

nehmens an der gewerblichen Besitz-KG auch direkt als Mitunternehmer beteiligt waren, und die Betriebs-GmbH (bzw. im Urteilsfall die dazwischengeschaltete Kommandit-GmbH) zu ihrem Sonderbetriebsvermögen gerechnet wurde, hätte sich dort auch keine Änderung ergeben.

Anders sieht dies in den Varianten 2 und 3 aus, wo die hinter der KapGes. stehenden Gesellschafter grds. über kein Betriebsvermögen verfügen, sondern nur „normale“ Anteile an KapGes. halten. Die Frage ist: Schlägt die Betriebsaufspaltung dennoch auf die Ebene der Gesellschafter der KapGes. durch? Werden die Beteiligungen der Gesellschafter in einen infolge der Betriebsaufspaltung eröffneten Gewerbebetrieb eingelegt und somit zum Betriebsvermögen?

U.E. ist dies nicht der Fall. Dagegen spricht bereits die gedankliche Grundlage der Betriebsaufspaltung: Danach nimmt das Besitzunternehmen aufgrund der sachlichen und personellen Verflechtung über das Betriebsunternehmen am gewerblichen Verkehr teil und wird deshalb seinerseits originär gewerblich. Die primäre Folge einer Betriebsaufspaltung ist also die Umqualifikation der vermögensverwaltenden Vermietungstätigkeit des Besitzunternehmens in eine gewerbliche Tätigkeit. Das Besitzunternehmen ist in dieser Konstellation nur die eigentliche Besitz-Gesellschaft. Auf einen Gesellschafter, der nur über eine KapGes. beteiligt ist, schlägt die Umqualifikation einer Tätigkeit in eine gewerbliche Tätigkeit nicht durch. Weiterhin spricht gegen ein Durchschlagen, dass nach allgemeiner Auffassung auch bei einer Betriebsaufspaltung das Besitz- und das Betriebsunternehmen steuerrechtlich selbstständig bleiben. Es kommt nicht zu einem einheitlichen, gesellschaftsübergreifenden Gewerbebetrieb. Damit bleibt auch die Abschirmwirkung einer KapGes. bestehen.

Dass dieses Ergebnis folgerichtig ist, wird deutlich, wenn man die kapitalistische Betriebsaufspaltung (Variante 3) mit einer KapGes. vergleicht, die in den Räumlichkeiten ihrer eigenen Immobilien betrieblich tätig ist. Dann fallen Besitz- und Betriebsunternehmen faktisch zusammen. Die Gesellschafter dieser KapGes., die ja ein einheitliches Besitz- und Betriebsunternehmen beherrschen, erzielen trotz ihrer alles beherrschenden Stellung keine gewerblichen Einkünfte, sondern nur solche aus Kapitalvermögen (von der Umqualifikation im Rahmen des § 17 EStG einmal abgesehen). Es wäre nicht zu erklären, weshalb dies anders sein sollte, nur weil Besitzunternehmen und Betriebsunternehmen auf zwei KapGes. verteilt sind. Vielmehr würde sich die Frage stellen, ob eine solche Ungleichbehandlung ein Verstoß gegen Art. 3 GG wäre.

Allerdings ist festzuhalten, dass auch hier leider eine erhebliche Rechtsunsicherheit begründet worden ist.

Der BFH als Gesetzgeber?

Die Betriebsaufspaltung ist reines Richterrecht. Das BVerfG hat dies allerdings gebilligt. Mit diesem Urteil zeigen sich einige problematische Aspekte dieser Form der Rechtsbildung. Im Moment herrscht aufgrund der divergierenden Entscheidungen des I. und des IV. Senats ausgeprägte Rechtsunklarheit. Bei einem formellen Gesetz hingegen gibt es ein geordnetes Verfahren, an dessen Ende nur ein Gesetz, und nicht zwei unterschiedliche Fassungen stehen, die beide Gültigkeit beanspruchen.

Würde der Gesetzgeber eine solche Änderung vornehmen, wie sie hier der IV. Senat in seiner Rspr. vollzogen hat, wäre dies verfassungsrechtlich wohl nicht rückwirkend für abge-

schlossene Vz. möglich. Bei seiner Rechtsprechungswende hat sich der IV. Senat hingegen nicht einmal damit beschäftigt, ob seine bisherige Rspr. Vertrauensschutz erzeugt haben könnte und eine Änderung deshalb erst für die Zukunft gelten sollte. Es drängt daher sich die Frage auf, ob der BFH als faktischer Ersatzgesetzgeber geringeren verfassungsrechtlichen Restriktionen unterliegt als der parlamentarische Gesetzgeber.

Redaktionelle Hinweise:

- Der Blog-Beitrag wurde dem Handelsblatt Steuerboard entnommen und ist online abrufbar unter <http://blog.handelsblatt.com/steuerboard/>;
- BFH vom 16.09.2021 – IV R 7/18, DK 2022 S. 128 = DK1398378.

Internationales Steuerrecht/Compliance

»DK1401083

Tax-Compliance-Praxis: Qualifikation von Preferred Stocks nach dem BFH-Urteil vom 18.05.2021 – IR 12/18

Preferred Stocks sind typische Finanzierungsformen in der Struktur eines ausländischen Private Equity Fonds. Sie räumen ihren Inhabern verschiedene Rechte ein. Derartige „Vorzüge“ können z.B. in der Gewinnverteilung begründet oder im Rahmen der Verteilung des Liquidationserlöses gewährt werden. Für die deutsche Tax Compliance eines Private Equity Fonds von Relevanz ist deren zutreffende steuerliche Qualifikation. Beteiligungserträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sind für betriebliche Investoren regelmäßig privilegiert (ausgenommen Streubesitzdividenden), wohingegen Zinserträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG voll steuerpflichtige Einkünfte darstellen. Zu den Beteiligungserträgen gehören u.a. Dividenden und sonstige Bezüge aus Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist.

StB André Fest, Associated Partner bei POELLATH, München.

Kontakt: autor@der-konzern.de

I. Kategorien von Finanzinstrumenten

Aus der Aufzählung und Abgrenzung der Beteiligungserträge lassen sich folgende vier Kategorien von Finanzinstrumenten ableiten; der Klammerzusatz beschreibt die Finanzierungsform und die mögliche Privilegierung beim betrieblichen Anleger:

- Eigenkapital-Finanzinstrumente (Eigenkapital/privilegiert),
- Eigenkapitalähnliche Finanzinstrumente (Mezzanine/privilegiert),
- Fremdkapitalähnliche Finanzinstrumente (Mezzanine/voll steuerpflichtig),
- Fremdkapital-Finanzinstrumente (Fremdkapital/voll steuerpflichtig).

Wie ordnen sich Preferred Stocks in die vorstehende Nomenklatur ein? Wie sind die Erträge aus Preferred Stocks im Inland zu versteuern? Als Grundlage und Maßstab soll das BFH-Urteil vom 18.05.2021 – IR 12/18 (DB 2021 S. 2193) dienen. Dem vorausgegangen ist das Urteil vom FG Nürnberg vom 30.01.2018 – 1 K 655/16.

II. Typenvergleich zur Qualifizierung

In der Beratungspraxis empfiehlt es sich, die Beurteilung des zu prüfenden Finanzinstruments in der oben aufgeführten Reihenfolge zu erarbeiten. Die Beurteilung selbst erfolgt auf Basis eines sog. Typenvergleichs. Sowohl das ausländische Rechtsgebilde als auch die konkrete Beteiligungsform des Steuerinländers (hier gehalten über einen transparenten ausländischen Private Equity Fonds) müssen gem. BFH vom Typ her den Gesellschafts- und Beteiligungsformen gleichen, die § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG vorsieht. Entscheidend ist eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung der maßgebenden ausländischen Bestimmungen über die Organisation und Struktur der Gesellschaft sowie deren konkrete Ausformung in ihrer Satzung. Hinsichtlich der Rechtsform soll an dieser Stelle als erste Anlaufstelle auf die Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze (Tab. 1) verwiesen werden. Die konkrete Beteiligungsform (hier Preferred Stocks) muss – um als Eigenkapitalinstrument zu qualifizieren – einer inländischen „Aktie“ entsprechen. Dafür müssen die Preferred Stocks den Anforderungen einer mitgliedschaftlichen Beteiligung gerecht werden, d.h. dem Inhaber gesellschaftsrechtlich veranlagte Vermögens- und Verwaltungsrechte einräumen.

Typische und zentrale Vermögens- und Verwaltungsrechte eines Aktionärs sind das Gewinnrecht, das Recht auf die Beteiligung am Liquidationserlös und das Stimmrecht auf der Hauptversammlung. Demgegenüber stehen Pflichten, wie die Einlagepflicht oder die Treuepflicht, die ein Handeln zuungunsten der Gesellschaft untersagt. Der BFH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Vermögens- und Verwaltungsrechte für inländische Aktien gesellschaftsrechtlich eingeschränkt werden können, ohne deren Qualifikation als „Aktien“ entfallen zu lassen; z.B. besteht die Möglichkeit stimmrechtsloser Vorzugsaktien. Ebenso können Dividendenbezüge (Gewinnrecht) als auch die Beteiligung am Liquidationserlös Gegenstand besonderer Satzungsbestimmungen sein. Das satzungsbedingte Aufeinanderfallen einer Vielzahl von Einschränkungen wie der Stimmrechtsausschluss nebst dem Ausschluss des Rechts an der Gewinnpartizipation und dem Recht auf einen Liquidationserlös können aber auch dazu führen, dass nach inländischem Recht eine mitgliedschaftliche Beteiligung zu verneinen ist (vgl. BGH vom 14.07.1954 – II ZR 342/53).

III. Typenvergleich der konkreten Beteiligungsform

Für die steuerliche Einordnung der Preferred Stocks ist im Ergebnis die detaillierte Prüfung der Satzung der emittierenden Gesellschaft von zentraler Bedeutung. Halten die Preferred Stocks im Rahmen einer Gesamtwürdigung ausreichend gesellschaftsrechtliche, satzungsbedingte Vermögens- und Verwaltungsrechte bereit, so sind diese als Eigenkapital-Finanzinstrument – mit der Folge der privilegierten Besteuerung der Erträge – einzuordnen.

Sind Preferred Stocks ausschließlich schuldrechtlich motiviert, d.h. gesellschaftsrechtlich nicht verankert, da sie als Mezzanine-Instrument aufgesetzt wurden, schließt sich die Einordnung als reines Eigenkapitalinstrument aus. Vielmehr greifen dann die Genussrechtskriterien zur Abgrenzung eines eigenkapital- oder fremdkapitalähnlichen Finanzinstruments (Anspruch am Gewinn und am Liquidationserlös). Für eine eigenkapitalähnliche Einordnung müssen beide Kriterien kumulativ vorliegen.

IV. Einordnung in der Tax-Compliance-Praxis

Die Frage in der Tax-Compliance-Praxis ist im Ergebnis, inwieweit Preferred Stocks als Finanzinstrument „gesellschafts-

rechtlich“ veranlagt oder rein „schuldrechtlicher“ Natur sind. Entsprechend ist deren steuerliche Prüfung und Einordnung vorzunehmen.

Redaktionelle Hinweise:

- Der Blog-Beitrag wurde dem Handelsblatt Steuerboard entnommen und ist online abrufbar unter <http://blog.handelsblatt.com/steuerboard/>;
- BFH vom 18.05.2021 – I R 12/18 online: Owlit-Datenbank;
- zum sog. Typenvergleich zur Qualifizierung von Ausschüttungen einer ausländischen Gesellschaft vgl. *Moritz*, StR kompakt, DB1389852.

Internationales Steuerrecht

»DK1401082

ATAD 3 – EU-Initiative zum Abbau von Briefkästen

Kurz vor Ende des letzten Jahres hat die EU-Kommission am 22.12.2021 den Entwurf einer neuen RL vorgelegt. Damit soll die *Anti-Tax Avoidance Directive* angepasst und damit dem Missbrauch von Briefkastengesellschaften zu Steuerzwecken vorgebeugt werden (sog. ATAD 3-Entwurf). Der Entwurf wird, wenn er tatsächlich so umgesetzt wird, einen erheblichen Einfluss auf die steuerliche Strukturierungspraxis haben.

RA/StB Dr. Hardy Fischer, Partner bei POELLATH, Berlin.

Kontakt: autor@der-konzern.de

I. Zweistufiger Substanztest vorgesehen

Zukünftig würde sodann zwingend in allen EU-Mitgliedstaaten ein zweistufiger Substanztest mit dem Ziel der Ermittlung substanzschwacher Gesellschaften durchgeführt. Für solche substanzschwachen Gesellschaften ergeben sich neue steuerliche Erklärungsspflichten und ihnen werden Steuervergünstigungen aberkannt. Die neuen Regelungen sollen bis zum 30.06.2023 national umgesetzt und ab 2024 von den Mitgliedstaaten angewendet werden. Hierzu bedarf es freilich noch der Zustimmung aller Mitgliedstaaten.

1. Stufe des Substanztests

Nach dem RL-Entwurf (RL-E) werden in der ersten Stufe des Substanztests zunächst potenzielle Mantelgesellschaften anhand folgender drei Eigenschaften identifiziert:

Betroffen ist (1.) jede Gesellschaft, deren Einkünfte zu mehr als 75% aus passivem Einkommen resultieren (Zinsen, Lizenzen, Dividenden, Anteilsveräußerungen, Immobilienerträge etc.). Die Gesellschaft muss (2.) grenzüberschreitend tätig sein – Letzteres ist erfüllt, wenn die Buchwerte des im Ausland belegenen unbeweglichen sowie des nicht betrieblichen Zwecken dienenden beweglichen Vermögens (mit Ausnahme von Barmitteln, Anteilen oder Wertpapieren) in den beiden vorangegangenen Jahren mehr als 60% des Unternehmensvermögens ausgemacht haben oder wenn Einnahmen zu mindestens 60% aus grenzüberschreitenden Strukturen erzielt wurden. Rein inländische Strukturen werden demnach nicht erfasst. Für die etwaige Nichtanerkennung rein inländischer substanzschwacher Gesellschaften sind die Staaten nach nationalem Recht verantwortlich. Schließlich muss (3.) das Management der Gesellschaft betreffend Tagesgeschäft und Entscheidungsfindung in den vorangegangenen zwei Jahren ausgelagert worden sein