

Besteuerung von Inbound-Investitionen in deutsches Immobilienvermögen

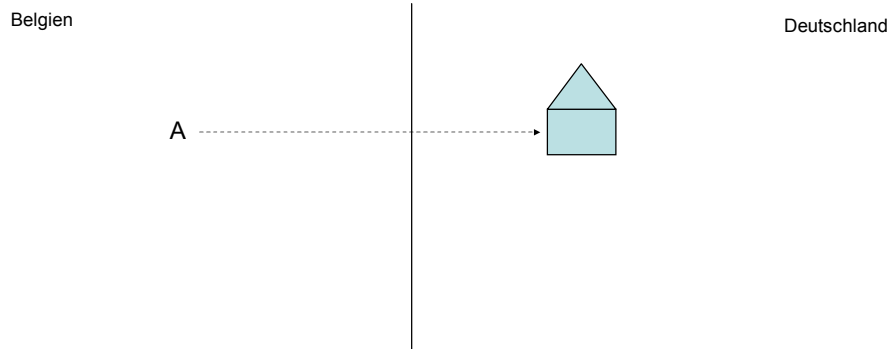
WSK-Praxisseminar
29.1.2010

Dr. Alit Lohbeck, LL.M.

- Inbound-Investitionen in deutsches Grundvermögen sind sehr häufig.
- In den vergangenen Jahren haben Finanzinvestoren zahlreiche große Immobilienportfolios erworben.
- Beispiele, die durch die Presse gingen:
Erwerb der Hertie-Kaufhäuser durch den Finanzinvestor Dawnay Day für 500 Mill. € im Jahr 2005.
Erwerb der Karstadt Warenhäuser durch die Whitehall Funds für 3,7 Milliarden € im Jahr 2006.
- Aber auch der Fall, dass im Ausland ansässige Privatpersonen in deutsches Grundvermögen investieren, kommt häufig vor.
- Ebenso ist die Konstellation beraterrelevant, dass im Ausland ansässige Personen deutsches Immobilienvermögen erben und dann wirtschaftlich nutzen.
- In der Beratungspraxis ist die Beratung des Erwerbs (Gestaltung), aber auch die Beratung hinsichtlich der laufenden Einkünfte relevant.

A. Ausgangskonstellation: Investitionen durch natürliche Personen

Der in Belgien ansässige A erwirbt eine in Köln-Müngersdorf gelegene Immobilie, die er in seinem Privatvermögen hält. In der Immobilie befinden sich vier Wohneinheiten, die vollständig langfristig vermietet sind. Mietverträge schließt A in seiner Wohnung in Belgien ab, von wo er auch die gesamte Korrespondenz erledigt. Für Kontrollbesuche sucht A die Immobilie etwa vierteljährlich auf. Die Mieteinnahmen fließen teilweise auf ein Konto bei der Sparkasse Köln-Bonn, wo sie festverzinslich angelegt sind. Das Guthaben auf diesem Konto dient als Rücklage für Instandhaltungsmaßnahmen.



- Der Erwerb der Immobilie löst Grunderwerbsteuer i.H.v. 3,5 % aus (in Berlin und Hamburg hätte die GrEST 4,5 % betragen).
- A hat durch die Mieteinnahmen laufende Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG i.V.m. § 21 EStG, mit denen er in Deutschland beschränkt steuerpflichtig ist. Die Einkünfte werden im Wege der Veranlagung erhoben (bei Gefährdung des deutschen Steueraufkommens ist eine Erhebung im Abzugsverfahren möglich).
- Für diese Mieteinkünfte hat Deutschland das uneingeschränkte Besteuerungsrecht nach Art. 6 Abs. 1 und 3 des DBA mit Belgien. Belgien stellt diese Einkünfte frei, Art. 23 Abs. 2 Nr. 1 DBA.
- Bei den Zinseinkünften aus dem Rücklagenkonto handelt es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen, vgl. Dreseck, in: Schmidt, EStG, § 21 Rn. 69. Deutschland besteuert diese Zinseinkünfte nicht (Ausnahme: U.U. erweiterte beschränkte Einkommensteuerpflicht nach § 2 AStG). Die Zinseinkünfte fallen nicht unter § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG.
- Im Falle des Verkaufs der Immobilie hängt die beschränkte Steuerpflicht des A mit diesen Einkünften davon ab, ob der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt, vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 8 a) i.V.m. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG.

Abwandlung:

Nunmehr hält A die deutsche Immobilie in dem Betriebsvermögen seines in Belgien ausgeübten Gewerbebetriebs. Besteuerung des A in Deutschland in 2008 und 2009?

2008

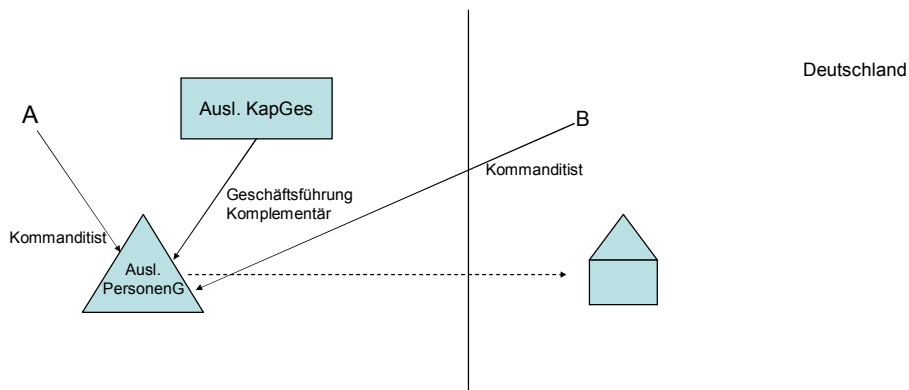
- Laufende Mieteinkünfte sind nicht gewerbliche Einkünfte i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 2a) EStG. Die deutsche Immobilie stellt selbst keine Betriebsstätte des A dar. Auch Kontrollbesuche begründen noch keine Betriebsstätte in Deutschland. A hat auch keinen Ständigen Vertreter in Deutschland bestellt.
- Isolierende Betrachtungsweise (§ 49 Abs. 2 EStG): Mieteinkünfte sind isoliert betrachtet Einkünfte i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG und werden dementsprechend besteuert.
- Einkünfte aus der Veräußerung der Immobilie unabhängig von Haltefrist Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 1 EStG. Punktuelle Gewinnermittlung.

2009

- Laufende Mieteinkünfte sind gewerbliche Einkünfte i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 1 aa) EStG. A ist in Deutschland auch ohne Zuordnung dieser Einkünfte zu einer inländischen Betriebsstätte bzw. einem Ständigen Vertreter mit diesen Einkünften beschränkt steuerpflichtig.
- Isolierende Betrachtung ist nicht mehr notwendig (a.A. aber scheinbar Haase, Lehrbuch Int. Steuerrecht).
- Mangels einer Betriebsstätte aber **keine** Gewerbesteuerpflicht in Deutschland.

Gründe für die Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG:

- Gesetzesbegründung: Angleichung der Behandlung von Veräußerungseinkünften und laufenden Einkünften aus deutschem Immobilienbesitz insbesondere bei Kapitalgesellschaften. Europarechtliche Gründe.
- Mutmaßlicher Grund: Schließung von vermeintlicher Gesetzeslücke, die durch Rechtsprechung des BFH zur gewerblichen Prägung durch eine ausländische Kapitalgesellschaft entstanden sein soll.



- OFD Münster, Verfügung vom 24.7.2008, GmbHR 2008, 1007:

Bei der gewerblichen Prägung der Personengesellschaft handelt es sich um ein im Ausland verwirklichtes Besteuerungsmerkmal, welches nach § 49 Abs. 2 EStG außer Betracht bleibt.

- Meining/Kruschke, GmbHR 2008, 91 (94):

Gewerbliche Prägung ist kein zu isolierendes Merkmal:

„Wenn nämlich im Rahmen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG auch ausländische Kapitalgesellschaften als eine die gewerbliche Prägung verleihende Gesellschaft anzuerkennen sind, wäre es inkonsequent, diese für steuerliche Zwecke im Inland vorgenommene Anerkennung bei der Begründung einer inländischen Steuerpflicht wieder zu versagen, ...“

Folgen der Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG:

- Einkünfte aus der Vermietung der deutschen Immobilie sind ab dem 1.1.2009 gewerblich.
- Änderung der Einkünfteermittlung (a.A. scheinbar Wassermeyer, IStR 2009, 238, 239).
- Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG oder §§ 4, 5 EStG?
- Regelmäßig abhängig von Buchführungspflicht nach deutschem Recht. Dass nach ausländischem Recht Bücher geführt werden, reicht nicht aus (ausländische Rechtsnormen können keine Buchführungspflicht über § 140 AO begründen).
- Buchführungspflicht nach § 141 AO? Abhängig von Umsatz bzw. Gewinn aus Gewerbebetrieb.
- Beginn der Buchführungspflicht?
§ 141 Abs. 2 S. 1 AO: Buchführungspflicht ist vom Beginn des Wirtschaftsjahres an zu erfüllen, das auf Bekanntgabe der Mitteilung folgt, durch die die Finanzbehörde auf den Beginn der Verpflichtung hingewiesen hat.
- Damit jedenfalls keine Buchführungspflicht im Jahr 2009. Aber Möglichkeit der freiwilligen Buchführung.
- **Abwägungsfrage:** Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG oder nach §§ 4, 5 EStG vorteilhafter?
- An gewerbesteuerlicher Beurteilung ändert sich dagegen **nichts!**

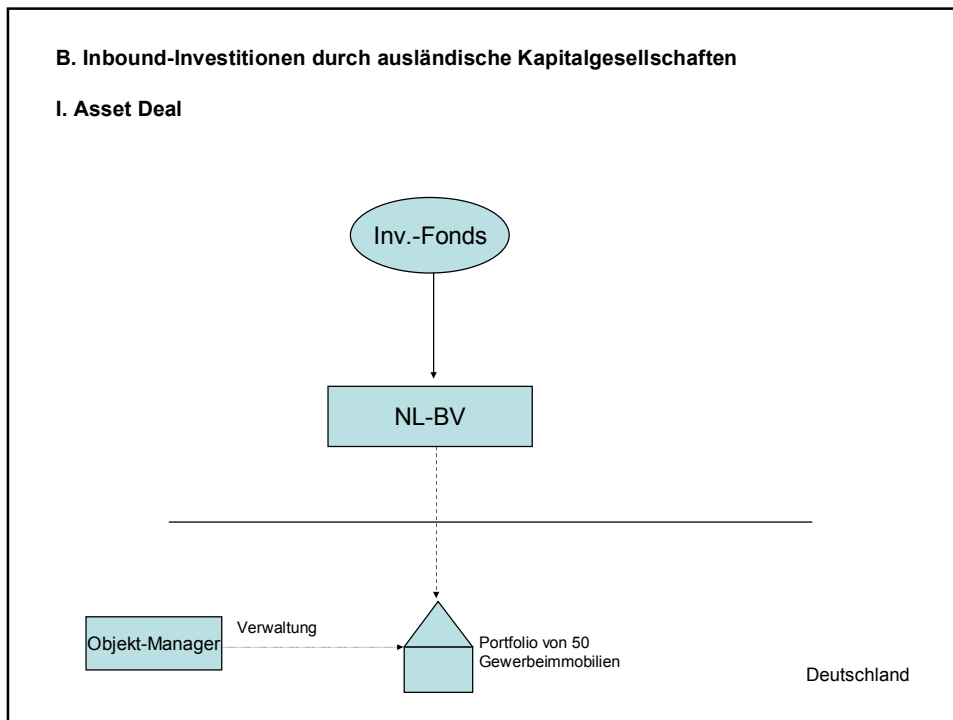
Ungeklärt, ob Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG dazu führt, dass Einkünfte aus der Vermietung sowie der Veräußerung des deutschen Grundbesitzes nunmehr einheitlich zu erfolgen hat.

- Dagegen könnte Objektsteuercharakter der beschränkten Steuerpflicht sprechen. Durch § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG wird nicht Besteuerung eines einheitlichen Gewerbebetriebs angeordnet.
- Einkünfte aus Vermietung und Einkünfte aus der Veräußerung werden vielmehr in zwei selbständigen Gliederungspunkten genannt.
- Von der Frage der getrennten oder einheitlichen Gewinnermittlung dürfte zugrundezulegender Abschreibungswert nicht abhängen. Dürfte sich in beiden Fällen nach § 7 Abs. 1 S. 5 EStG richten.
- Ob nach dieser Vorschrift die AK/HK abzüglich der bisher geltend gemachten AfA oder der Teilwert zum Einlagezeitpunkt anzusetzen ist, ist freilich umstritten.
- Für Ermittlung des Veräußerungsgewinns anzusetzender Wert dürfte wie bisher zu bestimmen sein:
Bei Anschaffung des Grundstücks vor dem 1.1.1994 der Teilwert zum Verstrickungszeitpunkt (1.1.1994).
Bei späteren Anschaffungen die AK/HK abzüglich der bereits im Rahmen der Ermittlung von Vermietungseinkünften eventuell geltend gemachten AfA.

- Getrennte Gewinnermittlung dürfte jedoch dazu führen, dass eine voraussichtlich dauerhafte Wertminderung der Immobilie nicht im Wege der Teilwertabschreibung geltend gemacht oder eine Rücklage nach § 6b EStG gebildet werden kann.
- Hinsichtlich der Abschreibungssätze wird teilweise vertreten, bei getrennter Gewinnermittlung könnten nur niedrigere Abschreibungssätze von 2 % bzw. 2,5 % zugrunde gelegt werden, da in § 7 Abs. 4 Nr. 1 EStG die Sprache von „Betriebsvermögen“ ist.

B. Inbound-Investitionen durch ausländische Kapitalgesellschaften

I. Asset Deal



Einkünfte 2008:

- **Vorprüfung** (nach OFD Münster, Verfügung vom 24.7.2008, GmbHR 2008, 1007):
Hat NL-BV Geschäftsleitung im Inland? Relevanz für Art der Steuerpflicht.
Inländische Geschäftsleitung kann zu unbeschränkter Steuerpflicht führen, vgl. § 1 Nr. 1 KStG. Ort der Geschäftsleitung: Ort, wo die für das Tagesgeschäft der Gesellschaft relevanten Entscheidungen getroffen werden. In der Regel der Ort, wo die Geschäftsführung der Gesellschaft tätig wird.

Aber Achtung: Verlegung des Verwaltungssitzes einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland kann zu der gesellschaftsrechtlichen Auflösung der Gesellschaft führen.

Grundregel: Rechtsformwahrender Zuzug aus EU-/EWR-Mitgliedstaat möglich, der Gründungstheorie folgt (ständige Rspr. des EuGH, Centros, Inspire Art, Überseering).
Aber: In der Regel kein rechtsformwahrender Zuzug möglich, wenn Wegzugsstaat der Sitztheorie folgt (Cartesio-Entscheidung des EuGH).

Kein rechtsformwahrender Zuzug aus Nicht-EU-/EWR-Staat möglich (Trabrennbahn-Urteil des BGH vom 27.10.2008, DStR 2009, 59).

Wenn kein rechtsformwahrender Zuzug: Gesellschaft gilt als aufgelöst, ist nicht mehr als Körperschaftsteuersubjekt vorhanden.

U.U. gründet sich Gesellschaft als Personengesellschaft deutschen Rechts durch ihre wirtschaftliche Tätigkeit neu.

Frage: Befindet sich die Stätte der Geschäftsleitung möglicherweise beim Verwalter der Immobilien in Deutschland?

- Ja, wenn dort das Tagesgeschäft stattfindet.
- Abwägungsfrage, mit der in der Praxis äußerst sensibel umgegangen wird.
- Tagesgeschäft der Gesellschaft ist die Vermietungstätigkeit.
- Sämtliche wesentliche Entscheidungen in Bezug auf die Vermietungstätigkeit sind in den Niederlanden zu treffen.
- Keine Entscheidungsbefugnis, keine Vertretungsmacht des Verwalters.
- In der Praxis häufig schwer durchzuhalten.
- Oft besteht eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht des Verwalters.
- Gute Dokumentation von Entscheidungsfindungen in den Niederlanden notwendig.

Wenn Ergebnis, dass Ort der Geschäftsleitung in den Niederlanden:

- NL-BV ist nicht bereits wegen ihrer Rechtsform kraft Fiktion gewerblich tätig.
- § 8 Abs. 2 KStG gilt nur für unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften.
- Die reine Vermietungstätigkeit fällt daher unter § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG.
- Keine isolierende Betrachtung nach § 49 Abs. 2 EStG notwendig.
- Ausländische Kapitalgesellschaft hat daher Einkünfte aus VuV.
- Keine Teilwertabschreibung, keine Bildung einer § 6b-Rücklage möglich, AfA 2 – 2,5 %
- Einkünfte aus der Veräußerung der Immobilien stellen dagegen gewerbliche Einkünfte i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 2 EStG aF dar.

Anwendung der Zinsschrankenregelungen?

- Vermietungstätigkeit stellt keine gewerbliche Tätigkeit dar!
- Somit existiert auch kein „Betrieb“ i.S.d. Zinsschrankenregelungen.
- Gesetzgeber hatte dieses Problem aber erkannt, da es bereits rege in der Beraterschaft diskutiert wurde.
- § 8a Abs. 1 S. 4 KStG: sinngemäße Anwendbarkeit der Zinsschranke auf Kapitalgesellschaften, die ihre Einkünfte nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 EStG ermitteln.
- Strittig, ob dies auch dann gilt, wenn vermögensverwaltende Personengesellschaft zwischen-geschaltet wurde.
- Ungeklärt ist, ob für Zwecke der Freigrenze auf das einzelne vermietete Objekt oder auf die gesamte Vermietungstätigkeit abzustellen ist.
- Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass auf das einzelne vermietete Objekt abzustellen sei.
- In diesem Zusammenhang könnte auf die Rechtsprechung des BFH zur Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht im bei VuV abgestellt werden, die immer nur auf das einzelne Objekt abstellt.

Gewerbsteuerliche Beurteilung:

- In gewerbsteuerlicher Hinsicht ist die Tätigkeit der NL-BV kraft gesetzlicher Fiktion stets als Gewerbebetrieb anzusehen, vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG.
- Der von ihr betriebene Gewerbebetrieb unterliegt aber nur der Gewerbesteuer, soweit er im Inland betrieben wird, vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG.
- Im Inland betrieben wird ein Gewerbebetrieb, soweit für ihn im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird, vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 GewStG.
- Gewerbesteuerpflicht der NL-BV, soweit Einkünfte aus den Immobilien einer deutschen Betriebsstätte i.S.v. § 12 AO zugerechnet werden können.
- Vermietetes Objekt nach st. Rspr. des BFH keine Betriebsstätte des Vermieters.
- Die mit Vermietung zusammenhängenden Verwaltungsarbeiten sind grds. der Betriebsstätte des Verwaltungssitzes zuzuordnen.
- Solange das Tagesgeschäft in den Niederlanden, keine Geschäftsleitungsbetriebsstätte in Deutschland.
- Dennoch Begründung einer Betriebsstätte durch Tätigkeit des Immobilienverwalters?
- Nach GewStR kann Betriebsstätte auch durch Ständigen Vertreter begründet werden.

Bestellung als Ständiger Vertreter wird bereits bei Weisungsgebundenheit aufgrund eines Auftragsverhältnisses angenommen. Beim Immobilienverwalter liegen diese Voraussetzungen vor.

Aber:

- Tätigkeit des Ständigen Vertreters muss in einer festen Geschäftseinrichtung stattfinden, über die der Unternehmer Verfügungsmacht hat.
- Bei eigenen oder angemieteten Büroräumen des Immobilienverwalters (-)
- In der Praxis aber häufig Überlassung von Räumen durch den Unternehmer an den Immobilienverwalter für die Dauer des Vertragsverhältnisses.
- Z.B. bei sog. Center-Managern.
- In der Praxis sind auch Kantinenbetriebsverträge, Tätigkeit von Hausmeistern problematisch.
- Aber Rspr. des BFH: Tätigkeit eines Subunternehmers begründet nicht ohne Weiteres Betriebsstätte des Hauptunternehmers. Erforderlich ist vielmehr stets eine eigene Tätigkeit des Hauptunternehmers in der festen Einrichtung, über die er Verfügungsmacht hat.
- Eine solche eigene Tätigkeit kann z.B. in der laufenden Überwachung des Subunternehmers vor Ort bestehen. D.h. mE, dass die regelmäßige physische Anwesenheit des Hauptunternehmers notwendig ist.

Vgl. BFH v. 30.6.2005, BStBl. II 2006, 84 (89):

„Ob die Tankstellenverwalter ständige Vertreter i.S. des § 13 AO 1977 sind, kann im Streitfall unentschieden bleiben. Denn im deutschen innerstaatlichen Recht begründet ein ständiger Vertreter keine inländische Betriebsstätte. [...] Die BFH-Entscheidungen, die sich damit auseinandersetzen, inwieweit ein ständiger Vertreter eine Betriebsstätte des Unternehmers unterhält, sind überholt, da sie zu § 16 Abs. 2 Nr. 2 des Steueranpassungsgesetzes ergangen sind. Danach war die Betriebsstätte – anders als in § 12 AO 1977 – definiert als Geschäftseinrichtung, die dem Unternehmer oder seinem ständigen Vertreter zur Ausübung des Gewerbes dient.“

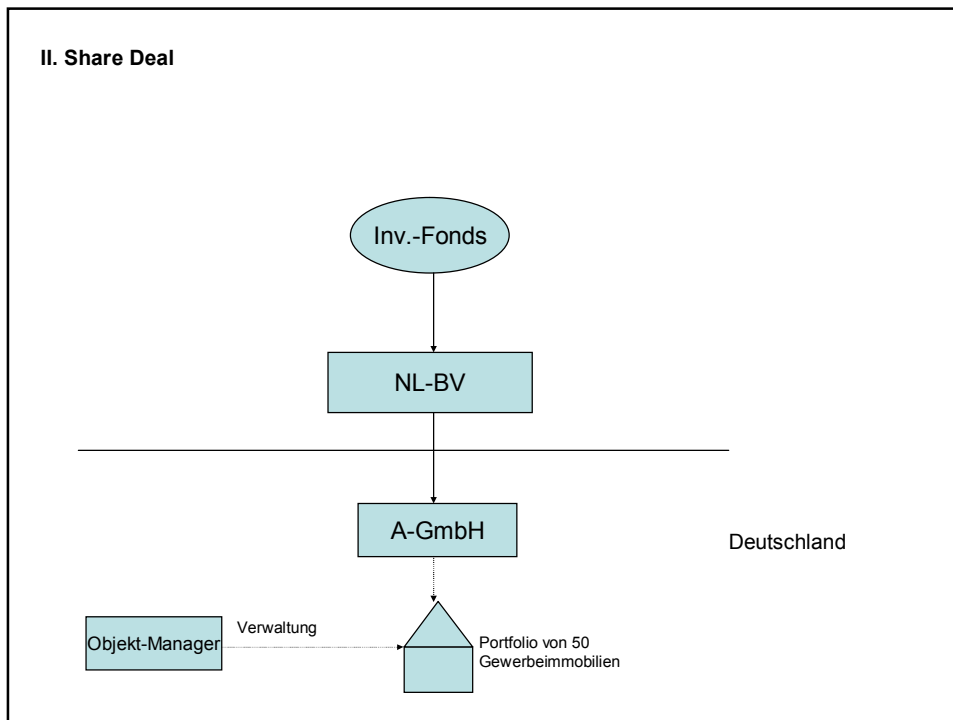
Einkünfte ab 2009:

- Laufende Vermietungseinkünfte der ausländischen Kapitalgesellschaft sind nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 1 aa), S. 2 EStG in der Fassung des JStG 2009 kraft gesetzlicher Fiktion stets gewerblich.
- Die Einkünfte sind nunmehr nach § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG zu ermitteln.
- Wechsel der Einkünfteermittlungsmethode (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG).

Anwendung der Zinsschrankenregelungen?

- Im Schrifttum wird teilweise vertreten, ohne Betriebsstätte in Deutschland liege kein „Betrieb“ i.S. der Zinsschrankenregelungen vor.
- Für Anwendung der Freigrenzenregelung ist es fraglich, ob auf jedes einzelne Vermietungsobjekt abzustellen ist.
- (-), wenn Vermietung eine einheitliche gewerbliche Tätigkeit darstellt.
- Dagegen könnte Objektsteuercharakter der beschränkten Steuerpflicht sprechen.
- Jede Immobilie kann als selbständige Einkunftsquelle betrachtet werden.
- Durch § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG wird keine Betriebsstätte, der alle Objekte zugerechnet werden könnten, fingiert.

II. Share Deal



- Erwerb von 100 % der Anteile an der A-GmbH löst Grunderwerbsteuer aus (hier sind Gestaltungen möglich).
- A-GmbH hat kraft gesetzlicher Fiktion Einkünfte aus Gewerbebetrieb aus der Vermietung der Immobilien.
- A-GmbH unterliegt Gewerbesteuer. Aber: Erweiterte Kürzung möglich.
- Erweiterte Kürzung setzt voraus, dass keine originär gewerbliche Vermietung vorliegt und keine andere gewerbliche Tätigkeit (gewerbliche Grundstückshändlertätigkeit ist schädlich).
- Auf Ausschüttungen der A-GmbH an die NL-BV sind 25 % Kapitalertragsteuer einzubehalten.
- Erstattung und Freistellung (§ 43b EStG) möglich.
- **Aber:** Erhöhte Substanzanforderungen des § 50d Abs. 3 EStG sind zu beachten.
- In der Praxis kann dies gerade bei Investitionen durch ausländische Fonds ein Problem sein.