



Real Estate Tax Newsletter

2. Ausgabe 2024

RE Tax News Ausgabe 2024

Inhalt

1

04 | Zweites Zukunftsfinanzierungsgesetz – Maßnahmen zur Förderung von Investitionen in Infrastruktur und erneuerbare Energien

Neue steuerliche Rahmenbedingungen für Investitionen von (Spezial-) Investmentfonds

2

10 | Elektronische Rechnungsstellung auch für ausländische Vermieter?

EuGH-Urteil „Titanium“ in neuem Licht

3

14 | Konzerninterne Finanzierungsbeziehungen

Geplante Änderung des BMF-Schreibens vom 6. Juni 2023 – Interpretation des neuen § 1 Absatz 3d und 3e AStG durch die Finanzverwaltung

4

18 | Entwicklungen bei der Betriebsaufspaltung

Neues und nicht mehr ganz so Neues zum Durchgriffsverbot

5

26 | Unternehmensidentität bei Kapitalgesellschaften

Unternehmensidentität bei Anwachsung einer KG auf eine GmbH für Zwecke der Nutzung des übernommenen Gewerbeerlusts – Anmerkungen zum BFH-Urteil v. 25.04.2024 (III R 30/21)





Liebe Leserinnen und Leser,

herzlich willkommen zu der neuen Ausgabe unseres Real Estate Tax Newsletters.

In unserem Newsletter finden Sie regelmäßig aktuelle Informationen und Neuigkeiten zu ausgewählten steuerlichen Aspekten im Zusammenhang mit Immobilieninvestitionen.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen.

Mit besten Grüßen,

Ihr RE Tax Team von KPMG

01

Zweites Zukunftsfinanzierungsgesetz – Maßnahmen zur Förderung von Investitionen in Infrastruktur und erneuerbare Energien

Neue steuerliche Rahmenbedingungen für Investitionen von
(Spezial-) Investmentfonds

Die Zeichen stehen auf Grün - Der Referentenentwurf für ein Zweites Zukunftsfinanzierungsgesetz enthält zahlreiche Regelungen, die der Fondsbranche eine stärkere Beteiligung an Infrastrukturprojekten und erneuerbaren Energien ermöglichen.

Besonders positiv für die Immobilienfondsbranche ist die gelungene Verzahnung von Aufsichts- und Investmentsteuerrecht. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass ein starker Fondsmarkt einen wichtigen Beitrag zur Finanzierung von Infrastruktur und Transformation der Wirtschaft leisten kann. Mit dem zweiten Zukunftsfinanzierungsgesetz sollen Hemmnisse für dringend notwendige Investitionen in Infrastrukturprojekte und erneuerbare Energien weitgehend beseitigt werden und ein rechtssicherer Rahmen für Investitionsentscheidungen geschaffen werden, um die Transformation zu beschleunigen.

Hintergrund und Ziel des Gesetzesentwurfs

Das BMF hat am 27. August 2024 einen Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zweites Zukunftsfinanzierungsgesetz – „**ZuFinG II**“) veröffentlicht.

Laut Gesetzesbegründung sind stabile, effiziente und tiefe Kapitalmärkte von entscheidender Bedeutung für Innovation, private Investitionen und Wachstum. Das Gesetz zielt daher „auf positive Impulse für die Mobilisierung privater Finanzmittel und das Wachstum der deutschen Wirtschaft ab“.

Der Gesetzesentwurf dient u.a. der Umsetzung der vom Bundeskabinett am 17. Juli 2024 beschlossenen Wachstumsinitiative. Er enthält in insgesamt 58 Artikeln Änderungen in diversen Gesetzen und Verordnungen. Ziel ist es, – aufbauend auf dem Zukunftsfinanzierungsgesetz – die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität des Finanzstandortes Deutschland weiter zu stärken und insbesondere die Finanzierungsoptionen für junge, dynamische Unternehmen zu verbessern.

Bisher waren (Spezial-) Investmentfonds bei Investitionen in Infrastrukturprojekte und erneuerbare Energien aufgrund von regulatorischen und steuerrechtlichen Hürden zurückhaltend.

Das Risiko schädliche Einkünfte aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung („**auB**“) zu erzielen und dem damit verbundenen Risiko des Statusverlustes sowie die strengen Voraussetzungen der steuerlichen Anlagebestimmungen für

Spezial-Investmentfonds schränkten die Investitionsmöglichkeiten in Infrastrukturprojekte oder erneuerbare Energien weitgehend ein.

Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren daher bereits schrittweise Lockerungen vorgenommen.

Mit dem Jahressteuergesetz 2022¹ wurde u.a. in einem ersten Schritt § 26 InvStG angepasst und (i) die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung nach § 15 Abs. 2 und 3 als Voraussetzung an einen Spezial-Investmentfonds aus § 26 Satz 1 InvStG gestrichen und (ii) eine neue Nr. 7a eingefügt (siehe zur neuen Nr. 7a auch bereits unsere RE Tax News 2. Ausgabe 2023).

In § 26 Nr. 7a InvStG wurde u.a. eine neue 10% Grenze ab 01.01.2023, für Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energien, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen, eingeführt.

In einem zweiten Schritt wurde diese neue 10% Grenze mit Wirkung ab 01.01.2024 durch das Wachstumschancengesetz² auf 20% angehoben.

Während bereits diese ersten beiden Schritte zu begrüßen waren, verblieben dennoch Unsicherheiten, die die notwendigen Investitionen in Infrastruktur und erneuerbare Energien ausbremsten.

¹ JStG 2022 v. 16.12.2022, Verkündung im BGBl. I 2022, S. 2294.

Der nun vorliegende Gesetzesentwurf des ZuFinG II soll diese (steuer-) rechtlichen Unsicherheiten aufheben und enthält eine Vielzahl positiver Änderungen.

Änderungen im Investmentsteuergesetz durch das ZuFinG II

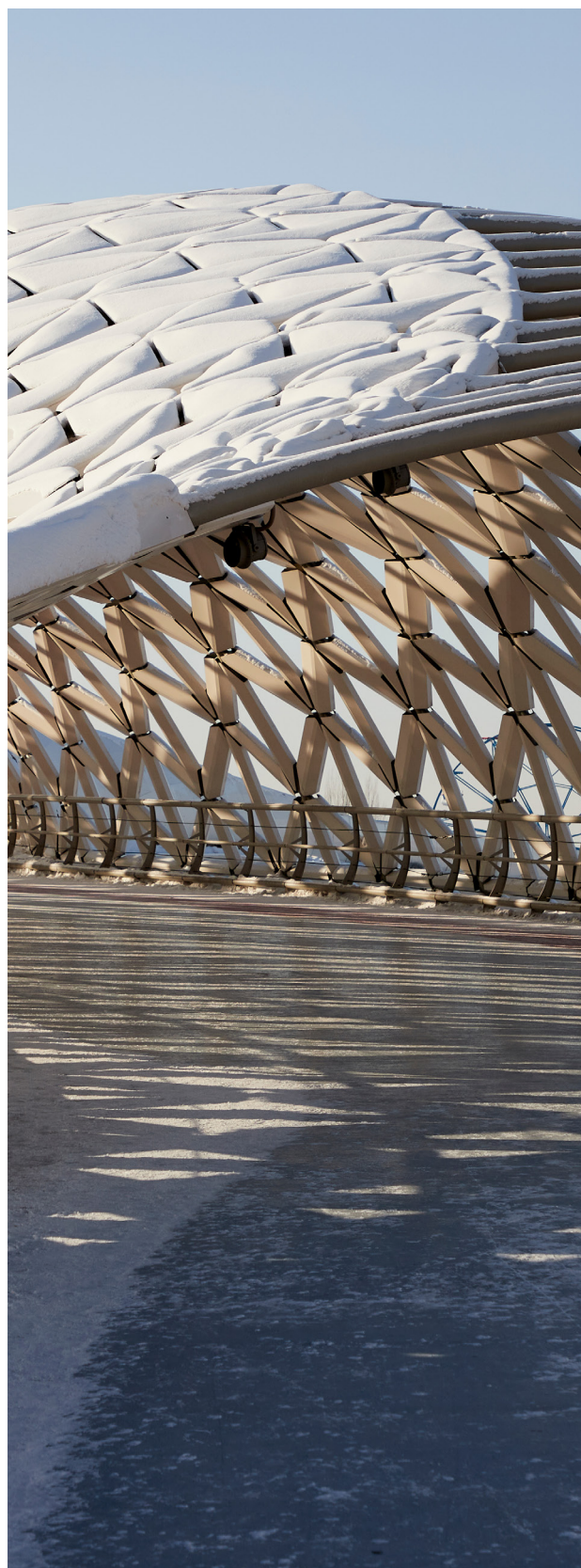
Nachfolgend stellen wir die für die Fondsbranche wesentlichen Änderungen im Investmentsteuergesetz dar:

- **Allgemeine Unschädlichkeit von gewerblichen Tätigkeiten**

Ganz allgemein wird per § 1 Abs. 2 S. 2 InvStG-E ergänzt, dass es für die Qualifikation als Investmentfonds unschädlich ist, wenn ein Investmentvermögen, dass die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Kapitalanlagegesetzbuch („KAGB“) erfüllt, alle oder einen Teil seiner Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

Mit dieser Regelung wird es Investmentfonds grundsätzlich im aufsichtsrechtlich zulässigen Rahmen erlaubt, selbst eine gewerbliche Tätigkeit (wie bspw. das Betreiben einer Photovoltaikanlage auf einer vermieteten Immobilie) auszuüben oder sich an gewerblich tätigen Mitunternehmenschaften zu beteiligen. Aufgrund der geplanten Änderung wird ein aufsichtsrechtliches Investmentvermögen auch dann steuerlich als Investmentfonds qualifiziert, wenn es ausschließlich als Mitunternehmer oder in sonstiger Weise gewerblich tätig ist.

Um Wettbewerbsverzerrungen im Vergleich zu Körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen zu vermeiden, enthält das ZuFinG II weitere Folgeänderungen, die eine Besteuerung mit Körperschaftsteuer auf Fondsebene sicherstellen sollen.



- **Qualifikation der Einkünfte als inländische Beteiligungseinnahmen, inländische Immobilienerträge oder sonstige inländische Einkünfte**

§ 6 InvStG-E enthält weitreichende Änderungen, um eine zutreffende Besteuerung auf Fondsebene sicherzustellen. Die Qualifikation und Zuordnung der Einkünfte als inländische Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 InvStG), inländische Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4 InvStG) und sonstige inländische Einkünfte (§ 6 Abs. 5 InvStG) hatte bislang nur geringe praktische Relevanz, da auf Fondsebene grundsätzlich die gleichen Besteuerungsfolgen eingetreten sind. Durch die Abschaffung von Steuerbefreiungsmöglichkeiten im Rahmen des ZuFinG II für sonstige inländische Einkünfte hat die Zuordnung der Einkünfte künftig eine entscheidende Bedeutung.

Soweit inländische Beteiligungseinnahmen und inländische Immobilienerträge über gewerblich infizierte oder gewerblich geprägte Personengesellschaften erzielt werden, kann der Investmentfonds einen Nachweis erbringen, dass diese Einkünfte aus vermögensverwaltender Tätigkeit stammen. Bei entsprechendem Nachweis fallen diese Einkünfte künftig unter § 6 Abs. 3 und § 6 Abs. 4 InvStG-E und qualifizieren nicht als sonstige inländische Einkünfte.

Inländische Beteiligungseinnahmen und inländische Immobilienerträge, die über eine inländische Betriebsstätte einer originär gewerblichen Personengesellschaft erzielt werden, qualifizieren hingegen als sonstige inländische Einkünfte und unterliegen damit grundsätzlich der Körperschaftsteuerpflicht auf Fondsebene.

Durch das Wachstumschancengesetz wurde in § 6 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 InvStG ein zusätzlicher Besteuerungstatbestand für die Veräußerung von bestimmten Anteilen an Kapitalgesellschaften eingeführt. Betroffen sind Anteile von Kapitalgesellschaften, deren Anteilswert zu irgendeinem Zeitpunkt während der letzten 365 Tage vor der Veräußerung unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 Prozent auf inländischem unbeweglichem Vermögen basierte.

Im Rahmen des ZuFinG II sollen diese Einkünfte künftig nicht mehr als sonstige inländische Einkünfte, sondern als inländische Immobilienerträge qualifizieren. Hiermit soll auch im Rahmen der Fondsanlage eine Steuerbefreiung dieser Einkünfte ermöglicht werden. Voraussetzung ist, dass der Investmentfonds die Vermögensgegenstände nicht aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Eine auB sei dabei beim Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften laut Gesetzesbegründung nur anzunehmen, wenn diese ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke der kurzfristigen Veräußerung erworben werden.

Der Neuregelung in § 6 Abs. 5a S. 2 InvStG-E kommt im Hinblick auf künftige Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur besondere Relevanz zu, da diese häufig über gewerbliche Personengesellschaften/ Mitunternehmerschaften strukturiert werden. Klar geregelt wäre nun, dass bei Beteiligungen an Mitunternehmerschaften stets von einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung auszugehen ist, soweit die Gesellschaft gewerbliche Einkünfte i.S.d. § 15 Abs. 1 EStG erzielt. Die Einkünfte der Mitunternehmerschaft unterliegen aber nur dann einer Besteuerung als sonstige inländische Einkünfte, wenn die Mitunternehmerschaft eine Betriebsstätte im Inland unterhält oder ein sonstiger Tatbestand des § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG vorliegt. Es ist somit grundsätzlich ein Inlandsbezug notwendig.

- **Beschränkung von Transparenzoptionen und Steuerbefreiungen**

Um eine weitgehende Gleichbehandlung der Investition über einen Investmentfonds mit der Direktanlage zu gewährleisten werden die Steuerbefreiungsmöglichkeiten und Transparenzoptionen der §§ 8, 10, 30 und 33 InvStG angepasst und eingeschränkt, sodass sie gewerbliche Einkünfte als sonstige inländische Einkünfte (siehe hierzu oben) gerade nicht umfassen.



Für sonstige inländische Einkünfte kommt es künftig somit zu einer Definitivbelastung mit Körperschaftsteuer auf Fondsebene. Auch für inländische Beteiligungseinnahmen und inländische Immobilienerträge wäre, sofern sie über eine inländische Betriebsstätte einer originär gewerblich tätigen Personengesellschaft bezogen werden, keine Transparenzoption oder Steuerbefreiung möglich und eine Definitivbelastung mit Körperschaftsteuer die Konsequenz. Damit einher gehen für Spezial-Investmentfonds entsprechend erweiterte Erklärungsspflichten.

- **Erweiterung der auB-Ausnahmen und Gewerbesteuerpflicht**

Die in § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG enthaltene „auB-Ausnahme“ für Immobilien-Gesellschaften wird auf

- i. Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien gerichtet ist,
- ii. Infrastruktur-Projektgesellschaften und
- iii. ÖPP-Projektgesellschaften

erweitert.

Mit dieser Regelung schafft der Gesetzgeber eine Erleichterung für Investitionen von (Spezial-) Investmentfonds in den Infrastrukturbereich. Es handelt sich hierbei allerdings nur um eine administrative Erleichterung und keine Minderung des Gewerbesteueraufkommens, da diese Gesellschaften in der Regel selbst der Gewerbesteuerpflicht unterliegen. Um eine Doppelbesteuerung mit Gewerbesteuer zu vermeiden siehe § 9 Nr. 2 GewStG vor, dass die gewerbesteuerliche Bemessungsgrundlage der Gesellschafter um die Gewinnanteile aus gewerblich tätigen Personengesellschaften zu kürzen ist.

Die Neuregelung und der Einbezug der o.g. Gesellschaften führt aber auch dazu, dass die Einnahmen aus den Gesellschaften nicht in die 5% Bagatellgrenze für (Spezial-) Investmentfonds einfließen und somit der Gewerbesteuerbefreiung von (Spezial-) Investmentfonds nicht entgegenstehen.

Besonderheiten für Spezial-Investmentfonds

Eine weitere positive und lange Zeit geforderte Änderung enthält § 26 Nr. 7a InvStG-E, der nun rechtssichere Investitionen von Spezial-Investmentfonds in die Erzeugung von erneuerbaren Energien ermöglichen soll, ohne einen Statusverlust zu riskieren.

Für Spezial-Investmentfonds sollen die jüngst eingeführten Grenzen des § 26 Nr. 7a InvStG für Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen vollständig aufgehoben werden.

Dadurch soll es Spezial-Investmentfonds rechtssicher ermöglicht werden in Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu investieren. Die Bewirtschaftung muss dabei im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien erfolgen. Dieser Zusammenhang soll bei Photovoltaik-Anlagen auf dem Dach vermieteter Immobilien, an der Fassade oder einem überdachten Parkplatz aber auch bei Anlagen, die in räumlicher Nähe zur Immobilie errichtet

werden, gegeben sein. Für den Zusammenhang soll es darüber hinaus nur auf die Art der Energieerzeugung und nicht auf die anschließende Nutzung der Energie durch die Mieter der Immobilie ankommen. Es wäre auch zulässig, wenn der Strom in das öffentliche Netz eingespeist oder an Dritte veräußert wird.

Einnahmen „aus der Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien“ sollen künftig für Zwecke der 5% Bagatellgrenze unberücksichtigt bleiben.

Der Referentenentwurf umfasst bislang nicht Einnahmen aus der Abgabe von Energie über Ladeinfrastruktur für Elektromobilität. Diese Einnahmen würden daher weiterhin von der 5% Grenze umfasst. Eine Erweiterung des Gesetzeswortlautes wäre aus unserer Sicht wünschenswert.



- **Erweiterung der Anlagebestimmungen für Spezial-Investmentfonds**

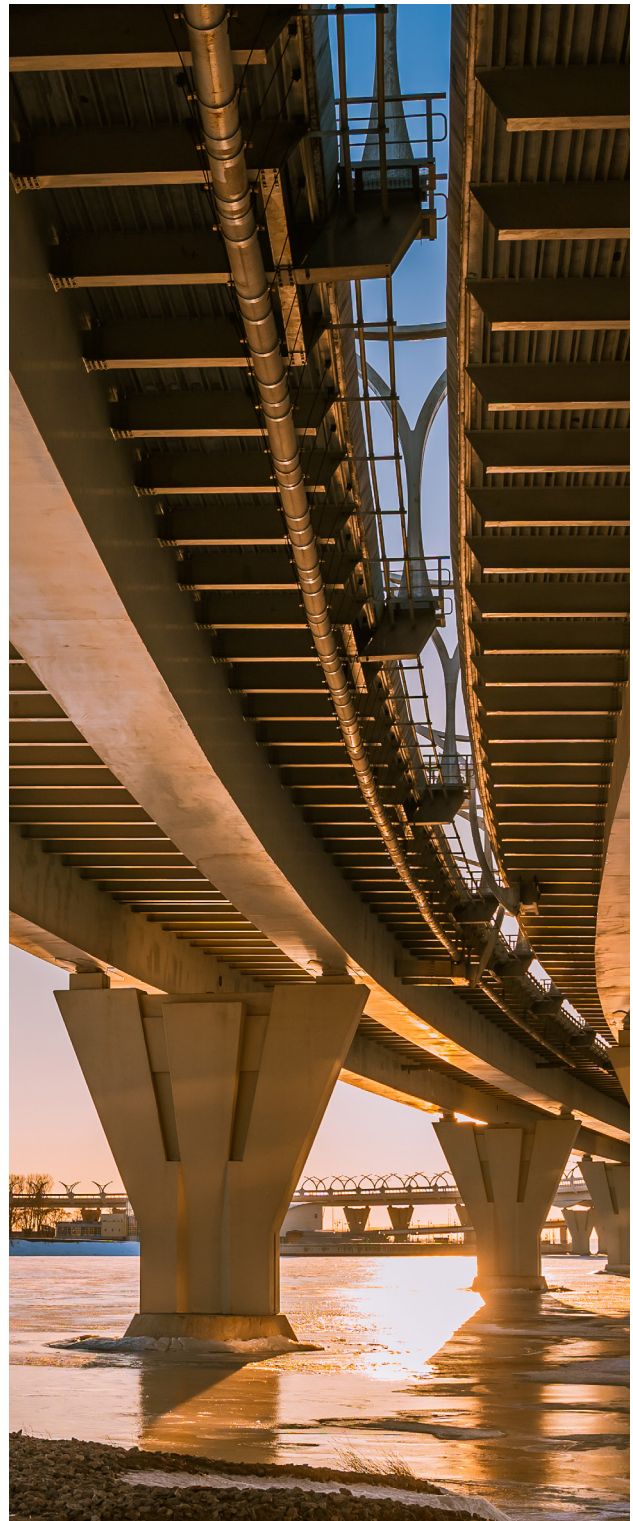
Zur Vereinfachung der Investition in erneuerbare Energien ebenso wie in Private Equity- und Venture Capital Funds in der Rechtsform von Personengesellschaften und in Infrastrukturfonds werden die steuerlichen Anlagebestimmungen für Spezial-Investmentfonds durch das ZuFinG II erweitert.

Dem Referentenentwurf des ZuFinG II zufolge sollen Spezial-Investmentfonds unbeschränkt

- (i) in alle in § 231 Abs. 3 KAGB-E genannten Gegenstände (Bewirtschaftungsgegenstände, EE-Anlagen, Ladeinfrastruktur für Elektromobilität) und
- (ii) Investmentanteile an in- oder ausländischen Investmentfonds sowie Anteile an in- oder ausländischen Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB die keine Investmentfonds sind

investieren dürfen.

Zudem sollen Spezial-Investmentfonds bis zu 100 Prozent des Kapitals an Infrastruktur-Projektgesellschaften und Kapitalgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien gerichtet ist, erwerben dürfen.



Fazit und Key Facts

Im Ergebnis enthält der Entwurf des ZuFinG II für die Fondsbranche eine Vielzahl von Änderungen die es (Spezial-) Investmentfonds künftig ermöglichen würden, weitgehend rechtssichere Investitionen in Infrastrukturprojekte und erneuerbare Energien zu tätigen und damit die Finanzierung der Transformation in Deutschland zu unterstützen.

Für Spezial-Investmentfonds ergeben sich durch den Entwurf des ZuFinG II begrüßenswerte erweiterte Anlagemöglichkeiten sowie die Chance künftig, ohne das Risiko eines Statusverlustes, in die Erzeugung von erneuerbaren Energien und Strom investieren zu können. Allerdings entfällt die Möglichkeit der Ausübung der Transparenzoption eines Spezial-Investmentfonds für sonstige inländische Einkünfte gem. § 6 Abs. 5a und Abs. 5b InvStG-E. Diese Einkünfte müssen künftig vom Spezial-Investmentfonds gegenüber dem Finanzamt separat erklärt und im Veranlagungsverfahren versteuert werden. Für (Spezial-) Investmentfonds wird es künftig darauf ankommen die Einkünfte aus vermögensverwaltender Tätigkeit und die Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit klar voneinander zu unterscheiden, um eine zutreffende Besteuerung sicherzustellen.

Im Sinne einer beschleunigten Transformation und um keine wertvolle Zeit zu verlieren, sollten die vorgeschlagenen Änderungen unseres Erachtens schnellstmöglich Anwendung finden.

Der derzeitige Referentenentwurf des ZuFinG II müsste im weiteren Prozess als Regierungsentwurf im Bundestag eingebracht und von Bundestag und Bundesrat bestätigt werden. Der Gesetzgeber scheint eine Umsetzung noch in diesem Jahr nicht für realistisch zu halten und sieht bisher eine Anwendung erst ab 01.01.2026 vor.

Auch der weitere Gesetzgebungsprozess sowie eventuelle Anmerkungen der Aufsichtsbehörden zum Entwurf des zweiten Betriebsrentenstärkungsgesetz³, welcher u.a. die Einführung einer 5% Infrastrukturquote in der Anlageverordnung vorsieht, sollte weiter genau beobachtet werden. Für Investoren, die unter die Anlageverordnung fallen sollte hier ein Gleichlauf mit den Änderungen in InvStG und KAGB erreicht werden.

(Spezial-) Investmentfonds die nun Investitionen in Infrastruktur- und/ oder erneuerbare Energieprojekte priorisieren, sollten prüfen, ob In-House die notwendige fachliche und technische Expertise vorhanden ist. Handlungsbedarf besteht darüber hinaus, um die notwendigen Prozesse und Systeme zur Erfassung, Verarbeitung und Abgrenzung der Daten für zukünftige erweiterte Steuerklärungspflichten auf Fondsebene (Körperschafts- und Gewerbesteuerklärungen) aufzusetzen.



Katrin Bernshausen
Partnerin,
Financial Services Tax –
Real Estate



Christian Herzberg
Senior Manager, Steuerberater
Financial Services Tax –
Real Estate

³ Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (2. Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 18. September 2024.

02

Elektronische Rechnungsstellung auch für ausländische Vermieter?

EuGH-Urteil „Titanium“ in neuem Licht

Ausländische Investoren, die umsatzsteuerpflichtig vermieten, müssen nach Auffassung der deutschen Finanzverwaltung Umsatzsteuer in Deutschland abführen und entsprechende Abrechnungen gegenüber ihren Mietern mit offenem Umsatzsteuerausweis vornehmen. Grundsätzlich dürften damit auch die beginnend ab nächstem Jahr sukzessiv geltenden E-Rechnungspflichten in Deutschland für ausländische Investoren relevant werden. Offen ist aktuell jedoch, ob ein frischer Blick auf eine EuGH-Entscheidung aus dem Jahr 2021 hieran etwas ändern könnte.

E-Rechnungspflicht für Vermieter

Aufgrund des Wachstumschancengesetzes wird § 14 UStG, der Vorgaben zur Ausstellung der Rechnungen enthält, neu gefasst und die E-Rechnung zum 1. Januar 2025 eingeführt. Bereits ab 1. Januar 2025 müssen Unternehmen in der Lage sein, elektronische Rechnungen in einem strukturierten elektronischen Format (nachstehend E-Rechnung) zu empfangen. Nach zweijähriger Übergangsphase, also ab 1. Januar 2027, besteht im B2B-Bereich für Unternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als 800.000 € die Verpflichtung, E-Rechnungen auszustellen, wenn

- der Umsatz nicht nach § 4 Nr. 8 bis 29 UStG steuerfrei ist,
- sowohl der leistende Unternehmer als auch der Leistungsempfänger im Inland oder in einem der in § 1 Abs. 3 UStG bezeichneten Gebiete ansässig sind ist,
- die Rechnung keine Kleinbetragsrechnung oder ein Fahrausweis ist

Auch für Vermieter, die umsatzsteuerpflichtige Vermietungsleistungen erbringen, bedeutet das, dass sie zukünftig E-Rechnungsdatensätze erstellen und die Anforderungen an das zulässige europäische Format EN16931 erfüllen müssen.

Vereinfachungen bei E-Dauerrechnungen, aber dennoch Umstellungsaufwand

Das BMF hat sich in einem Entwurfsschreiben zu vielen Einzelfragen geäußert und dabei klargestellt, dass bei Mietverträgen eine einmalige elektronische Dauerrechnung zulässig ist. Für den ersten Teilleistungszeitraum soll grundsätzlich eine E-Rechnung ausgestellt werden, der der zugrundeliegende Vertrag als Anhang beigefügt wird oder aus dem sonstigen Inhalt klar hervorgeht, dass es sich um eine Dauerrechnung handelt (BMF-Schreiben-Entwurf v. 13. Juni 2024, Rz. 38 veröffentlicht auf bundesfinanzministerium.de). Trotz dieser begrüßenswerten Vereinfachung sehen sich Vermietungsunternehmen für ihre deutschen Immobilien mit einem Umstellungsprojekt konfrontiert, das erheblichen administrativen und finanziellen Aufwand mit sich bringt. Es ist ratsam, sich frühzeitig einen Überblick über die Dimension zu verschaffen, einen Zeitplan zu erstellen und idealerweise einen Berater zur Unterstützung oder als Sparringspartner hinzuzuziehen. Erfahrungsgemäß liegen die Herausforderungen – auch bei kleinen E-Rechnungsprojekten – häufig in der Umsetzung, bei der diverse Stakeholder (insbesondere Accounting, Steuerabteilung, IT-Abteilung, Einkauf) zusammengebracht werden müssen.



Wegfall der E-Rechnungspflicht für ausländische Vermieter durch Berufung auf das EuGH -Urteil „Titanium“?

Das BMF hat sich noch nicht konkret zur Frage geäußert, ob auch ausländische Vermietungsunternehmen, die deutsche Immobilien steuerpflichtig vermieten, betroffen sind. Auf den ersten Blick erscheint dies naheliegend, da die Finanzverwaltung ausländische Unternehmer, die deutsche Umsatzsteuer schulden, entsprechend zur Erklärung verpflichtet. Für das BMF sind Unternehmer, die ein im Inland gelegenes Grundstück besitzen und steuerpflichtig vermieten, „insoweit als im Inland ansässig zu behandeln“ und „haben diese Umsätze im allgemeinen Besteuerungsverfahren zu erklären“ (Abschn. 13b.11 Abs. 2 Satz 2 UStAE). Sie werden damit faktisch behandelt, als hätten sie eine deutsche Betriebsstätte. Denn ohne diese würde das Reverse-Charge-Prinzip greifen.

Diese Auffassung steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Titanium“ (EuGH-Urteil v. 03.06.2021, Rs. C-931/19), wonach gerade keine umsatzsteuerliche Betriebsstätte entsteht, wenn ausländische Unternehmer lediglich Immobilien vermieten und keine weiteren personellen Ressourcen vor Ort haben. Für Unternehmer, die bereits in Deutschland umsatzsteuerlich registriert waren und Umsatzsteuer erklärten, bestand in der Regel kein erheblicher Anreiz, sich auf das EuGH-Urteil „Titanium“ zu berufen, da die bestehende Registrierung im Hinblick auf den Vorsteuerabzug gegenüber dem Vorsteuervergütungsverfahren deutlich komfortabler ist.

Die deutsche E-Rechnungspflicht greift nur für im Inland ansässige Unternehmer, wofür eine Betriebsstätte genügt. Mit der Einführung der E-Rechnungspflicht stellt sich daher die Frage, ob sich ausländische Unternehmen in diesem Kontext auf die Grundsätze des Titanium-Urteils berufen können, um ihre Ansässigkeit im umsatzsteuerlichen Sinne und damit die Verpflichtung zur E-Rechnungsstellung zu bestreiten.

Praktische Auswirkungen

Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Finanzverwaltung zur Bedeutung der Titanium-Rechtsprechung im Kontext der E-Rechnungspflicht noch äußert. Dies dürfte jedoch mit einer umfassenden Positionierung einhergehen, wie das BMF mit der Titanium-Rechtsprechung umgeht. Wann damit zu rechnen ist, kann derzeit nicht abgesehen werden. Zwischenzeitlich empfiehlt es sich für alle betroffenen (umsatzsteuerpflichtigen) ausländischen Vermietungsunternehmen, individuell zu analysieren und neu zu bewerten, ob eine Berufung auf die Titanium-Rechtsprechung vorteilhaft wäre.



Bastian Liegmann
Partner,
Indirect Tax Services



Fazit und Key Facts

- Die E-Rechnungspflicht trifft grundsätzlich auch ausländische Vermieter.
- Ab 2025 bereits müssen E-Rechnungen gelesen werden können ab.
- In der Regel ab 2027 sind E-Rechnungen verpflichtend auszustellen.
- Die Umstellung auf E-Rechnungstellung verursacht erheblichen Aufwand und sollte rechtzeitig angegangen werden.
- Für ausländische Vermieter ohne personelle Ressourcen im Inland kommt eine Berufung auf den EuGH („Titanium“) in Frage, um nicht zur Ausstellung von E-Rechnungen verpflichtet zu sein.

3 *Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (2. Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 18. September 2024.*



03

Konzerninterne Finanzierungsbeziehungen

Geplante Änderung des BMF-Schreibens vom 6. Juni 2023 –
Interpretation des neuen § 1 Absatz 3d und 3e AStG durch
die Finanzverwaltung

Am 14. August 2024 hat das Bundesministerium der Finanzen („BMF“) einen Überarbeitungsentwurf der Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 („VWG VP 2023“) in Bezug auf konzerninterne Finanzierungsbeziehungen an verschiedene Verbände versandt. Diese Überarbeitung soll die bisher kontroverse Auslegung des §1 Absatz 3d sowie 3e AStG reduzieren und eine gewisse Guidance für die Behandlung von bestehenden und neu abzuschließenden Finanzierungsbeziehungen geben.

In seinem Entwurf vom 14. August 2024 hat das BMF seine Auslegung zum neuen §1 Absatz 3d und 3e AStG veröffentlicht. Obwohl es sich dabei bisher lediglich um einen Entwurf handelt, welcher gegenwärtig von Verbänden kommentiert wird, lässt sich bereits zum jetzigen Zeitpunkt erkennen, wie die Finanzverwaltung die Gesetzesänderung zu konzerninternen Finanzierungsbeziehungen auslegen wird. Die geplante Auslegung durch die Finanzverwaltung ist für den Real Estate Sektor von besonderer Bedeutung, da Investments – neben Bankdarlehen und Eigenkapital – mittels Konzern- bzw. Gesellschafterdarlehen finanziert werden und genau diese Instrumente regelmäßig Streitgegenstand in der steuerlichen Außenprüfung sind. Vor diesem Hintergrund ist eine konkrete Auslegung des Gesetzes durch die Finanzverwaltung im Rahmen des BMF-Schreibens grundsätzlich zu begrüßen. Im Folgenden werden die wesentlichen Kernpunkte des BMF zusammengefasst und mögliche Auswirkungen für den Real Estate Sektor dargestellt.

1. Analyse dem Grunde nach (DCA-Analyse)

Im Hinblick auf die Angemessenheitsanalyse einer konzerninternen Finanzierung dem Grunde nach ist neben dem Nachweis der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Finanzierung insbesondere eine Debt-Capacity-Analyse („DCA“ deutsch: Schuldentragfähigkeitsanalyse) durchzuführen. Dazu stellt das BMF klar, dass die im Zusammenhang mit der Finanzierungsbeziehung erworbenen Vermögenswerte oder anderen Vermögenswerte in die Analyse einzubeziehen sind (Rz. 3.124). Gleichzeitig wird deutlich, dass allein die Notwendigkeit einer Anschlussfinanzierung an eine Finanzierungsbeziehung (Rz. 3.124) oder die Tatsache, dass es sich um eine besonders risikobehaftete Finanzierung (z.B.

Umbauphasen bei Immobilieninvestitionen) handelt (Rz. 3.125), nicht automatisch zu einer Fremdunüblichkeit der Kapitalüberlassung führt. Gleiches gilt für fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, die durch eine Darlehensaufnahme finanziert werden (Rz. 3.127).

Das bedeutet für die Praxis, dass die Erstellung einer DCA nunmehr Pflichtbestandteil der Verrechnungsdokumentation der Finanzierungsbeziehung darstellt. Der Substanz- und Ertragswert der Immobilie kann dabei verwendet werden, um zu zeigen, dass die Verpflichtungen aus dem Darlehen bedient werden können. Eine entsprechende Wertstabilität der Immobilie würde für eine Anschlussfinanzierung sprechen. Typische Bau- oder Renovierungsperioden, in denen üblicherweise kein ausreichender Cash-Flow vorhanden ist, sollten unschädlich sein, insoweit in der Gesamtschau bzw. Totalperiode ein angemessener Gewinn durch das Objekt erzielt wird.

2. Ratingermittlung

Im Hinblick auf die Bedeutung des Gruppenratings für die Zinsermittlung betont das BMF, dass sich der Zinssatz grundsätzlich nach der Kreditwürdigkeit der Gruppe zu richten hat (Rz. 3.133). Zur Ermittlung eines geeigneten Gruppenratings schlägt das BMF eine Prüfreihefolge vor, bei der im ersten Schritt zu kontrollieren ist, ob ein veröffentlichtes Rating von einer der durch die EU zugelassenen Ratingagenturen vorliegt (Rz. 3.135).¹ Sollte dies nicht der Fall sein, kann auf private Angaben² von Ratingagenturen zurückgegriffen werden. Als letzte Option räumt das BMF die Ermittlung eines Ratings anhand einer am Markt üblichen Ratingsoftware ein, wobei insbesondere die dabei herangezogenen qualitativen Inputfaktoren zu

¹ Das BMF stützt sich dabei auf Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009

² Dabei handelt es sich um Ratings, die aufgrund eines Einzelauftrages erstellt wurden und nicht zur öffentlichen Bekanntgabe oder zur Weitergabe an Abonnenten bestimmt sind

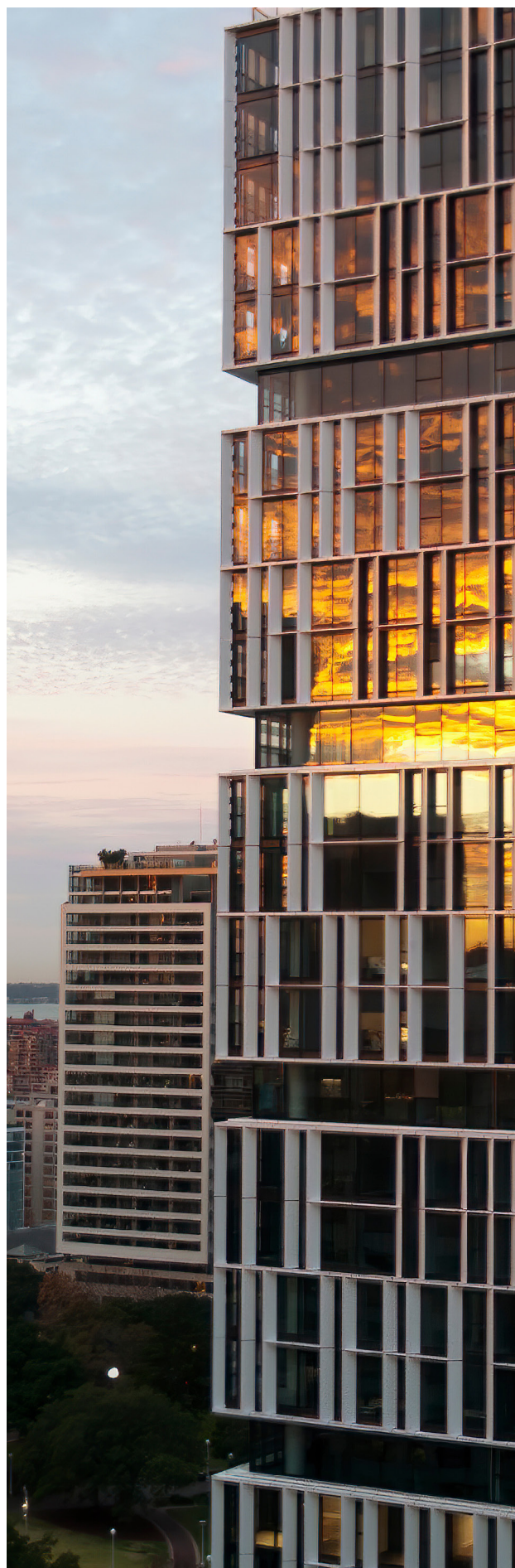
dokumentieren sind. Sofern die Unternehmensgruppe nicht über ein Rating verfügt bzw. anhand des o.g. Prüfschemas kein Rating ermittelt werden kann, kann aus Vereinfachungsgründen das Gruppenrating anhand der externen Finanzierungskosten der Unternehmensgruppe hergeleitet werden (Rz. 3.136). Eine Nichtanwendung des Gruppenratings ist allein dann möglich, wenn der Steuerpflichtige in der Lage ist nachzuweisen, dass ein vom Unternehmensgruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht. Bei der Einschätzung, ob diese Escape-Klausel tatsächlich greift, sind neben qualitativen und quantitativen Faktoren insbesondere der potenzielle Konzernrückhalt zu berücksichtigen (Rz. 3.137 – 3.139), wobei das BMF explizit auf Top-Down- und Bottom-up-Ansätze von Ratingagenturen verweist.

Bei Real-Estate-Strukturen liegen regelmäßig keine Konzernratings vor, sodass nun individuell ein Rating mittels einer am Markt üblichen Ratingsoftware – unter Berücksichtigung qualitativer Faktoren – erstellt werden kann. Der Verweis auf einen Bottom-up-Ansatz, d.h. eine Ratingbestimmung auf Basis individueller Finanzkennzahlen des Darlehensgebers unter Berücksichtigung eines potenziellen Konzernrückhalts, ist besonders positiv hervorzuheben, da die Finanzverwaltung bisher in steuerlichen Außenprüfungen stets eine starke Präferenz zur Verwendung des Konzernratings bei Inbound-Finanzierungen hatte. Diese Auslegung des Gesetzes ist insbesondere für Real-Estate-Strukturen zu begrüßen, da aufgrund der Strukturierung mittels SPVs oder PropCos der Konzernrückhalt gegen Null konvergieren sollte und somit auf das Einzelrating des Schuldners abgestellt werden kann, was per se zu einem höheren abzugsfähigen Zins führen würde. Zudem entspricht diese Auslegung exakt der Auffassung der OECD-Richtlinien 2022 (Rz. 10.78).

3. Verrechnungspreismethodenwahl

Die Bestimmung eines Fremdvergleichspreises für die Fremdkapitalüberlassung zwischen nahestehenden Personen hat sich grundsätzlich nach der Preisvergleichsmethode unter Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsfaktoren (Rz. 3.147) zu richten.

Die explizite Hervorhebung der grundsätzlichen Präferenz für die Preisvergleichsmethode ist zu begrüßen, da in steuerlichen Außenprüfungen von Gesellschafterdarlehen die Preisvergleichsmethode regelmäßig von der Finanzverwaltung verworfen wird, um entweder die Kostenaufschlagsmethode oder den hypothetischen Fremdvergleich zur Anwendung zu bringen. Die beiden letztgenannten Methoden führen im Inbound-Fall regelmäßig zu deutlich niedrigeren Zinssätzen.



4. Anwendungsbereich

§ 1 Absatz 3d AStG ist nicht für Zinsaufwendungen anzuwenden, die auf Finanzierungsbeziehungen beruhen, die vor dem 1. Januar 2024 vereinbart wurden und deren tatsächliche Durchführung vor dem 1. Januar 2024 begonnen hat. Dies gilt nicht, wenn das Darlehen nach dem 31. Dezember 2023 wesentlich geändert oder über den 31. Dezember 2024 fortgeführt wird (Rz. 3.146).

Das „Grandfathering“ schafft zwar Klarheit hinsichtlich der Anwendung, was grundsätzlich positiv zu bewerten ist. Allerdings werden faktisch nur Darlehen ausgenommen, die vor 2024 vergeben wurden und in 2024 auslaufen, ohne geändert zu werden. Vereinfacht ausgedrückt fallen diejenigen Darlehen unter die neue Regelung, die vor 2024 vergeben wurden und nach 2025 unverändert weiterlaufen. Dies stellt keine wesentliche Erleichterung dar.

Fazit und Key Facts

Die geplante Änderung der VWG VP 2023 schafft eine erste Klarheit, wie die gesetzliche Regelung zur Konzernfinanzierung auszulegen ist. Positiv für Real-Estate-Finanzierungen hervorzuheben sind die Ausführungen zur Schuldentragfähigkeitsanalyse, Ratermittlung und Verrechnungspreismethodenwahl. Allerdings stellt die Regelung zur zeitlichen Anwendung keine wesentliche Erleichterung dar. Abzuwarten bleibt allerdings, welche konkreten Anpassungen sich anhand der Kommentierungen der Verbände ergeben und inwiefern die aktuelle Version des BMF-Entwurfs umgesetzt wird. Es wird erwartet, dass spätestens zum Ende des Jahres Klarheit in den Nebel des neuen AStGs zu Finanzierungsbeziehungen kommt, vielleicht wie vor 25 Jahren, als das BMF am 24. Dezember 1999 ein BMF-Schreiben herausbrachte – der in Fachkreisen bekannte Weihnachtserlass.



Ronny John

Partner, Steuerberater
Financial Services Tax



Dr. Christoph Mölleken

Manager,
Financial Services Tax



04

Entwicklungen bei der Betriebsaufspaltung

Neues und nicht mehr ganz so Neues zum Durchgriffsverbot

Bei Konzernstrukturen wird die Gewebesteuerlast regelmäßig durch konzerninterne Überlassung von Grundbesitz und die damit einhergehende Inanspruchnahme der erweiterten Grundstücks Kürzung gemindert. Umso größer war daher die brancheninterne Unruhe, als der IV. Senat des BFH das Durchgriffsverbot bei Besitz-Personengesellschaften Ende 2021 aufgegeben hatte. Manche sahen gar die typischen OpCo-/PropCo-Strukturen in Gefahr. Erst seit der III. Senat Anfang 2024 das Durchgriffsverbot bei Besitz-Kapitalgesellschaften bestätigt hat, kehrt langsam wieder Ruhe ein.

Zeit für eine Bestandsaufnahme.

Keine erweiterte Grundstücks kürzung bei Vorliegen einer Betriebsaufspaltung

Die erweiterte Grundstücks kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG ist unter anderem ausgeschlossen, wenn die Verwaltung oder Nutzung des eigenen Grundbesitzes die Grenzen der Gewerblichkeit überschreitet. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Grundstücksunternehmen infolge einer Betriebsaufspaltung als Besitzunternehmen (originär) gewerbliche Einkünfte erzielt.¹

Nach ständiger Rechtsprechung der Finanzgerichte liegt eine Betriebsaufspaltung vor, wenn

1. einem Betriebsunternehmen wesentliche Grundlagen für seinen Betrieb von einem Besitzunternehmen) überlassen werden (sogenannte „**Sachliche Verflechtung**“), und
2. die hinter dem Betriebs- und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben (sogenannte „**Personelle Verflechtung**“). Dieser ist anzunehmen, wenn die Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in dem Betriebsunternehmen ihren Willen durchsetzen kann.

Durch den Verstoß gegen das Ausschließlichkeitsgebot wird im Falle der Betriebsaufspaltung die Anwendung der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG versagt.²

Änderung der Rechtsprechung zum Durchgriffsverbot bezüglich Besitz-Personengesellschaften

Eine Immobilie ist nach Finanzrechtsprechung und Auffassung der Finanzverwaltung regelmäßig eine „wesentliche Grundlage für einen Betrieb“, sodass im Falle der Vermietung das Merkmal der Sachlichen Verflechtung regelmäßig unstreitig erfüllt sein sollte.

Bei der Personellen Verflechtung hat die mittelbare Beteiligung über eine Kapitalgesellschaft bislang sowohl nach der Finanzrechtsprechung als auch nach Ansicht der Finanzverwaltung eine „Abschirmwirkung“³ entfaltet. Mit anderen Worten: Eine Personelle Verflechtung lag nicht vor, wenn das Betriebsunternehmen an dem Besitzunternehmen nur mittelbar über eine Kapitalgesellschaft beteiligt war oder wenn das gemeinsame Mutterunternehmen an Betriebsunternehmen und Besitzunternehmen nur mittelbar über Kapitalgesellschaften beteiligt war.

Jedoch hat der BFH seine Rechtsprechung mit Urteil vom 19. September 2021⁴ geändert. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt war vereinfacht wie folgt:

- Eine H-GmbH hielt die Mehrheit der Anteile an einer X-GmbH.
- Die X-GmbH hielt 100 Prozent der Anteile an einer Y-KG.
- Die Y-KG war Eigentümerin einer Immobilie, die sie an die H-GmbH vermietete. Die H-GmbH nutzte die Immobilie für eigene betriebliche Zwecke.

1 BFH v. 29.03.1973, I R 174/72, BStBl. II 1973, 686, BeckRS 1973, 22002084; v. 12.09.1991, IV R 8/90, BStBl. II 1992, 347, DStR 1992, 246; v. 20.08.2015, IV R 26/13, BStBl. II 2016, 408, DStR 2015, 2536 und H 9.2 Abs. 2 „Betriebsaufspaltung“ GewStH.

2 BFH v. 16.09.2021, – IV R 7/18, BStBl. II 2022, 767, DStR 2022, 189 (191); Wagner, in Wendt/Suchanek/Möllmann/Heinemann, GewStG, 2. Aufl. 2022, § 9 Nr. 1 Rn. 50 ff.

3 Sogenanntes Durchgriffsverbot, vgl. auch Broemel/Klein, DStR 2022, 857.

4 BFH, Urteil. v. 16.09.2021, – IV R 7/18, BStBl. II 2022, 767.

Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass eine Betriebsaufspaltung vorlag. Laut dem urteilenden IV. Senat ist bei der Prüfung der personellen Verflechtung auch eine über eine Kapitalgesellschaft gehaltene mittelbare Beteiligung zu berücksichtigen.

Die Finanzverwaltung hat sich der Ansicht des BFH angeschlossen, wendet das Urteil aus Vertrauensschutzgründen jedoch erst ab dem Veranlagungszeitraum 2024 an.⁵

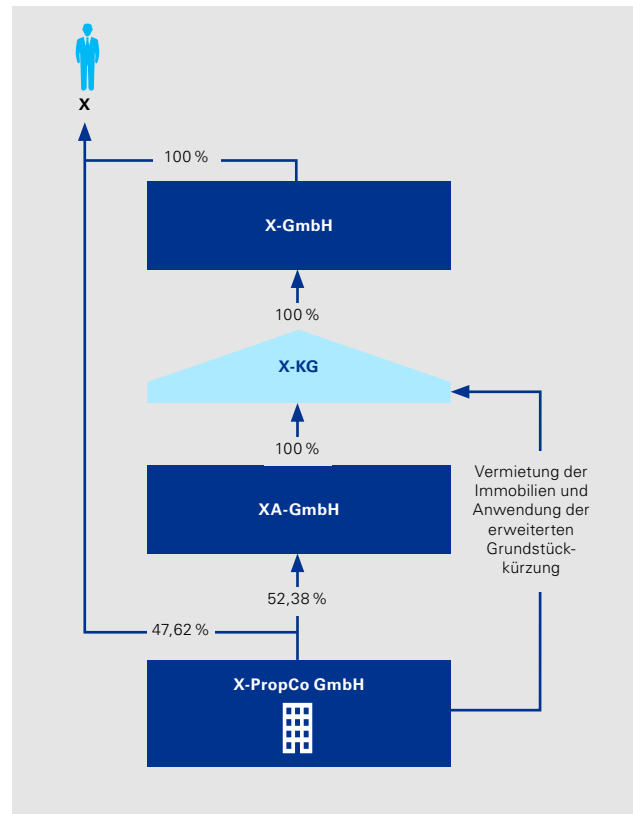
Unklar war vor dem Hintergrund des BFH-Urteils, ob bei einer Besitz-Kapitalgesellschaft das Durchgriffsverbot nach wie vor greift.

Aber: Bestätigung der Rechtsprechung zum Durchgriffsverbot bezüglich Besitz-Kapitalgesellschaften

Zuletzt beschäftigte sich der III. Senat des BFH in der Revisionsentscheidung vom 22. Februar 2024⁶ mit der Frage, ob die Überlassung von Grundbesitz durch eine Kapitalgesellschaft an ihre (mittelbaren) Anteilseigner zu einer Betriebsaufspaltung führt (sogenannte Umgekehrte Betriebsaufspaltung). In dieser Konstellation wurde zwar nicht das klassische Überlassungsverhältnis zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften (Stichwort: OpCo-/PropCo-Struktur) adressiert, jedoch betrifft der Streitfall das Durchgriffsverbot bei Kapitalgesellschaften und ist daher für die Grundbesitzüberlassung zwischen Schwesterkapitalgesellschaften gleichwohl relevant.⁷

Dem Urteil lag, vereinfacht, folgender Sachverhalt zugrunde:

Abbildung 1:
Hinzurechnungsbesteuerung



Quelle: KPMG, Deutschland, 2024



5 Oberste Finanzbehörden der Länder, GLE v. 22.11.2022 und BMF, Schr. v. 21.11.2022, – IV C 6 – S 2240/20/10006.

6 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078; Vorinstanz: FG München v. 17.04.2023, – 7 K 434/19, DStR 2023, 2168.

7 Broemel/Hillers, DStR 2023, 2428, 2430.

Der BFH entschied – wie auch die Vorinstanz – das vorliegend die Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG **nicht** wegen des Bestehens einer Betriebsaufspaltung ausgeschlossen sei. Mit anderen Worten: Es lag keine Betriebsaufspaltung vor.

Sofern eine Kapitalgesellschaft Besitzunternehmen ist, komme es laut urteilendem Senat für die Personelle Verflechtung darauf an, ob diese Gesellschaft selbst ihren geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen könne. Ein Rückgriff auf die hinter der Besitzkapitalgesellschaft stehenden Anteilseigner sei hingegen nicht zulässig (somit: Bestätigung des Durchgriffsverbots).⁸ Eine Betriebsaufspaltung liege somit nicht vor, wenn eine Besitzkapitalgesellschaft nicht selbst zu mehr als 50 Prozent unmittelbar oder mittelbar an der Betriebsgesellschaft beteiligt sei.⁹ Einer Besitzkapitalgesellschaft könnten laut Urteil weder die von ihren Gesellschaftern gehaltenen Anteile an der Betriebsgesellschaft noch die mit diesem Anteilsbesitz verbundene Beherrschungsfunktion zugerechnet werden. Eine solche Zurechnung würde einen unzulässigen Durchgriff auf die hinter der Besitzkapitalgesellschaft stehenden Personen darstellen.¹⁰

Das Durchgriffsverbot folge aus dem Prinzip der Trennung von Kapitalgesellschaften.¹¹ Dieses lasse es nicht zu, für das Vorliegen eines einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillens bezüglich der Tätigkeit der Betriebsgesellschaft auf die Anteilhaberschaft bzw. Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter der Besitzkapitalgesellschaft abzustellen.¹² Hierdurch unterscheiden sich Kapital- von Personengesellschaften, so dass eine Gleichbehandlung von Besitz-Kapitalgesellschaften und Besitz-Personengesellschaften nicht geboten sei.¹³



8 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 13.

9 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 16.

10 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 16.

11 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 13.

12 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 17.

13 BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 17.



Michael Krimm
Director, Steuerberater
Financial Services Tax –
Real Estate



Nikolai Kajdalov
Senior Manager, Steuerberater
Financial Services Tax –
Real Estate



Fazit und Key Facts

Das BFH Urteil III R 13/23 ist sehr erfreulich, da der BFH darin das Durchgriffsverbot bei Kapitalgesellschaften bestätigt. Die Entscheidung ist vor allem für solche Konzerne von Bedeutung, die für Grundbesitzüberlassungen innerhalb der Unternehmensgruppe die erweiterte Kürzung in Anspruch nehmen. Denn soweit die Grundbesitzüberlassung konzernintern durch eine Kapitalgesellschaft erfolgt, kann auch in Zukunft eine für die erweiterte Kürzung schädliche Betriebsaufspaltung vermieden werden.

Eine Auffassung, die auch die Finanzverwaltung ausdrücklich vertritt.¹⁴

¹⁴ BFH v. 22.02.2024, – III R 13/23, DStR 2024, 1078 Rn. 17.

Abonnieren Sie den KPMG Real Estate Tax Newsletter



Die neusten Tax News und Trends

> **Jetzt abonnieren**
um die neuste Version in Deutsch und
Englisch zu erhalten



Abonnieren Sie den KPMG Real Estate Bulletin



Die neusten News und Trends
der Immobilienbranche!

> **Jetzt abonnieren**





05

Unternehmensidentität bei Kapitalgesellschaften

Unternehmensidentität bei Anwachsung einer KG auf eine GmbH für Zwecke der Nutzung des übernommenen Gewerbeverlusts – Anmerkungen zum BFH-Urteil v. 25.04.2024 (III R 30/21)

Der III. Senat des BFH musste in seinem Urteil v. 25.04.2024 erstmals zu der kontrovers diskutierten Frage Stellung nehmen, inwieweit der Fortbestand eines zum Vorjahresende bei einer Kapitalgesellschaft festgestellten Gewerbeverlusts, den sie aufgrund einer Anwachsung von einer Personengesellschaft übernommen hatte, auch bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft von dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Unternehmensidentität abhängig bleibt.¹ Unternehmensidentität liegt vor, wenn der im Verlustabzugsjahr bestehende Gewerbebetrieb mit jenem identisch ist, der im Verlustentstehungsjahr bestand.²

Urteilssachverhalt und Entscheidung des BFH

Die Klägerin ist eine GmbH. Bis einschließlich des Jahres 2010 war sie alleinige Kommanditistin einer GmbH & Co. KG (KG) und hielt 100 % der Kapitaleinlage. Komplementärin ohne Kapitaleinlage war die B-GmbH. Für die KG war zum 31. Dezember 2010 ein vortragsfähiger Gewerbeverlust in Höhe von circa 35 Mio. € bestandskräftig festgestellt worden.

Im Jahr 2011 wurde die B-GmbH auf die GmbH verschmolzen. Infolgedessen bestand die KG nicht mehr als KG fort. Ihr Vermögen ging im Wege der Anwachsung auf die GmbH über. Diese führte den übernommenen Betrieb der KG zunächst weiter. Im Streitjahr 2013 veräußerte die GmbH ihr operatives Geschäft im Wege eines Asset Deals zu Buchwerten an eine andere GmbH. Infolgedessen führte sie nunmehr auch den früheren Betrieb der KG nicht weiter. Ihr Unternehmensgegenstand war fortan das Halten und Verwalten von Beteiligungen aller Art (Holding-Tätigkeit).

Das beklagte Finanzamt kam nach einer Betriebsprüfung für die Jahre 2011 bis 2013 zu dem Ergebnis, dass die auf die GmbH übergegangenen und noch nicht genutzten gewerbesteuerlichen Verluste der früheren KG in Höhe von circa 35 Mio. € weggefallen und daher nicht mehr nutzbar seien. Aufgrund des Asset Deals im Jahr 2013 sei die für die Nutzung des Gewerbeverlusts erforderliche Unternehmensidentität nicht mehr gegeben.

Die Vorinstanz (Sächsisches Finanzgericht) gab der Klage durch Urteil vom 7. September 2020 statt.³ Die Fortführung des übernommenen Gewerbeverlusts begründete das sächsische Finanzgericht insbesondere mit der Fiktion eines einheitlichen Gewerbebetriebs gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG. Danach gilt die Tätigkeit der Kapitalgesellschaften stets und in vollem Umfang als Gewerbebetrieb.

Der BFH hat mit dem Urteil vom 25. April 2024 die Ansicht der Vorinstanz im Ergebnis bestätigt. Der von der KG herrührende Gewerbeverlust von 35 Mio. € blieb bei der Klägerin trotz der im Streitjahr 2013 erfolgten Veräußerung des verlustverursachenden früheren Geschäftsbetriebs der KG als vortragsfähiger Fehlbetrag erhalten.



1 Für eine Abhängigkeit, FG Nürnberg, Urteil vom 25.10.2016, 1 K 1229/14, EFG 2017, 929, rkr.; gegen eine Abhängigkeit, FG Düsseldorf, Urteil v. 28.10.2010, 11 K 3637/09 F, EFG 2011, 477, rkr.; FG München, Urteil v. 25.01.2023, 6 K 1787/19, EFG 2023, 541, Az. der Revision beim BFH: XI R 2/23 und Sächsisches Finanzgericht, Urteil v. 07.09.2020, 5 K 114/19, EFG 2022, 848 (Vorinstanz zum hiesigen Besprechungsurteil).

2 Vgl. R 10a.2 GewStR 2009.

3 Sächsisches Finanzgericht, Urteil vom 07.09.2020, 5 K 114/19, EFG 2022, 848.

Seine Entscheidung begründet der BFH im Wesentlichen wie folgt:

Übergang des Gewerbeverlusts:

Zunächst geht im Rahmen der Anwachsung der KG auf die Klägerin (GmbH) unstreitig auch der bei der KG entstandene Gewerbeverlust auf die GmbH über und ist nun bei dieser festzustellen.

Keine Grundlage im geltenden Recht:

Für den Untergang des übernommenen Gewerbeverlusts nach der Anwachsung aufgrund des Asset Deals im Streitjahr 2023 gibt es keine Grundlage im geltenden Recht.

Keine Einstellung des Gewerbebetriebs nach § 2 Abs. 5 Satz 1 GewStG:

„Die Veräußerung des von der KG übernommenen Geschäftsbetriebs im Wege eines Asset Deals ändert nichts daran, dass die bei der Klägerin verbleibende Holding-Tätigkeit nach § 2 Abs. 2 Abs. 1 GewStG weiterhin in vollem Umfang als einheitlicher und zugleich identischer Gewerbebetrieb gilt. Der Gewerbebetrieb der Klägerin gilt nicht nach § 2 Abs. 5 Satz 1 GewStG als eingestellt, da er im Zuge des Asset Deals nicht „im Ganzen“ „auf einen anderen Unternehmer überging. Aus dem unmittelbar ohnehin nicht den übergebenden, sondern den übernehmenden Unternehmer betreffenden § 10a Satz 8 GewStG folgt deshalb im Streitjahr 2013 kein Entfallen des von der Klägerin bereits im Jahr 2011 übernommenen und in der Folgezeit fortgeführten Verlustbetrags.“

Unternehmensidentität bleibt unberührt:

Das Entfallen des vortragsfähigen Gewerbeverlusts lässt sich im Streitfall auch nicht mit der nach der ständigen Rechtsprechung zu § 10a GewStG für die Gewerbeverlustnutzung erforderlichen Unternehmensidentität begründen. Denn diese bleibt durch den Asset Deal im Jahr 2013 unberührt. Eine Änderung der wirtschaftlichen Betätigung einer Kapitalgesellschaft berührt die Unternehmensidentität einer Kapitalgesellschaft nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BFH nicht, solange derselbe einheitliche Gewerbebetrieb im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG weiterhin existiert. Von dem Grundsatz der Unerheblichkeit der Unternehmensidentität bei einer Kapitalgesellschaft ist auch im Anschluss an eine Anwachsung – wie im Streitfall (das heißt nach der Übernahme des bei einer Personengesellschaft entstandenen Gewerbeverlusts) – keine Ausnahme zu machen.



Die Frage der Unternehmensidentität hat bei einer Kapitalgesellschaft aus den genannten Gründen nicht deswegen ausnahmsweise eine andere oder besondere Bedeutung, weil der von ihr übernommene Gewerbeverlust im Ursprung von einer Personengesellschaft herrührt. Anders als bei einer Personengesellschaft kommt es bei einer Kapitalgesellschaft für die Nutzung ihres Gewerbeverlusts nicht auf die Unternehmensidentität an, weil diese unabhängig von der Art ihrer gewerblichen Tätigkeit erhalten bleibt. Der nach der ständigen Rechtsprechung gefestigte Grundsatz, dass die Änderung der wirtschaftlichen Betätigung einer Kapitalgesellschaft ihre Unternehmensidentität nicht berührt, bedürfte einer normativen Einschränkung, um zu der vom beklagten Finanzamt vertretenen „Auslegung“ im Anwachsungsfall zu gelangen. Einer näheren gesetzlichen Ausgestaltung bedürfte es hierbei nicht nur in materiellrechtlicher, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Ein im Bescheid einheitlich festgestellter Gewerbeverlust lässt nämlich nicht erkennen, aus welchen einzelnen ursprünglichen Bestandteilen er sich zusammensetzt.

Alexander Hahn
Senior Manager, Steuerberater
Tax Services



Fazit und Key Facts

Die im Zivilrecht geregelte Anwachsung⁴ ist ein häufiges Mittel zur steuerneutralen Umstrukturierung im Konzern außerhalb des UmwStG.

Die Frage, inwieweit der Fortbestand eines zum Vorjahresende bei einer Kapitalgesellschaft festgestellten Gewerbeverlusts, den sie aufgrund einer Anwachsung von einer Personengesellschaft übernommen hatte, auch bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft von dem Kriterium der Unternehmensidentität abhängig bleibt, ist daher von hoher Praxisrelevanz.

Es bleibt abzuwarten, ob das erste BFH-Urteil zu dieser Thematik im BStBl. veröffentlicht und damit über den entschiedenen Fall hinaus allgemein angewendet werden kann oder es durch eine gesetzliche Neuregelung negiert wird. Beispielsweise zeigt § 8d KStG, dass es gesetzlich normierte „fortführungsgebundene Verlustvorträge“ gibt.

⁴ §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i. V.m. § 738 BGB a.F. bzw. §§ 712, 712a BGB n.F.

Kontakt

KPMG AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft



Falko Fiedler-Schliemann

Head of Real Estate Tax
Partner, Steuerberater
T +49 511 8509-5109,
ffiedler@kpmg.com



Stefan Kunze

Co-Head of Real Estate Tax
Partner, Steuerberater
T +49 89 9282-6894
skunze@kpmg.com

Impressum

KPMG AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Ganghoferstraße 29
80339 München

Einige oder alle der hier beschriebenen Leistungen sind möglicherweise für KPMG-Prüfungsmandanten und deren verbundene Unternehmen unzulässig.

www.kpmg.de

www.kpmg.de/socialmedia



Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

© 2024 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht und ein Mitglied der globalen KPMG-Organisation unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Limited, einer Private English Company Limited by Guarantee, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. Der Name KPMG und das Logo sind Marken, die die unabhängigen Mitgliedsfirmen der globalen KPMG-Organisation unter Lizenz verwenden.