

Der Weg eines ausländischen Unternehmens nach Deutschland

-Teil 2- von Sebastian Korts, RA, FA für Steuerrecht, MBA, M.I.Tax (www.korts.de)



Sebastian Korts, RA, FA für Steuerrecht, MBA, M.I.Tax

Sebastian Korts, attorney-at-law,
certified attorney at tax law, MBA, M.I.Tax

A foreign company's way to Germany

- Part 2 -

by Sebastian Korts, RA, FA für Steuerrecht, MBA, M.I.Tax (www.korts.de)

The English company Smith Ltd. is the subsidiary of an Asian electronics groups. So far, the Smith Ltd. has seen to business activities in the EU area, with the focus being on final assembly and the sale of electronic products. Now expansion is to be further boosted. In the principal EU markets, among them also in Germany, business is now to be conducted by local companies (branches or independent companies). After in the first part of this article, the Smith Ltd. had potential corporate forms for an establishment in Germany outlined, the focus is now on certain tax aspects.

The Smith Ltd. has decided to expand into Germany by means of a German limited liability company (GmbH). From the Smith Ltd.'s point of view, the formation of a branch establishment was not suitable to push ahead with expansion in Germany. Since business is to be actively conducted in Germany, the Smith Ltd. felt safer in view of possible liability consequences by using an independent corporation. The Smith Ltd. has opted for a German GmbH and not for a Ltd. as many questions are still open regarding the treatment of Ltd.'s under company law in Germany. On some points, a GmbH may be treated more strictly than a Ltd. (speaking of capital maintenance), but potential problems can be foreseen and allowed for more easily with a GmbH.

Die englische Smith Ltd. ist die Tochtergesellschaft eines asiatischen Elektronikkonzerns. Dieser hat bisher den EU-Raum durch die Smith Ltd. betreuen lassen, wobei die Haupttätigkeit in der Endmontage und dem Vertrieb der Elektronikprodukte liegt. Nunmehr soll die Expansion stärker forciert werden. In den Hauptmärkten der EU, unter anderem in Deutschland, sollen die Geschäfte nun über dort ansässige Unternehmen (Zweigniederlassungen oder selbständige Firmen) betrieben werden. Nachdem sich die Smith Ltd. im ersten Teil des Artikels kurz die möglichen gesellschaftsrechtlichen Formen einer Niederlassung in Deutschland hat erläutern lassen, stehen nunmehr bestimmte steuerliche Aspekte im Vordergrund.

Die Smith Ltd. hat sich dafür entschieden, die Expansion in Deutschland mit Hilfe einer deutschen GmbH vorzunehmen. Die Gründung einer Zweigniederlassung war aus Sicht der Smith Ltd. nicht geeignet, die Expansion in Deutschland voranzutreiben. Da in Deutschland ein aktives Geschäft betrieben werden soll, fühlte sich die Smith Ltd. im Hinblick auf mögliche Haftungsfolgen sicherer durch die Verwendung einer eigenständigen Kapitalgesellschaft. Die Smith Ltd. hat sich für eine deutsche GmbH entschieden und nicht für eine Ltd., da hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Behandlung von Ltd. in Deutschland noch eine Vielzahl von Fragen ungeklärt sind. Zwar mögen manche Punkte bei der Behandlung der GmbH strenger gehandhabt werden als bei einer Ltd. (Stichwort: Kapitalerhaltung), dafür besteht bei der GmbH jedoch ein bessere Vorhersehbarkeit und Planbarkeit der möglichen Problempunkte.

Bei der Verwendung einer deutschen GmbH interessiert die Smith Ltd. zuerst einmal die steuerliche Auswirkung von Zahlung von Dividenden der GmbH an die Smith Ltd. Wo und wie werden diese besteuert?

A. Kapitaleinkünfte

Die Steuerpflicht von Kapitaleinkünften ist im deutschen Steuergesetz unübersichtlich geregelt. Die verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen (-DBA-) haben ihrerseits spezielle Definitionen für bestimmte Kapitaleinkunftsarten. Insofern ist eine differenzierte Auseinandersetzung bereits auf der Ebene erforderlich, die untersucht, ob es sich um „Kapitaleinkünfte“ handelt.

Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 Einkommensteuergesetz (-EStG-) gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen unter anderem Gewinnanteile (Dividenden) aus Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Anknüpfungspunkt der Besteuerung ist, dass der oder die Gesellschafter etwas bezogen haben. Die Form der Ausschüttung ist gleichgültig. Diese Bezüge gelten dann als inländische, wenn die ausschüttende Gesellschaft ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland hat.

B. Kapitalertragsteuer

Der Gewinn einer Gesellschaft wird unabhängig davon, ob er ausgeschüttet oder thesauriert wird, mit einem Steuersatz von 25% besteuert. Unabhängig davon fällt die sogenannte Kapitalertragsteuer an. Die Dividenden sind kapitalertragsteuerpflichtig und un-

terliegen einer Kapitalertragsteuer in Höhe von 20% der Bruttoausschüttung.

Rechnerisch stellt sich dieses wie folgt dar:

100 EUR Gewinn,
abzgl. 25 EUR (entspricht 25% KSt),
ergibt 75 EUR Brutto-Dividende,
abzgl. 15 EUR (entspricht 20% Ertragsteuer
auf die 75%ige Brutto-Dividende),
liquide Überweisung in Höhe von 60 EUR =
Netto-Dividende.

Die weitere steuerliche Behandlung der Ausschüttung und der Kapitalertragsteuer ist, je nach Ausgestaltung der Beteiligung an der deutschen Gesellschaft, unterschiedlich zu beurteilen.

Beispielssachverhalt:

Unterstellt man, dass noch ein Herr D aus Deutschland mit 3% (ausschließlich nationaler Fall) neben der Smith Ltd. aus England mit 97% beteiligt ist, ergibt sich:

Der in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Herr D kann sich die Kapitalertragsteuer anrechnen lassen. Seine Ausgangslage ist daher, dass er die Dividende in Höhe von 75 EUR versteuert. Hinsichtlich ausländischer Gesellschafter sind verschiedene Vorschriften zu beachten. Auf nationaler Ebene ist zunächst festzuhalten, dass die Gewinnausschüttung für die jeweiligen Gesellschafter in Deutschland der beschränkten Steuerpflicht unterliegt. Damit ist die Smith Ltd. dem Grunde nach kapitalertragsteuerpflichtig. Die Höhe beträgt 20%.

C. Mutter-Tochter-Richtlinie

Für bestimmte Konstellationen ist jedoch auf Antrag die Kapitalertragsteuer zu erlassen. Dies gilt für Kapitalerträge, die eine Muttergesellschaft erhält, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland hat und an der ausschüttenden Gesellschaft mit mehr als 20% seit mehr als 12 Monaten beteiligt ist. Diesen Regelungen entspricht im wesentlichen Art. 5 der Europäischen Mutter-Tochter-Richtlinie. Nach der Richtlinie werden Gewinne der Tochter dann vom Quellensteuerabzug befreit, wenn die Mutter mehr als 25% besitzt.

Nach diesen Überlegungen unterliegt die Smith Ltd. letztlich keiner Kapitalertragsteuer.

D. Formelle Regelungen zum Steuerabzug

Erhoben wird die Kapitalertragsteuer durch Abzug. Wenn ein DBA vorliegt oder § 43b EStG gegeben ist, so ist das Erstattungsverfahren einschlägig. Zunächst wird also die 20%ige Kapitalertragsteuer einbehalten. Der Unterschiedsbetrag zum DBA-Höchstsatz bzw. zum Gesamtbetrag des § 43b EStG muss im Erstattungsverfahren zurückgefordert werden.

E. Exkurs zur englischen Ltd. in Deutschland

Nach einem weit verbreiteten Missverständnis führt die Nutzung einer Ltd. in Deutschland zu steuerlichen Vorteilen – dem ist nicht so. Die Smith Ltd. hätte keinen steuerlichen Vorteil dadurch, dass sie ihre Geschäfte in Deutschland statt mit einer (Tochter-)

GmbH mit einer englische (Tochter-)Ltd. betreibt. Entscheidend ist, dass der Sitz der Gesellschaften in Deutschland liegt, dies führt zur sogenannten unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland.

Die Ltd. ist von ihrem Typus her mit der deutschen GmbH vergleichbar, sie ist auch eine Kapitalgesellschaft. Aus diesem Grund werden die deutschen steuerlichen Vorschriften für Kapitalgesellschaften entsprechend auch auf die Ltd. angewendet. Die Ltd. hat also keinen steuerlichen Sonderstatus in Deutschland nur weil es sich um eine ausländische Kapitalgesellschaft handelt.

Wie eine deutsche GmbH, so ist auch die englische Ltd. verpflichtet Bücher zu führen und zum Jahresende eine Steuerbilanz entsprechend den deutschen Steuervorschriften vorzulegen. Da die Ltd. trotz der Verlegung ihres Sitzes nach Deutschland weiterhin auch im englischen Handelsregister (Companies House) eingetragen ist, besteht für sie auch die Verpflichtung zur Abgabe einer englischen Handels- und Steuerbilanz. Die Nutzung einer englischen Ltd. in Deutschland führt also zu einer Verdoppelung der zu erstellenden (steuerlichen) Unterlagen. Die entstehenden Mehrkosten müssen gegen die gesellschaftsrechtlichen „Vorteile“ der Ltd. abgewogen werden.

F. Dokumentationspflichten im grenzüberschreitenden Verkehr

Unabhängig von der Frage, mit welcher Gesellschaftsform die Smith Ltd. die Expansion in Deutschland betreiben möchte, ist auf die erweiterten Dokumentationspflichten gemäß § 90 Abs. 3 der Abgabenordnung (AO) hinzuweisen. Insbesondere, aber nicht abschließend, bezieht sich diese Pflicht zur Aufzeichnung aller relevanten Daten für die Prüfung der sogenannten Verrechnungspreise. Dies sind die Preise, zu welchen international verbundene Unternehmen (z. B. Mutter-Tochter-Gesellschaften) Waren oder Dienstleistungen untereinander austauschen. Diese Preise müssen angemessen sein, damit es z. B. nicht dazu kommt, dass die Muttergesellschaft über erhöhte Verkaufspreise „künstlich“ den Gewinn der Tochtergesellschaft mindert und damit faktisch den Gewinn ins Ausland verlagert. Die vorzulegenden Informationen beschränken sich nicht auf die einzelnen Geschäfte, denn diese müssen ohnehin im Rahmen der normalen Buchhaltung aufgezeichnet werden, sondern auf die Daten, welche zur Preisgestaltung der Transaktionen geführt haben. Die Aufzeichnungspflicht ist sehr weitumfassend und muss sorgfältig beachtet werden. So wird verlangt, dass der Konzernaufbau (Beteiligungsstruktur, rechtliche und operative Struktur), der einzelne Vorgang sowie die wesentlichen Verträge und für die Verrechnungspreisfindung relevanten Dokumente (Preislisten etc.) vorgehalten werden. Weiterhin sind sogenannte Funktions- und Risikoanalysen vorzuhalten, welche den Wertschöpfungsbeitrag des Steuerpflichtigen in der Wertschöpfungskette beschreiben. Die ebenfalls verlangte Angemessenheitsdokumentation erstreckt sich auf die verschiedenen Möglichkeiten zur Berechnung bzw. Begründung der verwendeten Verrechnungspreise. Wird der Aufzeichnungspflicht nicht Genüge getan, so mindert dies die Aufklärungspflichten des Finanzamtes. Lässt sich daher ein bestimmter Sachverhalt nicht hinreichend genau aufklären, so muss das Finanzamt nicht weiter nachforschen, sondern kann seine (negativen) Schlussfolgerungen hieraus ziehen. Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass es sehr umstritten ist, ob diese Vorschriften mit dem EU-Recht vereinbar sind, da innerdeutsche Transaktionen nicht solchen strengen Bestimmungen unterliegen. ■

Fortsetzung folgt ...

When using a German GmbH, the Smith Ltd. first of all needs to know the tax consequences of dividend payments of the GmbH to the Smith Ltd. Where and how are these taxed?

A. Investment income

German tax regulations governing the tax liability on investment income are confusing. The different double taxation agreements (–DTA–), for their part, have special definitions for certain types of investment income. In that respect, it has to be differentiated whether it is actually “investment income”. Pursuant to § 20 [1] No. 1 S. 1 Einkommensteuergesetz (–EStG–) (Income Tax Act), investment income includes, among other things, profit shares (dividends) from shares in limited liability companies. A criterion of taxation are the shareholders’ earnings. The form of distribution isn’t important. These earnings are considered domestic ones if the distributing company has a domestic seat or if its management is located in the home country.

B. Capital gains tax

A company’s profit is taxed at a 25 % tax rate regardless of whether it is distributed or retained. Capital gains tax has to be paid irrespective of that. The dividends are subject to capital gains tax to the amount of 20 % of the gross distribution.

In terms of figures, the situation presents itself as follows:

100 EUR profit,
minus 25 EUR (corresponds to 25% corporate income tax),
equals 75 EUR gross dividend,
minus 15 EUR (corresponds to 20% income tax
on the 75% gross dividend), cash remittance
to the amount of 60 EUR = net dividend.

The further tax treatment of the distribution and the capital gains tax must be assessed differently, depending on the kind and extent of share holdings in the German company.

Example:

Assuming that apart from the Smith Ltd. from England, which holds 97 % of the shares, also Mr D from Germany holds 3 % of the shares (exclusively national case), the result would be as follows:

Mr D, who is subject to unlimited tax liability in Germany, can be credited for the capital gains tax. His initial position is therefore that he pays tax on the dividend of 75 EUR. As to foreign shareholders, various regulations have to be observed. At national level it must be noted that dividend payout to the particular shareholders is subject to limited tax liability in Germany. The Smith Ltd. would thus basically be subject to a capital gains tax rate of 20 %.

C. Parent-Subsidiary Directive

In certain cases, however, capital gains tax is to be remitted upon request. This applies to investment income realized by a parent company whose seat and management are not located in the home country and which has held more than 20 % of the shares in the distributing company for at least 12 months. Art 5 of the European Parent-Subsidiary Directive basically corresponds to this regulation. Under the directive, the subsidiary’s profits are exempt from withholding tax, provided that the parent company holds more than 25 % of the subsidiary shares. On the basis of these considerations, the Smith Ltd., in the end, is exempt from capital gains tax.

D. Formal regulations governing tax deduction

Capital gains tax is levied through deduction. In cases provided for by a double taxation agreement or by § 43b EStG,

the refund procedure shall apply. For the time being, the 20 % capital gains tax is thus withheld. The difference between this amount and the DTA maximum rate or the total amount stipulated in § 43b EStG must be reclaimed in the refund procedure.

E. Excursus on the English Ltd. in Germany

According to a popular fallacy, the use of a Ltd. in Germany holds tax advantages – that is not the case. The Smith Ltd. would not have any tax advantages by conducting business in Germany with an English (subsidiary) Ltd. instead of a (subsidiary) GmbH. It is decisive that the companies are domiciled in Germany; this leads to unlimited tax liability in Germany.

With regard to its type, the Ltd. is comparable to a German GmbH; it is also a corporation. For this reason, the German tax regulations applicable to corporations are applied accordingly to the Ltd. The Ltd. thus doesn’t have a tax special status in Germany just because it is a foreign corporation.

Like a German GmbH, an English Ltd. is also obliged to keep books and records and to submit a tax balance sheet at the end of the year in accordance with German tax regulations. As the Ltd. is still registered at UK Companies House despite having transferred its domicile to Germany, it is also obliged to submit a commercial balance sheet and a tax balance sheet in the UK. Using an English Ltd. in Germany thus results in twice the amount of (tax) documents to be prepared. The additional costs hereby incurred must be weighed up against the “advantages” of the Ltd. under company law.

F. Documentation requirements for cross-border transactions

Regardless of the corporate form with which the Smith Ltd. wants to expand into Germany, the extended documentation requirements in accordance with § 90 [3] of the Abgabenordnung (AO) (German Fiscal Code) must be pointed out. These requirements include but are not limited to the documentation of all relevant data for the auditing of transfer prices. These are the prices at which internationally affiliated companies (e.g. parent company and subsidiary) trans-act goods or services with one another. These prices must be reasonable to avoid that, for example, the parent company “artificially” reduces the subsidiary’s profits by raising selling prices and thus virtually transfers profits abroad. The information to be provided is not restricted to individual transactions, for these must be recorded as part of the normal bookkeeping anyway, but to data which led to the pricing of transactions. The documentation requirements are very extensive and must be strictly met. It is, for example, required that information about the group organization structure (participation structure, legal and operative structure), the individual operation as well as the essential contracts and documents relevant to transfer pricing (price lists, etc.) be submitted. Furthermore, functional and risk analyses have to be submitted, describing the taxpayer’s value-added contribution to the value-added chain. The also required transfer pricing documentation includes various possibilities of calculating or justifying the transfer prices used. If the documentation requirements are not met, this lessens the tax office’s obligation to provide information. If certain facts of a situation cannot be clarified well enough, the tax office therefore doesn’t have to make further enquiries but can draw its own (negative) conclusions. It mustn’t go unmentioned that it is highly controversial whether these regulations are compatible with EU legislation as German domestic transactions are not subject to such strict regulations. ■

To be continued ...