soon publish a circular

Auskünfte sollen nach dieser Kurzinformation bis zum Erlass der Verwaltungsanweisung nicht mehr erteilt werden.

Bei bestehenden Organschaftsverhältnissen empfiehlt es sich, die EAV daraufhin zu untersuchen, ob sie eine Ausgleichsregelung enthalten, die sich am Gewinn der Organgesellschaft orientiert. In diesem Fall sollte frühzeitig eine Anpassung der Regelung an die Rechtsprechung des BFH erwogen werden. Dabei sollten die Ausgleichszahlungen strikt nach den Vorgaben in § 304 Abs. 2 AktG geregelt werden, wonach nur feste jährliche Ausgleichszahlungen oder variable Ausgleichszahlungen in Frage kommen, die sich nach den von der Organträgerin (also der herrschenden Gesellschaft) ausgeschütteten Dividenden richten. Auch bei der Gestaltung neu abzuschließender EAV mit Ausgleichsregelung ist das Urteil des BFH zu beachten.

Weiterer Änderungsbedarf für bestehende EAV ergibt sich möglicherweise aus einer jüngeren Änderung des Aktiengesetzes. Durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) wurde mit § 268 Abs. 8 HGB eine Ausschüttungssperre für bestimmte in der Bilanz angesetzte Werte (z.B. selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens) eingeführt. Als Folgeänderung wurde § 301 Satz 1 AktG, der den Höchstbetrag des im Rahmen eines EAV abzuführenden Gewinns bestimmt, um die Regelung ergänzt, dass nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrte Beträge auch nicht im Rahmen eines EAV abgeführt werden dürfen.

In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob bestehende EAV, die den bisherigen Wortlaut von § 301 AktG wörtlich zitieren, um einen Hinweis auf § 268 Abs. 8 HGB ergänzt werden müssen, um weiterhin steuerlich anerkannt zu werden. Eine Stellungnahme des BMF liegt auch hierzu noch nicht vor. Zwar geht die wohl überwiegende Ansicht im Schrifttum mit guten Gründen davon aus, dass eine Änderung solcher EAV nicht notwendig ist. Solange sich das BMF hierzu nicht in einem Erlass geäußert hat, empfiehlt sich dennoch eine Anpassung solcher EAV, um jegliches Risiko für die Anerkennung der Organschaft auszuschließen. Besondere Vorsicht ist geboten, falls die Organgesellschaft für eine freiwillige Anwendung

on this question, and until then the tax administration will not issue binding rulings.

As far as existing tax groups are concerned, taxpayers should check whether the profit absorption agreement provides for compensation payments to minority shareholders that are computed on the basis of the group subsidiary's profits. If this is the case, taxpayers should soon consider amending the profit absorption agreement. Such amendments should comply strictly with Sec. 304 para. 2 of the German Stock Corporation Act (SCA), meaning that compensation payments should consist either of fixed annual amounts or of amounts that depend on the distributions made by the group parent. Of course, the decision of the Federal Tax Court is also relevant for drafting new profit absorption agreements.

A recent amendment of the SCA may also have created the need for amending existing profit absorption agreements. The Accounting Law Reform Act (BillMoG) introduced a limitation on distributions in respect of certain accounting entries (e.g., certain self-created intangible assets) in Sec. 268 para. 8 of the Commercial Code (CC). Correspondingly, Sec. 301 sent. 1 SCA, which defines the maximum amount to be transferred to the group parent under a profit absorption agreement, was amended to the effect that amounts that are barred from distribution under Sec. 268 para. 8 CC are also excluded from being transferred under profit absorption agreements.

As of now, it is not clear whether the new reference to Sec. 268 para. 8 CC needs to be added to existing profit absorption agreements that cite the wording of Sec. 301 SCA verbatim. The Federal Ministry of Finance has not yet issued a statement on this question. According to the prevailing and well-argued view in literature, such amendments are not necessary. However, as long as the Federal Ministry of Finance has not published its view in this respect, in our view it is expedient to amend existing profit transfer agreements to exclude any remaining risk concerning group taxation. Special care needs to be taken if the group subsidiary opts for the application of the accounting provisions

der durch das BilMoG geänderten Vorschriften über den Jahresabschluss (einschließlich § 268 Abs. 8 HGB) schon im Wirtschaftsjahr 2009 optiert.

Nicht betroffen sind EAV, die dynamisch auf § 301 AktG in seiner jeweils geltenden Fassung verweisen. Solche Regelungen sind auch beim Abschluss neuer EAV empfehlenswert, um sie auch bei späteren Änderungen des Gesetzeswortlauts nicht anpassen zu müssen.

Unabhängig von der Umsetzung der Änderung von § 301 AktG im EAV ist unbedingt darauf zu achten, dass bei der tatsächlichen Durchführung des EAV nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrte Beträge nicht abgeführt werden.

4. Stellungnahme des BMF zur finalen Entnahmetheorie und anderen Themen im Zusammenhang mit dem Urteil des BFH vom 17. Juli 2008

Der BFH hatte sich in einem viel beachteten Urteil vom 17. Juli 2008 (I R 77/06) in zwei Rechtsfragen gegen die Auffassung der Finanzverwaltung gewandt und in einer weiteren Rechtsfrage seine Rechtsprechung geändert. Das BMF hat zu diesem Urteil mit Schreiben vom 20. Mai 2009 Stellung genommen. Im Einzelnen:

Sacheinlage in KG

Der BFH hatte entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung geurteilt, dass die Einbringung eines Wirtschaftsguts in eine Kommanditgesellschaft als Sacheinlage auch insoweit als Veräußerungsgeschäft zu qualifizieren sei, als ein Teil des Einbringungswerts in eine Kapitalrücklage eingestellt worden ist. Bisher wurde eine solche Sacheinlage als verdeckte Einlage behandelt. Das BMF folgt nun der Auffassung des BFH. Damit führt nunmehr jede Sacheinlage, die zum Teil auf dem Kapitalkonto und zum Teil auf einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagekon-

amended by Bil-MoG (including Sec. 268 para. 8 CC) already in 2009.

Profit absorption agreements that make reference to Sec. 301 SCA as amended from time to time (*i.e.*, without citing it verbatim) are not affected. It is advisable to use such non-static reference when drafting new profit absorption agreements to avoid the need for amendments in the case of changes to the wording of the underlying law.

Irrespective of the way the amendment of Sec. 301 SCA is implemented in the profit absorption agreement, it is paramount that the group subsidiary complies with Sec. 268 para. 8 CC when profit transfers are actually made.

4. Circular of the Federal Ministry of Finance regarding Cross-Border Asset Transfers and other Issues in Connection with the Federal Fiscal Court Ruling dated July 17, 2008

In a ruling rendered on July 17, 2008 (I R 77/06) that got much attention last year, the Federal Fiscal Court rejected the opinion of the German tax authorities with respect to two points of law. In addition, the Federal Fiscal Court changed its opinion on another point of law in contrast to prior case law. The Federal Ministry of Finance now issued a circular dealing with the ruling:

Contribution in Kind to Limited Partnership

Opposed to the opinion of the German tax authorities, the Federal Fiscal Court ruled that the contribution of an asset to a Limited Partnership (KG) is to be qualified as a profit realization event also to the extent a part of the contribution is allocated to the free capital reserves. So far such a contribution was treated as a (tax neutral) hidden contribution in kind. In its circular the Federal Ministry of Finance now follows the approach of the Federal Fiscal Court. Therefore, in the future, any contribution in kind, a part of which is allocated to the free capital reserves and a part of which is allocated

to gebucht wird, als (tauschähnliches) Veräußerungsgeschäft zur Aufdeckung der stillen Reserven. Eine Übergangsfrist gewährt das BMF auf Antrag allerdings für Einbringungen vor dem 30. Juni 2009.

100 %-Beteiligung an Kapitalgesellschaft als Teilbetrieb

Das BMF folgt dem BFH allerdings nicht in seiner Auffassung, dass eine 100 %-ige Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft kein Teilbetrieb i.S.d. § 24 UmwStG sei. Hierdurch würde eine Vielzahl von Unternehmensumstrukturierungen erheblich erschwert. Im Vorgriff auf eine zu erwartende Rechtssicherheit schaffende Gesetzesänderung bleibt die Finanzverwaltung daher bei ihrer bisherigen Ansicht, wonach eine 100 %-ige Beteiligung als Teilbetrieb i.S.d. § 24 UmwStG zu qualifizieren ist.

Aufgabe der finalen Entnahmetheorie

Nach der finalen Entnahmetheorie liegt stets eine gewinnverwirklichende Entnahme vor, wenn Wirtschaftsgüter in eine Betriebsstätte im Ausland überführt werden, die aufgrund eines DBA dem inländischen Steuerzugriff entzogen ist. Der BFH hatte die zuvor in ständiger Rechtsprechung vertretene finale Entnahmetheorie in seinem Urteil vom 17. Juli 2008 (s.o.) aufgegeben. Gemäß Schreiben vom 20. Mai 2009 wendet das BMF die Theorie dagegen weiterhin an. Relevanz besitzt dies insbesondere für alle Überführungen vor 2006, da seitdem für den Fall der Steuerentstrickung die durch das SEStEG eingeführte Entnahmefiktion gilt. Insoweit geht das BMF davon aus, dass sich aus der o.g. Rechtsprechung keine Auswirkungen auf die Entnahmefiktion ergeben, was allerdings nicht abschließend geklärt ist.

to the capital account of the respective interest holder, are to be qualified as profit realization event resulting in a disclosure of hidden reserves. Upon application an interim period is, however, granted for contributions prior to June 30, 2009.

100 percent Shareholding in Corporate Entity as Business Unit

The Federal Ministry of Finance does not follow the view of the Federal Fiscal Court according to which a 100 percent shareholding in a corporate entity did not qualify as business unit for purposes of the German Restructuring Tax Act (RTA). The view of the Federal Fiscal Court would make tax neutral corporate restructurings much more difficult. Therefore, in light of an expected change in law, the Federal Ministry of Finance adheres to its opinion that a 100 percent shareholding in a corporate entity qualifies as business unit for purposes of the RTA.

Cross-Border Asset Transfers

In contrast to settled case law, the Federal Fiscal Court also ruled that the transfer of an asset from Germany to a foreign permanent establishment is not to be qualified as a profit realization event even if under a double tax treaty the right to tax the profits of the permanent establishment is with the country in which the permanent establishment is located. According to the circular, the tax authorities rejects the new approach of the Federal Fiscal Court and adheres to the settled case law. In particular, this is relevant for all asset transfers prior to 2006 since following a change in law from 2006 onwards, the transfer of an asset is deemed to be a profit realization event by statutory law if the right to tax a (potential) later capital gain is excluded or restricted. In this respect — although not entirely clear and subject to discussions in legal literature — the Federal Ministry of Finance assumes that the change in case law does not have an impact on the new law.

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

Tax Info wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Tax Info is published by Latham & Watkins LLP as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the attorneys listed below or the attorney whom you normally consult.

Falls Sie eine Aktualisierungen Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite www.lw.com/LathamMail.aspx für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

If you wish to update your contact details or customize the information you receive from Latham & Watkins, please visit <http://www.lw.com/LathamMail.aspx> to subscribe to our client mailings. To ensure delivery into your inbox, please add webmaster@lw.com to your e-mail address book. If you wish to be removed from our distribution, please click this link, unsubscribe@lw.com, or reply to this message with "Unsubscribe" in the subject line.

Latham & Watkins ist weltweit als Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung (LLP) tätig, wobei die Niederlassungen in Großbritannien, Frankreich und Italien als LLPs und die Niederlassung in Hongkong und Japan als Partnerschaft angeschlossen sind. © Copyright 2009 Latham & Watkins. Alle Rechte vorbehalten.

Latham & Watkins operates as a limited liability partnership worldwide with affiliated limited liability partnerships conducting the practice in the United Kingdom, France and Italy and affiliated partnerships conducting the practice in Hong Kong and Japan. © Copyright 2009 Latham & Watkins. All Rights Reserved.

Weitere Informationen erhalten Sie bei: For more information, please contact:

Latham & Watkins LLP

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

Dr. Anders Kraft

Stefan Süß
 Dr. Thomas Fox
 Felicitas Mayer-Theobald
 Andreas Scheidle, LL.M.
 Dr. Stefan Mayer

Hamburg

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

Frankfurt

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

München

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