

Immobilien-Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht

*- Ausgewählte (aktuelle) Themen bei Investments in
inländische Immobilien über Kapitalgesellschaften -*

RA StB Dipl.-Finanzwirt (FH) Andy Laatsch

Hamburg, 19. September 2019

Gesamtüberblick

A. Allgemeines zu Investments in inländische Immobilien

- I. Investments in inländische Immobilien
- II. Überblick über verschiedene Strukturalternativen aus gewerbesteuerlicher Sicht

B. Inländische Immobilien-Kapitalgesellschaft

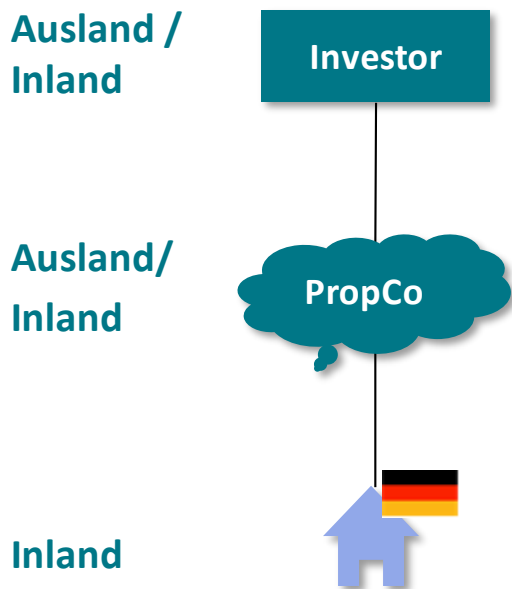
- I. Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft
- II. § 50d Abs. 3 EStG

C. Ausländische Immobilien-Kapitalgesellschaft

- I. Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft
- II. Fallgruppen nach § 17 EStG
- III. Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Wertveränderungen anderer Wirtschaftsgüter
- IV. Hinzurechnungsbesteuerung
- V. Exkurs: Gewerbesteuerpflicht ausländischer Kapitalgesellschaften durch Beteiligung an einer inländischen vermögensverwaltenden Immobilien-Personengesellschaft

A. Allgemeines zu Investments in inländische Immobilien

I. Investment in inländische Immobilien



Über welches Akquisitionsvehikel / Investmentvehikel sollen die in Deutschland belegenen Immobilien erworben werden?

Ausgewählte steuerliche Aspekte (neben außersteuerlichen Aspekten):

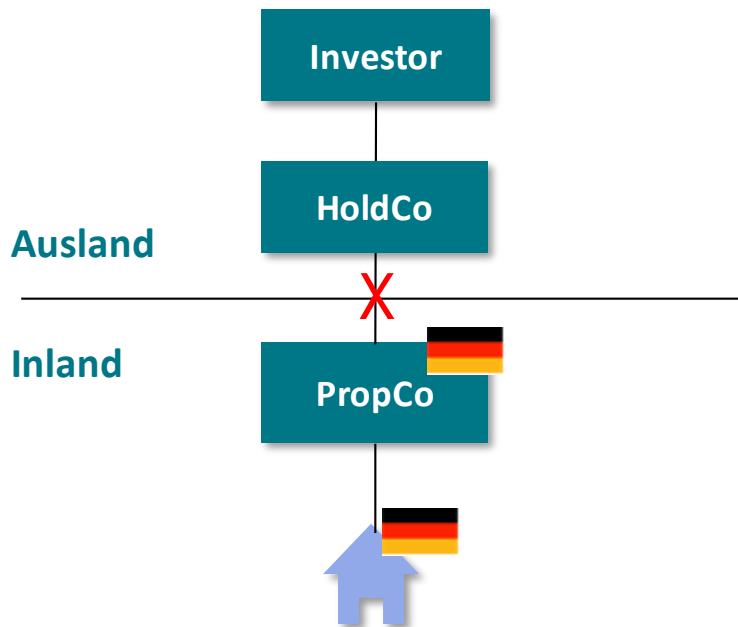
- **Ankauf** (Asset-/Share-/Unit-Deal u.ä.)
 - Ertragsteuerliche Exit-Besteuerung (Verkäufer) / Step-Up für den Investor
 - Grunderwerbsteuer
- **Halteperiode**
 - Ertragsteuerliche Belastung der PropCo, insbesondere Finanzierung und Vermeidung Gewerbesteuer (gemäß dem gesetzlichen Leitbild für das Halten und Verwalten von Immobilien)
 - Repatriierung der Gewinne: Quellensteuer/KapESt
- **Verkauf** (Asset-/Share-/Unit-Deal u.ä.)
 - Ertragsteuerliche Exit-Besteuerung Investor / Step-Up für den Käufer
 - Grunderwerbsteuer

II. Überblick über verschiedene Strukturalternativen aus gewerbesteuerlicher Sicht

Vehikel	Inl. KapGes	Ausl. KapGes (No-PE-Struktur)	Inl. PersGes	Ausl. PersGes	(Spezial-) Investmentfonds	REIT-AG
Gewerbesteuerpflicht	Keine GewSt bei Anwendung erweiterter Kürzung (§ 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG)	Keine GewSt, wenn im Inland keine BS	Keine GewSt, wenn nicht gewerblich tätig oder geprägt	Keine GewSt, wenn nicht gewerblich oder keine BS im Inland	Von GewSt befreit, wenn § 15 Abs. 2 InvStG erfüllt	Von GewSt gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 REIT-G befreit, wenn die Vorauss. nach § § 8 bis 15 REIT-G erfüllt
Herausforderung	- Schädliche Tätigkeiten (insbes. Vermietung Betriebsvorrichtung) Lösung: Fixtures-Co	- Vermeidung BS (insb. faktische Geschäftsführung) im Inland	- Vermeidung gewerbliche Tätigkeiten - Entprägung erforderlich	- Entprägung bei ausl. Rechtsformen - Bei inl. Rechtsform wird Liquidation vertreten	- Aktive unternehm. Bewirtschaftung vermeiden (engerer Begriff als Gewerblichkeit) – Abschirmung durch Immobilien-Gesellschaften	- Insb. Börsenzulassung, Aktienstreuung, Vermögens- und Ertragsanford., Ausschüttung an die Anleger, Ausschluss des Immobilienhandels
Weitere Absicherung	- Keine - Migration ins Ausland zu erwägen	- Vorauss. für erweiterte Kürzung erfüllen	- Vorauss. für erweiterte Kürzung erfüllen	- Vorauss. für erweiterte Kürzung erfüllen	- Vorauss. für erweiterte Kürzung erfüllen? - Inl. BS vermeiden?	- Voraussetzungen für erweiterte Kürzung erfüllen?

B. Inländische Immobilien-Kapitalgesellschaft

I. Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (1/3)



Beschränkte Steuerpflicht:

- Gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 e) aa), § 17 EStG (i.V.m. § 2 Nr. 1, § 8 Abs. 1 KStG), wenn (i) Sitz oder Geschäftsleitung der PropCo im Inland und (ii) Voraussetzungen nach § 17 EStG vorliegen.
- Veräußerer (HoldCo) unterliegt hier der beschränkten KSt-Pflicht – Rechtstypenvergleich, vgl. BMF, 19.3.2004, BStBl. I 2004 S. 41, Abschnitt IV.

DBA Ansässigkeitsstaat der HoldCo-Deutschland:

- Bei der Veräußerung von Immobilien gilt das Belegenheitsprinzip (Art. 13 Abs. 1 OECD-MA), während bei Veräußerung von Anteilen im Grundsatz der Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht hat (Art 13 Abs. 5 OECD-MA).
- Ältere DBA (in Anlehnung an ältere Fassungen des OECD-MA) weisen das Besteuerungsrecht allein dem Ansässigkeitsstaat zu, auch wenn das Vermögen der PropCo, deren Anteile veräußert werden, überwiegend aus im anderen Staat belegenem Grundbesitz besteht.

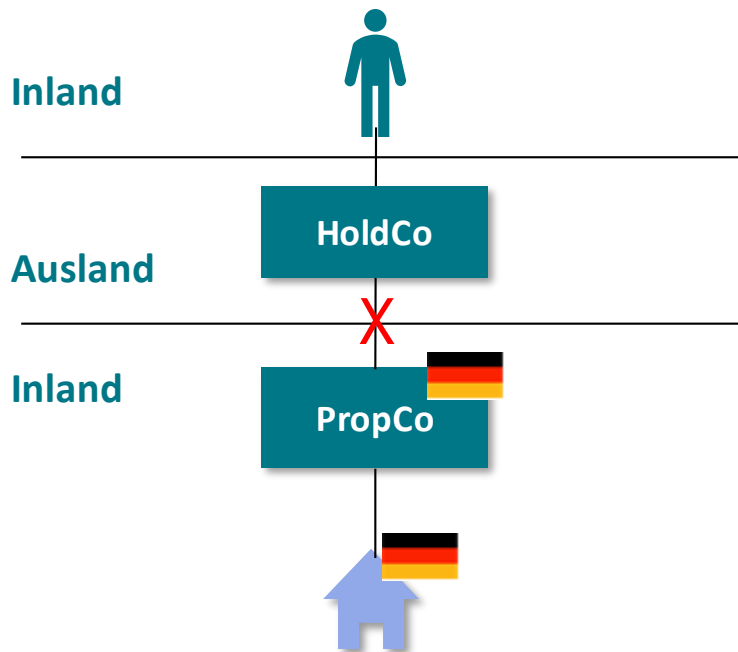
I. Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (2/3)

Art. 13 Abs. 4 OECD-MA 2017:

„Gewinne, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus der Veräußerung von Anteilen oder vergleichbaren Rechten, wie Rechten an einer Personengesellschaft oder einem Trust, bezieht, können im anderen Vertragsstaat besteuert werden, sofern der Wert dieser Anteile oder vergleichbaren Rechte zu irgendeinem Zeitpunkt während der der Veräußerung vorangehenden 365 Tage zu mehr als 50 v. H. unmittelbar oder mittelbar auf in diesem anderen Staat belegenem unbeweglichem Vermögen im Sinne des Art. 6 beruhte.“

- Art. 13 Abs. 4 OECD-MA (erste Immobilien-Gesellschaftsklausel im OECD-MA 2003) regelt auch für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilien-Kapitalgesellschaften das **Belegheitsprinzip**.
- **Zweck nach dem OECD-MA nicht relevant**, d.h. auch andere wirtschaftliche Aktivitäten (als Halten und Verwalten von Immobilien), z.B. auch Hotels, erfasst.
- Bewertung nach dem **Steuerrecht des Belegheitsstaates** (regelmäßig Steuerbilanzwerte), Art. 3 Abs. 2 OECD-MA; nur Aktiva ins Verhältnis zu setzen (Verbindlichkeiten bleiben außer Betracht).
- Einführung eines **365-Tage-Prüfzeitraums im OECD-MA 2017**; dies soll verhindern, dass die 50%-Grenze durch entsprechend angepasste Vermögensverteilungen kurz vor der Veräußerung unterschritten werden kann.
- **Erweiterung auf PersGes / Trusts im OECD-MA 2017** ist nach Ansicht des Gesetzgebers nur klarstellend, da diese nach nationaler Besteuerung ohnehin transparent behandelt werden (BT-Drs. 19/4455 S. 48).
- **Art. 9 Abs. 4 MLI** entspricht Art. 13 Abs. 4 OECD-MA 2017 – Änderungen von DBAs zu erwarten.
- **Exkurs:** Passive Entstrickung durch Änderung eines DBA bei Outbound-Fällen (insb. § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG, § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AStG)? Keine Handlung erforderlich nach BMF, 26.10.2018, BStBl. I 2018, 1104.

I. Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (3/3)



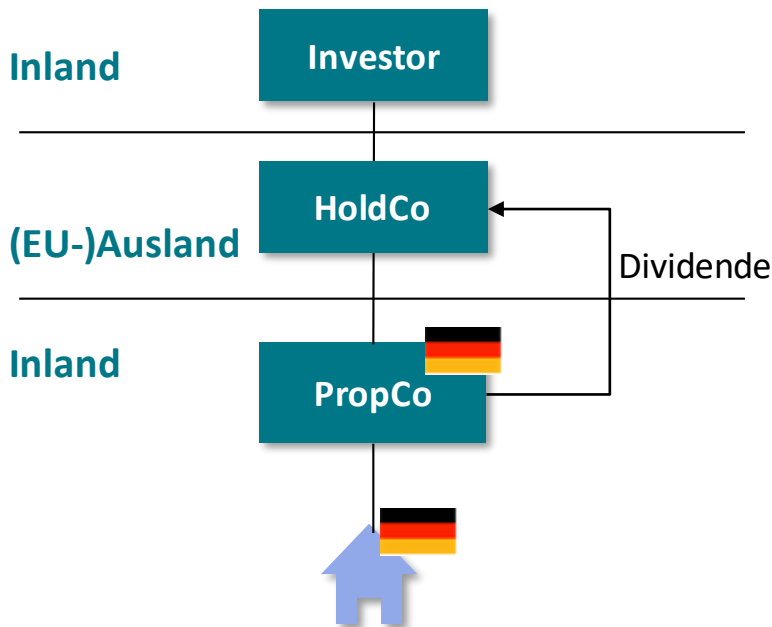
Steuerliche Auswirkung:

- Veräußerungsgewinn steuerfrei nach § 8b Abs. 2 KStG.
- Fiktion nicht abziehbarer Betriebsausgaben nach **§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG** nicht anwendbar, vgl. BFH v. 31.5.2017, BStBl. 2018 II S. 144.
- Veräußerungsgewinn wäre bei natürlichen Personen gemäß § 3 Nr. 40 lit. c), § 3c Abs. 2 EStG zu 40% steuerfrei; Freibetrag nach § 17 Abs. 3 EStG anwendbar.
- **Problem bei Mäanderstruktur:** Ort der Geschäftsleitung der HoldCo im Inland (vorrangig) oder HoldCo als Basisgesellschaft (§ 42 AO)?

Link zur MLI-Matching-Database:

<https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>

II. § 50d Abs. 3 EStG

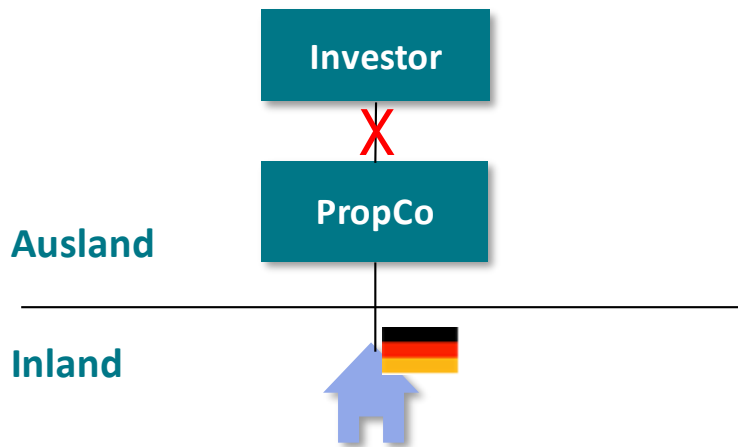


Dividendenbesteuerung:

- **Entlastung:** DBA/Mutter-Tochter-RiLi (§ 43b EStG).
- Anti-Treaty/Directive-Shopping-Rule § 50d Abs. 3 EStG:
 - EuGH v. 20.12.2017 (Juhler Holding und Deister Holding): Niederlassungsfreiheit und die Mutter-Tochter-RiLi stehen einer nationalen Regelung wie § 50d Abs. 3 EStG 2007 entgegen.
 - BMF, v. 4.4.2018, BStBl. I 2018, 589: In Fällen des § 43b EStG (i) Mangels ausreichender Gegenbeweismöglichkeit wird § 50d Abs. 3 EStG 2007 nicht mehr angewendet und (ii) Versuch einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 50d Abs. 3 EStG 2012.
 - EuGH v. 14.6.2018 (GS): Niederlassungsfreiheit und die Mutter-Tochter-RiLi stehen einer nationalen Regelung wie § 50d Abs. 3 EStG 2012 entgegen.
 - Reaktion BMF / Gesetzgeber? Übertragung der Argumentation des EuGH auf DBA-Fälle im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit? Für Zinsen vgl. FG Köln v. 23.01.2019 – 2 K 1315/13.

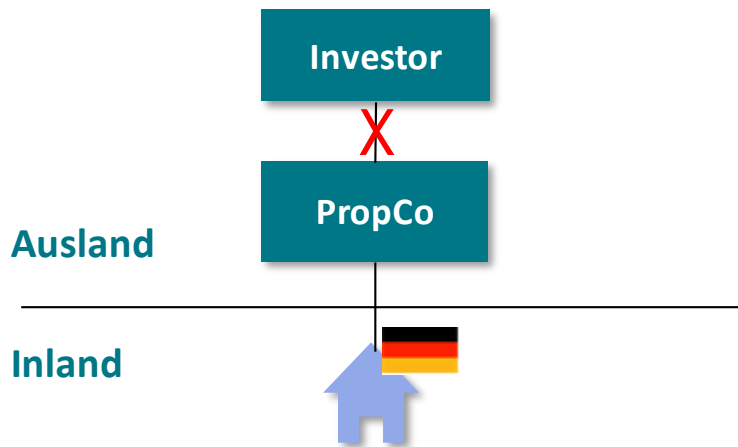
B. Ausländische Immobilien- Kapitalgesellschaft

I. Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (1/4)



- Mangels Sitz oder Geschäftsleitung im Inland (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 e) aa) EStG) unterlag der Veräußerungsgewinn aus Anteilen ausländischer Immobilien-Kapitalgesellschaften bis Ende 2018 nicht der beschränkten Steuerpflicht.
- **Problem:** Qualifikation PropCo als Basisgesellschaft (§ 42 AO) mit der Folge, dass eine Veräußerung einer inländischen Immobilie vorliegt?
- Da Art. 13 Abs. 4 OECD-MA / Art. 13 Abs. 4 UN-MA/ Art. 9 MLI Deutschland als Belegenheitsstaat das Besteuerungsrecht auch in diesen Fällen zuweisen, soll diese „Besteuerungslücke“ nun durch die Einführung von **§ 49 Abs. 1 Nr. 2 e) cc) EStG** im Rahmen des „JStG 2018“ mit Wirkung für Veräußerungen nach dem 31.12.2018 geschlossen werden.
- Erfasst werden nur Wertveränderungen nach dem 31.12.2018.

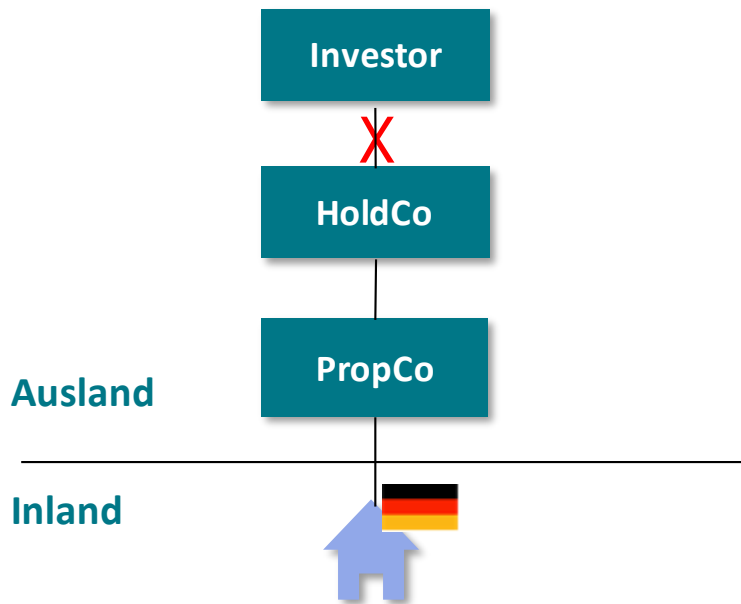
I. Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (2/4)



§ 49 Abs. 1 Nr. 2 e) cc) EStG: Einkünfte, die **unter den Vorausss. des § 17 EStG** erzielt werden, wenn es sich um Anteile an einer Kapitalgesellschaft handelt, „cc) deren Anteilswert zu irgendeinem Zeitpunkt während der **365 Tage** vor der Veräußerung **unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 Prozent** auf inländischem unbeweglichem Vermögen beruhte und die Anteile dem Veräußerer zu diesem Zeitpunkt zuzurechnen waren; für die Ermittlung dieser Quote sind die **aktiven Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens mit den Buchwerten**, die zu diesem Zeitpunkt anzusetzen gewesen wären, zugrunde zu legen,“

- Innerhalb des Prüfzeitraums (365 Tage vor Veräußerung) müssen zu irgendeinem Zeitpunkt:
 - (1) der Wert der Anteile unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50% auf inl. Immobilien beruhen und
 - (2) die Anteile dem Veräußerer gemäß **§ 39 AO** zuzurechnen sein.
- Voraussetzungen des § 17 EStG sind nicht zeitgleich erforderlich.

I. Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (3/4)



Quotenermittlung nach den steuerlichen Buchwerten:

$$\frac{\text{Inl. unbewegliches Vermögen}}{\text{Gesamtheit der Aktiva}}$$

- Buchwerte sind vom letzten Bilanzstichtag auf den jeweiligen Zeitpunkt fortzuentwickeln.
- Passiva bleiben außer Ansatz.
- Wertermittlung bei Veräußerung einer mittelbaren Beteiligung erfolgt in **konsolidierter Betrachtung** der **Aktiva** der Gesellschaften (hier HoldCo und PropCo), denen das inländische unbewegliche Vermögen unmittelbar bzw. mittelbar zuzurechnen ist.
- **Problem:** Aktivierungsverbote (selbst geschaffene immaterielle WG, originärer Firmenwert)
- Bewusste Bilanzverlängerung (z. B. durch Darlehensaufnahmen)?
- **Mittelbares Beruhen bei:**
 - mehrstöckigen Gesellschaftsstrukturen (+) und
 - schuld- und sachenrechtlichen Nutzungsrechten an inl. unbewegl. Vermögen? Oder gar als Kaufpreis?

I. Veräußerung von Anteilen an einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft (4/4)

DBA:

- Zu prüfen, ob ein DBA zwischen Ansässigkeitsstaat des Veräußerers und Deutschland das Besteuerungsrecht allein dem Ansässigkeitsstaat zuweist.

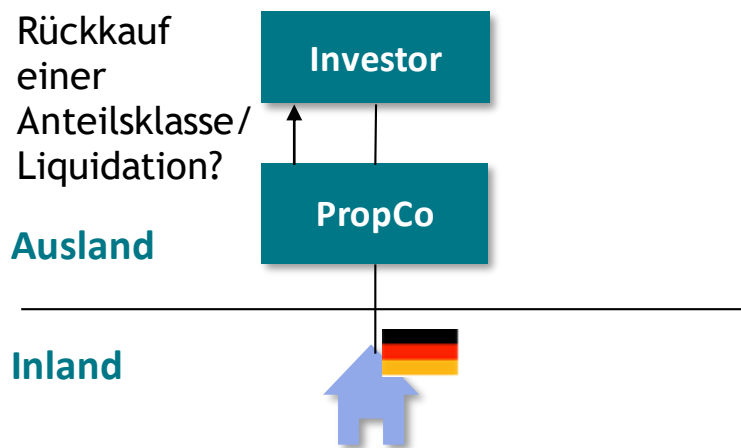
Steuerbefreiung bei natürlichen Personen:

- Veräußerungsgewinn wäre bei nat. Personen gemäß § 3 Nr. 40 lit. c), § 3c Abs. 2 EStG zu 40% steuerfrei, Freibetrag nach § 17 Abs. 3 EStG.
- Bei Trusts / Personengesellschaften (Rechtstypenvergleich) ist auf dahinterstehende Personen abzustellen.

Steuerbefreiung bei KSt-Subjekten:

- Falls der Veräußerer nach dem Rechtstypenvergleich als KSt-Subjekt zu qualifizieren ist, ist der Veräußerungsgewinn nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei.
- **Problem:** Anwendbarkeit der Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG:
 - BFH-Urteil v. 31.5.2017, BStBl. 2018 II S. 144 ist zu § 49 Abs. 1 Nr. 2 e) **aa)** EStG ergangen
 - Die Argumentation ist aber auf Fälle des § 49 Abs.1 Nr. 2 e) **cc)** EStG übertragbar: Die Fiktion pauschalierter Betriebsausgaben geht ins Leere, wenn mangels Betriebsstätte oder ständigem Vertreter im Inland keine inländischen Einkünfte erzielt wurden, bei denen Betriebsausgaben geltend gemacht hätten werden können.
 - § 8b KStG ist keine 95%-ige Steuerbefreiung.
- **Problem:** Qualifikation der PropCo als Basisgesellschaft?

II. Fallgruppen nach § 17 EStG



§ 17 EStG-Tatbestände:

- § 49 Abs.1 Nr. 2 e) EStG verweist auf § 17 EStG, d.h. es werden neben Veräußerungen auch erfasst:
 - verdeckte Einlage von Anteilen in eine inl. oder ausl. KapGes (§ 17 Abs. 1 Satz 2 EStG),
 - Auflösung einer KapGes sowie die Kapitalrückzahlung und -herabsetzung (§ 17 Abs. 4 EStG),
 - Beschränkung oder Ausschluss des Besteuerungsrechts Deutschlands durch Verlegung von Sitz und Ort der Geschäftsl. (§ 17 Abs. 5 Satz 1 EStG).

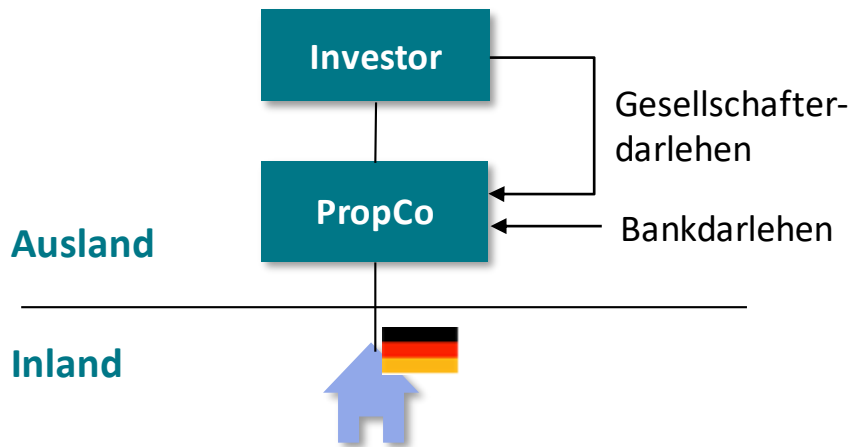
Isolierende Betrachtungsweise (§ 49 Abs. 2 EStG):

- Nicht relevant, ob die Anteile im BV oder PV sind.

DBA:

- Veräußerung i.S.d. Art. 13 OECD-MA entspr. dem nation. Steuerrecht normenspezifisch oder bei weitem Verständnis (vereinfacht) jede Realisierung stiller Reserven, soweit nicht Einkünfte aus Fruchtziehung/Nutzung vorliegen (vgl. *Meretzki*, F/W/K, Art. 13 Rn. 57), also hier vereinfacht:

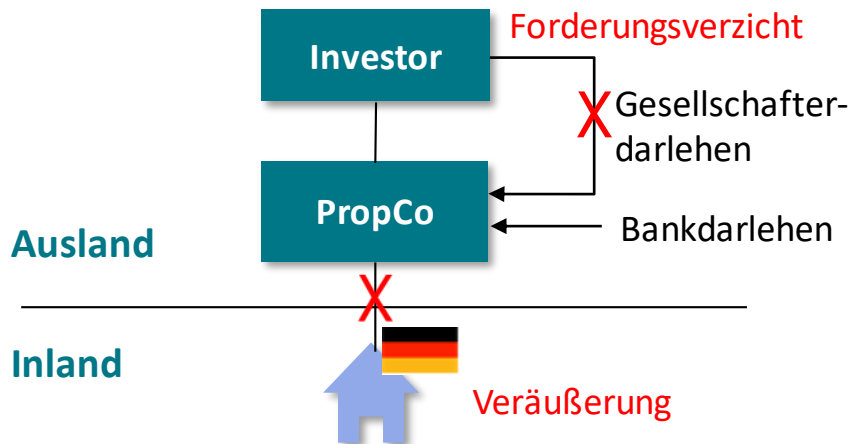
III. Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Wertveränderungen anderer Wirtschaftsgüter (1/2)



Laufender Finanzierungsaufwand:

- **Zinsaufwand im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht** nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) Satz 3 EStG **grds.** als Betriebsausgabe **abziehbar**, wenn wirtsch. Zusammenhang (Finanzierungszusammenhang) besteht (§ 50 Abs. 1 Satz 1 EStG). Problematisch sind insofern Refinanzierungen (insb. Debt-push-down bei einem Share-Deal durch Verschmelzungen oder Formwechsel) - Diskriminierung beschränkt Steuerpflichtiger?
- Es ist bei Gesellschafterdarlehen die Fremdüblichkeit zu beachten (P: Besicherung erforderlich oder Konzernrückhalt, BFH v. 27.02.2019, BStBl. 2019 II S. 394).
- Allgemein ist nach Ansicht der Finanzverwaltung die Zinsschrankenregelung anwendbar: Begründet Gewerblichkeitsfiktion in § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) Satz 3 EStG zugleich einen Betrieb, der für § 4h EStG Voraussetzung ist?

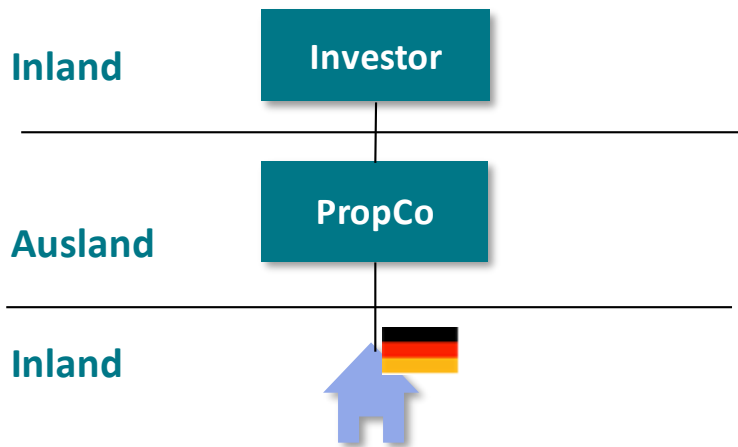
III. Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht auf Wertveränderungen anderer Wirtschaftsgüter (2/2)



Gewinn aus Forderungsverzicht nach Veräußerung der Immobilie:

- **BFH v. 7.12.2016, BStBl. 2017 II S. 704:** Keine beschränkte Steuerpflicht nach (i) § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) Satz 1 EStG mangels Gewerblichkeit, da insb. § 8 Abs. 2 KStG nicht gilt, oder (ii) § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) Satz 3 EStG (vormals Satz 2), da es sich nicht um Einkünfte aus der Vermietung (Satz 1 aa)) oder Veräußerung (Satz 1 bb)) handelt und auch ein Betriebsvermögensvergleich nicht zur Erweiterung der als gewerblich fingierten Einkünfte führt.
- **Reaktion des Gesetzgebers:** Reparatur im „JStG 2018“ durch neuen **§ 49 Abs. 1 Nr. 2 f) Satz 4 EStG:** „Zu den Einkünften aus der Veräußerung von inländischem unbeweglichem Vermögen im Sinne dieses Buchstabens gehören auch **Wertveränderungen von Wirtschaftsgütern**, die mit diesem Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen,“
- **Leerlauf in DBA-Fällen?**

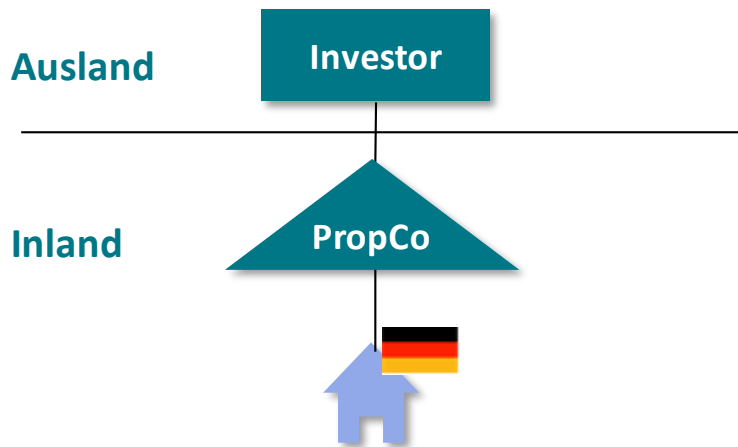
IV. Hinzurechnungsbesteuerung



Hinzurechnung nach den §§ 7 ff. AStG?

- Voraussetzungen könnten dem Wortlaut nach wohl vorliegen, insbesondere:
- § 8 Abs. 1 Nr. 6 b) AStG: Bei unmittelbarem Bezug keine DBA-Freistellung (+)
- Niedrige Besteuerung § 8 Abs. 3 AStG (25%) – ohne GewSt (+)
- Teleologische Reduktion?

V. Exkurs: Gewerbesteuerpflicht ausl. KapGes durch Beteiligung an einer inl. vermögensverwaltenden Immobilien-PersGes?



Gewerblich entprägte vermögensverwaltende GmbH & Co. KG hält inl. Immobilien:

- *Meier, IStR 2019, 491*: Geschäftsleitung der vermögensverwaltenden Immobilien-PersGes soll zusammen mit der Gewerblichkeitsfiktion nach § 8 Abs. 2 KStG, § 2 Abs. 3 Satz 1 GewStG (Anm: wohl § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG gemeint) zu einer inl. Betriebsstätte der ausl. KapGes und zu einer grundsätzlichen Gewerbesteuerpflicht führen.
- § 8 Abs. 2 KStG gilt nur bei unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaften.
- PersGes selbst hat keine BS und kann somit keine vermitteln.
- KapGes hat keine Verfügungsmacht über die Örtlichkeiten des Komplementärs der PersGes.
- Somit kann auch die Gewerbebetriebsfiktion des § 2 Abs. 2 GewStG zu keiner Gewerbesteuerpflicht der ausl. KapGes führen, da es an einer inl. BS fehlt.
- Erweiterte Kürzung könnte sonst Anwendung finden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!