



Recht der Internationalen Wirtschaft

1–2 | 2021

Betriebs-Berater International

21.1.2021 | 67. Jg.
Seiten 1–92

DIE ERSTE SEITE

Professor Dr. Claus Luttermann

Europas „Green Deal“: Zur ökologischen Transformation der Ökonomie

AUFSÄTZE

Professor Dr. Abbo Junker

Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2020 | 1

Dr. Constantin Frank-Fahle, LL.M.

„Blacklisting“ – ein neues (indirektes) Rechtsetzungsmodell mit Zukunftscharakter | 11

Dr. Philipp Fölsing

Pflichtenkollision im Investitionsschutz | 17

Paul D. Reinsdorf

Jüngste Entwicklungen in den USA zur Pfändung von Anteilen einer Limited Liability Company (LLC) | 22

Dr. Patrick Hell

Das Formalziel im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht | 25

LÄNDERREPORTE

Christian Klein

Länderreport Frankreich | 30

Dr. Dagmar Möller-Gosoge, Janine Kickler-Kreuz und Dr. Will Dendorfer

Länderreport USA | 33

INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

EuGH: EuGVVO – Abgrenzung zwischen Deliktsgerichtsstand und Vertragsgerichtsstand | 39

RIW-Kommentar von **Dr. Bartosz Sujecki** | 42

OLG Celle: Rechtsmangel nach CISG | 80

RIW-Kommentar von **Till Maier-Lohmann** | 81

INTERNATIONALES STEUERRECHT UND ZOLLRECHT

EuGH: Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Steuerbehörden – Umfang des Informationsaustauschs und Mitwirkungspflichten der Bürger | 83

Arbeitsvertrag eine Treupflicht des Mitarbeiters gegenüber seinem Arbeitgeber herleiten, die zu einem disziplinierten Verhalten und angemessenen Benehmen verpflichtete. Die fristlose Kündigung sei daher gerechtfertigt gewesen.

Der Schutz der Privatsphäre des Mitarbeiters stand auch im Mittelpunkt des Urteils des Kassationshofs vom 30. 9. 2020. Ein Bekleidungsunternehmen hatte einem Mitarbeiter fristlos gekündigt, der auf seiner privaten, seinen „Freunden“ vorbehaltenen Facebook-Seite die neue Modekollektion „Frühjahr/Sommer 2015“ zur Verfügung gestellt hatte, die nicht öffentlich war und zu der daher ausschließlich die Verkäufer des Unternehmens Zugang haben durften. Die Unternehmensführung war von einem Arbeitskollegen und „Facebook-Freund“ des Mitarbeiters auf die Facebook-Seite aufmerksam gemacht worden und hatte unverzüglich die fristlose Kündigung wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Vertraulichkeitspflicht ausgesprochen. Der gekündigte Mitarbeiter wehrte sich gerichtlich gegen die Kündigung mit dem Argument, dass die Beweiserlangung ausschließlich mittels eines unzulässigen Eingriffs des Unternehmens in seine Privatsphäre erfolgt sei, so dass der als Beweis der Pflichtverletzung vorlegte Facebook-Auszug nicht verwertet werden könne. Dazu führte der Kassationshof aus, dass die französische Zivilprozessordnung in der Tat nur Beweise zulasse, die auf „loyale“ Weise und unter Beachtung der Privatsphäre erlangt worden seien. Im vorliegenden Fall sei der beweisträchtige Facebook-Auszug allerdings nicht von dem beklagten Unternehmen selbst eingeholt worden, sondern von dem Arbeitskollegen des gekündigten Mitarbeiters, der als dessen „Facebook-Freund“ einvernehmlichen Zugang zu der Facebook-Seite hatte. Es könne daher nicht angenommen werden, dass die Beweiserlangung in unzulässiger Weise erfolgt sei. Wenngleich die prozessuale Verwertung des Facebook-Auszuges grundsätzlich einen Eingriff in die Privatsphäre darstellen könne, sei dieses Vorgehen hier ausnahmsweise deshalb gerechtfertigt gewesen, da der Arbeitgeber die relevante Vertraulichkeitsverletzung nur auf diese Weise habe nachweisen können.

III. Wirtschaftliche Bewertung und Ausblick

Ob sich der umfassende und von der französischen Regierung schnell aufgespannte Schutzschirm für die französische Wirtschaft, der bis dato die Liquiditätsgänge der

von den Auswirkungen des strengen französischen Lockdowns bzw. Shutdowns betroffenen Unternehmen einigermaßen auffangen konnte, langfristig als ausreichend effektiv erweisen kann, um deren wirtschaftliches Überleben zu sichern, werden die kommenden Monate zeigen. Derzeit ist vorgesehen, die staatlichen Kreditgarantien und auch teilweise die Kurzarbeitsregelungen über einen wirtschaftlichen „Erholungszeitraum“ bis mindestens Mitte 2021 beizubehalten. In der französischen Wirtschaft schwankt man zwischen Skepsis und Zuversicht. Pessimisten befürchten, dass der zweiten Corona-Welle in den kommenden Monaten eine Pleitewelle und ein weiterer Anstieg der Arbeitslosigkeit folgen könnten. Optimistischer sehen das die in Frankreich tätigen deutschen Unternehmen: Laut einer im Sommer 2020 (allerdings noch vor der zweiten Corona-Welle) unter den insgesamt rund 2500 französischen Niederlassungen deutscher Unternehmen in Frankreich durchgeführten Umfrage haben die von der französischen Regierung getroffenen Maßnahmen ein sehr positives Zeichen gesetzt, und die wirtschaftlichen Aussichten für die Jahre 2022 bis 2024 seien zumindest so hoffnungsvoll, dass man die geplanten Projekte ohne Einstellungsstopps durchziehen könne.

Sobald sich die gesundheitliche Krisensituation etwas entspannt haben sollte, werden der französische Staatspräsident und seine Regierung sich auch wieder den zurückgestellten Reformvorhaben zuwenden können. Leichter dürfte diese Aufgabe durch die Schockwellen der Corona-Krise aber sicher nicht geworden sein.



Christian Klein

Studium der Rechtswissenschaften in Bonn; Partner bei Herald Avocats, Paris. Er praktiziert seit 1990 als in Deutschland und Frankreich zugelassener Anwalt in der wirtschaftsrechtlichen Beratung überwiegend deutscher und internationaler Unternehmen in Frankreich (grenzüberschreitender Unternehmens- und Beteiligungskauf, Gesellschaftsrecht und internationales Vertragsrecht). Verfasser zahlreicher Publikationen zu Themen des deutsch-französischen Rechtsverkehrs. Seit 2004 Ständiger Mitarbeiter der RIW. Er ist seit vielen Jahren als Lehrbeauftragter der Universität Paris-Nanterres und als Dozent im Postgraduierten-Studiengang „Mergers & Acquisitions“ der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster tätig.

Dr. Dagmar Möller-Gosoge, Steuerberaterin, München, Janine Kickler-Kreuz, Enrolled Agent, Köln, und Dr. Will Dendorfer, Bonn

Länderreport USA

I. Rechtspolitischer Hintergrund: Die finalisierten „Anti-hybrid rules“

Im Rahmen der Ende 2017 vom US-Kongress verabschiedeten großen US-Steuerreform (P.L. 115-97) wurde durch IRC Section 267A der steuerliche Nichtabzug von bestimmten Schuldzinsen und Lizenzgebühren bei hybriden Gestaltungen in Zusammenhang mit Auslandssachverhalten (*Anti-hybrid rules*) eingeführt. Im April 2020 veröffentlichte das

U.S. Treasury Department in T.D. 9896 die diesbezüglichen finalen *Treasury Regulations* (US-Bundessteuerdurchführungsverordnung). Sie sollen die teilweise wenig konkreten Tatbestandsmerkmale der Vorschrift erhellen.

Aus dem relativ breiten Spektrum der *Anti-hybrid rules* konzentriert sich der folgende Beitrag auf die Frage der Rechtsanwendung am Beispiel einer für das USA-Investment bei deutschen Familienunternehmen bzw. Family Offices häufig

verwendeten Beteiligungsstruktur: einer Limited Partnership – kurz „LP“ (oder ähnlichen steuerlich transparenten Personengesellschaft), deren Limited-Partner-Anteile von einer deutschen GmbH & Co KG gehalten werden, die aus bestimmten (weiter unten unter II. 1. genannten) US-steuerlichen Gründen das sog. *Check-the-box*-Wahlrecht zur US-steuerlichen Behandlung als Kapitalgesellschaft ausgeübt hat (hybrides GmbH & Co KG-Modell).

Dabei berücksichtigt werden auch die deutschen steuerlichen Folgen sowie eventuelle Folgen aufgrund des Referentenentwurfs des BMF zum ATAD-Umsetzungsgesetz vom 24. 3. 2020 (ATAD).

II. Das hybride GmbH & Co KG-Modell auf dem Prüfstand

1. Die grundsätzliche Vorteilhaftigkeit dieses Modells

Bei der US-Rechtsformwahl sind die Haftungsbeschränkung sowie die Minimierung der Gesamtsteuerbelastung USA/Deutschland von Bedeutung. Je nach Art und Präferenz des Gesellschafterkreises (Konzern, Familienunternehmen, Joint Venture bzw. US-Partner-Beteiligung) können sich unterschiedliche Entscheidungsergebnisse ergeben. Ferner spielen die eventuelle US-Nachlasssteuerbelastung sowie wegen der US-Zinsschranke die Art der Finanzierung (Fremdkapital, Eigenkapital, Gesellschafterdarlehen) eine Rolle.

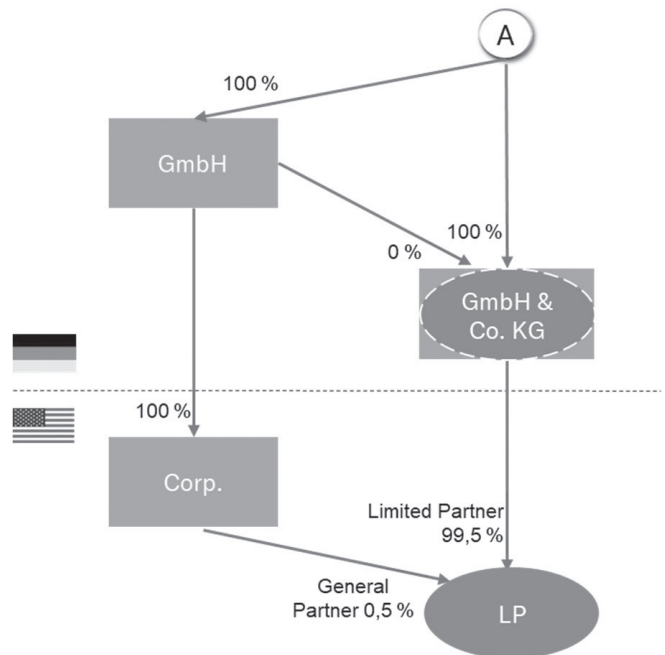
Die Gesamtsteuerbelastung bei einer Beteiligungsstruktur mit Kapitalgesellschaften (z.B. einer Corporation, die von einer deutschen Kapitalgesellschaft gehalten wird, die wiederum Anteilseigner hat, welche in Deutschland steuerlich ansässig sind) bewegt sich in der Größenordnung von ca. 47%, wenn die US-Gewinne an die deutschen natürlichen Personen durchgeschüttet werden. Die Gesamtsteuerbelastung beträgt dagegen nur ca. 27%, sofern die US-Gewinne auf Ebene der deutschen Kapitalgesellschaft thesauriert werden.

Bei einer reinen Personengesellschaftsstruktur (z.B. einer LP, deren Limited-Partner eine deutsche GmbH & Co. KG ist, und an der wiederum Kommanditisten beteiligt sind, die in Deutschland steuerlich ansässige natürliche Personen sind) ergibt sich im Spitzenarfbereich eine jährliche US- und deutsche Gesamtsteuerbelastung von ca. 41%, unabhängig davon, ob der Gewinn bei der LP verbleibt oder ausgeschüttet wird.

Zur weiteren Minimierung der US-Ertragsteuern und ggf. auch der US-Nachlasssteuern sollte in Betracht gezogen werden, dass die GmbH & Co. KG rechtzeitig zur US-steuerlichen Behandlung als *Corporation* optiert (*Check-the-box-election*) – siehe nachfolgendes Schaubild Fall A. Somit kommt hier der durch die US-Steuerreform auf 21% reduzierte Körperschaftsteuersatz zur Anwendung, was nach gegenwärtigem Rechtsstand die Gesamtbelastung auf ca. 26% vermindert.

Den hierin genannten Steuerbelastungsziffern liegen zum Rechtsstand Dezember 2020 bestimmte standardisierende Prämissen und eine vereinfachte Belastungskalkulation zugrunde. U.a. wurden die jeweiligen Spitzensteuersätze verwendet, und es wurde mit einem als repräsentativ angenommenen US-bundesstaatlichen Ertragsteuersatz von 6% gerechnet. Ferner wurde z.B. davon ausgegangen, dass die entsprechende Vergünstigungsberechtigung der *Limitation-on-*

Schaubild Fall A



Benefits-Vorschriften des Art. 28 DBA Deutschland/USA vorliegt, damit der Steuersatz der *US Branch Profits Tax* gem. Art. 10 Abs. 10 DBA Deutschland/USA von 30% auf 5% bzw. 0% reduziert werden kann.

2. Überblick zu den „Anti-hybrid rules“ der IRC Sec. 267A

Der folgende Kurzüberblick ist fokussiert auf *Hybrid entities* (hybride Rechtsformen) und *Hybrid transactions* (hybride Transaktionen bzw. Instrumente). Die nachfolgenden Ausführungen unten unter II. 3 sind ferner beschränkt auf *Hybrid entities* und setzen daher voraus, dass die Zins- bzw. Lizenzzahlung nicht auf hybriden Instrumenten beruhen.

IRC Sec. 267A betrifft den US-Betriebsausgabenabzug für Zins- bzw. Lizenzzahlungen an eine verbundene Gesellschaft (*Related party*) im US-Ausland, falls mindestens einer der Rechtsträger oder das Instrument hybrid ist. Eine *Related party* liegt vor bei Anteilsbesitz von mehr als 50% (Stimmrecht oder Wert; direkt oder durch gesetzliche Attribution). Eine *Hybrid entity* ist US-steuerlich transparent („fiscally transparent“) und im US-Ausland steuerlich intransparent, oder umgekehrt. Bei einer *Hybrid transaction* ist die steuerliche Qualifikation in den USA und im US-Ausland jeweils unterschiedlich, so dass die Zahlung bei der hybriden Auslandsgesellschaft steuerfrei ist oder die Auslandsgesellschaft die Zahlung von der ausländischen Bemessungsgrundlage abziehen kann.

Falls die Summe aller tatbestandlichen Zins- und Lizenzzahlungen des Steuersubjekts pro Steuerjahr geringer ist als USD 50000 sind die *Anti-hybrid rules* nicht anwendbar (*De Minimis Exception*, Reg § 1.267A-1(c)).

IRC Sec. 7852(d)(d) und die von der US-Finanzgerichtsbarkeit etablierte *Last-in-time Rule* lassen einen *Treaty override* des Art. 1 Abs. 7 DBA Deutschland/USA zu, da IRC Sec. 267A die jüngere US-steuerrechtliche Vorschrift darstellt.

In Bezug auf *Hybrid entities* ergibt sich die Unzulässigkeit des US-Betriebsausgabenabzugs für die Zins- bzw. Lizenz-

zahlung gemäß IRC Sec. 267A(a) und (b)(1)(A) bzw. (B), sofern

– der Zins- bzw. Lizenzzertrag nicht im steuerlichen Einkommen der *Related party* enthalten ist, und zwar gemäß dem Steuerrecht (national oder nach DBA) des Landes, in dem die *Related party* unbeschränkt steuerpflichtig („resident for tax purposes“) oder anderweitig steuerpflichtig („subject to tax“) ist, oder

– der *Related party* ein steuerlicher Abzug hinsichtlich des Zins- bzw. Lizenzbetrags des vorgenannten Landes zusteht.

Die *Treasury Regulations* zu IRC Sec. 267A führen zu diesen Tatbestandsmerkmalen Folgendes aus:

(1) Tatbestandsmerkmal „resident for tax purposes“ – Reg § 1.267A-3(a)(1) i. V.m. Reg § 1.267A-5(a)(23):

(i) ein *Tax resident* liegt vor, wenn der ausländische Staat die *Related party* steuerlich wie eine Kapitalgesellschaft („body corporate“) behandelt, oder
(ii) sie als transparente Gesellschaft oder natürliche Person dort unbeschränkt ertragsteuerpflichtig ist.

(2) Tatbestandsmerkmal „subject to tax“ – Reg § 1.267A-3(a)(1) i. V.m. Reg § 1.267A-5(a)(22):

Reg § 1.267A-3(a)(1) verwendet statt dem Begriff „subject to tax“ den Begriff „taxable branch“, also eine steuerliche Betriebsstätte im ausländischen Staat der *Related party*, und ergänzt im Abs. (i), dass der Zins- bzw. Lizenzzertrag der *Related Party* in dem ausländischen Staat dem vollen Steuersatz („full marginal rate“) unterliegen muss, sowie im Abs. (ii), dass er ungekürzt in die Bemessungsgrundlage einbezogen sein muss.

In den folgenden Fallbeispielen B bis E werden – stellvertretend – nur Zinszahlungen behandelt. Bei Lizenzzahlungen ergeben sich analoge Rechtsfolgen. Die US-Zinsschranke der IRC Sec. 163(j), die den *Anti-hybrid rules* vorgeht, soll in den Fallbeispielen aus Vereinfachungsgründen nicht greifen. Ferner wird in den Schaubildern aus Vereinfachungsgründen auf die Darstellung der Komplementär-GmbH der GmbH & Co KG verzichtet.

Die Fallbeispiele beruhen auf stark vereinfachten Sachverhalten. Jede Nuance im Sachverhalt kann insbesondere aufgrund des Umfangs und der Komplexität der *Anti-hybrid rules* die steuerlichen Rechtsfolgen verändern.

3. Anwendbarkeit der „Anti-hybrid rules“ bei gewerblicher Tätigkeit (z. B. Produktion, Vertrieb, Handel, Dienstleistung)

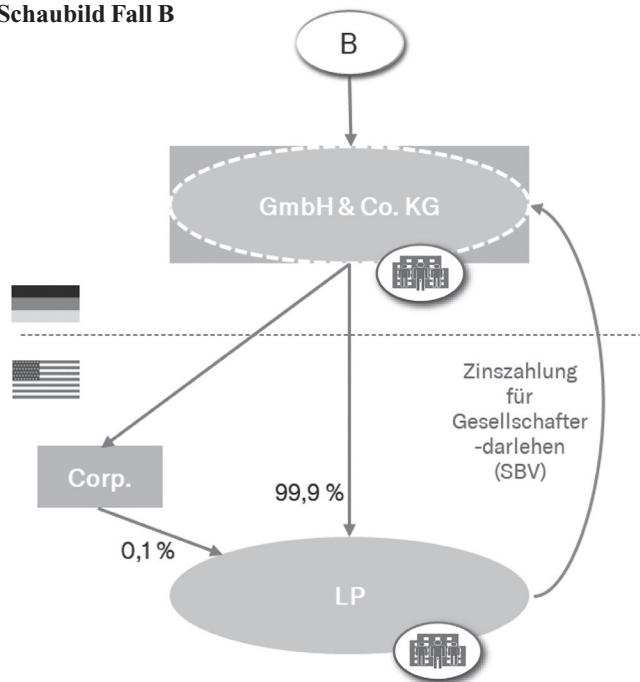
a) Unbeschränkte deutsche Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall B)

aa) Sachverhalt

B ist in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig und an der GmbH & Co KG (kurz: KG) als Kommanditist beteiligt. KG und LP sind gewerblich tätig (KG: Produktion, LP: Vertrieb in den USA). LP wird für deutsche Steuerzwecke gemäß Rechtstypenvergleich als transparent behandelt. LP wird für US-Steuerzwecke nach den *Default rules* ebenso als transparent behandelt. KG hat für US-steuerliche Zwecke das Wahlrecht zur intransparenten Besteuerung ausgeübt (z. B. damit die späteren Erben von B von der US-Nachlasssteuer abgeschottet sind und auch keine US-Einkommensteuererklärungen abzugeben haben) und gilt daher als *Hybrid entity* gem. IRC Sec. 267A. Die Forderung aus Gesellschafterdarlehen qualifiziert nach deutschem Steuerrecht als Sonderbetriebsvermögen (SBV) der LP (Finanzierung von Lagerhallen der LP, in denen die Waren für den Vertrieb gelagert werden). Der Zinsertrag der KG aus dem

Gesellschafterdarlehen qualifiziert nach US-Steuerrecht als *Income Effectively Connected with a U.S. Trade or Business* (ECI).

Schaubild Fall B



bb) US-steuerliche Behandlung

Da laut Sachverhalt die US-Zinsschranke nicht greift, setzt die LP die Zinszahlung in ihrer US-Feststellungserklärung (Formular 1065) in voller Höhe als Betriebsausgabe an. Diese Betriebsausgabe wird in Schedule K-1 der KG mitgeteilt, die sie in ihrer US-Körperschaftsteuererklärung (Formular 1120-F) geltend machen kann, sofern der Zinsabzug zulässig ist.

Der Zinsabzug sollte nach IRC Sec. 267A(a) und (b)(1)(A) i. V.m. Reg § 1.267A-3(a)(1) und Reg § 1.267A-5(a)(23)(ii) zulässig sein, da die Zinszahlung nach deutschem Steuerrecht dem steuerlichen Gewinn der KG zuzurechnen und von B (*Tax resident*) im Rahmen der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht zu versteuern ist. Auf die abzugsfähige Zinszahlung ist die *Base-Erosion-and-Anti-Abuse Tax* (BEAT) grundsätzlich anwendbar.

Der bei der KG anzusetzende Zinsertrag aus dem Gesellschafterdarlehen ist bei ihr nicht auf Formular 1120-F zu versteuern, da Deutschland nach Art. 11 Abs. 1 i. V.m. Art. 7 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA die Steuerhoheit hat.

Die KG hat im Formular 5472 (*Information Return of a 25% Foreign-Owned U.S. Corporation or a Foreign Corporation Engaged in a U.S. Trade of Business*), Part IV/Line 9 den Darlehensbetrag und in Part IV/Line 23 den Zinsabzugsbetrag mitzuteilen. Das Unterlassen oder die verspätete Abgabe der Mitteilung ist mit einem Bußgeld von USD 25 000 beehrt.

cc) Deutsche steuerliche Behandlung

Die Überleitung der US-Steuerdaten aus dem Formular 1065 (bzw. Schedule K-1) der LP auf deutsche Steuergrundsätze würde eigentlich in Einkünften von ± 0 resultieren, da der Schuldzinsabzug durch den Zinsertrag aus dem SBV

neutralisiert wird. Aber Deutschland hat gem. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA die Steuerhoheit über den Zinsertrag und folglich liegt auf DBA-Ebene (bei der LP) keine Sonderbetriebseinnahme vor, sondern ein nichtgewerblicher Zinsertrag. Daher kann der Schuldzins nicht als Sonderbetriebsausgabe abgezogen werden. Des *Treaty Override* nach § 50d Abs. 10 EStG bedarf es nicht.

B versteuert den Zinsertrag in der deutschen Einkommensteuererklärung (unbeschränkte Steuerpflicht).

Ein Anwendungsfall der ATAD liegt nicht vor.

dd) Ergebnis

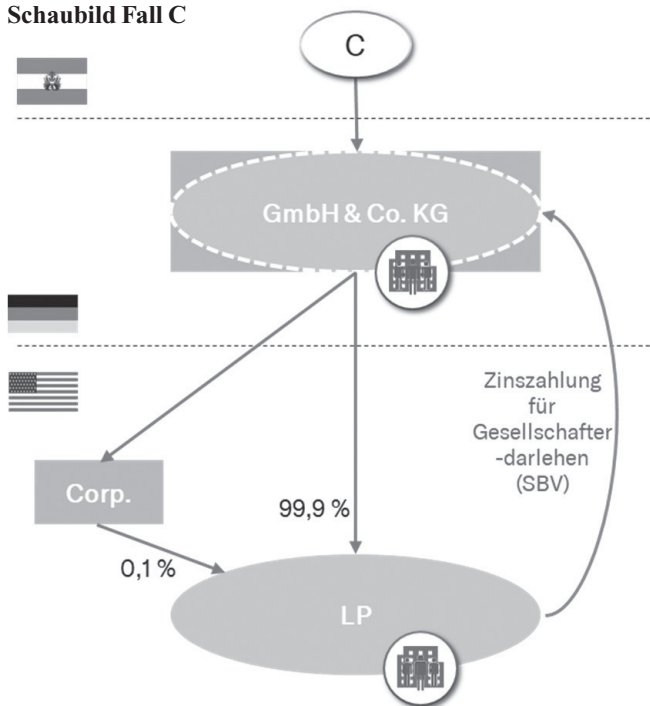
Der Schuldzinsabzug in den USA sollte nicht nach IRC Sec. 267A versagt werden.

b) *Beschränkte deutsche Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall C)*

aa) Sachverhalt

C ist in Österreich unbeschränkt einkommensteuerpflichtig und in Deutschland mit den Einkünften aus der KG beschränkt einkommensteuerpflichtig. Der übrige Sachverhalt ist identisch mit Fallbeispiel B.

Schaubild Fall C



bb) US-steuerliche Behandlung

Der Zinsabzug sollte nach IRC Sec. 267A(a) und (b)(1)(A) i.V.m. Reg §1.267A-3(a)(1) und Reg §1.267A-5(a)(22) zulässig sein. Zwar ist C in Deutschland – dem Land, in dem die KG ihre gewerbliche Tätigkeit ausübt – nur beschränkt einkommensteuerpflichtig und somit kein *Tax resident*. Aber der Zinsertrag wird in der deutschen steuerlichen Betriebsstätte (*Taxable branch*) der KG der (vollen) Einkommensteuer unterworfen.

Die KG ist eine *Related Party* i.S.d. IRC Sec. 267A(b)(2) i.V.m. IRC Sec. 954(d)(3). Auf die abzugsfähige Zinszahlung ist die BEAT grundsätzlich anwendbar.

Der von der KG vereinnahmte Zinsertrag aus dem Gesellschafterdarlehen ist bei ihr nicht auf dem US-Körperschaftsteuerformular 1120-F anzusetzen und zu versteuern, da Deutschland nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA die Steuerhoheit hat.

Die KG hat im Formular 5472, Part IV/Line 9 den Darlehensbetrag und in Part IV/Line 23 den Zinsabzugsbetrag mitzuteilen. Das Unterlassen oder die verspätete Abgabe der Mitteilung ist mit einem Bußgeld von USD 25000 bewehrt.

cc) Deutsche steuerliche Behandlung

Wie im Fallbeispiel B hat Deutschland gem. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA die Steuerhoheit über den Zinsertrag und folglich liegt auf DBA-Ebene (bei der LP) keine Sonderbetriebseinnahme vor, sondern ein nichtgewerblicher Zinsertrag. Daher kann der Schuldzins nicht als Sonderbetriebsausgabe abgezogen werden.

C versteuert den Zinsertrag in der deutschen Einkommensteuererklärung (beschränkte Steuerpflicht). Des *Treaty Override* nach § 50d Abs. 10 EStG bedarf es nicht.

Ein Anwendungsfall der ATAD liegt nicht vor.

dd) Österreichische steuerliche Behandlung

C unterliegt in Österreich der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht. Die Einkünfte der KG (inkl. der Zinserträge) sind gem. Art. 23 Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 4 DBA Deutschland/Österreich freizustellen.

ee) Ergebnis

Der Schuldzinsabzug in den USA sollte nicht nach IRC Sec. 267A versagt werden.

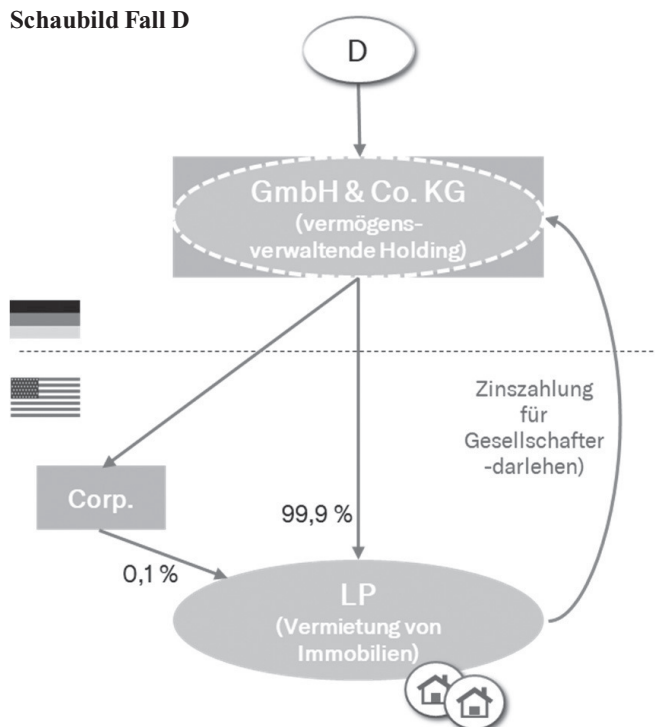
4. Anwendbarkeit der „Anti-hybrid rules“ bei vermögensverwaltender Tätigkeit (z.B. US-Immobilieninvestitionen im Privatvermögen)

a) *Unbeschränkte deutsche Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall D)*

aa) Sachverhalt

D ist in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig und an der GmbH & Co KG (kurz: KG) als Kommanditist beteiligt. KG und LP üben vermögensverwaltende Tätigkeiten aus (KG: reine Holding, LP: Vermietung von US-Wohnimmobilien). LP wird für deutsche Steuerzwecke gemäß Rechtstypenvergleich als transparent behandelt. LP wird für US-Steuerzwecke nach den *Default Rules* ebenfalls als transparent behandelt. KG hat für US-steuerliche Zwecke das Wahlrecht zur intransparenten Besteuerung ausgeübt (z.B. um die späteren Erben von D von der US-Nachlasssteuer abzuschotten) und gilt daher als *Hybrid Entity* gem. IRC Sec. 267A. Das Gesellschafterdarlehen dient der Generalüberholung der US-Immobilien der LP. Der Zinsertrag der KG aus dem Gesellschafterdarlehen qualifiziert nach US-Steuerrecht als ECI.

Schaubild Fall D



bb) US-steuerliche Behandlung

Da laut Sachverhalt die US-Zinsschranke nicht greift, zieht die LP die Zinszahlung in ihrer US-Feststellungserklärung (Formular 1065) in voller Höhe als Betriebsausgabe ab. Die LP teilt diese Betriebsausgabe der KG im Formular 1042-S mit, die sie – da laut Sachverhalt ECI vorliegt – in ihrer US-Körperschaftsteuererklärung (Formular 1120-F) geltend machen kann, sofern der Zinsabzug nach IRC Sec. 267A zulässig ist.

Der Zinsabzug sollte nach IRC Sec. 267A(a) und (b)(1)(A) i.V.m. Reg § 1.267A-3(a)(1)(i) und Reg § 1.267A-5(a)(23(ii)) *unzulässig* sein, da die Zinszahlung nach deutschem Steuerrecht weder dem steuerlichen Gewinn der KG zuzurechnen noch von D im Rahmen der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht zu versteuern ist.

Da aus Sicht der USA die Steuerhoheit für den von der KG vereinnahmten Zinsertrag aus dem Gesellschafterdarlehen nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA bei Deutschland liegt, hat ihn die KG nicht im Formular 1120-F zu erklären und zu versteuern. Die BEAT ist auf den als unzulässig behandelten Zinsbetrag nicht anwendbar.

Die KG hat im Formular 5472, Part IV/Line 9 den Darlehensbetrag und in Part IV/Line 23 den Zinsabzugsbetrag mitzuteilen. Das Unterlassen oder die verspätete Abgabe der Mitteilung ist mit einem Bußgeld von USD 25000 bewehrt.

cc) Deutsche steuerliche Behandlung

Die US-Steuerdaten aus dem Formular 1065 (bzw. Schedule K-1 und Formular 1042-S) der LP sind auf deutsche Steuergrundsätze getrennt nach Einkunftsarten und ohne einheitliche und gesonderte Feststellung überzuleiten. Da eine vermögensverwaltende Tätigkeit vorliegt (selbst wenn die LP und/oder die KG gewerblich geprägt sind), werden Geschäftsbeziehungen (auch das Gesellschafterdarlehen) zwischen der LP und der KG steuerlich nicht anerkannt. Daher liegen keine steuerpflichtigen Zinseinkünfte vor.

Ein Anwendungsfall der ATAD liegt nicht vor.

dd) Ergebnis

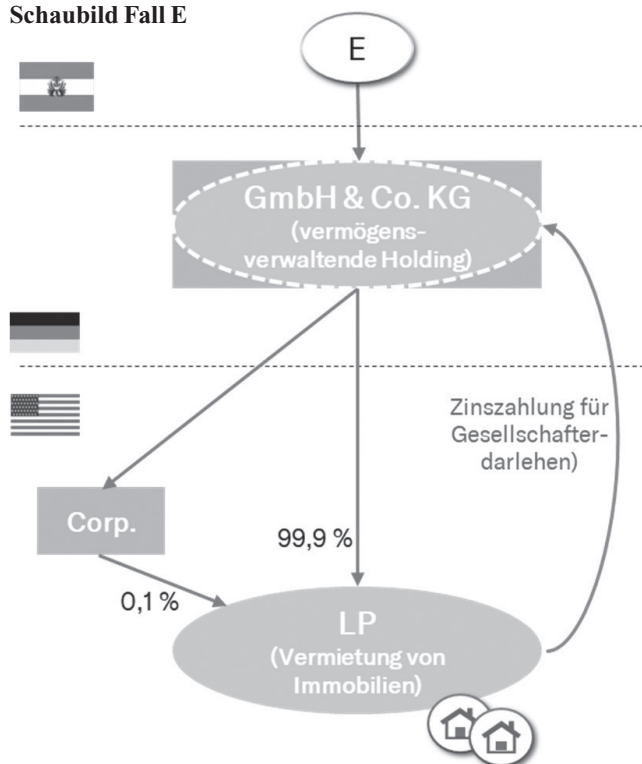
Der Schuldzinsabzug in den USA sollte gem. IRC Sec. 267A unzulässig sein. Dieses Ergebnis ist konform mit dem Gesetzeszweck, da eine als missbräuchlich angesehene „Deduction/No-inclusion“ vermieden wird (s. RIA Federal Tax Coordinator Analysis, O-3710, mit Hinweis auf die *Preamble* zu den Prop. Regs vom 28. 12. 2018).

b) Keine deutsche Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall E)

aa) Sachverhalt

E ist in Österreich unbeschränkt einkommensteuerpflichtig und in Deutschland mangels Betriebsstätte nicht steuerpflichtig. Im Übrigen stellt sich der Sachverhalt wie im Fallbeispiel D dar.

Schaubild Fall E



bb) US-steuerliche Behandlung

Der Zinsabzug sollte analog Fall D nach IRC Sec. 267A(a) und (b)(1)(A) i.V.m. Reg § 1.267A-3(a)(1)(i) *unzulässig* sein, da E in Deutschland – dem Land, in dem die KG tätig ist – mangels steuerlicher Betriebsstätte nicht mit den Einkünften aus der KG ertragsteuerpflichtig ist. Die KG ist eine *Related Party* i. S. d. IRC Sec. 267A(b)(2) i.V.m. IRC Sec. 954(d)(3).

Da aus Sicht der USA die Steuerhoheit für den von der KG vereinnahmten Zinsertrag aus dem Gesellschafterdarlehen nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d DBA Deutschland/USA bei Deutschland liegt, hat ihn die KG nicht im Formular 1120-F zu erklären und zu versteuern. Die BEAT ist auf den als nicht abziehbar behandelten Zinsbetrag nicht anwendbar.

Die KG hat im Formular 5472, Part IV/Line 9 den Darlehensbetrag und in Part IV/Line 23 sowie in Part VII/Line 5a und 5b (weist ausdrücklich auf IRC Sec. 267A hin) den Zin-

sabzugsbetrag mitzuteilen. Das Unterlassen oder die verspätete Abgabe der Mitteilung ist mit einem Bußgeld von USD 25000 bewehrt.

cc) Deutsche steuerliche Behandlung

Wie im Fallbeispiel D werden aufgrund der vermögensverwaltenden Tätigkeit (und auch falls die LP und/oder die KG gewerblich geprägt sind), die Geschäftsbeziehungen (somit auch das Gesellschafterdarlehen) zwischen der LP und der KG steuerlich nicht anerkannt. Daher liegen keine steuerpflichtigen Einkünfte vor.

Ein Anwendungsfall der ATAD liegt nicht vor.

dd) Österreichische steuerliche Behandlung

E unterliegt in Österreich zwar der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht, es werden aber keine Zinseinkünfte aus der KG zugerechnet und somit auch nicht in Österreich versteuert.

ee) Ergebnis

Hier findet in allen drei Ländern keine Besteuerung des Zinsertrags statt. Der Schuldzinsabzug in den USA sollte gem. IRC Sec. 267A unzulässig sein. Dieses Ergebnis ist – analog Fall D – konform mit dem Gesetzeszweck, da eine als missbräuchlich angesehene „Deduction/No-inclusion“ vermieden wird.

III. Wirtschaftliche Bewertung

1. Erkenntnisse für die laufende Besteuerung des hybriden GmbH & Co KG-Modells

Grundsätzlich sollte jede Beteiligungskette, in der sich eine oder mehrere hybride US- oder deutsche Gesellschaften befinden, in Bezug auf die Anwendung der *Anti-hybrid rules* vorsorglich geprüft werden.

Als Fazit für die Anwendbarkeit des hybriden GmbH & Co KG-Modells in der Praxis ist festzustellen, dass die *Anti-hybrid rules* für die oben unter II. 3. behandelten Standardfälle B (deutsche unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Kommanditisten) und C (deutsche beschränkte Einkommensteuerpflicht des Kommanditisten, aber deutsche steuerliche Betriebsstätte der KG) die relativ günstige laufende Gesamtsteuerbelastung unter den angedeuteten Prämissen nicht verschlechtern sollte.

Diese für Gewerbebetriebe (z. B. Produktion, Vertrieb, Handel, Dienstleistung) geltende Aussage trifft aber auch für bestimmte vermögensverwaltende Tätigkeiten (z. B. US-Immobilienvermietung, die in den USA als ECI qualifiziert wird) zu. Denn aufgrund der Nichtbesteuerung des Zins- bzw. Lizenztrags im US-Ausland sowohl bei deutscher unbeschränkter Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall D) als auch bei fehlender deutscher Steuerpflicht des Kommanditisten (Fall E) erscheint die US-steuerliche Nichtabzugsfähigkeit des Zinsbetrags konform mit dem Gesetzeszweck der IRC Sec. 267A.

Sofern der einzelne US-Bundesstaat, in dem die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird bzw. in dem die US-Immobilie belegen ist, bei der Ermittlung der bundesstaatlichen Steuerbemessungsgrundlage die US-bundessteuerliche Qualifikation des Zins- bzw. Lizenzgebührenabzugs übernimmt, resultiert auf der US-Bundesstaatenebene eine gleichgerichtete steuerliche Behandlung.

Nun lässt sich – zumindest nach dem gegenwärtigen Rechtsstand – die Minimierung der laufenden Gesamtsteuerbelastung des hybriden GmbH & Co KG-Modells u. U. ebenfalls erreichen, wenn die LP von einer GmbH gehalten wird, die nach deutschem Steuerrecht als Organgesellschaft einer GmbH & Co KG im Rahmen einer ertragsteuerlichen Organschaftsstruktur fungiert. Insofern wäre keine *Hybrid entity* involviert, so dass die *Anti-hybrid rules* nicht greifen würden. Allerdings ist die Anwendbarkeit einer solchen Organschaftsstruktur stark einzelfallabhängig (insbesondere sollten insofern – wie oben unter II. 1. angedeutet – die *Limitation-on-Benefits*-Vorschriften des Art. 28 DBA Deutschland/USA geprüft werden).

2. Besteuerungsrisiken beim Set-up des hybriden GmbH & Co KG-Modells

Sofern das hybride GmbH & Co KG-Modell nicht schon von vornherein in fachgerecht abgestimmten Teilschritten aufgebaut wird, sondern durch die Umstrukturierung einer gegebenen Ausgangssituation erzielt werden soll, ist Vorsicht geboten. Ein häufiges Besteuerungsrisiko besteht z. B. bei der Ausübung des Wahlrechts, die GmbH & Co KG für US-Steuerzwecke als intransparent zu behandeln (*Check-the-box election*), sofern sie bereits vorher US-Vermögen hält. Hierbei kann u. U. die *Inversion*-Besteuerung der IRC Sec. 7874 ausgelöst werden, wonach die GmbH & Co KG mit ihren weltweiten Einkünften in den USA steuerpflichtig werden würde.

Ein weiteres Besteuerungsrisiko kann sich ergeben, wenn je nach Sachverhalt durch die *Check-the-box election* die Übertragung von US-Immobilienvermögen unter Auflösung der stillen Reserven fingiert wird (IRC Sec. 897, sog. FIRPTA-Regelungen, basierend auf dem *Foreign Investment in Real Property Tax Act*).

Ferner kann der unsachgemäße Einsatz der Rechtsform der Limited Liability Company (LLC) oder der Limited Liability Limited Partnership (LLLP) in der Beteiligungsstruktur ein Besteuerungsrisiko darstellen. Dies gilt zum einen, weil durch die eventuelle deutsche Einordnung dieser Rechtsformen ein störendes *Hybrid entity* entstehen kann (oder schon lange und bisher unbemerkt existiert). Zum anderen kann die Änderung der steuerlichen Einordnung der LLC bzw. der LLLP eine steuerpflichtige (fiktive) Liquidation der „alten“ Rechtsform mit gleichzeitiger Wiedereinlage des Vermögens in die „neue“ Rechtsform auslösen.

3. Navigieren je nach künftiger US-Steuerpolitik

Bekanntlich plant *President-elect Biden* u. a. die Anhebung des Bundeskörperschaftsteuersatzes von 21 % auf 28 % sowie erhebliche Verschärfungen bei der US-Nachlasssteuer. Ob überhaupt, wann im Zeitablauf und in welchem Ausmaß seine Steuerpläne politisch durchsetzbar sind, hängt davon ab, wie sich die Mehrheitsverhältnisse im Repräsentantenhaus und vor allem im Senat im Zeitablauf gestalten.

Deutsche Unternehmen sollten im Rahmen ihres USA-Geschäfts die weitere Entwicklung in den USA verfolgen, um rechtzeitig etwaige Anpassungen an der Struktur oder der Zusammensetzung des US-Investments vornehmen zu können. Das Gleiche gilt für deutsche Investoren in Bezug auf ihre US-Immobilien- und/oder Private Equity Investments. Handlungsbedarf zum Gegensteuern kann sich je nach Veränderung der politischen Rahmenbedingungen und je nach den dann absehbaren Steuerbelastungswirkungen ergeben.



Dr. Dagmar Möller-Gosoge

Steuerberaterin in München. Promotion an der Universität Siegen. Partnerin bei der internationalen Beratungs- und Prüfungsgesellschaft Rödl & Partner und dort verantwortlich für die Beratungsfelder Internationales Steuerrecht und Steuerliche Transaktionsberatung. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt ist strategische Steuergestaltungsberatung für international tätige Unternehmen; sie ist Leiterin des *US Desk in Germany*.



Janine Kickler-Kreuz

Enrolled Agent (Internal Revenue Service, USA), Bachelor of Business & Law in Accounting and Taxation. Senior Associate bei der internationalen Beratungs- und Prüfungsgesellschaft Rödl & Partner und nach 5 Jahren Berufserfahrung in den USA seit 2017 Fachmitarbeiterin des *US Desk in Germany*, Köln.



Dr. rer. pol. Will Dendorfer

Promotion an der Universität Bayreuth. Partner i.R. (Rödl & Partner), ehemaliger Leiter des *US Desk in Germany*.

Internationales Wirtschaftsrecht

■ EuGVVO – Abgrenzung zwischen Deliktsgerichtsstand und Vertragsgerichtsstand

EuGH (Große Kammer), Urteil vom 24. 11. 2020 – Rs. C-59/19; Wikingerhof GmbH & Co. KG gegen Booking.com BV

Tenor

Art. 7 Nr. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist dahin auszulegen, dass er für eine Klage gilt, die auf die Unterlassung bestimmter Verhaltensweisen im Rahmen einer Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und dem Beklagten gerichtet ist und die darauf gestützt wird, dass der Beklagte unter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze.

Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 Art. 7

Aus den Gründen

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 7 Nr. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2012, L 351, S. 1).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Wikingerhof GmbH & Co. KG, einer Gesellschaft deutschen Rechts, die ein Hotel im Land Schleswig-Holstein (Deutschland) betreibt, und der Booking.com BV, einer Gesellschaft niederländischen Rechts mit Sitz in den Niederlanden, die eine Buchungsplattform für Unterkünfte betreibt. Der Gegenstand

dieses Rechtsstreits sind bestimmte Praktiken der Booking.com BV, mit denen nach dem Vorbringen von Wikingerhof eine beherrschende Stellung missbraucht wird.

Rechtlicher Rahmen

3 Die Erwägungsgründe 15, 16 und 34 der Verordnung Nr. 1215/2012 lauten:

„(15) Die Zuständigkeitsvorschriften sollten in hohem Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten. Diese Zuständigkeit sollte stets gegeben sein außer in einigen genau festgelegten Fällen, in denen aufgrund des Streitgegenstands oder der Vertragsfreiheit der Parteien ein anderes Anknüpfungskriterium gerechtfertigt ist. Der Sitz juristischer Personen muss in der Verordnung selbst definiert sein, um die Transparenz der gemeinsamen Vorschriften zu stärken und Kompetenzkonflikte zu vermeiden.

(16) Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten sollte durch alternative Gerichtsstände ergänzt werden, die entweder aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit oder im Interesse einer geordneten Rechtspflege zuzulassen sind. Das Erfordernis der engen Verbindung soll Rechtssicherheit schaffen und verhindern, dass die Gegenpartei vor einem Gericht eines Mitgliedstaats verklagt werden kann, mit dem sie vernünftigerweise nicht rechnen konnte. Dies ist besonders wichtig bei Rechtsstreitigkeiten, die außervertragliche Schuldverhältnisse infolge der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte einschließlich Verleumdung betreffen. ...

(34) Um die Kontinuität zwischen dem ... Übereinkommen [vom 27. 9. 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1972, L 299, S. 32) in der durch die nachfolgenden Übereinkommen über den Beitritt neuer Mitgliedstaat-