



Die GmbH & Still als Gestaltungsinstrument im internationalen Steuerrecht - eine Analyse aus Sicht deutscher Investoren in Polen

Univ.-Prof. Dr. Stephan Kudert

M. Sc. Agnieszka Kopec

Dr. Marcin Jamrozy

European University Viadrina Frankfurt (Oder)
Department of Business Administration and Economics

Discussion Paper No. 321

July 2012

ISSN 1860 0921

Die GmbH & Still als Gestaltungsinstrument im internationalen Steuerrecht – eine Analyse aus Sicht deutscher Investoren in Polen

Univ.-Prof. Dr. Stephan Kudert, Frankfurt (Oder)

M. Sc. Agnieszka Kopec, Frankfurt (Oder)

Dr. Marcin Jamrozy, Warschau*

1 Einleitung

In den letzten Jahren lässt sich im Zuge der Erweiterung der Europäischen Union in verstärktem Maße eine Zunahme deutscher Investitionen in Polen feststellen.¹ Diese werfen die Frage nach dem Einsatz steuerlich günstiger Investitionsvehikel und Finanzierungsarten auf. Dabei gewinnt neben den klassischen Varianten der Eigen- oder Fremdfinanzierung, die Form der stillen Gesellschaft an Bedeutung.² Die nachfolgenden Ausführungen sind in erster Linie einer Analyse der bisher in Polen gesetzlich nicht kodifizierten stillen Gesellschaft aus der Perspektive des Gesellschafts- und Steuerrechts gewidmet. Darüber hinaus soll dieser Beitrag anhand eines Beispiels die steuerlichen Auswirkungen aufzeigen und vergleichen, die aus einer stillen Beteiligung des deutschen Gesellschafters an einer polnischen Kapitalgesellschaft resultieren.

2 Die stille Gesellschaft im polnischen Recht

2.1 Die stille Gesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Die Rechtsform der stillen Gesellschaft (pol. *spolka cicha*) existiert im polnischen Gesellschaftsrecht nicht. Das HGB³ Polens (HGB-PL) folgt bei der Abgrenzung und Typologie der Handelsgesellschaften dem Prinzip des *numerus clausus*. Dieses hat zur Folge, dass die Anzahl und Art der zulässigen Gesellschaftsformen grundsätzlich auf die im Gesellschaftsrecht aufgeführten Typen begrenzt ist. Die stille Gesellschaft ist in dem in Art. 4 HGB-PL kodifizierten Katalog der in Polen rechtlich anerkannten Rechtsformen nicht enthalten. Trotzdem steht nach h. M. das oben erwähnte Prinzip der Zulässigkeit einer stillen

* Stephan Kudert ist Professor für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an der Europa-Universität Viadrina, Agnieszka Kopec ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Wirtschaftsprüfung an der Europa-Universität Viadrina, Marcin Jamrozy ist Assistant Professor an der Warsaw School of Economics (SGH), polnischer Steuerberater und Rechtsanwalt und Partner bei Rödl & Partner.

¹ Quelle: Polnische Agentur für Information über Auslandsinvestitionen und Information (PAIZ). www.paiz.gov.pl/polska_w_liczbach/inwestycje_zagraniczne. Letzter Zugriff am: 7.07.2012.

² Vgl. Skorupa: *Spolka cicha w teorii i praktyce*, Serwis Przedsiębiorcy, 12/2009.

³ Vgl. Handelsgesetzbuch der Republik Polen vom 15.09.2000 (pol. Kodeks spółek handlowych), Dz. U. z 2000 r. Nr. 94, Pos. 1037, m. n. Ä.

Gesellschaft in Polen nicht im Wege.⁴ Die Errichtung einer solchen Gesellschaft basiert nämlich auf der in Art. 353¹ BGB-PL⁵ verankerten Vertragsfreiheit.⁶ Danach dürfen die Vertragsparteien grundsätzlich jedes Rechtsverhältnis nach eigenem Ermessen eingehen, sofern sein Sinn und Zweck weder dem Gesetz noch den Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens entgegensteht.

Allerdings ist die zivilrechtliche Qualifikation der stillen Gesellschaft aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage in Polen immer noch als sehr strittig anzusehen. Im Schrifttum wurden bislang zwei wesentliche Ansätze entwickelt, die sich auf die zivilrechtliche Behandlung der stillen Gesellschaft beziehen.

Der erste Ansatz folgt der Ansicht, dass der Vertrag über die stille Gesellschaft als eine besondere Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) anzusehen ist.⁷ Das sieht auch das Oberste Verwaltungsgericht (pol. NSA, Naczelny Sąd Administracyjny) so.⁸ Das NSA begründete seine Auffassung mit dem Argument, dass für eine solche Qualifikation der stillen Gesellschaft das Vorhandensein des gemeinschaftlichen Zwecks spreche.

Im Gegensatz dazu sprechen sich die Vertreter der anderen und wohl herrschenden Ansicht dafür aus, dass die stille Gesellschaft der Natur nach einem schuldrechtlichen Verhältnis entspricht. Eine ähnliche Ansicht hat auch die polnische Finanzverwaltung geäußert.⁹ Demnach sollte man eine Gleichstellung der stillen Gesellschaft mit einem Darlehensvertrag immer dann annehmen, wenn im Vertrag über die Gründung der stillen Gesellschaft explizit auf die Verpflichtung des Geschäftsinhabers zur Rückgewähr der getätigten Einlage des stillen Gesellschafters hingewiesen wird.

Allerdings lassen sich bei einem Vergleich der stillen Gesellschaft mit einem klassischen Darlehensvertrag häufig erhebliche Unterschiede identifizieren. Die erste Differenz beruht auf der Risikostellung des stillen Gesellschafters im Vergleich zum traditionellen Fremdkapitalgeber. Während der stille Gesellschafter aufgrund der gewinnabhängigen

⁴ Vgl. Verbindliche Auskunft vom 8.04.2010, Finanzkammer in Warschau, IPPB2/436-11/10-4/MZ; Piotrowski: Spolka cicha na tle obowiązującego stanu prawnego, MoPod, 2/2000; Jaraszek: Jakie sa zasady funkcjonowania spolki cichej, Gazeta Prawna, 5/2008; Skorupa: Spolka cicha w teorii i praktyce, Prawo Przesiebiorcy, 12/2009.

⁵ Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch der Republik Polen vom 23.04.1969 (pol. Kodeks cywilny), Dz. U. z 1964 r. Nr. 16, Pos. 93, m. n. Ä.

⁶ Anzumerken gilt, dass das polnische Vorkriegs-HGB, die Regelungen über die Gründung und Funktionsweise der stillen Gesellschaft vorsah. Diese wurden jedoch im Jahre 1964 ersatzlos aufgehoben.

⁷ Vgl. Piotrowski: Spolka cicha na tle obowiązującego stanu prawnego, MoPod, 2/2000. Anders Oberfinanzdirektor in Warschau: Verbindliche Auskunft vom 8.04.2010, Finanzkammer in Warschau, IPPB2/436-11/10-4/MZ.

⁸ Vgl. NSA-Urteil Katowice vom 5.06.1996, I SA/Ka 1855/96.

⁹ Vgl. Verbindliche Auskunft vom 10.6.2008, Finanzkammer in Bromberg, IPPB1/415-137/072/AM.

Vergütung das ökonomische Risiko des Misserfolgs mitträgt, hat der klassische Fremdkapitalgeber einen Anspruch auf Verzinsung des Fremdkapitals. Die andere Abweichung betrifft den Gegenstand der Leistung. Wird ein Darlehensverhältnis begründet, dann ist der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer, hier der Gesellschaft, das Eigentum entweder an Geld oder an anderen der Gattung nach bestimmten Sachen gem. Art. 720 § 1 BGB-PL zu verschaffen. Solche Beschränkungen bestehen jedoch nicht, wenn es um die Einlage des stillen Gesellschafters geht. Diese kann anders als im Falle eines Darlehens auch in anderer Form, wie z. B. in Gestalt einer Arbeitsleistung erbracht werden.

Unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Überlegungen kann man somit feststellen, dass eine eindeutige Zuordnung der stillen Beteiligung nach dem heute geltenden Rechtsstand des polnischen Gesellschafts- und Zivilrechts nicht möglich ist. Daher sollten alle Rechte und Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Errichtung der stillen Gesellschaft möglichst detailliert im Gründungsvertrag geregelt werden. Sollte die Auslegung des Gesellschaftsvertrages immer noch Unklarheiten hervorrufen, besteht im Zweifelsfall die Möglichkeit in einer Klausel die entsprechende Anwendung der für BGB-Gesellschaften geltenden Vorschriften¹⁰ oder der allgemeinen Bestimmungen des BGB-PL zu bestimmen.

2.2 Die stille Gesellschaft aus steuerrechtlicher Sicht

2.2.1 Nationales Steuerrecht

Die stille Gesellschaft ist auch im polnischen Steuerrecht nicht kodifiziert. Dies hat im Grunde zur Folge, dass die Einordnung der Einlage des stillen Gesellschafters und der von ihm bezogenen Vergütung mit erheblicher Rechtsunsicherheit einhergeht. Daher ist auch, anders als im deutschen Steuerrecht, eine Differenzierung zwischen der typischen und atypischen Form der stillen Beteiligung nicht vorgesehen. Im polnischen Schrifttum wird vereinzelt versucht eine Abgrenzung zwischen der typischen und atypischen stillen Beteiligung vorzunehmen.¹¹ Demnach ist von der typisch stillen Gesellschaft regelmäßig dann auszugehen, wenn der stille Gesellschafter bloß eine passive Stellung des Kapitalgebers einnimmt, ohne weitergehende Mitwirkungsrechte an der Gesellschaft eingeräumt zu bekommen. Hingegen werden die Pflichten und Rechte des atypisch stillen Gesellschafters weitestgehend ausgebaut. Dem atypisch stillen Gesellschafter wird im Gegensatz zu der

¹⁰ Wie z. B. Art. 871 BGB-PL, welcher die Abrechnung mit dem austretenden Gesellschafter regelt oder Art. 867 § 1 BGB-PL, der das Verbot des vertraglichen Ausschlusses des Gesellschafters (hier des stillen Gesellschafters) von der Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft vorsieht.

¹¹ So bspw. Jamrozy: Opodatkowanie spolki osobowej, 2005, S. 30; Jaraszek: Jak powstaje i działa spolka cicha, Gazeta Prawna, 1/2010; Jedrzejewska: Ogólne założenia typowej spolki cichej na tle przedwojennej regulacji kodeksu handlowego, PPH, 1995, S. 7 ff.; Jamrozy/Sobieszek: W spolce cichej wspólnik płaci fiskusowi tylko od swojego dochodu, Rzeczpospolita, 23.10.2008; Jamrozy/Kudert: Wpływ opodatkowania na wybór formy prawnej działalności, PP, 11/2007.

typischen Variante insbesondere die Möglichkeit der Einflussnahme auf die wirtschaftlichen Geschehnisse der Gesellschaft (Entscheidungsrechte) und das Recht der Beteiligung an dem Vermögenszuwachs des Unternehmens (stille Reserven) gewährt. Damit lehnen sich diese Vorschläge stark an das deutsche Verständnis an. Diese im Schrifttum vorgenommenen Versuche einer Differenzierung haben jedoch bisher keinen Niederschlag in der Rechtsprechung gefunden. Die Behandlung der einzelnen verbindlichen Auskünfte der polnischen Finanzverwaltung lässt hingegen darauf schließen, dass diese der steuerlichen Einordnung der stillen Beteiligung als Mitunternehmerschaft grundsätzlich nicht folgt.¹² Daraus kann man wiederum schließen, dass die an der Mitunternehmerstellung des stillen Gesellschafters orientierte Differenzierung zwischen der typischen und atypischen stillen Beteiligung, so wie es im deutschen Steuerrecht der Fall ist, in der polnischen Steuerpraxis zurzeit keine Anwendung findet.¹³ Vielmehr lässt sich feststellen, dass die vereinzelt im polnischen Schrifttum, die von zwei Typen der stillen Beteiligung ausgehen, aus der Betrachtung des polnischen Rechts aus deutscher bzw. österreichischer¹⁴ Sichtweise resultierten.

Unter welche Einkunftsart¹⁵ die Vergütungen aus der stillen Beteiligung zu subsumieren sind, kann *de lege lata* nicht abschließend beantwortet werden. U. E. ist für die Zuordnung eine genaue Auslegung des Vertrages über die Gründung der stillen Gesellschaft von entscheidender Bedeutung. Weisen die meisten Eigenschaften der Gesellschaft auf deren Nähe zum so genannten qualifizierten Darlehens- oder Kreditverhältnis (aus deutscher Sicht die typisch stille Gesellschaft oder das partiarische Darlehen) hin, dann ist die Behandlung der Gewinnanteile des Stillen als Einkünfte aus Kapitalvermögen naheliegend. Folglich wären die Vergütungen aus der stillen Beteiligung als Zinseinnahmen i. S. v. Art. 17 Abs. 1 Nr. 1 EStG-PL¹⁶ zu qualifizieren. Art. 17 EStG-PL enthält allerdings einen Katalog von Kapitaleinkünften mit abschließendem Charakter. Da aber der polnische Gesetzgeber die Behandlung von Gewinnanteilen aus der stillen Beteiligung explizit nicht kodifiziert hat, ist von einer Regelungslücke im polnischen Einkommensteuergesetz auszugehen. Diese kann u. E. aufgrund der vorliegenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte (Darlehensverhältnis vs. typisch stille Beteiligung) im Wege der Analogie gefüllt werden, so dass man die Vergütungen des Stillen den gleichen steuerrechtlichen Folgen unterwerfen kann, wie es bei Zinsen der Fall

¹² So die Finanzkammer in Posen, Verbindliche Auskunft vom 15.07.2008, ILPB1/415-25708-2/LM und die Finanzkammer in Bromberg in der Verbindlichen Auskunft vom 10.06.2008, ITPB3/423-139/08.

¹³ Vgl. Verbindliche Auskunft vom 10.06.2008, Finanzkammer in Bromberg, ITPB3/423-139/08.

¹⁴ In Österreich wird ebenfalls zwischen zwei Ausprägungen der stillen Gesellschaft unterschieden, vgl. Tz. 3 des Protokolls zum DBA D/AUT, bzw. Schuch/Haslinger: Kommentierung zu Art. 7 Rz. 14 und 15 DBA Österreich, in: Debatin/Wassermeyer, Doppelbesteuerungsabkommen-Kommentar, 2012.

¹⁵ Zu den Einkunftsarten des polnischen EStG vgl. Cloer, in Kudert (Hrsg.), Investieren in Polen, 2007, S. 81 ff.

¹⁶ Vgl. Einkommensteuergesetz der Republik Polen vom 26.07.1991 (pol. Ustawa o podatku dochodowym od osob fizycznych), Dz.U. 1991 Nr. 80 Pos. 350, m. n. Ä.

wäre. Sofern der stille Gesellschafter eine natürliche Person ist, unterliegen seine Einnahmen aus der stillen Beteiligung nach polnischem Steuerrecht - genauso wie Zinsen - einer pauschalen Bruttobesteuerung i. H. v. 19 %.

Im Fall eines in Polen beschränkt steuerpflichtigen Gesellschafters muss jedoch eine Besonderheit im Hinblick auf die Höhe des Quellensteuersatzes beachtet werden. Dieser beträgt nämlich anders als bei den unbeschränkt Steuerpflichtigen nicht 19 sondern 20 % (Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EStG-PL). Dabei dürfen die Erwerbsaufwendungen des Gesellschafters nicht steuermindernd berücksichtigt werden.¹⁷ Diese Diskriminierung von Steuerausländern könnte europarechtswidrig sein. Da Polen jedoch mit den EWR-Staaten ein dichtes Abkommensnetz unterhält, läuft sie in der Praxis in der Regel ins Leere, weil Art. 11 der DBA eine Reduktion der Quellensteuer vorsieht.

Bei Verdeutlichung der Unternehmerstellung des stillen Gesellschafters, u. a. durch Ausdehnung seiner Position um Unternehmerrisiko und –initiative (aus deutscher Sicht atypisch stille Gesellschaft) im Rahmen der Vertragsgestaltung, kann man, wie bereits oben ausgeführt, von einer Gleichstellung der stillen Gesellschaft mit einer GbR ausgehen. U. E. hätte eine solche Qualifizierung aus steuerrechtlicher Sicht die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 EStG-PL zur Folge, der u. a. Einkünfte aus einer Mitunternehmerschaft regelt. Solche Einkünfte sind in Polen optional einem Einkommensteuersatz i. H. v. 19 %¹⁸ zu unterwerfen.

2.2.2 Abkommensrecht

Die Ansprüche des sich still beteiligenden deutschen Gesellschafters werden in Polen nach h. M. sowohl zivil- als auch steuerrechtlich als Forderungen behandelt. Folglich sollten die Einkünfte aus einer (typisch) stillen Beteiligung aus polnischer Sicht abkommensrechtlich unter den Zinsartikel (Art. 11 DBA D/PL) subsumiert werden. Dies hätte gemäß Art. 11 Abs. 2 DBAD/PL eine Minderung des polnischen Besteuerungsrechts auf 5 % zur Folge. Bei den Einkünften aus stiller Beteiligung muss jedoch auf der Abkommensebene das ergänzende Protokoll zum DBA D/PL beachtet werden. Dabei gestattet Tz. 2 des Protokolls dem Quellenstaat, hier Polen, bei Rechten oder Forderungen mit Gewinnbeteiligung, abweichend von Art. 11 Abs. 2 DBA D/PL, das vollumfängliche Besteuerungsrecht. Demnach werden die Vergütungen des deutschen Gesellschafters aus der (typisch) stillen Beteiligung an der

¹⁷ Beschränkt Steuerpflichtigen aus den EU-Ländern steht jedoch ein Wahlrecht zu, die Zinseinkünfte unter der Anwendung des Progressionstarifes (18 und 32 %) im Rahmen der Veranlagung zur Einkommensteuer zu versteuern (Art. 29 Abs. 4 EStG-PL).

¹⁸ Bei den Steuerpflichtigen erfolgt in Polen regelmäßig die Besteuerung nach dem Einkommensteuertarif, der in Art. 27 EStG-PL geregelt ist. Auf die Einkünfte aus wirtschaftlicher Tätigkeit kann jedoch antragsgebunden der lineare Steuersatz i. H. v. 19 % angewendet werden. Vgl. Art. 9a Abs. 1 EStG-PL.

polnischen Gesellschaft dort nach nationalem Recht mit 20 % und nicht, wie in Art. 11 Abs. 2 des DBA D/PL vorgesehen, mit 5 % besteuert.

Bei der vertraglichen Gestaltung einer atypisch stillen Beteiligung würde sich an den Steuerfolgen abkommensrechtlich grundsätzlich nichts ändern. Wie im Fall der typisch stillen Beteiligung behält Polen das vollumfängliche Besteuerungsrecht in Bezug auf die Gewinnanteile des Stillen. Dies ergibt sich aber diesmal nicht aus der Anwendung des Protokolls zum DBA D/PL, sondern aus der Zuordnung der Gewinnanteile des (atypisch) stillen Gesellschafters zu Art. 7 DBA D/PL. Demnach wird das Besteuerungsrecht für die Vergütung des in Deutschland ansässigen Gesellschafters, der aus deutscher Perspektive eine atypisch stille Beteiligung an einer polnischen Gesellschaft begründet, dem Betriebsstättenstaat¹⁹, also Polen zugeordnet.

Um die Planungs- und Dispositionssicherheit zu erhöhen, ist für den deutschen Investor die vorherige Einholung einer verbindlichen Auskunft bei der polnischen Finanzverwaltung empfehlenswert.

2.2.3 Risiko Unterkapitalisierung

Darüber hinaus gilt zu beachten, dass mit der Etablierung einer stillen Beteiligung weitere steuerliche Risiken verbunden sind. In Betracht kommt in erster Linie die Anwendung der polnischen thin capitalisation (TC-) Regelung, die die volle Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen aus dem Gesellschafterdarlehen versagt. Übersteigt das Darlehen das Dreifache des Stammkapitals der Kapitalgesellschaft, werden die Zinsen auf den übersteigenden Betrag als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt.²⁰ Fraglich ist nun, ob diese Norm auch bei den Vergütungen an den stillen Gesellschafter anwendbar ist. Dazu müsste zunächst der Vertrag über die stille Gesellschaft als ein Darlehen i. S. v. Art. 16 Nr. 60 KStG-PL²¹ angesehen werden. Nach der Ansicht der Finanzkammer in Bromberg²² ist der Begriff des „Darlehens“ für Zwecke dieser Vorschrift weit auszulegen. Nach polnischem Verständnis ist darunter jeder Vertrag zu verstehen, in dem der Kapitalgeber sich verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag auf den Darlehensnehmer zu übertragen, und der Darlehensnehmer sich verpflichtet, diesen Betrag zurückzuerstatten. Als solche Darlehen gelten z. B. die Emission von Schuldpapieren oder Geldanlagen (Art. 16 Abs. 7b KStG-PL). Es

¹⁹ Die stille Beteiligung an der polnischen Gesellschaft begründet ähnlich wie im Fall einer Personengesellschaft eine anteilige Betriebsstätte im Ansässigkeitsstaat des Geschäftsinhabers.

²⁰ Vgl. Kudert/Gieralka, in: Kudert (Hrsg.), Investieren in Polen, 2007, S. 594 ff.

²¹ Vgl. Körperschaftsteuergesetz der Republik Polen vom 15.02.1992 (pol. Ustawa o podatku dochodowym od osob prawnych), Dz.U. 1992 Nr. 21 Pos. 86 m. n. Ä.

²² Vgl. Verbindliche Auskunft vom 10.06.2008, Finanzkammer in Bromberg, ITPB3/423-139a/08/MK.

liegt daher nahe, eine (typisch) stille Beteiligung als Darlehen zu behandeln, mit der Folge, dass die Vergütung des Stillen unter die polnische Unterkapitalisierungsregelung fällt. Allerdings besteht dieses Risiko u. E. nur in Bezug auf die Vergütung des typisch stillen Gesellschafters. Die Rechtsfolgen der polnischen thin cap rules greifen u. E. nicht, wenn es sich um Vergütungen an einen atypisch stillen Gesellschafter handelt, sofern sie als Einkünfte aus wirtschaftlicher Tätigkeit eingestuft werden. In diesem Fall kann nämlich wegen der Annäherung der Stellung des atypisch stillen Gesellschafters an diejenige des Eigenkapitalgebers keine Rede von einem durch Art. 16 Nr. 60 KStG-PL vorausgesetzten „Darlehen“ sein.

3 Grenzüberschreitende Gestaltung: (Atypisch) stille Beteiligung des deutschen Gesellschafters an einer polnischen Kapitalgesellschaft

Den bisherigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass sich die steuerlichen Folgen der typisch stillen Beteiligung in Polen von der bloßen Hingabe eines (qualifizierten) Darlehens wenig unterscheiden. Ein interessantes Finanzierungsinstrument könnte jedoch für den deutschen Investor die atypisch stille Gesellschaft darstellen. Diese Gestaltungsvariante ist aufgrund der fehlenden gesetzlichen Bestimmungen in der polnischen Rechtsordnung mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden. Nachfolgend wird anhand eines Beispiels gezeigt, wie die steuerlichen Folgen der typisch und atypisch stillen Beteiligung eines deutschen Investors an einer polnischen GmbH gestaltet werden können.

Denominationen:

| | |
|--|---|
| $S^{Sp. z o.o.}$ | Steuerbelastung der Sp. z o.o. |
| $S_{ThinCap}^{Sp. z o.o.}$ | Steuerbelastung der Sp. z o.o. mit thin cap |
| S_{QSt}^{Div} | Quellensteuer auf die polnische Dividende |
| $S_{QSt,ThinCap}^{Div}$ | Quellensteuer auf die polnische Dividende mit thin cap |
| S_{Div}^D | Steuerbelastung der Dividende in Deutschland |
| $S_{Div,ThinCap}^D$ | Steuerbelastung der Dividende in Deutschland mit thin cap |
| $S_{\lambda,typisch}^{PL} / S_{\lambda,atypisch}^{PL}$ | Steuerbelastung der Vergütung des typisch/atypisch Stillen in Polen |

| | |
|-------------------------------------|---|
| $S_{\lambda,typisch}^D$ | Steuerbelastung der Vergütung des typisch Stillen in Deutschland |
| $S_{\lambda,typisch,Div}^D$ | Gesamtsteuerbelastung des typisch Stillen in Deutschland |
| $S_{\lambda,typisch,ThinCap,Div}^D$ | Gesamtsteuerbelastung des typisch Stillen in Deutschland mit thin cap |
| $S_{\lambda,atypisch,Div}^D$ | Gesamtsteuerbelastung des atypisch Stillen in Deutschland |
| E | Einkommen der Sp. z o.o. vor Vergütung an den Stillen und Steuern (EBIT) |
| E_D | deutsches Einkommen des Investors |
| λ | Anteil des Stillen am EBIT |
| y | Höhe der Beteiligung des Investors an der Sp. z o.o. |
| x | Nicht abzugsfähige Erwerbsaufwendungen aufgrund polnischer thin cap rules |
| B | Betriebsausgaben des Stillen |

Ausgangsfall:

Der in Deutschland ansässige D errichtet in Polen eine Sp. z o.o. (GmbH), an der er sich danach als stiller Gesellschafter beteiligt. Dem D stehen dabei an der Gesellschaft:

- **Variante 1:** keine weitergehenden Befugnisse bis auf den schuldrechtlichen Anspruch auf den Gewinnanteil und geringfügige Kontrollrechte zu;
- **Variante 2:** weitergehende Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung zu. Er nimmt hierbei an der Unternehmenswertsteigerung teil.

Der wesentliche Anteil der von der Sp. z o.o. generierten Gewinne E wird mittels einer Vergütungszahlung ($\lambda * E$) an ihn weitergeleitet. Fraglich ist nun, wie die Zurechnung der Gewinnanteile des D in Polen und Deutschland steuerrechtlich zu behandeln ist.

3.1 Variante I: Polen betrachtet die Vergütungen des (typisch) Stillen als Kapitaleinkünfte

Geht die polnische Finanzverwaltung davon aus, dass die Einlage des D einem qualifizierten Kreditverhältnis entspricht, so wird sein Gewinnanteil bei der steuerlichen Gewinnermittlung der polnischen Gesellschaft als Erwerbsaufwendungen gewinnmindernd berücksichtigt (Art. 7 Abs. 2 KStG-PL). Der nach dem Abzug verbleibende Gewinn wird dann auf der Ebene der Sp. z o.o. mit polnischer Körperschaftsteuer i. H. v. 19 % belastet. Daraus folgt:

$$1) \quad S^{Sp. z o.o.} = E \cdot (1 - \lambda) \cdot s_{KSt}^{PL}$$

Wird weiterhin unterstellt, dass der Anteil $x \cdot \lambda \cdot E$ von der an den D geleisteten Vergütung wegen der geltenden polnischen thin cap rules nicht abzugsfähig ist, so beträgt die Steuer auf den Gewinnanteil, der nicht dem stillen Gesellschafter zugewiesen wird:

$$2) \quad S_{ThinCap}^{Sp. z o.o.} = E \cdot (1 - \lambda \cdot (1 - x)) \cdot s_{KSt}^{PL}$$

Dabei muss beachtet werden, dass durch die Beschränkung der Abzugsfähigkeit der Gewinnanteile des Stillen die steuerliche Belastung mit der polnischen Körperschaftsteuer höher ausfällt als es ohne Greifen der thin cap rules der Fall wäre. Dies wirkt sich wiederum auf den Umfang der nach dem Steuerabzug verbleibenden Dividende aus.

Wird angenommen, dass der deutsche Investor neben der Einlage als stiller Gesellschafter zusätzlich noch die Anteile als „offener“ Gesellschafter der Sp. z o.o. in Höhe von y hält und dabei die polnischen thin cap rules nicht zur Anwendung kommen, gestalten sich die steuerlichen Folgen im Zeitpunkt der Gewinnausschüttung nach Deutschland folgendermaßen:

$$3) \quad S_{QSt}^{Div} = E \cdot y \cdot [1 - (1 - \lambda) \cdot s_{KSt}^{PL}] \cdot s_{QSt}^{DBA} \quad \text{wobei } s_{QSt}^{DBA} = 15\%$$

Wie es der obigen Gleichung zu entnehmen ist, wird in Polen auf den Bruttobetrag der Dividende an D eine Quellensteuer erhoben. Der Quellensteuersatz beläuft sich nach nationalem Steuerrecht Polens auf 19 % (Art. 22 Abs. 1 KStG-PL) des ausschüttbaren Einkommens. Der Steuerabzug im Quellenstaat wird allerdings abkommensrechtlich nach Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA D/PL auf 15 % der Bruttodividende reduziert.

Sollte der Fall gegeben sein, dass die Vergütungszahlung des Stillen bei der Sp. z o.o. aufgrund polnischer thin cap rules nicht in voller Höhe zu Erwerbsaufwendungen führt, ist die an D weiterzuleitende Dividende entsprechend kleiner als in Gleichung 3. Die in Betracht kommende Differenz ist auf die zusätzliche Belastung des nichtabzugsfähigen Teils der Vergütung des Stillen mit der polnischen Körperschaftsteuer zurückzuführen. Daraus ergibt sich folgende Besteuerung:

$$4) \quad S_{QSt,ThinCap}^{Div} = E \cdot y \cdot [1 - (1 - \lambda \cdot (1 - x)) \cdot s_{KSt}^{PL}] \cdot s_{QSt}^{DBA} \quad \text{wobei } s_{QSt}^{DBA} = 15\%$$

In Deutschland wird die Dividende des D nach dem Teileinkünfteverfahren versteuert. Dabei ist auf die deutsche Einkommensteuer die in Polen erhobene Quellensteuer nach Art. 24 Abs. 1 lit. b DBA D/PL anzurechnen.

Kommt die polnische thin capitalization Regelung nicht zum Tragen, dann beläuft sich die Steuerbelastung der polnischen Dividende, sofern eine volle Anrechnung der Quellensteuer unterstellt wird, in Deutschland auf:

$$5) \quad S_{Div}^D = \{E \cdot y \cdot 0,6 \cdot [1 - (1 - \lambda) \cdot s_{KSt}^{PL}] \cdot s_{Est}^D - S_{QSt}^{Div}\} \cdot (1 + s_{Solz})$$

Wird die volle Abzugsfähigkeit der Gewinnanteile des D auf Ebene der polnischen Gesellschaft verwehrt, kann die Belastung der an ihn auszuzahlenden Dividende wie folgt erfasst werden:

$$6) \quad S_{Div,ThinCap}^D = \{E \cdot y \cdot 0,6 \cdot [1 - (1 - \lambda \cdot (1 - x)) \cdot s_{KSt}^{PL}] \cdot s_{Est}^D - S_{QSt,ThinCap}^{Div}\} \cdot (1 + s_{Solz})$$

Ferner unterliegt der in Deutschland ansässige D mit den Vergütungen aus der stillen Beteiligung einer beschränkten Steuerpflicht in Polen. Wie oben diskutiert, wird der polnische Fiskus die Vergütungen von D sehr wahrscheinlich wie Kapitaleinkünfte behandeln, so dass deren grenzüberschreitender Transfer nach Deutschland einer pauschalen Quellenbesteuerung i. H. v. 20 % unterliegt. Die Anwendung des DBA D/PL ändert an dem Ergebnis nichts, da Polen gemäß Tz. 2 des Protokolls zum DBA D/PL die Vergütungen des D nach seinem innerstaatlichen Recht besteuern darf. Die Belastung des D in Polen sieht dann wie folgt aus:

$$7) \quad S_{\lambda,typisch}^{PL} = E \cdot \lambda \cdot s_{QSt} \quad \text{wobei } s_{QSt} = 20\%$$

Aus deutscher Sicht stellen die Bezüge, die aus der (typisch) stillen Beteiligung erzielt werden, Kapitaleinkünfte i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG dar. Bei der Zuordnung unter eine einschlägige DBA-Verteilungsnorm sind die Gewinnanteile des typisch Stillen nach der Rechtsprechung und der herrschenden Rechtsauffassung im Schrifttum²³ regelmäßig unter den Zinsartikel (Art. 11 DBA D/PL) zu fassen. Eine solche Subsumtion ist dabei dann zutreffend, wenn das jeweilige DBA keine eigenständige Regelung enthält, die ausdrücklich die Einkünfte aus stiller Beteiligung dem Dividendenartikel zuweisen würde.²⁴ Die andere Begründung, die sich in der Literatur findet, stellt auf die Ergänzungsvorschriften im Schlussprotokoll zum DBA ab. Danach

²³ Vgl. Teufel/Hasenberg, IStR 2008, S. 726; Birker/Seidel, BB 2008, S. 244.

²⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 16.4.2010, Tz. 2.2.1.3, IV B 2 – S 1300/09/10003, BStBl. I, 2010, S. 354. Bzw. im Schrifttum: Pöllath/Lohbeck: Art. 11 Rz. 63b, in: Vogel/Lehner: DBA Kommentar, 2008.

sind die Vergütungen des stillen Gesellschafters, die auf Rechten bzw. Forderungen mit Gewinnbeteiligungscharakter beruhen und im Quellenstaat bei der Gewinnermittlung abzugsfähig sind, für Zwecke des DBA als Zinsen und nicht als Dividenden zu behandeln.²⁵ Daraus folgt, dass Deutschland die Vergütungen des D aus einer typisch stillen Beteiligung in Polen unter den Zinsartikel des DBA D/PL einordnet und als Ansässigkeitsstaat zur Vermeidung der doppelten Besteuerung die für Zinsen adäquate Anrechnungsmethode anwendet (Art. 24 Abs. 1 lit. b Doppelbuchst. bb). Dieses Vorgehen entspricht auch dem Protokoll zum DBA D/PL, nach dem die Bestimmungen von Art. 24 Abs. 1 lit. b DBA D/PL (Anrechnungsmethode) für Gewinnanteile des Stillen entsprechend anzuwenden sind.

Hält D seine Anteile an der polnischen Sp. z o.o. im Betriebsvermögen oder ist er beim Halten der Anteile im Privatvermögen an der polnischen Gesellschaft zu mehr als 10 % beteiligt, so werden die polnischen Gewinnanteile mit dem persönlichen Einkommensteuersatz des D in Deutschland belastet.²⁶ Auf die deutsche Steuerlast ist danach die polnische Quellensteuer anzurechnen. Die steuerlichen Auswirkungen in Deutschland gestalten sich dann wie folgt:

$$8) \quad S_{\lambda, \text{typisch}}^D = E \cdot \lambda \cdot (s_{Est}^D - s_{QSt}) \cdot (1 + s_{SolZ}) \quad \text{wobei } s_{QSt} = 20\%$$

3.2 Variante II: Polen betrachtet die Vergütungen des (atypisch) Stillen als gewerbliche Einkünfte

Sollte es gelingen, durch eine geeignete Vertragsgestaltung die Unternehmerstellung des D an der polnischen Gesellschaft wesentlich zu verdeutlichen und somit eine Qualifizierung seiner Gewinnanteile als Einkünfte aus wirtschaftlicher Tätigkeit zu erreichen, würden sich folgende Belastungsunterschiede für D im Vergleich zur Variante 1 feststellen lassen:

Erstens findet die polnische Unterkapitalisierungsregelung bei der Finanzierung über die atypisch stille Beteiligung keine Anwendung, so dass auf der Ebene der polnischen Kapitalgesellschaft die vollständige Abzugsfähigkeit der Gewinnanteile von D eintritt. Die Belastung der Sp. z o.o. gestaltet sich dann folgendermaßen:

$$9) \quad S^{Sp.z o.o.} = E \cdot (1 - \lambda) \cdot s_{KSt}^{PL}$$

Wenn der stille Gesellschafter gleichzeitig die „offene“ Beteiligung in Höhe von y an der Sp. z o.o. hält, unterscheiden sich die steuerlichen Folgen der Dividendenzahlung in Polen und Deutschland nicht von denen, die bereits bei der typischen Variante ohne Greifen der

²⁵ Vgl. Lüdicke: Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 140 und Heurung/Seidel, in: Brähler/Lösel (Hrsg.), Deutsches und internationales Steuerrecht: Gegenwart und Zukunft, 2008, S. 350, 351

²⁶ Die Besteuerung mit der deutschen Abgeltungsteuer kommt nur dann zum Tragen, wenn die Beteiligung des Gesellschafters im Privatvermögen gehalten wird und nicht über 10 % hinausgeht, vgl. §§ 32d Abs. 1 i. V. m. 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b EStG.

polnischen thin cap rules dargestellt wurden (s. Gleichung 3 und 5, aber auch Gleichung 4 und 6).

Die Gewinnanteile aus der atypisch stillen Beteiligung begründen auch hier die beschränkte Steuerpflicht des D in Polen. Sie werden u. E. nach dem innerstaatlichen, polnischen Steuerrecht als Einkünfte aus wirtschaftlicher Tätigkeit qualifiziert. Auf Abkommensebene werden die Vergütungen des D daher aus polnischer Sicht unter Art. 7 DBA D/PL subsumiert. Dem Betriebsstättenprinzip i. S. v. Art. 7 Abs. 1 Hs. 2 DBA D/PL entsprechend erhält Polen weiterhin ein uneingeschränktes Besteuerungsrecht. Die Bezüge des Stillen werden dennoch dort mit der Einkommensteuer i. H. v. 19 %²⁷ belastet. Eine Quellensteuer wird hierbei, anders als bei der typischen stillen Gesellschaft, nicht erhoben.

$$10) \quad S_{\lambda, \text{atypisch}}^{PL} = E \cdot \lambda \cdot s_{ESt}^{PL} \quad \text{wobei } s_{ESt}^{PL} = 19\%$$

Als dritter Unterschied im Vergleich zur typisch stillen Beteiligung ist die Zulässigkeit des Abzugs von Betriebsausgaben B des atypisch stillen Gesellschafters, also eine Netto- statt Bruttobesteuerung, zu nennen.²⁸ Dies bedeutet, dass die Aufwendungen des D, die ihm im Zusammenhang mit der stillen Beteiligung an der polnischen Sp. z o.o. erwachsen sind, seine steuerliche Bemessungsgrundlage für Zwecke der polnischen Einkommensteuer mindern dürfen. Die steuerliche Belastung von D in Polen kann dann mit Hilfe des folgenden Teilsteuersatzes dargelegt werden:

$$11) \quad S_{\lambda, \text{atypisch}}^{PL} = (E \cdot \lambda - B) \cdot s_{ESt}^{PL} \quad \text{wobei } s_{ESt}^{PL} = 19\%$$

Der Gewinnanteil aus der atypisch stillen Beteiligung fällt aus deutscher Sicht nach h. M. unter Art. 7 Abs. 1 DBA D/PL.²⁹ Dadurch, dass die atypisch stille Beteiligung eines in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtigen als ein in Deutschland betriebenes Unternehmen anzusehen ist, wäre der Gewinnanteil des D nach dem innerstaatlichen Steuerrecht Deutschlands zu versteuern. Eine Ausnahme davon kommt dann in Betracht, wenn in Polen eine Betriebsstätte unterhalten und der Gewinnanteil des D dieser Betriebsstätte zuzuordnen wäre, Art. 7 Abs. 1 HS. 2 DBA D/PL. Nach h. M. begründet die atypisch stille Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Geschäftsinhabers, also in Polen, eine anteilige Betriebsstätte für jeden Gesellschafter.³⁰ Die Betriebsstätte der Sp. z o.o. vermittelt dem stillen

²⁷ Bei Einkünften aus Wirtschaftlicher Tätigkeit besteht die Option zur Anwendung eines linearen Steuersatzes i. H. v. 19 %. Vgl. Fn. 18.

²⁸ Im Fall einer typisch stillen Gesellschaft können die Betriebsausgaben nur auf Antrag bei der Anwendung des Progressionstarifes geltend gemacht werden. Vgl. Fn. 17.

²⁹ Vgl. auch BMF-Schreiben vom 28.12.1999, IV D 3-S 1300-25/99, BStBl. I, 1999, S. 1121.

³⁰ Vgl. BFH-Urteil vom 23.10.1996, I R 10/96, BStBl. II, 1997, S. 313. Vgl. auch das zum atypisch stillen Gesellschaft ergangene BMF-Schreiben vom 26.01.1987, IV B 2-S 2241-61/87, BStBl. I, S. 765; BMF-

Gesellschafter über die Mitunternehmerschaft ebenfalls eine Betriebsstätte. Folglich wären die Vergütungen des D aus deutscher Perspektive als Einkünfte aus einer polnischen Betriebsstätte anzusehen und dementsprechend in Polen zu versteuern. Sie würden deshalb von der deutschen Finanzverwaltung nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 24 Abs. 1 lit. a DBA D/PL in Deutschland unter Progressionsvorbehalt freigestellt werden.

Die polnischen Einkünfte wirken sich dann ausschließlich auf die Höhe des besonderen Einkommensteuersatzes des D aus (Progressionsvorbehalt), der auf seine inländischen Einkünfte anzuwenden ist:

$$12) \quad S_{\lambda, atypisch, Div}^D = \{s_{EST}^D \{E_D + \lambda + 0,6 \cdot Div\} \cdot (E_D + 0,6 \cdot Div) - S_{QSt}^{Div}\} \cdot (1 + s_{SolZ})$$

Wobei ohne thin cap: $Div_{atypisch} = E \cdot y \cdot [1 - (1 - \lambda) \cdot s_{KSt}^{PL}]$

Und mit thin cap: $Div_{atypisch, ThinCap} = E \cdot y \cdot [1 - (1 - \lambda \cdot (1 - x)) \cdot s_{KSt}^{PL}]$

und $S_{QSt}^{Div} = Div_{typisch/atypisch} \cdot s_{QSt}^{DBA}$ bei $s_{QSt}^{DBA} = 15\%$

3.3 Kasuistischer Belastungsvergleich

Im Folgenden soll anhand eines Beispiels die bislang formalisierte Darstellung exemplifiziert werden. Dabei werden drei Alternativen betrachtet. Als Referenzgröße dient eine polnische Kapitalgesellschaft (Sp. z o.o.), an der der deutsche Investor zu 100 % beteiligt ist (Alt. 1). Bei den Alternativen soll er an der Sp. z o.o. zusätzlich typisch still (Alt. 2) oder atypisch still (Alt. 3) beteiligt sein. Dabei wird unterstellt, dass die Vergütung des Stillen 50 % des EBIT beträgt. Zudem wird bei den stillen Beteiligungen danach unterschieden, ob die thin cap rules greifen (ohne TC ist $x = 0$; mit TC sei $x = 0,5$). Dies solle eigentlich bei der atypischen stillen Beteiligung nicht möglich sein, weil die Vergütung nicht als Darlehensvergütung, sondern als Vergütung aus wirtschaftlicher Tätigkeit angesehen werden muss. Da diese Ansicht aber umstritten ist, soll (worst case Betrachtung) aus der Fall mit betrachtet werden. Beim Referenzfall hingegen fällt außer den Dividenden keine weitere Vergütung an; daher können auch die thin cap rules nicht greifen.

Im Beispielfall wird zudem unterstellt, dass der Investor bereits aus anderen Einkunftsquellen 200.000 € Einkommen in Deutschland generiert. Damit kann die Wirkung des Progressionsvorbehalts integriert werden.

Schreiben vom 28.12.1999, IV D 3-S 1300-25/99, BStBl. I, 1999, S. 1121. Vgl. auch BMF-Schreiben vom 16.04.2010, Tz. 3.2.4, IV B 2-S 1300/09/10003, BStBl. I, 2010, S. 354.

Modellannahmen:

$$E = 100.000 \text{ €}$$

$$E_D = 200.000 \text{ €}$$

$$\lambda = 0,5$$

$$x = 0 \text{ (ohne thin cap)}$$

$$x = 0,5 \text{ (mit thin cap)}$$

$$B = 0$$

$$y = 1$$

| | Formel | Alt. 1: KapG | Alt. 2: typisch Still | | Alt. 3: atypisch still | |
|---------------------------------------|---------------------|----------------|-----------------------|----------------|------------------------|----------------|
| | | Ohne TC | Ohne TC | Mit TC | Ohne TC | Mit TC |
| EBIT in PL | | 100.000 | 100.000 | 100.000 | 100.000 | 100.000 |
| zvE-Minderung der KapG in PL | (1), (2), (9), (11) | 0 | 50.000 | 25.000 | 50.000 | 25.000 |
| zvE der KapG in PL | | 100.000 | 50.000 | 75.000 | 50.000 | 75.000 |
| KSt-PL (19%) | (1), (2), (9) | 19.000 | 9.500 | 14.250 | 9.500 | 14.250 |
| Dividende | | 81.000 | 40.500 | 35.750 | 40.500 | 35.750 |
| QSt in PL auf Dividende (15%) | (3), (4) | 12.150 | 6.075 | 5.363 | 6.075 | 5.363 |
| Vergütung des Stillen | | 0 | 50.000 | 50.000 | 50.000 | 50.000 |
| EST auf Vergütung (20% typ, 19% atyp) | (7), (10) | 0 | 10.000 | 10.000 | 9.500 | 9.500 |
| Gesamtsteuerbelastung in PL | | 31.150 | 25.575 | 29.613 | 25.075 | 29.113 |
| deutsches Einkommen des Investors | | 200.000 | 200.000 | 200.000 | 200.000 | 200.000 |
| + 0,6 * Dividende | | 48.600 | 24.300 | 21.450 | 24.300 | 21.450 |
| + Gewinnanteile | | 0 | 50.000 | 50.000 | 50.000 | 50.000 |
| zvE-D | | 248.600 | 274.300 | 271.450 | 274.300 | 271.450 |
| vorläufige ESt-D (PV berücksichtigt) | | 96.240 | 107.741 | 106.459 | 88.102 | 86.849 |
| Anrechnung QSt | | 12.150 | 16.075 | 15.363 | 6.075 | 5.363 |
| ESt in D | | 84.090 | 91.666 | 91.096 | 82.027 | 81.487 |
| SoZ | | 4.625 | 5.042 | 5.010 | 4.511 | 4.482 |
| Gesamtsteuerbelastung in D | (5), (6), (8), (12) | 88.715 | 96.708 | 96.106 | 86.538 | 85.969 |
| Gesamtsteuerbelastung | | 119.865 | 122.283 | 125.719 | 111.613 | 115.081 |

4 Ergebnis

Die stille Gesellschaft stellt nach dem polnischen Zivilrecht einen sog. unbenannten Vertrag dar. Die Qualifikation dieser Form der Kapitalüberlassung und der daraus resultierenden Vergütung ist im polnischen Gesellschafts- und Steuerrecht mit großen Rechtsunsicherheiten verbunden. Die Problematik der Einordnung der Gewinnanteile aus der stillen Gesellschaft wurde bis jetzt weder *ex lege* noch durch die Rechtsprechung hinreichend geklärt. Um der Qualifikationsproblematik der stillen Gesellschaft entgegen zu wirken, ist es u. E. erforderlich, den Vertrag über die stille Beteiligung detailliert auszugestalten. Je nach dem inwieweit die Unternehmerstellung des still Beteiligten im Gesellschaftsvertrag zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Unternehmensträger ausgeprägt ist, ist bei der stillen Gesellschaft nach polnischem Zivilrecht zwischen einer schuldrechtlichen Vereinbarung in Gestalt eines

Darlehens und einer GbR zu unterscheiden. Auf die gesellschaftsbezogenen Merkmale kann dann bei der steuerrechtlichen Zuordnung der Einkünfte des stillen Gesellschafters zurückgegriffen werden. Dabei kommt entweder der Bezug von Kapitaleinkünften (typische stille Gesellschaft) oder von Einkünften aus wirtschaftlicher Tätigkeit (atypische stille Gesellschaft) infrage.

Die verkürzte kasuistische Veranlagungssimulation stützt die steuerlichen Vermutungen. Aus steuerlichen Gründen ist die Ausgestaltung der stillen Gesellschaft in einer „atypischen“ Variante in Polen als vorteilhafter zu werten. Als erster Grund dafür ist der Steuersatzeffekt zu nennen. Die Gewinnanteile des atypisch Stillen werden in Polen mit 19 % belastet, während die an den typisch stillen Gesellschafter geleisteten Vergütungen einer pauschalierten Quellenbesteuerung i. H. v. 20 % unterworfen werden. Während die Bezüge des atypisch stillen Gesellschafters in Deutschland freizustellen sind, kommt bei der typisch stillen Beteiligung aufgrund der Anwendung der Anrechnungsmethode eine volle Besteuerung in Deutschland (unter Anrechnung der 5 % Quellensteuer) hinzu. Damit ist sie sogar ungünstiger als der Referenzfall. Da bei der atypischen stillen Gesellschaft abkommensrechtlich die Freistellung gewährt wird, ist sie die günstigste Alternative. Daran ändert auch das Risiko, dass die polnische Finanzverwaltung fälschlich die thin cap rules anwenden könnte, nichts.

Die Belastungsanalyse zeigt, dass aus steuerlicher Sicht die atypische Alternative der stillen Beteiligung als Investitions- bzw. Finanzierungsform zu empfehlen ist. Sie ist immer günstiger als die typische stille Beteiligung und die Referenzgröße. Dabei steigt der Vorteil, je größer der Vergütungsanteil des Stillen am EBIT ist.