



Thomas Jäger  
STEUERBERATER UND PARTNER  
BEI LM AUDIT & TAX GMBH, München

THOMAS JÄGER | LM AUDIT & TAX GMBH

## Aktuelle Entwicklungen in der Tax Compliance bei Real Estate und Private Equity

Nach monatelangen Koalitionsverhandlungen ist die Politik wieder handlungsfähig und es gibt wieder ein Jahressteuergesetz 2018. Share Deals sind sowohl in der Grunderwerbsteuer als auch im Ertragsteuerrecht auf einmal wieder im Fokus. Wichtige Themen wie der angemessene Zinssatz auf Gesellschafterdarlehen (Stichwort Konzernrückhalt) oder die Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten haben weiter Impulse erfahren. Im Bereich der Anerkennung von Liquidationsverlusten aus von im Privatvermögen gehaltenen Kapitalbeteiligungen und Darlehensverlusten zeigt die BFH Rechtsprechung positive Impulse. Ebenso gibt es aktuell Hoffnung auf einen Sinneswandel des BFH im Bereich der gewerblichen Infektion. Dieser Artikel soll wesentliche Entwicklungen und deren Bedeutung für die Praxis aufzeigen.

### Real Estate

#### ■ **Gesellschafterdarlehen und angemessener Zinssatz – Entwarnung beim Konzernrückhalt?**

Zur grundsätzlichen Thematik hatten wir ja bereits in der vorhergehenden Ausgabe des FYB 2018 berichtet. Seitdem haben die Urteile zwei weiterer Finanzgerichte den Weg zur Revision beim BFH gefunden. Das Finanzgericht Münster hat im Urteil vom 07.12.2016 (Revision eingelegt I R 4/17) insbesondere die Frage der Methodik zur Findung des angemessenen Zinssatzes als Fremdvergleichspreis thematisiert. Nach Auffassung des FG Münster sollte im Urteilsfall ein externer Preisvergleich wegen mangelnder Vergleichbarkeit der konzernzugehörigen Finanzierungsgesellschaft mit anderen Darlehensgebern nicht möglich sein. Demzufolge kommt das FG Münster zu dem Schluss, dass die Vorausset-

zungen der Preisvergleichsmethode wie Identität der wesentlichen Leistungsbeziehungen hinsichtlich des zu beurteilenden Preises sowie des als Maßstab anzulegenden Vergleichspreises nicht erfüllt seien und demzufolge im Urteilsfall ausschließlich die Kostenaufschlagsmethode die geeignetste Methode sei, welcher laut FG Münster im Fall konzerninterner Dienstleistungen sogar die Rolle der Regelmethode zukommen soll. Danach ergibt sich der Fremdvergleichspreis aus der Summe der anteiligen Fremd- und Eigenkapitalkosten sowie der anteiligen Selbstkosten der Finanzierungsgesellschaft zuzüglich eines angemessenen Gewinnzuschlags von 5%. Ein weiterer bedeutsamer Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Forderung des FG Münster nach der Offenlegung der Refinanzierungskosten weiterer Konzerngesellschaften. Die Aussage der Klägerin, eine Einforderung der betreffenden Darlehensverträge bei der Schwestergesellschaft, seien – mit Verweis auf fehlende Herausgabeansprüche – nicht möglich, hat das FG Münster mit Verweis auf erhöhte Mitwirkungspflichten nach § 90 AO nicht anerkannt.

Im weiteren Urteil des Finanzgerichts Köln vom 29.06.2017 (Revision eingelegt I R 62/17) wurde u.a. festgestellt, dass der mit einem darlehensgewährenden Bankenkonsortium vereinbarte Zinssatz (im Urteilsfall durchschnittlich 4,78%) der Maßstab sei, an dem sich der Zinssatz für Gesellschafterdarlehen (im Urteilsfall 8% p.a.) messen lassen muss, ohne dass die Nichtgewährung von Sicherheiten oder die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen einen Risikozuschlag bei der Zinsfestsetzung rechtfertigen sollen. Selbst ein vom (fremden Dritten) Verkäufer gewährtes Darlehen hat das FG hinsichtlich des Vergleichsmaßstabes als unbeachtlich qualifiziert, da die Möglichkeit bestünde, dass der Zinssatz zur Kompensation eines niedrigeren Kaufpreises in dieser Höhe (im Urteilsfall 10% p.a.) vereinbart sei. Zuguterletzt kommt das FG Köln sogar zu dem Schluss, dass ein im Nachhinein – also erst anlässlich der späteren Betriebsprüfung – angefertigtes Gutachten nicht die Fremdüblichkeit des Zinssatzes beweisen kann, wenn tatsächlich Darlehensverträge mit fremden Dritten abgeschlossen wurden.

Beide Urteile entfalten einerseits Signalwirkung, wurden andererseits – wohl aus guten Gründen – aber auch in der Fachliteratur heftig kritisiert. Das von uns erwirkte und bis dato nicht veröffentlichte, rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts Schleswig-Holstein scheint soweit ersichtlich weiterhin das Einzige Urteil zu sein,

in dem ein Finanzgericht – aus für uns nachvollziehbaren guten Gründen – den höheren und nach der Preisvergleichsmethode ermittelten Zinssatz des Transferpreisgutachtens zu Gunsten der klagenden Immobilienobjektgesellschaft anerkannt hat. Jetzt bleibt abzuwarten, ob der BFH in den beiden Revisionsverfahren die detaillierte Begründung des FG Schleswig-Holstein und damit das wegweisende Urteil des FG teilt. Die endgültige Entwarnung beim Konzernrückhalt lässt damit noch auf sich warten. Entsprechende Fälle sollten mit Verweis auf die genannten Revisionsverfahren beim BFH weiter offengehalten werden.

### ■ Gewerbliche Infektion – Neues zur Bagatellgrenze

Die laufende Vermietung und Verwaltung von Immobilien ist nach deutschem Steuerrecht bei Personengesellschaften im Rahmen einer sog. Vermögensverwaltung und im Rahmen einer kraft Rechtsform gewerblichen unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft bei ausschließlicher Verwaltung eigenen Grundbesitzes oder eigenen Grundbesitzes und Kapitalvermögens unter Inanspruchnahme der gewerbesteuerlichen sog. erweiterten Kürzung grundsätzlich ohne Anfall von Gewerbesteuer möglich. Als Vermögensverwaltung gilt in diesem Zusammenhang eine Tätigkeit, die noch als Nutzung von Vermögen im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten qualifiziert und die Ausnutzung substanzieller Vermögensvorteile durch Umschichtung nicht entscheidend in den Vordergrund tritt. Ein Gewerbebetrieb liegt dagegen vor, wenn die Betätigung mit Gewinnerzielung unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht.

Infolge der eklatanten Unbestimmtheit der gesetzlichen Anforderung sowohl an die Vermögensverwaltung (relevant bei Personengesellschaften) als auch – im Rahmen der erweiterten Kürzung bei Kapitalgesellschaften und gewerblichen Personengesellschaften – an den Umfang und die Abgrenzung der Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes tendiert die Strukturierungspraxis schon seit Jahren zur Nutzung von Objektgesellschaften mit Sitz im Ausland, da in diesem Fall die gewerbliche Betriebsstätte in Deutschland als Anknüpfungspunkt für das Anfallen deutscher Gewerbesteuer bei sorgfältiger Strukturierung und stringenter Einhaltung von Substanzanforderungen regelmäßig fehlt. Die in der

Praxis lauerner Fallstricke wie etwa bei Mitvermietung von Serverraum-Klimaanlagen, Lastenaufzügen, Kantinenküchen und -einrichtungen, dem Betrieb von Solarstromanlagen oder gar das Unterhalten eines sog. Concierge in Büroimmobilien sind wie bekannt vielfältig. Bereits geringfügige gewerbliche Einkünfte inländischer Personengesellschaften können hier die Gesamttätigkeit als gewerblich qualifizieren und mit „Fallbeiwirkung“ zu erheblicher Gewerbesteuerbelastung unter Einbezug auch sämtlicher ansonsten unschädlicher Vermietungseinkünfte führen.

Wegweisend könnte sich in diesem Fall ein aktuelles Urteil des BFH vom 12.04.2018 (IV R 5/15) erweisen. Der BFH setzt damit deutliche Zeichen in dem er ausführt, dass bei (zusätzlicher) Erzielung negativer gewerblicher Einkünfte neben einer ansonsten unstrittigen Vermögensverwaltung ein Anwendungsfall der sog. gewerblichen Infektion gar nicht vorliege, da nach Ansicht des Senats nur positive gewerbliche Einkünfte zu einer Infektion der übrigen Einkünfte von Personengesellschaften führen können, da auch nur dann das Gewerbesteueraufkommen gefährdet sei. Ob die gesetzliche Regelung bei nur geringfügigen positiven gewerblichen Einkünften neben rein vermögensverwaltenden Einkünften zur Abfärbung führt wurde ausdrücklich offengelassen, hier insbesondere die nach bisheriger Rechtsprechung im Rahmen der freiberuflichen Einkünfte postulierten Geringfügigkeitsgrenze von 3% der Gesamtnettoumsatzerlöse soweit diese einen Betrag von EUR 24.500 nicht übersteigen. Wenngleich mit dem aktuellen Urteil noch keine Entwarnung eingetreten ist, lässt sich damit in laufenden Betriebsprüfungsfällen gut argumentieren, soweit die vermeintlich gewerblichen Aktivitäten nur auf Kostenbasis unter Weiterberechnung im Rahmen der Betriebskostenabrechnung abgewickelt wurden. Nach unserer praktischen Erfahrung ist diese Voraussetzung in vielen Fällen erfüllt, muss aber fallweise untersucht und ggf. unter Vorlage vertraglicher Vereinbarungen nachgewiesen werden. Abzuwarten bleibt in dieser Hinsicht auch das weiter anhängige Revisionsverfahren IV R 30/16 zur Frage der gewerblichen Infektion bei Beteiligung einer ansonsten vermögensverwaltenden Personengesellschaft an einer weiteren und nach Verkauf von Flugzeugen in Liquidation befindlichen (ehemals) gewerblichen Personengesellschaft. Die Fachwelt erwartet hier u.a. eine weitere Stellungnahme des IV. Senates des BFH zur Frage der Geringfügigkeitsgrenzen bei gewerblicher Infektion.

## Share Deals (Teil 1)

### ■ Jahressteuergesetz 2018 und Änderungen in der Ertragsteuer

Share Deals erfreuen sich in der Transaktionspraxis großer Beliebtheit. Ertragsteuerliche Konsequenz war bisher, das bei mittelbarer Veräußerung einer Immobilie im Wege der Veräußerung der Anteile an einer Immobilienkapitalgesellschaft, die weder ihren Sitz noch den Ort der Geschäftsleitung in Deutschland hat, durch im Ausland ansässige Gesellschafter keine Veräußerungsgewinnbesteuerung in Deutschland erfolgt. Im Grundsatz wird dies damit wirtschaftlich begründet, dass die in der Immobilie bestehenden stillen Reserven ja weiterhin in Deutschland steuerverstrickt sind und bei einer unmittelbaren Veräußerung im Wege des asset-deals auch regelmäßig versteuert werden. Um Umgehungen zu vermeiden, hat Deutschland in vielen Doppelbesteuerungsabkommen entsprechend Art. 13 Abs. 4 OECD-MA eine Regelung aufgenommen, wonach der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an in- und ausländischen Kapitalgesellschaften, deren Wert unmittelbar oder mittelbar überwiegend aus inländischem unbeweglichem Vermögen besteht, auch in Deutschland als Belegenheitsstaat der Immobilie besteuert werden darf. Bis dato fehlte allerdings die entsprechende Umsetzung im deutschen nationalen Steuerrecht, womit derartige Immobilien share-deals bis dato in Deutschland keiner Ertragsbesteuerung unterlagen.

Diese Besteuerungslücke wird aktuell im Zuge des Jahressteuergesetzes 2018 (zuletzt politisch werbewirksam aber dem inhaltlichen Umfang nicht gerecht werdend umbenannt in: Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften) geschlossen. Der vom Bundesfinanzministerium (BMF) vorgelegte Gesetzesentwurf wurde am 1.8.2018 vom Bundeskabinett beschlossen; zumindest geplant ist, dass das Gesetzgebungsverfahren bis Ende des Jahres abgeschlossen sein sollte, so dass die neuen Regelungen am 1.1.2019 in Kraft treten können.

Im Ergebnis sieht das neue Gesetz konkret folgende wesentliche Änderungen vor: Nach der neuen Regelung sollen nunmehr auch Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften steuerlich erfasst werden, die ihren Sitz und Geschäftsleitung im Ausland haben, sofern der Wert der Anteile unmittelbar

oder mittelbar zu mehr als 50% auf inländischem unbeweglichen Vermögen beruht. Hierfür ist es ausreichend, wenn diese Voraussetzung zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb von 365 Tagen vor der Veräußerung erfüllt war und die Anteile dem Veräußerer gem. § 39 AO zu diesem Zeitpunkt zuzurechnen waren; Gestaltungen durch Vermögensverschiebung sollen damit vermindert werden. Nicht erforderlich ist eine Mindestbeteiligungsquote des Veräußerers. Die genannte Immobilienquote von 50% basiert auf den Buchwerten, mit denen die aktiven Wirtschaftsgüter der Gesellschaft im betreffenden Zeitpunkt anzusetzen gewesen wären. Passive Wirtschaftsgüter, insb. Schulden bleiben damit außer Ansatz. Positiv zu erwähnen ist, dass für die Anwendung des neuen Gesetzes nur nach dem 31.12.2018 eingetretene Wertveränderungen relevant sein sollen; damit erfolgt eine steuerliche Verstrickung mit dem zum Ablauf des 31.12.2018 vorhandenen gemeinen Wert. In der Praxis wird hier anzuraten sein, zum Jahreswechsel entsprechende Wertgutachten einzuholen. Ferner sollen auch vor dem 1.1.2019 erfolgte Veräußerungen deren Wertveränderung auf nach dem 31.12.2018 beruhenden Wertveränderungen beruht (Earn-Out-Klauseln) von der Neuregelung ausgenommen sein.

Faktisch geht die geplante Regelung, soweit die wirtschaftlich Berechtigten Kapitalgesellschaften sind, ohnehin ins Leere, zumal der BFH zuletzt mit Urteil vom 31.05.2017 (I R 37/15) bestätigt hat, dass der von einer beschränkt steuerpflichtigen Körperschaft erzielte Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Kapitalgesellschaft unter den Voraussetzungen des § 8b KStG bereits nach nationalem Steuerrecht – ohne Anwendung der sog. Schachtelstrafe (Fiktion nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben in Höhe von 5% des steuerfreien Veräußerungsgewinns) – in voller Höhe steuerfrei ist. Vorbehaltlich einer Änderung des § 8b KStG im weiteren Gesetzgebungsverfahren scheinen aktuell nur natürliche Personen als Veräußerer von Immobilien-Kapitalgesellschaften betroffen zu sein; insoweit wäre das Teileinkünfteverfahren anzuwenden, was einer Steuerfreistellung in Höhe von 40% der Erträge gleichkommt. In der Fachliteratur wird die geplante Gesetzesänderung bereits diskutiert und teils heftig kritisiert, bis hin zu dem Vorschlag, die Änderung wegen geringer steuerlicher Auswirkung infolge faktischer Ausnahme von steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften aber auch erheblicher Folgeprobleme bei nicht allein grundstücksverwaltenden Industriebetrieben mit hoher Immobilienquote fallen zu lassen.

Daher bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Das weitere parlamentarische Verfahren mit Äußerung und Gegenäußerung von Bundestag und Bundesrat ist aktuell von September bis Ende November 2018 geplant.

Ergänzend plant der Gesetzgeber im Zuge des Jahressteuergesetzes 2018 auch die erfreuliche Rechtsprechung des BFH zum Forderungsverzicht quasi durch ein „Rechtsprechungsverhinderungsgesetz“ wieder aufzuheben. Mit Urteil vom 07.12.2016 (I R 76/14) hat der BFH entschieden, dass bei einer ausländischen Immobilienkapitalgesellschaft mit beschränkter Steuerpflicht wegen in Deutschland belegenen Immobilienvermögen der Gewinn aus einem Forderungsverzicht einer ebenfalls im Ausland ansässigen Muttergesellschaft im Ergebnis nicht zu den in Deutschland beschränkt steuerpflichtigen Vermietungseinkünften zählen soll. Insoweit darf die geplante Neuregelung durchaus als „Rechtsprechungsverhinderungsgesetz“ betrachtet werden. Ausländische Immobilienobjektgesellschaften, die bereits heute mit entsprechenden Forderungsverzichten rechnen, sollten daher dringend prüfen, ob der geplante Forderungsverzicht ggf. noch im alten Jahr 2018 und damit vor Anwendung der Neuregelung rechtswirksam durchgeführt werden kann.

## Share Deals (Teil 2)

### ■ RETT-Blocker und geplante Änderungen bei der Grunderwerbsteuer

Berichte in der Tagespresse über große Immobilientransaktionen, bei denen im Ergebnis keine Grunderwerbsteuer anfällt, haben das Auge der Öffentlichkeit und nachfolgend auch der Politik auf das Thema Grunderwerbsteuer bei sog. share-deals, also der mittelbaren Immobilienveräußerung durch Veräußerung der Anteile an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft (Objektgesellschaft) gelenkt. Bisher waren derartige Transaktionen grunderwerbsteuerfrei, sofern nicht mindestens 95% der Anteile mittelbar oder unmittelbar in der Hand eines Investors vereinigt wurden. Joint-Venture Akquisitionen mit einem fremden Dritten Akquisitionspartner, der mindestens 5,1% der Anteile übernimmt oder mit dem Verkäufer, bei dem mindestens 5,1% der Objektkapitalgesellschaft verbleiben, mutieren somit zu häufig genutzten Transaktionsmodellen.

Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat in den vergangenen Jahren Reformvorschläge entwickelt, die in der Finanzministerkonferenz vom 21.06.2018 diskutiert und beschlossen wurden. Ein konkreter Gesetzentwurf soll kurzfristig ausgearbeitet werden. Wesentliche Stellschraube stellt dabei wohl die geplante Absenkung der Beteiligungsquote bei den Ergänzungstatbeständen (Share Deals) von derzeit 95% auf künftig 90% dar. Zusätzlich sollen die bisherigen Haltefristen beim Verkauf von Personengesellschaftsanteilen, nach denen bisher eine weitere steuerfreie Veräußerung des zurückbehaltenen „Zwergenanteils“ erfolgen konnte von 5 Jahren auf 10 oder mehr Jahre erweitert werden. Für Kapitalgesellschaften ist ferner die Einführung eines gänzlich neuen Tatbestandes geplant, der die nunmehr verschärften Neuregelungen des § 1 (2a) GrEStG auch auf Kapitalgesellschaften überträgt.

Problematisch ist diese geplante Anwendung auch über die Immobilienbranche hinaus. So wird insbesondere bei immobilienintensiven Industriebetrieben mit entsprechender Aktivität im Bereich mergers & acquisitions, hier oft über mehrstufige Strukturen, ein erhöhter Überwachungsaufwand einhergehend mit erhöhtem Kontrollaufwand auf Seiten der Finanzverwaltung und schlussendlich auch höhere Tax Compliance Risiken für die Organe der Gesellschaften bis hin zum Vorwurf der Steuerhinterziehung bei nicht rechtzeitiger Deklaration einhergehen. Ein konkreter Gesetzesentwurf liegt bis dato noch nicht vor. Immobiliengesellschaften, die derzeit einen kurzfristigen Exit ohnehin planen, ist anzuraten, die weitere Entwicklung genau im Auge zu behalten.

## Private Equity

### ■ Kapital- und Darlehensverluste im Privatvermögen bei Liquidation

Mit der Einführung der Abgeltungsteuer ab 2009 geht für im Privatvermögen gehaltene Eigen- und Fremdkapitalbeteiligungen ein Systemwechsel einher. Folge dieses steuerlichen Systemwechsels ist einerseits eine Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen aus Zinsen und Kapitalbeteiligungen mit einem abgeltenden Steuersatz von 25%; andererseits ist der Abzug tatsächlicher Werbungskosten zugunsten eines Sparerfreibetrages von 801 EUR/1.602 EUR bei

Einzel- bzw. Zusammenveranlagung ausgeschlossen. Steuerlich anerkannt im Privatvermögen werden vorrangig „echte“ Verluste aus Anteilsveräußerungen. Sehr restriktiv gehandhabt werden von der Finanzverwaltung bisher Forderungsausfälle im Privatvermögen sowie auch Verluste im Privatvermögen gehaltener Anteile an Kapitalgesellschaften infolge Liquidation der Gesellschaft; ebenso wie die – oft als Gestaltung genutzte – Veräußerung von Kapitalbeteiligungen zu einem (symbolischen) Kaufpreis, der die Transaktionskosten nicht übersteigt. Allesamt Szenarien, die bei in Private Equity Fonds investierten Privatpersonen durchaus auftreten können. Die Finanzverwaltung argumentierte in allen vorstehenden Fällen mit dem BMF Erlass betreffend Zweifelsfragen zur Abgeltungsteuer vom 18. Januar 2016, zuletzt geändert am 12. April 2018; dort insbesondere den Tz. 59, 60 und 63, welche im Ergebnis die Anerkennung von Kapitalverlusten bei Forderungsausfall und Insolvenz sowie auch bei Veräußerung zu einem die Transaktionskosten nicht übersteigenden Kaufpreis versagen.

Erfreulicherweise ist der BFH nunmehr auf gutem Weg, diesem in allen drei genannten Fällen Einhalt zu gebieten. Mit Urteil vom 24.10.2017 (VIII R 13/15) hat der BFH im Ergebnis entschieden, dass der Ausfall einer Kapitalforderung nach Einführung der Abgeltungsteuer zu einem steuerlichen anzuerkennenden Verlust in der privaten Vermögenssphäre führt; im Urteilsfall entstand der Verlust durch Insolvenzeröffnung beim Darlehensnehmer. Das Urteil ist systematisch korrekt, da mit Einführung der Abgeltungsteuer alle Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen steuerlich erfasst werden sollen. Die Tz. 60 des vorab genannten BMF Schreibens ist damit überholt.

Ein weiteres Verfahren (VIII R 32/16) behandelt die Frage, ob eine steuerlich anzuerkennende Veräußerung (und kein Missbrauch) auch dann vorliegt, wenn bei einer Veräußerung von Aktien der Veräußerungserlös die Transaktionskosten nicht übersteigt. In der mündlichen Verhandlung beim BFH vom 12.06.2018 haben alle fünf Richter insbesondere das vom Finanzamt unter Hinzuziehung des BMF vorgetragene Missbrauchsargument (§ 42 AO) zurückgewiesen mit der Begründung, dass ein Verkauf unter Dritten (hier an die Bank) keinesfalls als Missbrauch gewertet werden kann. Zudem sei auch die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen durch den wirtschaftlichen Verlust gemindert. Das Urteil wurde am 19.9.2018 veröffentlicht und ist wie erwartet zu Gunsten des Steuer-

pflichtigen ergangen – auch die Tz. 59 des oben genannten BMF Schreibens ist damit überholt.

Schlussendlich wird das weitere anhängige BFH Verfahren VIII R 34/16 mit großer Spannung erwartet. Hier geht es um die Einziehung und somit den Verlust von im Privatvermögen gehaltenen Kapitalanteilen im Rahmen einer Insolvenz. Die Tz. 63 des BMF Schreibens aus 2016 regelt bis dato, dass die Liquidation einer Kapitalgesellschaft keine steuerlich zu berücksichtigende Anteilsveräußerung darstellen soll. Vor dem Hintergrund des Urteils vom 24.10.2017 und des positiven Urteils in der Sache VIII R 32/16 besteht die begründete Hoffnung, dass der BFH auch im Verfahren VIII R 34/16 zugunsten der Steuerpflichtigen entscheiden und damit auch die Tz. 63 des BMF Schreibens bald der Vergangenheit angehören wird. In laufenden Betriebsprüfungen verweisen die Prüfer aktuell auf die beiden Verfahren VIII R 32/16 und VIII R 34/16 und entscheiden insoweit noch nach BMF Schreiben zu Ungunsten der Steuerpflichtigen; entsprechende Steuerbescheide (auch nach BP) sind daher dringend offenzuhalten.

### ■ Einlagenrückgewähr aus ausländischen Sondervermögen (FCPR etc.)

Die Einlagenrückgewähr aus ausländischen Kapitalgesellschaften ist weiterhin ein Dauerbrenner. Grundsätzlich gehen Investoren davon aus, dass die spätere Rückgewähr von in in- und ausländischen Kapitalgesellschaften investiertem Eigenkapital steuerfrei erfolgt. Dem wurde im deutschen Steuerrecht u.a. durch die Regelung des § 27 KStG Rechnung getragen, der für nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen die gesonderte Feststellung eines sog. steuerlichen Einlagekontos vorsieht. Bezüge sind nachfolgend steuerfrei, soweit diese aus dem festgestellten steuerlichen Einlagenkonto geleistet werden. Nach § 27 (8) KStG ist diese Vorschrift entsprechend auf die Einlagenrückgewähr von Kapitalgesellschaften mit Sitz in der EU anzuwenden.

Ganz aktuell dazu ist im Private Equity Bereich auch die Einlagenrückgewähr von EU-ausländischen Fondsvehikeln wie den italienischen „fondo chiuso“ oder den französischen oder luxemburger FCP bzw. FCPR oder neuerdings FPCI. Hierbei handelt es sich vielfach um Rechtsformen, die nach dem Rechtstypenvergleich bisher tendenziell als transparente Personengesellschaft qualifizierten und als

solche, viele Jahre auch durch Betriebsprüfungen anerkannt wurden. Brisant wurde die Thematik aktuell durch das Investmentsteuergesetz, hier insbesondere § 19 (1) Satz 2 InvStG 2013 und § 1 (3) Satz 2 InvStG 2018. Nach beiden Regelungen sollen Sondervermögen und vergleichbare ausländische Rechtsformen nicht als Personengesellschaft gelten. Die Frage, ob ein FCPR bzw. FPCI nach § 1 (3) Nr. 2 InvStG 2018 als eine einer Personengesellschaft vergleichbare Rechtsform qualifiziert, ist bis dato nicht eindeutig geklärt und bleibt grundsätzlich dem sog. Rechtstypenvergleich überlassen.

In Anbetracht der fortbestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtsformqualifikation als Personen- oder Kapitalgesellschaft haben Steuerpflichtige und deren Berater in den vergangenen Jahren seit den einschlägigen Änderungen des InvStG – rein vorsorglich – Anträge auf Feststellung der als (steuerfreie) Einlagenrückgewähr zu qualifizierenden Leistungen gestellt. Dieser Vorgehensweise lag oft auch die Hoffnung zu Grunde, im Zuge des Verfahrens mit dem Bundeszentralamt für Steuern in die Diskussion über die Qualifikation als Personen- oder Kapitalgesellschaft einzusteigen und diese Frage bestenfalls einvernehmlich zu klären.

Nachdem in unserer Praxis in einer Übergangsphase durchaus entsprechende Bestätigungen, dass es sich z.B. bei einem konkreten italienischen fondo chiuso um eine Personengesellschaft handelt, ergangen sind, geht das Bundeszentralamt in den Fällen der FCPR und FPCI seit wenigen Wochen offenbar dazu über, einschlägige Anträge nach § 27 (8) KStG – per Serienbrief und ohne materiell überprüfbare Argumentation – mit Verweis auf das Ergebnis eines durchgeführten Rechtstypenvergleiches als Kapital-Investitionsgesellschaft im Sinne des § 19 InvStG 2013 zu qualifizieren. Mit Verweis auf den dortigen Satz 3 wird darüber hinaus eine Qualifikation als Vermögensmasse im Sinne von § 2 Nr. 1 KStG angenommen, auf die § 27 (8) Satz 1 KStG nicht anwendbar, d.h. eine steuerfreie Einlagenrückgewähr nicht möglich sein soll.

Man darf Zweifel haben, ob dieser Ansatz der Finanzverwaltung mit dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sowie der EU-rechtlich garantierten Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist. – Letztendlich wohl auch eine Frage der Zeit, bis entsprechende Fälle zu den Finanzgerichten und in Folge zum BFH getragen werden.

Wir stimmen uns in derartigen Fällen mit den Strukturierungsberatern der Fonds ab, ob bzw. inwieweit hier auf der Grundlage der individuellen satzungsmäßigen Regularien eine Rechtsformdiskussion mit dem Bundeszentralamt als sinnvoll und zielführend erscheint. Sinnvoll ist sie zumeist schon aufgrund der nicht ganz insignifikanten Ausschüttungsbeträge, die hier zur Diskussion stehen, dazu oft Streubesitzdividenden die bei beteiligten Kapitalgesellschaften neben der Körperschaftsteuer von 15% auch zum Anfall weiterer Gewerbesteuer in der Größenordnung von zusätzlich rund 17% je nach Hebesatz der Sitz- Stadt oder Gemeinde führt. – Rechtssicherheit stellt man sich in Deutschland eigentlich anders vor.

#### ■ Steuererklärung nach § 18 AStG – weiterhin ungelöste Probleme in der praktischen Anwendung

Natürliche Personen und Kapitalgesellschaften mit Wohnsitz, Sitz oder Geschäftsleitung in Deutschland unterliegen der sog unbeschränkten Steuerpflicht, sind also grundsätzlich – vorbehaltlich der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen – mit dem Welteinkommen in Deutschland einkommensteuerpflichtig. Gewinne von Kapitalgesellschaften unterliegen aufgrund des sog. Trennungsprinzips erst bei Ausschüttung der Ertragsbesteuerung beim Anteilseigner. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht das deutsche Außensteuergesetz in den §§ 7 ff. AStG vor; danach sollen unbeschränkt Steuerpflichtige, die an ausländischen Kapitalgesellschaften (Zwischengesellschaften) beteiligt sind, in bestimmten Fällen auch ohne Ausschüttung die Gewinne dieser ausländischen Kapitalgesellschaften zu versteuern haben.

Häufige Anwendungsfälle in der Private Equity-Praxis sind Beteiligungen an Zwischengesellschaften, die sog. Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen. Das sind aus Sicht der Finanzverwaltung funktionslose Holdingvehikel, deren ausschließlicher Zweck in der Erzielung von im Übrigen niedrig besteuerten Zinserträgen besteht. Eine niedrige Besteuerung im Sinne des Gesetzes liegt bereits vor, wenn die Einkünfte der ausländischen Gesellschaft einer Ertragsteuerbelastung von weniger als 25% unterliegen. Mit Blick auf diesen Steuersatz würden bereits deutsche Kapitalgesellschaften, welche die erweiterten gewerbesteuerlichen Kürzungsvorschriften bei ausschließlicher Verwaltung von Immobili-

lien und/oder Kapitalvermögen nutzen und damit dem deutschen Körperschaftsteuersatz von 15% unterliegen, als in einer „Steueroase“ ansässig qualifiziert. Entsprechende Konstellationen sind in Private Equity-Strukturen regelmäßig anzutreffen. Die besagten Zwischengesellschaften werden in Konzernstrukturen häufig zur Weiterleitung von Gesellschafterdarlehen innerhalb der jeweiligen Fondsstruktur genutzt. Die Herausforderung in der Praxis besteht dann oft darin, in mehrschichtigen und weit verzweigten Strukturen – oft bedingt durch gesellschaftlicher-, regulatorische oder länderbezogene Diversifizierung innerhalb einer Fondsstruktur – die betreffenden „schädlichen Zwischengesellschaften“ ausfindig zu machen und deren Einkünfte auf „schädliche Zwischeneinkünfte“ hin zu untersuchen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Erklärung des Hinzurechnungsbetrages in Fällen fast ausschließlicher Erzielung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter ohne Anwendung von Beteiligungsschwellen oder Geringfügigkeitsgrenzen, also auch bei durchgerechneter Beteiligung des einzelnen deutschen Investors von weniger als 1% zu erfolgen hat. Die spätere Steuerfreisteilung der tatsächlichen Dividenden, sofern diese vormals der Hinzurechnungsbesteuerung unterlegen haben, erscheint nur als Wermutstropfen und löst nicht das Problem des hohen und in der Praxis faktisch oft gar nicht zu bewerkstelligen Problems der Sachverhaltsermittlung.

Insbesondere im Fall von Private Equity Fonds, die als Personengesellschaft strukturiert sind, finden sich die deutschen Gesellschafter und deren steuerliche Berater regelmässig in der Situation, dass die steuerlichen Erklärungspflichten nach § 18 AStG nicht etwa bei der Fondsgesellschaft, sondern vielmehr bei den einzelnen unbeschränkt steuerpflichtigen Investoren liegen, einschließlich der eigenhändigen Unterschrift. Das gilt auch, wenn mit der Erklärung lediglich geltend gemacht wird, dass eine Hinzurechnung schlussendlich unterbleibt. Die Verantwortung und damit schlimmstenfalls auch die strafrechtliche Bürde des Vorwurfs einer bewussten Unterlassung der Erklärung tragen somit die jeweiligen Beteiligten.

In der praktischen Anwendung ist hier einerseits zu beobachten, dass die benötigten Finanzinformationen von ausländischen Fondsgesellschaften im besten Fall nur zeitlich verzögert, oft aber nur unvollständig bis gar nicht, vielfach auch nur in exotischen Sprachen, zu erhalten sind. Zudem kann der Umfang der zu

analysierenden potenziell schädlichen Zwischengesellschaften bei komplexen Fondsstrukturen oft Umfänge annehmen, die selbst mit Manntagen oder Mannwochen nicht mehr sachgerecht abzubilden sind; hier steht der administrative Aufwand oft in extrem ungünstigem Verhältnis zur Größenordnung des final zu ermittelnden Hinzurechnungsbetrages. Gelegentlich werden auch Vorschläge dahingehend geäußert, welche von der Nichterklärung aufgrund der puren Annahme, dass eine niedrigere Besteuerung bei den ausländischen Zwischengesellschaften nicht vorliegt bis hin zur Fokussierung lediglich auf die oberste Beteiligungsebene mehrschichtiger Fondsstrukturen reichen.

So nachvollziehbar diese Vorgehensweisen in der Praxis aus Zeit- und Kostengründen erscheinen, so eindringlich muß hier vor unreflektierter Nachahmung gewarnt werden. Einerseits sieht das Außensteuergesetz hohe Mitwirkungspflichten der Steuerpflichtigen einschließlich der Offenbarung von Geschäftsbeziehungen und der Vorlage sachdienlicher Unterlagen und Jahresabschlüsse auch ausländischer Zwischengesellschaften ausdrücklich vor und sanktioniert Fälle der mangelnden oder fehlenden Sachverhaltsaufklärung mit einer Schätzung von Hinzurechnungsbeträgen in Höhe von mindestens 20% des gemeinen Wertes der von unbeschränkt Steuerpflichtigen gehalten Anteile – eine fiskalische Vorgehensweise, die das Problem einer sachgerechten Vorgehensweise oft nur zeitlich in die Zukunft verschiebt. Andererseits ist in aktuellen Betriebsprüfungen zunehmend wahrnehmbar, dass die Betriebsprüfungsstellen Fachprüfer für das Thema AStG installieren die fallweise von den Betriebsprüfern hinzugezogen werden.

Einzigste Entwarnung gilt somit lediglich für Fondsstrukturen, auf die die Regelungen des Investmentsteuergesetzes anzuwenden sind; nach dem InvStG 2018 also insbesondere Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds bei nicht ausgeübter Transparenzoption. In allen anderen Fällen, insbesondere bei Investmentvermögen in der Rechtsform der Personengesellschaft oder vergleichbaren ausländischen Rechtsformen i.S.v. § 1 (3) InvStG, ist weiterhin höchste steuerliche Sensibilität erforderlich, im Zweifel in Rücksprache mit den unbeschränkt Steuerpflichtigen und eingehender Erörterung potenzieller Risiken „pragmatischer Vorgehensweisen“.

---

**Über den Autor:**

THOMAS JÄGER ist Steuerberater und Partner (Private-Equity & Real-Estate) bei LM Audit & Tax GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, in München. LM betreut mit insgesamt drei spezialisierten Partnern und deren Teams in- und ausländische Mandate aus den Bereichen Real Estate und Private Equity von der Due Diligence über die laufende Tax Compliance bis zum Exit einschließlich laufender Betriebsprüfung und wenn es sein muß, dem Gang zum Finanzgericht. Im Bereich Immobilien reichen die betreuten Immobilien über alle Asset-Klassen, von Büro- und Logistikimmobilien bis zu Hotels, Parkhäusern und Einkaufszentren. Im Bereich Private Equity werden Jahresabschlüsse und Steuererklärungen bis hin zu komplexen GuE Erklärungen für inländische Gesellschafter ausländischer PE Fonds und AstG Erklärungen erstellt.