

AN: Mandanten**TO: Clients**

**VON: Dr. Andreas Richter, LL.M.
Dr. Christoph Philipp, LL.M.
Anna Katharina Eichler
P+P Pöllath + Partners, Berlin**
Tel. +49 (30) 253 53 - 132
Fax +49 (30) 253 53 - 999
E-Mail andreas.richter@pplaw.com
christoph.philipp@pplaw.com
katharina.eichler@pplaw.com

**FROM: Dr. Andreas Richter, LL.M.
Dr. Christoph Philipp, LL.M.
Anna Katharina Eichler
P+P Pöllath + Partners, Berlin**
Tel. +49 (30) 253 53 - 132
Fax +49 (30) 253 53 - 999
Email andreas.richter@pplaw.com
christoph.philipp@pplaw.com
katharina.eichler@pplaw.com

DATUM: 10. Juni 2008**DATE: June 10th, 2008****ZU: Besteuerung von Familienstiftungen, -vereinen und -Trusts****RE: Taxation of family foundations, associations and trusts**

Aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung führen zu Veränderungen bei der Besteuerung von Familienstiftungen, -vereinen und -Trusts.

The taxation of family foundations, associations and trusts will be affected by current legislation and legal practice.

Erstens ist derzeit ungeklärt, ob Familienstiftungen unter das Regime der zum 1.1.2009 in Kraft tretenden Abgeltungsteuer fallen werden.

First, it is yet unclear, whether family foundations fall under the flat tax on capital income and capital gains coming into force on 1st January 2009.

Zweitens kommen auf Stiftungen, Vereine und Trusts mit einem Familienbezug bzw. auf ihre Stifter und Destinatäre Änderungen des Außensteuergesetzes (AStG, siehe I.) sowie des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes (siehe II.) zu.

Secondly, foundations, associations and trusts which are set up in the interest of a certain family, settlors of a trust as well as their beneficiaries will encounter new legislation concerning the controlled foreign corporation rules ("CFC-rules"; *Außensteuergesetz*

P+P München

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 80333 München
Tel.: +49 (89) 24240-0 Fax: +49 (89) 24240-999

Prof. Dr. Reinhard Pöllath, LL.M., RA, FASr • Dr. Matthias Bruse, LL.M., RA • Dr. Andrea von Drygalski, RAin • Andres Schöllmeier, RA, FASr • Dr. Michael Best, StB • Philipp von Braunschweig, LL.M., RA • Otto Haberstock, M.C.J., RA • Dr. Margot Gräfin von Westerholt, RAin • Dr. Benedikt Hohaus, RA, FASr • Dr. Michael Inhester, RA • Richard Engl, StB • Jens Hörmann, RA • Dipl.-Kfm. Alexander Pupeter, RA, StB • Dr. Alice Broichmann, RAin • Dr. Georg Greitemann, LL.M., RA • Christoph Philipp, LL.M., RA • Dr. Frank Thiäner, RA • Dr. Barbara Koch-Schulte, RAin, StBin

P+P Frankfurt/Main

Zeil 127 60313 Frankfurt/Main
Tel.: +49 (69) 247047-0 Fax: +49 (69) 247047-30

Dr. Andreas Rodin, RA • Wolfgang Tischbirek, LL.M., RA, StB • Dr. Wolfgang T. Hohensee, LL.M., RA • Patricia Volhard, LL.M., RAin

Partnerschaftsgesellschaft; Sitz Berlin
AG Berlin-Charlottenburg PR 64
<http://www.pplaw.com>

P+P Berlin

Potsdamer Platz 5 10785 Berlin
Tel.: +49 (30) 25353-0 Fax: +49 (30) 25353-999

Prof. Dr. Dieter Birk, StB • Dr. Thomas Töben, StB • Andreas Wilhelm, RA • Dr. Matthias Durst, RA • Dr. Carsten Führling, RA • Uwe Bärenz, RA • Dr. Stefan Lebek, RA • Amos Veith, LL.M., RA • Dr. Andreas Richter, M.A., LL.M., RA, FASr • Silke Hecker, RAin, FAVwR • Raphael Söhlke, RA • Dipl.-Kfm. Konrad Enderlein, StB • Kim Delphine Weber, RAin • Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M., RA • Annabel Klisch, RAin

Drittens hat der Bundesfinanzhof (BFH) in einer jüngeren Entscheidung die Kriterien für eine steuerwirksame Errichtung bzw. Dotierung einer ausländischen Familienstiftung konkretisiert (siehe III.).

I. Familienstiftungen und Abgeltungsteuer

Die Frage, ob Familienstiftungen künftig unter die Regelungen der Abgeltungsteuer fallen, haben wir in Abstimmung mit dem Bundesverband deutscher Stiftungen dem Bundesministerium der Finanzen vorgelegt. Sobald uns eine Antwort vorliegt, werden wir Sie in einem gesonderten Mandantenrundsreiben darüber informieren.

II. Besteuerung ausländischer Familienstiftungen und Trusts

Der deutsche Gesetzgeber plant Änderungen bei der Besteuerung der Stifter und Bezugs- bzw. Anfallsberechtigten (Destinatäre) ausländischer Familienstiftungen und Trusts nach § 15 AStG.

1. Ausgangslage

Derzeit werden die Einkünfte ausländischer Familienstiftungen ihren Stiftern und Destinatären unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung zugerechnet.

Sie werden damit schlechter gestellt als die Stifter und Destinatäre inländischer Familien-

[AStG], see I.) and the revised inheritance and gift tax law (see II.).

Thirdly, the supreme tax court has recently substantiated the criteria for the effective construction and endowment of a foreign family foundation (see III.).

I. Family foundations and flat tax on capital income and capital gains

In accordance with the Federal Association of German Foundations we have submitted the question if family foundations will fall under the newly created flat tax regime on capital income and capital gains to the Federal Ministry of Finance. As soon as our request has been answered, we will inform you in a separate client's information.

I. Taxation of foreign family foundations and trusts

It is planned to change the taxation of founders/settlers and beneficiaries of foreign family foundations and trusts according to § 15 AStG.

2. Presently applicable law

At the moment, income of foreign family foundations, associations and trusts is attributed to the founder/settlor or the beneficiaries regardless of a distribution of trust funds.

Thus, these persons are discriminated in relation to founders and beneficiaries of Ger-

stiftungen, die nur im Fall eines Zuflusses von Einkünften zur Steuer herangezogen werden.

3. Verfahren der EU-Kommission

Hierin hatte die Europäische Kommission einen Verstoß gegen die Personen- und Kapitalverkehrsfreiheit gesehen und ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet.

4. Gesetzesvorschlag

Auf dieses Verfahren reagiert nun der deutsche Gesetzgeber. Geplant ist, einen neuen Absatz 6 in § 15 AStG einzufügen. Dieser regelt die Nichtanwendbarkeit der Zurechnung nach § 15 Abs. 1 AStG für Stiftungen mit Sitz und Geschäftsleitung im EU- und im EWR-Gebiet unter zwei Voraussetzungen:

Erstens ist nachzuweisen, dass das Stiftungsvermögen der Verfügungsmacht des Stifters und seiner Angehörigen und Abkömmlinge bzw. im Fall von Unternehmensstiftungen des Stifters, der Gesellschafter oder anderer in § 15 Abs. 3 AStG genannter Personen rechtlich und tatsächlich entzogen ist.

Zweitens muss zwischen der Bundesrepublik und dem Staat, in dem die Familienstiftung Sitz und Geschäftsleitung hat, ein Amtshilfeabkommen auf dem Gebiet der Steuern bestehen.

Der Reformvorschlag ist im Entwurf für das

man family foundations who are only taxed if they receive funds.

3. Infringement procedures initiated by the European Commission

The European Commission had initiated infringement procedures stating that the above mentioned German CFC-rules are not consistent with the freedoms of movement and capital movement.

4. Proposal for reform

In response to these proceedings it is intended to insert a new paragraph 6 into Sec. 15 AStG providing that funds will not be attributed to the donor or the beneficiary according to the CFC-rules if the family foundation or trust has its statutory seat and its headquarters within the EU or the EEA. This rule is applicable if two requirements are met:

First, it has to be proved that the donor, his relatives and affiliates or, in case of business-related foundations, the donor, the shareholders or other persons enumerated in § 15 (3) AStG can effectively and legally not dispose of the funds.

Secondly, there must be an administrative cooperation treaty in the field of taxes between the Federal Republic of Germany and the state the family foundation or trust has its statutory seat and its headquarters.

The proposal for reform is part of the draft

Jahressteuergesetz 2009 enthalten. Für alle noch nicht bestandskräftigen Verfahren hat das Bundesministerium der Finanzen bereits die Anwendung der vorstehenden Grundsätze angeordnet.

5. Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags

Im Entwurf des Jahressteuergesetzes 2009 ist weiter die Einfügung eines Absatzes 7 in § 15 AStG zur Ermittlung des hinzuzurechnenden Betrags vorgesehen.

Erstens wird klargestellt, dass für die Ermittlung des zuzurechnenden Einkommens die Grundsätze des deutschen Steuerrechts gelten. Zweitens bestimmt die Vorschrift, dass negative Beträge nicht zuzurechnen sind. Drittens sollen Verluste entsprechend den allgemeinen Regeln (§ 10d EStG) vor- und rücktragsfähig sein. Diese Regelungen sollen bestehende Unklarheiten bezüglich der geltenden Rechtslage beseitigen.

6. Auswirkungen für Stifter und Destinatäre

Die neue Rechtslage bringt für Stifter und Destinatäre von Familienstiftungen und Trusts aus der EU bzw. aus dem EWR-Raum eine deutliche Verbesserung. Sie werden Erträge der Stiftung oder des Trusts nur noch bei Ausschüttung versteuern müssen. Eine doppelte Besteuerung wird vermieden. Liechtensteinische Stiftungen fallen mangels Auskunftsaustausch nicht unter die neue Rechtslage.

Annual Tax Law 2009. The Ministry of Finance has disposed, that for all proceedings not yet definitive, the above mentioned principles shall apply.

5. Determination of the attributed amount

Further, the draft Annual Tax Law 2009 contains a paragraph 7 dealing with the determination of the attributed amount.

First, the draft provides that the attributed amount is determined under German income tax law. Secondly, negative income is not taken into account. Thirdly, losses may be carried forward and back according to the general provisions (§ 10d of the income tax act, *Einkommensteuergesetz [EStG]*). These provisions shall eliminate a lack of clarity concerning the currently applicable law.

6. Consequences for founders and beneficiaries

The new legal situation entails a considerable improvement for founders, settlors and beneficiaries of a trust located in the EU or the EEA. They will be only taxed if they actually receive funds and thus will be prevented from “double taxation”. Foundations and trusts under Liechtenstein law will not fall under the newly created dispositions for lack of exchange of information.

II. Relevante Änderungen durch die Erbschaftsteuerreform

Die Erbschaftsteuerreform (vgl. zuletzt die Mandanteninformation vom 11. Dez. 2007) befasst sich nur am Rande mit der Besteuerung von Familienstiftungen und -vereinen.

1. Betriebsvermögensbegünstigung auch bei Erbersatzsteuer

Im Entwurf des Gesetzes wird klargestellt, dass die Regeln über die Begünstigung des Betriebsvermögens auch bei der Erbersatzsteuer eingreifen werden. Das entspricht der bisherigen Rechtslage, wenngleich sich die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Privilegierung ändern werden.

2. Umwandlung von Familienvereinen wird schenkungsteuerpflichtig

Für Familienvereine soll eine neue Vorschrift in das Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) eingefügt werden. Der BFH hatte im vergangenen Jahr entschieden, dass die Umwandlung eines Vereins, der wesentlich im Interesse einer Familie errichtet wurde, in eine Kapitalgesellschaft keine Schenkungsteuer auslöst.

Die Vermögensübertragung bei Umwandlung sei nicht als Schenkung anzusehen, weil der Verein dabei nicht – wie es das Gesetz voraussetzt – aufgelöst werde.

Auf dieses Urteil will nun der Gesetzgeber mit der Klarstellung reagieren, dass der Form-

II. Relevant changes in inheritance and gift tax law

The inheritance and gift tax act reform (see client information of December 11th, 2007) does not deal extensively with the taxation of family foundations and associations.

1. Business assets privilege for the substitute inheritance and gift tax

The bill straightens out that the preferential treatment for business assets will be applicable within the substitute inheritance and gift tax regime. This is in line with the current law. However, the requirements for the claim of the preferential treatment will change.

2. Changing the corporate form of a family association becomes excisable

A new rule, regarding the taxation of family associations, will be inserted into the inheritance and gift tax act. Last year, the supreme tax court had held, that the change of corporate form of an association which has been erected in the interest of a family into stock corporation was not subject to gift tax.

The court did not deem the transfer of assets on the occasion of change of corporate form as a gift in terms of the law because the association was not dissolved.

As a reaction to this decision, it is planned to insert a legal clarification stating that the

wechsel eines Vereins in eine Kapitalgesellschaft wie eine Auflösung des Vereins zu behandeln ist. In der Folge fällt Erbschaftsteuer an.

Für Familienvereine bedeutet dies, dass sie nach Inkrafttreten der Erbschaftsteuerreform der (Erbersatz-) Besteuerung nicht mehr durch Umwandlung entgehen können.

III. Wirksame Errichtung und Dotierung ausländischer Familienstiftungen und –Trusts

Der BFH hat sich zu der Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen eine Familienstiftung für Zwecke des Schenkungsteuerrechts wirksam errichtet bzw. dotiert wurde.

Auch wenn eine Stiftung nach ausländischem Recht wirksam errichtet oder mit Vermögen ausgestattet wurde, entfällt eine Besteuerung der Vermögensübertragung nach deutschem Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, wenn der Stifter sich bestimmte Sonderrechte vorbehalten hat, so dass die Stiftung nicht tatsächlich und rechtlich frei über das Vermögen verfügen kann. Dazu gehören etwa die Möglichkeit, den Stiftungsorganen bei der Verwaltung des Vermögens Weisungen zu erteilen, ein Anspruch auf Rückführung des Vermögens, die jederzeitige Möglichkeit der Änderung der Satzung oder der Abberufung der Stiftungsorgane.

Erst bei Erlöschen dieser Sonderrechte – etwa mit dem Tod des Stifters – kommt es zur Besteuerung der Vermögensausstattung, von

change of corporate form of a family association into a stock corporation is regarded as dissolution of the association. As a consequence the transaction will be excisable.

Thus, upon entry into force of the reform, family associations cannot escape the (substitute inheritance and gift) taxation by change of corporate form.

III. Effective construction and endowment of foreign family foundations and trusts

The German supreme tax court had fixed the premises, under which a family foundation has been set up and endowed effectively under the gift tax act.

Even if a foundation has been effectively set up and endowed in terms of foreign law, the transfer of assets may not be taxed if the founder has reserved himself special powers, so that the foundation cannot effectively and legally dispose of the funds. Such special powers can for example be the right to instruct the board of directors of the foundation concerning the administration of assets, the right to claim the reassignment of funds, the possibility to change the articles or to recall members of the board at any time.

Firstly upon termination of these special powers – for instance upon death of the founder – the transfer of assets including the

der auch die Wertzuwächse erfasst werden.

Die Grundsätze dieser Entscheidung sind auf ausländische Trusts übertragbar. Sowohl bei ausländischen Familienstiftungen als auch bei ausländischen Trusts muss im Einzelfall anhand der Stiftungssatzung oder des Trust-Dokuments geprüft werden müssen, ob die vorbehaltenen Rechte einer Schenkungsteuerpflicht entgegenstehen.

Bei der Gestaltung wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Besteuerung der Vermögensübertragung durch Übertragung der rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsbefugnis auf die Stiftung oder den Trust in Kauf genommen werden kann. Dadurch könnte die Zurechnungsbesteuerung von Stiftungs- oder Trusteinkommen – die voraussetzt, dass der Stifter und seine Angehörigen nicht rechtlich oder tatsächlich über das Stiftungsvermögen verfügen können (vgl. oben II. 4.) – unter Umständen vermieden werden.

rise in value will be taxed.

This decision may be transferred to foreign trusts. For family foundations as well as for trusts it has to be examined in every particular case on the basis of the articles or the trust deed, if the special powers prevent the transfer of assets from being taxed.

When forming the foreign foundation or trust, it also has to be scrutinised, if the gift tax triggered by the transfer of the effective and legal possibility to dispose of the funds to the foundation or trust should be accepted. Thereby the contribution of foundation or trust income – requiring that the founder, settlor or his relatives cannot effectively and legally dispose of the funds (see above II. 4.) – possibly may be avoided.