

300 EAST 42ND STREET
16TH FLOOR
NEW YORK, NY 10017
FON (212) 593-9900
FAX (212) 593-9997
www.augustinpartners.com

ABKOMMENSVERGÜNSTIGUNGEN BEI HYBRIDEN GESELLSCHAFTEN?

Als hybride Gesellschaften werden international tätige Rechtsgebilde bezeichnet, welche nach dem Steuerrecht der betroffenen Staaten unterschiedlich als Personen- bzw. Kapitalgesellschaft behandelt werden. Durch geschickte Nutzung der sich daraus ergebenden Planungsmöglichkeiten ließen sich in der Vergangenheit erhebliche Steuervorteile erzielen, was den Steuerverwaltungen seit langem ein Dorn im Auge war.

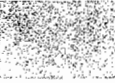
In den USA wurde der Anwendungsbereich durch Einführung der „*check-the-box*“ Vorschriften (*Regulations §301.7701*) im Jahr 1997 erheblich erweitert. Mit Ausnahme sogenannter „*per se*“-Kapitalgesellschaften, die auch steuerlich zwingend als solche zu behandeln sind, ermöglichen diese Vorschriften, nahezu alle in- und ausländischen Rechtsformen für Zwecke des US-Steuerrechts wahlweise als Personen- oder Kapitalgesellschaften zu behandeln. Besonders bei Staaten wie Deutschland, welche die steuerliche Behandlung im Wege des Rechtsformvergleichs durch Analyse der gesellschaftsrechtlichen Regelungen bestimmen, war der Einsatz hybrider Modelle damit relativ einfach.

Aus US-Sicht wird zwischen inländischen („*domestic hybrids*“) und ausländischen („*foreign hybrids*“) hybriden Gesellschaften unterschieden, wobei hier auf die Gründung der Gesellschaft in den USA oder im Ausland abgestellt wird. Als hybride Gesellschaften („*hybrid entities*“) werden Gesellschaften bezeichnet, welche nach US-Recht als Personen- und nach ausländischem Recht als Kapitalgesellschaft behandelt werden. Im umgekehrten Fall, also Kapitalgesellschaft nach US-Recht und Personengesellschaft nach ausländischem Recht, spricht man von umgekehrt hybriden Gesellschaften („*reverse hybrid entities*“).

Anlaß für die Einführung der Vorschriften von § 894 (c) IRC war speziell ein Steuersparmodell mit kanadischen Beteiligten. Bei diesem Modell wurde zwischen eine kanadische Kapitalgesellschaft und deren US-Tochtergesellschaft, die überwiegend fremdfinanziert war, eine US-Limited Liability Company (LLC) geschaltet. Diese wurde nach US-Steuerrecht als Personengesellschaft und nach kanadischem Steuerrecht als Körperschaft behandelt. Die Zinszahlungen der US-Tochtergesellschaft über die LLC an die kanadische Mutter sind nach US-Steuerrecht abzugsfähige Betriebsausgaben der US-Tochter. Der von der LLC an die Muttergesellschaft weitergeleitete Betrag stellt dagegen nach kanadischem Steuerrecht steuerfreie Dividenden dar. Die einzige Steuer, die in dieser Situation erhoben wird, ist Quellensteuer auf die Zinszahlungen der LLC an die kanadische Mutter. Diese Quellensteuer war freilich nach dem Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) USA-Kanada auf 10% reduziert.

Durch die ab August 1997 geltenden Vorschriften des § 894(c)(1) werden ausländischen Personen, die Einkünfte aus US-Quellen über (transparente) Personengesellschaften beziehen, die durch DBA gewährten Quellensteuervergünstigungen entzogen, wenn die folgenden drei negativen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind:

1. Die betroffenen Einkünfte werden nach dem Recht des Wohnsitzstaates nicht dem ausländischen Gesellschafter zugerechnet.
2. Das betreffende DBA enthält keine Vorschrift, welche die Anwendbarkeit des Abkommens auf Einkünfte regelt, die über Personengesellschaften bezogen werden.



3. Der Wohnsitzstaat erhebt bei Zahlung dieser Einkünfte durch die Personengesellschaft an die ausländischen Gesellschafter keine Steuern.

Zahlungen an hybride Gesellschaften

Die zu § 894(c) IRC erlassenen Richtlinien stellen klar, daß bei Beurteilung über die Anwendung von Abkommensvergünstigungen das entscheidende Kriterium ist, ob die Einkünfte von einem Ansässigen eines Abkommensstaates erhalten worden sind („*derived by a resident of an applicable treaty country*“). Die Richtlinien beschreiben drei Situationen, in denen dieses Kriterium „*derived by*“ als erfüllt angesehen wird:

1. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als von dieser Gesellschaft bezogen, wenn diese Gesellschaft nach dem Recht des Sitzstaates nicht als Personengesellschaft („*not fiscally transparent*“) klassifiziert wird.
2. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als von deren Anteilseigner bezogen, wenn dieser nachweisen kann, daß die Gesellschaft, an der er beteiligt ist und welche die Einkünfte vereinnahmt hat, nach dem Recht seines Wohnsitzstaates als Personengesellschaft klassifiziert ist. Dabei ist unbeachtlich, wie die Gesellschaft in ihrem Sitzstaat behandelt wird.
3. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als in dem Sitzstaat der Gesellschaft bezogen, wenn das betreffende DBA eine Liste von Gesellschaftsformen enthält, in welcher die Ansässigkeit dieser Gesellschaften klargestellt ist.

Durch die Richtlinien in § 1.894-1(d)(2)(i) wird die Versagung der Abkommensvergünstigungen auf Zahlungen an sog. „*domestic reverse hybrids*“ erweitert. Darunter versteht man eine nach amerikanischem Recht gegründete Gesellschaft, die nach US-Steuerrecht als Körperschaft und nach dem Steuerrecht des Wohnsitzstaates des ausländischen Gesellschafters als Personengesellschaft klassifiziert wird. Darunter fällt z.B. eine von deutschen Investoren gegründete US-Limited Partnership, die nach dem „*check-the-box*“ Verfahren für eine Besteuerung als Körperschaft optiert hat. In Deutschland bleibt es bei der Behandlung als Personengesellschaft. Auch die ausländischen Gesellschafter erhalten nicht die reduzierten Quellensteuersätze für Einkünfte, die durch die „*domestic reverse hybrid entity*“ an sie weitergeleitet werden.

Zahlungen von hybriden Gesellschaften an die Anteilseigner

Nach Inkrafttreten der Richtlinien §1.894-1(d)(2)(i) am 20.05.2000 bestand Unklarheit, ob die Vorschrift auf alle Zahlungen von „*domestic reverse hybrids*“ an ausländische Anteilseigner anzuwenden ist oder nur auf die aus US-Quellen stammenden und weitergeleiteten Dividenden und Zinsen. Fraglich ist mithin, ob auch bei Erträgen, welche in der „*domestic reverse hybrid*“ erwirtschaftet und an den ausländischen Anteilseigner ausgeschüttet werden, die Abkommensvergünstigung versagt werden kann.

Am 27.02.2001 wurden von der US-Finanzbehörde (IRS) vorläufige Richtlinien unter § 1.894-1(d)(2)(ii) veröffentlicht, die auf diese Problematik eingehen. In diesen Vorschriften wird zunächst geklärt, daß die Zahlungen an Anteilseigner den nach US-Steuerrecht vorgeschriebenen Charakter beibehalten, d.h. es handelt sich um Dividendenzahlung einer amerikanischen Körperschaft. Die Abkommensvergünstigungen bezüglich der Reduzierung der Quellensteuer greifen dann ein, wenn die ausländischen Anteilseigner in ihrem Wohnsitzstaat nicht als Personengesellschaft behandelt werden, sondern die Dividenden als von den Anteilseignern als bezogen gelten („*considered to be derived by the interest holder*“).

Besonderheiten gelten für Beteiligungen an „*domestic reverse hybrids*“ in Höhe von mindestens 80%. Diese zusätzlichen Vorschriften beabsichtigen, die Unterschiede im Steuerrecht zwischen



3. Der Wohnsitzstaat erhebt bei Zahlung dieser Einkünfte durch die Personengesellschaft an die ausländischen Gesellschafter keine Steuern.

Zahlungen an hybride Gesellschaften

Die zu § 894(c) IRC erlassenen Richtlinien stellen klar, daß bei Beurteilung über die Anwendung von Abkommensvergünstigungen das entscheidende Kriterium ist, ob die Einkünfte von einem Ansässigen eines Abkommensstaates erhalten worden sind („*derived by a resident of an applicable treaty country*“). Die Richtlinien beschreiben drei Situationen, in denen dieses Kriterium „*derived by*“ als erfüllt angesehen wird:

1. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als von dieser Gesellschaft bezogen, wenn diese Gesellschaft nach dem Recht des Sitzstaates nicht als Personengesellschaft („*not fiscally transparent*“) klassifiziert wird.
2. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als von deren Anteilseigner bezogen, wenn dieser nachweisen kann, daß die Gesellschaft, an der er beteiligt ist und welche die Einkünfte vereinnahmt hat, nach dem Recht seines Wohnsitzstaates als Personengesellschaft klassifiziert ist. Dabei ist unbeachtlich, wie die Gesellschaft in ihrem Sitzstaat behandelt wird.
3. Die an eine Gesellschaft bezahlten Einkünfte gelten als in dem Sitzstaat der Gesellschaft bezogen, wenn das betreffende DBA eine Liste von Gesellschaftsformen enthält, in welcher die Ansässigkeit dieser Gesellschaften klargelegt ist.

Durch die Richtlinien in § 1.894-1(d)(2)(i) wird die Versagung der Abkommensvergünstigungen auf Zahlungen an sog. „*domestic reverse hybrids*“ erweitert. Darunter versteht man eine nach amerikanischem Recht gegründete Gesellschaft, die nach US-Steuerrecht als Körperschaft und nach dem Steuerrecht des Wohnsitzstaates des ausländischen Gesellschafters als Personengesellschaft klassifiziert wird. Darunter fällt z.B. eine von deutschen Investoren gegründete US-Limited Partnership, die nach dem „*check-the-box*“ Verfahren für eine Besteuerung als Körperschaft optiert hat. In Deutschland bleibt es bei der Behandlung als Personengesellschaft. Auch die ausländischen Gesellschafter erhalten nicht die reduzierten Quellensteuersätze für Einkünfte, die durch die „*domestic reverse hybrid entity*“ an sie weitergeleitet werden.

Zahlungen von hybriden Gesellschaften an die Anteilseigner

Nach Inkrafttreten der Richtlinien §1.894-1(d)(2)(i) am 20.05.2000 bestand Unklarheit, ob die Vorschrift auf alle Zahlungen von „*domestic reverse hybrids*“ an ausländische Anteilseigner anzuwenden ist oder nur auf die aus US-Quellen stammenden und weitergeleiteten Dividenden und Zinsen. Fraglich ist mithin, ob auch bei Erträgen, welche in der „*domestic reverse hybrid*“ erwirtschaftet und an den ausländischen Anteilseigner ausgeschüttet werden, die Abkommensvergünstigung versagt werden kann.

Am 27.02.2001 wurden von der US-Finanzbehörde (IRS) vorläufige Richtlinien unter § 1.894-1(d)(2)(ii) veröffentlicht, die auf diese Problematik eingehen. In diesen Vorschriften wird zunächst geklärt, daß die Zahlungen an Anteilseigner den nach US-Steuerrecht vorgeschriebenen Charakter beibehalten, d.h. es handelt sich um Dividendenzahlung einer amerikanischen Körperschaft. Die Abkommensvergünstigungen bezüglich der Reduzierung der Quellensteuer greifen dann ein, wenn die ausländischen Anteilseigner in ihrem Wohnsitzstaat nicht als Personengesellschaft behandelt werden, sondern die Dividenden als von den Anteilseignern als bezogen gelten („*considered to be derived by the interest holder*“).

Besonderheiten gelten für Beteiligungen an „*domestic reverse hybrids*“ in Höhe von mindestens 80%. Diese zusätzlichen Vorschriften beabsichtigen, die Unterschiede im Steuerrecht zwischen



den Abkommensstaaten bei Finanzierungsmodellen zu eliminieren. Typischerweise wurden „*domestic reverse hybrids*“ mit Eigen- und Fremdkapital ausgestattet und als Landesholdinggesellschaft für US-Tochtergesellschaften verwendet. Die Landesholding zahlt hauptsächlich Zinsen an die Konzernmutter. Nach US-Steuerrecht bezieht die Landesholding Dividendeneinkünfte von den US-Töchtern und kann die an die ausländische Mutter gezahlten Zinsen absetzen. Aus Sicht des ausländischen Steuerrechts bezieht die ausländische Mutter die Dividenden der US-Töchter. Nach Abkommen ist die Quellensteuer bei Zinsen auf 0% und bei Dividenden auf 5% reduziert. Nach den vorläufigen Richtlinien, die noch nicht in Kraft gesetzt wurden, würde ein bestimmter Anteil der Zinszahlungen als Dividenden umklassifiziert, für welche die im Abkommen vorgesehenen Quellensteuersätze für Dividenden gelten würden.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die US-Finanzverwaltung in der jüngsten Vergangenheit umfangreiche und extrem komplexe Regelungen erlassen hat, welche den Mißbrauch durch hybride Gesellschaften eindämmen sollen. Ausländische Investoren müssen beachten, daß die Einschaltung hybrider Gesellschaften US-steuerliche Probleme aufwirft. Zudem ist zu erwarten, daß in der Zukunft weitere Verschärfungen des US-Steuerrechts hinzukommen, so z.B. bei sog. „*foreign reverse hybrids*“, die bisher noch nicht unter die erlassenen Vorschriften fallen. Bei den „*foreign reverse hybrids*“ handelt es sich um ausländische Gesellschaften, die nach dem „*check-the-box*“ Verfahren für eine Besteuerung als Körperschaft optiert haben, dagegen nach dem Recht des ausländischen Staates als Personengesellschaften eingestuft werden. Potentieller Ansatzpunkt wäre die durch DBA reduzierte Zweigniederlassungssteuer („*branch profits tax*“). Ausländische Investoren sollten die Gesetzesentwicklung in diesem Bereich intensiv verfolgen.

NEUE BERICHTSTPFLICHTEN BEI EINBEHALTUNG VON QUELLENSTEUER

Das US-Steuerrecht hat einen komplexen Regelungskatalog bezüglich der Einbehaltung von Quellensteuern entwickelt, mit dem die Begleichung der US-Steuerschuld von nicht in den USA ansässigen natürlichen und juristischen Personen sichergestellt werden soll. Bei Quellensteuern sind grundsätzlich folgende drei Tatbestände zu unterscheiden:

- Quellensteuer auf wiederkehrende Einkünfte aus US-Quellen, beispielsweise Zinsen, Dividenden oder Lizenzgebühren („*fixed or determinable, annual or periodic income from U.S. sources, FDAP*“).
- Quellensteuer auf Einkünfte, die im Zusammenhang mit einer gewerblichen Tätigkeit in den USA stehen („*income effectively connected with a U.S. trade or business*“).
- Quellensteuer im Zusammenhang mit der Veräußerung von (direkt oder indirekt gehaltenem) US-Immobilienvermögen durch nicht ansässige natürliche und juristische Personen. Diese wird nachfolgend nicht weiter diskutiert.

Quellensteuern auf FDAP-Einkünfte

Grundsätzlich erhebt das US-Steuerrecht nach § 871 i.V.m. § 1441 IRC eine Quellensteuer in Höhe von 30% auf wiederkehrende Einkünfte aus US-Quellen, sog. *FDAP*-Einkünfte. Die Quellensteuer wird dabei auf den Bruttobetrag dieser Einkünfte erhoben, mithin bleiben alle Werbungskosten unberücksichtigt. Ein Einbehalt erfolgt jedoch nur, wenn Zahlungen tatsächlich geleistet wurden („*cash basis concept*“). Nun kann sich aber durch bilaterale



Vereinbarungen der betroffenen Staaten eine Reduzierung oder sogar eine vollständige Steuerfreistellung ergeben. Im DBA Deutschland – USA wird z.B. die Quellensteuer auf Dividenden durch Art. 10(2) auf 15% bzw., im Falle einer Schachtelbeteiligung, auf 5% reduziert, Art. (1) reduziert die Quellensteuer auf Zinsen auf 0%.

Die Quellensteuer ist von dem Abzugsverpflichteten („*withholding agent*“) einzubehalten und an die Finanzverwaltung abzuführen. Zur Ermittlung des korrekten Quellensteuersatzes stellen die neuen Vorschriften grundsätzlich auf diejenige Person ab, welcher die Einkünfte letztendlich zuzurechnen sind („*ultimate beneficial owner – UBO*“). Um eine Reduzierung des Quellensteuersatzes zu erlangen, muß jeder UBO dem „*withholding agent*“ eine entsprechende Form W-8 vorlegen. Neben allgemeinen Angaben (Name, Adresse usw.) sind die reduzierten Steuersätze sowie die dafür relevanten Rechtsgrundlagen offenzulegen:

Formular W-8BEN: Mit Abgabe dieser Form gibt man sich als UBO der Einkünfte zu erkennen und kann auf Grundlage eines bestehenden DBA's eine reduzierte Quellensteuer oder auch eine Steuerfreistellung geltend machen. Mit Abgabe der Form W-8BEN bestätigt man weiterhin, daß es sich nicht um Einkünfte aus einer gewerblichen Tätigkeit in den USA handelt. Die Form W-8BEN wird demjenigen vorgelegt, der die Einkünfte zahlt. Das ist entweder direkt der „*withholding agent*“ oder ein Mittelsmann.

Formular W-8EXP: Diese Form ist inhaltlich identisch mit dem Formular W-8BEN. Sie gilt jedoch für die Freistellung von der Besteuerung für ausländische Regierungen, internationale Organisationen, Zentralbanken, ausländische steuerbefreite Organisationen und ausländische private Stiftungen in den USA, sofern sie keine Geschäftstätigkeit in den USA entfalten.

In der Vergangenheit konnte durch Zwischengesellschaften die wahre Identität des „*ultimate beneficial owner*“ verschleiert werden. Um dem entgegenzuwirken, hat der IRS eine gesonderte Offenlegungspflicht für alle Arten von Mittelsmännern („*intermediary*“) eingeführt:

Formular W-8IMY: Dieses Formular betrifft alle Mittelsmänner und Treuhänder, die nicht der UBO sind. Dies sind z.B. die US-Niederlassungen ausländischer Banken und Versicherungen, in- und ausländische Personengesellschaften, Verwahrer, Makler, Strohleute oder sonstige Vertreter. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß die Berichtspflicht nicht nur eine Ebene von Mittelsmännern umfaßt, sondern sämtliche Ebenen zwischen dem „*withholding agent*“ und dem UBO. Der Mittelsmann ist nach den Richtlinien verpflichtet, dem „*withholding agent*“ die Form W-8IMY vorzulegen. Zur Bestimmung des korrekten Steuersatzes sind diesem Formular in der Anlage die entsprechenden Formulare W-8 beizufügen, welche den UBO offenlegen.

Quellensteuern auf Einkünfte aus einer gewerblichen Tätigkeit in den USA

Quellensteuern auf Einkünfte, die im Zusammenhang mit einer US-Geschäftstätigkeit stehen („*income effectively connected with a U.S. trade or business*“), sind nach § 1446 IRC auf den laufenden Gewinn von Personengesellschaften einzubehalten, soweit dieser auf nicht ansässige Gesellschafter entfällt. Dabei ist es unerheblich, ob Gewinne tatsächlich an die Partner ausgeschüttet werden („*accrual basis concept*“). Die Höhe der Quellensteuer entspricht dem Höchststeuersatz (im Jahr 2002: 38.6% bei natürlichen und 35% bei juristischen Personen). Die so einbehaltene Quellensteuer wird in der US-Steuererklärung des ausländischen Investors wie eine Steuervorauszahlung auf die endgültige Steuerschuld angerechnet.

Formular W-8ECI: Mit diesem Formular erklärt sich derjenige, dem die Einkünfte zugerechnet werden, als UBO. Das Formular gilt ausschließlich für Einkünfte aus einer gewerblichen Tätigkeit in den USA. Für andere Einkünfte muß ggf. zusätzlich ein Formular W-8BEN ausgefüllt werden. Das Formular W-8ECI muss entweder dem „*withholding agent*“ oder dem Mittelsmann vorgelegt werden.