

Chancen in der Krise

2009

CHANCEN IN DER KRISE

Der vorliegende Tagungsband fasst die Vorträge und Diskussionen des **9. P+P-Private-Equity-Wochenendes im Kloster Seon** für interessierte Mandanten, Kollegen und Freunde zusammen. Das P+P-Private-Equity-Wochenende fand dieses Jahr am 31. Januar und 1. Februar 2009 statt und stand ganz unter dem Thema „*Chancen in der Krise*“. In Ergänzung zur laufenden internen Ausbildung dient dieses jährlich stattfindende Private-Equity-Wochenende dem fachlichen Austausch sowohl im Kreise der P+P-Anwälte als auch mit P+P freundschaftlich verbundenen Hochschullehrern, Doktoranden, Referendaren und anderen Gästen. Den Beiträgen der Mitarbeiter von P+P vorangestellt ist die Abschrift einer Begrüßungsrede von Prof. Dr. Reinhard Pöllath anlässlich des Abendempfangs in unserem Berliner Büro vom 3. Februar 2009 im Rahmen der SuperReturn International 2009 Conference. Für Fragen, Anmerkungen und Diskussionen stehen alle Autoren gerne zur Verfügung.

P+P Pöllath + Partners gilt als „die“ auf Private Equity spezialisierte Rechts- und Steuerberatungs-Praxis in Deutschland. P+P war von Anfang an dabei: sowohl bereits in den 80er Jahren mit der Gründung der ersten deutschen und auf Deutschland gerichteten Private Equity-Fonds (PE-Fonds) für Buy-Outs und Venture Capital als auch mit der Betreuung der ersten großen deutschen Private Equity-Anleger, aber auch heute noch täglich mit Beratung, Gestaltung und Durchführung von Transaktionen für Käufer und Verkäufer. P+P betreibt darüber hinaus zum einen aktiv **Ausbildung** für Private Equity (z.B. mit **MUPET/Munich Private Equity Training**, welche im Juni 2009 zum 9. Mal stattfindet oder mit den **Postgraduierten-Studiengängen** (LL.M./MBA) M&A/Mergers & Acquisitions, Steuerwissenschaften, Real Estate und Private Wealth Management an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster). Zum anderen fördert P+P die **Aufklärung** über Private-Equity (z.B. mit der gemeinnützigen Stiftung DVCI/Dt. VC-Institut oder mit Gutachten und Symposien zur Versachlichung der Diskussion zum Private-Equity; beispielsweise für Bundes- und Länderfinanzminister).

Zu Private Equity berät P+P rechtlich und steuerlich („integriert“) auf allen Ebenen:

- bei der Strukturierung von **PE-Fonds** durch Initiatoren,
- bei der **Prüfung und Auswahl** von PE-Fonds durch institutionelle und private **Anleger**,
- bei kleinen und großen **Transaktionen** (Kauf, Verkauf, Umstrukturierung) für und gegen PE-Fonds und andere Marktteilnehmer,
- bei Spezial- und Größt-Transaktionen und -Strukturierungen, z. B. Wohnungs- und andere Immobilien-Bestände und

- bei **Management**-Beteiligungsprogrammen für Management und für Verkäufer, Käufer oder Fonds.

Charakteristisch für P+P ist die Verbindung von **Recht und Steuern** und von **Unternehmenskauf (M&A) und Private Equity (Fonds und Manager)**.

Im jüngsten Ranking z. B. von Who's Who Legal 2008 hat P+P mit insgesamt zehn die meisten Nominierungen von herausragenden Anwälten aller Kanzleien in diesen drei Bereichen in Deutschland und wird als eine von nur zwei Firmen in allen diesen Bereichen als führend eingestuft. Zudem ist P+P in diesem Top-Segment die kleinste Firma mit einem besonders hohen Anteil persönlicher Beratung.

Hinweise zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Private Equity finden Sie auch auf unserer Homepage www.pplaw.com unter der Rubrik „News“.

Berlin / Frankfurt / München, im Juni 2009

Die Herausgeber

**Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG und
Auswirkungen für ausländische Objektkapitalgesellschaften**

Dr. Allit Lohbeck*

* P+P Berlin; Kontaktdaten am Ende des Textes

A. Einleitung

Häufig werden Inbound-Investitionen in deutsches Immobilienvermögen über ausländische Kapitalgesellschaften getätigt. In der Praxis werden vielfach Kapitalgesellschaften niederländischen oder luxemburgischen Rechts gewählt. Nach Auffassung der OFD Münster vom 24.7.2008 (GmbHR 2008, 1007) ist bei ausländischen Objektkapitalgesellschaften, die Einkünfte aus inländischem Grundbesitz erzielen, stets zu prüfen, wo sich der Ort der Geschäftsleitung befindet. Befindet sich der Ort der Geschäftsleitung der nach ausländischem Recht gegründeten Objektgesellschaft in Deutschland, so wird es aber regelmäßig auch zu einer Verlegung des Verwaltungssitzes gekommen sein. Verlegt eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines EU- oder EWR-Mitgliedstaates gegründet wurde, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so ist eine identitätswahrende Sitzverlegung jedenfalls dann möglich, wenn das Recht des Gründungsstaates eine solche Sitzverlegung zulässt. Die Kapitalgesellschaft ist dann in Deutschland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. Bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes von außerhalb der EU und des EWR kommt es in Deutschland unter Anwendung der Sitztheorie zu einer Auflösung der Gesellschaft (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2008, DStR 2009, 59). Die wirtschaftliche Tätigkeit in Deutschland wird dann u.U. durch eine Personengesellschaft deutschen Rechts fortgesetzt, die nicht selbst Steuersubjekt ist.

I. Körperschaftsteuer

Befindet sich der Ort der Geschäftsleitung der immobilienhaltenden Kapitalgesellschaften im Ausland, sind sie mit ihren Einkünften aus dem deutschen Grundvermögen in Deutschland allenfalls beschränkt körperschaftsteuerpflichtig (§ 2 Nr. 1 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 EStG).

1. Situation bis 1.1.2009

- Da § 8 Abs. 2 KStG nur für unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften gilt, war es bis zum 1.1.2009 möglich, dass die ausländische Kapitalgesellschaft Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i.S.v. § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG erzielte.
- Insbesondere führte eine eventuelle Grundstückshändler Tätigkeit nicht notwendigerweise dazu, dass die Vermietungseinkünfte „infiziert“ und dadurch zu gewerblichen Einkünften wurden.
- Waren die Einkünfte aus der Vermietung inländischen Grundbesitzes jedoch „originär“ gewerblich, so waren sie nur dann steuerbar, wenn sie einer Betriebstätte oder einem Ständigen Vertreter zugeordnet werden konnten (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 a) EStG).

- Fraglich war, ob Einkünfte, die durch eine zwischengeschaltete gewerblich geprägte Personengesellschaft, welche den Ort der Geschäftsleitung im Ausland hatte, in Deutschland nicht besteuert werden konnten, soweit sie keiner Betriebsstätte und keinem Ständigen Vertreter zugerechnet werden konnten. Nach der Verfügung der OFD Münster vom 24.7.2008 sollte es sich bei der gewerblichen Prägung um ein ausländisches Besteuerungsmerkmal handeln, welches nach § 49 Abs. 2 EStG zu ignorieren gewesen wäre. Die Auffassung der OFD Münster war jedoch nicht unumstritten. Im Schrifttum wurde die Auffassung vertreten, das Merkmal der gewerblichen Prägung sei nicht isolierend zu betrachten (vgl. Meining/Kruschke, GmbHR 2008, 91).

2. Situation ab 1.1.2009

- Angeblich aus Angst vor Steuergestaltungen über gewerblich geprägte Personengesellschaften mit der Geschäftsleitung im Ausland hat der Gesetzgeber § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG durch das JStG 2009 wesentlich geändert.
- Gewerbliche Vermietungseinkünfte sind nunmehr auch dann in Deutschland steuerbar, wenn sie keiner Betriebsstätte und keinem Ständigen Vertreter zugerechnet werden können (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 1 aa) EStG).
- Die Vermietungseinkünfte von ausländischen Kapitalgesellschaften, die mit einer Körperschaft i.S.v. § 2 Nr. 1 KStG vergleichbar sind, sind nunmehr stets gewerblich und in Deutschland auch dann steuerbar, wenn sie keiner Betriebsstätte und keinem Ständigen Vertreter zugerechnet werden können (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 2 EStG).
- Eine ähnliche Regelung existierte in § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG bereits seit dem 1.1.1994 für gewerbliche Einkünfte aus der Veräußerung inländischen Grundbesitzes bzw. für Einkünfte, die durch ausländische Kapitalgesellschaften aus der Veräußerung inländischen Grundbesitzes erzielt werden. Diese Einkünfte waren seit Anfang 1994 in Deutschland auch dann steuerbar, wenn sie keiner Betriebsstätte und keinem Ständigen Vertreter zugerechnet werden konnten.
- Das Grundvermögen ausländischer Objektkapitalgesellschaften war daher bereits seit Anfang 1994 stets steuerverstrickt. Allerdings erforderte dies keine laufende Gewinnermittlung. Der Veräußerungsgewinn wurde vielmehr „punktuell“ anlässlich der Veräußerung einer Immobilie ermittelt.
- Zahlreiche Objektkapitalgesellschaften sind zum 1.1.2009 kraft Gesetzes von der vermögensverwaltenden Vermietung in die gewerbliche Vermietung gewechselt. Damit ändert sich auch die Art der Einkünfteermittlung.

-
- Die Art der Gewinnermittlung (Einnahmen-/Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG oder Betriebsvermögensvergleich nach §§ 4, 5 EStG) ist davon abhängig, ob die ausländische Kapitalgesellschaft buchführungspflichtig ist oder freiwillig Bücher führt.
 - Die Pflicht, nach den Gesetzen einer ausländischen Rechtsordnung Bücher zu führen, begründet nach hM keine Buchführungspflicht für Zwecke der deutschen Besteuerung. Eine solche Pflicht kommt aber nach § 141 AO in Betracht. Danach besteht eine Buchführungspflicht, wenn für den einzelnen Betrieb Umsätze nach § 4 Nr. 8 bis 10 UStG von mehr als 500.000 Euro im Kalenderjahr oder ein Gewinn aus Gewerbebetrieb von mehr als 50.000 Euro im Wirtschaftsjahr erzielt worden sind. Die Buchführungspflicht ist jedoch erst vom Beginn des Wirtschaftsjahres an zu erfüllen, das auf die Bekanntgabe der Mitteilung folgt, durch die die Finanzbehörde auf den Beginn dieser Verpflichtung hingewiesen hat (vgl. § 141 Abs. 2 S. 1 AO). Eine Buchführungspflicht wird daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen frühestens ab dem Wirtschaftsjahr 2010 entstehen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Buchführungspflicht in vielen Fällen erst ab dem Wirtschaftsjahr 2011 entstehen wird.
 - Für die betroffenen ausländischen Kapitalgesellschaften besteht jedoch auch die Möglichkeit, freiwillig Bücher nach deutschen Vorschriften zu führen. Die Gewinnermittlung erfolgt dann durch Betriebsvermögensvergleich, §§ 4, 5 EStG.
 - Fraglich ist, ob die die Ermittlung des Gewinns aus der Vermietung und aus dem Verkauf der inländischen Immobilien nunmehr einheitlich zu erfolgen hat. Dagegen spricht, dass es sich bei der Vermietung und dem Verkauf um zwei verschiedene Einkunftsquellen der beschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft handelt, die in § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 1 EStG auch getrennt aufgeführt werden. Die Gesetzesbegründung legt jedoch den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass nunmehr eine einheitliche Gewinnermittlung stattfinden soll.
 - Von der Frage, ob eine einheitliche Gewinnermittlung vorzunehmen ist, dürfte auch abhängen, mit welchem Wert der Grundbesitz als Betriebsvermögen anzusetzen ist.
 - Findet nunmehr eine einheitliche Gewinnermittlung statt, so dürfte zu berücksichtigen sein, dass die vermieteten Grundstücke der ausländischen Kapitalgesellschaft bereits in Deutschland steuerverstrickt sind. Sie sollten daher mit dem Wert angesetzt werden, der auch bei ihrer Veräußerung zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns anzusetzen gewesen wäre. Dies ist bei einer Anschaffung des jeweiligen Grundstücks vor dem 1.1.1994 der Teilwert zum 1.1.1994 und bei späteren Anschaffungen die Anschaffungskosten abzüglich der im Rahmen der Ermittlung der Vermietungseinkünfte geltend gemachten Ab-

schreibungen (vgl. dazu auch BFH, Urt. v. 22.8.2006, DStRE 2007, 96). Für Zwecke der Abschreibung dürfte jedoch auf § 7 Abs. 1 S. 5 EStG abzustellen sein. Ob nach dieser Vorschrift die Anschaffungs-/Herstellungskosten abzüglich der bisher geltend gemachten AfA oder der Teilwert zum Einlagezeitpunkt anzusetzen ist, ist freilich umstritten (vgl. dazu Mensching, DStR 2009, 96 (98), m.w.N.).

- Sollte jedoch eine getrennte Gewinnermittlung stattfinden, so ist das Grundvermögen für Zwecke der Ermittlung des Gewinns aus der Vermietung nicht als Betriebsvermögen anzusetzen. Eine Bewertung findet lediglich für Zwecke der Abschreibung statt. Die Ermittlung der Abschreibungsbemessungsgrundlage dürfte sich ebenfalls nach § 7 Abs. 1 S. 5 EStG richten.
- Eine getrennte Gewinnermittlung hat zur Folge, dass eine voraussichtlich dauerhafte Wertminderung der Immobilie nicht im Wege einer Teilwertabschreibung geltend gemacht werden kann. Gleiche Erwägungen gelten für die Möglichkeit, eine Rücklage nach § 6b EStG bilden zu können.

II. Gewerbesteuer

In gewerbesteuerlicher Hinsicht hat die Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG keine Auswirkungen für ausländische Objektkapitalgesellschaften. Ihre Tätigkeit galt in gewerbesteuerlicher Hinsicht bereits wegen § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG in vollem Umfang als gewerblich. Die gewerblichen Einkünfte unterliegen jedoch nur dann der Gewerbesteuer, wenn und soweit sie einer im Inland belegenen Betriebstätte zugerechnet werden können, vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 GewStG. Kann die Vermietungs- bzw. die Veräußerungstätigkeit der ausländischen Objektkapitalgesellschaft keiner in Deutschland belegenen festen Einrichtung zugerechnet werden, über die die Gesellschaft verfügt, so sind diese Einkünfte auch nicht gewerbesteuerbar – unabhängig davon, dass sie wegen § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG auch dann körperschaftsteuerpflichtig sind, wenn sie weder einer Betriebstätte noch einem Ständigen Vertreter zugerechnet werden können.

B. Fazit

Durch die Änderung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) EStG durch das JStG 2009 hat der Gesetzgeber eine Vorschrift geschaffen, durch die es gelingt, originär gewerbliche Einkünfte aus der Vermietung inländischen Grundbesitzes in Deutschland zu besteuern, auch wenn sie keiner Betriebstätte und keinem Ständigen Vertreter zugerechnet werden können. Um inländische Vermietungseinkünfte lückenlos zu erfassen, war die Fiktion in § 49 Abs. 1 Nr. 2 f) S. 2 EStG eigentlich nicht mehr notwendig. Der Gesetzgeber wollte durch sie eine Gleichstellung mit den Einkünften ausländischer Kapitalgesellschaften aus der Veräußerung inländischen Grundbesitzes erreichen und möglicherweise auch die Anwendbarkeit der Zinsschrankenregelungen erleichtern. Viele

Fragen sind allerdings nach Einführung der Vorschrift offen, die der Gesetzgeber durch eindeutige Anwendungsregeln hätte klären können. So ist die Frage, ob eine einheitliche oder getrennte Ermittlung der Gewinne aus der Vermietung und der Veräußerung des inländischen Grundbesitzes stattfindet, als derzeit ungeklärt zu betrachten.

Kontakt details der Autorin:



Dr. Allit Lohbeck

P+P Pöllath + Partners Berlin

Tel.: +49 (30) 25353-220

Fax: +49 (30) 25353-999

E-mail: allit.lohbeck@pplaw.com

www.pplaw.com