

Das Gesetz zur Schaffung deutscher börsennotierter
Immobilien-Aktiengesellschaften und seine Vereinbarkeit mit
unionsrechtlichen Vorgaben

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz
vorgelegt von
Karsten Kolbe
Rechtsanwalt in Windhagen
2011

Erstberichterstatter:

Zweitberichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung: 25. 01. 2011

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einführung	S. 1
1.	Unionsrechtliche Problemstellung	S. 1
2.	Real Estate Investment Trusts	S. 3
2.1.	Geschichte des US-REIT	S. 3
2.2.	REITs im Ausland	S. 4
2.3.	Einführung des deutschen REIT	S. 5
2.4.	Markterwartung und Marktentwicklung	S. 8
§ 2	Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung und steuerliche Behandlung des REIT	S. 11
1.	Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung	S. 12
1.1.	Allgemeine Ausgestaltung – Rechtsnatur der Aktiengesellschaft	S. 12
1.1.1.	Form der Aktien	S. 13
1.1.2.	Börsennotiz	S. 13
1.1.3.	Sitz der Gesellschaft	S. 14
1.1.4.	Mindestnennbetrag des Grundkapitals	S. 15
1.1.5.	Firma	S. 16
1.1.6.	„REIT“ oder „Real Estate Investment Trust“ als geschützter Firmenname	S. 16
1.1.7.	Eigenkapitalquote	S. 17
1.1.8.	Jahresabschluss nach IFRS und HGB	S. 18
1.1.9.	Prüfung durch Abschlussprüfer	S. 18
1.2.	Vor-REITs	S. 19
1.3.	Tätigkeitsbereich der Gesellschaft	S. 20
1.3.1.	Keine Bestandswohnimmobilien	S. 21
1.3.2.	REIT-Dienstleistungsgesellschaften	S. 22
1.3.3.	Beteiligungsmöglichkeit an geschlossenen Immobilienfonds	S. 23
1.3.4.	Auslandsobjektgesellschaften	S. 26
1.3.5.	Kein Immobilienhandel	S. 27

1.4. Vermögens- und Ertragsstruktur	S. 28
1.4.1. Ertragsstruktur	S. 29
1.4.2. Vermögensstruktur	S. 29
1.5. Anlegerstruktur	S. 30
1.5.1. Streubesitz	S. 31
1.5.2. Höchstbeteiligungsquote	S. 32
1.5.3. Kritik an Streubesitz- und Höchstbeteiligungs- quote	S. 34
1.5.4. Konsequenz des Verstoßes gegen die Streu- besitz- oder Höchstbeteiligungsquote	S. 35
1.6. Mindestausschüttung der Gewinne	S. 38
1.7. REIT-spezifische Rücklage	S. 39
1.8. (Straf-)Zahlungen und Statusentzug	S. 41
1.8.1. Die Zahlungen	S. 41
1.8.2. Rechtsfolgen der Strafzahlungen und Status- entzug	S. 43
2. Besteuerungskonzeption	S. 45
2.1. Steuerliche Behandlung der Gesellschaft	S. 45
2.1.1. Grundsatz der Steuerfreiheit	S. 45
2.1.2. Steuerkonsequenzen bei Statusverlust und „Wegzugsbesteuerung“	S. 46
2.2. Beschränkte Steuerpflicht des REIT	S. 47
2.3. Besteuerung inländischer Anteilseigner	S. 48
2.3.1. Erträge inländischer REITs	S. 48
2.3.1.1. Erträge, die keiner vorhergehenden Steuerbelastung unterlegen haben	S. 48
2.3.1.2. Erträge, die einer vorhergehenden Steuerbelastung unterlegen haben	S. 50
2.3.2. Erträge ausländischer REITs	S. 52
2.4. Besteuerung ausländischer Anteilsinhaber (Treaty Override)	S. 54
2.4.1. Gesetzliche Ausgangslage	S. 54
2.4.2. Die durch Doppelbesteuerungsabkommen entstehende Problematik	S. 55
2.5. Beschränkte Steuerpflicht ausländischer REITs	S. 57

3. Die „Exit-Tax“ – steuervergünstigte Immobilienveräußerungs-	
möglichkeit an REITs oder Vor-REITs (bis 31. 12. 2009)	S. 58
3.1. Die Exit-Tax aus steuersystematischer Sicht	S. 58
3.2. Gesetzliche Regelung	S. 59
3.3. Ausschluss und Entfall der Exit-Tax	S. 60
3.4. Haftung für Exit-Tax-Vorteile	S. 61
3.5. Kritik an der Exit-Tax	S. 62
3.5.1. Kritik anderer Betriebsimmobilienerwerber	S. 62
3.5.2. Kritik anderer Immobilienveräußerer	S. 63
3.5.3. Kritik der Kommunen	S. 63
3.6. Unionsrechtliche Vereinbarkeit	S. 64
4. Hinzurechnungsbesteuerung	S. 65
5. Zwischenergebnis zur unionsrechtlichen Vereinbarkeit	
des REIT	S. 68

§ 3 Vereinbarkeit der gesellschafts- und steuerrechtlichen Regelungen	
des REIT mit unionsrechtlichen Vorgaben	S. 70
1. Der Binnenmarkt	S. 70
1.1. Die Grundfreiheiten	S. 71
1.2. Grundfreiheitsrechtliches Beschränkungsverbot	S. 72
1.2.1. Warenverkehrsfreiheit	S. 74
1.2.1.1. Vom Diskriminierungs- zum	
Beschränkungsverbot	S. 74
1.2.1.2. „Keck“-Rechtsprechung	S. 75
1.2.2. Dienstleistungsfreiheit	S. 76
1.2.3. Kapitalverkehrsfreiheit und Kapitalverkehrs-	
richtlinie	S. 76
1.2.3.1. Kapitalverkehrsfreiheit	S. 76
1.2.3.2. Kapitalverkehrsrichtlinie	S. 78
1.2.4. Niederlassungsfreiheit	S. 81
1.3. Einschränkungen der Grundfreiheiten	S. 82
1.3.1. Gesetzlich statuierte Bereichsausnahmen	S. 82
1.3.2. Zwingende Gründe des Allgemein-	
interesse als ungeschriebene Bereichsausnahme	S. 83

1.4. Das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV	S. 83
1.4.1. Begriff der „Beihilfe“	S. 84
1.4.2. Begünstigung „bestimmter“ Unternehmen	S. 84
1.4.3. Beihilfe aus Mitteln „des Staates“	S. 85
1.4.4. Wettbewerbsverfälschung zwischen den Mitgliedstaaten	S. 85
1.4.5. Beeinträchtigung des Handels	S. 86
1.4.6. Statuierte Ausnahmen vom Beihilfeverbot	S. 87
1.4.7. Rechtsfolge unzulässiger Beihilfen	S. 88
2. Vereinbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungs- merkmale mit unionsrechtlichen Vorgaben	S. 89
2.1. Der REIT als freiheitseröffnende Option und universelle Geltung des Unionsrechts	S. 89
2.2. Europarechtskonformität der Ausgestaltungsmerkmale, die Investitionsmöglichkeiten der Höhe nach einschränken bzw. völlig ausschließen	S. 90
2.2.1. Allgemeine Höchstbeteiligungsquote von unter zehn Prozent nach § 11 Abs. 4 REITG	S. 90
2.2.1.1. Rechtsprechungsvorgaben des EuGH	S. 92
2.2.1.2. Ausführungen der Literatur	S. 93
2.2.1.2.1. Die Zulässigkeit bejahende Stimmen	S. 93
2.2.1.2.2. Die Zulässigkeit verneinende Stimmen	S. 95
2.2.1.2.2.1. Übertragbarkeit der Golden- Shares-Rechtsprechung	S. 95
2.2.1.2.2.2. „Beschränkung“ aufgrund reduzierter Investitions- möglichkeiten	S. 97
2.2.1.3. Beschränkung aufgrund entgegenstehender Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie	S. 99
2.2.1.4. Rechtfertigung	S. 99
2.2.1.4.1. Zulässigkeit der Höchstbeteiligungs- quote nach Art. 65 AEUV	S. 99
2.2.1.4.2. Zulässigkeit der Höchstbeteiligungs- quote aus Kohärenzgesichtspunkten	S. 100

2.2.1.4.2.1.	Kohärenz-Rechtsprechung des EuGH	S. 101
2.2.1.4.2.2.	Kohärenz – Ansichten der Literatur	S. 102
2.2.1.4.2.3.	Schlussfolgerungen für den REIT	S. 103
2.2.1.4.3.	Kohärenzzusammenhang: Nationaler oder internationaler Aus- gleich für die auf Gesellschaftsebene fehlende Besteuerung	S. 104
2.2.1.4.3.1.	Nationale Betrachtungsweise	S. 104
2.2.1.4.3.2.	Internationale Sichtweise	S. 105
2.2.1.4.4.	Der aus Art. 345 AEUV resultierende Eigentumsschutz als Rechtfertigungsgrund	S. 106
2.2.1.4.5.	Wirtschaftliches Interesse als Rechtfertigungsgrund des zwingenden Allgemeininteresses	S. 106
2.2.1.4.6.	Abwehr von Steuerumgehungen	S. 107
2.2.1.4.7.	Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der allgemeinen Höchst- beteiligungsquote	S. 108
2.2.2.	Besondere Höchstbeteiligungsquote von 50 Prozent nach § 3 Nr. 70 S. 4 EStG	S. 108
2.2.3.	Zulässigkeit der Streubesitzquote	S. 109
2.2.3.1.	Keine Rechtsprechungsvorgaben	S. 110
2.2.3.2.	Literaturansichten	S. 110
2.2.3.3.	Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie	S. 111
2.2.4.	Anteilige Veräußerungsmöglichkeit der REIT-Dienstleistungsgesellschaft	S. 111
2.2.4.1.	Wirtschaftliche Konsequenzen, insbesondere Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie	S. 112
2.2.4.2.	Keine Rechtfertigungsmöglichkeit	S. 113

2.2.5.	Gleichheitsrechtliche Auslegung der Kapitalverkehrsrichtlinie und Ergebnis bezüglich der Einschränkung von Beteiligungserwerbsmöglichkeiten	S. 114
2.2.6.	Die vollständig konsolidierte Auslandsobjektgesellschaft und Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV	S. 117
2.2.6.1.	Diskriminierung im Verhältnis zu der Beteiligungsmöglichkeit an geschlossenen Immobilienfonds	S. 117
2.2.6.2.	Diskriminierung im Verhältnis zu der Möglichkeit der Beteiligung an einer Komplementär-GmbH eines geschlossenen Immobilienfonds	S. 118
2.3.	Europarechtskonformität der Ausschüttungsverpflichtungen	S. 120
2.3.1.	Mindestausschüttung von 90 Prozent auf Ebene des REIT	S. 120
2.3.2.	Vollausschüttungsverpflichtung auf Ebene der REIT-Dienstleistungsgesellschaft	S. 124
2.4.	Europarechtskonformität der ausgeschlossenen Möglichkeit zur Erbringung von Dienstleistungen	S. 126
2.4.1.	Ebene des REIT	S. 127
2.4.2.	Ebene der Immobilienpersonengesellschaft	S. 127
2.5.	Europarechtskonformität sonstiger gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltungsmerkmale	S. 128
2.5.1.	Beschränkte Wachstumsmöglichkeit der REIT-Dienstleistungsgesellschaft aufgrund von § 12 Abs. 2 u. 3 REITG	S. 128
2.5.2.	Verbot des Erwerbs von Inlandsvermögen für die Auslandsobjektgesellschaft	S. 130
2.5.3.	Eröffnung der Investitionsmöglichkeit in ausländische indirekte Immobilienanlagegesellschaften	S. 132
2.5.3.1.	Börsennotierte ausländische indirekte Immobilienanlage-möglichkeiten	S. 134

2.5.3.2. Ausländische indirekte Immobilienanlagemöglichkeiten ohne Kapitalmarktrisiko	S. 135
2.5.3.3. Ausländische indirekte Immobilienanlagemöglichkeiten ohne Kapitalmarktrisiko und überwiegendem Immobilienbestand	S. 135
2.5.3.3.1. Freiheitsrechtliches Verständnis	S. 135
2.5.3.3.2. Gleichheitsrechtliches Verständnis	S. 136
2.5.4. Kein Immobilienhandel	S. 138
2.5.4.1. Statusentzug bei Veräußerung ausländischer Immobilien und Verstoß gegen das Immobilienhandelsverbot	S. 138
2.5.4.2. Marktzutrittshindernde Wirkung des Immobilienhandelsverbotes	S. 139
2.5.5. Inländisches Sitzerfordernis – Beschränkung des REIT-Status auf Inlandsgesellschaften	S. 139
2.5.6. Möglichkeit der Firmenbezeichnung REIT, Real Estate Investment Trust oder REIT-Aktiengesellschaft für ausländische REITs mit deutschem Sitz	S. 143
2.5.6.1. Beschränkung der Zuzugsmöglichkeit	S. 143
2.5.6.2. Rechtfertigung aus Gründen des Anlegerschutzes	S. 145
2.5.7. Bestandsmietwohnmobilienausschluss und sonstige Benachteiligungen im Verhältnis zu anderen im Ausland bekannten REIT-Ausgestaltungsvarianten	S. 147
2.5.7.1. Inländerdiskriminierung	S. 147
2.5.7.2. Formale Gründung einer ausländischen REIT-Aktiengesellschaft und spätere Sitzverlegung nach Deutschland	S. 149
2.5.8. Die Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG	S. 151
2.5.8.1. Prüfung von § 6 b EStG durch die Kommission	S. 152
2.5.8.2. Keine unternehmensspezifische Begünstigung	S. 152

2.5.9.	Beschränkte Fremdfinanzierung	S. 155
2.5.9.1.	Marktentwicklungshindernis	S. 155
2.5.9.2.	Keine Konvergenz zur Zinsschranken- problematik	S. 155
2.5.10.	Statusfähigkeit der Europäischen Aktien- gesellschaft	S. 157
2.5.11.	Zulässigkeit der Börsennotiz im EU- oder EWR-Raum	S. 158
3.	Vereinbarkeit des REIT-Besteuerungskonzeptes mit unionsrechtlichen Vorgaben	S. 161
3.1.	Das Spannungsfeld zwischen nationaler Steuer- hoheit und den Erforder-nissen des Binnenmarktes	S. 161
3.2.	Zulässigkeit der Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene	S. 164
3.2.1.	Zulässigkeit aufgrund der De-minimis-VO	S. 167
3.2.2.	Zulässigkeit aufgrund steuerlicher Gesamt- betrachtung	S. 167
3.3.	Zulässigkeit der Exit-Tax	S. 171
3.3.1.	Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV	S. 172
3.3.1.1.	Vergünstigung	S. 173
3.3.1.2.	Keine Beihilfe auf Ebene der Im- mobilieneräußerer, da keine Unternehmensspezifität	S. 173
3.3.1.3.	Keine Beihilfe auf Ebene des REIT, da Exit-Tax-Vorteil nicht „aus staatlichen Mitteln“ stammt	S. 176
3.3.2.	Verstoß gegen die Grundfreiheiten	S. 177
3.4.	Steuerliche Behandlung von REITs innerhalb des Unionsgebiets	S. 178
3.4.1.	Berücksichtigung der steuerlichen Vor- belastung auf Ebene betrieblicher Anleger	S. 179
3.4.2.	Fehlende Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung bei Anwendung der Abgeltungs- steuer sowie bei beschränkt Steuerpflichtigen	S. 180
3.4.3.	Steuerliche Behandlung ausländischer REITs in Deutschland	S. 181

3.4.4.	Steuerliche Gleichbehandlung in- und ausländischer REITs aufgrund der EuGH-Ausführungen in der Rs. Stauffer	S. 181
3.4.4.1.	Ansichten der Literatur	S. 181
3.4.4.2	Rechtsprechungskriterien des EuGH – insbesondere Rs. Stauffer	S. 185
3.4.4.2.1.	Die Ausführungen des EuGH in der Rs. Stauffer im Einzelnen	S. 187
3.4.4.2.2.	Zwischenergebnis hinsichtlich der unionsrechtlichen steuerlichen Behandlung von REITs	S. 188
3.4.5.	Bilanzielle Betrachtungsweise	S. 190
3.4.5.1.	Steuerfreistellung in Abhängigkeit von der Ausschüttungsquote	S. 190
3.4.5.1.1.	Nichtausschüttung bei „Wachstumsstrategie“	S. 192
3.4.5.1.2.	Nichtausschüttung bei Darlehns-tilgungen	S. 192
3.4.5.1.3.	Nichtausschüttung bei Buchgewinnen	S. 193
3.4.5.1.4.	Zwischenergebnis	S. 194
3.4.5.2.	Steuerbefreiung des ausländischen REIT nach Maßgabe der im Ausland getätigten Ausschüttungsquote	S. 194
3.4.5.3.	Steuerlicher Ausschüttungs-„aufwand“ als materielle Steuerfreiheit	S. 196
3.4.5.4.	Ergebnis bezüglich der Steuerfreiheit ausländischer REITs	S. 197
3.5.	Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG auf Dividenden ausländischer REITs	S. 198
3.6.	Nachversteuerung der zuvor thesaurierten Erträge sowie zwangsweise Auflösung der Rücklage des § 13 Abs. 3 REITG im Falle der tatsächlichen oder statuarischen Sitzverlegung ins europäische Ausland, die „Wegzugsbesteuerung“	S. 201

3.6.1.	Rechtsprechungsvorgaben des EuGH	S. 202
3.6.2.	Rechtfertigung aufgrund von Kohärenzgesichtspunkten	S. 205
3.7.	Erweiterte Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG auf Dividendenbestandteile, die im Ausland einer steuerlichen Vorbelastung von weniger als 15 Prozent unterlegen haben	S. 208
3.8.	Das Treaty Overriding der § 16 Abs. 2 und § 20 Abs. 4 REITG	S. 209
3.8.1.	Literaturansichten	S. 210
3.8.1.1.	Treaty Override als Verstoß gegen Pflicht zur Unionstreue, Art. 4 Abs. 3 EUV	S. 210
3.8.1.2.	Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit	S. 212
3.8.1.3.	Verstoß gegen die abkommensrechtliche Ausgeglichenheitsvermutung	S. 214
3.8.2.	Rechtsprechungskriterien des EuGH und Ergebnis	S. 214
3.9.	Möglichkeit der Erstattung von Kapitalertragsteuer durch beschränkt Steuerpflichtige aufgrund der EuGH-Urteile „Denkavit“, „Aberdeen“ und „Amurta“	S. 215
3.10.	Zulässigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung	S. 223
3.11.	Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie	S. 224
3.11.1.	Kapitalertragsteuereinbehalt	S. 225
3.11.2.	Beschränkte ausländische Körperschaftsteuerpflicht	S. 225
3.11.3.	(Straf-)Zahlungen	S. 226
3.11.4.	Ergebnis zur Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie und identische steuerliche Folgen aufgrund der Entscheidungen Amurta, Denkavit und Aberdeen	S. 229

§ 4 Überlegungen im Hinblick auf eine europäische Lösung – der EU-REIT	S. 231
§ 5 Zusammenfassung	S. 234

Literaturverzeichnis

- Ahmann, Karin-Renate Das Ertragsteuerrecht unter dem Diktat des Europäischen Gerichtshofs? Können wir uns wehren? in: DStZ 2005, S. 75
- Amort, Matthias /
Blum, Hannes Real Estate Investment Trusts (REITs): Alternativen und Besteuerung, in: DStR 2009, S. 1772
- Balmes, Frank /
Claßen, Robert Das JStG 2009 als Reparaturmaßnahme des REITG, in: FR 2009, S. 454
- Bayer, Walter Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: BB 2004, S. 1
- Behme, Caspar Cartesio – EuGH lehnt freie Verwaltungssitzverlegung ab, in: BB 2009, S. 14
- Brigola, Alexander Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München 2004
- Claßen, Frank Anmerkungen zu den diskutierten Änderungen des REITG, in: FR 2010, S. 155
- Baumgärtel, Martina /
Lange, Ulf Mögliche EU-Rechtswidrigkeit der Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden – Handlungsbedarf und Rahmenbedingungen für Gegenreaktionen des Gesetzgebers, in: Ubg 2008, S. 525
- Behrens, Peter Cartesio bestätigt, aber korrigiert Daily Mail, in: EuZW, 2009, S. V

- Behrens, Stefan /
Schmitt, Rainer Kapitalertragsteuer bei beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaft, Anmerkung zum BFH-Urteil I R 53/07, BB 2009, S. 2354
- Blumenberg, Jens Wegzug und Zuzug von Kapitalgesellschaften, in: IStR 2009, S. 549
- Brombach-Krüger, Monika Treaty Override aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht, in: Ubg 2008, S. 324
- dies. Wohin entwickelt sich das Europäische Steuerrecht? in: Ubg 2009, S. 335
- Betsch, Oskar /
Bender, Matthias Neue offene Immobilienfonds und Real Estate Investment Trusts (REITs) in Deutschland, Berlin 2006
- Böhm, Annika Gesellschaftsrecht im Europäischen Wettbewerb, in: BB 2005 Nr. 34, Die erste Seite
- Boutonnet, Beatrix /
Loipfinger, Stefan /
Neumeier, Anton /
Nickl, Hannes /
Nickl, Ludwig /
Richter, Uli Geschlossene Immobilienfonds, 4. Aufl., Stuttgart 2004
- Brandt, Ulrich Ein Überblick über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland, in: BB 2005, BB-Special Nr. 13
- Breinersdorfer, Stefan /
Schütz, Michael German Real Estate Investment Trust (G-REIT) – Ein Problemaufriss aus Sicht des Fiskus, in: DB 2007, S. 1487

- Brigola, Alexander Die Figur der Marktaustrittsbeschränkung als Korrelat der Figur der Marktzugangsbeschränkung, in: EuZW 2009, S. 479
- Bron, Jan Frederik Abkommensrechtliche Qualifikation von Ausschüttungen als Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen – Lösung für den G-REIT? in: SWI 2006, S. 509
- ders. Das Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, BB-Special Nr. 7
- ders. Das G-REIT-Gesetz – Eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, Halle 2006
- ders. Das JStG 2009 als kleiner Fortschritt für die REIT-Besteuerung, in: BB 2009, S. 84
- ders. Das Treaty Override im deutschen Steuerrecht vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen, in: IStR 2007, S. 432
- ders. Der G-REIT – Eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, Baden-Baden 2007
- ders. Verstößt das REIT-Gesetz gegen Gemeinschaftsrecht? – Folgerungen aus dem EuGH-Urteil zum VW-Gesetz, in: BB 2007, S. 2444

- ders. Wesentliche Defizite des REIT-Gesetzentwurfes – Verbesserungsbedarf im Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, in: IuF 2007, S. 180
- Busching, Thomas / Trompeter, Frank Der G-REIT und die Steuerpflicht ausländischer Anteilseigner, in: IStR 2005, S. 510
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.) EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Aufl., München 2007
- Cloer, Adrian / Lavrelashvili, Nino / Bieb, Ernst Rechtssache Columbus: Unilateraler Switch-over im Fokus des Gemeinschaftsrechts, in: SWI 2007, S. 359
- Dautzenberg, Norbert Kapitalertragsteuer auf deutsche Dividenden an ausländische Kapitalgesellschaften EG-rechtswidrig? in: BB 2001, S. 2137
- Dettmeier, Michael / Gemmel, Heiko / Kaiser, Sascha Die Einführung des deutschen REIT – Eine erste steuerliche Analyse des REIT-Gesetzes, in: BB 2007, S. 1191
- dies. Steuerliche Rahmenbedingungen für den deutschen REIT und seiner Aktionäre auf Basis des ersten Referentenentwurfs eines REIT-Gesetzes, in: RIW 2006, S. 832
- Ebner, Christian Das neue REIT-Gesetz – Erlangung des G-REIT-Status, Exit Tax und ausländische REITs, in: NWB Nr. 23 v. 04. 06. 2007, Fach 3, S. 14535

- ders. Das neue REIT-Gesetz – Folgen der Beteiligung am G-REIT auf Anlegerebene, in: NWB Nr. 24 v. 11. 06. 2007, Fach 3, S. 14547
- Feiden, Sonja Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten – Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, Berlin 2003
- Fischer, Michael Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, in: JZ 2007, S. 1024
- Frenzel, Ralf Immer noch keine Wegzugsfreiheit für Gesellschaften im Europäischen Binnenmarkt – die Cartesio-Entscheidung des EuGH, in: EWS 2009, S. 158
- Führich, Gregor Ist die geplante Zinsschranke europarechtskonform? in: IStR 2007, S. 341
- Geiger, Rudolf EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl., München 2004
- Gemmel, Heiko / Kaiser, Sascha Aktuelles zum deutschen REIT – Chancen und Risiken der Finanzkrise, in: DStR 2009, S. 1346
- Geurts, Matthias Der deutsche REIT – eine neue Asset Klasse, in: BB 2005, S. 913
- Gosch, Dietmar Entwicklung und Rezeption der Rechtsprechung des EuGH aus Sicht des BFH, in: Ubg 2009, S. 73

- ders. Vielerlei Gleichheiten – Das Steuerrecht im Spannungsfeld von bilateralen, supranationalen und verfassungsrechtlichen Anforderungen, in: DStR 2007, S. 1553
- ders. Über das Treaty Overriding – Bestandsaufnahme – Verfassungsrecht – Europarecht, in: IStR 2008, S. 413
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, Band II, EGV, Loseblattkommentar, München
- Gröpl, Christoph Ausgewählte Steuerrechtsfragen der neuen REIT-Aktiengesellschaft, in: DStZ 2008, S. 62
- Grube, Friederike Der Einfluss des EU-Beihilfenrechts auf das deutsche Steuerrecht, in: DStZ 2007, S. 371
- Gundel, Jörg Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht: Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung, in: DVBl 2007, S. 269
- Haferkamp, Ute Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, Baden-Baden 2003
- Hahn, Hartmut Gemeinschaftsrecht und Recht der direkten Steuern, in: DStZ 2005, S. 433
- Hahn, Volker Die Einführung steuerbegünstigter Immobilienaktiengesellschaften, in: ZGR 2006, S. 805
- Harrer, Herbert / Leppert, Michael Rechtliche Aspekte des German Real Estate Investment Trusts (G-REIT), in: WM 2007, S. 1962

- Hornig, Marcus Das REITG offenbart diverse Schwachstellen, in: PIStB 2007, S. 190
- HSH Nordbank Der German Real Estate Investment Trust (REIT) und der deutsche Immobilienmarkt, Branchenstudie Immobilien, Hamburg 2005
- dies. Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research; Branchenstudie Immobilien v. 19. Juni 2007
- Huesmann, Matthias German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, Berlin 2005
- Hufeld, Ulrich Auf Konfliktkurs mit dem Europäischen Steuerrecht: Die Besteuerung der REIT-Aktiengesellschaft und ihrer Anteilseigner, in: EWS 2008, S. 209
- Kämmerer, Jörn Axel Inländer im Europarecht – Obsoleszenz oder Renaissance eines Rechtsbegriffs? in: EuR 2008, S. 45
- Kayser, Joachim / Bujotzek, Peter Die steuerliche Behandlung offener Immobilienfonds und ihrer Anleger, in: FR 2007, S. 49
- Kempf, Andreas / Bandl, Michael Hat Treaty Override in Deutschland eine Zukunft? in: DB 2007, S. 1377
- King, Rudolf Real Estate Investment Trusts – Deutsche Offene und Geschlossene Immobilienfonds – Darstellung und internationaler Rechtsvergleich zur Zukunft der Immobilienfonds, München 1999

- Kirchhof, Paul /
Söhn, Hartmut /
Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.)
- Einkommensteuergesetz, Loseblattkommentar,
Band 18
- Klühs, Hannes /
Schmidtbleicher, Roland
- Feste Beteiligungsquote für G-Reits, in: ZIP
2006, S. 1805
- Knauth, Karola
- Rechtliche Rahmenbedingungen für die
Privatisierung von öffentlichen
Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs,
Berlin 2007
- Knebel, Andreas /
Schmidt, Thomas
- Real Estate Investment Trusts (REITs) in den
USA, Frankreich, Großbritannien und
Deutschland, in: IWB Nr. 9 v. 09. 05. 2007, Fach
10, S. 1957
- dies.
- Rechtliche und steuerrechtliche Aspekte von
REITs im internationalen Vergleich – REITs in
den USA, Frankreich, Großbritannien und
Deutschland, in: Handbuch Real Estate
Investment Trusts (hrsg. v. Schäfers u.a.), Köln
2008, S. 251
- Köhler, Stefan
- Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der
Unternehmenssteuerreform, in: DStR 2007,
S. 597
- Kollmorgen, Alexander /
Hoppe, Matthias /
Heiner, Feldhaus
- Die deutsche REIT-Aktiengesellschaft
– Mustersatzung mit Erläuterungen, in: BB 2007,
S. 1345
- Kofler, Georg
- Treaty Override, juristische Doppelbesteuerung
und Gemeinschaftsrecht, in: SWI 2006, S. 62
- Kofner, Stefan
- REITs (Real Estate Investment Trusts), in: WuM
2005, S. 697

- Korezkij, Leonid Die erste REITG-Novelle: Berücksichtigung von Vorbelastungen bei der Besteuerung der REIT-Aktionäre nach § 19a REITG-E, in: BB 2008, S. 1367
- ders. REITG: Exit-Tax bei der Übertragung von Immobilien auf eine REIT-AG und beim steuerlichen Statuswechsel, in: BB 2007, S. 1698
- Kornblum, Leonberg Gesellschaften in Bewegung, in: BB 2004 Nr. 25, Die erste Seite
- Korts, Petra Die Besteuerung von G-REITs nach der Unternehmenssteuerreform 2008, in: Stbg 2008, S. 97
- Korts, Petra /
Korts, Sebastian Die steuerrechtliche Behandlung der in Deutschland tätigen englischen Limited, in: BB 2005, S. 1474
- Kraft, Gerhard / Bron, Jan Das REIT-Gesetz im europarechtlichen Fadenkreuz, in: IStR 2007, S. 377
- Kube, Hanno Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts – zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen, in: EuR 2004, S. 230
- ders. Zukunft des Gemeinnützigkeitsrecht in der europäischen Marktordnung, in: IStR 2005, S. 469
- ders. EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, Bonn 2009

- ders. EuGH und Steuerrecht – Steuerrechtliche Probleme bei der Ausübung der Grundfreiheiten, in: Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht (hrsg. v. Reimer u.a.), München 2007, S. 225
- ders. Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, Tübingen 2004
- ders. Grenzübergreifende Verlustverrechnung und die Zuordnung von Verantwortung, in: IStR 2008, S. 305
- ders. Grundfreiheiten und Ertragskompetenz – die Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung nach dem Lankhorst-Urteil des EuGH, in: IStR 2003, S. 325
- ders. Nationales Steuerrecht und europäisches Beihilfenrecht, in: Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb (hrsg. v. Becker u. Schön), Tübingen 2005, S. 99
- Kußmaul, Heinz /
Richter, Lutz /
Ruiner, Christoph Grenzenlose Mobilität?! – Zum Zuzug und Wegzug von Gesellschaften in Europa, in: EWS 2009, S. 1
- Lang, Michael Die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern – Welcher Spielraum bleibt den Mitgliedstaaten? Frankfurt 2007
- ders. Verbietet das Gemeinschaftsrecht die Erhebung von Quellensteuern? in: IStR 2009, S. 539
- Leible, Stefan /
Hoffmann, Jochen Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, in: BB 2009, S. 58

- Lenz, Otto /
Borchardt, Klaus-Dieter EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., Rheinbreitbach
2006
- Lieber, Bettina /
Schönfeld, Jens Sicherstellung einer angemessenen deutschen
Besteuerung der ausländischen Anteilseigner
eines deutschen REIT, in: IStR 2006, S. 126
- Linn, Alexander Die Anwendung des Beihilfeverbots im
Unternehmenssteuerrecht, in: IStR 2008, S. 601
- Lüdicke, Jürgen Überlegungen zur deutschen DBA-Politik,
Baden-Baden 2008
- Lutter, Marcus Perspektiven des Gesellschaftsrechts in
Deutschland und Europa, in: BB 2004 Nr. 1, Die
erste Seite
- Maas, Michael REITs in Deutschland, Hamburg 2008
- Maul, Silja /
Schmidt, Claudia Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie? in:
BB 2003, S. 2297
- Mamut, Marie-Ann /
Stürzlinger, Birgit Gemeinnützigkeit und Gemeinschaftsrecht:
EuGH zur Rs. Stauffer, in: SWI 2006, S. 550
- Matthey, Dirk Der deutsche REIT aus unternehmerischer Sicht,
in: Chance für den Standort Deutschland: Der
deutsche Real Estate Investment Trust (REIT),
hrsg. v. Institut der deutschen Wirtschaft Köln,
2007, S. 33
- Miksch, Stephan Das deutsche REIT-Gesetz – Eine gesellschafts-,
bilanz- und steuerrechtliche Analyse für
Investoren, Saarbrücken 2008

- Mitschke, Wolfgang EG-Grundfreiheiten versus direkte Steuern der Mitgliedstaaten, in: SteuerStud 2009, S. 427
- Mühl, Axel Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Berlin 2003
- Müller, Johannes Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union – Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Berlin 2000
- Musil, Andreas Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, Berlin 2000
- ders. Spielräume des deutschen Gesetzgebers bei der Verhütung grenzüberschreitender Steuerumgehung, in: RIW 2006, S. 287
- Nave, José Campos Deutsches Steuerrecht auf der Flucht vor dem EuGH, in: BB 2009, Heft 44, S. M1
- ders. Legitimation des EuGH bei der Fortentwicklung des nationalen Ertragsteuerrechts, in: EWS 2009, Heft 5, die erste Seite
- Nawrath, Axel Wo steht Deutschland bei der Einführung von REITs? in: Chance für den Standort Deutschland: Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT) (hrsg. v. Institut der deutschen Wirtschaft), Köln 2007, S. 43

- Ortmann-Babel, Martina /
Zipfel, Lars Unternehmenssteuerreform 2008 Teil I:
Gewerbsteuerliche Änderungen und
Besteuerung von Kapitalgesellschaften und
deren Anteilseignern, in: BB 2007, S. 1869
- o. V. REITs-Entwurf des BMF: weder Fleisch noch
Fisch, in: IuF 2006, S. 680
- Pilz, Gerald Immobilienaktien und REITs –
Investmentchancen für Anleger, München 2007
- Plötscher, Stefan Der Begriff der Diskriminierung im
Europäischen Gemeinschaftsrecht – Ein Beitrag
zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten
des EG-Vertrages, Berlin 2003
- Pluskat, Sorika Neue Impulse für die geplante steuerbegünstigte
Immobilienaktiengesellschaft (REIT) in
Deutschland durch den UK-REIT, in: IStR 2006,
S. 661
- Pluskat, Sorika /
Rogall, Matthias Steuerbegünstigte Immobilienaktien-
gesellschaften (REITs) in Deutschland –
Anmerkungen zu ersten Vorschlägen aus
gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Sicht, in:
RIW 2005, S. 253
- Preißer, Michael Unternehmenssteuerrecht und Steuerbilanzrecht,
7. Aufl., Stuttgart 2008
- Quass, Guido /
Becker, Roman Die REIT-AG nach dem Gesetz über deutsche
Immobilien-Aktiengesellschaften mit
börsennotierten Anteilen, in: AG 2007, S. 421
- Reimer, Ekkehart /
Rust, Alexander Treaty Override im deutschen Internationalen
Steuerrecht, in: IStR 2005, S. 843

- Schroeder, Ulrich Die Kontrolle des Aktionärskreises in der REIT-Aktiengesellschaft, in: AG 2007, S. 531
- Schultz, Florian / Thießen, Olaf Der Referentenentwurf zum German Real Estate Trust (G-REIT), in: DB 2006, S. 2144
- Schwarz, Kyrill Real Estate Investment Trusts – ausgewählte Rechtsfragen einer neuen Anlageform, in: JZ 2008, S. 550
- Sedemund, Jan Europäisches Ertragsteuerrecht, Baden-Baden 2008
- Seibt, Christoph / Conradi, Johannes (Hrsg.) Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, Köln 2008
- Sharaf, Philipp Nationale Steuerautonomie sowie Besteuerungshoheit im Spannungsfeld zu den EG-Grundfreiheiten, in: EuZW 2008, S. 721
- Siegmund, Olaf Steuerbelastung von Dividenden ab dem Jahr 2009, in: DStZ 2009, S. 366
- Sotelo, Ramon / Bone-Winkel, Stephan / Pfeffer, Tobias / Schlump, Patrick / Becker, Martin Bedeutung von nicht-börsengehandelten REITs für den Erfolg von REITs in Deutschland, hrsg.v. Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V. (BfW), Berlin 2007
- Spoerr, Wolfgang / Hollands, Martin / Jacob, Friedhelm Verfassungsrechtliche Rechtfertigung steuerrechtlicher Sonderregelungen zur transparenten Besteuerung von REITs, in: DStR 2007, S. 49
- Sieker, Klaus / Göckeler, Stephan / Köster, Oliver Das Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG), in: DB 2007, S. 933

- Stewen, Tobias
Der EuGH und die nationale Steuerhoheit
– Spannungsverhältnis und Konfliktlösung, in:
EuR 2008, S. 445
- ders.
Europäische Niederlassungsfreiheit und
deutsches internationales Steuerrecht, Baden-
Baden 2007
- ders.
Zuzugsfreiheit ohne Wegzugsfreiheit und
Grundfreiheiten unter Harmonisierungsvorbehalt?
in: FR 2010, S. 18
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)
EUV/EGV – Vertrag über die Europäische
Union und Vertrag zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft, München 2003
- Streinz, Rudolf /
Ohler, Christoph /
Herrmann, Christoph
Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU,
3. Aufl., München 2010
- Striegel, Andreas (Hrsg.)
REITG – Gesetz über deutsche Immobilien-
Aktiengesellschaften mit börsennotierten
Anteilen mit weiterführenden Vorschriften,
Kommentar, Berlin 2007
- Teske, André /
Stock, Stefan /
Küppers, Hans
Steuerliche Aspekte bei der geplanten Ein-
führung eines deutschen Real Estate Investment
Trusts, in: DB 2005, S. 906
- Thömmes, Otmar
EG-Recht und Sitzverlegung von Gesellschaften,
in: IWB Nr. 2 v. 28. 01. 2009, Fach 11A, S.
1219

- Tiedke, Klaus /
Möllmann, Peter
Gemeinnützigkeit und Europäische Grundfreiheiten – Zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils in der Rs. „Stauffer“ auf das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht, in: DStZ 2008, S. 69
- Tiedke, Klaus /
Mohr, Martin
Die Grundfreiheiten als zulässiger Maßstab für die direkten Steuern, in: EuZW 2008, S. 424
- Treger, Lasse
Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des German Real Estate Investment Trusts (G-REITs) in den deutschen Kapitalmarkt, Hamburg 2007
- van Kann, Jürgen /
Just, Clemens /
Krämer, Joachim
Deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz): wesentliche Abweichungen des verabschiedeten Gesetzes vom Regierungsentwurf, in: DStR 2007, S. 787
- Väth, Arno
Die Grundstücks-Investmentaktiengesellschaft als Pendant zum REIT, Köln 1999
- Voigtländer, Michael
Der deutsche REIT – Grundzüge und steuerpolitischer Anpassungsbedarf, Köln 2006
- ders.
Was bringt uns der REIT in Deutschland? in: Chance für den Standort Deutschland: Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT), hrsg. v. Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2007, S. 21
- Volckens, Hans Volkert
Synthetische REIT-Strukturen im Vergleich zum G-REIT, in: Handbuch Real Estate Investment Trusts (hrsg. v. Schäfers u.a), Köln 2008, S. 107

- von der Groeben, Hans /
Schwarze, Jürgen (Hrsg.)
- Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
- Band 1, Art. 1 - 53 EUV; Art. 1 - 80 EGV,
6. Aufl.,
- Band 2, Art. 81 - 97 EGV, 6. Aufl.,
Baden-Baden 2003
- Waldhoff, Christian
- Kann es im Europäischen Steuerrecht ein
Anerkennungsprinzip geben? in: IStR 2009, S.
386
- Wassermeyer, Franz /
Baumhoff, Hubertus /
Schönfeld, Jens (Hrsg.)
- Außensteuerrecht, Loseblattkommentar, Band 2
- Wassermeyer, Franz
- Die Anwendung des AStG innerhalb des REITG,
in: IStR 2008, S. 197
- ders.
- Ist die deutsche Quellenbesteuerung von
Dividenden gegenüber Gesellschaftern in EU-
Mitgliedstaaten EG-rechtswidrig? in: EuZW
2010, S. 1
- Wanke, Daniel
- Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz
Deutschland zur Einführung eines REIT –
Analyse der abkommens- und
gemeinschaftsrechtlichen Probleme, Hamburg
2006
- Weichhaus, Stefan
- Wesentliche Charakteristika einer REIT-AG, in:
SteuerStud 2007, S. 595
- Weiss, Michael
- Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung
des EuGH – Unter besonderer Berücksichtigung
des harmonisierten Übernahmerechts,
Heidelberg 2008

Zimmermann, Reimar /
Hottmann, Jürgen /
Kiebele, Sabrina /
Schaeberle, Jürgen /
Völkel, Dieter

Die Personengesellschaft im Steuerrecht,
10. Aufl., Achim 2009

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a.F.	alte Form
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT.-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
IuF	Immobilien und Finanzierung (Zeitschrift)
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)

JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
Slg.	Rechtsprechungssammlung des EuGH
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
SteuerStud	Steuer und Studium (Zeitschrift)
SWI	Steuer und Wirtschaft International (Zeitschrift)
verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WM	Wertpapiermittlungen (Zeitschrift)
WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)

Das Gesetz zur Schaffung deutscher börsennotierter Immobilien-Aktiengesellschaften und seine Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben

§ 1 Einführung

Durch das Gesetz zur Schaffung deutscher börsennotierter Immobilien-Aktiengesellschaften vom 28. Mai 2007, zuletzt geändert durch das Jahressteuergesetz 2009 v. 19. 12. 2008 (BGBl. I S. 2794), wurde die „Deutsche Immobilien-Aktiengesellschaft“ geschaffen. Im Kern handelt es sich bei dieser um eine Aktiengesellschaft, die auf Unternehmensebene steuerbefreit ist und deren Unternehmensgegenstand auf das Halten und Verwalten von Immobilien begrenzt ist. Durch den Entfall der Besteuerung auf Unternehmensebene können – im Verhältnis zu anderen Aktiengesellschaften – bei identischem Unternehmensgewinn vergleichsweise hohe Dividenden ausgeschüttet werden, die erst auf Ebene des Anlegers zu versteuern sind.

Die deutsche Immobilienaktiengesellschaft wird nach ihren international bereits etablierten gesellschaftsrechtlichen Vorbildern auch als Real Estate Investment Trust, abgekürzt REIT oder Reit (gesprochen: riet) bezeichnet. Um den deutschen REIT von ausländischen REIT-Konstruktionen – die zwar alle auf demselben gesellschaftsrechtlichen Grundprinzip beruhen, in ihrer rechtlichen Ausgestaltung jedoch variieren – abzugrenzen, wird dieser auch als German REIT bezeichnet oder kurz G-REIT.

1. Unionsrechtliche Problemstellung

Wie im Laufe der Arbeit gezeigt werden wird, wurden an den REIT eine Vielzahl von gesellschaftsrechtlichen Anforderungen gestellt, die dem REIT auf der einen Seite seine gesellschaftsrechtliche Struktur verleihen, ihn auf der anderen Seite jedoch in seinen wirtschaftlichen Freiheiten beeinträchtigen. Soweit der REIT diesen Anforderungen nachhaltig nicht gerecht zu werden vermag oder die Aktionärsstruktur über längere Zeit hinweg nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, verliert der REIT seinen wesensbestimmenden steuerbegünstigten Status und damit seine eigentliche Existenz. Soweit die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der REIT-Aktiengesellschaft von unter-

nehmerischer Seite als zu eng empfunden wird oder die Anforderungen situationsbedingt nicht einzuhalten sind, so können die unionsrechtlichen Grundfreiheiten in der Lage sein, erweiterte Möglichkeiten bei grenzübergreifend wirtschaftlichem Handeln zu schaffen. Daneben kann das Unionsrecht Einfluss auf das der REIT-AG zugrunde liegende Steuerkonzept nehmen.

Neben den Grundfreiheiten kommt dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot entscheidende Bedeutung zu, da zweifelhaft ist, ob die REIT-spezifischen Vergünstigungen, die die Attraktivität des REIT begründen, vor diesem Bestand haben. Zu nennen ist hier zum einen die Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene. Daneben existierte eine Steuervergünstigung für Immobilienveräußerer, soweit diese bis zum 31. 12. 2009 ihr inländisches Betriebsvermögen an einen deutschen REIT veräußerten, die sogenannte Exit-Tax.

Die Grundfreiheiten und das Beihilfeverbot gewähren im Einzelfall wirtschaftliche Freiheiten und den Schutz vor Wettbewerbsnachteilen. Die Kombination von querschnittsartig wirkenden Grundfreiheiten und beihilferechtlichem Begünstigungsverbot hatte – wie im Laufe der Arbeit aufgezeigt werden wird – zur Folge, dass die Europarechtskonformität nahezu jeder Vorschrift des REIT-Gesetzes in Frage gestellt wurde. Somit ist ungewiss, inwieweit das der REIT-AG zugrunde gelegte Rechtskonzept vor Grundfreiheiten und Beihilfeverbot Bestand hat. Gerade die Furcht vor mit der REIT-Einführung einhergehenden Steuereinbußen hatte zur Konsequenz, dass die Einführung von REITs zeitweilig sogar gänzlich auf dem Spiel stand. Auch wirken die aus den unionsrechtlichen Vorgaben resultierenden rechtlichen Unsicherheiten in jeglicher Hinsicht lähmend auf den Sektor dieser neuen Gesellschaftsgattung. Dies hat – zusammen mit der allgemeinen Verschlechterung des Marktumfeldes für Immobilientätigkeiten im Zuge der US-amerikanischen Hypothekenkrise – zur Konsequenz, dass der Entwicklung dieses Immobilienmarktsegmentes jegliche Dynamik genommen wurde. Das erklärte Ziel des Unionsrechts, Handlungsfreiheiten und Anlagemöglichkeiten zu schaffen und zu garantieren, verkehrt sich damit weitgehend ins genaue Gegenteil.

2. Real Estate Investment Trusts

REITs haben ihren Ursprung in den USA. Seitdem haben sie weltweite Verbreitung gefunden und sind nunmehr als international anerkanntes indirektes Immobilienanlageprodukt etabliert. Der größte Markt für REITs befindet sich heute in den USA.¹

2.1. Geschichte des US-REIT

Die Anfänge des US-REIT lassen sich zurückverfolgen bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts. In Neuengland gründeten Unternehmer den sogenannten „Massachusetts Trust“. Er bot Steuervorteile, war aber zunächst nur den Reichen vorbehalten. Rasch dehnte er sich im Rest des Landes aus. 1935 brachte ein Gesetz zur Besteuerung von Grund und Boden der steuerbegünstigten Zeit ein Ende. Der heutige REIT lässt sich auf das Jahr 1960 zurückführen, in welchem der damalige Präsident Eisenhower den „Real Estate Investment Trust Act“ unterzeichnete.² Das Ziel war es, einer Vielzahl von Anlegern die Beteiligung an größeren Immobilienbeständen mit professionellem Management zu eröffnen.³ Der Neuanfang verlief zunächst schleppend. Gerade mit der wirtschaftlichen Rezession in den Siebzigern verflachte auch das Interesse an REITs. Erst steuerliche Vergünstigungen durch den „Economic Recovery Tax Act“ von 1981 führten zu einem Aufleben der REIT-Industrie. Weitere Vergünstigungen folgten 1986 durch den „Tax Reform Act“, der die Vermarktungsmöglichkeiten von REITs verbesserte und diesen die Möglichkeit eröffnete, ihren Immobilienbesitz selbständig zu bewirtschaften. Bis dahin war dies nur durch Dritte erlaubt.⁴ Die Weiterentwicklung des US-REIT war geprägt durch die Anpassung an sich ändernde Markterfordernisse. So wurden im Jahre 1993 mittels des „Omnibus Budget Reconciliation Act“ die Investitionsmöglichkeiten für Pensionsfonds verbessert. Großaktionäre sind vom US-REIT eigentlich ausgeschlossen, da fünf oder weniger der Anteilseigner zusammen nur 50

¹ Knoflach/Körfggen in: Schäfer, REITs, 2007, S. 2.

² Huesmann, German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, 2005, S. 41.

³ Knoflach/Körfggen in: Schäfer, REITs, 2007, S. 2.

⁴ Huesmann, German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, 2005, S. 41.

Prozent der Anteile besitzen dürfen (5/50-Test).⁵ Diese Regel wurde für Pensionsfonds faktisch außer Kraft gesetzt. Der Pensionsfonds wurde nicht länger als „ein“ Investor betrachtet, sondern es wurde auf die vielen Einzelanleger des Pensionsfonds abgestellt.⁶ Mit diesen Großanlegern im Rücken stieg das Interesse an REITs rapide an. Dies zeigt, wie eng die Attraktivität des REIT mit der unbeschränkten Anlagemöglichkeit von institutionellen Investoren verbunden ist.⁷

2.2. REITs im Ausland

Seit Einführung des US-REIT haben REITs international Verbreitung gefunden, wobei man sich gesellschaftsrechtlich stets am US-amerikanischen Vorbild orientierte. Als internationaler Standard der indirekten Immobilienanlage hat er sich bislang in über 20 Ländern etabliert.⁸ Zunächst erfolgte die Einführung der „Fiscale Beleggingsinstelling“ (BI) im Jahr 1969 in den Niederlanden. 1985 folgte dann die Einführung der börsennotierten „Unit Trusts“ oder „Listed Property Trusts“ (LPT) in Australien.

Durch den Erfolg der US-amerikanischen REITs in den neunziger Jahren hat sich die weltweite Verbreitung von REITs beschleunigt. So wurden in Belgien 1990 REITs in Form der „société d’investissement à capital fixe immobilière“ (SICAFI) eingeführt. Ziel war hier vor allem die Schaffung einer konkurrenzfähigen Anlagealternative zu den niederländischen BI. Der kanadische Gesetzgeber führte im Jahr 1994 den „Mutual Fund Trust“ (MFT) ein. Im Jahr 2000 folgte Japan mit der Einführung des JREIT, 2002 Singapur mit dem SREIT und 2003 Hongkong. Frankreich hat REITs im Jahr 2003 als „société d’investissement immobiliers cotées“ (SIIC) eingeführt. Im Vereinigten Königreich wurden REITs Anfang 2007 eingeführt.⁹ REITs haben sich heute als das Standardprodukt der indirekten Immobilienanlage weltweit etabliert.¹⁰

⁵ Kraft/Bron, IStR 2007, S. 135.

⁶ Huesmann, German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, 2005, S. 41; Kraft/Bron, IStR 2007, S. 135.

⁷ Huesmann, German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, 2005, S. 55 f.

⁸ BT.-Drs. 16/4026, S. 1 (REIT-Gesetzentwurf); Hahn, ZGR 2006, S. 806.

⁹ Westerheide in: IDW, Chance für den Standort Deutschland, 2007, S. 10 f.

¹⁰ Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 1.

2.3. Einführung des deutschen REIT

Im Rahmen der europäischen Harmonisierung der Immobilien- und Kapitalmärkte konnte sich Deutschland dem Trend zur Einführung von REITs nicht entziehen.¹¹ Ebenso forderte die Immobilienwirtschaft, dass ihr das Anlageinstrument REIT, genauso wie in anderen Ländern, gesetzlich zur Verfügung gestellt würde.¹²

Die öffentliche Diskussion hierzu begann mit einer Pressemitteilung vom 19. Januar 2005, in der das Bundesfinanzministerium erklärte, den Finanzplatz Deutschland und die deutsche Immobilienwirtschaft zum Januar 2006 durch die gesetzliche Einführung sogenannter „Real Estate Investment Trusts (REITs)“ stärken zu wollen. Am 31. Januar 2005 veröffentlichte die Initiative Finanzplatz Deutschland (IFD), eine Initiative der wichtigsten Finanzkonzerne in Deutschland und der Verbände aus den verschiedenen Bereichen der deutschen Finanzwirtschaft, die an der Diskussion um den deutschen REIT maßgeblich beteiligt war, einen ersten Bericht mit Empfehlungen für die gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Voraussetzungen dieser neu zu etablierenden Gesellschaftsform.¹³ Im Kern sollte der REIT einer herkömmlichen Aktiengesellschaft entsprechen, deren Unternehmensgegenstand auf den Immobilienbereich beschränkt ist und bei der die Besteuerung nachgelagert auf Gesellschafterebene erfolgt. Eine Höchstbeteiligungsquote aus steuerlichen Gründen wurde in diesem Konzept abgelehnt, da der Verlust der Kapitalmarktfähigkeit des REIT befürchtet wurde.¹⁴ Das Konzept wurde im Frühjahr 2005 eingehend durch eine gemeinsame Bund-Länder-Arbeitsgruppe des Bundesministeriums der Finanzen analysiert. Am 18. Mai 2005 folgte eine zweite Stellungnahme der IFD zur Sicherstellung des deutschen Besteuerungsrechts für Einkünfte ausländischer REIT-Aktionäre aus dem REIT mit Blick auf die bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen (kurz: DBA).¹⁵ Im folgenden wurde die Sicherstellung des deutschen Besteuerungsrechts zum zentralen Diskussionspunkt, der die Einführung der deutschen REIT-Aktiengesellschaft nachhaltig

¹¹ Vgl. Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 933; Huesmann, German REITs – Einführung von Real Estate Investment Trusts in den deutschen Kapitalmarkt, 2005, S. 15.

¹² Pluskat, IStR 2006, S. 665.

¹³ Pluskat, IStR 2006, S. 661.

¹⁴ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 112.

¹⁵ Pluskat, IStR 2006, S. 661.

hinausverzögerte und die REIT-Einführung zeitweilig sogar zum Scheitern zu verurteilen drohte.¹⁶ Steuerrechtliche Modelle wie beispielsweise das Trustvermögensmodell der IFD oder aber das Nießbrauchsmodell der Immobilienwirtschaft waren der Versuch, den vielschichtigen Vorgaben der deutschen Finanzverwaltung zur Sicherung des deutschen Steuersubstrates nachzukommen.¹⁷ Dass schließlich doch ein einfaches gesellschaftsrechtliches Konstrukt für den deutschen REIT gefunden werden konnte, ist nicht zuletzt den englischen Bemühungen um die Einführung eines UK-REITs zu verdanken. Die britische Version beschränkt die direkte als auch die indirekte Beteiligung in- und ausländischer Aktionäre auf unter zehn Prozent des Kapitals des REIT, was den Weg für das in Deutschland kodifizierte Modell bereitete, das vergleichbare Beschränkungen für Anleger enthält.¹⁸

Aufgrund der vorangestellten steuerlichen Problematik wurde das „Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen“ erst Ende März 2007 verabschiedet. Es handelt sich um ein Artikelgesetz, in dem zusammenfassend und abschließend alle Regelungen zur REIT-AG getroffen werden.

Kernbestandteil ist Art. 1, das „Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz [REITG])“.¹⁹ Dieses enthält vier Abschnitte, welche sich untergliedern in „Allgemeine Vorschriften“ (§§ 1 bis 7 REITG), „Qualifikation als REIT-AG“ (§§ 8 bis 15 REITG), „Steuerliche Regelungen“ (§§ 16 bis 22 REITG) und „Schlussvorschriften“ (§§ 22 und 23 REITG). Der erste Abschnitt enthält die „allgemeinen Vorschriften“. Niedergelegt ist hier das Wesen des REIT als immobilienhaltender Aktiengesellschaft sowie die mögliche Konzern- und Beteiligungsstruktur. Im zweiten Abschnitt finden sich die Ausgestaltungsmerkmale der REIT-Aktiengesellschaft, die die signifikantesten Unterscheidungskriterien zur herkömmlichen Immobilien-AG beinhalten. Zu nennen

¹⁶ Hahn, ZGR 2006, S. 805; Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1191; van Kann/Just/Krämer, DStR 2006, S. 787.

¹⁷ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 106; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 97.

¹⁸ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 107.

¹⁹ Gröpl, DStZ 2008, S. 63, der darauf hinweist, dass eine Erläuterung des Initialwortes „REIT“ an keiner Stelle des Gesetzes erfolge. Unbefangene Deutungsversuche führten in die Irre, das der REIT nichts mit Reiten oder Pferden zu tun habe.

ist hier vor allem die Streuung der Aktien, die sowohl eine Mindeststreu-
besitzquote von 15 Prozent vorschreibt und die Anlagemöglichkeiten von
Einzelaktionären auf unter 10 Prozent beschränkt. Weitere Charakteristika sind
eine verpflichtende Mindestausschüttungsquote von 90 Prozent des handels-
rechtlichen Jahresüberschusses, eine Immobilienquote von mindestens 75
Prozent sowie das Verbot des Immobilienhandels. Der dritte Abschnitt enthält
die konstituierende Steuerbefreiung der REIT-Aktiengesellschaft, verbunden mit
den Regelungen über die Anlegerbesteuerung. Steuerbefreiungen, die
Aktionären herkömmlicher Immobilienaktiengesellschaften zu Teil werden
(§ 8 b KStG, § 3 Nr. 40 EStG), werden hier weitgehend ausgeschlossen. Der
letzte Abschnitt des REIT-Gesetzes enthält schließlich Übergangs- und Schluss-
bestimmungen.

Durch Art. 2 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesell-
schaften mit börsennotierten Anteilen wird das Einkommensteuergesetz um die
Vorschriften zur sogenannten „Exit-Tax“ erweitert. Art. 3 (Änderung des
Außensteuergesetzes) dehnt die Hinzurechnungsbesteuerung auf Einkünfte einer
REIT-AG aus, deren Aktien von einem unbeschränkt steuerpflichtigen Aktionär
über eine ausländische Gesellschaft gehalten werden.²⁰ Durch Art. 4 des Ge-
setzes wird die Zuständigkeit des Bundeszentralamts für Steuern für die Re-
gistrierung eines Vor-REIT in § 5 Abs. 1 Nr. 31 FVG begründet und schließlich
ändert Art. 5 das Investmentsteuergesetz dahingehend, dass die Anwendung des
Teileinkünfteverfahrens²¹ für Ausschüttungen von REIT-Aktiengesellschaften
und für Gewinne aus der Veräußerung von Aktien an einer REIT-AG auch für
den Fall ausgeschlossen wird, dass diese Ausschüttungen bzw. Veräußerungsge-
winne über einen Investmentfonds bezogen werden. Art. 6 des Gesetzes er-
mächtigt das Bundesministeriums der Finanzen die durch Art. 1 bis 5 geänderten
Gesetze und Verordnungen im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen. Nach
Art. 7 traten die vorbezeichneten Regelungen rückwirkend zum 01. Januar 2007
in Kraft.²²

²⁰ Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 933.

²¹ Ehemaliges Halbeinkünfteverfahren.

²² Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 934.

2.4. Markterwartung und Marktentwicklung

Durch die Einführung von REITs erhielten Anleger – neben offenen und geschlossenen Immobilienfonds – eine weitere Möglichkeit, um an dem wirtschaftlichen Potential der Immobilienwirtschaft zu partizipieren.²³ Gleichzeitig sollte durch die gesetzliche Einführung von REITs eine Stärkung des Wirtschaftsstandorts Deutschland, eine Professionalisierung der Immobilienwirtschaft und Wettbewerbsgleichheit gegenüber europäischen Finanz- und Immobilienstandorten erreicht werden.²⁴ Zudem sollte die REIT-Einführung über Jahre hinweg zu einem erheblichen Steuermehraufkommen führen.²⁵ Für deutsche Unternehmen schaffe die begünstigte Aufdeckung von stillen Reserven einen Anreiz, nicht betriebsnotwendige Immobilien zu veräußern. Das hierdurch freiwerdende Kapital stärke die Liquidität der Unternehmen und ermögliche ihnen erweiterte Investitionen in ihr Kerngeschäft. Zudem verbessere sich die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen, was wiederum das wirtschaftliche Wachstum fördere und neue Arbeitsplätze schaffe.²⁶ Zudem stelle der REIT für deutsche Unternehmen eine attraktive Alternative zu den ausländischen Private-Equity-Unternehmen dar, die bis dahin in hohem Maße deutsche Immobilien gekauft hatten. Diese seien – anders als REITs – in der Regel nur an einer kurzfristigen Investition und dem schnellen Weiterverkauf der Immobilie interessiert.²⁷ Damit sollten weitgehend alle Beteiligten der Immobilienwirtschaft von der Einführung der deutschen REIT-Aktiengesellschaft profitieren.

Nach mehr als drei Jahren seit Einführung bleibt dieses Marktsegment heute weit hinter den einstigen Erwartungen zurück. Das Marktpotential deutscher REITs wurde einst auf rund 90 Mrd. Euro geschätzt.²⁸ Bis 2010 wurde mit rund 30 REIT-Börsengängen gerechnet, wobei geschlossene und offene Im-

²³ Wieneke/Fett, NZG 2007, S. 774.

²⁴ BT.-Drs. 16/4026, S. 1 (REIT-Gesetzentwurf); Harrer/Leppert, DStZ 2007, S. 1962; Bron, SWI 2006, S. 509.

²⁵ Vgl. BT.-Drs. 16/4026, S. 4 (REIT-Gesetzentwurf).

²⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 14 (REIT-Gesetzentwurf).

²⁷ BT.-Drs. 16/4026, S. 14 (REIT-Gesetzentwurf).

²⁸ Sotelo/Bone-Winkel/Pfeffer/Schlump/Becker in: BfW, Bedeutung von nicht börsengehandelten REITs, 2007, S. 9, wobei die Verfasser noch von der Möglichkeit ausgehen, dass der deutsche REIT auch Bestandswohnmobilien halten darf. Hier wurde ein Marktpotential von 30 Mrd. Euro prognostiziert.

mobilienfonds sowie bisherige Immobilienaktiengesellschaften als potentielle REIT-Kandidaten gehandelt wurden.²⁹

Zum Februar 2010 hat sich die Anzahl der hierzulande zugelassenen REITs auf nunmehr drei erhöht, die zusammen auf eine Marktkapitalisierung von nur rund 700 Mio. Euro kommen.³⁰ Darüber hinaus existieren derzeit rund ein Dutzend als Vor-REIT registrierte Unternehmen, die den REIT-Status anstreben, bei denen die Umwandlung allerdings noch offen ist.³¹ Vor allem die Folgen der Finanz- und Immobilienkrise haben die Umfeldbedingungen für viele potentielle REITs erschwert. Allerdings wird von Seiten der Immobilienbranche auch immer wieder auf Konstruktionsfehler des REIT-Gesetzes hingewiesen, die dem Durchbruch entgegenstanden haben sollen. Besonders öffentlichkeitswirksam wurde dabei der Ausschluss von Bestandsmietwohnmobilien diskutiert. Derzeit bemühen sich Interessenvertreter wie der Zentrale Immobilien Ausschuss (ZIA) deshalb intensiv um Nachbesserungen. Vor allem die Ausweitung des Anlagespektrums auf die bisher ausgeklammerten Bestandwohnmobilien steht dabei im Vordergrund.³² Hinderlich sind auch die hohen Bewertungsabschläge von bis zu 50 Prozent des Substanzwertes (NAV = Net Asset Value), mit denen REIT-Anteile derzeit an der Börse gehandelt werden. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass bei zwei der drei gelisteten REITs Verluste im zweistelligen Millionenbereich angefallen sind und entsprechend keine Dividenden ausgeschüttet werden. Die noch 2007 gehegten Hoffnungen, dass die hohe Mindestausschüttungsquote die REIT-Aktie zu quasi einem Zinspapier mit hoher Rendite machen würde, hat sich insoweit nicht erfüllt. Der REIT ist deshalb alles andere als ein Selbstläufer.

Gefordert wird deshalb, dass die als entwicklungshemmend ausgemachten Ausgestaltungsmerkmale gesetzlich überarbeitet werden müssen. So sollten Streu- und Höchstbesitzquoten überdacht werden. Insbesondere müsse die Geltungsdauer der Exit-Tax verlängert werden, wenn der Gesetzgeber an seinem Ziel festhalte, eine hinreichende Breite des REIT-Segments zu verwirklichen. Zudem müsse die Exit-Tax noch weiterreichende finanzielle Begünstigungen als bislang

²⁹ Pilz, Immobilienaktien und REITs, 2007, S. 53.

³⁰ Alstria Office REIT-AG; Fair Value REIT-AG; Hamborner REIT-AG.

³¹ www.reits-in-deutschland.de

³² Uttrich, FAZ v. 03. 02. 2010; Claßen, FR 2010, S. 156 f.

schaffen. Denn die betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvolle Auslagerung von Unternehmensimmobilien sei bisher nur unzureichend erreicht worden.³³ Umgesetzt hat der Gesetzgeber diese Forderungen bislang nicht, obwohl es sich im Rahmen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes durchaus angeboten hätte, die Laufzeit der Exit-Tax zu verlängern.

³³ Claßen, FR 2010, S. 157 ff.

§ 2 Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung und steuerliche Behandlung des REIT

Der REIT stellt auf den ersten Blick ein einfach zu verstehendes Anlageinstrument dar, handelt es sich bei ihm doch um eine Aktiengesellschaft, deren Unternehmensgegenstand auf den Immobilienbereich beschränkt ist und deren Besteuerung nachgelagert auf Anlegerebene vollzogen wird.³⁴ Seine Komplexität zeigt sich erst bei genauerer Betrachtung.³⁵ Selbst der Gesetzgeber geht davon aus, dass er rechtlich „umfangreiche und hohe Anforderungen“ an den REIT gestellt hat.³⁶ Diese, von gesetzgeberischer Seite an den REIT gestellten Anforderungen, mögen – jede für sich – sicherlich sinnvoll sein. In der Gesamtheit machen sie den REIT jedoch zu einer unflexiblen Gesellschaftsform, die sich ständig der Gefahr des Statusverlustes ausgesetzt sieht. Es handelt sich dabei um genau jene Strukturmerkmale, die die besondere Behandlung der REIT-AG, insbesondere in steuerlicher Hinsicht, gegenüber gewöhnlichen Aktiengesellschaften rechtfertigen.³⁷

Je vielfältiger die an eine Gesellschaft gestellten Anforderungen sind, desto größer ist ihr Interesse daran, diese – als Bevormundung empfundenen Einschränkungen – notfalls mittels unionsrechtlicher Grundfreiheiten zu beseitigen. Dabei haben Millionenwerte verwaltende Gesellschaften – gleich ob REIT oder am REIT-Status interessierte Immobiliengesellschaft – finanziell die Möglichkeiten, ihre aus den Grundfreiheiten resultierenden Rechte gerichtlich auch durchsetzen zu können.

Neben der Unzahl gesellschaftsrechtlicher Anforderungen weist der REIT zwei wesentliche Vergünstigungen auf. Dies sind die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene sowie die Exit-Tax. Da der Tätigkeitsbereich des REIT auf den Immobiliensektor beschränkt ist, sind die REIT-spezifischen Vergünstigungen per se branchenspezifischer Natur, die als unionsrechtlich unzulässige Beihilfe qualifiziert werden könnten. Die aus der Exit-Tax resultierenden Vorteile begründen zunächst nur Haftungsrisiken auf Seiten derer, die Immobilien exit-taxbegünstigt an einen REIT oder Vor-REIT veräußert haben. Da der REIT für

³⁴ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1191.

³⁵ Schäfer/Rackensperger in: Schäfer, REITs, 2007, S. 259.

³⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 1 (REIT-Gesetzentwurf).

³⁷ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 1, Rdnr. 1.

diese Risiken steuerlich haftet, gegebenenfalls auch zivilrechtlich, schlagen diese Risiken im Regressfall auf diesen durch und schmälern aufgrund der hohen Ausschüttungsverpflichtung unmittelbar und zum Nachteil der Anleger die Dividendenzahlungen.

1. Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung

REITs können auf zwei Wegen entstehen: Zum einen durch Neugründung, zum anderen können bestehende Immobiliengesellschaften, die die Vorgaben des REIT-Gesetzes erfüllen, in den REIT-Status wechseln.³⁸ Aufgrund identisch bleibender Rechtsform ist dies vor allem für bereits bestehende Immobilienaktiengesellschaften attraktiv.

1.1. Allgemeine Ausgestaltung – Rechtsnatur der Aktiengesellschaft

Nach § 1 Abs. 1 REITG handelt es sich bei Real Estate Investment Trusts um Aktiengesellschaften. Der REIT unterliegt deshalb nach § 1 Abs. 3 REITG den Vorschriften des Aktiengesetzes, soweit das REITG keine abweichenden Regelungen enthält. Im Hinblick auf den inneren Aufbau, die Leitung und die Aufsicht entspricht der REIT damit der allgemeinen Regeln der Aktiengesellschaft.³⁹ Aufgrund der starken Modifizierung der REIT-Aktiengesellschaft im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand und die Anlegerstruktur im Verhältnis zur normalen Aktiengesellschaft stellt der REIT gesellschaftsrechtlich zwar einen eigenständigen „Sondertypus“ dar,⁴⁰ nicht jedoch eine neue Gesellschaftsform.⁴¹ Dem Wortlaut nach, gelten die Regelungen des REITG nur für Aktiengesellschaften, so dass andere Rechtsträger, wie beispielsweise die GmbH, von vornherein hiervon ausgenommen werden. Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob der Begriff der Aktiengesellschaft unionsrechtskonform dahin auszulegen ist, dass auch die spezifisch europäische Gesellschaftsform der „Euro-

³⁸ HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 12.

³⁹ Weichhaus, SteuerStud 2007, S. 595.

⁴⁰ Spoerr/Hollands/Jacob, DStR 2007, S. 49; Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 934; Ebner, NWB 2007, S. 14535.

⁴¹ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 1, Rdnr. 1.

päischen Aktiengesellschaft“ (SE) den Sonderstatus des REIT erlangen kann.⁴² Ob auch die Europäische Aktiengesellschaft den REIT-Status erwerben kann, wird in § 3 – 2.5.10. der Arbeit untersucht.

1.1.1. Form der Aktien

Nach § 5 REITG müssen sämtliche REIT-Aktien stimmberechtigt sein. Durch den Ausschluss stimmrechtsloser Aktien wird ein Auseinanderfallen von stimm- und kapitalmäßiger Beteiligung verhindert. Dies vermeidet Komplikationen bei der Anwendung der Höchstbeteiligungsquote von unter 10 Prozent nach § 11 Abs. 4 REITG und des durch §§ 16 Abs. 2, 20 Abs. 4 REITG statuierten Treaty-Overrides. Diese Vorschriften stellen sowohl auf die kapitalmäßige Beteiligung als auch auf die Stimmberechtigung ab.⁴³

1.1.2. Börsennotiz

Nach § 10 Abs. 1 REITG müssen die Aktien der REIT-Aktiengesellschaft zum Handel an einem organisierten Markt in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat zugelassen sein.⁴⁴ Eine Beschränkung auf deutsche Börsenplätze wäre unionsrechtswidrig.⁴⁵ Nicht börsennotierte REITs (private REITs wie in den USA) sind unzulässig.⁴⁶ Durch die Börsennotiz wird sichergestellt, dass sich REITs mittelfristig als Anlageprodukt für Kleinanleger etablieren können. Zugleich grenzt sie den REIT von anderen Formen der indirekten Immobilienanlage wie den offenen oder geschlossenen Immobilienfonds ab.⁴⁷ Durch den börsenmäßigen Handel erhalten Anleger eine kostengünstige Zu-

⁴² Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 75 f; Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 1, Rdnr. 5a, 63.

⁴³ Münchow/Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 5, Rdnr. 2.

⁴⁴ Der Vergleich zu offenen Immobilienfonds zeigt den Vorzug der Börsennotiz: Bei offenen Immobilienfonds kann die Anteilsrücknahme nach § 81 InvG ausgesetzt werden, so dass die Zertifikate praktisch unveräußerbar sind (King, Real Estate Investment Trusts – Deutsche Offene und Geschlossene Immobilienfonds – Darstellung und internationaler Rechtsvergleich zur Zukunft der Immobilienfonds, 1999, S. 126).

⁴⁵ Schimmelschmidt/Tauser, IStR 2006, S. 121.

⁴⁶ Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2329; Bron, BB-Special 2007, S. 4.

⁴⁷ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 130.

gangsmöglichkeit zu REIT-Anteilen.⁴⁸ Die mit der Börsennotiz verbundenen Berichts- und Mitteilungspflichten führen zu einer transparenten Wertfindung und bilden damit die Grundlage für einen effektiven Anlegerschutz.⁴⁹ Die Börsennotiz bietet zudem den Vorteil, dass REITs – im Gegensatz zu offenen Immobilienfonds – keine Liquiditätsreserven für den Abfluss von Kapital bereithalten müssen.⁵⁰

Das ausschließliche Listing der Aktien an einer außerhalb der EU oder des EWR-Raumes gelegenen Börse ist nach den Vorgaben des REIT-Gesetzes unzulässig. Damit beschränken sich die Möglichkeiten des Aktienlistings auf den EU- und EWR-Raum. Hinterfragt wurde, ob dies eine unzulässige Beschränkung im Sinne der unionsrechtlichen Grundfreiheiten darstelle.⁵¹ Dies wird an späterer Stelle in § 3 – 2.5.11. der Arbeit untersucht.

1.1.3. Sitz der Gesellschaft

Nach § 9 REITG muss die REIT-Aktiengesellschaft sowohl ihren Sitz als auch den Ort der Geschäftsleitung in Deutschland haben. Dies unterstreicht § 16 Abs. 1 REITG, wonach der REIT in Bezug auf Doppelbesteuerungsabkommen auf jeden Fall im Inland ansässig sein muss. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass die Regelungen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Quellensteuerpflicht nach internationalem Vorbild an die Ansässigkeit des Unternehmens in Deutschland anknüpfen.⁵² Das inländische Sitzersfordernis entspricht dabei nicht zwangsläufig internationalen Standards: So können z.B. in Frankreich ausländische REITs bezüglich ihres Immobilienvermögens, das entweder direkt oder über eine Immobiliengesellschaft gehalten wird, den steuerfreien REIT-Status beanspruchen, soweit sie an einem französischen Börsenplatz gelistet

⁴⁸ Schimmelschmidt/Tauser, IStR 2006, S. 120; Kofner, WuM 2005, S. 698; bei offenen Immobilienfonds wird regelmäßig ein Ausgabeaufschlag von i.d.R. 5 Prozent fällig.

⁴⁹ BT.-Drs. 16/4026, S. 21 (REIT-Gesetzentwurf).

⁵⁰ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 114.

⁵¹ Kraft/Bron, IStR 2007, S. 378; Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 6; Weger in: Striegel, REITG, 2007, § 1, Rdnr. 25; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 220; Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 38 f.

⁵² Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 1; BT.-Drs. 16/4026, S. 11.

sind.⁵³

Sitz der Gesellschaft ist nach § 5 AktG der Ort, den die Satzung als Sitz bestimmt. Sitz der Geschäftsleitung ist der Ort, an dem der Vorstand tätig ist, wo also der für die Geschäftsleitung maßgebliche Wille gebildet wird.⁵⁴ Doppelansässige Gesellschaften, also Gesellschaften, die ihren tatsächlichen und ihren statuarischen Sitz in unterschiedlichen Ländern haben, werden damit ausgeschlossen. Die Gesellschaft ist nach § 21 Abs. 2 REITG verpflichtet, eine Verlegung des Sitzes ihrer Geschäftsleitung in das Ausland in der Steuererklärung anzugeben.⁵⁵ Wirtschaftlich kann es im Interesse des REIT liegen, den Unternehmenssitz oder die Geschäftsleitung im Ausland zu haben, um beispielsweise das ausländische Immobilienportfolio ortsnäher zu betreuen oder Kostenvorteile nutzen zu können. Entsprechende Wahlrechte entstehen in dem Fall, in dem die Beschränkung des satzungsmäßigen oder tatsächlichen Unternehmenssitzes auf Deutschland gegen Unionsrecht verstößt,⁵⁶ was in § 3 – 2.5.5. eingehend untersucht wird.

1.1.4. Mindestnennbetrag des Grundkapitals

Nach § 4 REITG muss, in Abweichung zu § 7 AktG, der Mindestnennbetrag des Grundkapitals 15 Mio. Euro betragen. Der deutsche REIT orientiert sich damit an dem französischen REIT, der ebenfalls ein Grundkapital von 15 Mio. Euro aufweisen muss.⁵⁷ Durch diese Mindestkapitalisierung wird sichergestellt, dass die REIT-Aktiengesellschaft als börsennotiertes Unternehmen eine gewisse

⁵³ Schimmelschmidt/Tauser, IStR 2006, S. 121, wobei die Verfasser darauf hinweisen, dass das Erfordernis, dass der ausländische REIT an der französischen Börse gelistet sein muss, gegen Unionsrecht verstößt.

⁵⁴ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 119; Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 7.

⁵⁵ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 8.

⁵⁶ Kraft/Bron, IStR 2007, S. 378; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 105; Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 9; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 119; ders., IuF 2007, S. 180; Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 109; Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 263; Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 38.

⁵⁷ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 4, Rdnr. 2.

Größe und Finanzkraft aufweist,⁵⁸ wobei der gesellschaftsrechtliche Zusammenschluss mit dem Ziel des Einstiegs in das Immobiliengeschäft ohnehin einer gewissen Liquidität bedarf.⁵⁹

1.1.5. Firma

Die Firma, d.h. der Name der Gesellschaft (vgl. § 17 HGB), muss nach § 6 REITG die Bezeichnung „REIT-AG“ oder „REIT-Aktiengesellschaft“ enthalten. Dieser Namenszusatz ist nach § 8 REITG zwingender Bestandteil der Handelsregistereintragung. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Geschäftsverkehr den REIT als solchen erkennt.⁶⁰ Zugleich erkennt der Investor, welches Anlageprodukt er erwirbt und welche Risiken seiner Investition immanent sind.⁶¹ Mit Blick darauf, dass gegebenenfalls auch die Europäische Aktiengesellschaft den Sonderstatus des REIT aufweisen kann, stellt sich – wie in § 3 – 2.5.10. ausgeführt wird – die Frage, ob § 6 REITG extensiv dahin auszulegen ist, dass auch die Bezeichnung „REIT-SE“ zulässig ist.⁶²

1.1.6. „REIT“ oder „Real Estate Investment Trust“ als geschützter Firmenname

Verbunden mit der Kennzeichnungspflicht des § 6 REITG ist der Firmenschutz für REIT-Aktiengesellschaften in § 7 REITG.⁶³ § 7 REITG normiert dabei, dass Gesellschaften die ihren Sitz „innerhalb Deutschlands“ haben, die Bezeichnung REIT-AG oder REIT-Aktiengesellschaft nur dann führen dürfen, wenn sie den Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes gerecht werden. Ausländische REITs, die ihren Sitz außerhalb der deutschen Staatsgrenzen haben, werden vom Bezeichnungsschutz des § 7 REITG nicht erfasst. Ausländische REITs, die ihren Sitz entsprechend den Möglichkeiten des europäischen Gesellschaftsrechts nach Deutschland verlegen, dürften nach § 7 REITG den Firmennamenszusatz REIT oder Real Estate Investment Trust nicht verwenden. Ob diesen ausländischen REIT-Aktiengesellschaften, die ihren Sitz nach Deutschland verlegt haben, diese

⁵⁸ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 114.

⁵⁹ Pluskat/Rogall, RIW 2005, S. 255.

⁶⁰ Bron, BB-Special 2007, S. 9; Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 933.

⁶¹ Geurts, BB 2005, S. 913.

⁶² Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 6, Rdnr. 1.

⁶³ Weichhaus, SteuerStud 2007, S. 595.

Namensbezeichnung verwehrt werden darf, wird in § 3 – 2.5.6. untersucht. Soweit auch die Europäische Aktiengesellschaft den Status als REIT annehmen kann, fragt sich, ob auch die Bezeichnung REIT-SE vom Firmenschutz des § 7 REITG erfasst wird (§ 3 – 2.5.10.).⁶⁴

1.1.7. Eigenkapitalquote

Die REIT-AG muss sich nach § 15 REITG mit der Aufnahme von Fremdkapital auf 55 Prozent des Wertes ihres unbeweglichen Vermögens beschränken.⁶⁵ Die Fremdkapitalquote bezieht sich jedoch nur auf das nach IFRS bewertete Immobilienvermögen. Folge ist ein Eigenkapitalerfordernis zwischen 33,75 und 40,5 Prozent. Die Begrenzung der Fremdverschuldung dient der Kapitalerhaltung und sorgt damit für hinreichenden Gläubigerschutz.⁶⁶ Zudem wird die Ausschüttungsbemessungsgrundlage nicht unangemessen durch Zinsaufwand vermindert⁶⁷ und spekulative Immobilienkäufe werden eingegrenzt.⁶⁸ Nach § 18 Abs. 4 REITG bedingt die dreimalige Unterschreitung der Eigenkapitalquote den Statusentzug des REIT.

Durch die Begrenzung der Fremdkapitalquote werden die Wachstumsmöglichkeiten der REIT-AG begrenzt, da Immobilien nicht in unbeschränktem Maße fremdfinanziert erworben werden können. In der Zusammenschau mit einer Mindestausschüttung von 90 Prozent des handelsrechtlichen Gewinns, dem Verbot des Immobilienhandels sowie der Bevorzugung inländischen Betriebsvermögens mittels Exit-Tax, hat der REIT wirtschaftlich damit kaum die Möglichkeit, sich über die nationale Landesgrenze hinaus zu entfalten. Ob dies ein unionsrechtlich zu beanstandendes Marktzutrittshindernis darstellt, wird in § 3 – 2.5.9.1. der Arbeit abgehandelt. Des weiteren beschränkt die Eigenkapitalquote – ebenso wie die Zinsschranke des § 4 h EStG – die Fremdfinanzierung. Da gegen die Zinsschranke unionsrechtliche Bedenken erhoben

⁶⁴ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 6, Rdnr. 1.

⁶⁵ Vgl. HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 6.

⁶⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 23 (REIT-Gesetzentwurf).

⁶⁷ Helios in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 15, Rdnr. 1; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 322.

⁶⁸ Helios/Trachte in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 18, Rdnr. 15.

wurden,⁶⁹ wird in § 3 – 2.5.9.2. der Arbeit untersucht, inwieweit die hier getätigten Ausführungen auf die Fremdfinanzierungsbeschränkung von REITs übertragen werden können.

1.1.8. Jahresabschluss nach IFRS und HGB

Die Gesellschaft ist – als internationales Kapitalmarktprodukt⁷⁰ – nach § 12 Abs. 1 REITG zur Aufstellung eines Abschlusses nach IFRS verpflichtet (Konzern- oder Einzelabschluss). Die Bilanzierung nach IFRS sieht unter anderem vor, dass Immobilien zu Verkehrswerten bilanziert werden müssen, was den Investoren ein besseres Bild über die Lage und Entwicklung des Unternehmens gibt als die – am Vorsichtsprinzip nach HGB orientierte – Ausweisung von Buchwerten. Darüber hinaus dürfte die Verwendung international gebräuchlicher Bilanzvorschriften die Anziehungskraft für internationale Investoren weiter erhöhen.⁷¹

1.1.9. Prüfung durch Abschlussprüfer

Der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses der REIT-AG hat nach § 1 Abs. 4 S. 1 REITG festzustellen, ob die Berechnung der Streubesitzquote und des maximalen Anteilsbesitzes je Aktionär durch die REIT-AG mit den Meldungen nach § 11 Abs. 5 REITG zum Bilanzstichtag übereinstimmen. Außerdem hat der Abschlussprüfer nach § 1 Abs. 4 S. 2 REITG die Einhaltung der Mindestausschüttung festzustellen. Sofern die REIT-AG nicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, hat der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses außerdem festzustellen, ob die Vorgaben zur Vermögens- und Ertragsstruktur, das Verbot des Immobilienhandels und die Bestimmung zum Mindesteigenkapital eingehalten wurden. Bei Konzernabschlusspflicht obliegt dies dem Konzernabschlussprüfer. Das Ergebnis der Prüfungshandlungen hat

⁶⁹ Köhler, DStR 2007, S. 597; Homburg, FR 2007, S. 717; Führich, IStR 2007, S. 341.

⁷⁰ BT.-Drs. 16/4026, S. 16 (REIT-Gesetzentwurf) zur Begründung der IFRS-Bilanzierung.

⁷¹ Leibold in: Schäfer, REITs, 2007, S. 88; Voigtländer, Der deutsche REIT – Grundzüge und steuerpolitischer Anpassungsbedarf, 2006, S. 5, 23.

der Abschlussprüfer nach § 1 Abs. 4 S. 5 REITG in einem „gesonderten Vermerk“ zusammenzufassen.⁷²

1.2. Vor-REITs

Eine Vorstufe des REIT stellt nach § 2 REITG der Vor-REIT dar. Der Status als Vor-REIT ist beim Bundeszentralamt für Steuern zu registrieren. Ein Vor-REIT ist eine Aktiengesellschaft, also eine bereits bestehende und im Handelsregister eingetragene Gesellschaft, die ihren Sitz im Inland hat und die beim Bundeszentralamt für Steuern als Vor-REIT registriert ist.⁷³

Zum Zeitpunkt ihrer Registrierung als Vor-REIT weisen diese Gesellschaften noch nicht die REIT-spezifischen Ausgestaltungsmerkmale auf und ihr Tätigkeitsbereich ist noch nicht zwangsläufig auf den Immobilienbereich beschränkt. Der Status als Vor-REIT soll es diesen Gesellschaften erst ermöglichen, Immobilien exit-tax-begünstigt zu erwerben, um so das erforderliche Immobilien-Portfolio aufzubauen.⁷⁴ Ein REIT muss damit nicht zwingend das Durchgangsstadium des Vor-REIT durchlaufen haben. Auch ist der Vor-REIT keine eigenständige Gesellschaftsform. Insbesondere ist er keine Vorgesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Sinne gemäß § 41 AktG, von der man spricht, wenn eine Kapitalgesellschaft zwar bereits durch notarielle Urkunde gegründet, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen ist.⁷⁵ Der Vor-REIT-Status ist ausschließlich für die Frage von Bedeutung, ob der Veräußerer von Immobilien die Exit-Tax-Vergünstigung in Anspruch nehmen kann.⁷⁶

Zum Ende des auf die Registrierung folgenden Geschäftsjahres hat der Vor-REIT gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern nachzuweisen, dass sein Unternehmensgegenstand im Sinne des § 1 Abs. 1 erster Halbsatz REITG beschränkt ist. Auf Aufforderung hat der Vor-REIT darzulegen, dass er die Strukturvorgaben des § 12 REITG erfüllt. Beides muss er durch Vorlage

⁷² Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 939.

⁷³ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 168.

⁷⁴ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 168; Schacht/Gänsler, IStR 2007, S. 102 f.

⁷⁵ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 2, Rdnr. 1; Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 168.

⁷⁶ Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 935.

geeigneter, von einem Wirtschaftsprüfer testierter Unterlagen nachweisen.⁷⁷ Kann der Vor-REIT gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern nicht nachweisen, dass er die geforderten Strukturmerkmale aufweist, entfällt der Vor-REIT-Status. In diesem Fall entfallen nach § 3 Nr. 70 S. 3 Buchst. e) EStG rückwirkend die vom Immobilienveräußerer in Anspruch genommenen Exit-Tax-Vorteile. Der Veräußerer hat in diesem Fall den Veräußerungsgewinn vollständig nachzuersteuern. Die Gesellschaft, die ehemals den Vor-REIT-Status besaß, haftet hierfür gegebenenfalls zivilrechtlich. Steuerlich haftet sie nach § 3 Nr. 70 S. 5 EStG. Soweit einem Vor-REIT der Status aberkannt wird, oder die vollwertige Anerkennung als REIT nicht erfolgt, weil der Vor-REIT nicht die vom REITG eingeforderte Gesellschafts- oder Anlegerstruktur aufzuweisen vermag, stellt sich die Frage, ob die dort normierten Anforderungen europarechtskonform sind. Einzig das Unionsrecht ist dann in der Lage, von den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen des REITG zu suspendieren und die Statusgewährung entgegen den statuierten Vorgaben zu ermöglichen. Der Vor-REIT hat nach Erlangung des Vor-REIT-Status nach § 10 Abs. 2 S. 1 REITG drei Jahre Zeit, um den Status als REIT zu beantragen. Nach § 10 Abs. 2 S. 2 REITG kann diese Frist um ein weiteres Jahr verlängert werden, wenn besondere Umstände die Fristverlängerung rechtfertigen. Die Verwerfungen an den internationalen Immobilien- und Kapitalmärkten dürften eine derartige Fristverlängerung rechtfertigen. Gelingt die Einhaltung der Vorgaben des REITG auch nach Ablauf dieses weiteren Jahres nicht, so hat dies zwingend nach § 10 Abs. 3 REITG den Verlust des Vor-REIT-Status zur Konsequenz.

1.3. Tätigkeitsbereich der Gesellschaft

Nach § 1 Abs. 1 REITG haben REIT-Aktiengesellschaften den Erwerb, das Halten, Verwalten und Veräußern von Eigentum und dinglichen Nutzungsrechten an in- und ausländischen Immobilien zum Unternehmensgegenstand. Schiffe und Luftfahrzeuge sind klarstellend nach § 3 Abs. 8 REITG ausgenommen. Der REIT darf Objekte nicht selbst als Nutzer bewirtschaften, sondern muss sich auf die Rolle des Vermieters beschränken. Damit soll sichergestellt werden, dass unternehmerische Risiken weitgehend ausgeschaltet werden und der REIT den Charakter einer „reinen“ Immobilienanlage aufweist

⁷⁷ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1192.

ohne zusätzliche Managementrisiken aus anderen geschäftlichen Aktivitäten zu tragen.⁷⁸ Weiter kann der REIT nach § 3 Abs. 4 und 6 REITG immobilienbezogene Hilfstätigkeiten erbringen. Dies sind solche Tätigkeiten, die der Verwaltung, Pflege und Fortentwicklung dienen, jeweils bezogen auf den eigenen Immobilienbestand.⁷⁹

1.3.1. Keine Bestandswohnimmobilien

Das Halten von inländischen Mietwohnimmobilien ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 9 REITG unzulässig, wenn diese vor dem 1. Januar 2007 errichtet wurden (Bestandsmietwohnimmobilien). Wohnimmobilien werden in § 3 Abs. 9 REITG legaldefiniert als Immobilien, die überwiegend Wohnzwecken dienen (mehr als 50 Prozent der Nutzfläche pro Gebäude). Die „Rückausnahme“ von Neubauten wird damit gerechtfertigt, dass den Mietern nur bis zum 01. 01. 2007 ein besonderer Vertrauensschutz zukäme und die Wohnungsbaufinanzierung durch REITs einen wichtigen Beitrag zur Stadtentwicklung leisten könne.⁸⁰ Damit ist die Investition in die 3,1 Mio. öffentlichen und kommunalen Wohnungen ausgeschlossen,⁸¹ wodurch dem REIT die Renditemöglichkeiten dieses Immobiliensektors vorenthalten bleiben. Grund für den Bestandswohnimmobilienausschluss war die Befürchtung, dass es aufgrund des Renditedrucks zu Mietsteigerungen käme und Instandhaltungen vernachlässigt würden,⁸² was sich gerade für sozial schwache Mieter nachteilig auswirken würde. Die steigenden Mieten müssten durch Wohngeld und andere Sozialtransfers ausgeglichen werden, was die öffentlichen Haushalte belaste. Ausländische Wohnimmobilien dürfen unabhängig vom Jahr der Fertigstellung in einen deutschen REIT eingebracht werden.⁸³ Kritisiert wurde der Ausschluss der Investitionsmöglichkeit vor dem Hintergrund, dass der Ausschluss, jedenfalls wirtschaftlich gesehen, unbegründet und nicht mehr zeitgemäß sei. Gerade die Investition in Wohnungsimmobilen sei eine risikoarme Anlagemöglichkeit. Wenn ein einzelner Mieter mit seinen Mietzahlungen ausfalle, sei dies weniger gravierend als wenn der Einzelmietler einer Großunternehmensimmobilie aus-

⁷⁸ Väh, Die Grundstücks-Investmentaktiengesellschaft als Pendant zum REIT, 1999, S. 157.

⁷⁹ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 110.

⁸⁰ Bron, BB-Special 2007, S. 10.

⁸¹ BT.-Drs. 16/4026, S. 18 (REIT-Gesetzentwurf).

⁸² FAZ v. 24. 05. 2007, S. 19 – Immobilienaktien in neuem Gewand.

⁸³ FAZ v. 21. 05. 2007, S. 21 – Gesetzesänderungen erhöhen Potential für Reits.

falle. Auch könnten angelsächsische Unternehmen ungehindert in Wohnimmobilien investieren, was zu entsprechenden Wettbewerbsnachteilen auf Seiten des REIT führe. Auch hätten Kommunen ein Interesse an weiteren Interessenten für ihre Wohnungsportfolios.⁸⁴ Da dieser Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien nur für inländische und nicht für ausländische REITs gilt, wird die Unionsrechtskonformität dieser Diskriminierung hinterfragt,⁸⁵ was nachfolgend in § 3 – 2.5.7. dieser Arbeit abgehandelt wird.

1.3.2. REIT-Dienstleistungsgesellschaften

Tätigkeitsmittelpunkt einer REIT-Aktiengesellschaft sind die in ihrem Eigentum stehenden Immobilien.⁸⁶ Jedoch hat der REIT in begrenztem Umfang die Möglichkeit, immobilienbezogene Tätigkeiten für Dritte, nach § 3 Abs. 5 REITG als Nebentätigkeiten definiert, zu erbringen. Diese Tätigkeiten gehören nach § 1 Abs. 1 REITG nicht zum unmittelbaren Unternehmensgegenstand des REIT. Sie sollen das Kerngeschäft des REIT ergänzen, nicht überlagern.

Soweit Dienstleistungen unmittelbar durch die REIT-Aktiengesellschaft selbst erbracht werden, hat der REIT nach § 16 Abs. 6 REITG hierfür eine Strafzahlung zu entrichten, die zwischen 20 und 30 Prozent der durch die Dienstleistung erzielten Einnahmen beträgt, wobei sich für grenzübergreifende Dienstleistungstätigkeit die Frage stellt, ob diese Sanktion mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV⁸⁷ in Einklang zu bringen ist. Nach der Konzeption des REITG sollen die Nebentätigkeiten ausschließlich über eine REIT-Dienstleistungsgesellschaft erbracht werden, § 1 Abs. 2 REITG. Hierdurch wird verhindert, dass aus Dienstleistungen resultierende Gewinne, die über steuerfreie REITs bezogen werden, steuerlich niedriger belastet werden als vergleichbare Gewinne herkömmlicher Dienstleistungskapitalgesellschaften. Denn die Dienstleistungsgesellschaft ist Körperschaftsteuerpflichtig und unterliegt nach § 23 Abs. 1 KStG einer Steuerbelastung von 15 Prozent. Zudem besteht Gewerbesteuerpflicht. Ziel ist somit die Schaffung von steuerlicher

⁸⁴ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 204 ff.

⁸⁵ Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 39.

⁸⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 22 (REIT-Gesetzentwurf).

⁸⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Wettbewerbs- und Chancengleichheit.

Die Anteile an dieser Dienstleistungsgesellschaft müssen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 3 Abs. 2 REITG vollständig durch den REIT gehalten werden. Die REIT-Dienstleistungsgesellschaft ist damit stets eine zu hundert Prozent konsolidierte Tochtergesellschaft. Hintergrund der Konsolidierungspflicht war die Furcht vor Gestaltungsmissbräuchen auf der Grundlage asymmetrischer Verteilung der Gewinnausschüttungen der nicht börsennotierten Tochtergesellschaften.⁸⁸ Worin der Gestaltungsmissbrauch liegen kann, bleibt allerdings offen.⁸⁹

Soweit das Erfordernis besteht, Anteile zu veräußern, um die so freigesetzten Finanzmittel für anderweitige Investitionen freizusetzen oder nicht gegen Ertrags- oder Vermögenskriterien zu verstoßen, ist dem REIT dies aufgrund der vollständigen Konsolidierungspflicht untersagt. Anderes gilt nur, soweit diese Restriktion gegen Unionsrecht verstößt und der REIT aufgrund der Kapital- oder Niederlassungsfreiheit bzw. der Kapitalverkehrsrichtlinie Dienstleistungsgesellschaften anteilig an ausländische Investoren veräußern kann (siehe § 3 – 2.2.4. der Arbeit).

1.3.3. Beteiligungsmöglichkeit an geschlossenen Immobilienfonds

Über § 1 Abs. 1 Nr. 2 und 5 REITG wird das indirekte Halten von Immobilien über eine Immobilienpersonengesellschaft ermöglicht. Das Halten von Immobilien über Personengesellschaften ist eine typisch deutsche Variante der indirekten Immobilienanlage, die sich primär aufgrund der steuer- und haftungsrechtlichen deutschen Rahmenvorschriften herausgebildet hat. Dieses Anlageprodukt ist gemeinhin jedoch nicht unter dem juristischen Begriff der Immobilienpersonengesellschaft bekannt, sondern unter dem Begriff des „geschlossenen Immobilienfonds“. Besonders beliebt ist dabei die Rechtsform der Kommanditgesellschaft in der Variante der GmbH & Co. KG.⁹⁰

⁸⁸ BT.-Drs. 16/4026, S. 19 (REIT-Gesetzentwurf); Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 8; Honebrink/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 267.

⁸⁹ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 72.

⁹⁰ Amort/Blum, DStR 2009, S. 1772.

Über geschlossene Immobilienfonds erhalten REITs die Möglichkeit zur risiko-diversifizierenden Immobilieninvestition.⁹¹ Der Vorteil hierbei ist, dass immobilienbezogene Risiken über das anteilige Investment in geschlossene Immobilienfonds leichter gestreut werden können, Verluste also nur anteilig verkraftet werden müssen. Auch ist das Immobilieninvestment über geschlossene Immobilienfonds vergleichsweise kostengünstig. Es muss keine vollständige Immobilie erworben werden, sondern nur ein Gesellschaftsanteil, was insbesondere vor dem Hintergrund der nach § 15 REITG beschränkten Fremdfinanzierungsmöglichkeiten interessant ist. Zudem erfolgt die Auswahl und Bewirtschaftung der Immobilie fachkundig durch den Initiator des geschlossenen Immobilienfonds. Das REITG ist speziell auf die Investitionsmöglichkeit in diese ausgelegt: Im Gegensatz zu der Vollkonsolidierungspflicht, die grundsätzlich bei Auslandskapital- und Dienstleistungsgesellschaften besteht, kann der REIT nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 REITG bloße Beteiligungen an Kapitalgesellschaften erwerben, die als persönlich haftende Gesellschafter einer Immobilienpersonengesellschaft fungieren.⁹² Das ist regelmäßig die Komplementär-GmbH eines gesellschaftsrechtlich als GmbH & Co. KG verfassten geschlossenen Immobilienfonds. Voraussetzung ist, dass der REIT vermögensmäßig nicht gleichzeitig als Kommanditist an der GmbH & Co. KG beteiligt ist. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 REITG kann der REIT auch als Kommanditist an der Immobilienpersonengesellschaft beteiligt sein. Auch werden die Immobilienpersonengeschaftsanteile nach § 12 Abs. 1 S. 3 REITG zum unbeweglichen Vermögen gerechnet. Praktisch bedeutet dies, dass im Hinblick auf die Vermögensstruktur unbegrenzt in geschlossene Immobilienfonds investiert werden kann, über die dann in indirekter Form in in- und ausländische Immobilien investiert werden kann. Der REIT kann damit, ausschließlich bezogen auf Immobilienpersonengeschaftsanteile, die Funktion einer reinen Holdinggesellschaft wahrnehmen, ohne selbst unbewegliches Vermögen zu halten.⁹³ Andere Gesellschaftsbeteiligungen darf der REIT nach § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 7 REITG grundsätzlich nicht halten. Auch würden sie als bewegliches Vermögen behandelt, und dieses darf nach § 12 Abs. 2 Buchst. a) REITG maximal 25 Prozent des Gesamtvermögens ausmachen. Zudem gewinnt das Investment in Immobilienpersonengeschaftsanteile dadurch an Attraktivität, dass der Erwerb nach § 1 Abs. 2 a GrEStG grunderwerbsteuerneutral erfolgen kann, soweit der REIT weniger als

⁹¹ Korezkij, BB 2007, S. 1699.

⁹² Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 320.

⁹³ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 111.

95 Prozent der Anteile der Immobilienpersonengesellschaft erwirbt.⁹⁴ Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist in diesem Fall nämlich kein Grundstück, sondern ein Gesellschaftsanteil.⁹⁵

Angesichts des Umstandes, dass das Investment in geschlossene Immobilienfonds eine typisch deutsche Form der indirekten Immobilienanlage darstellt, fragt sich, ob die damit verbundene mittelbare Benachteiligung ausländischer indirekter Immobilienanlagegesellschaften unter dem Gesichtspunkt des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots unzulässig ist. In diesem Fall würde dem REIT die Möglichkeit eröffnet werden, in ausländische REITs, ausländische offene Immobilienfonds oder andere ausländische indirekte Immobilienanlagegesellschaften zu investieren, ohne dass diese Investitionsmöglichkeit der Höhe nach beschränkt wäre bzw. recht umfangreich in die Immobilienquote zu rechnen wäre (siehe § 3 – 2.5.3.).

Der Unternehmensgegenstand von diesen Immobilienpersonengesellschaften ist nach § 3 Abs. 1 REITG grundsätzlich gleichermaßen beschränkt wie der des REIT selbst. Lediglich die Beteiligungsmöglichkeit der Personengesellschaften an Kapitalgesellschaften (wie z.B. REIT-Dienstleistungsgesellschaften) wird gänzlich ausgeschlossen.⁹⁶ Auch Dienstleistungen dürfen nicht erbracht werden. Soweit die Immobilienpersonengesellschaft dessen ungeachtet Dienstleistungen für Dritte erbringt, wird dies auf Ebene des REIT nach § 16 Abs. 6 REITG zunächst durch Strafzahlungen sanktioniert. Längerfristig verliert der REIT nach § 18 Abs. 5 S. 1 REITG seinen Status. Nach § 16 Abs. 6 REITG beträgt die Strafzahlung zwischen 20 und 30 Prozent der erzielten Dienstleistungseinnahmen. Aufgrund der auf Ebene des REIT eintretenden Konsequenzen, die aus der Erbringung von Dienstleistungen durch die Immobilienpersonengesellschaft herrühren, stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob der generelle Ausschluss zur Erbringung von Dienstleistungen auf Ebene der untergeordneten Immobilienpersonengesellschaften unionsrechtskonform ist oder ob die Dienstleistungsfreiheit diesbezüglich etwas anderes normiert (siehe § 3 – 2.4.2.).

⁹⁴ Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Steuerfreie Einnahmen § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 38; Andreas Striegel/Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 3, Rdnr. 4.

⁹⁵ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 57.

⁹⁶ Bron, BB-Special 2007, S. 11.

1.3.4. Auslandsobjektgesellschaften

Der REIT hat die Möglichkeit, ausländische Immobilien über eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft zu halten. Der Gesetzgeber begründet die Möglichkeit des indirekten Haltens von Immobilien mittels REIT-Auslandsobjektgesellschaften damit, dass der deutsche REIT in manchen Ländern keine Grundstücke erwerben dürfe. In diesen Fällen soll er den Erwerb mittelbar über die Auslandsobjektgesellschaft vornehmen.⁹⁷ Diese Auslandsobjektgesellschaft darf aber nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 REITG nur dann ausländische Immobilien erwerben, wenn diese durch REIT-Aktiengesellschaften gehalten werden dürfen.⁹⁸ Durch diese Kapitalgesellschaft können dann auch Bestandswohnimmobilien gehalten werden. Diese Auslandsobjektgesellschaft muss dem REIT allerdings vollständig gehören, § 3 Abs. 3 REITG. Das anteilige Investment in ausländische REITs ist dem REIT damit verwehrt.⁹⁹ Eine bloße Beteiligung an Auslandsobjektgesellschaften ist ebenso unzulässig.¹⁰⁰ Dabei wäre diese Möglichkeit sowohl für den REIT als auch für die Auslandsobjektgesellschaft von Vorteil. Der vollständige Erwerb einer ausländischen Immobilienkapitalgesellschaft ist deutlich teurer als der Erwerb einer bloßen Minder- oder Mehrheitsbeteiligung. Außerdem ist der Kompletterwerb schwerer umsetzbar, da die ehemaligen Anteilsinhaber aus ihrer Eigentümerstellung verdrängt werden und die Stellung des ehemaligen Managements vom guten Willen der neuen Eigentümer abhängt. Diese Nachteile können nur durch einen entsprechend hohen Kaufpreis aufgewogen werden, was sich negativ auf das Betriebsergebnis des REIT auswirkt. Probleme bereitet der Umstand, dass die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat der Körperschaftsteuer unterliegt und es dann später auf Ebene der REIT-Aktionäre zu Doppelbesteuerungen kommen kann. Auch liegt es im Interesse der ausländischen Immobilienkapitalgesellschaften, als anteiliges Anlageobjekt deutscher REITs zu dienen. Die vollständige Übernahme durch einen ausländischen Investor ist dagegen unerwünscht.

Der Umstand, dass die Auslandsobjektgesellschaft vollständig der Kon-

⁹⁷ Andreas Striegel/Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 3, Rdnr. 20.

⁹⁸ BT.-Drs. 16/4026, S. 19, 20 (REIT-Gesetzentwurf).

⁹⁹ Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 8.

¹⁰⁰ Ziemons, BB 2007, S. 449; HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 9.

solidierung unterliegt, verdeutlicht erneut die Vorteilhaftigkeit des Investments in geschlossene Immobilienfonds: Soweit ein REIT in eine ausländische Immobilie investiert, und diese entweder direkt oder über eine zwischengeschaltete, vollständig konsolidierte Auslandsobjektgesellschaft erwirbt, trägt der REIT das vollständige wirtschaftliche Risiko, welches mit jeder Immobilieninvestition zwangsläufig verbunden ist, selbst. Anders sieht dies hingegen aus, wenn der REIT über eine Immobilienpersonengesellschaft in ausländische Immobilien investiert. Wenn der REIT – unjuristisch gesprochen – über einen geschlossenen Immobilienfonds in ausländisches Immobilienvermögen investiert, ist das finanzielle Risiko des Immobilienerwerbs nur anteilig zu schultern, ein etwaiger Verlust nur anteilig zu verkraften. Die Beteiligung an einer Immobilienpersonengesellschaft ist wirtschaftlich gegebenenfalls mit einer Beteiligung an einer Auslandsobjektgesellschaft zu vergleichen. Fraglich ist deshalb, ob diese Bevorzugung deutscher Immobilienpersonengesellschaften unionsrechtlich diskriminiert (siehe § 3 – 2.2.6.1.).

Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 REITG muss das Vermögen der Auslandsobjektgesellschaften zu 90 Prozent aus Immobilien bestehen, welches ausschließlich im Ausland belegen sein darf. Der inländische Immobilienerwerb ist ihr damit nicht gestattet. Da sich der Sitz dieser Auslandsobjektgesellschaft auch im Inland befinden kann,¹⁰¹ ist es der Auslandsobjektgesellschaft damit verwehrt, beispielsweise das Eigentum an ihrem Verwaltungsgebäude und dem dazugehörigen Grund und Boden zu erwerben und müsste mit der Rolle des Mieters vorlieb nehmen. Dieser generelle Ausschluss des inländischen Immobilienerwerbs durch die Auslandsobjektgesellschaft erscheint bedenklich im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit bzw. das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (siehe § 3 – 2.5.2.).¹⁰²

1.3.5. Kein Immobilienhandel

Nach § 14 Abs. 1 REITG ist der REIT-Aktiengesellschaft der Handel mit Immobilien untersagt. Eine Handelstätigkeit wird nach § 14 Abs. 2 REITG angenommen, wenn die REIT-AG sowie die in ihren Konzernabschluss

¹⁰¹ BT-Drs. 16/4779, S. 31 (Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses).

¹⁰² Bron, BB-Special 2007, S. 12, ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 319.

einzubeziehenden Tochterunternehmen innerhalb der letzten fünf Jahre Erlöse aus der Veräußerung von unbeweglichen Vermögen erzielt haben, die der Höhe nach mehr als der Hälfte des durchschnittlichen Vermögens in diesem Zeitraum entsprochen haben. Dies entspricht 10 Prozent des Immobilienportfolios pro Jahr.¹⁰³ Die REIT-AG muss sich damit auf das langfristige Halten und Verwalten von Immobilien konzentrieren.¹⁰⁴ Aufgrund der Fiktion der §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 2 REITG kann auch die Veräußerung von Anteilen an Immobilienpersonengesellschaften zu schädlichem Immobilienhandel führen.¹⁰⁵ Der Verstoß gegen das Immobilienhandelsverbot wird nach § 18 Abs. 2 REITG mit dem sofortigen Verlust der Steuerbefreiung sanktioniert. Bei grenzübergreifender Immobilienveräußerung stellt sich die Frage, ob diese mit dem sofortigen Statusverlust sanktioniert werden darf oder die Grundfreiheiten dem entgegenstehen (§ 3 – 2.5.4.1.).

Da die Veräußerung inländischen Vermögens ebenfalls beschränkt ist, kann der REIT seine Immobilienbestände nur sehr langfristig umschichten. Aufgrund des Exit-Tax-Vorteils dürften deutsche REITs anfänglich dabei in überproportionalem Umfang deutsches Grundvermögen erworben haben, da nur dieses steuerlich begünstigt war. Durch das Immobilienhandelsverbot wird nun die Umschichtung des zunächst subventionierten Grundvermögens in ausländisches Immobilienvermögen erheblich erschwert, so dass hierin ein unionsrechtlich unzulässiges Marktzutritts Hindernis erblickt werden kann (§ 3 – 2.5.4.2.).

1.4. Vermögens- und Ertragsstruktur

Die Ausrichtung der REIT-Aktiengesellschaft auf die Immobilientätigkeit als Kerngeschäft muss sich in einer bestimmten Zusammensetzung des Vermögens und der Bruttoerträge widerspiegeln.¹⁰⁶ Insbesondere das Dienstleistungsgeschäft des REIT soll deren Immobiliengeschäft nur ergänzen und nicht überlagern. Tätigkeitsmittelpunkt ist die passive Immobilienbewirtschaftung.¹⁰⁷

¹⁰³ HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 5.

¹⁰⁴ FAZ v. 30. 05. 2007, S. 40 – Der deutsche Reit kommt.

¹⁰⁵ Bron, BB-Special 2007, S. 15.

¹⁰⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 22 (REIT-Gesetzentwurf).

¹⁰⁷ Weichhaus, SteuerStud 2007, S. 598.

1.4.1. Ertragsstruktur

Nach § 12 Abs. 3 REITG müssen mindestens 75 Prozent der Bruttoerträge aus unbeweglichem Vermögen stammen. Höchstens 20 Prozent der Einnahmen dürfen von REIT-Dienstleistungsgesellschaften stammen. Der Verstoß gegen die Ertragsstruktur des § 12 Abs. 3 REITG, wonach 75 Prozent der Umsatzerlöse des REIT aus unbeweglichem Vermögen stammen müssen, wird mit einer Zahlung zwischen 10 und 20 Prozent des Differenzbetrages sanktioniert, § 16 Abs. 4 REITG. Der nachhaltige Verstoß wird nach § 18 Abs. 5 REITG mit dem Entzug des REIT-Status geahndet. Der isolierte Verstoß gegen die Bestimmung des § 12 Abs. 3 Buchst. b) REITG, wonach die Erträge des REIT nur zu 20 Prozent aus REIT-Dienstleistungsgesellschaften stammen dürfen, ist nicht sanktionsbewehrt.

Die Möglichkeit zur Erbringung von Dienstleistungen ist damit dem Umfang nach beschränkt, die Dienstleistungstochter kann sich gegebenenfalls nicht den Marktmöglichkeiten entsprechend entfalten. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die REIT-Dienstleistungstochter vollständig durch den REIT gehalten wird, kann aus der limitierten Ertragsmöglichkeit ein Marktzugangshindernis erwachsen, was im Widerspruch zu der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit stehen kann (§ 3 – 2.5.1.).

1.4.2. Vermögensstruktur

Nach § 12 Abs. 2 Buchst. a) REITG müssen mindestens 75 Prozent der Aktiva unbewegliches Vermögen sein. Diese Werte sind nach IFRS (International Financial Reporting Standard) zu ermitteln. Maßgeblich für die Immobilienquote ist der beizulegende Zeitwert nach IAS¹⁰⁸ 40. Nach § 12 Abs. 2 Buchst. b) REITG dürfen 20 Prozent des Vermögens auf REIT-Dienstleistungsgesellschaften entfallen. Soweit die REIT-Dienstleistungstochter ein umfangreiches Dienstleistungsgeschäft erbringt oder fremdfinanziert wächst, führt dies bilanztechnisch zu einem höheren Unternehmenswert, was bezogen auf die Vermögensstruktur unzulässig ist. Soweit das Vermögen des REIT zum Ende

¹⁰⁸ International Accounting Standard.

eines Wirtschaftsjahres entgegen § 12 Abs. 2 REITG zu weniger als 75 Prozent aus unbeweglichem Vermögen besteht, hat der REIT nach § 16 Abs. 3 REITG hierfür eine Zahlung zu leisten. Die Zahlung beträgt zwischen einem und drei Prozent des Differenzbetrages. Der Verstoß gegen die Bestimmung des § 12 Abs. 2 Buchst. b) REITG, wonach das Vermögen des REIT nur zu 20 Prozent auf REIT-Dienstleistungsgesellschaften entfallen darf, ist nicht sanktionsbewehrt. Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob ein höherer Wert der Dienstleistungsgesellschaft, der aus grenzüberschreitendem Dienstleistungsgeschäft resultiert, und der zu einem Verstoß der Vermögensstruktur führt, vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit zu einer Sanktion auf Ebene des REIT führen darf (§ 3 – 2.5.1.).

1.5. Anlegerstruktur

Jede natürliche oder juristische Person und jede Personenvereinigung kann sich an der REIT-AG als Gesellschafter beteiligen. Die Aktionärsstruktur des REIT wird durch drei Kriterien bestimmt: Nach § 11 Abs. 1 REITG muss der REIT zum Zeitpunkt der Börsenzulassung eine Streubesitzquote von 25 Prozent aufweisen. Langfristig muss der Streubesitz bei 15 Prozent liegen. Die Höchstbeteiligungsmöglichkeit von Anlegern wird nach § 11 Abs. 4 REITG auf weniger als 10 Prozent beschränkt. Diese Kriterien machen den REIT zu einer börsennotierten Publikumsgesellschaft, die gerade auch auf allgemeine Zugänglichkeit angelegt ist.¹⁰⁹ Dass herkömmliche Immobilienaktiengesellschaften hierzulande eher ein Schattendasein führten und führen, wurde auch darauf zurückgeführt, dass sie oftmals über dominante Großaktionärsstrukturen verfügen, die andere Anleger von der Investition abhielten. Vor diesem Hintergrund sollte der REIT auf allgemeine Zugänglichkeit ausgelegt werden.

Verhindert wird durch die Anlegerstruktur das Entstehen von sogenannten „private REITs“, die nur eine begrenzte Anzahl von Gesellschaftern aufweisen und – bezogen auf die Gesellschafterstruktur – den geschlossenen Immobilienfonds entsprechen würden.¹¹⁰ Sichergestellt wird, dass der REIT nicht nur institutionellen Anlegern als ein Instrument der indirekten Immobilienanlage zur

¹⁰⁹ Spoerr/Hollands/Jacob, DStR 2007, S. 50.

¹¹⁰ Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 9.

Verfügung steht, sondern gerade auch einer breiten Öffentlichkeit,¹¹¹ bei der die Aktien auch nach Börsenzulassung verfügbar bleiben und damit insbesondere für Kleinanleger als Instrument der privaten Vermögensbildung und Altersvorsorge dienen soll.¹¹²

Damit der REIT seine Aktionärsstruktur aktiv nachvollziehen kann, verweist § 11 Abs. 5 REITG auf die aktionärsrechtlichen Meldepflichten nach § 21 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG). § 21 WpHG wird durch § 11 Abs. 5 REITG dahingehend modifiziert, dass jeder, der durch Erwerb, Veräußerung oder auf sonstige Weise 3, 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50, 75, 80 oder 85 Prozent der Stimmrechte an der REIT-AG erreicht, über- oder unterschreitet, der Gesellschaft sowie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) dies unverzüglich schriftlich mitzuteilen hat. Diese Meldepflichten gelten auch für ausländische Investoren. Die Einhaltung der Meldepflichten wird durch die in § 28 WpHG angeordnete Sanktion sichergestellt: Rechte aus Aktien, die einem Meldepflichtigen gehören oder aus denen ihm Stimmrechte gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder 2 WpHG zugerechnet werden, bestehen danach nicht für die Zeit, für welche die Meldepflichten nicht erfüllt werden. Dies betrifft insbesondere Stimm- und Dividendenrechte.¹¹³

1.5.1. Streubesitz

15 Prozent der Aktien müssen sich dauerhaft im Streubesitz befinden, zum Zeitpunkt der Börsenzulassung sogar mindestens 25 Prozent, § 11 Abs. 1 S. 1 REITG. Diese anfängliche Streubesitzquote entspricht in Deutschland den börsenrechtlichen Anforderungen zur Zulassung zum amtlichen Markt (§ 9 Abs. 1 BörsZulV).¹¹⁴ Jedoch gilt die Regelung des § 11 Abs. 1 REITG eigenständig und unabhängig von § 9 Abs. 1 BörsZulV.¹¹⁵ Beteiligungen von weniger als drei Prozent gelten nach § 11 Abs. 1 S. 2 REITG als Streubesitz. Die statuierte Streubesitzquote verwundert allerdings vor dem Hintergrund, dass selbst der Gesetzgeber davon ausgeht, dass in den ersten Jahren „überwiegend

¹¹¹ Weichhaus, SteuerStud 2007, S. 596; Spoerr/Hollands/Jacob, DStR 2007, S. 51.

¹¹² BT.-Drs. 16/4026, S. 21 (REIT-Gesetzentwurf).

¹¹³ BT.-Drs. 16/4026, S. 16 (REIT-Gesetzentwurf).

¹¹⁴ Pluskat/Rogall, RIW 2005, S. 255.

¹¹⁵ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1192.

institutionelle Investoren (z.B. Versicherungen, Investment- und Pensionsfonds) an REITs beteiligt sein werden“. Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung: „Für Privatanleger dürfte insbesondere eine mittelbare Anlage in REITs (z.B. über Investmentfonds oder Versicherungen) Bedeutung erlangen“. ¹¹⁶ Damit ist nicht sicher, ob genügend Kleinanleger von dem direkten Engagement in REITs überzeugt werden können, damit dieser die erforderliche Streubesitzquote vorweisen kann. Verfahrenstechnisch hat der REIT nach § 11 Abs. 2 REITG zum 31. Dezember eines jeden Jahres seine Streubesitzquote gegenüber der BaFin nachzuweisen. Sollte die Quote unterschritten werden, teilt die BaFin dies dem Bundeszentralamt für Steuern mit, welches sodann die im REITG vorgesehenen Sanktionen einleitet. ¹¹⁷

1.5.2. Höchstbeteiligungsquote

Gemäß § 11 Abs. 4 REITG darf kein Anleger direkt 10 Prozent oder mehr der Anteile des REIT halten. Anteile, die für Rechnung eines Dritten gehalten werden, werden bei der Berechnung der Höchstbeteiligungsklausel diesem direkt zugerechnet. Vergleichbare Höchstbeteiligungsquoten existieren in den Niederlanden oder in Großbritannien. ¹¹⁸ Hintergrund waren massive Steuer-einbußen, die Frankreich im Rahmen seiner REIT-Einführung zu erdulden hatte. Dort hatte man nicht ausreichend auf die aus den Doppelbesteuerungs-abkommen resultierende Problematik geachtet. ¹¹⁹ Der französische REIT war deshalb ohne Höchstbeteiligungsquote und ohne Treaty Override eingeführt worden. Ausländische Investoren konnten damit, gestützt auf Doppelbesteuerungsabkommen, die französischen REIT-Erträge ohne vorhergehende Quellensteuerbelastung vereinnahmen. Profitiert hiervon hat der französische REIT-Sektor, der eine sehr dynamische Entwicklung verzeichnen konnte. Mittlerweile hat auch Frankreich eine dies verhindernde Quellensteuerregelung

¹¹⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 14 (REIT-Gesetzentwurf).

¹¹⁷ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1193.

¹¹⁸ Knebel/Schmidt, IWB 2007, S. 1962; Pluskat, IStR 2006, S. 661; Klühs/Schmidtbleicher, ZIP 2006, S. 1807; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 112, 224.

¹¹⁹ HSH Nordbank, Der German Real Estate Investment Trust (REIT) und der deutsche Immobilienmarkt, 2005, S. 28; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 97, der in diesem Zusammenhang von Steuermindereinnahmen von 2 Mrd. Euro spricht.

eingeführt.¹²⁰ Auch die deutsche Höchstbeteiligungsquote dient vor allem der Sicherung des deutschen Steuersubstrats.¹²¹ Sie verhindert zunächst die Anwendung der Mutter-Tochterrichtlinie.¹²² Daneben nimmt sie den Zugang zu DBA¹²³-Schachtelprivilegien. Diese sehen regelmäßig vor, dass bei Beteiligungen von 10 Prozent und mehr, die durch einen ausländischen Investor gehalten werden, die deutsche Quellensteuer auf 5 bis 15 Prozent, in manchen Fällen sogar auf Null Prozent gemindert werden kann.¹²⁴ Wie weitgehend ausländische Anleger mit Blick auf die inländische Quellensteuer dabei privilegiert werden, ist in den einzelnen DBA unterschiedlich geregelt.¹²⁵ Um die Besteuerung ausländischer Anleger sicherzustellen, hätten sämtliche Doppelbesteuerungsabkommen zeitraubend nachverhandelt werden müssen.¹²⁶ Dieser schwierige und langwierige Verhandlungsprozess, mit dem Ziel, Ausnahmeklauseln für REITs aufzunehmen, hätte die REIT-Einführung über weitere Jahre hinausverzögert und stellte insofern keine gangbare Alternative dar.¹²⁷ Im Gegensatz zur Mutter-Tochterrichtlinie differenzieren die DBA dabei nicht zwischen steuerpflichtigen und steuerbefreiten Gesellschaften.¹²⁸ Zweck der DBA-Schachtelprivilegien ist die Vermeidung der Benachteiligung grenzüberschreitender Investitionen durch die Kumulation von Körperschaft- und Quellensteuer am Unternehmensstandort und der nochmaligen Dividendenbesteuerung am Wohnsitz des Anteilseigners.¹²⁹ Aufgrund des Umstandes, dass REITs auf Gesellschaftsebene steuerbefreit sind, Deutschland also weder Körperschaft- noch Gewerbesteuerzahlungen von diesen erhält, ist aus Sicht des deutschen Fiskus die Sicherstellung der Anlegerbesteuerung umso wichtiger. Auch sollen inländische Aktionäre im Verhältnis zu ausländischen Anteilsin-

¹²⁰ Klühs/Schmidtbleicher, ZIP 2006, S. 1807; Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 59.

¹²¹ Klühs/Schmidtbleicher, ZIP 2006, S. 1805.

¹²² Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 6.

¹²³ DBA steht für Doppelbesteuerungsabkommen.

¹²⁴ Betsch/Bender, Neue offene Immobilienfonds und Real Estate Investment Trusts in Deutschland, 2006, S. 129; Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2329; Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 17; Gröpl, DStZ 2008, S. 67; Bron, SWI 2006, S. 510.

¹²⁵ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 197.

¹²⁶ Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2329.

¹²⁷ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 220.

¹²⁸ Geurts, BB 2005, S. 915.

¹²⁹ Voigtländer, Der deutsche REIT – Grundzüge und steuerpolitischer Anpassungsbedarf, 2006, S. 9.

habern nicht benachteiligt werden.¹³⁰

Zur Wahrung des fiskalischen Steuerinteresses wäre es nach niederländischem Vorbild zwar ausreichend gewesen, ausschließlich den Anteilswerb für beschränkt Steuerpflichtige zu limitieren und unbeschränkt Steuerpflichtigen die volle Investitionsmöglichkeit zu belassen. Da diese Konstruktion jedoch gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verstoßen hätte, wurde für in- und ausländische Investoren eine gleichermaßen geltende Höchstbeteiligungsquote eingeführt.¹³¹

Auf Aktionärserebene werden Verstöße gegen die Beteiligungsobergrenze nach § 16 Abs. 2 REITG dadurch sanktioniert, dass keine Privilegierung über etwaig anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen erfolgt, soweit seine Beteiligung 10 Prozent oder mehr ausmacht. Darüber hinaus geht der Aktionär, mit Ausnahme der für jeden Aktionär entscheidenden Rechte des Stimmrechts und des Dividendenanspruchs, auch aller sonstigen anteilsbezogenen Mitgliedschaftsrechte und Ansprüche (z. B. Bezugsrecht und Anspruch auf Liquidationserlös) verlustig, soweit sie ihm aus einer Beteiligung von 10 Prozent oder mehr zustehen würden.

1.5.3. Kritik an Streubesitz- und Höchstbeteiligungsquote

Die Höchstbeteiligungsgrenze wird als schmerzliche Restriktion empfunden: Wie bereits ausgeführt, geht selbst der Gesetzgeber davon aus, dass Privatanleger primär über andere Anlageinstrumente, wie z.B. den offenen Immobilienfonds, in REITs investieren und die REIT-Investition für institutionelle Anleger besonders interessant sei.¹³² Auch haben internationale Erfahrungen gezeigt, dass REITs gerade auch auf institutionelle Großinvestoren angewiesen sind. Bei einem REIT-Mindeststammkapital von 15 Mio. Euro könnte ein Anleger noch nicht einmal 1,5 Mio. Euro anlegen. Damit eignet sich der REIT nicht als Anlageinstrument für institutionelle Anleger, da diese regelmäßig ein gewisses Mindestvolumen pro Anlagewert investieren. Zudem

¹³⁰ Harrer/Leppert, DStZ 2007, S. 1965.

¹³¹ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 223.

¹³² BT.-Drs. 16/4026, S. 14 (REIT-Gesetzentwurf).

haben Anleger, die in indirekter Form in Grundstücke investieren, zum Großteil bereits in offenen Immobilienfonds investiert und haben den dort fälligen Ausgabeaufschlag bereits entrichtet. Durch die Höchstbeteiligungsquote wird sowohl auf Anleger- als auch auf Erwerberseite jegliche Übernahmephantasie genommen.¹³³ Unternehmen, die Immobilien an einen REIT ausgliedern, werden um die Möglichkeit gebracht, sich an diesem derart zu beteiligen, dass sie Einfluss auf die Unternehmenspolitik ausüben können. Sie müssen sich mit der Position eines letztlich einflusslosen Minderheitsaktionärs abfinden.¹³⁴

Befürchtet wird, dass dies, zusammen mit den aus der Höchstbeteiligungsquote resultierenden Haftungsrisiken, die Beeinträchtigung der Kapitalmarktfähigkeit zur Konsequenz habe. Auch werde der Unternehmenswert des REIT negativ beeinflusst, da eine effiziente und transparente Bewertung der REIT-Anteile aufgrund der nur eingeschränkten Investitionsmöglichkeit unmöglich werde.¹³⁵

1.5.4. Konsequenz des Verstoßes gegen die Streubesitz- oder Höchstbeteiligungsquote

Soweit die Streubesitz- oder Höchstbeteiligungskriterien nachhaltig nicht erfüllt werden, hat dies für die Gesellschaft weitreichende Konsequenzen. Diese treffen den REIT dabei unabhängig davon, ob ihm ein individuelles Fehlverhalten vorzuwerfen ist oder nicht.¹³⁶ Sanktionsbewehrt ist der Verstoß zunächst im Rahmen des § 18 Abs. 5 REITG, wonach der REIT seinen Status verliert, soweit er über fünf Jahre hinweg unterschiedliche Ausgestaltungsmerkmale verletzt. Nach § 18 Abs. 3 REITG droht bei dreijährigem Verstoß gegen dasselbe Ausgestaltungsmerkmal der Verlust der Steuerbefreiung. Zum Schutz der Aktionäre verlangt § 11 Abs. 3 REITG für diesen Fall, dass die Satzung für Aktionäre, die weniger als drei Prozent der Stimmrechte halten, eine Entschädigung vorsehen muss. Ein Kleinaktionär hat nämlich keinen Einfluss darauf, ob durch die hohe Beteiligung eines oder mehrerer Aktionäre die Aktionärsstruktur verletzt wird und als Folge die Steuerbefreiung des REIT

¹³³ Ziemons, BB 2007, S. 452.

¹³⁴ Hahn, ZGR 2006, S. 828.

¹³⁵ Hahn, ZGR 2006, S. 838.

¹³⁶ Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus, BB 2007, S. 1346.

entfällt.¹³⁷ Er soll dafür entschädigt werden, dass er im Fall des § 18 Abs. 3 REITG Aktionär einer nicht mehr steuerbefreiten Gesellschaft ist, er daher weniger Ausschüttungen erhält und seine Aktien nur noch zu einem entsprechend geringeren Preis veräußern kann.¹³⁸

Das REIT-Gesetz enthält dabei bewusst keine Entschädigungsregelung. Den Interessen des Aktionärs sei damit ausreichend gedient, dass die REIT-Aktiengesellschaft verpflichtet wird, eine solche Entschädigungsregelung in ihre Satzung aufzunehmen. Der Aktionär kann sich vor dem Erwerb der Aktien darüber informieren, wie die Entschädigungsregelung der REIT-Aktiengesellschaft ausgestaltet ist und kann für sich selbst entscheiden, ob er den durch die konkrete Regelung gewährten Schutz für ausreichend hält.¹³⁹ Für Aktionäre, die die Zehnprozentgrenze nicht überschreiten, wohl aber die Dreiprozentschwelle, muss keine Entschädigung vorgesehen werden.

Dem REIT steht dabei kein wirksames Mittel zur Verfügung, um die von ihm geforderte Aktionärsstruktur sicherzustellen. Die durch §§ 11 Abs. 5, 21 WpHG normierten Meldepflichten führen jedenfalls nur dazu, dass der REIT von einem Verstoß gegen die Aktionärsstruktur erfährt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der REIT die gesetzlich geforderte Aktionärsstruktur durch „zielgerichtete Investor Relations, Kapitalerhöhungen unter Ausschluss des Bezugsrechts¹⁴⁰ oder Road Shows bei Investoren“ sicherstellen könne.¹⁴¹ Die statuierten Sanktionen dienen deshalb dazu, dem REIT einen Anreiz zu geben, auf seine Aktionärsstruktur regulierend einzuwirken.¹⁴² Als rechtlich wirksame Alternative hierzu werden folgende Möglichkeiten diskutiert: Zunächst kann der REIT in seiner Satzung vorsehen, dass die Aktionäre, die durch ihren Aktienerwerb den Verstoß gegen die Aktionärsstruktur herbeigeführt haben, die den Verstoß begründenden Aktien weiterveräußern müssen.¹⁴³ Auch können Aktien zwangsweise nach § 237 Abs. 1 AktG eingezogen werden, wenn diese

¹³⁷ BT.-Drs. 16/4026, S. 22 (REIT-Gesetzentwurf).

¹³⁸ Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 11, Rdnr. 28.

¹³⁹ BT.-Drs. 16/4026, S. 22 (REIT-Gesetzentwurf).

¹⁴⁰ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 140.

¹⁴¹ BT.-Drs. 16/4026, S. 16 (REIT-Gesetzentwurf).

¹⁴² BT.-Drs. 16/4026, S. 16 (REIT-Gesetzentwurf).

¹⁴³ Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus, BB 2007, S. 1350.

Möglichkeit in der Gesellschaftssatzung vorgesehen ist.¹⁴⁴ Des Weiteren könnte durch Vinkulierung nach § 68 Abs. 2 AktG die Übertragung von Aktien grundsätzlich an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden.¹⁴⁵ Wirksame Mittel zur Einhaltung der geforderten Aktionärsstruktur sind dies jedoch nicht. Bedenklich sind diese Maßnahmen zunächst unter dem Gesichtspunkt des aktienrechtlichen Neutralitätsgebots, nach welchem die Gesellschaft gehalten ist, keinen Einfluss auf die Gesellschafter auszuüben.¹⁴⁶ Darüber hinaus bedeutet die Rückabwicklung von Anteilskäufen einen enormen Aufwand, nicht zuletzt finanzieller Natur. Erst recht gestaltet sich die Um- und Durchsetzung schwierig, wenn die Gesellschafter nicht gewillt sind, ihre Gesellschaftsanteile zu reduzieren oder die Gesellschafter weitere Aktien über die Börse frei erhältlich hinzuerwerben.¹⁴⁷ Auch die Ausgabe vinkulierter Aktien, an deren Übertragbarkeit das gesellschaftsrechtliche Erfordernis der Zustimmung geknüpft wurde, ist angesichts der Transaktionsvolumen als wirksame Begrenzung unpraktikabel.¹⁴⁸ Schließlich hängt die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung maßgeblich von der Attraktivität des Anlageprodukts ab sowie der situationsabhängigen Verfassung des Kapital- und Immobilienmarktes. Zudem sind sie nicht beliebig oft wiederholbar und stellen damit weder ein kurzfristiges noch sicheres Mittel dar.¹⁴⁹

Als wirksames Mittel könnten sich die unionsrechtlichen Grundfreiheiten erweisen. Die Höchstbeteiligungsquote untersagt den Erwerb von 10 Prozent oder mehr der REIT Anteile.¹⁵⁰ Durch die Streubesitzquote wird unter anderem ein Anteilswerb von mehr als 85 Prozent durch institutionelle Investoren untersagt,

¹⁴⁴ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 140; Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus, BB 2007, S. 1350.

¹⁴⁵ Klühs/Schmidtbleicher, ZIP 2006, S. 1808; Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 116; Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 11, Rdnr. 23; Quass/Becker, AG 2007, S. 430.

¹⁴⁶ Ziemons, BB 2007, S. 453; Schroeder, AG 2007, S. 533; Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 37.

¹⁴⁷ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 128.

¹⁴⁸ Teske/Stock/Küppers, DB 2005, S. 910.

¹⁴⁹ Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus, BB 2007, S. 1351.

¹⁵⁰ HSH Nordbank, Der German Real Estate Investment Trust (REIT) und der deutsche Immobilienmarkt, 2005, S. 29.

womit diese Beschränkungen gegen die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen können (§ 3 – 2.2.1. und § 3 – 2.2.3.).¹⁵¹

1.6. Mindestausschüttung der Gewinne

Die REIT-Aktiengesellschaft ist nach § 13 Abs. 1 REITG zur Ausschüttung von mindestens 90 Prozent des nach HGB berechneten ausschüttungsfähigen Gewinns, verringert um den Verlustvortrag des Vorjahres, bis zum Ende des folgenden Geschäftsjahrs verpflichtet.¹⁵² Diesbezüglich orientiert sich der deutsche REIT an den US- und UK-REITS.¹⁵³ Die hohe Ausschüttungsquote kompensiert die Körperschaftsteuerfreiheit auf Ebene der Gesellschaft und verhindert, dass die Gewinne des REIT ohne Steuerbelastung thesauriert werden.¹⁵⁴ Verstößt der REIT gegen seine Ausschüttungsverpflichtung, wonach er bis zum Ende des folgenden Wirtschaftsjahrs mindestens 90 Prozent des ausschüttungsfähigen Gewinns auszuschütten hat, so beträgt die Strafzahlung hierfür nach § 16 Abs. 5 REITG zwischen 20 und 30 Prozent der Differenz zwischen der vorgegebenen und tatsächlichen Quote. Durch die hohe Ausschüttungsquote wird ein Wachstum der Gesellschaft erheblich gehemmt und erschwert, so dass der Gesellschaft zwangsläufig eine eher vermögensverwaltende Funktion zukommt.¹⁵⁵ Schon dies allein, aber vor allem in Verbindung mit der Exit-Tax, die zunächst eine Bevorzugung inländischen Immobilienvermögens bewirkte und dem Verbot des Immobilienhandels, welches der Umschichtung von in- in ausländische Immobilien im Wege steht, stellt sich die Frage, ob aus der 90-prozentigen Mindestausschüttungsverpflichtung ein Marktzutrittshindernis zu

¹⁵¹ Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 52; Geurts, BB 2005, S. 914; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 130; ders., BB 2007, S. 2445; ders., SWI 2006, S. 509 f., der als Lösung vorschlägt, die Dividendenerträge zu Immobilienerträgen umzuqualifizieren, da Deutschland hier das Besteuerungsrecht zukommt; Pluskat, IStR 2006, S. 664; Schwarz, JZ 2008, S. 551; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 200 ff., 210; Hufeld, EWS 2008, S. 215; Kraft/Bron, IStR 2007, S. 145; zur Höchstbeteiligungsquote: Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 262; Hahn, ZGR 2006, S. 830; Gosch, IStR 2008, S. 415.

¹⁵² Die Berücksichtigung des Verlustvortrages des Vorjahres wurde durch das Jahressteuergesetz 2009 eingefügt.

¹⁵³ Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 938.

¹⁵⁴ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 149; Quass/Becker, AG 2007, S. 430.

¹⁵⁵ Amort/Blum, DStR 2009, S. 1776.

Lasten ausländischer Immobilienmärkte resultiert. Konsequenz wäre, dass die Mindestausschüttungsquote unionsrechtlich nicht zu halten wäre (§ 3 – 2.3.1.).

1.7. REIT-spezifische Rücklage

Immobilienveräußerungsgewinne sind bei REITs auf Anlegerebene grundsätzlich zu versteuern. Insoweit ist der REIT steuerrechtlich schlechter ausgestaltet als geschlossene Immobilienfonds, was sich gerade bei steuerorientierten Anlegern nachteilig auswirkt. Bei geschlossenen Immobilienfonds, die gesellschaftsrechtlich regelmäßig als Kommanditgesellschaft, also als Personengesellschaft ausgestaltet sind, sind Veräußerungsgewinne nach §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 2 EStG nach Ablauf der Zehnjahresfrist steuerfrei.¹⁵⁶ Diese Ungleichbehandlung ist nicht zu unterschätzen, da ein wesentlicher Teil der Rendite aus diesen Veräußerungsgewinnen stammt.¹⁵⁷ Damit die Veräußerungsgewinne nicht vollständig an die Anleger ausgeschüttet werden müssen, was zu einer schnellen Kapitalauszehrung des REIT führen würde, können Veräußerungsgewinne nach § 13 Abs. 3 REITG bis zur Hälfte und bis zu zwei Jahre in eine Rücklage zur Anschaffung von unbeweglichem Vermögen eingestellt werden. Die Einstellung von Veräußerungsgewinnen in die Rücklage nach § 13 Abs. 3 S. 1 REITG bedeutet unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der Rücklage eine unverzinsten Steuerstundung für die Aktionäre der REIT-Aktiengesellschaft.¹⁵⁸

Die Rücklagemöglichkeit ähnelt systematisch der Rücklagemöglichkeit des § 6 b EStG. Da diese bei steuerfreien REITs wegen § 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1 KStG nicht zur Anwendung gelangen kann, bedurfte es einer eigenständigen Regelung, um eine Rücklagemöglichkeit für REITs zu eröffnen.¹⁵⁹ Besonderheiten gelten bei der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen, welches bereits zu Beginn der Steuerbefreiung zum Betriebsvermögen der späteren REIT-AG gehört hat. Bei Beginn der Steuerbefreiung nach § 17 Abs. 1 REITG im Jahr der Börsen-

¹⁵⁶ Boutonnet/Loipfinger/Neumeier/Nickl/Richter, Geschlossene Immobilienfonds, 2004, S. 84.

¹⁵⁷ HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 8 f.

¹⁵⁸ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 28.

¹⁵⁹ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 128.

zulassung wird eine bislang steuerpflichtige AG erstmals von der Körperschaftsteuer befreit. Die Gesellschaft hat daher nach § 13 Abs. 1 KStG eine rein steuerliche Schlussbilanz aufzustellen, in der die jeweiligen Wirtschaftsgüter mit ihren Teilwerten anzusetzen sind, so dass es zur Aufdeckung und Besteuerung der bis dahin gebildeten stillen Reserven kommt. Diese bereits versteuerten stillen Reserven werden bei Bildung der Reinvestitionsrücklage nicht berücksichtigt. Es sollen vielmehr nur solche Veräußerungsgewinne zur Hälfte in die Rücklage eingestellt werden, die während der Zeit der Steuerbefreiung entstanden sind, d. h. die also tatsächlich von der REIT-AG durch die Veräußerung von Immobilien erzielt worden sind. Die Aufdeckung der stillen Reserven beim Übergang in die Steuerfreiheit erfolgt jedoch ausschließlich in der Steuerbilanz.¹⁶⁰

In der Handelsbilanz, auf welche bei Bildung der Rücklage und bei Ermittlung der Ausschüttungsverpflichtung abzustellen ist, werden hingegen die ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten fortgeführt. Bildet man im Falle der Veräußerung nun die Differenz zwischen dem Veräußerungspreis und den fortgeführten Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten in der Handelsbilanz, umfasst der Veräußerungsgewinn auch die bis zum Eintritt der Steuerbefreiung gebildeten stillen Reserven. Daher sieht § 13 Abs. 3 S. 3 REITG in derartigen Fällen eine Aufteilung des handelsrechtlichen Veräußerungsgewinns in einen Veräußerungsgewinn I und einen Veräußerungsgewinn II vor. Veräußerungsgewinn I ist die Differenz zwischen dem Buchwert in der Handelsbilanz und dem im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung vor dem Beginn der Steuerbefreiung für Grund und Boden oder das Gebäude angesetzten Wert, § 13 Abs. 3 S. 4 REITG. Der restliche Veräußerungsgewinn bildet nach § 13 Abs. 3 S. 5 REITG den Veräußerungsgewinn II. Für die Bildung der Rücklage und der damit verbundenen Berechnung der Ausschüttungsbeträge darf nach § 13 Abs. 3 S. 6 REITG ausschließlich der Veräußerungsgewinn II berücksichtigt werden.¹⁶¹

Durch diese Rücklagemöglichkeit erhalten REITs eine einmalige Vergünstigung. Andere Immobilienveräußerer haben nur die Möglichkeit, die Gewinne in eine Rücklage für Ersatzbeschaffung nach §§ 6 b, c EStG einzustellen. Vor diesem Hintergrund wurde bereits in der Stellungnahme des Bundesrates zum REIT-

¹⁶⁰ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1193.

¹⁶¹ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1193.

Gesetzentwurf die Frage aufgeworfen, ob dies eine unionsrechtlich zu notifizierende Beihilfe sei und „ob deshalb die Streichung dieser Vorschrift nicht sinnvoller sei“.¹⁶² Es handele sich um eine steuerfreie Rücklage, die nach den allgemeinen Regeln nicht gebildet werden könne. Zudem handele es sich um eine Ausnahmeregelung, die nur zugunsten von REITs bestehe. Außerdem bevorzuge sie einseitig die Direktanlage in unbewegliches Vermögen.¹⁶³ Damit sei die Branchenspezifität gegeben, so dass im Ergebnis eine Beihilfe vorliege.¹⁶⁴ Die Rücklage ist nicht im Beihilferegister¹⁶⁵ der EU aufgeführt, so dass eine Notifizierung unterblieben ist, womit die Frage verbleibt, ob diese Vergünstigung vor dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot Bestand hat (§ 3 – 2.5.8.).

1.8. (Straf-)Zahlungen und Statusentzug

Wie bereits dargestellt hat der REIT einer Vielzahl gesellschaftsrechtlicher Strukturvorgaben zu entsprechen. Verstöße hiergegen sind sanktionsbewehrt. An Sanktionen existiert zum einen die (Straf-)Zahlung und bei besonders gravierenden, schwerwiegenden oder nachhaltigen Verstößen entfällt der Status mit sofortiger Wirkung.

1.8.1. Die Zahlungen

Die (Straf-)Zahlungen sind gesetzlich geregelt in § 16 Abs. 3 bis 6 REITG. Die gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsmerkmale, die hiervon betroffen sind, wurden im Rahmen der Arbeit bereits dargestellt. Wie gezeigt, durchziehen diese sanktionsgleichen Zahlungstatbestände das REIT-Gesetz wie ein Webfaden.¹⁶⁶ Nach § 16 Abs. 3 S. 4 REITG, auf den jeweils der letzte Satz von § 16 Abs. 4 bis 6 REITG verweist, können die Strafzahlungen nebeneinander festgesetzt werden. Hinsichtlich der Höhe der konkret festzusetzenden Zahlung

¹⁶² BT.-Drs. 16/4026, S. 31 (Stellungnahme des Bundesrates).

¹⁶³ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 21.

¹⁶⁴ BT.-Drs. 16/4026, S. 31 (Stellungnahme des Bundesrates); Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 128; Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13 Fußnote 492.

¹⁶⁵ Abrufbar für die deutschen genehmigten Beihilfen unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/by_ms_deu.html

¹⁶⁶ Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus, BB 2007, S. 1346.

besteht Ermessen. Bei der Ermessensausübung ist nach § 16 Abs. 3 S. 3 REITG zu berücksichtigen, ob ein erstmaliger oder wiederholter Verstoß vorliegt. Der Gesetzgeber hat in den ersten Gesetzesentwürfen zum REITG zunächst von „Strafzahlungen“ gesprochen. Allerdings hat sich die Finanzverwaltung darauf besonnen, Strafen von anderen Behörden als dem veranlagenden Finanzamt anordnen zu lassen und sich insofern auf den neutraleren Begriff der „Zahlungen“ verständigt. Die Zahlungen stellen nämlich keine Sanktionen im Sinne des verfassungsrechtlichen Richtervorbehaltes für die Strafgewalt dar, weil mit ihnen kein strafrechtliches Unwerturteil ausgesprochen wird, dessen Überprüfung besonderer Verfahrensgarantien bedurft hätte.¹⁶⁷ Eine materielle Auswirkung ist dieser terminologischen Änderung allerdings nicht zu entnehmen.¹⁶⁸ Die Zahlungen stellen das vorrangige Sanktionsmittel dar, mittels dessen der REIT zur Einhaltung der an ihn gestellten gesellschaftsrechtlichen Anforderungen angehalten wird.¹⁶⁹

Vertreten wird, dass die Zahlungen wirtschaftlich einer partiellen bzw. verdeckten Besteuerung gleich kämen, da sie diese gleichsam ersetzen.¹⁷⁰ Soweit der REIT Zahlungen zu leisten hat, führe dies zu einer Durchbrechung der gewinntransparenten Behandlung des REIT auf Unternehmensebene.¹⁷¹ Das Aufkommen aus den Zahlungen teilen sich hälftig Bund und das Land, in welchem der REIT seinen Sitz hat, § 21 Abs. 1 S. 3 REITG. Eine weitere Durchbrechung der Belastungsfreiheit auf Gesellschaftsebene normiert § 21 Abs. 2 S. 3 REITG, wonach der REIT, trotz Steuerfreiheit, steuerliche Verspätungszuschläge nach § 152 AO zu leisten hat, soweit er die nach § 21 Abs. 2 S. 1 REITG geforderte Steuererklärung nicht abgibt. Die Zahlungsfestsetzungen sind nach § 21 Abs. 1 REITG mittels Einspruch und Klage anfechtbar (§§ 347 AO, 40 FGO). Soweit diese Zahlungen als Steuern qualifiziert werden könnten, läge möglicherweise keine vollständige Steuerbefreiung des REIT mehr vor, mit der Folge, dass die Mutter-Tochterrichtlinie Anwendung fände, so dass ausländische Anteilseigner, die die Rechtsform der Kapitalgesellschaft aufweisen, die Dividendenzahlungen gegebenenfalls ohne vorhergehenden Quellensteuerabzug

¹⁶⁷ Drüen in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 21, Rdnr. 2.

¹⁶⁸ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 159.

¹⁶⁹ Drüen in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 21, Rdnr. 2.

¹⁷⁰ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 658, 670; Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 7; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 339.

¹⁷¹ Drüen in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 21, Rdnr. 2.

vereinnahmen könnten (§ 3 – 3.11.3.).¹⁷²

1.8.2. Rechtsfolgen der Strafzahlungen und Statusentzug

Grundsätzlich hat der ein- oder zweimalige Verstoß gegen gesetzlich normierte Vorgaben des REIT-Gesetzes neben der eigentlichen Zahlung keinerlei weitere Konsequenz. Erst soweit der REIT wiederholt Zahlungen zu leisten hat, weil er die gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsmerkmale nachhaltig nicht aufzuweisen vermochte, verliert der REIT seinen Status. Diese Sanktion ist in § 18 Abs. 5 REITG geregelt. Nach § 18 Abs. 5 S. 1 REITG verliert der REIT seinen Status, wenn er in drei aufeinander folgenden Jahren wegen desselben Verstoßes Strafzahlungen entrichten musste. Nach Satz 2 tritt der Statusverlust auch für den Fall ein, dass er in fünf aufeinander folgenden Jahren irgendeine Strafzahlung zu begleichen hat. In Ausnahmefällen kann die Finanzbehörde nach Satz 3 unter höchstmöglicher Zahlungsfestsetzung bestimmen, dass von der Entziehung abzusehen ist. Von dieser Ausnahmemöglichkeit ist nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch restriktiv Gebrauch zu machen, etwa dann, wenn der REIT den Wegfall der Steuerbefreiung bewusst herbeigeführt hat oder nur geringfügige Verstöße vorliegen.¹⁷³ Im Übrigen wird in den Ermessenserwägungen zu berücksichtigen sein, ob die REIT-AG gegen gesetzlich normierte Vorgaben verstoßen hat, um hierdurch im grenzüberschreitenden Bereich zu wirtschaften. Da das grenzübergreifende Handeln unter dem besonderen Schutze der Grundfreiheiten steht, dürfte dies im Wege des Ermessens zu Gunsten des REIT dahingehend zu berücksichtigen sein, dass der Status vorerst nicht entzogen wird.

Der sofortige Statusverlust, ohne vorhergehende Strafzahlungen, ist in § 18 Abs. 1 u. 2 REITG geregelt. Nach Absatz 1 endet die Steuerfreiheit, sobald dieser die Börsenzulassung i.S.d. § 10 REITG verliert. Nach Absatz 2 hat der Verstoß gegen das Verbot des Immobilienhandels ebenfalls das sofortige Ende der Steuerfreiheit zu Folge.

¹⁷² Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 62 f; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 194, 340; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 29; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 104.

¹⁷³ BT.-Drs. 16/4026, S. 24 (REIT-Gesetzentwurf).

Der Statusverlust bedeutet, dass der REIT seine eigentliche, seine wesensbestimmende Existenz als steuerbefreite Gesellschaftsform verliert und nunmehr nach den allgemeinen aktienrechtlichen und körperschaftsteuerlichen Vorschriften zu behandeln ist. Die aus dem REITG resultierenden Einschränkungen entfallen ebenso wie aus dem Beihilfeverbot resultierende Haftungsrisiken. Die Mutter-Tochterrichtlinie kann zur Anwendung gelangen, ebenso wie die DBA-Privilegien. Weitere Folge ist, dass die gezogenen Exit-Tax-Vorteile auf Seiten der Grundstücksveräußerer rückwirkend entfallen. Für die entstehenden Steuernachforderungen haftet der REIT steuerrechtlich nach § 3 Nr. 70 letzter Satz EStG. Zudem kann eine zivilrechtliche Haftung in Betracht kommen.¹⁷⁴ Die aus dem Statusverlust resultierenden steuerlichen Konsequenzen werden in § 2 – 2.1.2. dargestellt

Nach dem Verlust der Steuerfreiheit ist nach § 17 Abs. 4 REITG eine erneute Befreiung für die Dauer von vier Jahren nicht möglich. Hintergrund dieser Ausschlussfrist ist, dass der REIT durch bewusst herbeigeführte Wechsel von Steuerpflicht und Steuerfreiheit keine missbräuchlichen Gestaltungsmöglichkeiten erhalten soll.¹⁷⁵ Aufgrund der weitreichenden Folgen, die den REIT bei Verstoß gegen die statuierten Strukturkriterien treffen, ist von fundamentaler Bedeutung, inwieweit diese europarechtskonform sind oder nicht. Nur soweit die durch das REITG statuierten Anforderungen europarechtskonform sind, ist die Sanktion zulässig. Denn das Wahrnehmen von wirtschaftlichen Möglichkeiten, welche durch den AEUV garantiert werden, darf grundsätzlich nicht der Sanktion unterliegen.

¹⁷⁴ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 164.

¹⁷⁵ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 342.

2. Besteuerungskonzeption

2.1. Steuerliche Behandlung der Gesellschaft

Der REIT-Status ist ein steuerprivilegierender Status, der von den allgemeinen Besteuerungsregeln abweicht und – zumindest bezogen auf die Unternehmensebene – eine erhebliche Vergünstigung darstellt.¹⁷⁶ Die steuerlich transparente Behandlung auf Unternehmensebene stellt den größten Vorteil des REIT dar, sichert diese doch Dividendenausschüttungen, die – bei gleichem Gewinn – zwangsläufig höher ausfallen als bei normalen Aktiengesellschaften.¹⁷⁷ Gleichzeitig sollte sichergestellt werden, dass sich kein beschränkt steuerpflichtiger Anteilseigner auf die Mutter-Tochterrichtlinie beruft.¹⁷⁸ Diese sieht Ausnahmen vom Quellensteuereinbehalt vor, soweit Dividenden an Muttergesellschaften ausgeschüttet werden. Ihre Umsetzung hat sie in § 43 b EStG erfahren.¹⁷⁹

Verfahrenstechnisch ist die REIT-AG gleichwohl verpflichtet, eine jährliche Steuererklärung abzugeben. Diese muss nach § 21 Abs. 2 REITG Angaben über die Voraussetzungen der Steuerbefreiung enthalten, wobei insbesondere Angaben über die Einhaltung der Vorgaben hinsichtlich der Zusammensetzung von Vermögen und Erträgen, über die Erfüllung der Mindestausschüttungsverpflichtung und über die Höhe des Eigenkapitals im Vergleich zum unbeweglichen Vermögen zu machen sind.¹⁸⁰

2.1.1. Grundsatz der Steuerfreiheit

Die REIT-AG ist nach § 16 Abs. 1 REITG von der Körperschaft- und Gewerbesteuer als auch dem Solidaritätszuschlag befreit. Die Steuerbefreiung beginnt mit der Börsennotierung der Gesellschaft und der Eintragung im Handelsregister, 17 Abs. 1 REITG. Eine Befreiung von Substanz- und Verkehrs-

¹⁷⁶ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 159.

¹⁷⁷ Knoflach/Körfggen in: Schäfer, REITs, 2007, S. 15; Kraft/Bron, IStR 2007, S. 133.

¹⁷⁸ BT.-Drs. 16/4026, S. 23 (REIT-Gesetzentwurf).

¹⁷⁹ Klühs/Schmidtbleicher, ZIP 2006, S. 1806.

¹⁸⁰ Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1195.

steuern, wie der Grund-, Grunderwerb- oder Umsatzsteuer, liegt dagegen nicht vor,¹⁸¹ was unionsrechtlich die Frage aufwirft, ob diese steuerrechtliche Vergünstigung, die nur eine ganz bestimmte Gesellschaftsvariante der Aktiengesellschaft von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit,¹⁸² vor dem Beihilfeverbot Bestand haben kann (§ 3 – 3.2.).¹⁸³

2.1.2. Steuerkonsequenzen bei Statusverlust und „Wegzugsbesteuerung“

Wenn der REIT nach § 18 REITG seinen Status verliert, so hat dies das Ende der Steuerfreiheit zur Konsequenz. Die nunmehr steuerpflichtige Aktiengesellschaft hat nach § 18 Abs. 6 REITG i.V.m. § 13 Abs. 2 KStG eine Anfangsbilanz zu erstellen, wobei ihr Vermögen mit den Werten auszuweisen ist, die sich ergäben, wenn die „REIT-AG“ ununterbrochen steuerpflichtig gewesen wäre. Da in dieser Zeit weitere Abschreibungen getätigt worden wären, ist eine Aufdeckung von stillen Reserven nicht zu erwarten. Eine besondere Steuerbelastung resultiert hieraus nicht.

Anders sieht dies hinsichtlich der nach § 13 Abs. 3 REITG gebildeten Rücklage aus. Diese ist nach § 18 Abs. 7 REITG im Falle des Statusentzugs gewinnerhöhend aufzulösen. Auch sind die Erträge, die nach § 13 Abs. 1 REITG nicht an die Anleger ausgeschüttet wurden und von der REIT-AG steuerfrei thesauriert wurden, im Falle des Statusentzugs bei der nunmehr steuerpflichtigen Immobilien-Aktiengesellschaft zu versteuern. Bilanztechnisch finden sich die über Jahre hinweg angesammelten, nicht ausgeschütteten und steuerfrei thesaurierten Beträge nach § 266 Abs. 3 A IV HGB im Bilanzposten „Gewinnvortrag“ wieder. Dieser „Gewinnvortrag“ resultiert aus den nicht ausgeschütteten Gewinnen der REIT-AG. Er baut sich entsprechend langsam auf,

¹⁸¹ Nawrath in: IDW, Chance für den Standort Deutschland, 2007, S. 44; HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 5; Korts, Stbg 2008, S. 97.

¹⁸² Spoerr in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Verfassungsrechtliche Analyse, Rdnr. 18.

¹⁸³ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 51; Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 56; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 160; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 114; Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 136, 157; Schwarz, JZ 2008, S. 552 f., zur verfassungsrechtlichen Problematik dieser Besserstellung.

kann allerdings nach Jahren oder gar Jahrzehnten einen erheblichen Betrag aufweisen. Verliert der REIT seinen Status, ist der Posten Gewinnvortrag vollständig nachzuversteuern. Nutznießer hiervon ist der Fiskus, der diese Auflösungsbeträge nach § 18 Abs. 7 REITG besteuern kann.

§ 18 Abs. 7 REITG regelt dem Wortlaut nach zwar nur die Fälle, in denen der REIT einmalig oder nachhaltig gegen bestimmte Strukturanforderungen verstößt. Gleichwohl hat auch eine Verlegung des Unternehmenssitzes ins europäische Ausland den Entzug des REIT-Status zur Konsequenz, da § 9 REITG normiert, dass eine REIT-AG sowohl ihren statuarischen als auch ihren tatsächlichen Sitz im Inland haben muss. Für den Fall, dass die REIT-AG ihren statuarischen oder tatsächlichen Sitz ins Ausland verlegt, hat dies damit nach § 18 Abs. 7 REITG analog die zwangsweise Auflösung der Rücklage zur Folge sowie deren Besteuerung. Auch die thesaurierten Gewinne unterliegen der Besteuerung, was für den REIT eine erhebliche Zahlungsbelastung und damit Liquiditätsverlust bedeutet. Ob diese „Wegzugsbesteuerung“ bei grenzüberschreitender Sitzverlegung nach den EuGH-Entscheidungen „Lasteyrie du Saillant“¹⁸⁴, „N“¹⁸⁵ und „Cartesio“¹⁸⁶ zulässig ist, wird in § 3 – 3.6. untersucht.

2.2. Beschränkte Steuerpflicht des REIT

Die in Deutschland geltende Steuerbefreiung endet an der Grenze des deutschen Hoheitsgebietes, da der ausländische Belegenheitsstaat des Grundstücks den deutschen steuerfreien REIT-Status nicht anerkennt.¹⁸⁷ Entsprechend der Vorschrift des § 2 Nr. 1 KStG werden deutsche REITs im Ausland als „ausländische“ Kapitalgesellschaften qualifiziert, für die keine Steuerfreistellung existiert.¹⁸⁸ Soweit der REIT Auslandsimmobilien hält, unterliegen die im Ausland erwirtschafteten Immobilienerträge damit der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob diese beschränkte Steuerpflicht vor der EuGH-Entscheidung „Stauffer“ Bestand haben kann (§ 3 –

¹⁸⁴ EuGH C 9/02 v. 11. 03. 04 – Lasteyrie du Saillant – Slg. I 2004, S. 2409.

¹⁸⁵ EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409.

¹⁸⁶ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121.

¹⁸⁷ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 152; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 60.

¹⁸⁸ Honebrink/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 277.

3.4.).¹⁸⁹ Weiterhin stellt sich die Frage, ob die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht zu einer „partiellen“ Anwendung der Mutter-Tochterrichtlinie, bezogen auf die im Ausland bereits versteuerten Erträge, führen kann (§ 3 – 3.11.2.).¹⁹⁰

2.3. Besteuerung inländischer Anteilseigner

Die Besteuerung von REIT-Erträgen differenziert danach, ob die Anteile von in- oder ausländischen REITs stammen, sowie danach, ob die Anteile im Privat- oder Betriebsvermögen gehalten werden. Zu Veränderungen ist es durch die Einführung der Abgeltungssteuer ab 2009 gekommen.

2.3.1. Erträge inländischer REITs

Die ausgeschütteten Gewinne des REIT werden ausschließlich auf Ebene der Gesellschafter versteuert, wobei es durch die Einführung des neuen § 19 a REITG im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 zu Veränderungen gekommen ist.¹⁹¹ Nunmehr wird differenziert, ob die zur Ausschüttung gelangenden Beträge schon einer vorhergehenden steuerlichen Belastung unterlegen haben oder nicht.

2.3.1.1. Erträge, die keiner vorhergehenden Steuerbelastung unterlegen haben

Die Ausschüttungen des deutschen REIT stammen überwiegend aus Vermietungseinkünften, die aus der Verpachtung von inländischem Betriebsvermögen stammen. Diese Erträge werden auf Gesellschaftsebene keiner Be-

¹⁸⁹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 70, 120; Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 54 f; Schultz/Thießen, DB 2006, S. 2147; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 210; Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 692 f; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 109; Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 38.

¹⁹⁰ Vgl. Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 119 f.

¹⁹¹ Korezkij, BB 2008, S. 1367; Bron, BB 2009, S. 84.

steuerung unterworfen und werden deshalb vollständig auf Anlegerebene versteuert. Das Teileinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 EStG findet damit keine Anwendung. Ebenso wird für Körperschaftsteuerpflichtige Anteilseigner die 95-prozentige Steuerfreistellung nach § 8 b Abs. 1 u. 5 KStG nach § 19 Abs. 3 REITG ausgeschlossen. Auf Anlegerebene werden die aus REIT-Dividenden oder aus Veräußerungsgewinnen stammenden Erträge somit vollständig versteuert.¹⁹² Die umfängliche Besteuerung auf Ebene der Gesellschafter ist damit unmittelbare Kompensation der Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene. Im Ergebnis gleicht die Besteuerung von REITs damit der Besteuerung von offenen und geschlossenen Investmentfonds, die ebenfalls nur auf Anlegerebene besteuert werden.¹⁹³ Vorteilhaft ist diese Regelung für diejenigen, bei denen die Steuerbelastung gering ist, etwa Geringverdiener, insbesondere dann, wenn die Einkünfte unter dem steuerfreien Existenzminimum liegen. Sie erhalten die Immobilienerträge, ohne dass diese vorher auf Gesellschaftsebene einer Besteuerung (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Solidaritätszuschlag ca. 40 Prozent bis VZ¹⁹⁴ 2007, ca. 30 Prozent ab VZ 2008) unterlegen haben und damit geschmälert wurden. Seit dem 01. 01. 2009 ist durch die Einführung der Abgeltungssteuer des § 32 d EStG für Privatanleger zu Veränderungen gekommen. Seitdem werden REIT-Dividenden für im Privatvermögen befindliche REIT-Aktien mit pauschal 25 Prozent besteuert, zzgl. Solidaritätszuschlag und eventueller Kirchensteuer. Durch die Abgeltungssteuer wird für Privatanleger aus einer anfangs weitgehend nur technischen Steuerbefreiung eine materielle Steuervergünstigung, ein „sehr positiv wirkendes“ – und damit beihilferechtlich problematisches – „Steuergeschenk“¹⁹⁵, von dem vor allem Anleger in hohen Progressionsstufen profitieren (§ 3 – 3.2.).¹⁹⁶

Soweit einbehaltene Kapitalertragsteuer mit der persönlichen Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer verrechnet wird, wurde die Frage aufgeworfen, ob sich in

¹⁹² Amort/Blum, DStR 2009, S. 1774.

¹⁹³ Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2329.

¹⁹⁴ Veranlagungszeitraum.

¹⁹⁵ Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 57; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 59; Amort/Blum, DStR 2009, S. 1776.

¹⁹⁶ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 351.

entsprechender Anwendung Erstattungsmöglichkeiten für beschränkt Steuerpflichtige eröffnen (§ 3 – 3.9.).¹⁹⁷

2.3.1.2. Erträge, die einer vorhergehenden Steuerbelastung unterlegen haben

Neben den steuerlich unbelasteten Ausschüttungsbeträgen gelangen auch steuerlich vorbelastete Erträge zur Ausschüttung. Zu nennen sind hier vor allem Erträge aus inländischen Dienstleistungstochtergesellschaften, Auslandsobjektgesellschaften und im Ausland gelegenen Immobilien. Diese Vermögen unterliegen einer selbständigen Besteuerung. Ohne die durch das Jahressteuergesetz 2009 eingefügte Vorschrift des § 19 a REITG würden diese vorversteuerten Beträge der erneuten Besteuerung auf Anlegerebene unterliegen, was auf eine Doppelbesteuerung hinausläufe. Diese steuerliche Doppelbelastung, der „erdrosselnde“ Wirkung zugeschrieben wurde, stand im Mittelpunkt einer regen Kritik.¹⁹⁸ § 19 a Abs. 1 S. 1 REITG normiert deshalb, dass abweichend von § 19 Abs. 3 REITG die §§ 3 Nr. 40 und 3 c Abs. 2 EStG sowie § 8 b KStG zur Anwendung kommen, soweit die ausgeschütteten Gewinne einer gewissen steuerlichen Vorbelastung unterlegen haben. Insbesondere für anteilshaltende Kapitalgesellschaften bringt die Berücksichtigung einen spürbaren Vorteil. Die vorbelasteten Dividenden unterliegen nach § 8 b KStG nun noch zu 5 % und nicht mehr zu 100 % der Körperschaftsteuer.¹⁹⁹ Die steuerliche Vorbelastung muss nach § 19 a Abs. 2 REITG mindestens 15 Prozent deutsche Einkommensteuer betragen haben, bzw. einer vergleichbaren ausländischen Steuer unterlegen haben. Steuerliche Vorbelastungen werden somit berücksichtigt, soweit sie mindestens 15 Prozent betragen haben.²⁰⁰ Liegt die steuerliche Vorbelastung darunter, also unter dem „deutschen“ Körperschaftsteuersatz, bleibt sie unberücksichtigt.

In anderen Mitgliedstaaten kann der Körperschaftsteuersatz weniger als 15 Prozent betragen. Betroffen hiervon wären vor allem die Auslandsobjekt-

¹⁹⁷ Bron, BB-Special 2007, S. 23; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 193, 405.

¹⁹⁸ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 716, 726; Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 19, Rdnr. 24; Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 48.

¹⁹⁹ Korezkij, BB 2008, S. 1367.

²⁰⁰ Korezkij, BB 2008, S. 1367; Gemmel/Kaiser, DStR 2009, S. 1348.

gesellschaften, wenn diese im EU-Ausland steuerpflichtig ist. Auch ist denkbar, dass der deutsche REIT hinsichtlich seines im Ausland belegenen Immobilienvermögens einer Besteuerung unterliegt, die weniger als 15 Prozent ausmacht. Soweit die im Ausland erfolgte Vorversteuerung unterhalb der 15-Prozentschwelle liegt, stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob auch diese Einkunftsteile auf Anlegerebene nach §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG begünstigt werden müssen. Denn üblicherweise ist für die Anwendung von § 8 b KStG oder § 3 Nr. 40 EStG (die auch bei ausländischen Dividenden ausländischer Gesellschaften greifen) nicht erforderlich, dass die Dividenden einer besonderen steuerlichen Vorbelastung auf Ebene der Gesellschaft unterlegen haben. Ob es unionsrechtlich geboten ist, die §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG auch für solche steuerlich vorbelasteten Dividendenteile zur Anwendung gelangen zu lassen, die einer geringeren steuerlichen Vorbelastung unterlegen haben, wird in § 3 – 3.9. untersucht.

Zur Anwendung kommt die Vorschrift des § 19 a REITG indes nur für solche Dividenden, die auf Anlegerebene der betrieblichen Sphäre zugeordnet sind. Privatanleger profitieren von der Berücksichtigung der Vorbelastung nur im Jahr 2008, da ab 2009 die 25-prozentige Abgeltungssteuer, unabhängig von einer Vorbelastung gilt.²⁰¹ Der Abgeltungssteuer unterliegen die gesamten REIT-Dividenden, gleich ob sie einer steuerlichen Vorbelastung unterlegen haben oder nicht. Soweit die Abgeltungssteuer greift, ist die Differenzierung damit ohne Bedeutung.²⁰²

Weiterhin ist von Bedeutung, dass nach § 19 a Abs. 2 S. 4 REITG Dividendenausschüttungen der Dienstleistungstochter auf Ebene der REIT-Anleger nur dann nach §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG begünstigt werden, wenn die Gewinne der REIT-Dienstleistungsgesellschaft noch im Folgejahr ausgeschüttet werden.²⁰³ Damit wird die REIT-AG allein aus steuerrechtlichen Gründen darauf drängen, dass die Dienstleistungstochter, deren sämtliche Anteile durch den REIT gehalten werden, ihren Gewinn vollständig ausschüttet. Ein selbständiges Wachstum ist der Dienstleistungstochter damit nicht mehr möglich. Soweit sich diese Restriktion zu einem Marktzugangshindernis zu Lasten ausländischer

²⁰¹ Balmes/Claßen, FR 2009, S. 459; Bron, BB 2009, S. 85.

²⁰² Korezkij, BB 2008, S. 1367.

²⁰³ Gemmel/Kaiser, DStR 2009, S. 1348.

Märkte entwickelt, stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob diese Vollausschüttungsverpflichtung unionsrechtskonform ist oder nicht (§ 3 – 2.3.2.).

2.3.2. Erträge ausländischer REITs

Erträge von ausländischen REITs werden nach § 19 Abs. 1 u. 5 REITG „aus Gründen der Chancengleichheit“²⁰⁴ genauso behandelt wie Erträge deutscher REITs, auf Anlegerebene also vollständig besteuert. Nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 5 REITG sind ausländische REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen als ausländische REITs zu qualifizieren, soweit deren Bruttovermögen zu mehr als zwei Dritteln aus Immobilien besteht. Ausländische REITs müssen damit deutlich geringere Anforderungen erfüllen als inländische REITs.²⁰⁵ Aufgrund der vollständigen Steuerbefreiung der Gewinne auf REIT-Ebene ist die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8 b KStG nach Ansicht des Gesetzgebers sachlich nicht gerechtfertigt. Die Beibehaltung dieser Steuerfreistellungen hätte einen Wettbewerbsnachteil zu Lasten deutscher REIT-Dividenden bedeutet. Denn diese unterliegen einer vollständigen Besteuerung.²⁰⁶

Vertreten wird, dass die Folge jedoch keine Gleich- sondern Ungleichbehandlung sei.²⁰⁷ So ist denkbar, dass einer inländischen Gesellschaft der REIT-Status aufgrund der vielfältigen Anforderungen nicht gewährt wird, so dass Anleger, bei isolierter Betrachtung, in den Genuss des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG kommen oder die Dividenden nach § 8 b KStG zu 95 Prozent steuerfrei gestellt werden. Anders ist dies hingegen bei vergleichbaren ausländischen Gesellschaften, die aufgrund des weiten Verständnisses als REIT qualifiziert würden. Bei diesen unterlägen die Einkünfte vollständig der Besteuerung. Soweit sich diese steuerliche Schlechterstellung (isolierte Betrachtung) als unionsrechtswidrig darstellt, hätten Anleger die Möglichkeit, über Unionsrecht in den Genuss des Teileinkünfteverfahrens und des steuerlichen Vorteils aus § 8 b KStG zu kommen, soweit die ausländische

²⁰⁴ BT.-Drs. 16/4026, S. 24 (REIT-Gesetzentwurf).

²⁰⁵ Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 19, Rdnr. 35; Bron, BB-Special 2007, S. 22.

²⁰⁶ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 157.

²⁰⁷ Ebner, NWB 2007, S. 14545.

REIT-Gesellschaft die Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes nicht vollständig erfüllt.²⁰⁸ Nach Einführung der Abgeltungssteuer hat sich dieses Problem entschärft. Da die Dividenden von im Privatvermögen befindlichen REIT-Anteilen nunmehr alle dem Abgeltungssteuersatz unterworfen werden, trifft die steuerliche Ungleichbehandlung nur noch im Betriebsvermögen befindliche Anteile.

Auch im Hinblick auf die Besteuerung ausländischer REITs ist es durch die nachträglich eingefügte Vorschrift des § 19 a REITG zu Änderungen gekommen. Soweit die von ausländischen REITs ausgeschütteten Erträge zu mindestens 15 Prozent einer vorhergehenden Besteuerung unterlegen haben, sind auch diese Erträge auf Anlegerebene nach §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG begünstigt.

Nach der EuGH-Entscheidung „Columbus Container“ (EuGH C 298/05 v. 06. 12. 07, Slg. I 2007, S. 10451) stand fest, dass es unionsrechtlich zulässig ist, per Treaty Override die in einem Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Freistellungsmethode durch die fiskalisch günstigere Anrechnungsmethode zu ersetzen. Das Ersetzen der Freistellungs- durch die Anrechnungsmethode wird auch als „unilaterales switch-over“ bezeichnet.²⁰⁹ Diese Möglichkeit nutzend, wurde durch das Jahressteuergesetz 2009 die Vorschrift des § 19 Abs. 6 REITG angefügt, die für Gesellschaften im Hinblick auf Gewinne und Dividenden, die nach dem 31. 12. 2008 zufließen, zwingend und entgegen etwaigen DBA-rechtlichen Vereinbarungen die Anrechnungsmethode vorsieht.²¹⁰ Hintergrund ist, dass ausländische REITs gegebenenfalls keine Höchstbeteiligungsquote aufweisen. Dann kann es sein, dass deutsche Anleger im Ausland aufgrund von DBA-Schachtelprivilegien im Ausland kaum besteuert werden. Da es als ungerecht empfunden wird, wenn in Deutschland abermals keine Steuern gezahlt werden, wurde in § 19 Abs. 6 REITG eine entsprechende switch-over-Klausel in das REITG aufgenommen.²¹¹ Damit sind Gewinne und Dividenden

²⁰⁸ Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 45; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 348 f; ders., BB-Special 2007, S. 22; Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 809; Helios in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 16, Rdnr. 4; Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 161.

²⁰⁹ Cloer/Lavrelashvili/Biebl, SWI 2007, S. 359; Balmes/Claßen, FR 2009, S. 458.

²¹⁰ Balmes/Claßen, FR 2009, S. 458; Bron, BB 2009, S. 84 f.

²¹¹ Gemmel/Kaiser, DStR 2009, S. 1349.

ausländischer REITs in Deutschland nunmehr vollständig und ungeachtet etwaiger Doppelbesteuerungsabkommen steuerpflichtig. Jedoch können die ausländischen Steuern, sofern sie tatsächlich angefallen sind, auf die deutsche Steuerschuld angerechnet werden.²¹²

2.4. Besteuerung ausländischer Anteilsinhaber (Treaty Override)

2.4.1. Gesetzliche Ausgangslage

Für nicht in Deutschland ansässige Aktionäre entfaltet die Kapitalertragsteuer nach § 50 Abs. 2 S. 1 EStG grundsätzlich Abgeltungswirkung.²¹³ Unionsrechtlich wurde problematisiert, ob der Kapitalertragsteuereinbehalt die Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie zur Anwendung haben könne (§ 3 – 3.11.1.).²¹⁴

Soweit Doppelbesteuerungsabkommen zugunsten ausländischer Anteilsinhaber hiervon abweichend einen geringeren Quellensteuereinbehalt vorsehen, besteht für beschränkt Steuerpflichtige die Möglichkeit, sich die zuviel gezahlte Quellensteuer nach §§ 20 Abs. 4 S. 1 REITG, 50 d Abs. 1 EStG vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten zu lassen.²¹⁵ Denn nach § 2 AO gehen die DBA-rechtlichen Bestimmungen dem allgemeinen Steuerrecht vor. Die DBA statuieren dabei regelmäßig einen geringeren deutschen Quellensteuereinbehalt. Die reduzierte Quellensteuerbelastung wird dadurch geschaffen, dass zunächst 25 Prozent Quellensteuer einbehalten werden und sich der beschränkt Steuerpflichtige die „zu viel gezahlte“ Quellensteuer vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten lassen kann.

Aufgrund der Steuerfreiheit des REIT, verbunden mit der hohen Mindestausschüttung und der vollständigen Besteuerung der REIT-Dividenden auf Anlegerebene, dürfte es gerade für deutsche Investoren in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft interessant sein, die REIT-Dividenden über ausländische, Zwischengesellschaften zu beziehen. Denn die Dividenden der ausländischen

²¹² Balmes/Claßen, FR 2009, S. 458.

²¹³ Korts, Stbg 2008, S. 103.

²¹⁴ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 152, wobei der Verfasser auf S. 158 die Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie wie selbstverständlich verneint.

²¹⁵ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 158; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 121; Korts, Stbg 2008, S. 103.

Zwischengesellschaft können von der deutschen Kapitalgesellschaft nach § 8 b Abs. 1 KStG vollständig steuerfrei bezogen werden. Wenn nun die deutsche effektive Quellensteuer und die im Ausland effektiv zu zahlende Steuer unter dem deutschen Besteuerungsniveau liegt, dann liegt die Gefahr bei REIT-Dividenden besonders nahe, dass versucht wird, den deutschen Quellensteuereinbehalt über sogenannte Treaty-Shopping-Gestaltungen zu minimieren.²¹⁶

Um gerade diese Gestaltungen zu unterbinden, beinhaltet § 50 d Abs. 3 EStG Ausnahmen von der Erstattungsmöglichkeit des § 50 d Abs. 1 EStG. Im Wesentlichen können sich ausländische „Zwischengesellschaften“ hiernach nicht auf das zu ihren Gunsten geltende DBA berufen, so dass die Erstattungsfähigkeit für entgegen dem DBA zuviel gezahlte Quellensteuer entfällt. Es handelt sich um eine „Missbrauchsklausel zu Lasten ausländischer Zwischengesellschaften“, bei der ungewiss ist, ob das hierin niedergelegte Missbrauchsverständnis dem engen Missbrauchsverständnis des EuGH entspricht.²¹⁷ Die Europarechtskonformität von § 50 d Abs. 3 EStG wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht untersucht, da die Problematik REITs eher am Rande berührt und überwiegend steuerrechtlicher Natur ist.

2.4.2. Die durch Doppelbesteuerungsabkommen entstehende Problematik

Nach § 50 Abs. 2, § 43 a Abs. 1 Nr. 1 EStG beträgt die Steuer für beschränkt Steuerpflichtige grundsätzlich 25 Prozent und ist damit relativ hoch. Die DBA sehen daher hiervon abweichend regelmäßig eine niedrigere Quellensteuer vor. Die Höhe variiert oftmals nach der Höhe des Anteilsbesitzes. Je höher die Beteiligung an der deutschen Kapitalgesellschaft, desto niedriger ist der Quellensteuereinbehalt. Zu einer Reduktion kann es (je nach DBA) ab einer Beteiligung von 10 oder 15 Prozent kommen. Diese quellensteuerreduzierenden Beteiligungen werden auch als schachtelprivilegierte Beteiligungen bezeichnet (Schachtelprivileg). Die Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs

²¹⁶ Volckens in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 117 f.

²¹⁷ Vgl. Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 747; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 37 ff; Volckens in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 118; Gosch, IStR 2008, S. 415; Kempf/Bandl, DB 2007, S. 1381; Brombach-Krüger, Ubg 2008, S. 324.

würde Deutschland aus fiskalischer Sicht in eine prekäre Lage bringen: Bei wesentlicher Beteiligung eines ausländischen Gesellschafters an einer REIT-Aktiengesellschaft dürfte die Finanzverwaltung keine oder nur eine sehr geringe Quellensteuer erheben bzw. müsste diese auf Antrag erstatten, was mit fiskalischen Interessen unvereinbar wäre.²¹⁸ Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers sollen Schachtelprivilegien bei steuerfreien REITs daher nicht zur Anwendung gelangen. Diesem Ziel dient zunächst die bereits dargestellte Höchstbeteiligungsquote. Da allerdings ungewiss ist, ob diese vor den unionsrechtlichen Grundfreiheiten Bestand hat, wird der deutsche Quellensteueranspruch zusätzlich durch zwei Treaty Overrides gesichert. Normiert sind sie in § 16 Abs. 2 und § 20 Abs. 4 S. 2 REITG, wobei nicht ersichtlich ist, warum diese beiden Vorschriften auseinandergezogen wurden.²¹⁹ Das Treaty Override versagt die Inanspruchnahme von DBA-Schachtelprivilegien. Diese Privilegien wurden von Deutschland freiverantwortlich zu Zeiten ausgehandelt, in denen noch niemand an die Einführung steuerbefreiter Kapitalgesellschaften dachte. Sie ermöglichen die Erstattung von deutscher Quellensteuer, soweit ausländische Investoren eine qualifizierte Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft halten. Anstatt die geschlossenen Verträge zeitraubend nachzuverhandeln oder sich an die geschlossene Vereinbarung zu halten, sichert sich der Gesetzgeber sein Besteuerungsrecht per Treaty Override. Nach § 16 Abs. 2 und § 20 Abs. 4 S. 2 REITG kann ein Anteilseigner, der gegen die Anlegerhöchstbeteiligungsquote verstößt, aus seinem Anteil steuerrechtlich nur die Rechte geltend machen, die ihm zustehen würden, wenn er zu weniger als 10 Prozent am REIT beteiligt wäre. Die Besteuerung wird danach mit dem deutschen Quellensteuersatz vorgenommen, den das DBA vorsieht, wenn der Gesellschafter zu weniger als 10 Prozent beteiligt wäre.²²⁰ Das Treaty Override dient damit, auch bei Einmalbesteuerung der erwirtschafteten Gewinne, der Sicherung der fiskalischen Einnahmenerzielung.²²¹

Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob das völkerrechtswidrige Umgehen von Doppelbesteuerungsabkommen, vorliegend problematisch im Hinblick auf § 16 Abs. 2 und 20 Abs. 4 S. 2 REITG, mittels Treaty Override zu beanstanden ist

²¹⁸ Gröpl, DStZ 2008, S. 66 f.

²¹⁹ Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 20, Rdnr. 1.

²²⁰ Schacht/Gänsler, IStR 2007, S. 104.

²²¹ Ahmann, DStZ 2005, S. 80; Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1191.

(§ 3 – 3.8.).²²²

2.5. Beschränkte Steuerpflicht ausländischer REITs

Beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften haben nach dem REITG nicht die Möglichkeit, die Steuerfreiheit gemäß § 16 Abs. 1 REITG zu erlangen, selbst wenn sie die Voraussetzungen der §§ 8 bis 15 REITG erfüllen. Sie haben weder ihren satzungsmäßigen noch ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland. Kämen auch diese Gesellschaften bezüglich ihrer inländischen Einkünfte in den Genuss des steuerfreien REIT-Status, könnten auf die von diesen erwirtschaftete inländische Einkünfte weder auf Ebene der Gesellschaft noch auf Ebene des Aktionärs deutsche Ertragsteuern erhoben werden. Vor diesem steuerlichen Hintergrund hat der Gesetzgeber den REIT-Status auf unbeschränkt steuerpflichtige Aktiengesellschaften beschränkt.²²³ Steuerlich betroffen sind die erwirtschafteten Erträge, also vor allem Mieteinnahmen, aber auch Gewinne bei Immobilienveräußerungen. Diese Einnahmen sind bei ausländischen REITs nach § 2 Nr. 1, § 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) EStG steuerpflichtig, soweit der ausländische REIT in Deutschland über eine Betriebsstätte i.S.d. § 12 AO oder einen ständigen Vertreter i.S.d. 13 AO verfügt. Soweit der ausländische REIT weder über eine inländische Betriebsstätte noch über einen ständigen Vertreter verfügt, so sind seine inländischen Mieteinkünfte aufgrund der isolierenden Betrachtungsweise des § 49 Abs. 2 EStG nach § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG steuerbar. Veräußerungserlöse sind nach Maßgabe §§ 49 Abs. 1 Nr. 8 Buchst. a), 22 Nr. 2, 23, 49 Abs. 2 EStG, § 2 Nr. 1, §§ 7 Abs. 1 und 8 Abs. 1 KStG steuerbar. Nach der EuGH-Entscheidung „Stauffer“ könnte es unionsrechtlich geboten sein, ausländische REITs von dieser beschränkten Steuerpflicht auszunehmen (§ 3 – 3.4.).²²⁴

²²² Busching/Trompeter, IStR 2005, S. 513 f; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 226, 233; Kempf/Bandl, DB 2007, S. 1379; Lüdicke, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 36; Korts, Stbg 2008, S. 100; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 161, 165; Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 20, Rdnr. 9, 12; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 55; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 100; Brombach-Krüger, Ubg 2008, S. 324; Wimpissinger, SWI 2006, S. 562 f.

²²³ Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 149.

²²⁴ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 90; Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 13; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 210; Schwarz, JZ 2008, S. 553;

3. Die „Exit-Tax“ – steuervergünstigte Immobilienveräußerungsmöglichkeit an REITs oder Vor-REITs (bis 31. 12. 2009)

Die Regelungen zur mittlerweile ausgelaufenen „Exit-Tax“ wurden nicht im REITG, sondern ortsfremd und systematisch korrekt in § 3 Nr. 70 EStG niedergelegt. Hiernach wurden in Betriebsimmobilien ruhende stille Reserven, soweit diese bei der Veräußerung an einen REIT oder Vor-REIT realisiert wurden, aber auch im Umwandlungsfalle, nur zur Hälfte besteuert. Die steuerliche Begünstigung bei Übertragung von betrieblichen Immobilien auf einen REIT oder Vor-REIT sollte die Markteinführung des REIT sichern. Durch sie wurde der Verkauf von Immobilien an einen REIT oder Vor-REIT wirtschaftlich besonders attraktiv. Eine bevorzugte Behandlung hinsichtlich der Grunderwerbsteuer existiert nicht. Man ging davon aus, dass eine Exit-Tax-Regelung erforderlich sei, um den schnellen Aufbau eines börsennotierten REIT-Sektors erreichen zu können.²²⁵ Nur durch die Exit-Tax werde sichergestellt, dass Unternehmen ihr unbewegliches Vermögen auf einen REIT übertragen und so adäquate Immobilien in ausreichender Anzahl zur Verfügung stellen. Nur so könne rasch eine hinreichende Marktbreite geschaffen werden.²²⁶ REITs und Vor-REITs müssen im Verhältnis zu anderen Immobilienerwerbern damit weniger zahlen, damit der Veräußerer, was den Kaufpreis nach Steuern anbelangt, mehr erhält. Durch die Exit-Tax sollten deutsche Unternehmen die Möglichkeit erhalten, ihre finanzielle Eigenkapitalbasis steuerschonend zu verbessern, um die so freigesetzten Mittel renditebringend in ihr Kerngeschäft zu investieren.

3.1. Die Exit-Tax aus steuersystematischer Sicht

Steuersystematisch stellt die Exit-Tax eine Lenkungssteuer dar. Entgegen dem steuerlichen Leistungsfähigkeitsprinzip wird ein Vermögenszuwachs auf Ebene

Hufeld, EWS 2008, S. 218; Maas, REITs in Deutschland, 2008, S. 20; Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 150; Lüdicke, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 128.

²²⁵ Betsch/Bender, Neue offene Immobilienfonds und Real Estate Investment Trusts in Deutschland, 2006, S. 134.

²²⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 17 (REIT-Gesetzentwurf).

des Steuerpflichtigen nur hälftig besteuert, soweit dieser aus der Immobilienveräußerung an einen REIT resultiert. Damit reizt die Lenkungssteuer in besonders deutlicher Weise zur Befolgung eines nahegelegten Verhaltens, weil der Lohn für das plangemäße Handeln eine direkte Freiheitserweiterung im vermögensrechtlichen Bereich ist.²²⁷ Das lenkungssteuerkonforme Verhalten des Bürgers wird damit erkaufte, da dem Steuerbürger eine bestimmte Entscheidung mit dem Macht- und Gestaltungsmittel des Geldes entgolten wird.²²⁸ Zusätzlich erscheint der Steuervorteil dem Bürger als Entgelt für eine besondere, im öffentlichen Interesse liegende Leistung.²²⁹

3.2. Gesetzliche Regelung

Die deutsche Exit-Tax orientiert sich an der französischen Exit-Tax, die ebenfalls der Implementierung des REIT diene. In Frankreich wurden die aufgedeckten stillen Reserven ermäßigt mit pauschal 16,5 Prozent besteuert.²³⁰ Neben Frankreich werden Immobilienveräußerungen an REITs in Belgien und England ermäßigt besteuert.²³¹ Die deutsche Exit-Tax findet ihren Ursprung in Art. 2 des Gesetzes zur Schaffung der deutschen Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen und wurde in § 3 Nr. 70 EStG umgesetzt.

Stille Reserven in Immobilien, die am 01. Januar 2007 mindestens fünf Jahre Teil eines inländischen Betriebsvermögens des Steuerpflichtigen waren, werden nach § 3 Nr. 70 S. 1 Buchst. a) EStG im Fall einer Veräußerung an einen deutschen REIT oder einen Vor-REIT nur zur Hälfte besteuert. Die Immobilienveräußerung an einen ausländischen REIT ist nicht exit-tax-begünstigt, was unionsrechtlich problematisch ist (§ 3 – 3.3.2.). Eine eigenständige Exit-Tax-Regelung greift nach § 3 Nr. 70 S. 1 Buchst. b) EStG, wenn eine Gesellschaft sich in den REIT-Status umwandelt. Die Veräußerung privater Immobilien ist

²²⁷ Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 6, 219, 220, 306.

²²⁸ Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 219, 306.

²²⁹ Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 233.

²³⁰ Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2329; Kater in: Schäfer, REITs, 2007, S. 61; Wewel in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Einf., Rdnr. 21.

²³¹ Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Vor §§ 3 Nr. 70, 3c EStG, Rdnr. 2.

nicht steuerbegünstigt.²³²

Folgerichtige Konsequenz der nur hälftigen Besteuerung sind Änderungen in § 3 c EStG. Durch diese wird sichergestellt, dass Betriebsausgaben, die im Zusammenhang, mit der Grundstücksveräußerung anfallen, steuerlich nur zur Hälfte in Abzug gebracht werden können.²³³

3.3. Ausschluss und Entfall der Exit-Tax

Zur Vermeidung von Missbräuchen und ungerechtfertigten Steuervorteilen ist ein Wegfall oder der Ausschluss des Exit-Tax-Vorteils in § 3 Nr. 70 S. 2 u. 3 EStG vorgesehen.²³⁴ So kommt die Exit-Tax nach § 3 Nr. 70 S. 2 Buchst. a) EStG nicht bei Betriebsaufgaben oder Betriebsveräußerungen zur Anwendung, bei denen der Gewinn nach § 34 EStG ermäßigt besteuert wurde. Weiterhin wird die Exit-Tax nach § 3 Nr. 70 S. 2 Buchst. b) EStG nicht gewährt, soweit der Veräußerer die Veräußerungsgewinne in eine Rücklage für Ersatzbeschaffung nach §§ 6 b, c EStG eingestellt hat. Der Veräußerer hat damit die Möglichkeit, die für ihn günstigere Variante zu wählen. Auch wird die Exit-Tax nach § 3 Nr. 70 S. 2 Buchst. c) EStG nicht gewährt, wenn zuvor eine Teilwertabschreibung geltend gemacht wurde und diese durch eine Wertaufholung nicht ausgeglichen wurde. Rückwirkend entfällt der Exit-Tax-Vorteil nach § 3 Nr. 70 S. 3 Buchst. e) EStG, wenn der Vor-REIT nach § 2 S. 4 REITG seinen Vor-REIT-Status verliert.

Unionsrechtlich bedeutsam ist jedoch der Verlust nach § 3 Nr. 70 S. 4 EStG. Hiernach entfällt der Exit-Tax-Vorteil, wenn der REIT die Immobilien an den Veräußerer oder eine ihm nahe stehende Person überlässt und der Veräußerer oder eine ihm nahe stehende Person nach Ablauf einer Übergangsfrist von zwei Jahren seit Eintragung des Erwerbers als REIT in das Handelsregister an dieser mittelbar oder unmittelbar zu mehr als 50 Prozent beteiligt ist. Erwerber kann

²³² FAZ v. 29. 05. 2007, S. 22 – Das Gesetz über Reits enthält noch bedauernde Hemmnisse; Hartrott, DStZ 2007, S. 250.

²³³ Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Vor §§ 3 Nr. 70, 3c EStG, Rdnr. 6.

²³⁴ Die nachfolgende Aufzählung hat nur exemplarischen Charakter.

dabei der REIT, aber auch der Vor-REIT sein.²³⁵ Der Veräußerer muss damit innerhalb von zwei Jahren seine beherrschende Stellung aufgeben.²³⁶ Abzustellen ist auf Zeit- und nicht auf Wirtschaftsjahre.²³⁷ Der Gesetzgeber wollte durch diese Regelung rein steuerlich motivierte Gestaltungen vermeiden, wonach Betriebsimmobilien zunächst exit-tax-begünstigt veräußert werden und der Veräußerer dann im Rahmen einer Sale-and-Lease-Back-Gestaltung seine als Betriebsausgaben abzugsfähigen Mietzahlungen über REITs als Einkünfte aus Kapitalvermögen zurückerhält, ohne dass diese zuvor zumindest einer Besteuerung auf Gesellschaftsebene unterlägen hätten. Sale-and-Lease-Back soll nur dann von der Exit-Tax begünstigt werden, wenn der Veräußerer mittelfristig seine Beteiligung an dem Erwerber zurückführt,²³⁸ sein „wirtschaftliches Eigentum“ damit aufgibt und zur Mobilisierung des Immobilienmarktes beiträgt.²³⁹ Hierdurch tritt auch der Charakter des REIT als Kapitalmarktprodukt weiter in den Vordergrund.²⁴⁰ Die Vorschrift tritt neben die allgemeine Höchstbeteiligungsquote und unterstreicht den Willen des Gesetzgebers, entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Auf keinen Fall soll die reine Nutzung von Sale-and-Lease-Back-Konstruktionen gefördert werden, sondern nur die Möglichkeit, Immobilienbesitz zu mobilisieren und die freiwerdenden Mittel in das Kerngeschäft zu investieren.²⁴¹ Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob die Exit-Tax entfallen darf, soweit ein ausländisches Unternehmen sein inländisches Betriebsvermögen zunächst exit-tax-begünstigt auf einen REIT überträgt und dann über zwei Jahre hinaus eine fünfzigprozentige oder darüber hinausgehende Beteiligung an ihm hält. Fraglich ist damit, ob das nachhaltige REIT-Investment derartig sanktioniert werden darf (§ 3 – 2.2.2.).

3.4. Haftung für Exit-Tax-Vorteile

Nach § 3 Nr. 70 letzter Satz EStG haftet der REIT steuerlich für die bei seinen

²³⁵ Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 98.

²³⁶ Korezkij, BB 2007, S. 1703.

²³⁷ Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 102.

²³⁸ Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 95.

²³⁹ Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Steuerfreie Einnahmen § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 27.

²⁴⁰ Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Steuerfreie Einnahmen § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 1.

²⁴¹ Lieber/Schönfeld, IStR 2006, S. 126.

Immobilienkäufen in Anspruch genommene Exit-Tax-Vergünstigung, wenn er seinen Steuerstatus verliert. Von der steuerlichen Haftung ist die zivilrechtliche Haftung zu unterscheiden.²⁴² Die aus dem Statusverlust resultierenden Haftungsrisiken kann das Management des REITs dabei oftmals nicht beeinflussen, z.B. wenn ein Großaktionär über drei Jahre hinweg zu 10 Prozent oder mehr an ihm beteiligt ist.²⁴³ Auch der Verstoß gegen die vorgeschriebene Struktur der Aktivseite infolge einer Baisse am Immobilienmarkt, insbesondere im Rahmen der aktuellen Wirtschafts- und Immobilienkrise und der damit einhergehenden bilanziellen Abwertung des Immobilienbestandes, kann zum Verlust der Exit-Tax-Vorteile führen, für welche der REIT nach § 3 Nr. 70 letzter Satz EStG haftet.²⁴⁴

3.5. Kritik an der Exit-Tax

Die Exit-Tax bezweckt die Implementierung des REIT in das Gefüge der indirekten Immobilienanlagegesellschaften durch die Gewährung eines Steuervorteils. Benachteiligt werden hierdurch andere Immobilienerwerber und -veräußerer. Und die Kommunen fürchteten, dass sie durch die Exit-Tax massive Gewerbesteuerausfälle zu erleiden hätten (siehe zugleich unter § 2 – 3.5.3.).

3.5.1. Kritik anderer Betriebsimmobilienerwerber

Wie bereits dargestellt, wird der Verkauf von Immobilien an einen REIT oder Vor-REIT durch die Exit-Tax-Regelung bevorzugt. Dies bedeutet im Gegenzug, dass jeder Immobilienerwerber, der nicht den REIT oder Vor-REIT-Status besitzt, einen deutlich höheren Kaufpreis für die Immobilie zahlen muss, damit der Verkäufer, was den Verkaufspreis nach Steuern anbelangt, besser steht, als bei Verkauf an einen (Vor-)REIT.²⁴⁵ Benachteiligt werden indirekte Immobilienanlagegesellschaften genauso wie Direktinvestoren. Zu nennen sind hier vor allem offene und geschlossene Immobilienfonds, ausländische

²⁴² Helios/Trachte in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 18, Rdnr. 23.

²⁴³ HSH Nordbank, Deutsche Immobilienunternehmen am Kapitalmarkt – Real Estate Research, 2007, S. 9.

²⁴⁴ Ziemons, BB 2007, S. 452.

²⁴⁵ FAZ v. 19. 05. 2007, S. 19 – Mit Handelsimmobilien an die Börse; FAZ v. 24. 05. 2007, S. 19 – Immobilienaktien in neuem Gewand.

Investoren und klassische Immobilienaktiengesellschaften sowie Versicherungen.²⁴⁶

3.5.2. Kritik anderer Immobilienveräußerer

Privatvermögen kann nicht exit-tax-begünstigt übertragen werden. Betroffen hiervon ist nicht nur der private „Häuslebesitzer“, sondern sind auch geschlossene Immobilienfonds, deren Immobilien aus steuerlichen Gründen immer im „Privatvermögen“ gehalten wird.²⁴⁷ Die von dem Exit-Tax-Vorteil ausgeschlossenen Immobilienbestandshalter haben damit weniger Möglichkeiten, ihre finanzielle Eigenkapitalbasis durch steuersparende Immobilienveräußerungen zu verbessern, um die so freiwerdenden Mittel renditebringend in ihr Kerngeschäft zu investieren. Auch werden Immobilienveräußerer mit ausländischem Immobilienvermögen durch die Exit-Tax benachteiligt. Dies kann zum einen ausländische Gesellschaften treffen, aber auch inländische Gesellschaften mit umfangreichem ausländischen Immobilienvermögen. In dem Zusammenhang könnte aus den Grundfreiheiten zu folgern sein, dass auch die Veräußerungsgewinne ausländischen Betriebsvermögens nur begünstigt versteuert werden, soweit die Besteuerung in Deutschland erfolgt (siehe hierzu § 3 – 3.3.2.).²⁴⁸

3.5.3. Kritik der Kommunen

Die Exit-Tax verbunden mit Sale-and-Lease-Back-Konstruktionen führt strukturell zu einem Rückgang der kommunalen Gewerbesteuereinnahmen. Bei der Veräußerung der Immobilien führt die Exit-Tax zwar zu einer Erhöhung der Gewerbesteuereinnahmen. Dieser einmalige Vorteil wird jedoch kompensiert bei der späteren, langfristigen Zurückvermietung, die den Unternehmensgewinn und damit die Gewerbesteuerlast reduziert.²⁴⁹ Weder auf Ebene des REIT noch auf Ebene der Anleger (soweit diese die Anteile nicht im Betriebsvermögen

²⁴⁶ Heidenhain, EuZW 2007, S. 623.

²⁴⁷ Nur so lässt sich der Veräußerungsgewinn nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG nach zehn Jahren steuerfrei vereinnahmen.

²⁴⁸ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 364; ders., BB-Special 2007, S. 28.

²⁴⁹ BT.-Drs. 16/4026, S. 25 (REIT-Gesetzentwurf) und S. 27 (Stellungnahme des Bundesrates).

halten) kommt es zu einer Gewerbesteuerbelastung, womit sämtliche Gewinne sowohl auf Anleger- als auch auf Gesellschaftsebene der Gewerbesteuer entzogen werden.²⁵⁰ Unter der Annahme, dass nach dem 31. 12. 2009, nach Auslaufen der Exit-Tax, der Umfang von Immobilienveräußerungen zurückgeht, wird der Gewerbesteuerausfall ab dem Jahr 2010 besonders gravierend. So ging der Gesetzgeber (auch wenn seine Annahmen in Bezug auf das Marktpotential von REITs zu optimistisch waren) davon aus, dass die kommunalen Gewerbesteuerauswirkungen sich wie folgt²⁵¹ entwickelt hätten:

Jahr	07	08	09	10	11
GewSt. ²⁵²	25	32	8	-28	-64

Hieraus ergibt sich, dass die Kommunen in absehbarer Zukunft signifikante Gewerbesteuerausfälle zu verkraften gehabt hätten. Die fiskalischen Risiken, die für die Kommunen hieraus erwachsen wären, wurden durch die Unternehmenssteuerreform 2008 erheblich gemindert. Mietzahlungen für Immobilienbesitz können nach § 8 Nr. 1 Buchst. e) GewStG nur noch in beschränktem Umfang gewerbesteuerlich geltend gemacht werden.²⁵³

3.6. Unionsrechtliche Vereinbarkeit

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Kritik und auch der erheblichen Unsicherheiten im Hinblick auf den nachträglichen Wegfall der Exit-Tax stellt sich die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit.²⁵⁴ Zum einen werden Zweifel gehegt, ob diese Begünstigung im Einklang mit der Kapitalverkehrsfreiheit steht und damit auch ausländische REITs in den Genuss der Exit-Tax kommen könnten.²⁵⁵ Daneben stellt sich die Frage, ob die Exit-Tax als Beihilfe zu

²⁵⁰ BT.-Drs. 16/4026, S. 27 (Stellungnahme des Bundesrates); Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 40.

²⁵¹ BT.-Drs. 16/4026, S. 4 (REIT-Gesetzentwurf).

²⁵² Jeweils in Mio. Euro.

²⁵³ Ortmann-Babel/Zipfel, BB 2007, S. 1869.

²⁵⁴ Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Einleitung, Rdnr. 10; Bron, BB-Special 2007, S. 27.

²⁵⁵ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 364; Schwarz, JZ 2008, S. 554; Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Steuerfreie Einnahmen § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 34; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 93.

qualifizieren ist, die per se nicht hätte gewährt werden dürfen.²⁵⁶ Diese Frage wurde bereits in der Stellungnahme des Bundesrates zum REIT-Gesetzentwurf aufgeworfen: Die Exit-Tax stelle eine steuerliche Privilegierung gegenüber anderen Einbringungs- bzw. Veräußerungsvorgängen dar. Die Privilegierung erfolge ausschließlich zu Gunsten der REIT-Aktiengesellschaften, sei damit branchenspezifisch angelegt, was die Qualifikation der Steuerbefreiung als Beihilfe nahe lege (siehe § 3 – 3.3.1.).²⁵⁷

4. Hinzurechnungsbesteuerung

Der Gesetzgeber hatte Sorge, dass sich inländische Anleger durch Einschaltung ausländischer – in Niedrigsteuermändern gelegenen – Zwischengesellschaften „ungerechtfertigte Steuervorteile“ verschaffen würden.²⁵⁸ Um dem entgegenzuwirken, enthält Art. 3 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen vom 28. Mai 2007 Änderungen des Außensteuergesetzes (AStG) und erweitert hierdurch die Möglichkeiten der Hinzurechnungsbesteuerung. Zu diesem Zwecke wurde der Anwendungsbereich der §§ 7, 8 und 14 AStG ausgeweitet. Sinn und Zweck der Neuregelungen ist die Sicherung und Durchsetzung der Besteuerung der Einkünfte einer inländischen REIT-AG auf der Ebene unbeschränkt steuerpflichtiger Anleger.²⁵⁹

Vorgebeugt wird hier insbesondere dem Umstand, dass deutsche Kapitalgesellschaften die Dividenden ausländischer Tochtergesellschaften aufgrund der Mutter-Tochterrichtlinie und der 95-prozentigen Steuerfreistellung des § 8 b KStG steuerlich nahezu unbelastet vereinnahmen können. Denn aufgrund dieser

²⁵⁶ Schwarz, JZ 2008, S. 554; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 170 ff; Andreas Striegel in: Striegel, REITG, 2007, Steuerfreie Einnahmen § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 33.

²⁵⁷ BT.-Drs. 16/4026, S. 37 (Stellungnahme des Bundesrates); Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 178.

²⁵⁸ Vgl. Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 49; Korts, Stbg 2008, S. 102; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 127; Wassermeyer in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 7, Rdnr. 250.

²⁵⁹ Wassermeyer in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 7, Rdnr. 251.

weitgehenden Steuerbefreiung kann der Steuervorteil der ausländischen (in einem Niedrigsteuerland gelegenen) „Zwischengesellschaft“ an die deutsche Kapitalgesellschaft weitergegeben werden.²⁶⁰

Zunächst wurde der Anwendungsbereich des § 7 AStG betreffend die Steuerpflicht inländischer Gesellschafter mit Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft durch einen neuen Abs. 8 ausgedehnt. Erfasst werden nunmehr auch ausländische, G-REIT-Anteile haltende Gesellschaften, die nicht von Steuerinländern beherrscht werden. Die Hinzurechnung nach § 7 Abs. 1 AStG setzt grundsätzlich eine Beherrschung der ausländischen Gesellschaft durch den Steuerinländer aufgrund einer mehr als 50-prozentigen Beteiligung voraus. Nach dem neu eingefügten Abs. 8 kommt es nicht auf die Beherrschung der ausländischen Gesellschaft durch den unbeschränkt Steuerpflichtigen an, um die Hinzurechnungsbesteuerung des Abs. 1 auszulösen, soweit die Beteiligung an einer deutschen REIT-Gesellschaft besteht. Vielmehr genügt für die Hinzurechnung das Bestehen einer Beteiligung an sich, der neue Gesetzestext formuliert: „(...) unbeschadet des Umfangs der (...) Beteiligung“. Diese Regelung greift jedoch nicht, wenn mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet.²⁶¹ Falls ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet (Börsenklausel), ist eine Mehrheitsbeteiligung des Steuerpflichtigen nach § 7 Abs. 1 AStG an der ausländischen Aktiengesellschaft erforderlich.²⁶²

Um nun die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung inländischer REIT-Anteile zu sichern, wurde der Katalog passiver und der Hinzurechnung unterfallenden Zwischeneinkünfte in § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG erweitert.²⁶³ Dem Wortlaut nach sind Veräußerungsgewinne hinzuzurechnen, soweit sie auf Wirtschaftsgüter entfallen, die der Immobilienbewirtschaftung dienen (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) AStG). Hierbei mag man in erster Linie an die von der REIT-AG vermieteten Immobilien denken, so dass der Veräußerungsgewinn, der auf die REIT-Dienstleistungsgesellschaft entfällt, nicht erfasst würde. Jedoch muss

²⁶⁰ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 127; Vgl. auch: Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 401.

²⁶¹ Korts, Stbg 2008, S. 102.

²⁶² Wassermeyer, IStR 2008, S. 199.

²⁶³ Wassermeyer, IStR 2008, S. 197.

ein Wirtschaftsgut, damit es einer Tätigkeit i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) AStG dienen kann, nicht zwingend in Grundvermögen bestehen.²⁶⁴ Entsprechend unterfallen auch die auf REIT-Dienstleistungsgesellschaften entfallenden Veräußerungsgewinne, deren Unternehmensgegenstand nach § 3 Abs. 2 REITG auf die Erbringung immobilienbezogener Dienstleistungen beschränkt ist, der Hinzurechnungsbesteuerung nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG.²⁶⁵

Die für die Dividendenhinzurechnung entscheidenden Änderungen finden sich in § 14 Abs. 2 AStG, der die Geltung des § 14 Abs. 1 AStG für den Fall anordnet, dass eine ausländische Gesellschaft gem. § 7 AStG an einem deutschen REIT beteiligt ist.²⁶⁶ Hierdurch wird erreicht, dass die Einkünfte der REIT-AG nach § 14 Abs. 1 AStG als passive Einkünfte i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchstabe b) AStG zu qualifizieren sind, die unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 bei der ausländischen anteilshaltenden Gesellschaft zuzurechnen sind.²⁶⁷ Die der ausländischen Gesellschaft so zugerechneten Einkünfte sind sodann gem. § 10 AStG beim unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft als Einkünfte aus Kapitalvermögen anzusetzen und zwar ohne dass die Steuervergünstigungen der § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8 b KStG Anwendung fänden.²⁶⁸ Damit erschwert die Hinzurechnungsbesteuerung die Investition in ausländische Kapitalgesellschaften.²⁶⁹

Nach dem zeitlich vorangegangenen EuGH-Urteil Cadbury-Schweppes²⁷⁰ vom 12. September 2006 war diese Form der Hinzurechnungsbesteuerung allerdings zu diesem Zeitpunkt schon nicht mehr zu halten.²⁷¹ Erst im Rahmen des

²⁶⁴ Wassermeyer/Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 304.4.

²⁶⁵ Kritisch hierzu: Wassermeyer/Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 304.4, 304.6.

²⁶⁶ Wassermeyer, IStR 2008, S. 197.

²⁶⁷ Korts, Stbg 2008, S. 102.

²⁶⁸ Wassermeyer, IStR 2008, S. 199.

²⁶⁹ Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 401.

²⁷⁰ EuGH C 196/04 v. 12. 09. 06 – Cadbury Schweppes – Slg. I 2006, S. 7995.

²⁷¹ Schanne in: Striegel, REITG, 2007, §§ 7, 8, 14, 21 AStG, Rdnr. 8; Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 942; Hornig, PISStB 2007, S. 191 f; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 125; Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 144 f; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 198; ders., BB-Special 2007, S. 24; Schmitz in: Reimer u.a., Euro-

Jahressteuergesetzes 2008 vom 20. 12. 2007 hat der deutsche Gesetzgeber durch Schaffung des neuen § 8 Abs. 2 AStG die in der EuGH-Entscheidung Cadbury-Schweppes getroffenen Aussagen umgesetzt und den Umfang der Hinzurechnungsbesteuerung dadurch weitgehend reduziert (§ 3 – 3.10.).

5. Zwischenergebnis zur unionsrechtlichen Vereinbarkeit des REIT

Die rechtliche Darstellung des „Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen“ hat gezeigt, dass dieses in vielfältiger Weise auf unionsrechtliche Bedenken stößt, sowohl was das europäische Primärrecht als auch was das Sekundärrecht anbelangt. Problematisch sind die vielfältigen Anforderungen im Hinblick auf den beschränkten Unternehmensgegenstand des REIT, die Beschneidung von Anlegerrechten sowie die spezifischen Vergünstigungen. Auch das gesamte Besteuerungskonzept wird von europarechtlichen Bedenken durchzogen. Tangiert werden die Kapital-, die Dienst- sowie die Niederlassungsfreiheit. In der Gesamtheit ist damit nahezu jede Vorschrift auf ihre europarechtliche Vereinbarkeit hin zu untersuchen.

Die zu problematisierenden Ausgestaltungsmerkmale in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht sind:

- Anwendung der SE-VO
- Unternehmenssitz in Deutschland
- Möglichkeit von ausländischen REITs mit inländischem Verwaltungssitz zur Selbstkennzeichnung als REIT oder Real Estate Investment Trust
- Börsenlisting in der EU oder im EWR-Raum
- Erfordernis zu hundert Prozent konsolidierter Dienstleistungskapitalgesellschaft
- indirektes Halten von Auslandsimmobilien ausschließlich über eine zu hundert Prozent konsolidierte Auslandsobjektgesellschaft
- Kein inländischer Immobilienerwerb der Auslandsobjektgesellschaft
- Beschränkte Steuerpflicht hinsichtlich im Ausland belegener Immobilien

päisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, S. 249; Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 776.

- Allgemeine Anteilshöchstgrenze von weniger als 10 Prozent
- Besondere Anteilshöchstgrenze von 50 Prozent
- Streubesitzquote von 15 Prozent
- Ausschluss des Immobilienhandels bei ausländischen Immobilien
- Beschränkte Dienstleistungsmöglichkeiten auf Ebene der Dienstleistungstochter
- Ausschluss der Dienstleistungserbringung auf REIT-Ebene bei grenzübergreifenden Dienstleistungen
- Keine Dienstleistungserbringung durch geschlossene Immobilienfonds
- Keine Beteiligungsmöglichkeit an ausländischen Immobilienanlagegesellschaften, bei gleichzeitiger Investitionsmöglichkeit in geschlossene Immobilienfonds
- Mindestausschüttung von 90 Prozent des Jahresüberschusses
- Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG

Die zu problematisierenden Ausgestaltungsmerkmale in steuerrechtlicher Hinsicht sind:

- Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene
- Exit-Tax
- Die Auflösung der Rücklagen nach § 13 Abs. 3 REITG im Falle der tatsächlichen oder statuarischen Sitzverlegung sowie Nachversteuerung des Bilanzpostens „Gewinnvortrag“
- Ausschluss des Anlegerzugangs zu DBA-Schachtelprivilegien, basierend auf Treaty-Override-Regelungen
- Faktische Vollausschüttungsverpflichtung auf Ebene der REIT-Dienstleistungstochter
- Hinzurechnungsbesteuerung
- Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens und des § 8 b KStG-Vorteils für ausländische REIT-Erträge, wenn der ausländische REIT nicht den Vorgaben des G-REIT-Gesetzes gerecht wird
- Keine Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG, § 8 b KStG, wenn die steuerliche Vorbelastung im Ausland unter 15 Prozent liegt
- Erstattungsmöglichkeiten beschränkt Steuerpflichtiger bezüglich der Kapitalertragsteuer
- Anwendung der Mutter-Tochterrichtlinie

§ 3 Vereinbarkeit der gesellschafts- und steuerrechtlichen Regelungen des REIT mit unionsrechtlichen Vorgaben

Einfluss auf das nationale Recht nimmt zum einen das europäische Primärrecht, zum anderen das Sekundärrecht. Das Primärrecht findet seine Grundlage vor allem im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Auswirkungen auf die rechtliche Konzeption des REIT können sowohl die hier niedergelegten Grundfreiheiten sowie das Beihilfeverbot entfalten. Neben dem Primärrecht kommt dem Sekundärrecht zentrale Bedeutung zu. Insbesondere die Kapitalverkehrsrichtlinie, die SE-VO und die Mutter-Tochterrichtlinie sind vorliegend geeignet, die gesellschaftsrechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten des REIT und die steuerliche Behandlung auf Gesellschafts- und Anlegerebene zu beeinflussen.²⁷²

Da die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und die hierzu ergangenen EuGH-Entscheidungen in der Vergangenheit oft genug wirtschaftliche Freiräume geschaffen haben, ist heute bei nahezu jeder als störend oder einschränkend empfundenen Ausgestaltung die Frage nach ihrer unionsrechtlichen Vereinbarkeit zu stellen. Ursächlich hierfür sind die Ausführungen des EuGH, der den Grundfreiheiten in ständiger Rechtsprechung die Funktion von Beschränkungsverboten zuweist und Einschränkungen nur in den seltensten Fällen als zulässig erachtet.²⁷³ Auch fehlt bislang eine belastbare Dogmatik, nach der gesellschaftsrechtliche Strukturmerkmale vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen wären.²⁷⁴

1. Der Binnenmarkt

Gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV ist der Binnenmarkt ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Rechtlich verfasst wird dieser maßgeblich durch die

²⁷² Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 20.

²⁷³ Vgl. EuGH C 112/05 v. 23. 10. 07 – Kommission/Deutschland – Slg. I 2007, S. 8995, Rdnr. 17 m.w.N.

²⁷⁴ Vgl. Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 43 ff.

vier Grundfreiheiten des AEUV, die Freizügigkeit (Art. 45 AEUV), das Niederlassungsrecht (Art. 49 AEUV), das Dienstleistungsrecht (Art. 56 AEUV) sowie den freien Kapitalverkehr (Art. 63 AEUV).²⁷⁵ Seit der Gründung der Union (ehemals „Gemeinschaft“) zählen sie zu den tragenden Bausteinen des Binnenmarktes (ehemals „Gemeinsamen Marktes“).²⁷⁶ Zusammen mit dem Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV, welches vor Wettbewerbsverzerrungen bewahrt, bilden sie die Wirtschaftsverfassung Europas.²⁷⁷ Das Ziel ist eine interventionsarme Marktwirtschaft im europäischen Binnenraum.²⁷⁸

1.1. Die Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten haben für das grenzübergreifende unternehmerische Handeln im Unionsraum eine erhebliche Bedeutung.²⁷⁹ Sie bestimmen im Streitfall die Reichweite der transnationalen Betätigungsfreiheit des Einzelnen und werden deshalb auch als die „bedeutsamsten subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Unionsrechts“ bezeichnet.²⁸⁰ Vor dem Hintergrund der wirtschaftsliberalen Grundprägung der Union garantieren sie ein spezifisches System wirtschaftlicher Freiheit, wobei Reichweite und Grenzen dieser Freiheit durch eine Vielzahl von EuGH-Urteilen einzelfallbezogen konkretisiert wurde, wobei die EuGH-Entscheidungen regelmäßig keine rechtsdogmatischen Überlegungen enthalten.²⁸¹ Wirtschaftsfreiheit wird nicht allgemein und absolut geschützt, sondern nur innerhalb ihres spezifischen Schutzzwecks. Allen Grundfreiheiten gemein ist, dass sie nur auf grenzübergreifende Sachverhalte Anwendung finden. Auf Sachverhalte, die nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgehen, finden sie keine Anwendung.²⁸²

²⁷⁵ Fischer in: Hatje u.a., Unternehmen und Steuern in Europa, 2006, S. 57.

²⁷⁶ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 28.

²⁷⁷ Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union – Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, 2000, S. 67.

²⁷⁸ Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 608.

²⁷⁹ Kube, IStR 2003, S. 330.

²⁸⁰ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 28.

²⁸¹ Hahn, DStZ 2005, S. 436; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 109.

²⁸² EuGH C 60/00 v. 12. 04. 02 – Mary Carpenter – Slg. I 2002, S. 6279, Rdnr. 28; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 56, Rdnr. 38.

Ziel des Binnenmarktes ist es, eine ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Union zu fördern. Die Grundfreiheiten verbieten daher alle Maßnahmen, durch die der Marktzugang für inländische Leistungen offen oder verdeckt beschränkt wird.²⁸³ Sie dienen zunächst als gleichheitsrechtlich strukturierte Verbote einer direkten oder indirekten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Der EuGH geht über diesen Gleichheitssatz allerdings seit langem hinaus und setzt die Grundfreiheiten auch als freiheitsrechtlich verstandene Beschränkungsverbote ein.²⁸⁴ Sie richten sich gegen alle staatlichen Maßnahmen, auch steuerrechtlicher Natur, die das wirtschaftliche Handeln der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten ungleich benachteiligen, grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten in sonstiger Weise erschweren oder den Marktzutritt behindern.²⁸⁵

Soweit nationales Recht gegen Unionsrecht verstößt, hat dies nicht die Nichtigkeit des nationalen Rechts zur Folge. Vielmehr kommt es zu einem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Der Anwendungsvorrang leitet sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ab. Damit steht das Unionsrecht als eigene Rechtsordnung neben dem Recht der Mitgliedstaaten. Es begründet für den Fall der unmittelbaren Anwendbarkeit Rechte und Pflichten für den Einzelnen. Dabei hat der EuGH die wichtigen Bestimmungen aus dem Bereich der Grundfreiheiten bereits frühzeitig für unmittelbar anwendbar erklärt, so dass sich jeder Begünstigte vor den Gerichten und der Verwaltung auf diese Bestimmungen im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts berufen kann und entgegenstehendes nationales Recht aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar ist.²⁸⁶

1.2. Grundfreiheitsrechtliches Beschränkungsverbot

Die Grundfreiheiten stehen in keinem Exklusivitätsverhältnis zueinander.²⁸⁷ Vielmehr ist von einer parallelen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auszugehen, so dass Beschränkungen regelmäßig anhand aller in Betracht

²⁸³ Hölzle, SteuerStud 2007, S. 82 f.

²⁸⁴ Kube, EuR 2004, S. 248; Haslehner, IStR 2008, S. 566.

²⁸⁵ Kube in: Reimer u.a., Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, S. 225; Brigola, EuZW 2009, S. 480, 483.

²⁸⁶ Hahn, DStZ 2005, S. 434.

²⁸⁷ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 56, Rdnr. 12.

kommenden Grundfreiheiten zu messen sind.²⁸⁸ Der EuGH betont dabei in fast allen Entscheidungen den freiheitsrechtlichen Aspekt der Grundfreiheiten und hat mitgliedstaatliche Normen mit Hinweis auf diesen in der Vergangenheit oft genug verworfen. Die Grenzlinie zwischen gleichheits- und freiheitsrechtlichem Verständnis der Grundfreiheiten ist in ihrem Verlauf größtenteils nicht absolut zu bestimmen,²⁸⁹ was – bezogen auf die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der REIT-Aktiengesellschaft – zu einer vielfältigen Meinungslandschaft im Hinblick auf die Europarechtskonformität der einzelnen Ausgestaltungsmerkmale und der Steuerkonzeption führt.

Ursächlich für die damit einhergehende rechtliche Unsicherheit ist hierbei nicht zuletzt der EuGH, der in seiner Judikatur zu den Grundfreiheiten sehr zurückhaltend ist, was die Entwicklung allgemeingültiger dogmatischer Strukturen betrifft. Wenngleich hier Ausnahmen bestehen, so ist doch die Mehrzahl der Entscheidungen auf Einzelfallbetrachtungen beschränkt, denen nicht selten die übergreifende Perspektive fehlt.²⁹⁰ Er vermeidet es, im Wege eines Obiter Dictums über Rechtsfragen zu entscheiden, die in keinem oder nur losem Zusammenhang mit der Vorlagefrage stehen und für die Entscheidungsfindung ohne Bedeutung sind.²⁹¹

Im folgenden soll versucht werden, die Abgrenzung zwischen grundfreiheitsrechtlichem Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot möglichst trennscharf darzustellen. Ausgangspunkt hierfür ist die Darstellung der Warenverkehrsfreiheit und die diesbezüglich ergangene EuGH-Rechtsprechung. Diese ist für die vorliegende Arbeit insoweit von Bedeutung, als dass anhand ihrer die Reichweite und Funktion der Grundfreiheiten herausgearbeitet werden können. Auch wird deutlich, warum ausgehend von der Warenverkehrsfreiheit, warenverkehrsspezifische Aussagen vorschnell auf die komplexere Kapitalverkehrsfreiheit übertragen wurden.

²⁸⁸ Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 22.

²⁸⁹ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 227; Stewen, FR 2010, S. 20.

²⁹⁰ Gosch, Ubg 2009, S. 79.

²⁹¹ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 65; Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 32, 38; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 31.

1.2.1. Warenverkehrsfreiheit

1.2.1.1. Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV (ehemals Art. 28 EG) stellte sich schon frühzeitig die Frage nach der Ausdehnung des Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot.²⁹² Denn dort erlangt der Grundsatz der Inländergleichbehandlung durch ein reines Diskriminierungsverbot keine ausreichende Geltung. Als Beispiel sei das deutsche Reinheitsgebot für Bier genannt. Für den deutschen Bierbrauer ist dessen Einhaltung – soweit er seine Produktion einmal danach ausgerichtet hat – mit keinem Aufwand verbunden. Der ausländische Bierproduzent hingegen könnte sein Bier – was nicht dem deutschen Reinheitsgebot entspricht – in Deutschland nicht veräußern. Ein Diskriminierungsverbot (im engen Sinne) hilft dem ausländischen Bierhersteller auch nicht weiter. Um insoweit Inländergleichbehandlung dahingehend zu schaffen, dass auch der ausländische Bierbrauer sein Bier in Deutschland vertreiben darf, bedarf es des weitergehenden „Beschränkungsverbot“.²⁹³

Welche Rechtsqualität dieses „Beschränkungsverbot“ aufweist, ist schon hier streitig. Zum Teil wird geschlossen, dass die Grundfreiheiten das freiheitsrechtliche Recht auf Marktzugang beinhalten. Die wirtschaftliche Entwicklung über den nationalen Binnenmarkt hinaus würde positiv geschützt, so dass (spezifische) Marktzutritts Hindernisse unzulässig seien. Die Grundfreiheiten hätten marktöffnende Funktion.²⁹⁴ Demgegenüber wird argumentiert, dass der EuGH letztlich nur einer spezifischen Ausländerbenachteiligung entgegenrete. Die Grundfreiheiten würden ein besonderes Diskriminierungsverbot beinhalten, dass vor Ungleichbehandlungen schütze.²⁹⁵ Diese umschreibenden Aussagen sind für die Warenverkehrsfreiheit allesamt zutreffend, so dass es für diesen Bereich weitgehend irrelevant ist, welches Interpretationsverständnis zugrundegelegt wird. Das Synonym „Marktzutrittsverbot“ ist dogmatisch betrachtet sogar

²⁹² Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2003, S. 65 m.V.a. EuGH C 8/74 v. 11. 07. 74 – Dassonville – Slg. I 1974, S. 837.

²⁹³ Vgl. EuGH C 178/84 v. 12. 03. 87 – Kommission/Deutschland – Slg. I 1987, S. 1227.

²⁹⁴ Brigola, EuZW 2009, S. 480, 483.

²⁹⁵ Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 121; Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2003, S. 55 f.

eleganter, scheint dem EuGH-Verständnis eher zu entsprechen, bringt doch der EuGH in ständiger Rechtsprechung zum Ausdruck, dass die Grundfreiheiten „keine Diskriminierungs- sondern Beschränkungsverbote“ darstellen. Die Grundfreiheiten entgegen dieser so oft wiederholten Aussage als „besondere Diskriminierungsverbote“ zu verstehen erscheint widersprüchlich.

Während es für den Bereich des einfach gelagerten Warenverkehrs noch dahinstehen mag, welche Interpretation letztlich zutreffend ist, wird im Laufe der Arbeit gezeigt werden, dass die unreflektierte Übertragung dieser warenverkehrsspezifischen Umschreibungen des Begriffs „Beschränkungsverbot“ auf den komplexeren Bereich „REIT und Kapitalverkehrsfreiheit“ zu Konflikten führt. Richtigerweise muss deshalb schon die Warenverkehrsfreiheit als „besonderes Diskriminierungsverbot“ verstanden werden.

1.2.1.2. „Keck“-Rechtsprechung

Nach der EuGH-Entscheidung „Keck“²⁹⁶ sind bloß mittelbare Behinderungen von grundfreiheitsrechtlich geschützten Vorgängen, die das Resultat allgemeiner Beschränkungen eines kapitalverkehrsrelevanten Vorgangs darstellen, keine unzulässige Beschränkung, wenn diese alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen und den grenzübergreifenden gegenüber dem innerstaatlichen Warenverkehr weder unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell diskriminieren.²⁹⁷ Im Streitfall hatten die Leiter zweier Einkaufszentren in Frankreich Waren verbotenerweise zum Verlustpreis verkauft, also zu einem Preis unterhalb des tatsächlichen Einkaufspreises. Die Betroffenen machten vor dem EuGH nun geltend, dass das französische Verbot sie in ihren Möglichkeiten der Absatzförderung behindere und damit das Absatzvolumen beeinträchtige. Das klägerische Begehren hatte vor dem EuGH keinen Erfolg.²⁹⁸ Nationale „Verkaufs- oder Verfahrensmodalitäten“ wertete der EuGH als grundfreiheitskonform. Aber schon der Begriff der „Verfahrensmodalität“ impliziert, dass der grundfreiheitsrechtlich geschützte Vorgang an

²⁹⁶ EuGH verb. Rs. C 267 u. 268/99 v. 24. 11. 93 – Keck und Mithouard – Slg. I 1993, S. 6097.

²⁹⁷ EuGH verb. Rs. C 267 u. 268/99 v. 24. 11. 93 – Keck und Mithouard – Slg. I 1993, S. 6097, Rdnr. 16 f.

²⁹⁸ EuGH verb. Rs. C 267 u. 268/99 v. 24. 11. 93 – Keck und Mithouard – Slg. I 1993, S. 6097.

sich – nämlich die grenzüberschreitende Warenlieferung – unangetastet und un-sanktioniert bleiben soll.

1.2.2. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist niedergelegt in Art. 56 AEUV. Durch sie erhalten Unternehmen auf einfache Weise Zugang zu einem erweiterten europäischen Dienstleistungsmarkt, ohne hierfür das Instrumentarium von Gesellschaftsneugründungen, Agenturerrichtungen etc. in Anspruch nehmen zu müssen.²⁹⁹ Zwar wird vertreten, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht nur Inländergleichbehandlung einfordere, sondern auch die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs³⁰⁰ und dass das grenzübergreifende Angebot von Dienstleistungen garantiert werde.³⁰¹ Gleichwohl ist die Dienstleistungsfreiheit konvergent zur Warenverkehrsfreiheit gelagert. Sie beinhaltet ein nur weit verstandenes Diskriminierungsverbot.

1.2.3. Kapitalverkehrsfreiheit und Kapitalverkehrsrichtlinie

1.2.3.1. Kapitalverkehrsfreiheit

Die Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 63 AEUV) gewährleistet – im Sinne des Integrationsgedankens der Union – die freie Zirkulation von Kapital im Unionsraum.³⁰² Sie hat zum weitergreifenden Ziel die Schaffung eines einheitlichen europäischen Finanzraums, der sämtliche Finanzmärkte der Mitgliedstaaten umspannt. Dieses Ziel gehört zu den zentralen Aufgaben im Rahmen der Vollendung des Binnenmarktes.³⁰³ Das Kapital kann dorthin fließen, wo es die produktivste Verwendung findet. In einer globalisierten Wirtschaft mit globalen Kapitalströmen wird die Kapitalverkehrsfreiheit zunehmend als Investitionsfreiheit verstanden, die unter Nutzung der Größenvorteile des Binnenmarktes

²⁹⁹ Hakenberg in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Vorbem. Art. 49 - 55, Rdnr. 2.

³⁰⁰ Kluth in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 49, 50, Rdnr. 54.

³⁰¹ Kluth in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 49, 50, Rdnr. 1.

³⁰² Geiger, EUV/EGV, 2004, Art. 56, Rdnr. 3.

³⁰³ Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Vorbem Art. 56 - 60, Rdnr. 54.

global agierende Unternehmen entstehen lässt.³⁰⁴ Erfasst wird gleichermaßen der Verkehr innerhalb der Union wie auch der Verkehr mit Drittstaaten (erga omnes-Prinzip).³⁰⁵ Die Öffnung gegenüber Drittländern entspricht dem Ziel, im weltweiten Wettbewerb der Standorte Kapital in die Union zu holen.³⁰⁶ Im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit kommt es weder auf die Staatsangehörigkeit des Begünstigten noch auf dessen Gebietsansässigkeit oder die Herkunft des Kapitals an. Folge ist, dass auch nicht gebietsansässige Drittstaatsangehörige sich auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen und sie als subjektives Recht vor mitgliedstaatlichen Gerichten geltend machen können.³⁰⁷ Obwohl der EuGH den Wortlaut von Art. 63 AEUV ernst nimmt und den Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit auch auf EU-/EWR-Drittstaaten erstreckt, so hat er relativierend zum Ausdruck gebracht, dass aufgrund der fehlenden rechtlichen Integration von Drittstaaten (insbes. fehlende Anwendung der Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie) im Verhältnis zu Unions-/EWR-Drittstaaten auf der Rechtfertigungsebene ggf. andere und damit im Ergebnis strengere Maßstäbe angelegt werden können.³⁰⁸ Nationale Rechtsvorschriften für den rein innerstaatlichen Verkehr werden von Art. 63 AEUV nicht erfasst.³⁰⁹

Der Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit ist in den Art. 63 ff. AEUV nicht definiert.³¹⁰ Auch der EuGH hat diesen Begriff bisher nicht definiert.³¹¹ Gemeinhin wird unter Kapitalverkehrsfreiheit der grenzübergreifende Transfer von Geld- oder Sachkapital verstanden, der primär zu Anlagezwecken erfolgt.³¹²

Der Wortlaut von Art. 63 AEUV untersagt „alle Beschränkungen“ zwischen den Mitgliedstaaten untereinander und im Verhältnis zu Drittstaaten. Gleichwohl ist

³⁰⁴ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Vorbem Art. 56 - 60, Rdnr. 1.

³⁰⁵ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Vorbem Art. 56 - 60, Rdnr. 5; Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Vorbem zu den Art. 56 - 60, Rdnr. 49; Haslehner, IStR 2008, S. 569.

³⁰⁶ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 56, Rdnr. 14.

³⁰⁷ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 56, Rdnr. 14.

³⁰⁸ Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 431; EuGH C 446/04 v. 12. 12. 06 – Test Claimants in the FII Group Litigation – Slg. I 2006, S. 11753, Rdnr. 170 ff.

³⁰⁹ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 56, Rdnr. 16

³¹⁰ Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 1.

³¹¹ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 56, Rdnr. 8.

³¹² Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 56, Rdnr. 1.

die Kapitalverkehrsfreiheit an sich konvergent zu den übrigen Freiheiten zu verstehen.³¹³ Auch sie ist eine besondere Form des allgemeinen Diskriminierungsverbotes nach Art. 18 AEUV, so dass eine wie auch immer gelagerte Ausländerbenachteiligung vorliegen muss. Denn die vom EuGH so oft gebrauchte Formulierung „Beschränkungsverbot“, deutet bei genauer Betrachtung der entschiedenen Fälle, auf ein wesentlich extensiveres Verständnis hin, als tatsächlich bezweckt ist. In den meisten Fällen stellt der EuGH nur auf die „Gefahr“ einer besonderen Benachteiligung einer Vergleichsgruppe ab.³¹⁴

1.2.3.2. Kapitalverkehrsrichtlinie

Für die Auslegung und das Verständnis der Kapitalverkehrsfreiheit bedeutend ist die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361³¹⁵. Der EuGH erklärte im Jahr 1995 – Rs. Bordessa³¹⁶ – die Kapitalverkehrsrichtlinie für unmittelbar anwendbar und greift für die Reichweite des Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit in ständiger Rechtsprechung auf diese sowie auf die Nomenklatur in deren Anhang zurück.³¹⁷ Der EuGH führte aus, dass die Kapitalverkehrsrichtlinie unmittelbare Anwendung fände, da sie den Mitgliedstaaten gegenüber hinreichend konkrete Vorgaben beinhalte, so dass sich der Einzelne direkt auf diese berufen könne.³¹⁸

Denn die Kapitalverkehrsrichtlinie ist – wie jede andere europäische Richtlinie auch – nach Art. 288 Abs. 3 AEUV für jeden Mitgliedstaat in ihren Zielen verbindlich, wobei den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel überlassen wird. Der Regelungsgehalt der Richtlinie ist für die Mitgliedstaaten damit

³¹³ Feiden, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten, 2003, S. 249.

³¹⁴ Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 121.

³¹⁵ Richtlinie 88/361/EWG v. 24. 06. 1988, ABl. 1988 L 178, S. 5.

³¹⁶ EuGH verb. Rs. C 358/93 u C 416/93 v. 23. 02. 95 – Bordessa – Slg. I 1995, S. 361.

³¹⁷ EuGH C 364/01 v. 11. 12. 03 – Erben v. H. Barbier – Slg. I 2003, S. 15013, Rdnr. 4; C 483/99 v. 04. 06. 02 – Elf Aquitaine – Slg. I 2002, S. 4781, Rdnr. 5 ff, 20, 36; C 463/00 v. 13. 05. 03 – Kommission/Spanien – Slg. I 2003, S. 4581, Rdnr. 52; C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 37; EuGH verb. Rs. C 358/93 u. 416/93 v. 23. 02. 95 – Saddik – Slg. I 1995, S. 361, Rdnr. 17; C 567/07 v. 01. 10. 09 – voor Woonen – Rdnr. 20; Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 220; Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 35, 63; Haslechner, IStR 2008, S. 568.

³¹⁸ EuGH verb. Rs. C 358/93 u C 416/93 v. 23. 02. 95 – Bordessa – Slg. I 1995, S. 361, Rdnr. 33 f.

bindend und die Mitgliedstaaten stehen in der Verpflichtung, den Richtlinieninhalt in nationales Recht umzusetzen. Die Richtlinie ist dabei das klassische Instrument der Harmonisierung innerstaatlicher Rechtsvorschriften durch inhaltliche Angleichung.³¹⁹

Der Vertragswortlaut ist, was die Grundfreiheiten anbelangt, eher knapp formuliert.³²⁰ Dies gilt insbesondere angesichts der tatsächlichen Bedeutung, die den Grundfreiheiten für das wirtschaftliche Handeln innerhalb des Wirtschaftsraums der Union zukommt. Über europäische Richtlinien besteht deshalb die Möglichkeit, detailliert das von europäischer Seite Gewollte zu regeln und explizit vorzugeben, was auf nationaler Ebene verbindlich umgesetzt werden soll.³²¹ Die Richtlinie belässt den Mitgliedstaaten zwar einen gewissen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Richtlinie, allerdings fasst die Rechtssetzungspraxis Richtlinien oftmals so detailscharf, dass sie den nationalen Organen nur einen kargen Spielraum belässt. Auf nationaler Ebene muss die Geltung des Richtlinieninhalts sichergestellt sein.³²²

Artikel 1 der Kapitalverkehrsrichtlinie normiert von seinem Grundsatz her die „vollständige Liberalisierung“ des Kapitalverkehrs.³²³ Was dabei unter den Begriff des Kapitalverkehrs fällt, ist in der Nomenklatur (das heißt so viel wie „Anlage“) der Kapitalverkehrsrichtlinie niedergelegt. Und schon in Ziffer I. 1. der Nomenklatur heißt es, dass hierunter auch die „vollständige Übernahme bestehender Unternehmen“ zu verstehen ist. In der unmittelbar anschließenden Ziffer, in I. 2. der Nomenklatur, wird die Möglichkeit der Gesellschaftsbeteiligung geschützt. Als die Kapitalverkehrsrichtlinie vor mehr als zwanzig Jahren am 24. Juni 1988 erlassen wurde, lag der Richtlinie die Vorstellung zugrunde, dass jede Gesellschaft als investitions- und beteiligungsfähiges Rechtssubjekt zu betrachten sei und dass darüber hinausgehend auch jede vollständige Unternehmensübernahme zulässig sei. Diese Transaktionen sollen nach dem Regelungszweck der Kapitalverkehrsrichtlinie deshalb beschränkungsfrei möglich sein, was dahingehend interpretiert wird, dass die Beteiligung und voll-

³¹⁹ Herdegen, Europarecht, 2008, S. 169.

³²⁰ Gosch, Ubg 2009, S. 79.

³²¹ Siehe hierzu etwa Mehrwertsteuer-SystemRL, Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem v. 28. 11. 2006 (ABl. EU Nr. L 347 S. 1, ber. ABl. EU 2007 Nr. L 335 S. 60).

³²² Herdegen, Europarecht, 2008, S. 169 ff.

³²³ So wörtlich Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie, vor: „I. Direktinvestitionen“.

ständige Übernahme an jedweder Gesellschaft möglich sein muss. Schon die herausgehobene Stellung, nämlich direkt zu Beginn des Anhangs der Kapitalverkehrsrichtlinie, weist auf die besondere Bedeutung dieser Möglichkeiten hin, die diese für den europäischen Kapitalverkehr haben. Es handelt sich um ein Gebot unbedingter Liberalisierung, das über ein auch weit verstandenes Diskriminierungsverbot hinausgeht.³²⁴ In der Richtlinie ist nicht die Rede von „effektiver Inländergleichbehandlung“, sondern von „Liberalisierung“ und zwar „vollständig“.³²⁵ In den Regelungszweck des Art. 63 AEUV ließe sich noch hineinlesen, dass – entsprechend der Warenverkehrsfreiheit – ein nur weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot gewollt sei. Dies allerdings noch in die bereichsspezifische und in ihren Zielen verbindliche Kapitalverkehrsrichtlinie hineinzuinterpretieren, fällt angesichts ihres „vollständigen Liberalisierungsauftrages“ schwer. Die Formulierung des Wortlautes weist nach deutschem Rechtsverständnis auf ein eindeutig freiheitsrechtliches Verständnis hin. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung, die in ständiger Rechtsprechung darauf hinweist, dass die Grundfreiheiten nicht nur ein bloßes Diskriminierungsverbot, sondern darüber hinausgehend ein Beschränkungsverbot beinhalten.

Angesichts der Tatsache, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Kapitalverkehrsfreiheit immer wieder auf die Kapitalverkehrsrichtlinie verwiesen hat, dürfte der EuGH auch in Zukunft nicht ohne Notwendigkeit, d.h. ohne dass gewichtige Gründe hierfür sprechen, von den Vorgaben der nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in ihren Zielen verbindlichen Richtlinie abweichen. Ob bzw. wie der EuGH von dieser abweichen kann, ist fraglich. Denn sie verfolgt von ihrer Zielsetzung her einen „vollständigen Liberalisierungsauftrag“, der auch die Möglichkeit der vollständigen Unternehmensübernahme und -beteiligung um-

³²⁴ Brigola, Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, 2004, S. 40; Haferkamp, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2003, S. 24; Haslehner, IStR 2008, S. 568; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 56, Rdnr. 13; Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 220; Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 63; EuGH verb. Rs. C 358/93 u C 416/93 v. 23. 02. 95 – Bordessa – Slg. I 1995, S. 361, Rdnr. 33 f; EuGH C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 4; C 483/99 v. 04. 06. 02 – Elf Aquitaine – Slg. I 2002, S. 4781, Rdnr. 5 - 7, 36, 37; C 463/00 v. 13. 05. 03 – Kommission/Spanien – Slg. I 2003, S. 4581, Rdnr. 5; verb. Rs. C 358/93 u. 416/93 v. 23. 02. 95 – Saddik – Slg. I 1995, S. 361, Rdnr. 17, 35.

³²⁵ So wörtlich: Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie, vor: „I. Direktinvestitionen“.

fasst. Bereichsausnahmen für REIT-Aktiengesellschaften oder deren Tochtergesellschaften beinhaltet die Kapitalverkehrsrichtlinie nicht.

Alles was den Vorgaben der in den Zielen verbindlichen Kapitalverkehrsrichtlinie zuwiderläuft, dürfte damit konsequenterweise als Beschränkung zu werten sein und bedürfte der Rechtfertigung.

1.2.4. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV garantiert die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit.³²⁶ Nach der EuGH-Rechtsprechung garantiert sie das Recht, eine Beteiligung an einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben, die einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass der Erwerber deren Tätigkeit bestimmen kann (Kontrollerwerb).³²⁷ Das bedeutet nicht notwendigerweise, dass die Mehrheit der Gesellschaftsanteile erworben werden muss. Der EuGH hat konkretisiert, dass jedenfalls der Erwerb eines Drittels der Gesellschaftsanteile noch nicht zwangsläufig mit der Kontrolle über die Gesellschaft oder ihrer Leitung verbunden sei.³²⁸

Soweit es um den Erwerb von Gesellschaftsanteilen geht, erfolgt die Abgrenzung der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit nach dem mit der Investition verbundenen Zweck. Soll der Anteilserwerb einen gewissen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen eröffnen, so ist die Niederlassungsfreiheit einschlägig. Bloße Portfolioinvestitionen sind jedoch ausschließlich anhand der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen.³²⁹ Sie soll, über ein Diskriminierungsverbot hinausgehend, ein Beschränkungsverbot enthalten,³³⁰ welches auch geringfügige

³²⁶ Scheuer in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 43, Rdnr. 2; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 43, Rdnr. 12.

³²⁷ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 43, Rdnr. 9; EuGH C 251/98 v. 13. 04. 00 – Baars – Slg. I 2000, S. 2787, Rdnr. 22; C 112/05 v. 23. 10. 07 – Kommission/Spanien – Rdnr. 13; Haslehner, IStR 2008, S. 567.

³²⁸ EuGH C 251/98 v. 13. 04. 00 – Baars – Slg. I 2000, S. 2787, Rdnr. 20.

³²⁹ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 240.

³³⁰ Scheuer in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 43, Rdnr. 7; Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 43, Rdnr. 27.

und unbedeutende Beschränkungen untersagt.³³¹ Gleichwohl wird die Niederlassungsfreiheit parallel zur Kapitalverkehrsfreiheit zu verstehen sein, denn die Niederlassungsfreiheit steht bezüglich ihres Schutzbereichs nicht hinter der Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit zurück.³³²

1.3. Einschränkungen der Grundfreiheiten

1.3.1. Gesetzlich statuierte Bereichsausnahmen

Die Mitgliedstaaten können die Grundfreiheiten einschränkende nationale Rechtsvorschriften anwenden, soweit das Unionsrecht dies ausdrücklich zulässt. So enthalten die Grundfreiheiten spezielle Vorbehalte zugunsten der Mitgliedstaaten, die einschränkende innerstaatliche Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen zulassen. Hierunter fallen die „ordre-public“-Vorbehalte nach Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 i.V.m. 52 AEUV sowie die Bereichsausnahmen nach Art. 45 Abs. 4 oder Art. 65 AEUV.

Für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist die kapitalverkehrsspezifische Bereichsausnahme nach Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV. Nach dieser Vorschrift liegt die Gesetzgebungskompetenz für die direkten Steuern ausschließlich bei den Mitgliedstaaten.³³³ Eine bedeutsame Rückausnahme findet sich in Art. 65 Abs. 3 AEUV. Hiernach sind willkürliche Diskriminierungen oder verschleierte Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs, die auf Art. 65 Abs. 1 und 2 AEUV beruhen, gleichwohl verboten. Nach den EuGH-Entscheidungen *Stauffer*³³⁴, *Denkavit*³³⁵, *Aberdeen*³³⁶ und *Amurta*³³⁷ wird dieser Vorschrift besondere Bedeutung beizumessen sein, soweit juristische Personen steuerlich dergestalt ungleich behandelt werden, als dass die Nationalstaaten Erträge bei Steuerausländern der Besteuerung unterwerfen, während sie dies bei Steuerinländern unterlassen.

³³¹ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 43, Rdnr. 29.

³³² Vgl. Nave, EWS 2009, S. 1.

³³³ EuGH C 364/01 v. 11. 12. 03 – *Erben v. H. Barbier* – Slg. I 2003, S. 15013, Rdnr. 56.

³³⁴ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – *Stauffer* – Slg. I 2006, S. 8203.

³³⁵ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 06 – *Denkavit* – Slg. I 2006, S. 11949.

³³⁶ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – *Aberdeen* – IStR 2009, S. 499.

³³⁷ EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – *Amurta* – Slg. I 2007, S. 9569.

1.3.2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresse als ungeschriebene Bereichsausnahme

Weiterhin erkennt der EuGH als Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff „zwingende Gründe des Allgemeininteresse“ an. Hierunter fallen zwingende Erfordernisse, insbesondere das Erfordernis einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, der Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz.³³⁸ Es handelt sich insoweit um ungeschriebene Ausnahmen des grundfreiheitsrechtlichen Beschränkungsverbots.³³⁹ Die Einschränkungsmöglichkeiten, die der EuGH als zur Einschränkung überhaupt in Betracht kommend anerkannt hat, wendet er allerdings nur sehr zurückhaltend an. Zudem hat er diese Rechtfertigungsgründe eher konturlos und unscharf gelassen.³⁴⁰ Sie unterliegen darüber hinaus strengen Anforderungen im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit³⁴¹ und die Förderung der heimischen Wirtschaft stellt ebenso wenig einen Grund des „zwingenden Allgemeininteresse“ dar wie die Furcht vor Steuermindereinnahmen.³⁴²

1.4. Das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV

Das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV untersagt staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen, soweit diese den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Es gewährleistet unverfälschte Wettbewerbsbedingungen, als unabdingbare Voraussetzung eines freiheitlichen Handelns im Binnenmarkt.³⁴³ Die wirtschaftspolitische Souveränität der Mitgliedstaaten wird hierdurch stark eingeschränkt. Im Gegenzug werden in-

³³⁸ EuGH C 120/78 v. 20. 02. 79 – Rewe – Slg. I 1979, S. 679, Rdnr. 8; C 442/02 v. 05. 10. 04 – Caixa-Bank France – Slg. I 2004, S. 8961, Rdnr. 21.

³³⁹ Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 12.

³⁴⁰ Stewen, EuR 2008, S. 456.

³⁴¹ Musil, RIW 2006, S. 287.

³⁴² Bröhmer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 58, Rdnr. 8.

³⁴³ Kube, EuR 2004, S. 236.

ländische Unternehmen vor Wettbewerbsnachteilen innerhalb des Wirtschaftsraums der Union geschützt.³⁴⁴

1.4.1. Begriff der „Beihilfe“

Der Begriff der „Beihilfe“ ist in Art. 107 AEUV zwar nicht definiert. Gemeinhin wird unter ihr eine Maßnahme verstanden, die gleich in welcher Form (Tun oder Unterlassen) die Belastungen verringert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.³⁴⁵ Die Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe richtet sich ausschließlich nach ihren Wirkungen. Gründe oder Ziele ihrer Gewährung bleiben bei der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV außer Betracht.³⁴⁶ Der EuGH führte aus: „Der Begriff der Beihilfe umfasst nicht nur positive Maßnahmen, sondern auch Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen“.³⁴⁷

1.4.2. Begünstigung „bestimmter“ Unternehmen

Durch die Beihilfe müssen „bestimmte“ Unternehmen begünstigt werden. Damit grenzt das Kriterium der Selektivität die Beihilfe von der allgemeinen wirtschaftspolitischen Maßnahme ab.³⁴⁸ Aus der Formulierung „bestimmte Unternehmen“ folgt, dass allgemeine Förderungsmaßnahmen der Wirtschaftspolitik zugunsten der Gesamtheit aller Unternehmen von dem Anwendungs-

³⁴⁴ Mederer/van Ysedvck in: v.d.Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 87, Rdnr. 4.

³⁴⁵ Kube in: Becker/Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 102; ders., Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 287, 294.

³⁴⁶ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung v. 10. 12. 98, ABl. 1998 Nr. C 384/3, Rdnr. 7; Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 9.

³⁴⁷ EuGH C 172/03 v. 03. 03. 05 – Heiger – Slg. I 2005, S. 1627, Rdnr. 36; C 222/04 v. 10. 01. 06 – Ministerio dell’Economia – Slg. I 2006, S. 289, Rdnr. 131.

³⁴⁸ Linn, IStR 2008, S. 602.

bereich des Verbotstatbestandes nicht umfasst werden.³⁴⁹ Soweit eine Vielzahl von Unternehmen begünstigt wird, stellt dies noch keine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme dar.³⁵⁰ Dabei kommt es nicht auf eine allgemeine Formulierung einer Maßnahme an, sondern auf ihre tatsächliche Wirkung.³⁵¹ Demnach erfüllt auch eine allgemein formulierte Maßnahme, die aber de facto nur einzelne oder gar nur ein Unternehmen oder eine Branche begünstigt, das Bestimmtheitserfordernis. Beispiele für marktweite Maßnahmen, die Ziele der allgemeinen Wirtschaftspolitik verfolgen, sind die Senkung oder Abschaffung von Unternehmenssteuern oder verbesserte Abschreibungsmöglichkeiten.³⁵²

1.4.3. Beihilfe aus Mitteln „des Staates“

Des Weiteren muss es sich um staatliche Beihilfen handeln, oder um Beihilfen aus Mitteln des Staates.³⁵³ Unproblematisch liegt das Tatbestandsmerkmal „aus Mitteln des Staates“ vor, soweit ein „direkter“ Steuervorteil gewährt wird. Denn ein Steuereinnahmeverlust steht der Verwendung staatlicher Mittel gleich.³⁵⁴

1.4.4. Wettbewerbsverfälschung zwischen den Mitgliedstaaten

Der Wettbewerb wird verfälscht, sobald Unternehmen bevorzugt werden.³⁵⁵ Diese Voraussetzung wurde bislang überwiegend als Rechtswidrigkeitsmerkmal verstanden. Zunehmend setzt sich allerdings die Einordnung als Tatbestands-

³⁴⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung v. 10. 12. 98, ABl. 1998 Nr. C 384/3, Rdnr. 13; Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 17.

³⁵⁰ EuGH C 75/97 v. 17. 06. 99 – Belgien/Kommission – Slg. I 1999, S. 3671, Rdnr. 32.

³⁵¹ Vgl. Kube, EuR 2004, S. 237.

³⁵² Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung v. 10. 12. 98, ABl. 1998 Nr. C 384/3, Rdnr. 13; Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 290; ders. in: Becker/Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 103; Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 17.

³⁵³ Vgl. weitergehend Kube in: Becker/Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 105, 116.

³⁵⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung v. 10. 12. 98, ABl. 1998 Nr. C 384/3, Rdnr. 8, 10; EuGH C 156/98 v. 19. 09. 00, Slg. I 2000, S. 6857, Rdnr. 26; Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 144, 310, 408.

³⁵⁵ Kube, EuR 2004, S. 236.

merkmal durch.³⁵⁶ Die Befreiung eines Unternehmens von Kosten, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeiten zu tragen hätte, führt grundsätzlich zu einer Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen.³⁵⁷

1.4.5. Beeinträchtigung des Handels

Der Begriff des Handels ist weit zu verstehen.³⁵⁸ Eine Handelsbeeinträchtigung liegt vor, wenn sich der Verkehr innerhalb der Union durch die Beihilfe anders entwickelt oder entwickeln könnte als ohne die Beihilfengewährung.³⁵⁹ Für die Qualifizierung einer nationalen Maßnahme als staatliche Beihilfe bedarf es dabei nicht des Nachweises einer tatsächlichen Auswirkung der Beihilfe auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und einer tatsächlichen Wettbewerbsverzerrung, sondern nur der Prüfung, ob die Beihilfe geeignet ist, diesen Handel zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb zu verfälschen.³⁶⁰ Auch braucht das begünstigte Unternehmen nicht selbst am grenzüberschreitenden Handel innerhalb der Union teilzunehmen. Wenn nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe gewährt, kann die inländische Tätigkeit dadurch beibehalten oder verstärkt werden, so dass sich die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, den Markt dieses Mitgliedstaats zu durchdringen, verringern.³⁶¹

Eine Beeinträchtigung des Handels liegt jedoch nicht vor, soweit eine Beihilfe ausschließlich auf rein innerstaatlicher Ebene Auswirkungen entfaltet.³⁶² Ausgenommen sind damit Beihilfen, die ausschließlich lokale, regionale oder nationale Auswirkung haben (z.B. nicht überregionale Tageszeitungen, Freizeitbäder oder ggf. Krankenhäuser).³⁶³

³⁵⁶ Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 288.

³⁵⁷ EuGH C 172/03 v. 03. 03. 05 – Heiger – Slg. I 2005, S. 1627, Rdnr. 55.

³⁵⁸ So ist bspw. Die Nachfrage nach Strom als Handel bezeichnet worden (EuGH C 379/98 v. 13. 03. 01 – Preussen Elektra – Rdnr. 26); Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 26.

³⁵⁹ Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 26.

³⁶⁰ EuGH C 222/04 v. 10. 01. 06 – Ministero dell'Economia – Slg. I 2006, S. 289, Rdnr. 140.

³⁶¹ EuGH C 222/04 v. 10. 01. 06 – Ministero dell'Economia – Slg. I 2006, S. 289, Rdnr. 143.

³⁶² Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 27.

³⁶³ Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 27.

1.4.6. Statuierte Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Art. 107 Abs. 2 u. 3 AEUV normieren – konkretisiert durch Ausnahmeverordnungen und Kommissionsmitteilungen – Ausnahmemöglichkeiten vom Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV, so dass das grundsätzliche Verbot von staatlichen Beihilfen weder absolut noch unbeding ist. So räumt Art. 107 Art. 3 AEUV der Kommission einen weiten Spielraum bei der Entscheidung ein, bestimmte Beihilfen unter Abweichung von dem allgemeinen Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären.³⁶⁴ Sobald eine Beihilfe danach im Beihilferegister³⁶⁵ der Union gelistet wird, wurde diese von der Europäischen Kommission für unionsrechtlich zulässig erachtet. Eine Aufnahme der reit-spezifischen Begünstigungstatbestände erfolgte bislang nicht, da die entsprechenden Notifizierungsverfahren nicht durchgeführt wurden.³⁶⁶

Aufgrund der praktischen Reichweite der Ausnahmemöglichkeiten sind Beihilfebestimmungen nach wie vor eine unabwiesbare Realität innerhalb der Union.³⁶⁷ Weitere Ausnahmemöglichkeiten enthalten die De-minimis-VO³⁶⁸ oder die KMU-VO³⁶⁹. Auch ist durch die EuGH-Rechtsprechung anerkannt, dass solche Vergünstigungen, die eine Anpassung an besondere Umstände darstellen, vom Beihilfeverbot ausgenommen sind.³⁷⁰ Insoweit verbleibt dem EuGH ein Ermessensspielraum.³⁷¹

³⁶⁴ EuGH C 143/99 v. 08. 11. 01 – *Adria Wien Pipeline u. Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* – Slg. I 2001, S. 8365, Rdnr. 30.

³⁶⁵ Abrufbar für die deutschen genehmigten Beihilfen unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/by_ms_deu.html

³⁶⁶ Reimer in: *Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz*, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 12.

³⁶⁷ Mederer in: v.d. Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2003, Vorbem. Art. 87 – 89, Rdnr. 3; Cremer in: *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 2007, Art. 87, Rdnr. 1.

³⁶⁸ Diese nimmt betragsmäßig geringe Beihilfen vom Beihilfeverbot aus.

³⁶⁹ Diese nimmt Beihilfen zu Gunsten kleiner und mittelständischer Betriebe vom Beihilfeverbot aus.

³⁷⁰ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – *Unicredito Italiano* – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 51.

³⁷¹ Linn, *IStR* 2008, S. 604.

1.4.7. Rechtsfolge unzulässiger Beihilfen

Soweit die Kommission oder der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit einer Beihilfe feststellen, ist diese zurückzugewähren. Ziel der Rückforderung ist es, den unionsrechtskonformen Zustand wiederherzustellen, d.h. den Zustand, der ohne Gewährung der unionsrechtswidrigen Beihilfe bestanden hätte.³⁷² Das „Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Beihilfe“ steht der Rückforderung dabei nicht entgegen. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist es einem sorgfältigen Gewerbetreibenden regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob das unionsrechtliche Beihilfeverfahren eingehalten wurde. Auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die Rückforderung unionsrechtswidriger nationaler Beihilfen regelmäßig wegen des Vorrangs des Unionsrechts vor dem einfachen deutschen Recht nicht zu beanstanden.³⁷³ Auch administrative oder wirtschaftliche Schwierigkeiten stehen der Rückforderung nicht entgegen.³⁷⁴ Nach Art. 15 Abs. 1 Beihilfe-VO³⁷⁵ erlischt die Möglichkeit der Rückforderung, und damit die beihilferechtliche Ungewissheit, nach zehn Jahren.³⁷⁶

³⁷² Linn, IStR 2008, S. 603.

³⁷³ Grube, DStZ 2007, S. 379.

³⁷⁴ Linn, IStR 2008, S. 606.

³⁷⁵ Beihilfeverordnung EG Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 03. 1999, ABl. L 83/1 v. 27. 03. 1999.

³⁷⁶ Zur Fristerweiterung vgl. § 15 Abs. 2 Beihilfe-VO.

2. Vereinbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsmerkmale mit unionsrechtlichen Vorgaben

2.1. Der REIT als freiheitseröffnende Option und universelle Geltung des Unionsrechts

Wie dargelegt untersagen die Grundfreiheiten dem Grunde nach Beschränkungen bei grenzüberschreitendem Handeln. Demgegenüber stellt der REIT-Status eine an besondere Strukturvorgaben geknüpfte spezielle Rechtsfolge,³⁷⁷ eine steuerrechtliche Option³⁷⁸ eine Freiheitserweiterung gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten dar. Bei einem REIT handelt es sich um eine steuerliche Gestaltung, zu der eine Gesellschaft optieren kann, um einen neuen Typus von Anlageinstrument. Die unternehmerische Entscheidung zugunsten des REIT erfolgt autonom und ohne staatliche Einflussnahme durch die zuständigen Gesellschaftsorgane. Die mit der Umwandlung verbundenen Einschränkungen werden von der Gesellschaft mit ihrer Entscheidung für den REIT willentlich in Kauf genommen und sind gesetzliche Folge dieser Entscheidung.³⁷⁹

Vertreten wird deshalb, dass die Verabschiedung des REIT-Gesetzes keine Freiheitsbeschränkung beinhalte, sondern im Gegenteil eine Erweiterung gesellschaftsrechtlicher Handlungsmöglichkeiten, was keiner Rechtfertigung bedürfe.³⁸⁰ Auch ist bei Immobiliengesellschaften der steuerliche Druck, sich in eine steuerbefreite Gesellschaft umzuwandeln, besonders niedrig. Denn Immobilienkapitalgesellschaften sind nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG – anders als andere Gesellschaften – faktisch von der Gewerbesteuer befreit und zahlen nur die Körperschaftsteuer. Wenn aber gesellschaftsrechtliche Einschränkungen freiverantwortlich in Kauf genommen würden, dann sei es rechtsmissbräuchlich, sich dieser über unionsrechtliche Vorgaben später wieder entledigen zu wollen.

³⁷⁷ Geurts, BB 2005, S. 913.

³⁷⁸ Hahn, ZGR 2006, S. 806.

³⁷⁹ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

³⁸⁰ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 207.

Bemerkenswert ist, dass die Vertreter dieser Argumentationslinie die gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen für per se grundfreiheitskonform halten, teilweise aber die gesellschaftsspezifisch entscheidende Vergünstigung der Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene für beihilfewidrig erachten.³⁸¹ Der REIT würde damit einem existentiellen beihilferechtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt werden und gleichzeitig würde ihm der Zugang zu den Grundfreiheiten versperrt. Dabei stellen die Vergünstigungen einen sachbezogenen Ausgleich für die hinzunehmenden gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen dar, ein in sich geschlossenes System. Auch der Umstand, dass der REIT eine freiheits-eröffnende Option darstellen mag, entbindet den Gesetzgeber damit nicht von der Verpflichtung, unionsrechtliche Vorgaben bei der Einführung gesetzlicher Neuerungen zu beachten.

Da die unionsrechtlichen Vorgaben damit universelle Geltung entfalten, wird nachstehend die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der REIT-Aktiengesellschaft auf ihre unionsrechtliche Vereinbarkeit hin untersucht.

2.2. Europarechtskonformität der Ausgestaltungsmerkmale, die Investitionsmöglichkeiten der Höhe nach einschränken bzw. völlig ausschließen

2.2.1. Allgemeine Höchstbeteiligungsquote von unter zehn Prozent nach § 11 Abs. 4 REITG

Das am häufigsten und am kontroversesten diskutierte Ausgestaltungsmerkmal ist die allgemeine Höchstbeteiligungsquote für Anleger von unter zehn Prozent.³⁸² Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Befürchtung, dass sich diese weitgehende Beschränkung der Anlagemöglichkeit zu Lasten der Kapitalmarktfähigkeit des REIT auswirke. Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob diese Beschränkung der Anlagemöglichkeiten im Einklang mit dem grundfreiheitsrechtlichen Beschränkungsverbot der Kapital- oder Niederlassungsfreiheit steht, insbesondere vor dem Hintergrund der diversen zu „Golden Shares“ und

³⁸¹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 57.

³⁸² Hahn, ZGR 2006, S. 828, 830.

vergleichbaren Restriktionen ergangenen Urteilen des EuGH.³⁸³ Niedergelegt ist die Höchstbeteiligungsquote in § 11 Abs. 4 REITG. Sie untersagt Anlegern – ausländischen und inländischen Aktionären gleichermaßen – das Halten von REIT-Anteilen i.H.v. 10 Prozent oder mehr. Hintergrund dieser Regelung ist vor allem die Sicherstellung des nationalen Steuerzugriffs auf Dividendenerträge.³⁸⁴ Zudem stellt die Höchstbeteiligungsquote, ebenso wie der obligatorische Streubesitz sicher, dass der REIT dauerhaft als allgemein zugängliches Kapitalanlageprodukt zur Verfügung steht. Der nationale Charakter des deutschen REIT wird hierdurch nicht sichergestellt, stehen doch solche Strukturanforderungen einer Beteiligung ausschließlich ausländischer Investoren nicht entgegen.³⁸⁵

Ein Verstoß gegen die Höchstbeteiligungsquote wird auf Anlegerebene vergleichsweise milde sanktioniert. Dem Aktionär wird nach §§ 16 Abs. 2 S. 2, 20 Abs. 4 S. 2 REITG nur der Zugang zu DBA-Privilegien genommen. Ihm werden nach § 16 Abs. 2 REITG zwar „alle“ Rechte genommen, die sich aus seiner über das zulässige Maß hinausgehenden Beteiligung ergeben. Die für den Anleger entscheidenden Rechte wie Stimmrecht und Dividendenanspruch bleiben ihm allerdings erhalten. Eine Stimmrechtsbeschränkung wäre angesichts entgegengesetzter EuGH-Rechtsprechung auch europarechtswidrig gewesen.³⁸⁶ Auch die Überlegung, wonach der die Höchstbeteiligungsquote überschreitende ausländische Aktionär seines Dividendenbezugsrechts verlustig gehen sollte, um ihn so zur Einhaltung der gesetzlich geforderten Anteilshöchstgrenze anzuhalten, wäre europarechtswidrig gewesen.³⁸⁷ Der nachhaltige Verstoß eines Anlegers gegen die Anteilshöchstgrenze bringt den REIT als solchen in arge Bedrängnis, hat doch der längerfristige Verstoß nach § 18 Abs. 3 S. 2 REITG den Statusverlust zur Konsequenz. Zwar kann die zuständige Finanzbehörde nach § 18 Abs. 5 S. 3 REITG vom Statusentzug absehen. Die Entscheidung der Finanzbehörde hierüber steht allerdings in ihrem freien Ermessen.

Die mit der Höchstbeteiligungsquote verbundene Begrenzung von Anlegerrechten kann gegen die Kapitalverkehrsfreiheit bzw. Kapitalverkehrsrichtlinie

³⁸³ Hahn, ZGR 2006, S. 830; Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

³⁸⁴ Gröpl, DStZ 2008, S. 64.

³⁸⁵ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 79.

³⁸⁶ EuGH C 174/04 v. 02. 06. 2005 – Kommission/Italien – Slg. I 2005, S. 4933, Rdnr. 30 f.

³⁸⁷ Für eine derartige Sanktion: Gröpl, DStZ 2008, S. 69.

verstoßen, sowie gegen die Niederlassungsfreiheit.³⁸⁸ Dabei ist vorab festzustellen, dass die Höchstbeteiligungsquote von unter zehn Prozent weder eine offene noch eine verdeckte Ausländerdiskriminierung darstellt. Eine offene Diskriminierung scheidet aus, da die Anteilshöchstgrenze für in- und ausländische Anleger gleichermaßen gilt. Hierin unterscheidet sich die Anlagebeschränkung von den der Golden-Shares-Rechtsprechung zugrunde liegenden Fällen.³⁸⁹ Auch liegt keine indirekte Diskriminierung vor. Ausländischen Anlegern entgeht zwar die Möglichkeit durch eine höhere Beteiligung einen niedrigeren Quellensteuersatz gemäß DBA beanspruchen zu können. Inländischen Anlegern steht dieser Vorteil jedoch unabhängig von der Höhe der Beteiligung nicht zu. Die Verwehrung des Schachtelprivilegs durch eine Beteiligungsgrenze führt somit zu keiner Schlechterbehandlung und somit zu keiner verdeckten Diskriminierung der ausländischen Anleger.³⁹⁰

2.2.1.1. Rechtsprechungsvorgaben des EuGH

Der EuGH hat sich bislang noch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob eine allgemeine gesellschaftsrechtliche Höchstbeteiligungsquote gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt. Mehrfach hat er jedoch schon Höchstbeteiligungsquoten verworfen, die entweder diskriminierenden Charakter aufwiesen, oder die Beteiligung an ein Genehmigungserfordernis knüpften.³⁹¹ Allgemein führte der EuGH aus, dass Höchstbeteiligungsquoten auch dann, wenn sie nicht zu einer Ungleichbehandlung führten, sie doch den Erwerb von Anteilen an den betreffenden Unternehmen verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten könnten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren. Dies sei geeignet, den freien Kapitalverkehr illusorisch zu machen.³⁹² Auch führte er

³⁸⁸ Für EG-Rechtswidrigkeit der Höchstbeteiligungsquote: Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 29; Bron, BB-Special 2007, S. 6; ders., Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 9; Kraft/Bron, IStR 2007, S. 379; Hornig, PISStB 2007, S. 191; Geurts, BB 2005, S. 914; Zweifelnd: Pluskat, IStR 2006, S. 665; BT.-Drs. 16/4026, S. 30 (Stellungnahme des Bundesrates). Verneinend: BT.-Drs. 16/4026, S. 15 (REIT-Gesetzentwurf).

³⁸⁹ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

³⁹⁰ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 26.

³⁹¹ Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1490.

³⁹² EuGH C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 45.

in Anlehnung an die durch Kapitalverkehrsrichtlinie geschützten Wirtschaftstransaktionen aus, dass durch Art. 63 AEUV Direktinvestitionen geschützt werden, die durch die Möglichkeit gekennzeichnet sind, sich tatsächlich an der Verwaltung einer Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen.³⁹³ Eine Beschränkungen i.S.v. Art. 63 AEUV liege bei Maßnahmen vor, die geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren anderer Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren.³⁹⁴ Die Kapitalverkehrsfreiheit garantiere die Möglichkeit, sich an einer Gesellschaft zu beteiligen, um dauerhafte und direkte Wirtschaftsbeziehungen mit ihr zu schaffen oder aufrechtzuerhalten, die es ihnen ermöglichen, sich effektiv an ihrer Verwaltung oder ihrer Kontrolle zu beteiligen.³⁹⁵

2.2.1.2. Ausführungen der Literatur

2.2.1.2.1. Die Zulässigkeit bejahende Stimmen

Vertreten wird, dass die Beteiligungshöchstgrenze unionsrechtlich unantastbar sei, da die Kompetenz der Mitgliedstaaten, die Ausgestaltung ihrer Gesellschaftstypen frei zu bestimmen, aus Art. 345 AEUV folge. Diese Vorschrift schütze ausdrücklich die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten. Der REIT realisiere dabei generell-abstrakt ein Stück mitgliedstaatlicher Eigentumsordnung. Eigentumsrechtlich sei der REIT ein Freiheitsangebot, kein Eingriff. Die Höchstbeteiligungsquote sei damit eine Inhalts- und keine Schrankenbestimmung und unionsrechtlich nicht zu beanstanden.³⁹⁶

Vertreten wird auch, dass die Höchstbeteiligungsquote unbedenklich sei, da sie in- und ausländische Investoren gleichermaßen betreffe.³⁹⁷ Bei REITs stelle die

³⁹³ EuGH C 463/00 v. 13. 05. 03 – Kommission/Spanien – Slg. I 2003, S. 4581, Rdnr. 53; siehe auch: EuGH C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 38.

³⁹⁴ EuGH C 112/05 v. 23. 10. 07 – Kommission/Deutschland – Slg. I 2007, S. 8995, Rdnr. 19.

³⁹⁵ EuGH C 112/05 v. 23. 10. 07 – Kommission/Deutschland – Slg. I 2007, S. 8995, Rdnr. 51 f.

³⁹⁶ Hufeld, EWS 2008, S. 216.

³⁹⁷ Schmidt/Behnes, BB 2006, S. 2330; Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 31; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 203 ff.

allgemeingültige, abstrakt-generelle Höchstbeteiligungsquote den zentralen Baustein einer Gesellschaftsform dar, die darauf abziele, betriebswirtschaftliche Risiken zu minimieren, die sich aus Mehrheitsbeteiligungen oder dem Alleinbesitz für den Kapitalmarkt und auch externe Gläubiger der Gesellschaft ergeben. Entscheidend sei, dass die Rechtsform des REIT von vornherein mit einer derartigen Begrenzung konzipiert worden sei, diese Gesellschaftsform niemals anders entstanden sei.³⁹⁸ Die Höchstbeteiligungsquote sei daher Inhalts- und keine Schrankenbestimmung.³⁹⁹

Die Grundfreiheiten enthielten nicht die freiheitliche Garantie, dass jeder Marktteilnehmer gesellschaftsrechtliche Beteiligungen i.H.v. 100 Prozent (Alleinbesitz) erwerben und halten könne.⁴⁰⁰ Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH. Dieser habe zwar schon verschiedentlich Höchstbeteiligungsquoten gekippt. Diese seien jedoch stets auf die Abschottung der nationalen Märkte gerichtet gewesen und sollten den Einfluss der öffentlichen Hand auf ehemals öffentliche und später privatisierte Unternehmen sichern (Golden Shares). Dies sei ein anderer Fall als die abstrakt generelle Beschränkung des Anteilserwerbs.⁴⁰¹ Denn die Beteiligungshöchstgrenze bei REITs zementiere keinen vergleichbaren hoheitlichen Einfluss auf staatliche Industrieunternehmen.⁴⁰²

Für die Zulässigkeit der Höchstbeteiligung spreche auch der Vergleich mit herkömmlichen bestehenden Immobiliengesellschaften. So war etwa die Anlegerzahl bei offenen Immobilienspezialfonds nach dem mittlerweile ersatzlos gestrichenen § 91 Abs. 1 InvG⁴⁰³ auf maximal 30 Investoren begrenzt, ohne dass hierin ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gesehen wurde.⁴⁰⁴ Das Gleiche gilt für den offenen Immobilienpublikumsfonds. Auch hier ist es einem einzelnen Investor nicht möglich, die Gesellschaft zu „übernehmen“ oder eine

³⁹⁸ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 205.

³⁹⁹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 205.

⁴⁰⁰ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 203.

⁴⁰¹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 204.

⁴⁰² Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

⁴⁰³ Investmentgesetz.

⁴⁰⁴ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

„Kontrollmehrheit“ zu erlangen. Ein Stimmrecht, das gesellschaftsrechtliche Mitspracherechte gewährt, ist zwar der Aktie, nicht jedoch dem Immobilienfondsanteil immanent. Soweit ein Investor über einen geschlossenen Immobilienfonds investiert und hier – dem Normalfall entsprechend – die Kommanditistenstellung innehat, ist er auch von der Unternehmensführung ausgeschlossen, da diese dem Komplementär obliegt. Damit zeichnet sich die indirekte Immobilienanlage gerade dadurch aus, dass die anteilige Teilhabe im Vordergrund steht, so dass das wirtschaftliche Risiko, welches mit jeder Immobilieninvestition verbunden ist, auf mehrere Anleger verteilt wird und eventuelle Verluste nur anteilig zu verkraften sind. Soweit erweiterte Einflussnahmemöglichkeiten gewünscht sind, verbleibt nur die Immobiliendirektinvestition.

2.2.1.2.2. Die Zulässigkeit verneinende Stimmen

2.2.1.2.2.1. Übertragbarkeit der Golden-Shares-Rechtsprechung

Mit Verweis auf die Golden-Shares-Rechtsprechung des EuGH wird die allgemeine Höchstbeteiligungsquote für unionsrechtswidrig gehalten. Als „Golden Shares“ (übersetzt: goldene Aktien) werden gemeinhin durch Gesetz eingeführte oder satzungsmäßig verankerte, dem Staat zustehende Sonderrechte an teil- oder vollprivatisierten Publikumsaktiengesellschaften zur Sicherung nationaler Interessen bezeichnet, die der öffentlichen Hand eine unmittelbare oder mittelbare Überwachung und Steuerung der Aktionärsstruktur ermöglichen. Weiterhin begründen sie unmittelbare oder mittelbare Einflussmöglichkeiten auf bestimmte Geschäftsführungs- und Grundlagenmaßnahmen und sichern in der Regel ein Recht auf Entsendung von Organmitgliedern ohne entsprechende Kapitalbeteiligung.⁴⁰⁵ Bei den betroffenen Unternehmen handelte es sich um eine Vielzahl ehemaliger Staatsunternehmen, die angesichts klammer Haushaltskassen zur Generierung öffentlicher Einnahmen und in der Vorstellung einer größeren Effizienz des privaten Marktgeschehens privatisiert wurden. Deren Geschäftsfeld befand sich oftmals in versorgungspolitisch sensiblen Bereichen wie der Energieversorgung oder dem Telekommunikationssektor. Diese Unternehmen sollten im Rahmen der Privatisierung nicht vollständig den freien

⁴⁰⁵ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 134.

Kräften des Marktes überantwortet und ausgesetzt werden. Entscheidende Mitsprache- und Kontrollrechte sollten staatlicherseits vorbehalten bleiben. Politisch gewollt war zudem eine starke Beteiligung von Kleinanlegern. Eine breit gestreute Anteilseignerschaft sollte die Entstehung eines sogenannten „people’s capitalism“ fördern und zugleich als Instrument der „Nationalisierung der Wirtschaft“ dienen. Bezweckte Folge der umfangreichen Beteiligung inländischer Anleger war auch, die Übernahme der nunmehr privaten Gesellschaft, insbesondere durch internationale Investoren, zu verhindern.⁴⁰⁶

Zu diesem Zwecke wurden teilweise auch Stimmrechts- und Anteilsbesitzbeschränkungen eingeführt, die die Übernahme der Gesellschaft durch einen oder mehrere gemeinsam handelnde Aktionäre verhindern sollten. Die Begrenzung des Anteilsbesitzes erfolgte dabei auf eine solche Höhe, die nach dem jeweiligen Gesellschaftsrecht bereits die Bildung einer bedeutenden Beteiligung unterband und damit die Kontrollerlangung oder sogar vollständige Übernahme unmöglich machte. Die Gesellschaft wurde damit dem Markt für Unternehmenskontrolle entzogen.⁴⁰⁷ Diese Anteilsbesitzbeschränkungen stehen zwar in engem Zusammenhang mit „Golden Shares“ sind von diesen inhaltlich jedoch zu unterscheiden.⁴⁰⁸

Im Zusammenhang mit Anteilsbeschränkungen bei diesen ehemaligen Staatsunternehmen urteilte der EuGH stets, dass diese der Kapitalverkehrsfreiheit zuwiderliefen und betonte zugleich, dass die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung keine Anwendung fänden. Da die Anteilsbesitzbeschränkungen die Situation des Beteiligungserwerbers als solche berührten, seien sie geeignet, die Investitionen aus den Mitgliedstaaten und somit den Marktzugang zu unterbinden, so dass gerade keine „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der angeführten Rechtsprechung vorlägen.⁴⁰⁹

Pauschalierend und erweiternd wird daraus gefolgert, das Höchstbeteiligungsquoten allgemein unzulässig seien. Denn das Verbot einer Einschränkung des freien Kapitalverkehrs gelte für alle Unternehmen und nicht nur für ehemals

⁴⁰⁶ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 56.

⁴⁰⁷ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 249.

⁴⁰⁸ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 133.

⁴⁰⁹ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 203; EuGH C 98/01 v. 13. 05. 2003 – Kommission/Vereinigtes Königreich – Slg. I 2003, S. 4641, Rdnr. 47.

staatliche Unternehmen. Auch habe der EuGH nicht erkennen lassen, dass er hier für eine Differenzierung Raum lässt.⁴¹⁰ Wenn aber Höchstbeteiligungsquoten schon in volkswirtschaftlich sensiblen Bereichen keinen Bestand haben, dann dürfte ihnen bei bloß immobilienhaltenden REITs erst Recht keine Wirksamkeit zukommen.

2.2.1.2.2.2. „Beschränkung“ aufgrund reduzierter Investitionsmöglichkeiten

Die Höchstbeteiligungsquote nimmt die vollen Investitionsmöglichkeiten in REITs. Umgangssprachlich könnte man auch formulieren, dass die Investitionsmöglichkeiten „beschränkt“ werden. Da nach der EuGH-Rechtsprechung die Grundfreiheiten kein Diskriminierungsverbot, sondern ein Beschränkungsverbot beinhalten, wird nun gefolgert, dass die Höchstbeteiligungsquote deshalb unzulässig sei. Sie verhindere den freien Fluss von Kapital, da Investoren nicht mehr frei bestimmen könnten, in welcher Höhe sie in deutsche REITs investieren. Folglich könne das Kapital nicht an den Ort der höchsten Effizienz fließen.⁴¹¹ Weiter wird argumentiert, dass den Anlegern zusätzliche Kosten durch die zu zahlende Quellensteuer entstünden, da die Beteiligungshöchstgrenze den Zugang zu den Schachtelprivilegien verhindere. Dies begründe zwar keine Diskriminierung. Gleichwohl führe sie zu einer Beschränkung des Kapitalverkehrs.⁴¹²

Diese Argumentation verkennt, dass der Zugang zu den DBA-Privilegien zusätzlich durch zwei Treaty Overrides gesichert wird. Der Umstand, dass die Höchstbeteiligungsquote vor den unionsrechtlichen Grundfreiheiten keinen Bestand hat, lässt noch nicht den Schluss zu, dass die DBA-Privilegien automatisch zur Anwendung gelangen können. Erst wenn festgestellt würde, dass auch das zweifache Treaty Override gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt, könnten ausländische Anleger die REIT-Dividenden faktisch ohne Quellensteuereinbehalt vereinnahmen, da diese sich nach § 50 d Abs. 1 EStG die zuviel einbehaltene Quellensteuer vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten

⁴¹⁰ Hahn, ZGR 2006, S. 831 f.

⁴¹¹ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 27.

⁴¹² Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 27.

lassen können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die in Deutschland definitiv entstandene Steuer, im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Aktionärs, auf die dort zu entrichtende Steuer i.d.R. angerechnet wird.

Vertreten wird auch, dass die allgemeine Höchstbeteiligungsquote unzulässig sei, da sie nicht zu den „essentialia negotii“ des REIT gehöre. Der initiale Vorschlag der IFD⁴¹³ habe bewusst keine Höchstbeteiligungsquote vorgesehen.⁴¹⁴ Auch gehöre die Höchstbeteiligungsquote nicht zum internationalen Standard von REITs, zudem gefährde sie die Kapitalmarktfähigkeit.⁴¹⁵

Auch habe der deutsche Gesetzgeber Kapitalmarktbeschränkungen durch Stimmrechtsbegrenzungen grundsätzlich kritisch gesehen und die Möglichkeit, in der Satzung Stimmrechtsbeschränkungen durch Höchststimmrechte vorzusehen, für börsennotierte Gesellschaften 1998 aufgehoben. Die Begrenzung der Beteiligungshöhe aber wirkt ebenso wie ein Höchststimmrecht, da sie die Möglichkeit der Einflussnahme durch einen Aktionär begrenzt. Die Einführung eines vergleichbaren Instruments zur Beschränkung der Beteiligung erscheint als Widerspruch zu der damaligen Gesetzesentscheidung und wirkt letztlich wie ein Bekenntnis zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit.⁴¹⁶

Argumentiert wird schließlich auch, dass die mit Statusverlust für den REIT verbundene Höchstbeteiligungsquote unverhältnismäßig sei. Denn von ihr würden auch inländische Anteilsinhaber betroffen, bei denen die Inanspruchnahme von DBA-Regeln nicht zu befürchten stehe. Missbrauchsvorschriften, die auch dann zur Anwendung gelangten, wenn kein steuerlicher Missbrauch vorliege, würden vom „zwingenden Allgemeininteresse“ nicht mehr gedeckt.⁴¹⁷ Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass eine Anlegerhöchstbeteiligung, die nur ausländische Anleger erfasst, offenkundig gegen Unionsrecht verstößt.

⁴¹³ Initiative Finanzplatz Deutschland.

⁴¹⁴ Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1490.

⁴¹⁵ Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1490 f.

⁴¹⁶ Hahn, ZGR 2006, S. 832.

⁴¹⁷ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 29.

2.2.1.3. Beschränkung aufgrund entgegenstehender Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie

Weiterhin sprechen die Vorgaben der in ihren Zielen verbindlichen Kapitalverkehrsrichtlinie für die Unzulässigkeit der Höchstbeteiligungsquote. Die Richtlinie normiert den Grundsatz vollständiger Liberalisierung und über ihre Nomenklatur wird die Möglichkeit geschützt, Unternehmen auch vollständig zu übernehmen. Eine Höchstbeteiligungsquote von unter 10 Prozent steht dieser Möglichkeit entgegen. Damit bleibt vorläufig festzuhalten, dass die Höchstbeteiligungsquote gegen die Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie verstößt.

2.2.1.4. Rechtfertigung

2.2.1.4.1. Zulässigkeit der Höchstbeteiligungsquote nach Art. 65 AEUV

Der freie Kapitalverkehr kann als tragender Grundsatz des Vertrages nur durch eine nationale Regelung beschränkt werden, wenn diese aus in Art. 65 AEUV genannten Gründen gerechtfertigt ist. Des Weiteren muss sie für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Ferner ist die nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁴¹⁸

Vorliegend könnte Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV die Anlagebeschränkung rechtfertigen. Danach berührt Art. 63 AEUV nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln. Vorliegend hat die Höchstbeteiligungsquote zum Ziel, beschränkt steuerpflichtigen Anlegern den Zugang zu DBA-Schachtelprivilegien zu versagen.⁴¹⁹ Eine Rechtfertigung scheidet gleichwohl aus. Eine Vorschrift, durch welche die Beteiligungsmöglichkeit an einem REIT auf weniger als 10 Prozent begrenzt wird,

⁴¹⁸ EuGH C 463/00 v. 13. 05. 03 – Kommission/Spanien – Slg. I 2003, S. 4581, Rdnr. 68; C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 49.

⁴¹⁹ Gröpl, DStZ 2008, S. 64.

stellt keine steuerliche, sondern eine gesellschaftsrechtliche Vorschrift dar.⁴²⁰ Der Ausschluss der DBA-Privilegien lässt sich zielsicherer per Treaty Override regeln, wenn auch verständlich und fiskalisch nachzuvollziehen ist, dass der Gesetzgeber vorsichtshalber zusätzlich die Anlegerhöchstbeteiligung auf unter 10 Prozent festgelegt hat. Zudem wird ausländischen Anlegern durch eine allgemeine Höchstbeteiligungsquote offenkundig, dass er von den DBA-Privilegien ausgeschlossen ist. Einer versteckt steuerlichen Vorschrift, die ein Treaty Override normiert, kommt eine vergleichbare Transparenzwirkung nicht zu.

2.2.1.4.2. Zulässigkeit der Höchstbeteiligungsquote aus Kohärenzgesichtspunkten

Problematisch ist, ob die allgemeine Höchstbeteiligungsquote über Kohärenzgesichtspunkte zu rechtfertigen ist. Bislang hat der EuGH den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz nur in zwei Fällen anerkannt.⁴²¹ Es handelt sich hierbei um einen Rechtfertigungsgrund, der eine steuerliche Besserstellung von Inländern erlaubt, wenn sichergestellt ist, dass die steuerliche Besserstellung später korrespondierend und einer Systemgerechtigkeit entsprechend ausgeglichen wird.⁴²² Ob diese im Bereich des Steuerrechts zwar grundsätzlich anerkannte – aber durch den EuGH in späteren Entscheidungen oftmals verneinte – Rechtfertigungsmöglichkeit in der Lage ist, die Höchstbeteiligungsquote zu legitimieren, wird unterschiedlich beantwortet. Den folgenden Ausführungen liegt im Ausgangspunkt die Annahme zugrunde, dass primär die Höchstbeteiligungsquote den Zugang zu Doppelbesteuerungsabkommen nimmt. In der REIT-spezifischen Literatur wird der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz deshalb auch zumeist im Rahmen der Höchstbeteiligungsquote problematisiert, obwohl es sich hierbei streng genommen um eine steuerrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit handelt, die im Rahmen der Zulässigkeit des Treaty Overrides problematisiert werden müsste.

⁴²⁰ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 27; Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 31.

⁴²¹ EuGH C 204/90 v. 28. 01. 92 – Bachmann – Slg. I 1992, S. 249, Rdnr. 17 ff; C 300/90 v. 28. 01. 92 – Kommission/Belgien – Slg. I 1992, S. 305, Rdnr. 10 ff.

⁴²² Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 15; Stewen, EuR 2008, S. 456.

2.2.1.4.2.1. Kohärenz-Rechtsprechung des EuGH

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz ist gesetzlich nicht geregelt, entspricht jedoch der EuGH-Rechtsprechung. Der klassische, erstmals in der Rs. Bachmann⁴²³ entschiedene Fall der Kohärenz ist derjenige, dass Steuerinländern – im Gegensatz zu Steuerausländern – die Möglichkeit gegeben wird, bestimmte Zukunftssicherungsleistungen steuerlich abzuziehen. In diesem Fall ist die Abzugsfähigkeit bei Steuerinländern gerechtfertigt, weil der Staat zu späterem Zeitpunkt – wenn die Zukunftssicherungsleistungen zur Auszahlung gelangen – diese der Besteuerung unterwirft. Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz dient somit dem Ziel der Einmalbesteuerung von Einkünften.⁴²⁴ Seitdem wurde immer wieder versucht, steuerliche Ungleichbehandlungen beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtiger über den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz zu rechtfertigen, zumeist jedoch vergeblich.⁴²⁵ Grund hierfür war stets die restriktive Handhabung des erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhangs durch den EuGH.⁴²⁶

In den Urteilen Verkooijen⁴²⁷, Lenz⁴²⁸, Manninen⁴²⁹ und Meilicke⁴³⁰ hat der EuGH sein Verständnis des Kohärenzzusammenhangs weiter präzisiert. Den soeben genannten Urteilen liegt im Kern jeweils folgender Sachverhalt zugrunde: Die Nationalstaaten besteuerten Dividendenerträge dergestalt, dass sie für Dividenden, die von nationalen Unternehmen stammten, bestimmte Vorteile gewährten, wie steuerliche Rückvergütungen oder die Möglichkeit zu einem geringeren Steuersatz zu optieren. Begründet wurde dies mit dem Argument, dass die inländischen Dividenden zuvor bereits der nationalen Körperschaftsbesteuerung unterlägen hätten bzw. ausländische Dividenden höher seien, da die ausländische Körperschaftsteuer geringer sei. Die Bevorzugung der

⁴²³ EuGH C 204/90 v. 28. 01. 92 – Bachmann – Slg. I 1992, S. 249.

⁴²⁴ Lang, Die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, 2007, S. 103.

⁴²⁵ Kube, IStR 2008, S. 307; ders., EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 8 f.

⁴²⁶ Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 9.

⁴²⁷ EuGH C 35/98 v. 06. 07. 00 – Verkooijen – Slg. I 2000, S. 4071.

⁴²⁸ EuGH C 315/02 v. 15. 07. 04 – Lenz – Slg. I 2004, S. 7063.

⁴²⁹ EuGH C 319/02 v. 07. 09. 04 – Manninen – Slg. I 2004, S. 7477.

⁴³⁰ EuGH C 292/04 v. 06. 03. 07 – Meilicke – Slg. I. 2007, S. 1835.

„nationalen“ Dividenden sei daher kohärent zu den national zuvor gezogenen Steuervorteilen, so die nationale Argumentation.

Der EuGH sah dies anders: Er stellte nicht auf den innerstaatlichen Zusammenhang ab, sondern auf den internationalen Zusammenhang. Danach sind nationale Steuervorteile nämlich nicht kohärent zu ausländischer Gesellschaftsbesteuerung.⁴³¹ Geboten sei deshalb, die im Ausland gezahlte Körperschaftsteuer ebenfalls steuermindernd zu berücksichtigen.⁴³² Dementsprechend befand der EuGH die Steuervorteile für nationale Dividenden für unionsrechtswidrig und postulierte den „Grundsatz des freien Kapitalverkehrs für Dividenden“,⁴³³ womit es im Ergebnis gleichgültig ist, in welchem Mitgliedstaat die Besteuerung erfolgt.⁴³⁴

2.2.1.4.2.2. Kohärenz – Ansichten der Literatur

Vertreten wird, dass die Höchstbeteiligungsquote aus Kohärenzgesichtspunkten gerechtfertigt sei. Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz entkräfte den Vorwurf der unzulässigen Beschränkung, da die Steuerbefreiung auf Ebene der REIT-AG erst zu der besonderen Notwendigkeit der Sicherung des inländischen Steuersubstrats führe.⁴³⁵ Anderenfalls würden ausländische Anleger über DBA-Schachtelprivilegien von deutscher Steuer weitgehend unbelastete Gewinne erhalten können.⁴³⁶ Die Höchstbeteiligungsquote sei daher europarechtskonform.⁴³⁷

Dem wird jedoch entgegengehalten, dass der Staat, aufgrund des Umstandes, dass er die Doppelbesteuerungsabkommen freiverantwortlich abgeschlossen habe, sich nicht mehr auf den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz berufen könne. Die Kohärenz sei damit nicht mehr in der Lage, eine Beschränkung zu

⁴³¹ EuGH C 35/98 v. 06. 07. 00 – Verkooijen – Slg. I 2000, S. 4071, Rdnr. 58.

⁴³² EuGH C 319/02 v. 07. 09. 04 – Manninen – Slg. I 2004, S. 7477, Rdnr. 46.

⁴³³ EuGH C 292/04 v. 06. 03. 07 – Meilicke – Slg. I. 2007, S. 1835, Rdnr. 40.

⁴³⁴ Kube, IStR 2003, S. 331; Tiedke/Mohr, EuZW 2008, S. 426.

⁴³⁵ Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 53.

⁴³⁶ Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 31.

⁴³⁷ Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 54.

rechtfertigen.⁴³⁸

2.2.1.4.2.3. Schlussfolgerungen für den REIT

Problematisch ist, inwieweit die zuvor gemachten Ausführungen, die andere Sachverhalte betrafen, auf die Anlegerbesteuerung des REIT übertragen werden können. Problematisch ist dabei zum einen, ob zwischen Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene und Besteuerung auf Anlegerebene ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Zum anderen ist problematisch, ob der Kohärenzzusammenhang eine Besteuerung auf nationaler Ebene voraussetzt, oder ob eine international sichergestellte Besteuerung ausreichend ist. Der EuGH hat ausgeführt, dass der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz nur bei einem „unmittelbaren“ Zusammenhang zwischen Steuerfreistellung und späterer Steuerbelastung zum Tragen kommt.⁴³⁹

In der Rs. Lenz⁴⁴⁰ hatte der EuGH ausgeführt, dass die Einkommensteuer natürlicher Personen und die Körperschaftsteuer unterschiedliche Steuern sind, die bei unterschiedlichen Steuerpflichtigen erhoben werden.⁴⁴¹ Noch deutlicher formulierte es der EuGH in der Rs. Baars: Von einem Kohärenzzusammenhang könne „keine Rede sein“, wenn verschiedene Steuerpflichtige zwei verschiedenen Steuern unterliegen.⁴⁴²

Danach würde der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz ausscheiden, weil kein Unmittelbarkeitszusammenhang gegeben ist. In der später ergangenen Entscheidung Manninen führte der EuGH dagegen aus, dass eine Kohärenz zwischen Besteuerung auf Gesellschaftsebene und entsprechender Steuerfrei-

⁴³⁸ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 205.

⁴³⁹ EuGH C 242/03 v. 15. 07. 04 – Weidert u. Paulus – Slg. I 2004, S. 7359, Rdnr. 21; C 319/02 v. 07. 09. 04 – Manninen – Slg. I 2004, S. 7477, Rdnr. 42; C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 53.

⁴⁴⁰ In der Rechtsache Lenz ging es dabei um folgendes: Österreich gewährte den Beziehern von Kapitaleinkünften österreichischer Gesellschaften die Möglichkeit einer ermäßigten Besteuerung. Begründet wurde dies damit, dass ausländische Gesellschaften einem niedrigeren Besteuerungsniveau unterliegen würden. Der EuGH sah in diesem Zusammenhang eine Kohärenz der Steuerreduktion als nicht gegeben an.

⁴⁴¹ EuGH C 315/02 v. 15. 07. 04 – Lenz – Slg. I 2004, S. 7063, Rdnr. 36; so schon: EuGH C 168/01 v. 18. 09. 2003 – Bosal – Slg. I. 2003, S. 9409, Rdnr. 29 f.

⁴⁴² EuGH C 251/98 v. 13. 04. 00 – Baars – Slg. I 2000, S. 2787, Rdnr. 40.

stellung auf Gesellschafterebene gegeben sei, soweit der Zusammenhang zwischen der dem Aktionär gewährten Steuervergünstigung und der geschuldeten Körperschaftsteuer gewährleistet ist.⁴⁴³ Übertragen auf die Situation von REIT und REIT-Anlegern, müsste auch eine Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene, verbunden mit einer Besteuerung auf Gesellschafterebene einen unmittelbaren Zusammenhang darstellen. Offen ist in diesem Zusammenhang, ob der Umstand, dass der REIT nur 90 Prozent seines Gewinns ausschütten muss, den Kohärenzzusammenhang entfallen lässt. Denn in Bezug auf die verbleibenden 10 Prozent wird die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene nicht durch eine Besteuerung auf Gesellschafterebene kompensiert. Auch Strafzahlungen (bis zu 30 Prozent des durch Dienstleistungen erhaltenen Betrages oder des zu wenig ausgeschütteten Jahresüberschusses), Abschreibungsbeträge, Rückstellungen und Rücklagen führen – zumindest zeit- und teilweise – zu Diskrepanzen zwischen den Erträgen auf Gesellschaftsebene einerseits und ausschüttbaren Dividenden andererseits. Schon dies dürfte dem Unmittelbarkeitszusammenhang zuwiderlaufen, was gegen die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz spricht.

2.2.1.4.3. Kohärenzzusammenhang: Nationaler oder internationaler Ausgleich für die auf Gesellschaftsebene fehlende Besteuerung

Weitere Voraussetzung der Kohärenz ist die spätere Besteuerung des zunächst steuerfrei belassenen Kapitals.⁴⁴⁴ Problematisch ist, ob die Kohärenz eine nationale Besteuerung voraussetzt oder eine international gewährleistete Besteuerung ausreicht.

2.2.1.4.3.1. Nationale Betrachtungsweise

Nach einer Ansicht, die sich primär an der Rs. Bachmann orientiert, ist die Beschränkung der Anlagemöglichkeit von unter zehn Prozent zulässig. Die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene müsse durch eine effektive Anlegerbesteuerung – insbesondere auch der Steuerausländer – ausgeglichen werden. Dies recht-

⁴⁴³ EuGH C 319/02 v. 07. 09. 04 – Manninen – Slg. I 2004, S. 7477, Rdnr. 42.

⁴⁴⁴ EuGH C 319/02 v. 07. 09. 04 – Manninen – Slg. I 2004, S. 7477, Rdnr. 47.

fertige die Beschränkung der Anlagemöglichkeiten, da ansonsten ausländische Anleger über DBA-Schachtelprivilegien Gewinne von deutscher Steuer weitgehend unbelastet erhalten könnten.⁴⁴⁵ Steuerfreiheit auf Ebene des REIT und effektive Anlegerbesteuerung sei danach ein in sich kohärentes System, welches unionsrechtskonform sei.

2.2.1.4.3.2. Internationale Sichtweise

Der EuGH-Rechtsprechung eher entsprechen dürfte jedoch die Auffassung, dass im Ausland zu zahlende Steuern in das System der Kohärenz miteinzubeziehen sind.⁴⁴⁶ Die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Schaffung kohärenter Steuerrechtsregeln beschränkt sich damit ausschließlich auf Sachverhalte, die über ihr Hoheitsgebiet nicht hinausreichen.⁴⁴⁷ Das Kohärenzargument ist damit nicht in der Lage, die Beschränkung der Anlagemöglichkeit zu rechtfertigen. In der Rs. Bachmann war unklar, ob Zukunftssicherungsleistungen überhaupt der späteren Besteuerung unterlägen hätten. Bei sozialen Zukunftssicherungsleistungen ist nämlich regelmäßig ungewiss, ob der Fiskus diese besteuert oder aus sozialpolitischen Erwägungen von der Steuer freistellt. Bei der Besteuerung von REIT-Dividenden wird international jedoch keine Ausnahme gemacht. Bei diesen sichert sich jeder Staat das Seinige durch eine effektive Besteuerung. Soweit Deutschland eine Quellensteuer erhebt, sehen die Doppelbesteuerungsabkommen regelmäßig vor, dass diese Steuer auf die spätere, im Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners zu zahlende Steuer angerechnet wird. Gegebenenfalls können sich ausländische Anleger die in Deutschland gezahlte Quellensteuer auch zumindest teilweise erstatten lassen. Sichergestellt ist die Dividendenbesteuerung allemal. Zudem ist davon auszugehen, dass der EuGH an seinem zentralen Anliegen, dem „Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit für Dividenden“ festhalten wird. Dieser ist – seit der Rs. Meilicke – wesentlicher Grundsatz des europäischen Binnenmarktes und Dividendenzahlungen besitzen typischerweise grenzüberschreitenden Charakter. Insoweit unterscheidet sich die Dividendenbesteuerung grundsätzlich von der Rs. Bachmann. Zukunftssicherungsleistungen wie Renteneinzahlungen, Versicherungseinzahlungen usw.

⁴⁴⁵ Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11 Rdnr. 31.

⁴⁴⁶ Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 9.

⁴⁴⁷ Stewen, EuR 2008, S. 460; Kube, IStR 2003, S. 331.

und die damit verbundenen Auszahlungen haben regelmäßig eher rein nationalen Charakter. In renditeversprechende Aktiengesellschaften wird hingegen europaweit investiert. Die daraus resultierenden Dividenden haben damit zwangsläufig grenzüberschreitenden Charakter. Damit ist der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz im Ergebnis jedenfalls nicht in der Lage, die gesellschaftsrechtliche Beschränkung der Anlagemöglichkeiten zu legitimieren.

2.2.1.4.4. Der aus Art. 345 AEUV resultierende Eigentumsschutz als Rechtfertigungsgrund

Vertreten wird, dass die Höchstbeteiligungsquote, die steuerpolitisch die Einführung von REITs erst ermöglichte, einen ideell-abstrakten Teil der deutschen Eigentumsordnung darstelle und diese deshalb nach Art. 345 AEUV gerechtfertigt sei.⁴⁴⁸ Nach dem Wortlaut von Art. 345 AEUV lässt der Vertrag die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt. Im Rahmen der „Golden-Shares-Verfahren“ hatten die Mitgliedstaaten einst versucht, mit Hinweis auf diese Vorschrift, die vorbehaltenen Sonderrechte ehemals staatseigener und später privatisierter Unternehmen zu rechtfertigen. Der EuGH folgte dem nicht. Wie der EuGH wiederholt ausgeführt hat, befreit Art. 345 AEUV nicht von der Beachtung der Grundregeln des Vertrages.⁴⁴⁹ Entscheidend stellt der EuGH auf die Beschränkungswirkung staatlicher Maßnahmen ab, welche der Vollendung des Binnenmarktes entgegenstehen könnten.⁴⁵⁰

2.2.1.4.5. Wirtschaftliches Interesse als Rechtfertigungsgrund des zwingenden Allgemeininteresses

Nach ständiger Rechtsprechung sind wirtschaftliche Gründe nicht als „zwingendes Allgemeininteresse“ anerkannt.⁴⁵¹ Der gesetzgeberische Wunsch nach einer breiten Streuung des Aktienkapitals, um hierdurch eine Förderung der Altersversorgung oder Vermögensbildung in breiten Schichten der Be-

⁴⁴⁸ Hufeld, EWS 2008, S. 216.

⁴⁴⁹ EuGH C 452/01 v. 23. 09. 03 – Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung – Slg. I 2003, S. 9743, Rdnr. 24; C 300/01 v. 15. 06. 03 – Salzmann – Slg. I 2003, S. 4899, Rdnr. 39.

⁴⁵⁰ Weiss, Goldene Aktien im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 253.

⁴⁵¹ EuGH C 367/98 v. 04. 06. 02 – Kommission/Portugal – Slg. I 2002, S. 4731, Rdnr. 52.

völkerung zu gewährleisten kann die Höchstbeteiligungsquote nicht rechtfertigen. Denn die Streubesitzquote von 15 Prozent stellt zielgenauer sicher, dass der REIT ein Kapitalmarktprodukt mit einer breiten Streuung beim Publikum wird. Eine Höchstbeteiligungsquote, die eine Beteiligung nur bis fast 10 Prozent zulässt, würde jedenfalls weit über dieses Ziel hinausschießen.⁴⁵² Soweit angeführt wird, dass sich die Höchstbeteiligungsquote an den Anlagebeschränkungen des US-amerikanischen Vorbildes orientiere, verfolge die deutsche Höchstbeteiligungsquote allgemein wirtschaftspolitische Ziele und keine zwingenden Gründe des Allgemeinwohls.⁴⁵³ Auch der Wunsch, über die Höchstbeteiligungsquote den steuerlichen Zugriff auf ausgeschüttete Gewinne sicherzustellen, könne den Eingriff in die Grundfreiheiten nicht rechtfertigen.⁴⁵⁴

2.2.1.4.6. Abwehr von Steuerumgehungen

Die Steuerbegünstigung auf der Gesellschaftsebene soll nicht als Steuersparmodell für letztlich private Immobilienanlagen dienen.⁴⁵⁵ Zwar erkennt der EuGH die Abwehr von Steuerumgehungen als Rechtfertigungsgrund grundsätzlich an. Bloße Steuermindereinnahmen stellen allerdings keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses dar. Die Grundfreiheiten des AEUV stehen damit unter keinem Finanzierungsvorbehalt, denn anderenfalls könnte gerade im Steuerrecht jede Diskriminierung oder Beschränkung leicht gerechtfertigt werden, so dass die Grundfreiheiten im Ergebnis leer laufen würden.⁴⁵⁶ Die Inanspruchnahme von DBA-Regelungen, die von den Mitgliedstaaten eigenverantwortlich abgeschlossen wurden, stellt auch keine „Steuerumgehung“ dar, so dass die Höchstbeteiligungsklausel nicht mit dem Hinweis auf den Rechtfertigungsgrund der „Abwehr von Steuerumgehungen“ legitimiert werden kann.

⁴⁵² Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1491.

⁴⁵³ Hahn, ZGR 2006, S. 830.

⁴⁵⁴ Hahn, ZGR 2006, S. 830; Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 28.

⁴⁵⁵ Hahn, ZGR 2006, S. 827.

⁴⁵⁶ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 282.

2.2.1.4.7. Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der allgemeinen Höchstbeteiligungsquote

Zunächst ist festzuhalten, dass der EuGH bislang nicht über die Zulässigkeit einer allgemeinen Höchstbeteiligungsquote geurteilt hat. Auch versteht der EuGH, wenn er von dem grundfreiheitsrechtlichen Beschränkungsverbot spricht, hierunter im Regelfall nur eine besondere Form des Diskriminierungsverbotes. Auch der als Beschränkungsverbot formulierter Wortlaut von Art. 63 AEUV steht dem nicht entgegen. In rechtlich erheblicher Weise steht jedoch die Kapitalverkehrsrichtlinie der Höchstbeteiligungsquote entgegen. Denn diese lässt sich dem Wortlaut nach nur dahingehend interpretieren, dass auch vollständige Unternehmensübernahmen geschützt sind und zwar als freiheitsrechtliche Garantie. Und dieser Möglichkeit steht die Höchstbeteiligungsquote entgegen.

Da die Niederlassungsfreiheit das Recht schützt, sich an bestehenden Unternehmen zu beteiligen und effektiv an deren Verwaltung teilzuhaben, verstößt die Höchstbeteiligungsquote zugleich gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV. Die Niederlassungsfreiheit steht insoweit nicht hinter der Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit zurück.

2.2.2. Besondere Höchstbeteiligungsquote von 50 Prozent nach § 3 Nr. 70 S. 4 EStG

Neben der allgemeinen Höchstbeteiligungsquote von unter 10 Prozent enthält das REITG in § 3 Nr. 70 S. 4 EStG eine weitere Höchstbeteiligungsgrenze von 50 Prozent. Nach dieser Vorschrift entfällt ein in Anspruch genommener Exit-Tax-Vorteil, wenn der Veräußerer oder eine ihm nahe stehende Person im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG nach einer Dauer von zwei Jahren seit Eintragung des Immobilienerwerbers als REIT-Aktiengesellschaft in das Handelsregister, mittelbar oder unmittelbar zu mehr als 50 Prozent an der erwerbenden REIT-AG beteiligt ist. Hierdurch wird das kurzfristige steuergestalterische Ausnutzen von Sale-and-Lease-Back-Konstruktionen untersagt. Diese besondere Höchstbeteiligungsquote unterscheidet sich von der allgemeinen Höchstbeteiligungsquote durch die an einen Verstoß geknüpfte Sanktion. Die Besonderheit besteht jedoch darin,

dass die Sanktion in dem Entzug des Exit-Tax-Vorteils liegt, bei welchem fraglich ist, ob dieser mit dem unionsrechtlichen Beihilfeverbot in Einklang zu bringen ist. Sollte ein ausländischer Immobilienveräußerer aufgrund von § 3 Nr. 70 S. 4 EStG seinen Exit-Tax-Vorteil verlieren, bestünde die prozessuale Gefahr, dass der EuGH, materielle Unionsrechtskonformität schaffend, die Exit-Tax als Beihilfe qualifiziert, so dass für den Kläger nichts gewonnen wäre. Ob die Sanktion des § 3 Nr. 70 S. 4 EStG unionsrechtskonform ist oder nicht, hängt damit von der entscheidenden Frage ab, ob die Exit-Tax als Beihilfe zu qualifizieren ist oder nicht, wobei diese Frage in § 3 – 3.3.1. beantwortet wird. Die besondere Höchstbeteiligungsquote steht im Widerspruch zu der in der Kapitalverkehrsrichtlinie genannten Möglichkeit, sich vollständig an einem Unternehmen zu beteiligen.

2.2.3. Zulässigkeit der Streubesitzquote

Nach § 11 Abs. 1 REITG müssen sich dauerhaft mindestens 15 Prozent der REIT-Anteile im Streubesitz befinden. Die Streubesitzquote stellt zielgenauer als die allgemeine Höchstbeteiligungsquote sicher, dass der REIT dauerhaft als Investitionsobjekt zu Gunsten von Kleinanlegern offen steht. Auch schützt sie bestehende Immobilienanlagegesellschaften vor Verdrängungseffekten. Gerade der Immobilienspezialfonds, eine Variante des offenen Immobilienfonds, der zu Geltungszeiten von § 91 Abs. 1 InvG ausschließlich für eine begrenzte Zahl von institutionellen Anlegern aufgelegt werden durfte, sollte hierdurch vor Substitutionswirkungen geschützt werden.⁴⁵⁷

Der dreimalige Verstoß hiergegen hat nach § 18 Abs. 3 REITG das Ende des REIT-Status zur Folge. Von der Struktur her ähnelt die Streubesitzquote somit der Höchstbeteiligungsgrenze. Einziger Unterschied ist, dass die Streubesitzquote die Einflussnahmemöglichkeit einzelner Gesellschafter im Regelfall weit weniger gravierend beschränkt, da theoretisch bis zu 85 Prozent der Gesellschaftsanteile durch einen einzelnen Investor erworben werden können, bis die Streubesitzquote verletzt wird.

⁴⁵⁷ O. V., IuF 2006, S. 680.

Daneben hindert die Streubesitzklausel noch in einem weiteren Fall, der am besten anhand eines Beispiels verdeutlicht werden kann: Die Anteilseignerschaft setze sich zusammen aus 15 Anlegern zu je 1 % Beteiligung. Dies entspricht dem gesetzlichen Streubesitz von 15 Prozent. Des weiteren sind 17 Anleger mit je 5 % beteiligt. Das sind die restlichen 85 %. Zusammen ergibt dies 100 %. Nun trete folgende Konstellation ein: Ein bislang nicht beteiligter Anleger möchte 6 % erwerben. Er will die Anteile kaufen von einem Anleger, der bislang 5 % gehalten hat und ein Prozent von einem Kleinanleger. Der Streubesitz würde hierdurch verletzt. Und das, obwohl ein (ausländischer) Anleger nur 6 % der Aktien erwerben möchte. Nach der Konstruktion der Anteilsbeschränkungen wäre der Erwerb dieser 6-%-Beteiligung unzulässig, was unionsrechtlich problematisch ist.

Ebenso wie bezüglich der Höchstbeteiligungsquote kommt hinsichtlich der Streubesitzquote einzig ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrs- bzw. Niederlassungsfreiheit in Betracht.

2.2.3.1. Keine Rechtsprechungsvorgaben

Ausdrücklich hat der EuGH bisher keine Stellung dazu genommen, ob allgemeine Streubesitzklauseln zulässig sind. Mit seinen bisherigen Ausführungen lässt sich die Streubesitzklausel von 15 Prozent jedenfalls in Übereinstimmung bringen, da gewährleistet ist, dass ausländische Investoren sich tatsächlich an der Verwaltung und Kontrolle an einer Gesellschaft beteiligen können.⁴⁵⁸

2.2.3.2. Literaturansichten

Vertreten wird, dass die Streubesitzklausel zur näheren Ausgestaltung des typenbildenden Merkmals „Börsennotierung“ gehöre und deshalb keine nicht-diskriminierende Beschränkung darstelle, sondern eine für den Schutzbereich der Grundfreiheiten irrelevante Restriktion sei, da sie sicherstelle, dass die REIT-Anteile auch für Kleinanleger dauerhaft verfügbar sind.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ EuGH C 463/00 v. 13. 05. 03 – Kommission/Spanien – Slg. I 2003, S. 4581, Rdnr. 53.

⁴⁵⁹ Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1490.

Dem wird entgegengehalten, dass die Streubesitzklausel die Investitionsmöglichkeit der Höhe nach einschränke. Dies sei eine grundfreiheitswidrige Beschränkung. Dem ist entgegenzuhalten, dass der EuGH unter einer Beschränkung im Regelfall nur ein weit gefasstes Diskriminierungsverbot versteht. Und diskriminierende Wirkung entfaltet die Streubesitzklausel nicht.

2.2.3.3. Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie

Die Streubesitzquote läuft jedoch den Vorgaben der bereichsspezifischen Kapitalverkehrsrichtlinie zuwider. Diese verlangt dem Wortlaut nach die „vollständige Liberalisierung“ des Kapitalverkehrs, worunter auch die vollständige Unternehmensübernahme zu zählen ist. Dogmatisch verbietet es die Kapitalverkehrsrichtlinie, die Kapitalverkehrsfreiheit insoweit als weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot zu begreifen. Damit steht die Streubesitzquote im Widerspruch zu den Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie.

2.2.4. Anteilige Veräußerungsmöglichkeit der REIT-Dienstleistungsgesellschaft

Nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 3 Abs. 2 REITG kann der REIT immobilienbezogene Dienstleistungen für Dritte über eine Tochtergesellschaft erbringen. Sämtliche Anteile dieser Tochtergesellschaft müssen durch den REIT gehalten werden. Eine anteilige Veräußerungsmöglichkeit scheidet damit aus. Problematisch ist, ob die Dienstleistungsgesellschaft über die Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie anteilig veräußert werden kann.

Die Veräußerungsmöglichkeit von Gesellschaftsanteilen ist in Ziffer 1. 2. der Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie niedergelegt. Danach müssen ausländische Investoren die Möglichkeit haben, sich an inländischen Unternehmen zu beteiligen. Da die Kapitalverkehrsrichtlinie bislang freiheitsrechtlich ausgelegt wird, bestünde danach die Möglichkeit, die Dienstleistungsgesellschaft anteilig zu veräußern.

2.2.4.1. Wirtschaftliche Konsequenzen, insbesondere Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie

Die Möglichkeit einer anteiligen Veräußerung kann zunächst im Interesse des REIT liegen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der REIT liquide Mittel benötigt, um diese in Immobilien zu investieren. Steuerliche Vorteile verspricht für ausländische Investoren zudem die Mutter-Tochterrichtlinie. Sinn und Zweck dieser Richtlinie ist es, Gewinnausschüttungen inländischer Kapitalgesellschaften, unbelastet von jeglicher Kapitalertragsteuer, an ausländische Muttergesellschaften transferieren zu können. Durch die Zwischenschaltung des steuerbefreiten REIT kommt es – bezogen auf die Ausschüttungen der Dienstleistungstochter – zu einer steuerlichen Mehrbelastung. Die steuerliche Mehrbelastung setzt sich dabei wie folgt zusammen: Zunächst einmal muss auch die REIT-Dienstleistungstochter, wenn sie ihren Gewinn an den REIT ausschüttet, Kapitalertragsteuer einbehalten.⁴⁶⁰ Die einzubehaltende Kapitalertragsteuer beträgt dabei allerdings nicht die sonst üblichen 25 Prozent, sondern nach § 44 a Abs. 8 EStG nur 15 Prozent. Diese einzubehaltende Kapitalertragsteuer entfaltet allerdings Abgeltungs- und damit eine belastende Wirkung, da der steuerfreie REIT die einbehaltene Kapitalertragsteuer auf keine eigene Steuerschuld anrechnen kann und damit nicht erstattet erhält. Auch eine Anrechnung auf Ebene der Gesellschafter der REIT-AG ist nicht möglich.⁴⁶¹ Wenn der REIT diese Erträge später an die ausländischen Anleger weiterleitet, hat der REIT auf diese Erträge abermals 25 Prozent Kapitalertragsteuer einzubehalten, die sich der ausländische Anleger nach § 50 d Abs. 1 EStG gegebenenfalls der Höhe nach beschränkt vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten lassen kann.

Ganz anders verhält es sich hingegen, wenn man gedanklich die Direktinvestition in eine REIT-Dienstleistungsgesellschaft durch eine ausländische Mutterkapitalgesellschaft im Sinne der Mutter-Tochterrichtlinie zulässt. Bei entsprechendem Beteiligungsbesitz könnte die ausländische Kapitalgesellschaft

⁴⁶⁰ Es könnte zwar diskutiert werden, ob die REIT-Dienstleistungstochter ein Organschaftsverhältnis mit der REIT-Gesellschaft nach §§ 14, 17 KStG begründet. In der Konsequenz wäre nach § 14 Abs. 1 S. 1 KStG das Einkommen der Dienstleistungstochter dem REIT zuzurechnen und auch bei diesem zu versteuern. Da der REIT aber gerade keiner Körperschaftsbesteuerung unterliegt, wären die Erträge der REIT-Dienstleistungstochter damit nicht zu versteuern. Deshalb wird man die Begründung eines Organschaftsverhältnisses aus teleologischen Gründen ablehnen müssen.

⁴⁶¹ Amort/Blum, DStR 2009, S. 1774.

nach § 43 b EStG, der die Mutter-Tochterrichtlinie umsetzt, die von der Dienstleistungstochter stammenden Erträge ohne Abzug von Quellensteuer erhalten.⁴⁶² Soweit eine ausländische körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaft zu 10 Prozent oder mehr an der Dienstleistungstochter beteiligt wäre, könnte sie von dieser Gewinnausschüttungen erhalten, ohne dass Kapitalertragsteuer einzuhalten wäre. Das direkte Investment ist für Ausländer, soweit sie die Voraussetzungen der Mutter-Tochterrichtlinie erfüllen, damit steuerlich günstiger, als das indirekte Investment über den REIT, auf den die Mutter-Tochterrichtlinie mangels Körperschaftsteuerpflicht keine Anwendung findet.⁴⁶³

2.2.4.2. Keine Rechtfertigungsmöglichkeit

Ein Rechtfertigungsgrund, der den Ausschluss ausländischer Beteiligungsmöglichkeiten zu rechtfertigen vermag, ist nicht ersichtlich. Zwar widerspricht die Veräußerungsmöglichkeit der REIT-Konzeption, wonach die Dienstleistungsgesellschaft ein untergeordnetes und statisches, da vollständig konsolidiertes Gebilde ist. Dieses Tochterunternehmen soll sich nicht dadurch auszeichnen, dass der REIT, je nach immobilienpezifischer Ertragslage, Anteile an der Dienstleistungsgesellschaft erwirbt bzw. veräußert und der REIT diesbezüglich eine rege Investmenttätigkeit entfaltet.

Der Gesetzgeber hatte die verpflichtende Vollkonsolidierung damit begründet, dass asymmetrische Gewinnausschüttungen verhindert werden sollten.⁴⁶⁴ Bei mehreren Anteilshabern der Dienstleistungstochter läge es für die Dienstleistungstochter in der Tat nahe, bei einem hohen Gewinn, diesen asymmetrisch dergestalt auszuschütten, dass die REIT-AG jedenfalls nicht gegen § 12 Abs. 3 REITG verstößt, wonach nur 20 Prozent der REIT-Erträge aus der Dienstleistungstätigkeit stammen dürfen. Ein Verstoß gegen diese Ertragsanforderungen auf Ebene des REIT ließe sich durch eine asymmetrische Gewinnausschüttung verhindern.

⁴⁶² Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 97.

⁴⁶³ Vgl. Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 93.

⁴⁶⁴ BT.-Drs. 16/4026, S. 19 (REIT-Gesetzesentwurf); Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 8; Honebrink/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 267.

Jedoch ist schon nach deutscher Rechtslage ungewiss, ob diese Möglichkeit tatsächlich existiert. Zwar hat die Rechtsprechung des BFH die Möglichkeit der inkongruenten Gewinnausschüttung anerkannt, da eine inkongruente Gewinnausschüttung kein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO sei.⁴⁶⁵ Dem entgegen erkennt die Finanzverwaltung die Möglichkeit inkongruenter Gewinnausschüttungen aufgrund des Nichtanwendungserlasses IV A 2 – S 2810 – 4/00, BStBl. 2001 I, S. 47 jedoch nur an, wenn für die Inkongruenz der Gewinnausschüttung „besondere Gesellschafterbeiträge“ ursächlich sind. Das BFH-Urteil ist nach Ansicht der Steuerverwaltung jedenfalls nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden. Die Möglichkeit asymmetrischer Gewinnausschüttungen scheidet nach Verwaltungsansicht, an die die Gerichtsbarkeit jedoch nicht gebunden ist, aus.

Unionsrechtlich sind diese Bedenken, die primär wirtschaftlicher Natur sind, jedoch nicht dazu geeignet, einen durch den EuGH anerkannten und rechtfertigenden Grund des zwingenden Allgemeininteresses zu begründen. Vielmehr ist nach dem Wortlaut der Kapitalverkehrsrichtlinie entscheidend, dass hinsichtlich der REIT-Dienstleistungsgesellschaften die grundfreiheitsrechtlich gebotene Investitionsmöglichkeit in eine deutsche Kapitalgesellschaft genommen wird.

2.2.5. Gleichheitsrechtliche Auslegung der Kapitalverkehrsrichtlinie und Ergebnis bezüglich der Einschränkung von Beteiligungserwerbsmöglichkeiten

Wie dargestellt wirken die Anteilsbesitzbeschränkungen auf Ebene des REIT und der Tochtergesellschaften nicht diskriminierend. Da die Grundfreiheiten nur als besondere Form des allgemeinen Diskriminierungsverbotes nach Art. 18 AEUV fungieren, jedoch keine spezifischen Freiheitserweiterungen begründen sollen, muss auch die Kapitalverkehrsrichtlinie in entsprechender Weise auf eine rein gleichheitsrechtliche Funktion reduziert werden. Denn die Grundfreiheiten als solche sind konvergent gelagert und die Kapitalverkehrsrichtlinie kann als Sekundärrecht keine derart weiterreichenden Freiheiten begründen.⁴⁶⁶ Dies gilt

⁴⁶⁵ BFH I R 77/96 v. 19. 08. 99 – BStBl. 2001 II S. 43.

⁴⁶⁶ Vgl. Feiden, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten, 2003, S. 125.

insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Grundfreiheiten vor Ausländerbenachteiligung bewahren, nicht jedoch zu einer Ausländerbesserstellung führen sollen. Gerade die anteiligen Investitionsmöglichkeiten in die REIT-Dienstleistungstochter würde ausländische Anleger im Anwendungsbereich der Mutter-Tochterrichtlinie steuerlich deutlich besser stellen als Steuerinländer, denen die Direktinvestition in diese Gesellschaften verwehrt bleibt. Denn der Teil des Kapitalertragsteuereinbehalts, den die Dienstleistungstochter abführen muss, entfaltet für Steuerinländer eine besondere steuerliche Belastungswirkung.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH zwar in ständiger Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsrichtlinie verweist, er diese jedoch eher als Auslegungs- und Interpretationshilfe ansieht. Er hat zwar in der Rs. Bordessa⁴⁶⁷ die Kapitalverkehrsrichtlinie für unmittelbar anwendbar erklärt. Einen genuin freiheitsrechtlichen anspruchsbegründenden Charakter hat er ihr bislang nicht zugewiesen.

Auch ist fraglich, ob die Kapitalverkehrsrichtlinie inhaltlich über Art. 63 AEUV hinausgeht. In der Richtlinie wird zwar ausgeführt, dass Art. 1 der Richtlinie den „Grundsatz der vollständigen Liberalisierung“⁴⁶⁸ beinhalte, was auf ein freiheitsrechtliches Verständnis hindeutet. Der Wortlaut von Art. 1 selbst ist jedoch parallel zum Wortlaut von Art. 63 AEUV gelagert. Dort ist nur die Rede davon, dass die Mitgliedstaaten „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs“ zu beseitigen hätten. Eine Aussage, die sich so auch schon in Art. 63 AEUV liest. Insoweit ist die Kapitalverkehrsrichtlinie zwar teilweise freiheitsrechtlich formuliert, jedoch nur gleichheitsrechtlich zu verstehen.

Desweiteren sprechen historische Gründe für eine gleichheitsrechtliche Auslegung. Sie stammt aus dem Jahr 1988 und blieb die letzten 20 Jahre unverändert. Die Gesellschaftsstruktur in Deutschland und den übrigen Mitgliedstaaten hat sich innerhalb dieser Zeit jedoch erheblich entwickelt. Für herkömmliche Kapitalgesellschaften wie die GmbH oder Aktiengesellschaft machen die Vorgaben der Kapitalverkehrsrichtlinie ebenso Sinn, wie für Personengesellschaften. Bei diesen Gesellschaften muss die Beteiligungsmöglichkeit offen stehen, sowie die Möglichkeit der vollständigen Unter-

⁴⁶⁷ EuGH verb. Rs. C 358/93 u C 416/93 v. 23. 02. 95 – Bordessa – Slg. I 1995, S. 361, Rdnr. 33 f.

⁴⁶⁸ So wörtlich: Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie, vor: „I. Direktinvestitionen“.

nehmensübernahme. Eine Ausnahme hiervon bilden jedoch REIT-Aktiengesellschaften und deren Tochterkapitalgesellschaften bei denen sich beschränkte Anlagemöglichkeiten am US-amerikanischen Vorbild orientieren und auch international zum Standard zählen. Zu Zeiten, an denen noch niemand an die Einführung derart komplexer Gesellschaftskonstrukte wie den REIT denken konnte, hatte die Kapitalverkehrsrichtlinie damit rein gleichheitsrechtliche Funktion. Damals war man sich noch nicht der Folgen bewusst, die ein freiheitsrechtliches Verständnis für den REIT und seine Tochtergesellschaften haben würde. Die Richtlinie hat es versäumt, sich inhaltlich an immer ausdifferenzierte nationale Gesellschaftsstrukturen anzupassen. Eine freiheitsrechtliche Ewigkeitsgarantie dahingehend, dass das unbedingte Recht geschaffen werden sollte, jedes Unternehmen vollständig zu übernehmen und sich an jedweder Gesellschaft zu beteiligen, kann der Kapitalverkehrsrichtlinie nicht entnommen werden. Ihr ist insoweit ein rein gleichheitsrechtliches Verständnis zugrunde zu legen. Auch die Kapitalverkehrsrichtlinie hat daher nicht zum Ziel, aus sich heraus, gesellschaftsrechtliche Freiheiten zu schaffen.

Eine mehr als 20 Jahre alte Richtlinie, bei der es inhaltlich unterlassen wurde, sie an neue, hochkomplexe Gesellschaftsstrukturen des nationalen Rechts anzugleichen, kann heute daher keine gesellschaftsrechtlichen Veränderungen einer Gesellschaftsstruktur begründen, die sich in Deutschland und Europa erst sehr viel später verbreitet hat und bei der Höchstbeteiligungs- bzw. Streubesitzquoten gängig und vollkonsolidierte Tochtergesellschaften aus Struktur-erfordernissen heraus erforderlich sind. Die Wertungen der Kapitalverkehrsrichtlinie können deshalb mehr als 20 Jahre später nicht unreflektiert auf solch ausdifferenzierte Gesellschaftsstrukturen wie den REIT übertragen werden. Die Kapitalverkehrsrichtlinie ist zugeschnitten für einfach gelagerte Kapitalmärkte, die nur herkömmliche (Publikums-)Kapital- und Personengesellschaften kennen. Gegenüber höher entwickelten Gesellschaftsstrukturen wirkt sie dagegen zu gleichheits- und querschnittsartig und ist aus historischen Gründen rein gleichheitsrechtlich zu verstehen.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Kapitalverkehrsrichtlinie nicht die freiheitsrechtliche Möglichkeit eröffnet, entgegen der Höchst- und Streubesitzquote in REIT-Aktiengesellschaften zu investieren. Auch bleibt die Möglichkeit vorenthalten, sich an den vollständig konsolidierten Tochterkapitalgesellschaften zu beteiligen.

2.2.6. Die vollständig konsolidierte Auslandsobjektgesellschaft und Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 3 Abs. 3 REITG kann der REIT Auslandsimmobilien über eine Auslandsobjektgesellschaft halten. Bei dieser Auslandsobjektgesellschaft muss es sich nicht um eine ausländische Kapitalgesellschaft handeln. Auslandsobjektgesellschaft kann nach den Vorgaben des REITG auch eine deutsche GmbH mit Sitz in Deutschland sein. Unionsrechtlich stellt sich die Frage, ob der REIT auch bloße Anteile von Auslandsobjektgesellschaften halten und diese damit anteilig veräußern kann. Denn wirtschaftlich hat der REIT ein Interesse daran, bloße Beteiligungen an Auslandsobjektgesellschaften erwerben zu können, soweit es sich bei diesen um Immobilienkapitalgesellschaften ausländischen Rechts handelt. Der Kompletterwerb ist teurer und schwerer umsetzbar als der bloße Erwerb einer Beteiligung. Die Neugründung einer ausländischen Immobilienkapitalgesellschaft ist beratungs-, zeit- und kostenintensiv. Auch wird bei einer Beteiligung an einer Immobilienkapitalgesellschaft das wirtschaftliche Risiko, welches mit jeder Immobilieninvestition verbunden ist, weiter gestreut. Der bloße Beteiligungserwerb ist damit eine einfache und vergleichsweise kostengünstige Möglichkeit, von den Potentialen ausländischer Immobilienmärkte zu profitieren. Der REIT kann die Anteile der Auslandsobjektgesellschaft nur dann anteilig veräußern, soweit das Erfordernis vollständiger Konsolidierung eine Diskriminierung beinhaltet.

2.2.6.1. Diskriminierung im Verhältnis zu der Beteiligungsmöglichkeit an geschlossenen Immobilienfonds

Der REIT hat nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 REITG die Möglichkeit, sich am Immobilienvermögen eines geschlossenen Immobilienfonds zu beteiligen um hierdurch in ausländisches Immobilienvermögen zu investieren. Auch diese Fonds sind dabei dem Immobiliensektor zuzurechnen. Die Rechtsform der Personengesellschaft ist dabei vorwiegend im deutschsprachigen Wirtschaftsraum populär.⁴⁶⁹ Soweit das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV weit verstanden wird, begründet allein diese Ungleichbehandlung eine unzulässige

⁴⁶⁹ Preißer, Unternehmenssteuerrecht und Steuerbilanzrecht, 2008, S. XII.

Diskriminierung. In der Konsequenz müsste der REIT die Möglichkeit erhalten, anteilig in die Auslandsobjektgesellschaft zu investieren.

Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass der geschlossene Immobilienfonds nicht die Rechtsform der Kapital- sondern der Personengesellschaft aufweist. Allein dieser Rechtsformunterschied dürfte den Vorwurf der Diskriminierung entkräften. Denn auch in deutsche Immobilien-GmbH oder Immobilien-AG darf der REIT nicht anteilig investieren.

Zudem halten geschlossene Immobilienfonds ihre Immobilien stets längerfristig, denn der Fonds wird seine Immobilien aus steuerlichen Gründen erst nach Ablauf der zehnjährigen Haltedauer der § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG veräußern. Nur nach Ablauf dieser Spekulationsfrist lassen sich Veräußerungsgewinne auf Ebene privater Anleger steuerfrei vereinnahmen. Dass die Auslandsobjektgesellschaft ihre Immobilien entsprechend lange hält, ist ungewiss.

Auch stellt die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds im Regelfall eine langfristige Investition dar. Da für den Handel von Fondsanteilen nur ein eingeschränkter Zweitmarkt existiert, ist der kurzfristige, ggfs. spekulative Kauf und Verkauf bei diesen Gesellschaftsanteilen nicht möglich. Dies ist ein weiterer Unterschied, der die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zu der Beteiligung an einer Auslandskapitalgesellschaft abgrenzt. Denn die Anteile der Auslandskapitalgesellschaft könnten – soweit diese börsennotiert ist – sehr kurzfristig und auch spekulativ gehandelt werden. Somit ist die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds nicht vergleichbar mit der Beteiligung an einer Auslandskapitalgesellschaft. Da ein Diskriminierungsverbot nur die Ungleichbehandlung vergleichbarer Konstellationen untersagt, scheidet eine Diskriminierung im vorliegenden Fall aus.

2.2.6.2. Diskriminierung im Verhältnis zu der Möglichkeit der Beteiligung an einer Komplementär-GmbH eines geschlossenen Immobilienfonds

Der REIT kann nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 REITG anteilig in die Komplementär-GmbH eines geschlossenen Immobilienfonds investieren. Wenn die Rechtsnatur der Komplementär-GmbH vergleichbar mit der Rechtsnatur der Auslandsobjektgesellschaft wäre, so würde über das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV

die Möglichkeit begründet, anteilig in die Auslandsobjektgesellschaft zu investieren.

Problematisch ist, inwieweit die Komplementär-GmbH dem Immobiliensektor zuzurechnen ist. Die Komplementär-GmbH ist auf den ersten Blick Gesellschafter einer Immobiliengesellschaft. Es liegt daher nahe, die GmbH ebenfalls dem Immobiliensektor zuzurechnen. Die Rechtsnatur von Auslandsobjektgesellschaft und Komplementär-GmbH wäre damit vergleichbar, so dass eine unzulässige Diskriminierung bejaht werden könnte.

Bei exakter rechtlicher Betrachtung geht dieses Verständnis jedoch fehl. Denn die Komplementär-GmbH darf nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 a.E. REITG vermögensmäßig nicht am geschlossenen Immobilienfonds beteiligt sein. Sie besitzt damit wirtschaftlich kein Immobilienvermögen. Dies besitzen ausschließlich die am Fonds beteiligten Gesellschafter, also im Regelfall die Kommanditisten. Der Komplementär-GmbH fallen ausschließlich Managementaufgaben zu, die finanziell durch die Gesellschaft entlohnt werden. Auch erhält die GmbH eine Avalprovision für das mit der Vollhaftung verbundene Haftungsrisiko (zwischen 5 und 10 Prozent der Haftsumme).⁴⁷⁰ Diese Einnahmen der Komplementär-GmbH stellen jedoch keine mietspezifischen Vergütungen dar, sondern Entlohnung für spezifische Immobilienmanagementtätigkeiten bzw. die Übernahme des gesellschaftsrechtlichen Haftungsrisikos. Auch sind diese Einnahmen im Verhältnis zu den Mieterträgen einer Auslandsobjektgesellschaft von nur untergeordneter Größe. Von der Rechtsnatur, dem Gesellschaftszweck und der Art der vereinnahmten Erträge unterscheidet sich die Komplementär-GmbH daher grundlegend von der Auslandsobjektgesellschaft. Daher wirkt – mangels Vergleichbarkeit – die Vollkonsolidierungsverpflichtung für ausländische Immobilienobjektgesellschaften nicht diskriminierend. Der Erwerb bloßer Beteiligungen an Auslandsobjektgesellschaften wird über unionsrechtliche Vorgaben daher nicht ermöglicht.

⁴⁷⁰ Zimmermann/Hottmann/Kiebele/Schaeberle/Völkel, Die Personengesellschaft im Steuerrecht, 2009, S. 1475. Wird diese Avalprovision nicht von der Personengesellschaft gezahlt, so wird dies auf Ebene der GmbH als verdeckte Gewinnausschüttung nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG behandelt.

2.3. Europarechtskonformität der Ausschüttungsverpflichtungen

2.3.1. Mindestausschüttung von 90 Prozent auf Ebene des REIT

Nach § 13 Abs. 1 REITG muss der REIT mindestens 90 Prozent seines handelsrechtlichen Gewinns an die Anleger ausschütten. Auch Gewinne aus Immobilienveräußerungen unterliegen grundsätzlich der Ausschüttungsverpflichtung, soweit die realisierten stillen Reserven nicht über § 13 Abs. 3 REITG auf neu erworbene Immobilien übertragen werden.

Ein Wachstum der Gesellschaft ist aufgrund der hohen Ausschüttungsverpflichtung in nur eng begrenztem Maße möglich, die Eigenfinanzierung erheblich eingeschränkt. Probleme bereitet in diesem Zusammenhang auch die Immobilienquote nach § 12 Abs. 2 REITG. Denn der REIT hat kaum die Möglichkeit, erwirtschaftete Mieteinnahmen in Form von Bankguthaben „anzusparen“, um dann in größerem Umfange in Immobilieneigentum zu investieren. Denn das „Ansparen“ führt schnell zu einem Verstoß gegen die 75-prozentige Immobilienquote. Das gilt insbesondere dann, wenn noch anderes immobilienfremdes Vermögen, etwa eine Dienstleistungs- oder Auslandsobjektgesellschaft, vorhanden ist. Um nicht gegen die Immobilienquote zu verstoßen, muss der REIT sein Bankguthaben damit jährlich und stetig in Immobilienvermögen umschichten. In Verbindung mit der Exit-Tax, die zunächst eine Konzentration des Immobilienbestandes auf deutsche Immobilien begünstigte und der aufgrund des Immobilienhandelsverbotes kaum möglichen Umschichtung in ausländische Immobilien, stellt sich die Frage, ob aus der Mindestausschüttungsverpflichtung ein Marktzutrittshindernis zu Lasten ausländischer Märkte resultiert.

Erwirtschaftet ein REIT etwa einen Jahresüberschuss von einer Million Euro, so hat er strukturell gesehen die Investitionsfreiheit, ob er national oder grenzüberschreitend investiert. Die Wahl der Anlageentscheidung liegt in seinem freien Ermessen. Nach einer Ausschüttung von 900.000 € (= 90 % des Jahresüberschusses) verbleiben 100.000 €. Der finanzielle Gestaltungsspielraum wird damit erheblich reduziert. Mit 100.000 € kann der REIT eine deutsche

Wohnung⁴⁷¹ oder einen deutschen Immobilienfondsanteil erwerben. Aber ein grenzüberschreitendes Wachstum hieraus zu finanzieren wird schwerfallen, wenn nicht gar unmöglich werden. Die vorher noch existente Wahlfreiheit erlischt, die wirtschaftliche Konsequenz kann als diskriminierend empfunden werden. Dem deutschen REIT wird wirtschaftlich die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Investition genommen und dass, obwohl ihm dies aus eigener Ertragskraft heraus problemlos möglich wäre.

Wenn ein REIT beispielsweise seinen Unternehmenssitz in Frankfurt hat, wird er mit den verbliebenen Mitteln, dem Gebot der Sparsamkeit folgend, eine Wohnung in oder um Frankfurt erwerben. Denn die Wohnung fügt sich nahtlos in das deutsche Immobilienportfolio ein. Die Verwaltung und Bewirtschaftung erfolgt kosteneffizient durch das eigene Management. Dass der REIT seine verbliebenen Mittel außerhalb Deutschlands investiert, ist wirtschaftlich gesehen wenig wahrscheinlich. Denn die Erwerbsneben-, Verwaltungs- und Bewirtschaftungskosten stünden bei einem Investitionsvolumen von nur noch 100.000 € in keinem betriebswirtschaftlichem Verhältnis mehr zu den erzielbaren Erträgen.

Eine Mindestausschüttung von 90 Prozent hat wirtschaftlich damit „knebelnde“ Wirkung, was der unionsrechtlich gewünschten gegenseitigen Marktdurchdringung grundsätzlich entgegen stehen dürfte. Eine Mindestausschüttung von 90 Prozent nimmt die Wahlfreiheit der grenzüberschreitenden Investition, obwohl diese dem REIT aus eigener Finanzkraft heraus möglich wäre. Man kann daher argumentieren, dass die grenzüberschreitende Tätigkeit gegenüber der inländischen Tätigkeit durch die hohe Mindestausschüttung „tatsächlich, mittelbar und potentiell“ diskriminiert wird, was nach der EuGH-Entscheidung „Keck“ unzulässig wäre.⁴⁷²

Der freie Marktzutritt, wesentliches Merkmal des Binnenmarktes, wird nicht unerheblich erschwert, wenn einem REIT effektiv nur 1/10 des erwirtschafteten Jahresüberschusses verbleibt. Wenn ein REIT etwa kontinuierlich einen Jahresüberschuss von 10 Mio. erwirtschaftet und sich das grenzüberschreitende

⁴⁷¹ Bei dieser darf es sich nicht um eine Bestandswohnmobilie i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 a, § 3 Abs. 9 REITG handeln.

⁴⁷² EuGH verb. Rs. C 267 u. 268/99 v. 24. 11. 93 – Keck und Mithouard – Slg. I 1993, S. 6097, Rdnr. 16 f.

Wirtschaften betriebswirtschaftlich für ihn nur ab dieser Größenordnung rentiert, so muss der REIT zehn Jahre warten, bis aus den nichtausgeschütteten Teilen des Jahresüberschusses der Marktzutritt finanziert werden kann. Weitere Voraussetzung ist, dass im Jahr 10 das thesaurierte Geld aus den Jahren 01 bis 09 noch frei verfügbar ist und nicht zwischenzeitlich investiert wurde. Obwohl dem REIT aus eigener Ertragskraft heraus der sofortige Marktzutritt möglich wäre, verzögert sich die Marktzutrittsmöglichkeit über die Dauer eines Jahrzehnts hinaus. Für diesen Zeitraum wird sich die Wirtschaftstätigkeit des REIT zwangsläufig auf den nationalen Binnenbereich beschränken, obwohl er aus eigener Ertragskraft heraus den Marktzutritt schon längst hätte bewältigen können. Es ist zumindest fraglich, ob es sich mit dem den Grundfreiheiten immanenten Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot vereinbaren lässt, den Marktzutritt zwar nicht formal zu unterbinden, jedoch faktisch derart zu behindern und hinauszuzögern. Auch kann argumentiert werden, dass durch jedes Marktzutrittshindernis die binnenstaatliche Tätigkeit der grenzüberschreitenden bevorzugt wird, so dass eine unzulässige Diskriminierung gegeben ist. Insoweit bereitet die Abgrenzung zwischen zulässiger Beschränkung der Wachstumsmöglichkeiten und unzulässiger Diskriminierung Schwierigkeiten.

Strukturell werden von den wirtschaftlichen Folgen der hohen Mindestausschüttung vor allem kleinere und mittelgroße REITs betroffen sein, bei denen der Jahresüberschuss im Normalfall nicht so hoch ausfallen wird, dass nach der Mindestausschüttung von 90 % ausreichende Mittel verbleiben, mit denen ein grenzüberschreitendes Wachstum finanziert werden könnte. Relevant ist nach § 13 Abs. 1 S. 1 REITG aber auch der Fall, dass ein REIT über einen Verlustvortrag aus Vorjahren verfügt. Denn dann wird der Jahresüberschuss zunächst mit dem Verlustvortrag verrechnet und nur der positive Saldo unterliegt der Mindestausschüttung.

Soweit die Ausschüttungsquote von 90 Prozent als grundfreiheitswidrig erachtet wird, da sie zu weitgehend in die Investitionsfreiheit des REIT eingreift, wäre die in § 16 Abs. 5 REITG niedergelegte (Straf-)Zahlung in den Fällen grundfreiheitswidrig, in denen der Verstoß seine Ursache darin hatte, in Durchbrechung des Marktzutrittshindernisses, ausländisches Immobilienvermögen zu erwerben. Die Mindestausschüttungsverpflichtung, bzw. die an einen Verstoß geknüpfte Sanktion, würden damit nicht greifen, soweit der REIT diese Vorgaben verletzt, um grenzüberschreitend tätig zu werden. Der REIT erhielte

damit die Möglichkeit, handelsrechtlichen Jahresüberschuss sanktionslos zu thesaurieren. Die daraus resultierende verbesserte Eigenkapitalausstattung käme dem selbstbestimmten, insbesondere auch dem grenzüberschreitenden Wachstum der Gesellschaft zugute, was bei geltender Rechtslage durch die verpflichtende Mindestausschüttung nur eingeschränkt möglich ist.

Gegen die Annahme einer grundfreiheitswidrigen Beschränkung spricht jedoch folgendes: Die Ausschüttungsquote von 90 Prozent gehört bei REITs zum internationalen Standard.⁴⁷³ Das gesellschaftsrechtliche Wachstum ist bei REITs auch binnenstaatlich aufgrund der Ausschüttungsquote nur zeitverzögert möglich, beides wird gleichermaßen limitiert. Das grenzüberschreitende Wachstum wird damit nicht spezifisch behindert oder benachteiligt. Und bei REITs mit sehr hohem Jahresüberschuss ist die Ausschüttungsquote strukturell auch nicht mehr hinderlich. Wenn ein REIT etwa 500 Mio. Jahresüberschuss erwirtschaftet, so muss er 450 Mio. ausschütten, so dass 50 Mio. verbleiben. In diesem Beispielsfall entfaltet die Mindestausschüttung keine marktzutritts-hindernde Wirkung mehr. Das Gleiche gilt, wenn der Jahresüberschuss sehr gering oder sogar negativ ist. Dann fehlen auch ohne Ausschüttung die Mittel, die für eine Immobilieninvestition erforderlich wären.

Gesellschaftsrechtliches Wachstum, ebenso wie der Marktzutritt als solcher ist möglich und kann bei REITs aus eigenem Wachstum strukturbedingt nur zeitverzögert erfolgen. Einen darüber hinausgehenden freiheitsrechtlichen Anspruch auf unbedingten und ungehinderten Marktzutritt beinhalten auch die Grundfreiheiten nicht. Die Ausschüttungsquote erweist sich damit als grundfreiheitskonform. Als Möglichkeit des zügigen und schnellen Marktzutritts verbleibt dem REIT damit letztlich nur die Möglichkeit der Kapitalerhöhung, wobei von dieser Option nur in Abhängigkeit von der aktuellen Kapital- und Immobilienmarktlage Gebrauch gemacht werden kann.

⁴⁷³ Knoflach/Körfigen in: Schäfer, REITs, 2007, S. 7.

2.3.2. Vollausschüttungsverpflichtung auf Ebene der REIT-Dienstleistungsgesellschaft

Eine weitere Ausschüttungsverpflichtung findet sich auf Ebene der REIT-Dienstleistungstochter. Auch bei dieser wird in erheblicher Weise in die gesellschaftliche Eigenkapitalausstattung eingegriffen, zählt doch der Jahresüberschuss nach § 266 Abs. 3 A. V. HGB zum bilanziellen Eigenkapital.

Nach § 19 a Abs. 2 S. 4 REITG sind die Dividendenausschüttungen der Dienstleistungstochter auf Ebene der REIT-Anleger nur dann nach §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG begünstigt, wenn die Gewinne der REIT-Dienstleistungsgesellschaft im Folgejahr ausgeschüttet werden.⁴⁷⁴ Bezweckt wird durch die Ausschüttungsverpflichtung, dass die Dienstleistungsgesellschaft ihre erwirtschafteten Gewinne möglichst zeitnah über die REIT-AG an die Aktionäre ausschüttet, was der Idee der REIT-Konzeption entspricht, sämtliche Erträge möglichst umfänglich an die Gesellschafter auszuschütten, damit diese nachhaltige und konstante Erträge erzielen. Eine Thesaurierung der Gewinne auf Ebene der REIT-Dienstleistungstochter ist damit rechtlich zwar möglich, steuerlich jedoch unvorteilhaft, weshalb die inländischen Anteilsinhaber der REIT-AG auf eine möglichst hohe Ausschüttung der Dienstleistungsgesellschaft drängen werden, um insoweit steuerlich begünstigte Dividendenerträge zu erhalten. Da die Gewinne damit aus rein steuerlichen Gesichtspunkten ausgeschüttet werden, verbleiben der Dienstleistungsgesellschaft keine finanziellen Mittel, durch welche ein eigenständiges Wachstum finanziert werden könnte.

Die Vollausschüttungsverpflichtung auf Ebene der REIT-Dienstleistungstochter hat damit eine rechtlich andere Qualität als die 90%-Ausschüttungsquote auf Ebene des REIT. Während der REIT immerhin noch die Möglichkeit hat, über Jahre oder Jahrzehnte hinweg, seine Eigenkapitalausstattung langfristig zu verbessern, hat die Dienstleistungstochter diese Möglichkeit faktisch nicht. Auch sind die Wachstumsmöglichkeiten nicht von der Höhe des Jahresüberschusses abhängig. Wenn der REIT einen Jahresüberschuss von 500 Mio. erwirtschaftet, verbleiben ihm nach Ausschüttung immerhin noch 50 Mio. Die Tochter müsste hingegen 500 Mio. ausschütten, so dass ihr nach Ausschüttung

⁴⁷⁴ Gemmel/Kaiser, DStR 2009, S. 1348.

keinerlei Mittel verbleiben, um aus eigener Kraft heraus den Marktzutritt zu bewältigen.

Die Dienstleistungsgesellschaft, die ihren selbst erwirtschafteten Gewinn damit möglichst vollständig ausschütten muss, wird in der Konsequenz zu einem rein statischen Element. Ein freier Zutritt zu anderen Märkten innerhalb des Unionsgebiets wird damit erheblich erschwert, obwohl der freie Marktzutritt innerhalb der Union zu den wesentlichen Zielbestimmungen des Binnenmarktes gehört.⁴⁷⁵

Zur Verdeutlichung: Die Dienstleistungstochter erwirtschaftete nach Steuern einen Gewinn von 100.000,- €. Dieser Gewinn verleiht der Tochter wirtschaftlich gesehen weitgehende Investitionsfreiheit. Sie kann national, aber auch grenzüberschreitend investieren, z.B. dergestalt, dass sie sich an einem französische Dienstleistungsunternehmen finanziell beteiligt. Die unternehmerische Entscheidung hierüber liegt in ihrem freien Ermessen. Wenn sie nun aus steuerlichen Gründen heraus eine Vollausschüttung an den REIT tätigen muss, so verbleiben der Tochter im Normalfall in dem Umfange liquide Mittel, die auf Abschreibungsbeträge entfallen.⁴⁷⁶ Die finanzielle Möglichkeit, sich an einer französischen Dienstleistungsgesellschaft zu beteiligen, wird hierdurch genommen, obwohl die Strukturanforderungen des REIT-Gesetzes dieser Beteiligung gegebenenfalls noch nicht entgegenstünden und der Dienstleistungstochter der Erwerb aus eigener Ertragskraft heraus möglich wäre.

Die Vollausschüttungsverpflichtung reduziert die der Dienstleistungstochter verbleibenden Mittel damit nahezu vollständig. Die grenzübergreifende Investitionsfreiheit wird ihr zwar nicht rechtlich, jedoch wirtschaftlich genommen, so dass sich ihr Handeln auf den nationalen Bereich beschränken wird. Vorschriften des nationalen Rechts dürfen nach „Keck“ die grenz-

⁴⁷⁵ Brigola, EuZW 2009, S. 480.

⁴⁷⁶ Die Tochter erwirtschaftete finanzielle Einnahmen vor Steuern i.H.v. 110.000 €. Diese Gelder fließen auf das Bankkonto. Sie buche handelsrechtliche Abschreibungen i.H.v. 10.000 €. Der Gewinn beträgt damit 100.000 €. Diese Abschreibungen reduzieren nicht den Bargeldbestand. Nach einer zu zahlenden Steuer von rund 30.000,- € (GewSt+KSt+Soli) verbleiben 70.000 €. Diese 70.000 € hat die Tochter aus steuerrechtlichen Gründen an die Mutter auszuschütten. Der REIT-Dienstleistungstochter verbleiben Barmittel i.H.v. 10.000 €.

überschreitende Tätigkeit gegenüber der inländischen Tätigkeit jedoch weder tatsächlich, mittelbar oder potentiell diskriminieren.⁴⁷⁷

Soweit in der Vollausschüttungsverpflichtung ein Eingriff in die Wahlfreiheit der Standortinvestition gesehen wird, der in der Konsequenz die ausländische Investitionstätigkeit diskriminiert, so erscheint es geboten, auch thesaurierte Gewinne, die einem grenzüberschreitenden Wachstum gedient haben, in die steuerliche Begünstigung nach § 19 a Abs. 2 S. 4 REITG einzubeziehen, wenn diese erst später ausgeschüttet werden. Auch für diese ausgeschütteten Gewinne müssten auf Anlegerebene des REIT die steuerlichen Begünstigungsvorschriften der § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG zur Anwendung gelangen.

Problematisch an diesem Verständnis ist jedoch, dass danach das grenzüberschreitende Wachstum gegenüber dem inländischen Wachstum steuerlich begünstigt erfolgen könnte. Denn eine spezifische Begünstigung von Auslandsverhalten ist den Grundfreiheiten nicht immanent. Sie bezwecken effektive Ausländergleichbehandlung, nicht jedoch deren Bevorzugung. Die Grundfreiheiten beinhalten nicht das Recht auf sofortiges und ungebremstes gesellschaftsrechtliches Wachstum. Entscheidend ist, dass der Marktzutritt als solcher möglich ist. Zeitliche Verzögerungen sind hinzunehmen. Die Vollausschüttungsverpflichtung der Dienstleistungstochter erweist sich daher – ebenso wie die Ausschüttungsverpflichtung des REIT – als grundfreiheitskonform.

2.4. Europarechtskonformität der ausgeschlossenen Möglichkeit zur Erbringung von Dienstleistungen

Der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit des REIT soll in der Vermietung und Verpachtung von Immobilien liegen. Gleichwohl hat der REIT die Möglichkeit, in beschränktem Umfang Dienstleistungen zu erbringen. Damit das Dienstleistungsgeschäft die eigentliche Immobilienbewirtschaftung nicht überlagert, wurde der Ausschluss bzw. die Einschränkung des Dienstleistungsgeschäfts umfassend reglementiert. Zu differenzieren ist der generelle Aus-

⁴⁷⁷ EuGH verb. Rs. C 267 u. 268/99 v. 24. 11. 93 – Keck und Mithouard – Slg. I 1993, S. 6097, Rdnr. 16 f.

schluss des Dienstleistungsgeschäftes auf der Ebene des REIT und der Immobilienpersonengesellschaft, sowie die beschränkte Möglichkeit der Dienstleistungstätigkeit auf Ebene der speziell dafür vorgesehenen Dienstleistungsgesellschaft. Die nur eingeschränkten Möglichkeiten der Dienstleistungserbringung auf Ebene der Dienstleistungsgesellschaft werden im nächsten Kapitel (§ 3 – 2.5.1.) untersucht.

2.4.1. Ebene des REIT

Nach § 1 Abs. 1 REITG gehört das Dienstleistungsgeschäft nicht zum Unternehmensgegenstand des REIT. Ein Verstoß hiergegen wird nach § 16 Abs. 6 REITG mit einer Zahlung geahndet, die zwischen 20 und 30 Prozent der durch die entgeltliche Tätigkeit erzielten Einnahmen beträgt. Der Abzug von Betriebsausgaben ist unzulässig. Dies ist von der Wirkung her vergleichbar mit einer Körperschaft- und Gewerbesteuerbelastung zzgl. Solidaritätszuschlags auf Ebene von REIT-Dienstleistungsgesellschaften. Durch dieses Abschöpfen wirtschaftlicher Vorteile wird sichergestellt, dass Anleger bezüglich der Dienstleistungserträge nicht günstiger gestellt werden als Anleger einer herkömmlichen Dienstleistungskapitalgesellschaft. Nach § 18 Abs. 5 REITG hat ein dreimaliger Verstoß hiergegen das Ende des REIT-Status zur Folge. Soweit der REIT allerdings ohnehin ein strafzahlungsbewehrtes Ausgestaltungsmerkmal des REITG nicht erfüllt, wirkt sich das Erbringen von Dienstleistungen – abgesehen von der Strafzahlung – nicht weiter negativ aus. Gleichwohl ist die strafzahlungsbewehrte Sanktion grundfreiheitskonform. Sie untersagt die in- und ausländische Dienstleistungstätigkeit gleichermaßen. Selbst wenn die Dienstleistungen ausschließlich im grenzüberschreitenden Bereich erbracht werden, die Sanktion damit zwangsläufig eine grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit bestraft, so ist dies grundfreiheitskonform.

2.4.2. Ebene der Immobilienpersonengesellschaft

Erbringt eine Immobilienpersonengesellschaft, an der der REIT vermögensmäßig beteiligt ist, Dienstleistungstätigkeiten, so hat der REIT hierfür eine Strafzahlung zu entrichten. Die Strafzahlung liegt der Höhe nach zwischen 20 und 30 Prozent der erzielten Einnahmen, § 16 Abs. 6 REITG. Hintergrund ist,

dass die Immobilienpersonengesellschaft, anders als Körperschaften, nicht selbständiges Steuersubjekt ist und die Dienstleistungserträge daher keine steuerliche Vorbelastung aufweisen. Rechtlich hat der REIT, soweit er nur als Kommanditist an der Immobilienpersonengesellschaft beteiligt ist, dabei keine Einflussnahmemöglichkeit auf den Tätigkeitsbereich der Immobilienpersonengesellschaft. Ihm fehlt die rechtliche Handhabe, um auf Ebene der Immobilienpersonengesellschaft Dienstleistungstätigkeiten zu unterbinden. Im Interesse des REIT wäre deshalb, wenn das grenzübergreifende Dienstleistungsgeschäft aufgrund der Dienstleistungsfreiheit keiner Sanktion unterläge. Jedoch steht die Dienstleistungsfreiheit einer Sanktion solange nicht entgegen, soweit diese in nichtdiskriminierender Weise Dienstleistungstätigkeiten untersagt. Denn die Reglementierung der Dienstleistungserbringung ist nicht geeignet, die Entscheidung über die Erbringung von Dienstleistungen dergestalt zu beeinflussen, dass eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung unterbleibt, während die inlandsbezogene Dienstleistung erfolgt. Eine Benachteiligung grenzübergreifender Dienstleistungserbringung gegenüber innerstaatlicher Dienstleistungstätigkeit ist damit nicht gegeben, so dass sich die in § 16 Abs. 6 REITG niedergelegte Sanktion als grundfreiheitskonform erweist.

2.5. Europarechtskonformität sonstiger gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltungsmerkmale

2.5.1. Beschränkte Wachstumsmöglichkeit der REIT-Dienstleistungsgesellschaft aufgrund von § 12 Abs. 2 u. 3 REITG

Die REIT-Dienstleistungsgesellschaft darf nach § 12 Abs. 2 Buchst. b) REITG nur 20 Prozent des REIT-Vermögens ausmachen und die REIT-Erträge dürfen nach § 12 Abs. 3 Buchst. b) REITG nur zu 20 Prozent aus REIT-Dienstleistungsgesellschaften stammen. Diese Begrenzungen sind als solche nicht sanktionsbewehrt. Mit Strafzahlung und Statusverlust wird nach §§ 16 Abs. 3, 18 Abs. 5 REITG erst sanktioniert, wenn das Vermögen des REIT zu weniger als 75 Prozent aus Immobilienvermögen besteht oder weniger als 75 Prozent der Einnahmen aus Immobilienerträgen stammen. Durchbrochen werden diese Quoten, wenn die Dienstleistungsgesellschaft wirtschaftlich wächst, der Wert des Immobilienvermögens sinkt oder die Immobilienerträge zurückgehen, wobei

der REIT hierauf keinen Einfluss auszuüben vermag. Folge ist, dass die REIT-Dienstleistungsgesellschaft sich gegebenenfalls nicht den Marktmöglichkeiten entsprechend entfalten kann oder den Umfang ihrer Wirtschaftstätigkeit sogar reduzieren muss.

Es kann argumentiert werden, dass das Dienstleistungsgeschäft der Tochterdienstleistungsgesellschaft sich bei begrenzten Wachstumsmöglichkeiten notwendigerweise auf das Inlandsgeschäft beschränken wird. Begrenzte Wachstumsmöglichkeiten unterbinden von vornherein das Streben nach wirtschaftlichem Wachstum, welches das einzige Motiv darstellt, im grenzübergreifenden Bereich tätig zu werden. Grenzüberschreitendes Angebot und Nachfrage entfalten sich nur bei unionsweit gewährleisteter Dienstleistungsfreiheit, bei unbeschränkten Wachstumsmöglichkeiten.⁴⁷⁸

Selbst wenn die Dienstleistungstochter sich wirtschaftlich über die Binnen- grenze hinweg entwickeln wollte und könnte, so wird ihr diese Möglichkeit aufgrund der Strukturanforderung des § 12 REITG genommen. Will die deutsche REIT-Dienstleistungstochter etwa ein Bankdarlehen aufnehmen um mit diesem Geld ein französisches Dienstleistungsunternehmen zu erwerben, so wird ihr diese Möglichkeit durch die Strukturanforderungen genommen, soweit der fremdfinanzierte Unternehmenskauf die Bilanzsumme der Dienstleistungs- tochter erhöht und hierdurch die Strukturvorgabe des § 12 Abs. 2 REITG verletzt wird. Die Dienstleistungstochter wird das französische Unternehmen daher nicht erwerben und sich weiter auf ihr bisheriges, überwiegend nationale Geschäftsfeld „beschränken“. Wer die Grundfreiheiten freiheitsrechtlich versteht, wird argumentieren, dass das europarechtliche „Beschränkungs- verbot“ gerade derartigen „Hindernissen der grenzüberschreitenden Tätigkeits- entfaltung“ entgegenstehe. Durch die Behinderung des fremdfinanzierten grenzüberschreitenden Wachstums werde die nationale Binnenstellung der Dienstleistungstochter „zementiert“, was unzulässig sei.⁴⁷⁹ Im Ergebnis werde hierdurch die binnenstaatliche Tätigkeit der grenzüberschreitenden bevorzugt, was gegen das Diskriminierungsverbot verstoße.

⁴⁷⁸ Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union – Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, 2000, S. 208.

⁴⁷⁹ Vgl. zu dieser Argumentation: EuGH C 222/04 v. 10. 01. 06 – Ministero dell'Economia – Slg. I 2006, S. 289, Rdnr. 143.

Denkbar ist auch folgender Fall: Die Dienstleistungstochter eines deutschen REIT wirtschaftet grenzüberschreitend und die Umsatzerlöse des deutschen REIT brechen konjunkturbedingt ein. Die Dienstleistungstochter muss damit zwangsläufig ihre Dienstleistungstätigkeiten reduzieren, damit der REIT die Strukturvorgaben einhalten kann. Gegebenenfalls müsste die Tochter allein deshalb ihr grenzüberschreitendes Engagement reduzieren, was bei freiheitsrechtlichem Verständnis der Dienstleistungsfreiheit unzulässig wäre.⁴⁸⁰

Ein derartiger freiheitsrechtlicher Gehalt, eine dahingehende Schutzfunktion ist der Dienstleistungsfreiheit jedoch nicht immanent, da sie lediglich eine besondere Form des Diskriminierungsverbotes darstellt. Grundfreiheiten geben keinen Anspruch auf Erhalt des wirtschaftlichen Status Quo und suspendieren nicht von international üblichen gesellschaftsrechtlichen Strukturvorgaben. Auch wird das Auslandsgeschäft dem Inlandsgeschäft gegenüber nicht spezifisch benachteiligt. Denn auch innerstaatlich sind die Wachstumsmöglichkeiten ggfs. nur begrenzt möglich und allein hierauf ist richtigerweise abzustellen. Entscheidend für die zulässigen Umsatzerlöse der Dienstleistungstochter sind die Umsatzerlöse des REIT. Gleiches gilt für die Bilanzsumme. Die eingeschränkten Marktentwicklungsmöglichkeiten der Dienstleistungstochter erweisen sich daher als grundfreiheitskonform.

2.5.2. Verbot des Erwerbs von Inlandsvermögen für die Auslandsobjektgesellschaft

Das Immobilienvermögen der Auslandsobjektgesellschaft darf nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 REITG ausschließlich im Ausland belegen sein. Inländisches Immobilienvermögen wird damit ausgeschlossen. Das bewegliche Vermögen der REIT-Auslandsobjektgesellschaft kann sich allerdings auch im Inland befinden, ebenso wie der Sitz der Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund ist der Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen so wichtig. Die beispielsweise als deutsche GmbH verfasste Auslandsobjektgesellschaft darf und muss zwar Auslandsimmobilien besitzen, sie kann aber in Deutschland

⁴⁸⁰ Eine Diskriminierung kann anders als im vorhergehenden Beispiel jedoch kaum angenommen werden.

ihren Sitz haben. Sie darf auch Eigentümerin ihrer Büroausstattung etc. sein. Sie darf aber kein Eigentum an ihren Büroimmobilien begründen, sondern ist auf die Rechtsstellung des Mieters beschränkt.⁴⁸¹ Daneben kann die Auslandsobjektgesellschaft eine ausländische Rechtsform aufweisen, etwa die einer niederländischen B.V. Dann ist einer niederländischen B.V. – also einer formal ausländischen Gesellschaft – der Erwerb einer deutschen Immobilie durch § 3 Abs. 3 Nr. 2 REITG untersagt.

Man kann vertreten, dass der Ausschluss der Immobilienerwerbsmöglichkeit durch die Auslandsobjektgesellschaft vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen sei, da materiell eine rein nationale Regelung getroffen werde. Denn Alleingesellschafter der Auslandsobjektgesellschaft ist nach § 3 Abs. 3 REITG die deutsche REIT-AG und dieser werde die mittelbare Investitionsmöglichkeit über die Auslandsobjektgesellschaft in deutsche Immobilien versagt. Für rein nationale Beschränkungen sei der EuGH jedoch unzuständig.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass schon das formale Prozessrecht nicht auf die Gesellschafter von juristischen Personen abstellt. Rechtsfähig ist die Gesellschaft als solche, nicht die dahinter stehenden Gesellschafter.⁴⁸² Die Beschränkung ist daher europarechtswidrig, da sie einer ausländischen Gesellschaft die Investition in inländisches Immobilienvermögen mit Hinweis auf ihre Anteilseigner untersagt, während deutsche Gesellschaften ungehindert deutsche Immobilien erwerben können.⁴⁸³ Auf die Unvereinbarkeit dieser Vorschrift mit unionsrechtlichen Vorgaben kann sich die Auslandsobjektgesellschaft auch dann berufen, wenn sie über deutsches Immobilienvermögen verfügt und dieses erst verkaufen müsste, um als taugliches Investitionsobjekt des REIT zur Verfügung stehen zu können.

⁴⁸¹ BT.-Drs. 16/4779, S. 31 (Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses).

⁴⁸² In jeder Klageschrift, in der eine juristische Person klagt, werden die Gesellschafter nicht genannt.

⁴⁸³ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 319.

2.5.3. Eröffnung der Investitionsmöglichkeit in ausländische indirekte Immobilienanlagegesellschaften

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 1 REITG hat der REIT die Möglichkeit, Anteile an Immobilienpersonengesellschaften zu erwerben. Hinter dem Begriff der Immobilienpersonengesellschaft verbirgt der landläufig bekannte geschlossene Immobilienfonds als ein typisch „deutsches Immobilienanlageprodukt“. In diese Immobilienfondsanteile kann der REIT dabei in unbegrenztem Umfang investieren, werden diese Gesellschaftsanteile doch nach § 12 Abs. 1 S. 3 REITG als unbewegliches Vermögen qualifiziert. Über diese Fonds kann der REIT wiederum in ausländische Immobilien investieren. Im Unterschied zum Immobiliendirekterwerb ist das Investment in derartige Gesellschaftsanteile nicht der Grunderwerbsteuer unterworfen, steuerlich damit attraktiv.⁴⁸⁴ Damit kann der REIT, ausschließlich bezogen auf Immobilienpersonengesellschaftsanteile, die Funktion einer reinen Holdinggesellschaft wahrnehmen. Von der Wirkung her ist das Investment über einen geschlossenen Immobilienfonds insoweit vorteilhaft, als dass das wirtschaftliche Risiko, welches mit jeder Immobilieninvestition zwangsläufig verbunden ist, weiter gestreut wird und ein Verlust damit nur anteilig verkraftet werden muss.

Eine anderweitige Möglichkeit zur risikostreuenden Investition in ausländische Immobilien hat der REIT nicht. Der Erwerb ausländischer REIT-Anteile oder vergleichbarer indirekter Immobilienanlagegesellschaften wird nicht vom Unternehmensgegenstand des REIT umfasst und würde auch nicht in die Immobilienquote gerechnet. Der Erwerb einer ausländischen Beteiligung wird durch § 3 Abs. 3 REITG untersagt, wonach die Auslandsobjektgesellschaft vollständig durch den REIT gehalten werden muss. Soweit der REIT Auslandsimmobilien indirekt über eine zu hundert Prozent ihm gehörende Kapitalgesellschaft hält, hat der REIT das vollständige wirtschaftliche Risiko des Immobilienerwerbs mittelbar letztlich doch zu tragen.

⁴⁸⁴ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 57. Allerdings ist § 1 Abs. 2 a GrEStG zu beachten. Gemäß dieser Vorschrift gilt die Übertragung von mindestens 95 Prozent der Anteile an einer Personengesellschaft innerhalb von fünf Jahren als ein auf Übereignung eines Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft.

In andere deutsche Immobiliengesellschaften wie andere REITs, offene Immobilienfonds, Immobilienaktiengesellschaften oder Immobilienspezialfonds⁴⁸⁵ darf der deutsche REIT allerdings auch nicht investieren. Zwar hat der REIT die Möglichkeit, auch in ausländische Immobilienpersonengesellschaften zu investieren. Außerhalb des deutschsprachigen Wirtschaftsraums, ist jedoch schon die Rechtsform der Personengesellschaft weitgehend unbekannt.⁴⁸⁶

Erschwerend kommt hinzu, dass sich das Anlageprodukt des geschlossenen Immobilienfonds dort weit weniger etabliert hat. In Deutschland fand der geschlossene Immobilienfonds nur deshalb weite Verbreitung, da er zeitweilig Steuersparmöglichkeiten bis dahin unbekanntem Ausmaßes ermöglichte. Soweit die indirekte Immobilienanlage im europäischen Ausland eher mittels REITs, Immobilienaktiengesellschaften oder Anlageinstrumenten erfolgt, die rechtlich dem deutschen offenen Immobilienfonds ähneln, stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob in der Investitionsmöglichkeit ausschließlich in geschlossene Immobilienfonds eine verdeckte Diskriminierung zu erblicken ist. Folge wäre, dass dem deutschen REIT über das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot das Investment in die im Ausland üblichen Immobiliengesellschaften eröffnet würde.

Von dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV werden nicht nur offene, sondern auch verdeckte Diskriminierungen erfasst.⁴⁸⁷ Der Wortlaut des Art. 18 AEUV beschränkt sich insoweit nicht auf das Verbot offener Diskriminierungen. Maßgebend ist auf Sinn und Zweck des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes abzustellen.⁴⁸⁸ Die verdeckte Diskriminierung wird auch als mittelbare, versteckte, materielle, verschleierte oder indirekte Diskriminierung bezeichnet.⁴⁸⁹ Ihr wesentliches Merkmal ist die Ungleichbehandlung, soweit eine der offenen Diskriminierung vergleichbare Differenzierung eintritt. Verboten sind damit solche Differenzierungsmerkmale, die nicht nach nationalen

⁴⁸⁵ Hierbei handelt es sich im wesentlichen um offene Immobilienfonds, die ausschließlich für institutionelle Anleger aufgelegt werden, §§ 91 ff. InvG.

⁴⁸⁶ Preißer, Unternehmenssteuerrecht und Steuerbilanzrecht, 2008, S. XII.

⁴⁸⁷ Haslehner, IStR 2008, S. 566.

⁴⁸⁸ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 38.

⁴⁸⁹ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 102.

Kriterien differenzieren, aber gleichwohl zu einer materiellen Ausländerbenachteiligung führen.⁴⁹⁰

Eine Diskriminierung liegt allerdings nur dann vor, wenn der von der Regelung Betroffene gegenüber der jeweiligen Vergleichsgruppe benachteiligt wird.⁴⁹¹ Problematisch ist im vorliegenden Fall die Vergleichspaarbildung. Denn auch deutsche indirekte Immobilienanlagegesellschaften (herkömmliche Immobilienaktiengesellschaft, Immobilien-GmbH, offene Immobilienfonds) sind als Investitionsobjekt des deutschen REIT ausgeschlossen. Und das Investment in geschlossene Immobilienfonds ist der für REITs typischen Immobiliendirektanlage vom Rendite-Risiko-Profil am ähnlichsten. Ebenso wie bei der Immobiliendirektanlage ist beim geschlossenen Immobilienfonds einzig der Mieterlös und der später zu erzielende Verkaufspreis für das wirtschaftliche Gesamtergebnis maßgebend. Hierdurch unterscheidet sich der geschlossene Immobilienfonds in erheblicher Weise von anderen indirekten Immobilienanlagegesellschaften, deren Wert aufgrund anderer Konstruktionsweise von anderen Faktoren mitbestimmt wird.

2.5.3.1. Börsennotierte ausländische indirekte Immobilienanlagemöglichkeiten

Bei börsennotierten REITs oder börsennotierten Immobilienaktiengesellschaften hängt der Wert des Gesellschaftsanteils entscheidend von der aktuellen Situation des Kapitalmarktes ab. Bei fallenden Börsenkursen hat der Wert der gehaltenen Aktien nur noch wenig mit dem Immobilienwert der Gesellschaft gemein. Rein immobilienbezogene Risiken, die der Immobiliendirektanlage oder der Anlage in geschlossenen Immobilienfonds immanent sind, werden bei börsennotierten Anlageinstrumenten noch um kapitalmarktspezifische Risiken erweitert. Damit unterscheiden sich geschlossene Immobilienfonds und kapitalmarktnotierte Immobiliengesellschaften in ganz erheblicher Weise voneinander, so dass das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot die Investitionsmöglichkeiten in kapitalmarktnotierte Immobiliengesellschaften nicht zu begründen vermag.

⁴⁹⁰ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 91.

⁴⁹¹ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 65.

2.5.3.2. Ausländische indirekte Immobilienanlagemöglichkeiten ohne Kapitalmarktrisiko

Mit geschlossenen Immobilienfonds eher vergleichbar sind nichtbörsennotierte Immobilienanlagegesellschaften. Beispiel hierfür ist der insbesondere in Österreich populäre offene Immobilienfonds, bei welchem der Wert des Fondsanteils über Immobiliensachverständige ermittelt wird, die zumeist steigende Immobilienpreise attestieren. Der Wert des Investmentanteils ist damit vollständig von der Situation des Kapitalmarktes abgekoppelt. Nach § 80 InvG kann der offene Immobilienfonds allerdings bis zu 49 Prozent seines Vermögens in immobilienfremdes Vermögen investieren, wodurch der Charakter der „reinen“ Immobilienanlage verwässert wird. Dementsprechend dürfte auch das Investment in ausländische offene Immobilienfonds, die in hohem Maße in immobilienfremdes Vermögen investiert sind, nicht über das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot eröffnet werden.

2.5.3.3. Ausländische indirekte Immobilienanlagemöglichkeiten ohne Kapitalmarktrisiko und überwiegendem Immobilienbestand

Problematisch ist, ob das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot die Investitionsmöglichkeit in ausländische nichtbörsennotierte Immobilien-gesellschaften eröffnet, soweit deren Vermögen, dem Gesellschaftszweck entsprechend, überwiegend aus Immobilienvermögen besteht.

2.5.3.3.1. Freiheitsrechtliches Verständnis

Soweit eine ausländische Immobiliengesellschaft, ihrem eigentlichen Zweck entsprechend, zum weit überwiegenden Teil in Immobilien investiert ist, ähnelt sie vom Unternehmenszweck und dem Risikoprofil dem deutschen geschlossenen Immobilienfonds. Bei freiheitsrechtlicher Auslegung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes, würde hierdurch die Investitionsmöglichkeit in entsprechende ausländische Immobiliengesellschaften ermöglicht, wobei die Immobilienquote bei der Immobilienquote des REIT Berücksichtigung finden müsste.

So wären z.B. nichtbörsennotierte „private REITs“⁴⁹² mit dem deutschen geschlossenen Immobilienfonds weitgehend vergleichbar. Mangels Börsennotierung sind kapitalmarktspezifische Risiken wie allgemeine Börsentrends weitgehend ausgeschlossen. Auch ist die Fungibilität – ebenso wie beim geschlossenen Immobilienfonds – aufgrund der fehlenden Kapitalmarktnotierung in nur beschränktem Maße gegeben. Soweit andere Mitgliedstaaten über das Anlageinstrument des „private REIT“ verfügen oder sich andere nichtbörsennotierte Immobiliengesellschaften dort etabliert haben, so würde es das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ermöglichen, in diese zu investieren, wobei deren Immobilienvermögen entsprechend der Regelung des § 12 Abs. 1 S. 3 REITG in die Immobilienquote des REIT zu rechnen wäre. Nur dies würde bei freiheitsrechtlichem Verständnis der unionsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung von geschlossenen Immobilienfonds mit vergleichbaren ausländischen Immobilienanlagegesellschaften entsprechen. Entscheidend für die Zulässigkeit der Investition in ausländische indirekte Immobilienanagemöglichkeiten wäre damit, dass sie hinsichtlich des immobiliespezifischen Rendite-Risiko-Profiles dem deutschen geschlossenen Immobilienfonds entsprechen. Kapitalmarktnotierte ausländische Immobiliengesellschaften scheiden aufgrund des hohen kapitalmarktspezifischen Risikos dabei aus.

2.5.3.3.2. Gleichheitsrechtliches Verständnis

Bei gleichheitsrechtlichem Verständnis bezweckt das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ausschließlich tatsächliche Inländergleichbehandlung. Die Besserstellung von Ausländern wird hierdurch nicht ermöglicht. Der REIT kann auf nationaler Ebene weder in herkömmliche Immobilien-GmbH, Immobilienaktiengesellschaften oder offene Immobilienfonds investieren. Würde nun etwa die Investition in ausländische offene Immobilienfonds eröffnet, so wäre zwar das Anlagevermögen des ausländischen Fonds und des deutschen Immobilienfonds identisch. Auch wären beide Gesellschaften nicht kapitalmarktnotiert, so dass kapitalmarktspezifische Risiken ausgeschlossen sind. Bei eingehender Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der ausländische Fonds gegenüber dem

⁴⁹² In Deutschland existiert dieses Anlageinstrument nicht, da hier Substitutionswirkungen zu Lasten des geschlossenen Immobilienfonds befürchtet wurden.

deutschen geschlossenen Immobilienfonds bevorzugt würde. Denn bei offenen Fonds können Anleger – und damit auch der potentielle deutsche REIT – sehr kurzfristig investieren und auch wieder deinvestieren. Derartige Spekulationsgeschäfte gehören jedoch nicht zum Tätigkeitsbereich eines REIT. Auch eignet sich der offene Fonds für kleinere Anlagebeträge. Zudem sind die Transaktionskosten bei offenen Immobilienfonds eher gering. In Deutschland ist etwa ein Ausgabeaufschlag von 5 Prozent üblich, der aber oftmals reduziert ist oder gar vollständig entfallen kann.

Diese Vorteile weisen geschlossene Immobilienfonds nicht auf. Die zu investierenden Anlagebeträge sind weit höher, ebenso wie die anfallenden Verwaltungskosten. Im Gegensatz dazu ist die Veräußerbarkeit (Fungibilität) des geschlossenen Immobilienfondsanteils weit geringer. Anders als bei offenen Fonds ist bei geschlossenen Fonds der Initiator nicht zur Zurücknahme der Gesellschaftsanteile verpflichtet und die Anteile geschlossener Fonds können nur sehr eingeschränkt veräußert werden. Auch ist die Haltedauer bei geschlossenen Fonds im Regelfall recht lang. Zumeist dürfte die Immobilie aus steuerlichen Gründen erst nach Ablauf der zehnjährigen Spekulationsfrist der § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG veräußert werden, weil der Veräußerungsgewinn auf Ebene privater Anteilseigner erst dann steuerfrei vereinnahmt werden kann.

Auch nichtbörsennotierte „private REITs“ dürften bei eingehender gesellschaftsrechtlicher Analyse deshalb nicht dem Gesellschaftstypus des deutschen geschlossenen Immobilienfonds entsprechen. Wie bereits dargestellt, haben deutsche geschlossene Immobilienfonds aus steuerlichen Gründen kaum die Möglichkeit, ihre Immobilien kurzfristig zu veräußern. Ausländische private REITs unterliegen diesbezüglich ggfs. keinen Restriktionen. Auch haben REITs die Möglichkeit, immobilienbezogene Dienstleistungen in untergeordnetem Umfange zu erbringen. Diese Möglichkeit haben geschlossene Immobilienfonds nicht, da ihre Einkünfte dann nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG insgesamt als gewerbliche Einkünfte qualifiziert würden und damit der Gewerbesteuer unterfallen würden.

Würde über das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nun die Investitionsmöglichkeit in ausländische indirekte Immobiliengesellschaften eröffnet, so würden REITs den deutschen geschlossenen Immobilienfonds meiden und

europaweit in die Anlageform investieren, die den geringsten Restriktionen unterliegt, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen von REITs am ehesten entspricht. Der nationale gesetzgeberische Wille, die Investitionsmöglichkeit auf einen ganz bestimmten, eher restriktiv ausgestalteten Gesellschaftstypus zu beschränken, würde dadurch unterlaufen. Da der geschlossene Immobilienfonds aufgrund seiner gesellschafts- und steuerrechtlichen Spezifika daher kaum mit ausländischen Gesellschaften zu vergleichen ist, werden ausländische Immobiliengesellschaften im Regelfall nicht diskriminiert. Die Investitionsmöglichkeit lässt sich daher auch über das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nicht begründen.

2.5.4. Kein Immobilienhandel

2.5.4.1. Statusentzug bei Veräußerung ausländischer Immobilien und Verstoß gegen das Immobilienhandelsverbot

§ 14 REITG untersagt den Immobilienhandel, wobei ein solcher bereits dann vorliegt, wenn der REIT pro Jahr durchschnittlich mehr als 10 Prozent seines Immobilienvermögens veräußert. Veräußerungserlöse von Immobilienpersonengesellschaften, an denen der REIT beteiligt ist, werden nach §§ 12 Abs. 1, 14 REITG in diese Quote miteinbezogen. Ein Verstoß gegen das Immobilienhandelsverbot hat nach § 18 Abs. 2 REITG zwingend das sofortige Ende des steuerfreien Status zur Folge. Die derart scharfe Sanktion steht jedoch auch bei der Veräußerung ausländischen Vermögens in Einklang mit unionsrechtlichen Vorgaben. Grundsätzlich wird die Immobilieninvestition von Gebietsansässigen im Ausland durch Ziffer II. B. der Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie geschützt. Damit verbunden ist die entsprechende Veräußerungsmöglichkeit. Nicht geschützt wird jedoch die jederzeitige Veräußerungsmöglichkeit von Immobilien. Entscheidend ist, dass der Immobilienerwerb und die Immobilienveräußerung als solche möglich sind. Die grenzübergreifende Immobilienveräußerung kann damit mit dem sofortigen Statusverlust geahndet werden, soweit der REIT hierdurch gegen das Immobilienveräußerungsverbot verstößt.

2.5.4.2. Marktzutrittshindernde Wirkung des Immobilienhandelsverbotes

Vor dem Hintergrund, dass REITs exit-tax-begünstigt in deutsche Immobilien investieren konnten, führt die lange Haltedauer für Immobilien dazu, dass der Immobilienbestand von REITs über Jahre hinweg überwiegend nationalen Charakter aufweisen wird, da die beliebige Vermögensumschichtung in ausländische Immobilienmärkte durch das Immobilienhandelsverbot ausgeschlossen ist. Das Verbot des Immobilienhandels begründet damit zwar ein Marktzugangshindernis zu Lasten ausländischer Immobilienmärkte. Ursächlich hierfür ist jedoch die begünstigte inländische Immobilienerwerbsmöglichkeit qua Exit-Tax und nicht der Ausschluss des Immobilienhandels. Auch insoweit erweist sich das Immobilienhandelsverbot als grundfreiheitskonform.

2.5.5. Inländisches Sitzfordernis – Beschränkung des REIT-Status auf Inlandsgesellschaften

Die stetig wachsende Europäisierung der Wirtschaftstätigkeit hat zu einer zunehmenden Mobilität der Unternehmen geführt.⁴⁹³ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit den nationalen Gesellschaften aufgrund europarechtlicher Vorgaben die Verlegung ihres satzungsmäßigen oder tatsächlichen Verwaltungssitzes gestattet ist. Uneingeschränkt mobil ist seit Inkrafttreten der SE-VO im Oktober 2004 nur die Europäische Aktiengesellschaft. Nur sie kann Satzungs- und Verwaltungssitz identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat verlegen.⁴⁹⁴

Im Hinblick auf die übrigen Gesellschaftsformen regeln die Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich, auch von Gesellschaftstyp zu Gesellschaftstyp verschieden, inwieweit die Gesellschaft nicht nur ihren satzungsmäßigen, sondern auch ihren tatsächlichen Sitz, ihre Hauptverwaltung, im Gründungsstaat haben muss. Auch die rechtlichen Folgen der Verlegung sind in jedem Mitgliedstaat

⁴⁹³ Rödder, Ubg 2009, S. 597.

⁴⁹⁴ Blumenberg, IStR 2009, S. 549.

anders.⁴⁹⁵ Der AEUV trägt diesen nationalen Unterschieden dergestalt Rechnung, indem er in Art. 54 den satzungsmäßigen Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung der Gesellschaft als gleichwertige Anknüpfungspunkte nebeneinander stellt.⁴⁹⁶ Damit ist beispielsweise der GmbH oder der deutschen Aktiengesellschaft die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins europäische Ausland erlaubt.⁴⁹⁷ Ihren statuarischen Sitz müssen sie hingegen in Deutschland haben. Soweit sich tatsächlicher und statuarischer Sitz in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten befinden, spricht man auch von doppelansässigen Gesellschaften. Ein vollständiger Wegzug ist damit auch der GmbH bzw. AG nicht möglich.⁴⁹⁸ Eine entsprechende Wahlfreiheit hinsichtlich des Verwaltungssitzes besitzt der REIT nicht, da dieser nach § 9 REITG sowohl seinen Sitz als auch seine Geschäftsführung im Inland haben muss. Dies nimmt ihm die Möglichkeit, den tatsächlichen oder statuarischen Sitz unter Beibehaltung des deutschen REIT-Status ins Ausland zu verlegen.⁴⁹⁹

Bis zu der EuGH-Entscheidung „Cartesio“ vom 16. 12. 2008 war strittig, ob nationale Gesellschaften vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten derart „eingemauert“ werden durften.⁵⁰⁰ Argumentiert wurde, dass nach der Rechtsprechung des EuGH ein Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich nicht behindern dürfe.⁵⁰¹ Ein entsprechender Wegzug würde durch § 9 REITG entsprechend verhindert, was unzulässig sei. Auch zeige der Blick zum französischen Nachbarn, dass ein REIT seinen Sitz nicht zwangsläufig in dem Land haben müsse, in dem er gelistet sei. So könne die französische SIIC (société d'investissement immobiliers cotée) den REIT-Status auch dann annehmen, wenn sie in Frankreich weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung habe. Da entsprechende Möglichkeiten in Deutschland oder auch Groß-

⁴⁹⁵ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121, juris Rdnr. 105; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 61.

⁴⁹⁶ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 62.

⁴⁹⁷ Behme, BB 2009, S. 14.

⁴⁹⁸ Blumenberg, IStR 2009, S. 549.

⁴⁹⁹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 105.

⁵⁰⁰ Kraft/Bron, IStR 2007, S. 378; Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 6; Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264; zum Begriff der Einmauerung: Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 58; Bayer, BB 2004, S. 4.

⁵⁰¹ EuGH C 196/04 v. 12. 09. 06 – Cadbury Schweppes – Slg. I 2006, S. 7995, Rdnr. 42.

britannien nicht vorgesehen seien, stelle dies einen Verstoß gegen die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit dar.⁵⁰²

Dem wurde entgegengehalten, dass die Ansässigkeit in Deutschland nur eine Voraussetzung für eine spezielle steuerliche Behandlung sei. Es stehe jeder Gesellschaft frei, diese Tatbestandsmerkmale zu erfüllen oder nicht. Aus Praktikabilitätsgründen müsse ein deutscher REIT seinen Gesellschaftssitz eben im Inland haben.⁵⁰³ Auch spreche der Wortlaut von Art. 49 und 54 AEUV eher dagegen. Diese garantieren nur die Möglichkeit der Errichtung von Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften und Agenturen und setzen damit mindestens zwei wirtschaftlich selbständige Wirtschaftseinheiten voraus. Dies werde durch § 9 REITG nicht behindert. Lediglich der Sitz der Geschäftsleitung dürfe nicht in das Ausland verlegt werden.⁵⁰⁴

Spätestens mit der Entscheidung „Cartesio“ wurde der Streit geklärt.⁵⁰⁵ Wenn sich der EuGH auch bis dahin nicht explizit mit der Frage beschäftigt hatte, ob die Niederlassungsfreiheit die Verlegung des statuarischen und tatsächlichen Sitzes der Geschäftsleitung einer Gesellschaft bei Beibehaltung ihres gesellschaftsrechtlichen Status legitimiere, so hatte er doch in früheren Entscheidungen aufschlussreiche Ausführungen diesbezüglich gemacht und explizit zwischen weg- und zuziehenden Gesellschaften differenziert.⁵⁰⁶ Schon in den Sachen „Daily Mail und General Trust“, „Inspire Art“ sowie „Überseering“ führte der EuGH aus, dass ein Mitgliedstaat die Möglichkeit habe, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen.⁵⁰⁷ Der satzungsmäßige Sitz und ihre Hauptverwaltung dienen insoweit dazu, die Zugehörigkeit der Gesellschaft zu der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen.⁵⁰⁸ Das Sitzerfordernis einer Gesellschaft entspreche insoweit der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen. Beides habe zum Ziel, die Rechtszugehörigkeit einer Person zur Rechtsordnung

⁵⁰² Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

⁵⁰³ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 10.

⁵⁰⁴ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 10.

⁵⁰⁵ Weiterhin kritisch: Stewen, FR 2010, S. 18 ff.

⁵⁰⁶ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 10; Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 58.

⁵⁰⁷ EuGH C 81/87 v. 27. 09. 88 – Daily Mail und General Trust – Slg. I 1988, S. 5483, Rdnr. 24; C 208/00 v. 05. 11. 02 – Überseering BV – Slg. I 2002, S. 9919, Rdnr. 70.

⁵⁰⁸ EuGH C 167/01 v. 30. 09. 03 – Inspire Art – Slg. I 2003, S. 10155, Rdnr. 97.

eines Mitgliedstaates festzulegen.⁵⁰⁹ Auch in dem nunmehr endgültig streitentscheidenden Urteil „Cartesio“ kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit etwaigen Beschränkungen einer isolierten Verlegung des Verwaltungssitzes unter Wahrung der rechtlichen Identität durch den Wegzugsstaat nicht entgegensteht.⁵¹⁰ Bekräftigt wurden hierdurch die Ausführungen in früheren Entscheidungen und Hoffnungen auf eine weitergehende Mobilität wurde eine Absage erteilt.⁵¹¹ Seit zu der rund 20 Jahre zurückliegenden Entscheidung Daily Mail hat sich damit nichts geändert.⁵¹²

Danach kann ein Mitgliedstaat sowohl die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht als gegründet angesehen zu werden, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird. Dem vom Wegzug betroffenen Staat steht es daher frei, die Verlegung des Verwaltungssitzes mit dem Verlust des bisherigen Gesellschaftsstatuts zu sanktionieren.⁵¹³ Wenn die Mitgliedstaaten über die Schaffung von Gesellschaften entscheiden, so müssen sie auch frei über die Beendigung ihrer Existenz im Falle des Grenzübertritts befinden können.⁵¹⁴ Verbleibende Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, können über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst werden, sondern bedürfen einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses, wozu es jedoch bisher noch nicht gekommen ist.⁵¹⁵ Die Mitgliedstaaten behalten damit die Befugnis, einer Gesellschaft des nationalen Rechts es nicht zu gestatten, diese Eigenschaft zu behalten, wenn sie sich durch die Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat dort neu organisieren möchte und damit die Anknüpfung löst, die das nationale Recht des Gründungsmitgliedstaats vorsieht.⁵¹⁶ Die Gesellschaft

⁵⁰⁹ EuGH C 307/97 v. 21. 09. 1999 – Saint-Gobain – Slg. I 1999, S. 6161, Rdnr. 36.

⁵¹⁰ Behme, BB 2009, S. 13.

⁵¹¹ Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 58; Thömmes, IWB 2009, S. 1219; Behrens, EuZW 2009, S. V.

⁵¹² Frenzel, EWS 2009, S. 158.

⁵¹³ Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 59; Kußmaul/Richter/ Ruiner, EWS 2009, S. 9.

⁵¹⁴ Behme, BB 2009, S. 13.

⁵¹⁵ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121.

⁵¹⁶ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121.

wird im Zuzugsstaat in eine Gesellschaft seines Rechtes umgewandelt und damit an dessen Rechtsordnung angepasst. Die zuziehende Gesellschaft erhält im Zuzugsstaat also die Rechtsform, deren Voraussetzungen objektiv erfüllt sind.⁵¹⁷

Entscheidend war für den EuGH, dass Gesellschaften keine natürlichen Personen sind, sondern ihre Existenz allein einer Rechtsordnung verdanken, die sie mit bestimmten Fähigkeiten ausstattet. Aufgrund dieser engen Bindung zwischen Gründung und Existenz und des Fehlens einer einheitlichen unionsrechtlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugute kommt, behalten die Mitgliedstaaten ihre Autonomie darüber, in ihrem nationalen Recht festzulegen, welche Verknüpfungen mit ihrem Territorium für die Anwendung heimischen Gesellschaftsrechts erforderlich sind.⁵¹⁸

Im Ergebnis erweist sich das inländische Sitzfordernis danach als unionsrechtskonform, so dass der REIT seinen Gesellschaftsstatus verliert, sobald er seinen satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitz ins Ausland verlagert. Anders ist dies hingegen dann, wenn der REIT zulässigerweise die Rechtsform der Societas Europaea aufweist. Einzig diese Ausgestaltungsvariante der Aktiengesellschaft ist heute in der Lage, ihren satzungsmäßigen Sitz zu wechseln, ohne ihrer personellen Identität verlustig zu gehen, da es sich um eine sekundärrechtlich begründete Organisationsform mit unionsweit identischer Grundprägung handelt. Dies ist jedoch nicht Ausfluss der Niederlassungsfreiheit, sondern folgt aus der weitgehenden Vereinheitlichung dieser gesellschaftsrechtlichen Form innerhalb der Union.⁵¹⁹

2.5.6. Möglichkeit der Firmenbezeichnung REIT, Real Estate Investment Trust oder REIT-Aktiengesellschaft für ausländische REITs mit deutschem Sitz

2.5.6.1. Beschränkung der Zuzugsmöglichkeit

Seit den EuGH-Entscheidungen „Centros“, „Überseering“, „Inspire Art“ und „Cartesio“ steht fest, dass ausländische Gesellschaften, und damit auch

⁵¹⁷ Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 58, 60.

⁵¹⁸ Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 59.

⁵¹⁹ Kämmerer, EuR 2008, S. 50.

ausländische REIT-Aktiengesellschaften, ihren Sitz nach Deutschland verlegen können und dabei ihrer ursprünglichen Rechtspersönlichkeit nicht verlustig gehen, soweit die Rechtsordnung des Gründungsstaates entsprechende Sitzverlegungen nicht mit dem Statusentzug sanktioniert. Deutschland muss diese zugezogenen Gesellschaften dem Anerkennungsprinzip des internationalen Gesellschaftsrechts gemäß akzeptieren und darf den Zuzug nicht beeinträchtigen.⁵²⁰

§ 7 REITG verweigert solchen zugezogenen REIT-Aktiengesellschaften die Namensbezeichnung „REIT“ oder „Real Estate Investment Trust“, weil diese ihren Sitz im Inland haben und dabei nicht gleichzeitig alle Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes erfüllen. Dies mag in den Fällen noch als unproblematisch angesehen werden, in denen der REIT im Gründungsstaat nicht als REIT bezeichnet wird. So wird der französische REIT etwa als SIIC (*société d'investissement immobiliers cotée*) bezeichnet. Damit könnte der französische REIT auch hierzulande unter der Bezeichnung „société d'investissement immobiliers cotée“ firmieren, was allerdings zur Folge hätte, dass diese Gesellschaft aufgrund des fremdartig anmutenden Namens am Kapitalmarkt kaum als investitionsfähige Gesellschaft wahrgenommen würde. Und dass der französische REIT in Deutschland einen ähnlichen Erfolg wie die englische Limited verzeichnen kann, deren Bezeichnung mittlerweile weitgehend bekannt ist, ist unwahrscheinlich. Auch ist es für eine auf allgemeine Zugänglichkeit angelegte börsennotierte Aktiengesellschaft wie den REIT wichtiger, von einem breiten Anlegerpublikum wahrgenommen zu werden, als von einer Gesellschaftsform, deren weitgehend einziger Zweck in der Reduktion der Gläubigerhaftung besteht. Entsprechend wäre auch einem französischen REIT daran gelegen, die in Deutschland gebräuchliche Bezeichnung „REIT“, „REIT-Aktiengesellschaft“ oder „Real Estate Investment Trust“ führen zu können. Noch problematischer sind hingegen die Fälle, in denen der REIT auch im Gründungsland als Real Estate Investment Trust bezeichnet wird, etwa der britische UK-REIT. Für diesen existiert keine sinnvolle deutsche Bezeichnung, die nach § 7 REITG zulässig wäre. Denn die Bezeichnung REIT oder Real Estate Investment Trust darf allein, oder im Zusammenhang mit anderen Worten, nur von Gesellschaften verwendet werden, die den Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes entsprechen. Die Bezeichnung UK-REIT wäre damit unzulässig.

⁵²⁰ Stewen, FR 2010, S. 20, 25.

Und das, obwohl auch der UK-REIT dem internationalen Standard entspricht. Eine ausländische Gesellschaft wird durch das Verbot, die in Deutschland gebräuchliche Namensbezeichnung „REIT“, „REIT-Aktiengesellschaft“ oder „Real Estate Investment Trust“ führen zu dürfen, von einer Sitzverlegung nach Deutschland, dem gesellschaftsrechtlichen Zuzug, abgehalten.

§ 7 REITG dürfte aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben damit nicht zur Anwendung gelangen, soweit eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft ihren Sitz identitätswahrend nach Deutschland verlegt und die Firmennamensbezeichnung „REIT“, „REIT-Aktiengesellschaft“ oder „Real Estate Investment Trust“ führt.

2.5.6.2. Rechtfertigung aus Gründen des Anlegerschutzes

Dem aus den Grundfreiheiten resultierenden Firmenschutz können zwingende Gründe des Allgemeininteresse entgegenstehen, zu denen auch der Anlegerschutz zu rechnen ist.⁵²¹

Zunächst lässt sich argumentieren, dass der Zuzugs-REIT nicht notwendigerweise an einer deutschen Börse gelistet ist. Soweit seine Anteile nur in seinem Gründungsstaat notiert sind, würde das Argument des deutschen Anlegerschutzes kaum durchdringen. Denn deutsche Anleger erwerben Aktien üblicherweise über einen deutschen Börsenplatz. Auch lässt sich anführen, dass für den Anleger die Höhe der Dividende und mögliche Aktienkurssteigerungen im Vordergrund seiner Anlageentscheidung stehen und weniger die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung des Investitionsobjektes im Einzelnen. Die Investition in einen zugezogenen REIT der Gewinn erwirtschaftet ist allemal besser, als die Investition in einen deutschen REIT, der vielleicht einen Verlust ausweist.

Auch würde ein Namenszusatz, der die Herkunftsbezeichnung deutlich macht, für einen schonenderen Ausgleich zwischen Anlegerschutz auf der einen und Wegzugsfreiheit auf der anderen Seite sorgen. Den Firmennamenszusatz

⁵²¹ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 58, Rdnr. 10; EuGH C 442/02 v. 05. 10. 04 – Caixa-Bank France – Slg. I 2004, S. 8961, Rdnr. 21; Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 12.

„REIT“ etc. dürfte er entgegen § 7 REITG dann gleichwohl führen. Hierfür würde die Vergleichswertung zu bspw. der berufsrechtlichen Regelung bei Steuerberatern sprechen. Nach § 3 a Abs. 5 StBerG⁵²², der durch das 8. StBerÄndG⁵²³ in Umsetzung der EU-Berufsanerkennungsrichtlinie⁵²⁴ eingefügt wurde, dürfen Steuerberater aus anderen EU-Ländern, die in Deutschland tätig werden, und die im Herkunftsmitgliedstaat die Berufsbezeichnung „Steuerberater“ etc. führen, diese Berufsbezeichnung auch hierzulande führen. Erforderlich ist nur, dass sie angeben, aus welchem Herkunftsmitgliedstaat sie stammen und welcher Berufsorganisation sie dort angehören. Eine Verwechslungsgefahr zu deutschen Berufsträgern muss nach § 3 a Abs. 5 S. 3 StBerG ausgeschlossen sein. Dem Verbraucherschutz wird im steuerberatenden Bereich durch die Herkunftsangabe somit ausreichend Rechnung getragen.

Bei kapitalmarktnotierten REITs ist dies anders. Hier darf der deutsche Anleger unter einem REIT oder einer REIT-Aktiengesellschaft berechtigterweise eine von den Ertragsteuern befreite Anlageform verstehen. Nach § 1 Abs. 1 KStG wird ein ausländischer REIT, soweit er den Sitz seiner Geschäftsleitung nach Deutschland verlegt, unbeschränkt steuerpflichtig. Nach § 1 Abs. 2 KStG erstreckt sich die Steuerpflicht auf das Welteinkommen des REIT, also auch auf die Einkünfte, die im Staat seines statuarischen Sitzes steuerfrei sind. Eine Vorschrift, die den Zuzugs-REIT von dieser Besteuerung ausnehmen würde, existiert nicht. Diese Rechtslage mag zwar in Anlehnung an die EuGH-Entscheidung „Stauffer“ unionsrechtswidrig sein, so dass Deutschland verpflichtet wäre, die Steuerfreiheit des zugezogenen REIT anzuerkennen. Solange der Zuzugs-REIT nach geltender Rechtslage allerdings körperschaftsteuerpflichtig ist, wird der Anleger durch die Firmennamensbezeichnung „REIT“ über die steuerliche Behandlung auf Gesellschaftsebene getäuscht. Da der Schutz deutscher Anleger umfassend ist, ist es dem ausländischen Zuzugs-REIT nicht gestattet, die Firmennamensbezeichnung „REIT“, „REIT-Aktiengesellschaft“ oder „Real Estate Investment Trust“ zu führen.

⁵²² Steuerberatungsgesetz.

⁵²³ Steuerberatungänderungsgesetz.

⁵²⁴ Richtlinie 2005/36/EG v. 07. 09. 2005, ABl. EG L 255 v. 30. 09. 2005, S. 22.

2.5.7. Bestandsmietwohnmobilienausschluss und sonstige Benachteiligungen im Verhältnis zu anderen im Ausland bekannten REIT-Ausgestaltungsvarianten

Das Halten inländischer Bestandswohnmobilien ist dem deutschen REIT nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), § 3 Abs. 9 REITG untersagt. Ausländische REITs sind von diesem Investitionsverbot nicht umfasst, wodurch inländische REITs einen Wettbewerbsnachteil erleiden.⁵²⁵ Problematisch ist, wie diese Benachteiligung europarechtlich zu werten ist, wobei dieses Unterscheidungsmerkmal nur stellvertretend für eine Vielzahl anderer Unterscheidungsmerkmale steht. So wurde etwa kritisiert, dass das deutsche REIT-Gesetz in § 4 ein Mindesteigenkapital von 15 Millionen vorsehe. Ein derartiges Mindesteigenkapital, das ein finanzielles Erschwernis für die Neugründung einer REIT-Gesellschaft darstellt, existiert z.B. bei englischen REITs nicht.⁵²⁶ Auch auf eine verpflichtende Börsennotiz wird teilweise verzichtet, so dass ausländische REITs insoweit die Wahlfreiheit haben, sich auch als „private REIT“ zu konstituieren. Soweit ausländische REITs weniger Restriktionen unterliegen, kann dies zum einen unter dem Gesichtspunkt der Inländerdiskriminierung beachtlich sein.⁵²⁷ Als Alternativgestaltung kommt die Gründung einer ausländischen REIT-Gesellschaft mit anschließender Sitzverlegung nach Deutschland in Betracht, um auf diese Weise die vielfältigen Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes zu umgehen.

2.5.7.1. Inländerdiskriminierung

Im Unterschied zu den zuvor untersuchten Beschränkungen stehen ausländischen REITs im Hinblick auf Bestandswohnmobilien die vollen Investitionsmöglichkeiten offen. Unionsrechtlich ist diese Form der Diskriminierung, die ausländische Investoren besser stellt als Inländer, jedoch nicht zu beanstanden. Es liegt zwar keine Inländerdiskriminierung im klassischen Sinne vor, jedoch ist die vorliegende Form der Inländerschlechterstellung kon-

⁵²⁵ Vgl. Riese/Noll, NVwZ 2007, S. 521.

⁵²⁶ Hahn, ZGR 2006, S. 827; Mayer in: Striegel, REITG, 2007, S. 441.

⁵²⁷ Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 39.

vergent gelagert.⁵²⁸ Inländerdiskriminierung liegt üblicherweise dann vor, wenn Inländer aufgrund des für sie nur eingeschränkten Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten innerstaatlich schlechter behandelt werden als EU-Ausländer und ist eine seit langem bekannte Begleiterscheinung der europäischen Integration.⁵²⁹ Sie wird z.T. auch „umgekehrte Diskriminierung“ genannt, bringt diese Bezeichnung doch treffend zum Ausdruck, dass es sich um eine von der typischen Diskriminierung zum Nachteil auslandsbezogener Sachverhalte abweichende Form der Ungleichbehandlung handelt.⁵³⁰ Vorliegend werden inländische REITs zwar nicht aufgrund der nur eingeschränkten Anwendbarkeit der Grundfreiheiten schlechter gestellt als Ausländer. Die Benachteiligung rührt vielmehr aus § 1 Abs. 1 REITG her, der für ausländische REITs keine Anwendung findet. Die wirtschaftlichen Folgen sind indes identisch, so dass der Bestandswohnmobilienausschluss ausschließlich deutscher REITs eine rein innerstaatliche Regelung betrifft.

Zwar erscheint fraglich, ob die Herstellung des Binnenmarktes nicht doch in Anbetracht der fortschreitenden Integration eine uneingeschränkte Inländergleichbehandlung einfordere.⁵³¹ Auch sei der Begriff des „Inländers“ eine im Zuge der weitgehenden Harmonisierung europarechtlich zunehmend verblässende Rechtsbezeichnung, so dass es überholt und überkommen sei, Inländerdiskriminierung für unzulässig zu erachten.⁵³² Gerade vor dem Hintergrund, dass das Unionsrecht der Bevorzugung von Inländern einen – bedingt durch die EuGH-Rechtsprechung – sehr weitreichenden Riegel vorschleibe, müsse im Gegenzug auch die Benachteiligung von Inländern unionsrechtlich unzulässig sein.⁵³³ Dies folge schon aus Art. 18 AEUV, der „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ im Geltungsbereich des Unionsrechts verbiete.⁵³⁴ Der EuGH hat jedoch vielfach bekundet, für die Gleichbehandlung von Inländern

⁵²⁸ Knauthe, *Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs*, 2007, S. 122.

⁵²⁹ Weiß, *EuR* 1999, S. 499; Riese/Noll, *NVwZ* 2007, S. 516; Gundel, *DVBl* 2007, S. 269.

⁵³⁰ Mühl, *Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, S. 107; Musil, *Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht*, 2000, S. 108; Riese/Noll, *NVwZ* 2007, S. 517.

⁵³¹ Gosch, *DStR* 2007, S. 1557.

⁵³² Kämmerer, *EuR* 2008, S. 46 f.

⁵³³ Kämmerer, *EuR* 2008, S. 55.

⁵³⁴ Mühl, *Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, S. 109; Kämmerer, *EuR* 2008, S. 49; Riese/Noll, *NVwZ* 2007, S. 519.

aus Sicht der Grundfreiheiten unzuständig zu sein. Das Unionsrecht ziele allein darauf ab, einen Binnenmarkt herzustellen.⁵³⁵ Das Unionsrecht verbietet Inländerdiskriminierungen daher nicht,⁵³⁶ so dass in dem sozialpolitischen Bereich des Bestandswohnimmobilienausschlusses die Rechtsetzungskompetenz auf nationaler Ebene verbleibt. Die rechtliche Zulässigkeit der damit einhergehenden Inländerdiskriminierung, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten in diesem Bereich besser stellt, bestimmt sich allein nach innerstaatlichem Recht, insbesondere nach dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG.⁵³⁷ Somit verbleibt ein rechtlich und vor allem politisch wirkender Anpassungsdruck.⁵³⁸

2.5.7.2. Formale Gründung einer ausländischen REIT-Aktiengesellschaft und spätere Sitzverlegung nach Deutschland

Rechtlich möglich wird das Halten inländischer Wohnimmobilien erst durch Ausnutzen der Gestaltungsmöglichkeiten des europäischen Gesellschaftsrechts, wobei die Umgehung des deutschen Bestandswohnimmobilienverbotes nur stellvertretend für die Umgehung anderer unliebsamer Restriktionen steht. Soweit Restriktionen des deutschen Gesetzes durch formale Gründung von ausländischen REITs mit anschließender Sitzverlegung umschifft werden sollen, ist jedoch zu beachten, dass zwingend das Recht des Gründungsstaates Anwendung findet, woraus erhebliche Folgeprobleme resultieren können. Ermöglicht wurde die inländische Nutzung ausländischer REIT-Konstruktionen durch die EuGH-Urteile „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“. Danach steht fest, dass ausländische REITs ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen können und hierzulande als REIT anerkannt werden müssen. In diesen Zuzugfällen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates insofern zu respektieren, als der Zuzug einer

⁵³⁵ Gosch, DStR 2007, S. 1557; Ress/Ukrow in: Grabitz/Hilf, EGV, 2007, Art. 56, Rdnr. 39.

⁵³⁶ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 110, 158; Gundel, DVBl 2007, S. 270.

⁵³⁷ Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 122; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 110; Weiß, EuR 1999, S. 499, 515.

⁵³⁸ Gundel, DVBl 2007, S. 278.

Gesellschaft unter Beibehaltung der jeweiligen Rechtspersönlichkeit ermöglicht werden muss.⁵³⁹ Die Raritätenstellung ausländischer Gesellschaften wurde dadurch beendet.⁵⁴⁰ Weitere Voraussetzung ist nach der Entscheidung „Cartesio“, dass das Gesellschaftsrecht des ausländischen Staates die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes erlaubt. Anderenfalls würde die ausländische REIT-Gesellschaft im Zeitpunkt der Verlegung ihres Verwaltungssitzes ihren REIT-Status verlieren und müsste sich in Deutschland erneut um diesen bemühen. Dann müsste sie sämtliche Anforderungen des deutschen REIT-Gesetzes erfüllen und würde bis zum Zeitpunkt der staatlichen Anerkennung als herkömmliche Immobilienaktiengesellschaft behandelt. Soweit der Zuzug durch Sitzverlegung danach möglich ist, können diese formal ausländischen REITs in deutsche Bestandswohnimmobilien investieren und auch die übrigen Strukturanforderungen des deutschen REIT-Gesetzes umgehen. Von besonderem Interesse dürfte es dabei sein, das hohe Stammkapitalerfordernis der deutschen REIT-Aktiengesellschaft zu umgehen, begünstigten doch gerade die hohen Gründungskosten der deutschen GmbH den Siegeszug der englischen Limited.⁵⁴¹

Das Vorbild der in Deutschland tätigen englischen Limited veranschaulicht, dass auch REIT-Gesellschaften, die nur zum Schein im europäischen Ausland gegründet werden, um die strengen inländischen Gründungsvorschriften zu umgehen, hierzulande anerkannt werden müssen. Auch bei ausschließlicher inländischer Geschäftstätigkeit ist keine missbräuchliche Umgehung des inländischen Rechts gegeben. Auch reine Scheinauslandsgesellschaften sind daher gesellschaftsrechtlich anzuerkennen.⁵⁴² Eine der Sitztheorie folgende Umqualifizierung in eine herkömmliche deutsche, steuerpflichtige Immobilienaktiengesellschaft ist danach unzulässig.⁵⁴³

⁵³⁹ Vgl. Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 110; Maul/Schmidt, BB 2003, S. 2297; Bayer, BB 2004, S. 4.

⁵⁴⁰ Kornblum, BB 2004, S. 1.

⁵⁴¹ Vgl. Maul/Schmidt, BB 2003, S. 2298.

⁵⁴² Vgl. Bayer, BB 2004, S. 4; Maul/Schmidt, BB 2003, S. 2297.

⁵⁴³ Vgl. Korts/Korts, BB 2005, S. 1474.

Steuerrechtlich ist die hier tätige ausländische REIT-Aktiengesellschaft nach deutschem Steuerrecht allerdings unbeschränkt steuerpflichtig.⁵⁴⁴ Denn nach § 1 Abs. 1 KStG sind Rechtssubjekte steuerpflichtig, soweit sie hier ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz haben. Eine expressis verbis formulierte Steuerbefreiung für ausländische REITs findet sich weder in § 5 KStG noch im REITG.

Aus dem den Wettbewerb fördernden Anerkennungsprinzip trotz fehlender Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen ergeben sich somit erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, denn ein Mitgliedstaat kann die Anerkennung ausländischer Gesellschaften nicht mehr mit dem Argument ablehnen, dass die Gesellschaft nur deshalb in dem EU-Mitgliedstaat gegründet worden sei, um die strengeren inländischen Vorschriften zu umgehen.⁵⁴⁵ In der Konsequenz sieht sich der deutsche REIT den von ausländischen REIT-Konstruktionen ausgehenden Substitutionswirkungen ausgesetzt und muss sich im Wettbewerb zu diesen künftig behaupten.⁵⁴⁶ Dass dies im Bereich von REITs zu einem schädlichen Wettbewerb ausartet, ist bislang zumindest nicht ersichtlich.

2.5.8. Die Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG

Über die Rücklagemöglichkeit des § 6 b EStG erhalten steuerpflichtige Gesellschaften eine zeitlich befristete Möglichkeit der Steuerreduktion. Bei REITs hat die Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG keinen steuervermeidenden Charakter auf Gesellschaftsebene, da diese ohnehin keiner Besteuerung unterliegen. Die Rücklagemöglichkeit fungiert ausschließlich als Ausschüttungssperre die verhindert, dass erwirtschaftete Veräußerungsgewinne an die Anleger ausgeschüttet werden müssen. Gleichwohl erhalten REITs die rechtlich einmalige Möglichkeit, nach § 13 Abs. 3 REITG Gewinne aus Grundstücksveräußerungen hälftig in eine Rücklage einstellen zu können. Andere Unternehmen haben diese Möglichkeit nur nach Maßgabe des § 6 b EStG. § 6 b EStG gelangt bei REITs

⁵⁴⁴ Korts/Korts, BB 2005, S. 1474; Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 111.

⁵⁴⁵ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 90 f.

⁵⁴⁶ Vgl. Lutter, BB 2004, S. 1; Böhm, BB 2005, S. 1.

jedoch nicht zur Anwendung, da diese nicht der Einkommensteuer unterliegen. Ebenso findet § 6 b über die Verweisung der § 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 KStG keine Anwendung, da REITs nicht körperschaftsteuerpflichtig sind. Deshalb bedurfte es für REITs einer eigenständigen Regelung, was die Frage aufwarf, ob es sich bei dieser Rücklagemöglichkeit um eine unionsrechtlich zu beanstandende Beihilfe handele.⁵⁴⁷

2.5.8.1. Prüfung von § 6 b EStG durch die Kommission

Vertreten wird, dass die Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG keine Beihilfe darstelle, da die Kommission § 6 b EStG bereits indirekt geprüft habe⁵⁴⁸ und diese Vorschrift nicht als Beihilfe beanstandet habe.⁵⁴⁹ Dementsprechend sei auch die Rücklage nach § 13 Abs. 3 REITG keine Beihilfe. Sicherheit bestehe aber erst dann, wenn die Kommission die Vorschrift notifiziert habe.⁵⁵⁰ In dem vorbezeichneten Verfahren hatte die Kommission festgestellt, dass Regelungen des damaligen § 6 b EStG, die für die Jahre 1996 bis 1998 den neuen Bundesländern sowie West-Berlin steuerliche Sondervergünstigungen gewährten, eine unzulässige Beihilfe darstellten. Der rechtlich verbleibende Teil der Vorschrift blieb unbeanstandet. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass § 13 Abs. 3 REITG eine im deutschen Recht einmalige Rücklagemöglichkeit beinhaltet.

2.5.8.2. Keine unternehmensspezifische Begünstigung

Voraussetzung für eine Beihilfewidrigkeit ist nach Art. 107 AEUV zunächst, dass § 13 Abs. 3 REITG einen spezifischen Vorteil zu Gunsten bestimmter Unternehmen beinhaltet. Bei REITs handelt es sich unzweifelhaft um bestimmte Unternehmen. Weiterhin müssten REITs einen spezifischen Vorteil erhalten.

§ 13 Abs. 3 REITG und § 6 b Abs. 1 und 2 EStG stimmen nicht vollkommen

⁵⁴⁷ BT.-Drs. 16/4026, S. 31 (Stellungnahme des Bundesrates).

⁵⁴⁸ Entscheidung der Kommission 98/476/EG v. 21. 01.1998, ABl. L 212 v. 30. 07. 1998, S. 50.

⁵⁴⁹ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 128.

⁵⁵⁰ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 128.

überein, sondern weisen hinsichtlich ihrer Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen z.T. deutliche Unterschiede auf.⁵⁵¹ So ermöglicht § 13 Abs. 3 REITG die Übertragung aufgedeckter stiller Reserven i.H.v. 50 Prozent, während stille Reserven nach § 6 b EStG vollständig übertragen werden können. Hieraus erwächst für REITs folglich kein besonderer Vorteil.

Für die Anwendung des § 13 Abs. 3 REITG ist unbeachtlich, ob der veräußerte Vermögensgegenstand zum in- oder ausländischen Vermögen gehört hat. Dies ist bei § 6 b EStG anders. Ebenso ist es unerheblich, ob die neu angeschaffte Immobilie im In- oder Ausland liegt. Auch dies ist nach § 6 b Abs. 4 Nr. 3 EStG anders. Es ist daher möglich, im Inland entstehende Veräußerungsgewinne im Wege der Rücklagenbildung nach § 13 Abs. 3 S. 1 REITG auf im Ausland belegene Vermögensgegenstände zu übertragen.⁵⁵² Insoweit beinhaltet § 13 Abs. 3 REITG einen spezifischen Vorteil.

Bedeutungslos ist auch, wie lange das unbewegliche Vermögen vor der Veräußerung im wirtschaftlichen Eigentum des REIT stand. Im Gegensatz hierzu sieht § 6 b Abs. 4 EStG vor, dass im Rahmen der Übertragung stiller Reserven die veräußerten Wirtschaftsgüter im Zeitpunkt der Veräußerung mindestens sechs Jahre ununterbrochen zum Anlagevermögen einer inländischen Betriebsstätte gehört haben müssen, was für REITs von Vorteil ist.⁵⁵³

Die Übertragung der stillen Reserven ist nach § 13 Abs. 3 REITG nur auf solche Vermögensgegenstände des unbeweglichen Vermögens möglich, deren Anschaffung oder Herstellung im ersten oder zweiten Jahr nach Einstellung des Veräußerungsgewinns in die Rücklage erfolgt. Eine Übertragung der stillen Reserven auf Vermögensgegenstände, die bereits im Veräußerungszeitpunkt zum wirtschaftlichen Eigentum des REIT gehörten, ist nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 3 S. 2 REITG nicht möglich. Der Gesetzeswortlaut verbietet darüber hinaus eine Übertragung der stillen Reserven auf solche Vermögensgegenstände, die zwar zeitlich nach dem Veräußerungsgeschäft neu angeschafft oder hergestellt worden sind, deren Anschaffung oder Herstellung aber bereits im Jahr des Veräußerungsgeschäftes erfolgt. § 13 Abs. 3 S. 1 REITG weicht hier von § 6 b Abs. 1 S. 1 EStG zum Nachteil des REIT ab, der eine Übertragung der im

⁵⁵¹ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 18.

⁵⁵² Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 26.

⁵⁵³ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 22.

Rahmen des Veräußerungsgeschäftes aufgedeckten stillen Reserven auf im Wirtschaftsjahr der Veräußerung oder im vorangegangenen Wirtschaftsjahr angeschaffter oder hergestellter Wirtschaftsgüter erlaubt.⁵⁵⁴

§ 13 Abs. 3 S. 2 REITG schreibt vor, dass eine Übertragung der stillen Reserven auf einen neu angeschafften oder hergestellten Vermögensgegenstand bis spätestens zum Ablauf des zweiten auf das Veräußerungsgeschäft folgenden Geschäftsjahres erfolgt sein muss. § 6 b Abs. 3 EStG sieht im Gegensatz dazu eine Übertragung der stillen Reserven auf in den folgenden vier Geschäftsjahren angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter vor.⁵⁵⁵ Diese Fristverkürzung wirkt zu Lasten des REIT.

Gelingt es nicht, den in die Rücklage nach § 13 Abs. 3 S. 1 REITG eingestellten Betrag bis zum Ablauf des zweiten auf das Veräußerungsgeschäft folgenden Geschäftsjahres von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten begünstigter Vermögensgegenstände abzuziehen, muss die Rücklage wieder aufgelöst werden. Auflösungen der Rücklage nach § 13 Abs. 3 S. 1 REITG sind bei der Ermittlung des ausschüttungspflichtigen Betrages nach § 13 Abs. 1 S. 1 REITG dem handelsrechtlichen Jahresüberschuss hinzuzurechnen und in der Folge mindestens in Höhe von 90 Prozent auszuschütten. § 6 b Abs. 7 EStG sieht eine Erhöhung aufgelöster Rücklagenbeträge um 6 Prozent für jedes volle Wirtschaftsjahr, in dem eine Rücklage bestanden hat, vor. Eine entsprechende Verzinsung ungenutzter Rücklagenbeträge nach § 13 Abs. 3 S. 2 REITG ist nicht vorgesehen, was für den REIT von Vorteil ist.

Die Rücklagemöglichkeit nach § 13 Abs. 3 REITG weist somit bereichsspezifische Unterschiede zu § 6 b EStG auf. Diese sind teils von Vorteil, teils von Nachteil. Bei gesamtheitlicher Betrachtung scheint sich beides die Waage zu halten. Ein besonderer Vorteil wird durch § 13 Abs. 3 REITG damit nicht begründet. Vielmehr können aufgedeckte stille Reserven wenigstens anteilig übertragen werden. Auch hat der EuGH ausgeführt, dass „Anpassungen an besondere Umstände“, vom Beihilfeverbot ausgenommen sind.⁵⁵⁶ Eine Beihilfe-widrigkeit scheidet damit aus.

⁵⁵⁴ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 25.

⁵⁵⁵ Buschhüter in: Striegel, REITG, 2007, § 13, Rdnr. 27.

⁵⁵⁶ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 51.

2.5.9. Beschränkte Fremdfinanzierung

2.5.9.1. Marktentwicklungshindernis

Nach § 15 REITG kann der REIT in nur beschränktem Umfang Fremdkapital aufnehmen. Hierdurch scheidet der unbeschränkte fremdfinanzierte Immobilienerwerb aus, so dass ein kreditfinanziertes Wachstum nur begrenzt möglich ist. Vor dem Hintergrund der Mindestausschüttungsquote, dem Verbot des Immobilienhandels sowie der Bevorzugung inländischen Betriebsvermögens mittels Exit-Tax, hat der REIT wirtschaftlich damit kaum die Möglichkeit, sich über die nationale Landesgrenze hinaus zu entfalten. Gleichwohl liegt in der Fremdfinanzierungsbeschränkung kein unionsrechtlich unzulässiges Marktzutrittshindernis, da der Ausschluss kreditfinanzierten Immobilienerwerbs den ausländischen Immobilienerwerb nicht spezifisch benachteiligt.

2.5.9.2. Keine Konvergenz zur Zinsschrankenproblematik

Die Zinsschranke des § 4 h EStG, auch i.V.m. § 8 a KStG versagt in gewissen Fällen den Abzug von Zinszahlungen als Betriebsausgaben und schränkt die Fremdfinanzierungsmöglichkeiten wirtschaftlich gesehen ein. Bei § 4 h EStG bezweckt der Gesetzgeber, die Verlagerung von in Deutschland erwirtschaftetem Steuersubstrat ins Ausland zu beschränken.⁵⁵⁷ Bei der beschränkten Fremdfinanzierungsmöglichkeit bei REITs läuft dies auf das Gleiche hinaus.

Denn grundsätzlich ist es möglich, durch grenzüberschreitende Fremdkapitalfinanzierung, Erträge ins Ausland zu verlagern, da die gezahlten Zinsen in Deutschland als Betriebsausgaben abzugsfähig sind und so in Deutschland den Gewinn mindern. Der Gesetzgeber hat sich im Fall des § 4 h EStG für eine insoweit überschießende Missbrauchsregelung entschieden, indem er auch wirtschaftlich angemessene Inlandssachverhalte tatbestandlich erfasst, wodurch

⁵⁵⁷ Schenke/Mohr, DStZ 2009, S. 443.

er sich dem Vorwurf einer direkten Ungleichbehandlung von Gebietsfremden gegenüber Gebietsansässigen entzogen hat.

Dessen ungeachtet wird in der Zinsschranke eine indirekte, versteckte Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte gesehen, wobei zur Begründung auf die körperschaftsteuerliche Organschaft nach §§ 14 ff. KStG abgestellt wird. Die Organschaft ermöglicht es nämlich inländisch aufgestellten Konzernen, die Wirkungen der Zinsschranke teilweise zu vermeiden. Gemäß § 15 S. 1 Nr. 3 KStG ist § 4 h EStG bei der Organgesellschaft nicht anzuwenden. Organträger und Organgesellschaften gelten als ein Betrieb im Sinne von § 4 h EStG. Die Wirkung der Zinsschranke ist daher im Organkreis weitgehend ausgeschlossen. International tätigen Konzernen bleibt diese Option insoweit verschlossen, als eine echte grenzüberschreitende körperschaftsteuerliche Organschaft nach § 14 Abs. 1 S. 1 KStG nicht vorgesehen ist, da Organgesellschaft nur ein Unternehmen mit sowohl inländischer Geschäftsleitung als auch inländischem Sitz sein kann.⁵⁵⁸

Diese Argumentationsgrundlage kann auf den REIT nicht übertragen werden. Zwar verfügt dieser über vollständig konsolidierte Tochterkapitalgesellschaften (Dienstleistungsgesellschaft und Auslandsobjektgesellschaft). Jedoch werden die Tochtergesellschaften bei Organschaftsverhältnissen nicht besteuert. Diese haben nämlich ihren Gewinn aufgrund des Gewinnabführungsvertrages nach § 14 Abs. 1 KStG, § 291 Abs. 1 AktG weitestgehend an den Organträger, die potentielle REIT-AG, abzuführen. Nach § 14 Abs. 1 S. 1 KStG wird deshalb das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet und auch von diesem versteuert. Da die REIT-AG nach § 16 Abs. 1 REITG von der Körperschaftsteuer befreit ist, würde eine Besteuerung der Gewinne der Tochtergesellschaft gänzlich entfallen. Da dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers hinsichtlich der REIT-Tochterkapitalgesellschaften gerade nicht möglich sein soll, dürfte der REIT-AG die Begründung von Organschaftsverhältnissen nicht möglich sein.

Damit lässt sich die Argumentation, die die Unionsrechtswidrigkeit der Zinsschranke begründen soll, nicht auf die beschränkten Fremdfinanzierungs-

⁵⁵⁸ Köhler, DStR 2007, S. 604; Homburg, FR 2007, S. 723 f; Führich, IStR 2007, S. 341.

möglichkeiten der REIT-AG übertragen. Die beschränkten Fremdfinanzierungsmöglichkeiten sind insoweit unionsrechtskonform.

2.5.10. Statusfähigkeit der Europäischen Aktiengesellschaft

Am 08. 10. 2004 trat die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE, Societas Europaea, VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 08. 10. 2001) in Kraft. Dieses Regelwerk über die Europäische Aktiengesellschaft gilt nicht nur in den Mitgliedstaaten der EU, sondern auch in den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Am 29. 12. 2004 trat das entsprechende Durchführungsgesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) in Kraft.⁵⁵⁹ Danach finden die Regelungen über die Aktiengesellschaft auch weitgehend auf die SE Anwendung. Das in § 1 Abs. 1 S. 1 REITG enthaltene Tatbestandsmerkmal „Aktiengesellschaft“ ist nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 10 SE-VO dahingehend auszulegen, dass auch die spezifisch europäische Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), solange diese ihren Sitz sowie ihre Geschäftsleitung im Inland hat, den Sonderstatus des steuerfreien REIT erlangen kann.⁵⁶⁰ Die Formulierung „Aktiengesellschaft“ ist demnach kein Ausschlussmerkmal zu Lasten der Europäischen Aktiengesellschaft, sondern vielmehr eine Art Kurzbezeichnung für die Rechtsformen der Aktiengesellschaft sowie der Europäischen Aktiengesellschaft. Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 REITG spricht jedenfalls nicht zwingend gegen die Einbeziehung als taugliche Rechtsform, sondern passt sich vielmehr in die herkömmlichen Normenwortlaute deutscher Wirtschaftsgesetze an, die bereits aus historischen Gründen lediglich auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft verweisen, ohne hierdurch nach heutiger Lesart die Europäische Aktiengesellschaft auszuschließen. Auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nichts für den Exklusivitätscharakter der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Vielmehr wurde bereits während des Gesetzgebungsverfahrens auf die Zulässigkeit von REIT-Unternehmen in der Rechtsform der Societas Europaea hingewiesen, ohne dass der Gesetzgeber eine abweichende

⁵⁵⁹ Brandt, BB-Special 2005, S. 1.

⁵⁶⁰ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 49; Seibt in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 42 ff.

Auffassung hierzu in den Gesetzesmaterialien festgehalten hätte.⁵⁶¹ Die SE muss damit in den Genuss derselben steuerlichen Vorteile gelangen können, die Deutschland der deutschen REIT-AG einräumt. Dieses Ergebnis folgt auch aus der Freiheit jeder AG, sich in eine SE umzuwandeln, wenn sie seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat (Art. 2 Abs. 4 SE-VO). Die Ausübung dieses Rechts wäre ungerechtfertigt beschränkt, wenn der Formwechsel einer REIT-AG in eine SE zu steuerlichen Nachteilen führte.⁵⁶² Die Erfordernisse des REIT-Gesetzes können damit auch durch eine Europäische Aktiengesellschaft erfüllt werden.⁵⁶³ Entsprechend kann die Europäische Aktiengesellschaft den Vor-REIT-Status beantragen.⁵⁶⁴ Des weiteren entsteht ein Bezeichnungsschutz für die REIT-SE nach § 7 REITG, Art. 11 Abs. 2 SE-VO.⁵⁶⁵ Bedeutung erlangt die Rechtsform der REIT-SE insbesondere dann, wenn die Gesellschaft ihren Sitz ins europäische Ausland verlegen möchte. Da nach der Entscheidung „Cartesio“⁵⁶⁶ feststeht, dass das inländische Sitzfordernis des § 9 REITG mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, eröffnet die Gründung einer REIT-SE die Möglichkeit, den Gesellschaftssitz identitätswahrend über die Grenze zu verlegen.⁵⁶⁷ Im Verhältnis zur REIT-Aktiengesellschaft besitzt die REIT-SE damit das einzigartige Recht, ihren satzungsmäßigen Sitz unter Wechsel der Staatszugehörigkeit frei zu wählen.⁵⁶⁸

2.5.11. Zulässigkeit der Börsennotiz im EU- oder EWR-Raum

Nach § 10 Abs. 1 REITG müssen die Aktien des REIT zum Handel in einem

⁵⁶¹ Seibt in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 42.

⁵⁶² Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 76 ff; Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 1, Rdnr. 5a, 63; Dettmeier/Gemmel/Kaiser, BB 2007, S. 1191; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 293; Weger in: Striegel, REITG, 2007, § 1, Rdnr. 6.

⁵⁶³ Treger, Möglichkeiten und Grenzen der Einführung des G-REITs in den deutschen Kapitalmarkt, 2007, S. 21; Dettmeier/Gemmel/Kaiser, RIW 2006, S. 832; Hahn, ZGR 2006, S. 837.

⁵⁶⁴ Seibt in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 77.

⁵⁶⁵ Seibt in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 104; Wiesbrock in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 6, Rdnr. 1.

⁵⁶⁶ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121.

⁵⁶⁷ Seibt in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 98.

⁵⁶⁸ Vgl. Kämmerer, EuR 2008, S. 56.

EU- oder EWR-Land zugelassen sein. Soweit das Aktienlisting an einer außerhalb des EU-/EWR-Raums gelegenen Börse kostengünstiger wäre oder der REIT dort nur geringere Börsenzulassungsvoraussetzungen zu erfüllen hätte,⁵⁶⁹ könnte der REIT ein Interesse daran haben, das ausschließliche Listing seiner Aktien dort anzustreben. Da sich bei der Beschränkung des Aktienlistings auf den EU- und EWR-Raum die Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit stellt, könnten sich hinsichtlich des Ortes der Börsennotiz attraktive und kostengünstige Ausweichmöglichkeiten eröffnen. Auch haben außerhalb des EWR-Raums gelegene Börsenplätze ein wirtschaftliches Interesse daran, das Aktienlisting vorzunehmen.

Auch sei kein rechtlicher Grund ersichtlich, warum eine Börsennotierung in London zulässig, das Listing in New York unzulässig sein sollte.⁵⁷⁰ In Konsequenz dessen stelle die Begrenzung der Börsennotiz auf den europäischen Wirtschaftsraum einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit dar. Dies ergäbe sich aus dem Urteil des EuGH C 219/03 v. 09. 12. 2004 – Kommission/Spanien.⁵⁷¹ In diesem Urteil hatte der EuGH entschieden, dass es mit unionsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist, wenn der Gewinn (im Streitfall) von an spanischen Börsen gehandelten Aktien niedriger besteuert wird als der Gewinn von an anderen Börsen gehandelten Aktien. Hieraus sei zu folgern, dass eine Ungleichbehandlung zwischen mitgliedstaatlichen und anderen Börsen nicht mehr zulässig ist. Da Art. 63 AEUV auch vor Beschränkungen gegenüber Drittstaaten schützt (erga-omnes-Prinzip) werde auch die Börsenzulassung an einem Drittstaat von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst.⁵⁷²

Dem dürfte im Ergebnis nicht zuzustimmen sein: Ziffer III. B. der Nomenklatur der Kapitalverkehrsrichtlinie gewährleistet die Zulassung von Wertpapieren an einem Kapitalmarkt durch Börseneinführung, Emission und Unterbringung der Aktien. § 10 Abs. 1 REITG erweist sich insoweit als grundfreiheitskonform. Darüber hinausgehende, weitere Börsenzulassungen in Drittländern werden dadurch nicht ausgenommen. Die zwingende Börsennotiz an mindestens einer

⁵⁶⁹ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 126 f.

⁵⁷⁰ Weger in: Striegel, REITG, 2007, § 1, Rdnr. 25.

⁵⁷¹ Bron, BB-Special 2007, S. 4; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 297; Kraft/Bron, IStR 2007, S. 378.

⁵⁷² Bron, BB-Special 2007, S. 4; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 297.

Börse des europäischen Wirtschaftsraums entspricht dabei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, zu dem im Bereich der Finanzdienstleistungen auch der Anlegerschutz zu rechnen ist.⁵⁷³ Börsen des europäischen Wirtschaftsraums garantieren ihren Aktionären einen vergleichbaren Anlegerschutz. So statuiert etwa die Prospekt-Richtlinie 2003/71/EG vom 04. 11. 2003 für Wertpapieremittenten zahlreiche Anforderungen, in Bezug auf Transparenzanforderungen, Hinweispflichten auf vorhandene Risiken, Informationspflichten, Prospektveröffentlichungspflichten, Haftungsvorschriften und behördliche Mitteilungspflichten. Soweit die Gesellschaften diesen Offenlegungsverpflichtungen nicht nachkommen, stehen den zuständigen Börsenaufsichtsorganen Maßnahmenmöglichkeiten zur Verfügung, um die gebotenen Mitteilungsverpflichtungen der säumigen Gesellschaft gegenüber durchzusetzen. Diese Anforderungen bezwecken einen möglichst weitgehenden Anlegerschutz und die Steigerung der Informationsqualität des europäischen Kapitalmarktes, der bei Börsen in Drittländern in vergleichbarer Weise nicht gewährleistet ist. Damit erweist sich das Erfordernis der Notiz an einer Börse des europäischen Wirtschaftsraums als unionsrechtskonform.⁵⁷⁴ Soweit die Beziehungen zwischen der Union und Drittländern grundsätzlich offen bleiben, sind Beschränkungen des internationalen Kapitalverkehrs damit möglich.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Schürmann in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, 2004, Art. 58, Rdnr. 10; EuGH C 442/02 v. 05. 10. 04 – Caixa-Bank France – Slg. I 2004, S. 8961, Rdnr. 21; Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 12.

⁵⁷⁴ Als weitere Richtlinien sind zu nennen: Börsenzulassungsrichtlinie, Halbjahresberichtsrichtlinie, Transparenzrichtlinie, Insiderrichtlinie, Emmissionsprospektrichtlinie und Investmentrichtlinie. Ausführlich zu der Vielzahl von Richtlinien: Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union – Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, 2000, S. 228 f; Sedlaczek in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 56, Rdnr. 39 ff; Volckens in: Schäfer, REITs, 2007, S. 134.

⁵⁷⁵ Kiemel in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 56, Rdnr. 79.

3. Vereinbarkeit des REIT-Besteuerungskonzeptes mit unionsrechtlichen Vorgaben

3.1. Das Spannungsfeld zwischen nationaler Steuerhoheit und den Erfordernissen des Binnenmarktes

Das Europarecht, vor allem die Grundfreiheiten des AEUV sowie das Beihilfeverbot, nehmen inzwischen maßgeblichen und in den letzten Jahren stetig gewachsenen Einfluss auf das Recht der direkten Steuern in den Mitgliedstaaten, wobei die Harmonisierung der Steuern nicht zu den erklärten Zielsetzungen des AEUV gehört.⁵⁷⁶ Eine umfangreiche, aber nicht immer ganz einheitliche Rechtsprechung bildet heute die Grundlage für die Grundsätze, die den europäischen Rahmen für die nationale Ertragsteuerordnung vorgeben.⁵⁷⁷

Der AEUV enthält unter der Überschrift „Steuerliche Vorschriften“ in den Artikeln 110 bis 113 nur vier steuerliche Regelungen. Diese normieren das Verbot von diskriminierenden Abgaben auf grenzüberschreitende Warenbewegungen und geben der Union mit Art. 113 AEUV allein den Auftrag und die Kompetenz zur Harmonisierung der indirekten Steuern.⁵⁷⁸ Weitere Kompetenzzuweisungen finden sich im AEUV nicht, da die Mitgliedstaaten ihre Steuerautonomie und Ertragshoheit im Bereich der direkten Steuern nicht zur Disposition stellen wollten.⁵⁷⁹ Eine besondere Harmonisierungskompetenz für die direkten Steuern fehlt.⁵⁸⁰

Trotz des Kompetenzdefizits hält sich der EuGH für befugt, nationale Regelungen des direkten Steuerrechts umfassend auf ihre Unionsrechtskonformität hin zu untersuchen. Als Maßstab zieht er die Grundfreiheiten des AEUV heran.⁵⁸¹ Mit der zu Recht als Grundsatzurteil bezeichneten „Avoir

⁵⁷⁶ Haslehner, IStR 2008, S. 565; Tiedtke/Möllmann, DStZ 2008, S. 69; Sharaf, EuZW 2008, S. 721; Lang, Die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, 2007, S. 13; Brombach-Krüger, Ubg 2009, S. 335 f.

⁵⁷⁷ Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 38.

⁵⁷⁸ Tiedtke/Mohr, EuZW 2008, S. 424; Mitschke, SteuerStud 2009, S. 427.

⁵⁷⁹ Kube, IStR 2008, S. 305, 311.

⁵⁸⁰ Nave, EWS 2009, S. 1; Tiedtke/Mohr, EuZW 2008, S. 424.

⁵⁸¹ Tiedtke/Mohr, EuZW 2008, S. 424; Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 2.

Fiscal“-Entscheidung aus dem Jahre 1986 erkannte der EuGH zum ersten Mal die unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten auch für das Gebiet der direkten Steuern an.⁵⁸² Seitdem zeichnet sich die Rechtsprechung des EuGH dadurch aus, dass sie im Zweifel für die Grundfreiheiten und gegen die mitgliedstaatlichen Belange entscheidet, wodurch den Erfordernissen des Binnenmarktes der Vorrang vor der mitgliedstaatlichen Steuerhoheit eingeräumt wurde. Die nationale Steuerhoheit wurde damit erheblich entwertet. Durch diese „stille Harmonisierung“ ist es zu einer schleichenden Kompetenzverschiebung in Richtung der Union gekommen, obwohl der Bereich der direkten Steuern grundsätzlich der Kompetenz der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben sollte.⁵⁸³ Und auch wenn Mitgliedstaaten wegen der formalen „inter-partes-Wirkung“ von Vorabentscheidungsurteilen (Art. 267 AEUV) nicht unmittelbar betroffen sind, so hat die im jeweiligen Fall getroffene Auslegung des Unionsrechts doch Bedeutung für etwaige Parallelvorschriften anderer Mitgliedstaaten.⁵⁸⁴

Hierdurch avancierte der EuGH zum „Motor des europäischen Integrationsprozesses“, der zunehmend die Rolle eines Gesetzgebers einnimmt. Dabei sollte der Integrationsprozess eigentlich von den kompetenzinhabenden Mitgliedstaaten vorangetrieben werden. Der EuGH ist sich des unionsrechtlichen Kompetenzdefizits im Steuerrecht dabei durchaus bewusst, was ihn aber von der Heranziehung der Grundfreiheiten nicht abhält. Der EuGH formuliert deshalb zwar in ständiger Rechtsprechung, dass die Mitgliedstaaten für den Bereich der direkten Steuern zuständig seien. In einem zweiten Halbsatz fügt der EuGH jedoch hinzu, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Kompetenz das Unionsrecht zu beachten haben. In der Spruchpraxis des EuGH nimmt dieser Halbsatz eine wesentlich bedeutendere Rolle ein, als die Bejahung der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. In der Konsequenz werden nationale Steuernormen deshalb regelmäßig aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den Grundfreiheiten verworfen. Entsprechend löst der EuGH das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Verwirklichung des Binnenmarktes und der mitgliedstaatlichen Steuerhoheit in der Regel einseitig zu Lasten der Mitgliedstaaten, was den nationalen Fiskus regelmäßig

⁵⁸² Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 22.

⁵⁸³ Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 1; Stewen, EuR 2008, S. 458; Nave, EWS 2009, S. 1.

⁵⁸⁴ Tiedke/Mohr, EuZW 2008, S. 426; Brombach-Krüger, Ubg 2009, S. 336; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 90 f.

empfindlich trifft.⁵⁸⁵ Gerade im so bedeutsamen Recht der Unternehmensbesteuerung wurde bislang kaum eine mitgliedstaatliche Unterscheidung zwischen Steuerinländern und Steuerausländern als grundfreiheitsgemäß beurteilt.⁵⁸⁶ Damit wurde und wird im Bereich der direkten Steuern die Kompetenz der Mitgliedstaaten durch die Anforderungen der Grundfreiheiten bzw. des daraus erwachsenden „europäischen Steuerrechts“ in erheblichem Maße beschränkt.⁵⁸⁷

Die praktischen Auswirkungen dieser wenig fiskalfreundlichen Rechtsprechung, die die Staatshaushalte in erheblichem Maße belastet, sind für die Mitgliedstaaten gravierend, resultieren hieraus doch nachteilige Konsequenzen, die nicht allein finanzieller bzw. wirtschaftlicher Natur sind.⁵⁸⁸ Die Steuerhoheit ist hierzulande Ausfluss der Finanzverfassung der Art. 104 a ff. GG und die Mitgliedstaaten sind in der Regel nicht gewillt, ihre Steuerhoheit durch europäische Vorgaben in dem Maße zu beschneiden, wie es die Grundfreiheiten verlangen würden.⁵⁸⁹ Denn Steuern sind kein Selbstzweck in dem Sinne, als dass der Staat diese einnimmt, um sich zu bereichern. Die Erhebung von Steuern dient vielmehr dem Wohl der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit des Staates und der staatlichen Erfüllung der Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge und Sicherheit.⁵⁹⁰ Sie dienen der Finanzierung des Staates und entsprechen damit dem fundamentalen Grundinteresse der Gesellschaft der Mitgliedstaaten. Die Steuererhebung erfolgt im Allgemeininteresse, um Staatsaufgaben zu Gunsten der Bevölkerung zu erfüllen. Zwar werden Steuern erhoben, ohne dass dafür eine konkrete Gegenleistung verlangt werden kann. Gleichwohl kommen die Steuern den Steuerpflichtigen im Ergebnis doch zugute, indem der Staat Leistungen erbringt, die heute selbstverständlich erscheinen. Insofern ist die Pflicht, in einer Solidargemeinschaft Steuern zu zahlen, nicht bloß belastend, sondern zugleich auch begünstigend.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Mitschke, *SteuerStud* 2009, S. 428; Stewen, *EuR* 2008, S. 446; Sedemund, *Europäisches Ertragsteuerrecht*, 2008, S. 22.

⁵⁸⁶ Kube, *EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven*, 2009, S. 12.

⁵⁸⁷ Stewen, *EuR* 2008, S. 447; Tiedke/Mohr, *EuZW* 2008, S. 425.

⁵⁸⁸ Nave, *EWS* 2009, S. 1; Stewen, *EuR* 2008, S. 446.

⁵⁸⁹ Stewen, *EuR* 2008, S. 448, 466.

⁵⁹⁰ Nave, *BB* 2009, S. M1; Stewen, *Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht*, 2007, S. 124; ders., *EuR* 2008, S. 447.

⁵⁹¹ Stewen, *EuR* 2008, S. 453; Stewen, *Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht*, 2007, S. 125.

Vor diesem Hintergrund ist aus fiskalischer Sicht nicht einsichtig, warum die durch die EuGH-Rechtsprechung geschützten, rein finanziellen Interessen der Marktteilnehmer ungleich höher zu bewerten sein sollen als die Fiskalinteressen.⁵⁹² Auch müssten EU-Bürger im Anwendungsbereich des nicht-harmonisierten Rechtsgebiets der direkten Steuern mit einem unterschiedlichen Steuer- und Belastungssystem innerhalb der Union rechnen.⁵⁹³ Das in Art. 5 EUV niedergelegte Subsidiaritätsprinzip werde durch die bisherige EuGH-Rechtsprechung nicht ausreichend berücksichtigt.⁵⁹⁴

3.2. Zulässigkeit der Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene

Die REIT-AG ist nach § 16 REITG auf Gesellschaftsebene von der Körperschaft- und Gewerbesteuer ebenso wie von dem Solidaritätszuschlag als Zuschlagsteuer nach § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 SolZG befreit. Die Besteuerung erfolgt nachgelagert auf Anlegerebene. Soweit man die steuerliche Behandlung des REIT mit einer herkömmlichen (Nichtimmobilien-) Aktiengesellschaft vergleicht, so ist der REIT im Gegensatz zu dieser von sämtlichen oben genannten Steuern befreit.

Anders sieht dies hingegen aus, soweit der REIT mit anderen indirekten Immobilienanlageprodukten verglichen wird. Schon im Vergleich mit herkömmlichen Immobilienaktiengesellschaften erstreckt sich die Vergünstigung nur noch auf die Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag, da herkömmliche Immobilienaktiengesellschaften von der erweiterten Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG Gebrauch machen können und damit faktisch keine Gewerbesteuer zahlen. Eine Gesellschaft die den Vorgaben des REIT-Gesetzes entspricht, wäre zugegebener Maßen zwar auch nicht gewerbesteuerbefreit, da die Gewerbesteuerbefreiung nur für solche Gesellschaften gilt, die ausschließlich eigenen Grundbesitz verwalten. Eine Dienstleistungstochter wäre damit schädlich. Ebenso wäre das Halten von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds schädlich. In der Praxis bedeutete dies aber nur, dass diese Tätigkeiten auf mehrere verschiedene Gesellschaften aufgesplittet

⁵⁹² Mitschke, SteuerStud 2009, S. 427; Stewen, EuR 2008, S. 447.

⁵⁹³ Nave, BB 2009, S. M1; Stewen, EuR 2008, S. 466.

⁵⁹⁴ Mitschke, SteuerStud 2009, S. 428.

würden. Die Gewerbesteuerbefreiung nach § 9 Nr. 1 S 2 ff. GewStG würde dadurch erhalten bleiben.

Durch die erweiterte Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG werden gewerbesteuerliche Wettbewerbsnachteile im Verhältnis zu offenen und geschlossenen Immobilienfonds vermieden. Der offene Immobilienfonds stellt nach § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG ein Sondervermögen dar, welches von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit ist.⁵⁹⁵ Die Erträge von offenen Immobilienfonds werden nach § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG auf Anlegerebene besteuert, ohne dass diese – ebenso wie bei REITs – vom Teileinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 EStG bzw. 8 b KStG profitieren könnten. Auch geschlossene Immobilienfonds sind – was für Personengesellschaften selbstverständlich ist – nicht körperschaftsteuerpflichtig. Geschlossene Immobilienfonds, die die Rechtsform der GmbH & Co. KG aufweisen, sind zwar über § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerbesteuerpflichtig. Jedoch lässt sich diese Vorschrift dadurch umgehen, dass neben der Komplementär-GmbH ein weiterer Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen wird. Dann erzielen die Gesellschafter Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 EStG, die auf Gesellschafterebene zu versteuern sind, ohne dass es zu einer Gewerbesteuerbelastung kommt. Und selbst wenn die Anleger die geschlossenen Immobilienfondsanteile im Betriebsvermögen halten, sind die aus dem Fonds stammenden Gewinnanteile nach § 9 Nr. 2 GewStG von der Gewerbesteuer befreit. Hier steht der Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds besser, als der Anleger eines REITs, denn dieser kann aufgrund der begrenzten Höchstbeteiligungsmöglichkeit nicht von der gewerbesteuerlichen Kürzungsmöglichkeit des § 9 Nr. 2 a GewStG profitieren.

Schon diese Darstellung der steuerlichen Behandlung von indirekten Immobilienanlagemöglichkeiten zeigt, dass diese im Regelfall nicht der Gewerbesteuer unterliegen. Die Gewerbesteuerfreistellung kann damit nicht die beihilferechtliche Unzulässigkeit begründen.

Problematisch ist damit einzig die Körperschaftsteuerfreistellung zzgl. des hierauf entfallenden Solidaritätszuschlags. Hier besteht die beihilferechtliche Problematik jedoch ausschließlich im Verhältnis zur normalen Immobilien-

⁵⁹⁵ Vgl. auch Kayser/Bujotzek, FR 2006, S. 51.

aktiengesellschaft, da offene und geschlossene Immobilienfonds nicht körperschaftsteuerpflichtig sind. Bei diesen wird die Besteuerung – ebenso wie beim REIT – ausschließlich auf Anlegerebene vollzogen, wobei § 3 Nr. 40 EStG bzw. 8 b KStG jeweils keine Anwendung auf Gesellschafterebene finden.

Der EuGH führte aus, dass eine Maßnahme, mit der staatlichen Stellen bestimmten Unternehmen eine Abgabenbefreiung gewähren, die die Begünstigten finanziell besser stellt als die übrigen Abgabepflichtigen, eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstelle.⁵⁹⁶ Denn die begünstigten Unternehmen – so der EuGH in der Rs. Unicredito Italiano – kämen in den Genuss einer Steuererleichterung, auf die sie im Rahmen dieses Rechts sonst keinen Anspruch hätten.⁵⁹⁷ Dabei könnten Erleichterungen, die nicht für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, nicht als allgemeine steuer- oder wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden.⁵⁹⁸ Im konkreten Fall ging es um die Senkung der Körperschaftsteuer. Italien besteuerte Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaften mit ermäßigt 12,5 % Körperschaftsteuer, wenn diese aus der Umwandlung zuvor öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute hervorgegangen waren.⁵⁹⁹ Diese branchenspezifische Begünstigung verstieß nach Ansicht des EuGH gegen das Beihilfeverbot.

Hieraus wurde geschlussfolgert, dass „viel dafür spreche“ auch die Steuerfreistellung nach § 16 Abs. 1 REITG als Beihilfe zu qualifizieren.⁶⁰⁰ Denn der REIT hat weder Körperschaftsteuer zu zahlen noch Solidaritätszuschlag. Und die nicht ausgeschütteten Beträge unterliegen bis zur Auflösung des REIT gar keiner Besteuerung.

⁵⁹⁶ EuGH C 222/04 v. 10. 01. 06 – Ministero dell'Economia – Slg. I 2006, S. 289, Rdnr. 132.

⁵⁹⁷ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 50.

⁵⁹⁸ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 49.

⁵⁹⁹ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 3 ff.

⁶⁰⁰ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 157.

3.2.1. Zulässigkeit aufgrund der De-minimis-VO

Vertreten wird, dass die Steuerfreistellung eine Beihilfe sei, die nur durch die De-minimis-Verordnung gedeckt werden könne.⁶⁰¹ Die Anwendung der De-minimis-VO scheidet allerdings schon aufgrund fehlender formaler Voraussetzungen aus: Nach der De-minimis-Beihilfeverordnung EG Nr. 1998/2006 der Kommission v. 15. 12. 2006, (Abl. L 379/05 v. 28. 12. 2006) werden „geringfügige“ Beihilfen vom Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV ausgenommen, soweit die im folgenden aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Nach Art. 2 Abs. 2 De-minimis-VO liegt eine geringfügige Beihilfe zunächst vor, soweit es innerhalb von drei Jahren zu einer Förderung von nicht mehr als 200.000,- € kommt. Formelle Voraussetzung ist nach Art. 3 Abs. 1 De-minimis-VO, dass die Beihilfe als De-minimis-Beihilfe bezeichnet wurde und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die De-minimis-VO gewährt wurde. Auch hätte sich der Mitgliedstaat nach Art. 3 Abs. 1 De-minimis-VO im Vorfeld vergewissern müssen, dass die De-minimis-Beihilfegrenzen nicht überschritten werden.⁶⁰² Da diese Voraussetzungen bei der Steuerfreistellung nach § 16 REITG fehlen, kann die Steuerfreistellung nicht über die De-minimis-VO legitimiert werden.

3.2.2. Zulässigkeit aufgrund steuerlicher Gesamtbetrachtung

Die Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene darf nicht isoliert, sondern muss in der Gesamtschau betrachtet werden, in welche die hohe Mindestausschüttungsquote, Strafzahlungen, die sichergestellte Besteuerung auf Anlegerebene sowie die Schlussbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG einzubeziehen sind. Denn nach der EuGH-Rechtsprechung sind solche Vergünstigungen, die eine Anpassung an „besondere Umstände“ darstellen, vom Beihilfeverbot auszunehmen.⁶⁰³ Eine Beihilfe, die Bestandteil eines steuerlichen Systems ist, durch das sie

⁶⁰¹ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 57.

⁶⁰² Mederer/Strohschneider in: v.d.Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 87, Rdnr. 54.

⁶⁰³ EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 51.

gerechtfertigt wird, ist danach nicht selektiv i.S.v. Art. 107 AEUV.⁶⁰⁴

Entscheidend muss die steuerliche Gesamtbelastung einer REIT-AG im Vergleich zu der Gesamtbelastung anderer (Immobilien-)Gesellschaften sein. Immobilienaktiengesellschaften (gerade wenn diese nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG von der Gewerbesteuer befreit sind), offene und geschlossene Immobilienfonds und Immobiliendirektinvestitionen werden steuerlich jeweils unterschiedlich behandelt, wobei eine ausführliche Darstellung der steuerlichen Behandlung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Eine exakte Vergleichspaarbildung kann vorliegend auch nicht bestimmt werden. Der direkte Vergleich mit (Nichtimmobilien-)Aktiengesellschaften würde unberücksichtigt lassen, dass Immobilienaktiengesellschaften nicht der Gewerbesteuer unterliegen. Daneben weisen auch offene und geschlossene Immobilienfonds spezifische Steuervergünstigungen auf. Gerade die offenen Immobilienfonds unterliegen auf Gesellschaftsebene keiner Besteuerung. Deren Ausschüttungen werden nach § 2 Abs. 1 InvStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen behandelt, auf die die Abgeltungssteuer zur Anwendung gelangt. REITs ohne Steuervergünstigung, hätten im Vergleich zu diesen, gerade bei steuerorientierten Anlegern mit hoher Steuerprogression, kaum Marktchancen.

Ob die Anlage in REITs mit steuerlichen Vorteilen behaftet ist, ist differenziert zu betrachten: Steuerlich vorteilhaft ist die Anlage in REITs bis 31. 12. 2008 für diejenigen gewesen, bei denen die Steuerbelastung gering ausfällt, etwa Geringverdiener. Sie erhielten die REIT-Dividenden, ohne dass diese zuvor einer den Ertrag schmälern den Besteuerung auf Gesellschaftsebene unterlegen hätten. Soweit sich die Dividendenerträge innerhalb des Sparerfreibetrags befanden, waren die Erträge vollständig steuerfrei. Darüber hinaus wurden die Dividenden aufgrund der progressiven Steuerbelastung nur geringfügig belastet. Insoweit wirkte sich die fehlende Besteuerung auf Gesellschaftsebene von Vorteil aus, wobei offene und geschlossene Immobilienfonds natürlich ebenfalls keiner Besteuerung auf Gesellschaftsebene unterliegen.

Seit dem 01. 01. 2009 werden REIT-Erträge, jedenfalls wenn die Aktien im Privatvermögen gehalten werden, nach § 32 d EStG pauschal mit 25 Prozent

⁶⁰⁴ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 137.

besteuert. Soweit diese „Pauschalsteuer“ über dem persönlichen Steuersatz liegt, besteht die Möglichkeit, sich die zuviel gezahlte Steuer erstatten zu lassen. Im Gegensatz hierzu stehen Anleger herkömmlicher Aktiengesellschaften, bei denen die Gewinne zuvor der Besteuerung unterlegen haben. Dieser Vorteil wird auch nicht (wie bisher durch den Wegfall des Teileinkünfteverfahrens) kompensiert. Damit bleiben die steuerlichen Vorteile, die auf Ebene der REIT-AG gewährt werden, auf Anlegerebene erhalten, so dass hieraus eine echte steuerliche Besserstellung resultiert.

Für Anleger, die die REIT-Anteile in einem Betriebsvermögen halten, ist die Anlage dagegen weniger attraktiv. Die Dividenden unterliegen auf Gesellschaftsebene zwar keiner Körperschaft- oder Gewerbesteuer. Dafür werden die Gewinne auf Ebene des Anteilseigners vollständig mit Körperschaft- und Gewerbesteuer belastet. Soweit eine Körperschaft von einer herkömmlichen Aktiengesellschaft Dividenden erhält, so sind diese nach § 8 b Abs. 1, Abs. 5 KStG zu 95 Prozent, d.h. nahezu vollständig, steuerbefreit. Bei anderen betrieblichen Anteilsinhabern sind nach § 3 Nr. 40 EStG immerhin noch 40 Prozent der Dividenden steuerfrei. Diese Steuerfreiheiten gelten für REIT-Dividenden nach §§ 19, 19 a REITG nicht, soweit die Erträge nicht aus steuerlich vorbelasteten REIT-Einkünften resultieren.

Für die Zeit vor Einführung der Abgeltungssteuer, lag in der Steuerfreistellung keine Beihilfe.⁶⁰⁵ Denn in der Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene war keine materielle Steuerbefreiung zu sehen, da die Besteuerung nur auf die Gesellschafterebene nachverlagert wurde.⁶⁰⁶ Damit lag schon keine Vergünstigung vor, da der Vorteilsgewährung eine angemessene Kompensation gegenüberstand.⁶⁰⁷ Auch wurde argumentiert, dass der REIT in der Verpflichtung stehe, höhere Renditen zu erwirtschaften, damit die Anleger ihre steuerlichen Belastungen kompensieren können.⁶⁰⁸

Seit der Abgeltungssteuer gelten diese damals zutreffenden Aussagen jedenfalls

⁶⁰⁵ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 138.

⁶⁰⁶ Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 57.

⁶⁰⁷ Helios, EWS 2006, S. 115; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 161.

⁶⁰⁸ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 160.

nicht mehr für Dividenden die auf im Privatvermögen befindliche REIT-Aktien entfallen. Soweit Anleger die Wahlmöglichkeit haben, die REIT-Aktien über die private oder betriebliche Sphäre zu halten, werden diese nunmehr die private Ebene bevorzugen, so dass es in der Konsequenz zu Verschiebungen kommt. Nunmehr kann argumentiert werden, dass der Vorteil, keine Steuern zahlen zu müssen, durch die hohe Mindestausschüttungsquote kompensiert werde. Die Ausschüttungsverpflichtung stelle eine Belastung dar, so dass von einer verminderten Belastung keine Rede sein könne.⁶⁰⁹ Denn wenn eine herkömmliche Körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaft ihren Gewinn nicht ausschüttet, so hat sie hierauf nur Körperschaft- und Gewerbesteuer zu zahlen. Erst zu dem Zeitpunkt, in dem die Gewinne ausgeschüttet werden, kommt es auf Anlegerebene zu einer erneuten Besteuerung. Für nichtkörperschaftsteuerpflichtige Personengesellschaften kann die Option des § 34 a EStG in Betracht kommen, wonach nicht entnommene Gewinne begünstigt versteuert werden können. Bei diesen Gesellschaften besteht die Möglichkeit, die Anlegerbesteuerung bzw. die bei Personengesellschaften korrespondierende Entnahmebesteuerung zeitlich unbegrenzt hinauszuzögern. Bei REITs erfolgt die Besteuerung aufgrund der Mindestausschüttungsverpflichtung hingegen zeitnah. Insoweit ist das Besteuerungskonzept bei REITs ein in sich geschlossenes System, welches nicht dem Beihilfeverbot unterliegt. Auch sind die von betrieblicher Seite investierten Anlagebeträge im Regelfall höher als die von Privatanlegern, der Vorteil daher von nur untergeordneter Bedeutung.

Auch liegt keine Besserstellung im Verhältnis zu REITs aus anderen europäischen Ländern vor. Da sich REITs generell durch die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene auszeichnen, liegt im Vergleich zu diesen wirtschaftlich jedenfalls kein besonderer Wettbewerbsvorteil vor. Zu beachten ist jedoch, dass nach der EuGH-Rechtsprechung eine Beihilfe nicht allein deshalb rechtmäßig ist, weil in anderen Mitgliedstaaten vergleichbare „Beihilfen“ existieren.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 160.

⁶¹⁰ EuGH C 6/97 v. 19. 05. 99 – Italien/Kommission – Slg. I 1999, S. 2981, Rdnr. 21.

3.3. Zulässigkeit der Exit-Tax

Um die Etablierung von REITs sicherzustellen, wurden diese mit einem signifikanten Wettbewerbsvorteil ausgestattet: Der mittlerweile entfallenen Exit-Tax. Ihre Umsetzung erfolgte in § 3 Nr. 70 EStG. Hiernach mussten Veräußerer von Betriebsimmobilien, soweit sie diese an einen deutschen REIT (oder Vor-REIT) veräußerten, nur die Hälfte der hierdurch aufgedeckten stillen Reserven der Besteuerung unterwerfen. Voraussetzung war, dass das Grundstück am 1. Januar 2007 mindestens fünf Jahre zum Anlagevermögen eines inländischen Betriebsvermögens gehört hat. Benachteiligt wurde hierdurch die Veräußerung ausländischen Immobilienvermögens, wobei Deutschland, soweit ausländisches Betriebsvermögen ausländischer Unternehmen betroffen ist, keinerlei steuerliche Regelungskompetenz diesbezüglich zusteht. Allenfalls soweit ausländisches Betriebsvermögen unbeschränkt Steuerpflichtiger veräußert wird, hätte Deutschland die Möglichkeit, die aus der Veräußerung resultierenden Gewinne in Deutschland in nur ermäßigtem Umfang zu versteuern. Denn deutsche Unternehmen sind grundsätzlich mit ihrem Welteinkommen in Deutschland steuerpflichtig, wobei ausländische Steuern entweder angerechnet werden oder ausländische Gewinne von der deutschen Steuer freigestellt werden können. Weiterhin wurden solche (potentiellen) Immobilienerwerber benachteiligt, die keinen deutschen REIT- oder Vor-REIT-Status besaßen. Diese hatten entsprechende Wettbewerbsnachteile zu verzeichnen, da ein deutscher Veräußerer von Betriebsimmobilien eher an einen deutschen REIT oder Vor-REIT veräußert hätte, als an einen nicht-exit-tax-begünstigten Erwerber, weil er den Veräußerungsgewinn dann vollständig zu versteuern gehabt hätte. Damit mussten andere Immobilienerwerber im Verhältnis zum REIT deutlich mehr zahlen, damit der Veräußerer, was den Kaufpreis nach Steuern anbelangt, mehr erhalten hat als bei Verkauf an einen REIT.

Unionsrechtlich ist diese Bevorzugung von deutschen REITs und Vor-REITs in Bezug auf inländisches Immobilienvermögen in dreifacher Hinsicht problematisch, und zwar im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit sowie das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV.⁶¹¹ Ob die

⁶¹¹ Vgl. Kraft/Bron, IStR 2007, S. 380; Striegel, REITG, 2007, § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 33 in Bezug auf die Vereinbarkeit der Beihilfe mit Art. 107 AEUV.

Exit-Tax gegen eine der unionsrechtlichen Grundfreiheiten oder das Beihilfeverbot verstößt, hat unterschiedliche Rechtsfolgen zur Konsequenz, die aus Sicht des REIT verschiedener nicht sein könnten: Bei einem grundfreiheitsrechtlichen Verstoß bleiben die national gewährten Steuervergünstigungen unangetastet. Nur soweit inländisches Betriebsvermögen an einen ausländischen REIT veräußert worden wäre, käme der Veräußerer auch in diesem Fall in den Genuss der hälftigen Steuerfreistellung des Veräußerungsgewinns. Aus der Sicht des REIT wäre dieses Ergebnis zu begrüßen. Denn die Exit-Tax stellt auch einen Ausgleich für die vielfältigen Anforderungen dar, die in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht zu befolgen sind.

Würde hingegen ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot festgestellt, so müssten die in Anspruch genommenen Steuervorteile nachgezahlt werden, was gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten dem Betriebsergebnis nicht gerade zugute kommt. Die Frage ist damit, ob die Exit-Tax auch bei Immobilienveräußerungen an ausländische REITs zu gewähren ist, oder ob die getätigten steuerbegünstigten Immobilienveräußerungen unter dem Risiko der beihilferechtlichen steuerlichen Nachbelastung getätigt wurden.

Unionsrechtlich irrelevant ist dabei, dass die Ende 2009 ausgelaufene Exit-Tax aufgrund der Entwicklungen an den internationalen Immobilienmärkten im Zuge der Finanz- und Hypothekenkrise nur selten in Anspruch genommen wurde. Da sich die grundsätzlich begünstigten REIT-Initiatoren bei Immobilieninvestitionen und REIT-Gründungen zurückgehalten haben, gingen die vom Gesetzgeber geschaffenen Vorteile weitgehend ins Leere, was die unionsrechtliche Problematik jedoch unberührt lässt.⁶¹²

3.3.1. Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Zunächst kann die Exit-Tax eine unzulässige Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV darstellen. Was das Konkurrenzverhältnis des Beihilfeverbots zu den Grundfreiheiten betrifft, so ist von einem Anwendungsvorrang der Beihilfevorschriften auszugehen. Denn Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV normieren Ausnahmen vom Beihilfeverbot, die durch die Anwendung der Grundfreiheiten nicht umgangen

⁶¹² Vgl. Amort/Blum, DStR 2009, S. 1778.

werden dürfen. Eine nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV zulässige Maßnahme ist demnach auch im Rahmen der Grundfreiheiten zulässig. Auch normiert Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit ihre Steuerhoheit behalten. Dies ist beihilferechtlich nicht der Fall.⁶¹³

Vertreten wird, dass die nur hälftige Besteuerung der bei der Immobilienveräußerung realisierten stillen Reserven formal eine Steuersubvention sei.⁶¹⁴ Dies ist zunächst zutreffend. Jedoch ist die Frage, ob diese Steuersubvention auch eine nach Art. 107 AEUV unzulässige Beihilfe darstellt weit schwieriger zu beantworten, da der Exit-Tax-Vorteil durch jeden Betriebsimmobilienveräußerer dem Grunde nach in Anspruch genommen werden kann und die Bevorzugung von REITs nur mittelbarer Natur ist.

3.3.1.1. Vergünstigung

Die Exit-Tax führt zu einer Begünstigung sowohl auf Seiten des REIT, wie auch auf Seiten des Veräußerers. Der Veräußerer muss die bei Verkauf aufgedeckten stillen Reserven nur zur Hälfte versteuern. Der REIT profitiert von einem geringeren Kaufpreis. Denn der REIT muss nur einen geringeren Kaufpreis bezahlen, damit der Veräußerer nach Steuern mehr erlangt, als bei Verkauf an einen nicht-exit-tax-begünstigten Käufer.⁶¹⁵ Damit beinhaltet die Exit-Tax einen „Vorteil“ i.S.v. Art. 107 AEUV.

3.3.1.2. Keine Beihilfe auf Ebene der Immobilienveräußerer, da keine Unternehmensspezifität

Problematisch ist, ob es sich auf Veräußererseite um „bestimmte“ Unternehmen handelt. Betriebsvermögen muss, wenn es steuerbegünstigt auf einen REIT übertragen werden soll, bestimmte, in § 3 Nr. 70 EStG niedergelegte

⁶¹³ Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 87, Rdnr. 64; Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 283, 284.

⁶¹⁴ HSH Nordbank, Der German Real Estate Investment Trust (REIT) und der deutsche Immobilienmarkt, 2005, S. 19.

⁶¹⁵ So schon BT.-Drs. 16/4026, S. 30 (Stellungnahme des Bundesrates); BT-Drs. 16/4779, S. 27 (Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses).

Anforderungen erfüllen. So muss es seit fünf Jahren zum Betriebsvermögen des Veräußerers gehört haben (§ 3 Nr. 70 S. 1 Buchst. a) EStG) und auf das Grundstück darf keine dauerhafte Teilwertabschreibung geltend gemacht worden sein (§ 3 Nr. 70 S. 2 Buchst. c) EStG). Damit handelt es sich bei der Exit-Tax der Wirkung nach um eine allgemeine Wirtschaftsförderungsmaßnahme, die dem Grunde nach nicht vom Beihilfeverbot erfasst wird. Von Steuerermäßigungen profitieren schließlich auch nur Unternehmen, die Gewinne erwirtschaften. Von erweiterten Abschreibemöglichkeiten profitieren nur Unternehmen mit abnutzbarem Betriebsvermögen. Entsprechend werden auch durch die Exit-Tax auf Veräußererseite keine „bestimmten“ Unternehmen gefördert.

Einzig vor dem Hintergrund, dass die Exit-Tax nicht für betriebliche Bestandswohnimmobilien gewährt wird, kann eine Branchenspezifität auf Veräußererseite angenommen werden. Anhaltspunkte dafür, dass dieser Bestandswohnimmobilienausschluss zu einer Förderung „bestimmter“ Unternehmen i.S.d. EuGH-Rechtsprechung führt, bieten die EuGH-Urteile C 75/97⁶¹⁶ und C 143/99⁶¹⁷. In beiden Fällen nahm der EuGH eine Förderung „bestimmter Unternehmen“ an.

In diesen Beihilfeverfahren ging es um folgendes:

In der Rechtssache C 75/97 wurde Unternehmen „die dem internationalen Wettbewerb am stärksten ausgesetzt“⁶¹⁸ waren, eine Reduktion der Sozialbeiträge gewährt. Der EuGH erachtete dies für unzulässig.

In der Rechtssache C 143/99 wurde das produzierende Gewerbe teilweise von der Energiesteuer befreit. Auch dies erachtete der EuGH für unzulässig. Zur Begründung der Rs. C 143/99 führte der EuGH ganz allgemein aus, dass Dienstleistungsunternehmen, ebenso wie das produzierende Gewerbe, „Großenergieverbraucher“ sein könnten.⁶¹⁹

⁶¹⁶ EuGH C 75/97 v. 17. 06. 99 – Belgien/Kommission – Slg. I 1999, S. 3671.

⁶¹⁷ EuGH C 143/99 v. 08. 11. 01 – Adria Wien Pipeline u. Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke – Slg. I 2001, S. 8365.

⁶¹⁸ EuGH C 75/97 v. 17. 06. 99 – Belgien/Kommission – Slg. I 1999, S. 3671, Rdnr. 5.

⁶¹⁹ EuGH C 143/99 v. 08. 11. 01 – Adria Wien Pipeline u. Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke – Slg. I 2001, S. 8365, Rdnr. 50.

Hieraus wurde gefolgert, dass eine Allgemeinheit der Maßnahme schon bei Vorliegen eines einzigen Selektionsmerkmals nicht mehr gegeben sei.⁶²⁰ Bereits dann handele es sich auf Veräußererseite um „bestimmte Unternehmen“ i.S.v. Art. 107 AEUV. Insoweit mache es keinen Unterschied, ob positiv formuliert bestimmte Unternehmen begünstigt werden oder negativ formuliert bestimmte Unternehmen von einer „allgemeinen“ Förderung ausgeschlossen würden. Rein wohnimmobilienhaltende Aktiengesellschaften, wie etwa die Deutsche Wohnen AG, die Bayerische Wohnungs-AG oder die InCity Immobilien AG,⁶²¹ sind von der Exit-Tax-Begünstigung ausgenommen. Diesen Unternehmen bleibt die Möglichkeit vorenthalten, ihre Eigenkapitalbasis durch Immobilienveräußerungen steuerschonend zu verbessern. Gefördert würden nur die verbleibenden Unternehmen, bei denen es sich damit um „bestimmte Unternehmen“ i.S.d. Art. 107 AEUV handele.

Jedoch ist durch den EuGH anerkannt, dass besondere Umstände beihilferechtlich zu berücksichtigen sind.⁶²² Der Ausschluss von Bestandswohnimmobilien erfolgte aus sozialpolitischen Gründen. Dass wenige Einzelne von der Steuervergünstigung nicht profitieren, kann nicht die Selektivität der Begünstigung begründen, denn auch von allgemeinen Steuererleichterungen profitiert schließlich nicht jedes Unternehmen gleichermaßen. Im übrigen haben diese nichtbegünstigten Unternehmen die Möglichkeit, die Veräußerungsgewinne über § 6 b EStG zu passivieren. Diese Möglichkeit erweist sich zeitlich befristet dabei als die weitergehende Passivierungsmöglichkeit, so dass diese Unternehmen nicht unangemessen benachteiligt werden. Auf Ebene der Immobilienveräußerer liegt damit keine Beihilfe vor, da die Exit-Tax keine „unternehmensspezifische“ Besserstellung beinhaltet.

Soweit nicht im Betriebsvermögen befindliche Immobilien von der Vergünstigung ausgenommen sind, wie dies etwa bei geschlossenen Immobilienfonds der Fall ist, ist dies unproblematisch, da die Exit-Tax steuersystematisch

⁶²⁰ Triantafyllou in: v.d. Groeben/ Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 87, Rdnr. 96.

⁶²¹ Pilz, Immobilienaktien und REITs, 2007, S. 115, 122, 128; weitere Aktiengesellschaften deren Unternehmensgegenstand auf das Halten von Wohnimmobilien beschränkt sind, sind: Alta-Fides AG (108); Bau Verein zu Hamburg (110); Franconfurt AG (120); GAG Immobilien AG (121); GBWAG; Vivacon AG (140) [die in Klammern gesetzte Zahlen beziehen sich auf die Seitenzahl in Pilz].

⁶²² EuGH C 148/04 v. 15. 12. 05 – Unicredito Italiano – Slg. I 2005, S. 11137, Rdnr. 51.

bedingt, nur für Betriebsvermögen gewährt wird. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Selektivität nicht gegeben, wenn sie zwar einen Vorteil für den Begünstigten darstellt, aber durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist.⁶²³ Die Differenzierung zwischen Betriebs- und Privatvermögen ist dabei ein Wesensmerkmal des deutschen Steuerrechts.

3.3.1.3. Keine Beihilfe auf Ebene des REIT, da Exit-Tax-Vorteil nicht „aus staatlichen Mitteln“ stammt

Bei REITs handelt es sich zunächst um „bestimmte“ Unternehmen im Sinne von Art. 107 AEUV. Problematisch ist allein, ob der Exit-Tax-Vorteil des REIT „von staatlicher Seite stammt“, ob also der verminderte Kaufpreis mit der notwendigen Kausalität auf eine „Beihilfe“ von Seiten des Staates rückführbar ist. Entscheidend ist damit die Abgrenzung zwischen staatlicher und privater Zurechenbarkeit.⁶²⁴ In Nr. 3. 2. der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen hat die Kommission zu dieser Problematik ausgeführt, dass eine Beihilfe an einen privaten Investor eine Beihilfe an das Unternehmen darstellt, wenn der Vorteil zumindest teilweise an das Zielunternehmen weitergeleitet wird.⁶²⁵ Nach diesen Vorgaben der Kommission stellt die Exit-Tax damit keine unzulässige Beihilfe dar. Denn der Exit-Tax-Vorteil wurde von den Immobilienveräußerern an den REIT weitergegeben. Und wie soeben (§ 3 – 3.3.1.2) dargestellt wurde, haben die Immobilienveräußerer keine „Beihilfe“ erhalten. Wenn schon die Immobilienveräußerer keine Beihilfe erhalten haben, so können sie auch keinen staatlichen Vorteil an den REIT weitergereicht haben. Eine Beihilfe auf Ebene des REIT liegt damit nicht vor.

Dieses Ergebnis ist haftungsrechtlich sachgerecht. Denn die Immobilienveräußerer, die in erster Linie von dem Exit-Tax-Vorteil profitiert haben,

⁶²³ EuGH C 143/99 v. 08. 11. 01 – Adria Wien Pipeline u. Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke – Slg. I 2001, S. 8365, Rdnr. 42.

⁶²⁴ Mederer/Triantafyllou in: v.d.Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 87, Rdnr. 25.

⁶²⁵ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikokapitalinvestitionen in kleine und mittlere Unternehmen, ABl. C 2006 194/02 v. 18. 08. 2006.

können haftungsrechtlich nicht in Anspruch genommen werden. Ihnen gegenüber liegt keine verbotene Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV vor, so dass sie nicht dem beihilferechtlichen Rückgewähranspruch ausgesetzt sind. Und der REIT wird sich zivilrechtlich nicht an dem Grundstücksveräußerer schadlos halten können. Denn der REIT wusste – oder es spricht zumindest eine tatsächliche Vermutung dafür – dass die Exit-Tax eine unzulässige Beihilfe darstellt. Denn wer die Rechtsform eines REIT annimmt, muss sich mit der gesellschafts- und steuerrechtliche Ausgestaltung dieser Rechtsform hinreichend auseinandersetzen und wird dabei nahezu zwangsläufig mit der Beihilfeproblematik in Berührung kommen.

3.3.2. Verstoß gegen die Grundfreiheiten

Bereits in der Stellungnahme des Bundesrates tauchte die Frage auf, ob die Exit-Tax einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstelle.⁶²⁶ Nach anderer Meinung wird die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt. Ob der Schutzbereich der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet ist, richtet sich nach Auffassung des EuGH bei Immobilien danach, von wo aus die aktive Verwaltung der Immobilie erfolgt. Soweit die Verwaltung eines im EU-Ausland belegenen Grundstücks aktiv durch den im anderen Mitgliedstaat ansässigen Grundstückseigentümer erfolgt, ist die Niederlassungsfreiheit einschlägig. Soweit die aktive Verwaltung durch eine im Ausland belegene Hausverwaltung erfolgt, ist die Niederlassungsfreiheit nicht mehr einschlägig, sondern unterfällt der Kapitalverkehrsfreiheit.⁶²⁷ Unterscheidungskriterium ist demnach der Ort, von welchem aus die Verwaltung der Immobilie erfolgt.

Vertreten wird zunächst, dass die Exit-Tax nur für eine Dreijahresfrist gleichheitsmäßig zu rechtfertigen sei.⁶²⁸ Dieser Aussage liegt die Vorstellung zugrunde, dass eine dauerhaft gewährte Exit-Tax zwar gegen die Kapital- bzw. Niederlassungsfreiheit verstößt. Eine zeitlich befristete Maßnahme, die der Markteinführung einer neu zu implementierenden Gesellschaftsform dient, jedoch entweder nicht den Schutzbereich der Kapital- bzw. Niederlassungsfreiheit tangiere oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses

⁶²⁶ BT.-Drs. 16/4026, S. 30 (Stellungnahme des Bundesrates).

⁶²⁷ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 19.

⁶²⁸ Hufeld, EWS 2008, S. 212.

gerechtfertigt sei. Denn ohne Steueranreize ginge der Aufbau eines im Interesse aller liegenden REIT-Segments nur langsam vonstatten.

Nach zutreffender Ansicht verstößt die Exit-Tax gegen die Kapital- bzw. Niederlassungsfreiheit, da die Steuervergünstigung nur dann gewährt wird, wenn deutsches Betriebsvermögen an einen deutschen REIT oder Vor-REIT veräußert wird.⁶²⁹ Differenziert wird demnach anhand des verbotenen Kriteriums der Staatsangehörigkeit, da die Exit-Tax-Vergünstigung nicht unterschiedslos auf alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer Anwendung findet. Diese Differenzierung ist damit offen diskriminierend und entfaltet damit die höchste Eingriffs- und Beeinträchtigungsqualität.⁶³⁰ Dementsprechend hatte der EuGH in der Entscheidung Hollmann⁶³¹ entschieden, dass es gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt, wenn ein Mitgliedstaat die Gewinne von Grundstücksveräußerungen bei Ausländern vollständig besteuert, während er die Gewinne von Inländern nur zur Hälfte besteuert. Auch hatte der EuGH entschieden, dass es unionsrechtswidrig sei, wenn Steuervorteile nur juristischen Personen mit Sitz im Inland vorbehalten sind.⁶³² Damit ist der Exit-Tax-Vorteil auch Betriebsimmobilienveräußerern zu gewähren, soweit diese Betriebsimmobilien an einen ausländischen REIT veräußert haben.⁶³³

3.4. Steuerliche Behandlung von REITs innerhalb des Unionsgebiets

REIT-Aktiengesellschaften unterliegen auf nationaler Ebene, soweit sie die Anforderungen des jeweiligen nationalen REIT-Gesetzes erfüllen, keiner Besteuerung. Der deutsche REIT ist in Deutschland ebenso steuerbefreit wie der UK-REIT in Großbritannien. Die Steuerfreiheit erstreckt sich allerdings nur auf

⁶²⁹ So im Ergebnis auch: Bron, BB-Special 2007, S. 21. Dieser kommt zu diesem Ergebnis aber aufgrund des Umstandes, dass er das deutsche Erfordernis „deutscher Unternehmenssitz“ (§ 9 REITG) für unionsrechtswidrig hält mit der Folge, dass ein REIT mit Sitz im Ausland gleichzeitig ein REIT im Sinne von § 3 Nr. 70 EStG sei.

⁶³⁰ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 245.

⁶³¹ EuGH C 443/06 v. 11. 10. 07 – Hollmann – Slg. I 2007, S. 8491, Rdnr. 35 - 37, 53.

⁶³² EuGH C 156/98 v. 19. 09. 00 – Deutschland/Kommission – Slg. I 2000, S. 6857, Rdnr. 84 f.

⁶³³ Striegel, REITG, 2007, § 3 Nr. 70 EStG, Rdnr. 33; Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 56.

die jeweils inländischen Immobilienerträge. Sie endet an der jeweiligen Staatsgrenze, da ausländische Staaten die Steuerfreiheit anderer REIT-Strukturen nicht anerkennen, sondern sie hinsichtlich ihrer Immobilienerträge der beschränkten Steuerpflicht unterwerfen. Das bedeutet, dass ein UK-REIT, soweit er deutsche Immobilienerträge erwirtschaftet, in Bezug auf diese der deutschen beschränkten Steuerpflicht des § 2 Nr. 1 KStG unterliegt. Entsprechend unterliegen deutsche REITs in Großbritannien mit ihren dort erwirtschafteten Einkünften der britischen beschränkten Steuerpflicht.

Ob diese unterschiedliche Behandlung von REITs, differenzierend nach dem Sitz der Gesellschaft, mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist, tangiert zwei Ebenen: Zum ersten die Ebene des deutschen REIT, für den von Bedeutung ist, ob er hinsichtlich seines ausländischen Immobilienvermögens im EU-Ausland der beschränkten Steuerpflicht unterliegt. Zum zweiten die Ebene des deutschen Fiskus, für den von Bedeutung ist, ob ausländische REITs hinsichtlich ihrer inländischen Erträge der beschränkten deutschen Körperschaftsteuerpflicht unterliegen.

3.4.1. Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung auf Ebene betrieblicher Anleger

Die Steuerfreiheit des deutschen REIT wird durch ausländische Staaten nicht anerkannt. Der deutsche REIT unterliegt deshalb im Ausland einer Besteuerung hinsichtlich seiner dort erwirtschafteten Erträge. Diese dort erfolgende Besteuerung entspricht der deutschen Steuerpflicht für beschränkt Steuerpflichtige, § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG.

Die im Ausland gezahlten Steuern können aufgrund der generellen Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene auf keine eigene Steuerschuld des REIT angerechnet werden und mindern bei der späteren Ausschüttung die Höhe der Dividenden. Bis zur Einführung des § 19 a REITG im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 führte diese steuerliche Vorbelastung stets zu einer entsprechenden Doppelbesteuerung auf Ebene der Aktionäre, da REIT-Dividenden bei diesen vollständig, also ohne §§ 3 Nr. 40 EStG und 8 b KStG, der Besteuerung unterliegen. Diese Doppelbesteuerung sah sich einer regen Kritik ausgesetzt und machte für den deutschen REIT das Investment in ausländische Immobilien steuerlich

unattraktiv.⁶³⁴ Nach Einführung des § 19 a REITG ist die Doppelbesteuerung für Dividenden auf betriebliche Anteile⁶³⁵ strukturell beseitigt worden, da nunmehr § 8 b KStG, § 3 Nr. 40 EStG auf im Ausland vorversteuerte Immobilienerträge zur Anwendung gelangen. Hierdurch wird der Steueranspruch bei betrieblichen Dividenden zwischen den beteiligten Staaten aufgeteilt.⁶³⁶

Der EuGH hat zwar ausgeführt, dass ein Mitgliedstaat steuerlich diskriminierende Vorschriften nicht dadurch rechtfertigen könne, dass er sich auf die in einem anderen Mitgliedstaat bestehenden Steuervergünstigungsvorschriften beruft.⁶³⁷ Richtigerweise entfällt durch § 19 a REITG wirtschaftlich gesehen jedoch die für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten erforderliche „Beschränkungswirkung“, da strukturell die im Ausland gezahlte Steuer in Deutschland zu einer Steuerminderung auf Anlegerebene führt. Für deutsche Anleger, die ihre REIT-Anteile in der betrieblichen Sphäre halten, macht es damit nunmehr kaum noch einen Unterschied, ob die ausgeschütteten Dividenden aus in- oder ausländischen Immobilienerträgen stammen.

3.4.2. Fehlende Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung bei Anwendung der Abgeltungssteuer sowie bei beschränkt Steuerpflichtigen

Soweit die steuerliche Vorbelastung auf Anlegerebene keine Berücksichtigung findet und die Dividenden auf Anlegerebene vollständig der Besteuerung unterworfen werden, führt dies zu einer Doppelbesteuerung. Beim deutschen REIT ist vor allem der Fall von Relevanz, dass Anleger ihre REIT-Anteile im Privatvermögen halten und die daraus resultierenden Erträge mit 25 Prozent Abgeltungssteuer nach § 32 d EStG belastet werden. Das Gleiche gilt für beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner, bei denen die einbehaltene Kapitalertragsteuer dem Grundsatz nach Abgeltungswirkung entfaltet, denen allerdings Erstattungsansprüche nach DBA zustehen können (siehe zu erweiterten Erstattungsmöglichkeiten aufgrund europarechtlicher Vorgaben § 3 – 3.9.). In diesen Fällen

⁶³⁴ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 716, 726; Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 19, Rdnr. 24; Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 48.

⁶³⁵ Dies sind die Anteile, die sich in einem Betriebsvermögen befinden.

⁶³⁶ Vgl. Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 23, 40, 48.

⁶³⁷ EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569, Rdnr. 75.

wird die steuerliche Vorbelastung nach geltendem Recht nicht steuermindernd berücksichtigt, wodurch das Investment des deutschen REIT in Auslandsimmobilien auf Anlegerebene insoweit mit einer Doppelbesteuerung verbunden wird.

3.4.3. Steuerliche Behandlung ausländischer REITs in Deutschland

Die Steuerfreiheit für REITs gilt nach §§ 9, 16 REITG nur für den deutschen REIT. Ausländische REITs sind mit ihren inländischen Erträgen nach § 2 Nr. 1, § 8 Abs. 1 KStG und §§ 49 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG beschränkt steuerpflichtig. Soweit diese deutsche steuerliche Vorbelastung im Ansässigkeitsstaat des ausländischen REIT auf Anlegerebene keine Berücksichtigung findet, führt die deutsche Besteuerung der inländischen Immobilienerträge im Ausland zu einer Doppelbesteuerung. Das Investment in inländisches Immobilienvermögen wird für den ausländischen REIT steuerlich damit unattraktiv.

3.4.4. Steuerliche Gleichbehandlung in- und ausländischer REITs aufgrund der EuGH-Ausführungen in der Rs. Stauffer

Nach Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV wird das mitgliedstaatliche Recht, Steuerinländer und -ausländer in steuerlicher Hinsicht unterschiedlich zu behandeln, durch die Kapitalverkehrsfreiheit nicht berührt. Nach Art. 65 Abs. 3 AEUV darf dies allerdings weder zu einer Diskriminierung, noch zu einer verschleierte Beschränkung führen. Problematisch ist, ob vor diesem Hintergrund die jeweils unterschiedliche steuerliche Behandlung von in- und ausländischen REITs durch die nationalen REIT- und Steuergesetze europarechtskonform ist oder nicht.

3.4.4.1. Ansichten der Literatur

Vertreten wird, dass die beschränkte Steuerpflicht von ausländischen REITs durch das Unionsrecht nicht tangiert werde. In- und ausländische REITs seien von ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung her kaum vergleichbar. Auch steuerrechtlich seien sie kaum vergleichbar. Der deutsche REIT sei un-

beschränkt und der ausländische REIT beschränkt steuerpflichtig, was dem Territorialitätsprinzip entspreche. Deshalb befände sich der ausländische REIT in einer anderen Situation als der deutsche REIT, so dass die Steuerfreiheit einzig dem deutschen REIT vorbehalten bleibe.⁶³⁸

Dem ist entgegenzuhalten, dass in- und ausländische REITs auf demselben Grundprinzip beruhen, nämlich der Beschränkung des Tätigkeitsfeldes auf den Immobiliensektor sowie der Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene. Und die beschränkte Steuerpflicht nach § 2 Nr. 1 KStG knüpft ausschließlich an den im Ausland gelegenen Unternehmenssitz an, ein Umstand, der nach der EuGH-Rechtsprechung regelmäßig keine unterschiedliche Behandlung legitimiert. Und das Territorialitätsprinzip, welches der EuGH in „Futura Participations und Singer“⁶³⁹ als rechtfertigend anerkannte, sagt nach heutigem Verständnis nur, dass ein Mitgliedstaat die in seinem Hoheitsgebiet erwirtschafteten Erträge besteuern darf, ohne dass er ausländische Verluste hierbei steuermindernd zu berücksichtigen hätte. Dies ist ein anderer Fall als die direkte ungleiche steuerliche Behandlung von in- und ausländischen REITs.

Vertreten wird auch, dass die Steuerbefreiung nur gewährt werden müsse, wenn der ausländische REIT die exakt gleichen Kriterien des REITG für die Steuerbefreiung erfülle, mit Ausnahme des Sitzes der Geschäftsleitung im Inland.⁶⁴⁰ Danach wären ausländische REITs, die regelmäßig zwar auf dem gleichen Grundprinzip wie der deutsche REIT beruhen, in ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung jedoch im Einzelnen abweichend ausgestaltet sind, in der Regel von der Steuerfreiheit ausgenommen. Begünstigt wären jedoch REITs, die eine einfach gehaltene Gesellschaftsstruktur aufweisen, die nach Möglichkeit nur in direkter Form in Immobilien investiert sind, die eine hohe Ausschüttungsquote aufweisen und die eine Anlegerstruktur aufweisen, die sowohl der 15-prozentigen Streubesitzquote als auch einer Höchstbeteiligungsquote von unter 10 Prozent gerecht wird. Gesellschaftsrechtlich flexibler ausgestaltete REITs, die möglicherweise Wohnimmobilien halten oder eine

⁶³⁸ Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, S. 1491 f.

⁶³⁹ EuGH C 250/95 v. 15. 05. 1997 – Futura Participations und Singer – Slg. I 1997, S. 2471, Rdnr. 21 f.

⁶⁴⁰ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 13; Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 113.

höhere Fremdfinanzierungsquote aufweisen, würden damit der beschränkten Steuerpflicht unterfallen.

Vertreten wird auch, dass die Steuerfreistellung, die ausschließlich zu Gunsten deutscher REITs greife, aus Kohärenzgesichtspunkten gerechtfertigt sei.⁶⁴¹ Die beschränkte Steuerpflicht des ausländischen REIT sei danach kohärent zur inländischen Anlegerbesteuerung: Die deutsche REIT-Aktiengesellschaft und ihre Aktionäre bildeten ein geschlossenes System, in dem die Aktiengesellschaft von der Steuerpflicht nur unter der Bedingung freigestellt sei, dass ihre originären Einkünfte – nach Ausschüttung – beim Aktionär versteuert werden. Dem Konzept liege die Erwartung zugrunde, dass Einkünfte der Gesellschaft aufgrund der hohen Mindestausschüttungsquote zeitnah weitergegeben werden, um dann beim Ausschüttungsempfänger der Besteuerung zu unterliegen. In einem Mehrebenensystem werde das Unterlassen der Besteuerung auf Gesellschaftsebene gewissermaßen auf der Gesellschafterebene nachgeholt.⁶⁴²

Genau dies ist bei einem ausländischen REIT nicht möglich, ist doch hier die steuerliche Zugriffsmöglichkeit in aller Regel nicht vorhanden. Das geschlossene, den Steuerzugriff garantierende System steht dem Gesetzgeber bei einem ausländischen REIT mit inländischem Vermögen nicht zur Verfügung, weil der deutsche Staat seinen Besteuerungszugriff nur auf der Gesellschafterebene und nur auf seinem Territorium umsetzen kann. Wäre aber der ausländische REIT als Gesellschaft steuerfrei gestellt, so wäre der Zugriff jedenfalls bei allen ausländischen Anteilseignern ausgeschlossen. Insoweit dürfte es dem Gedanken einer ausgewogenen Verteilung der Besteuerungsrechte entsprechen, wenn ausländische REITs auch mit inländischen Einkünften unbeschränkt steuerpflichtig bleiben.⁶⁴³ Wenn nicht wenigstens die ausländische Gesellschaft der beschränkten Steuerpflicht unterfalle, wäre die Besteuerungsmöglichkeit zur Gänze ausgeschlossen.⁶⁴⁴

In die gleiche Richtung gehen Überlegungen, wonach zwar eine tatbestandliche Diskriminierung vorliege, diese aber aus Gründen der „Symmetrie der

⁶⁴¹ Schwarz, JZ 2008, S. 553; Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 15.

⁶⁴² Schwarz, JZ 2008, S. 553.

⁶⁴³ Schwarz, JZ 2008, S. 553.

⁶⁴⁴ Münchow in: Striegel, REITG, 2007, § 9, Rdnr. 15.

Besteuerung“ gerechtfertigt sei.⁶⁴⁵ Der Rechtfertigungsgrund der „Symmetrie der Besteuerung“, so wird weiter ausgeführt, „greife etwa dann, wenn die Einkünfte beispielsweise aufgrund der Steuerbefreiung der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat und einer Freistellung der Einkünfte der Anleger im anderen Mitgliedstaat überhaupt keiner Besteuerung unterliegen. In der letzten Zeit sei eine Tendenz des EuGH zur Gesamtbetrachtung und Vermeidung der Überbegünstigung und Doppelnichtbesteuerung (Stichwort: weiße Einkünfte) erkennbar geworden“.⁶⁴⁶ Hierzu ist anzumerken, dass die Nichtbesteuerung von REIT-Dividenden im Ansässigkeitsstaat des Dividendenempfängers international gesehen eine sehr seltene Ausnahmeerscheinung sein wird. Im Regelfall unterliegen REIT-Dividenden der Besteuerung, so dass hiernach der Rechtfertigungsgrund der „Symmetrie der Besteuerung“ nicht greifen würde. Deshalb wird richtigerweise eingeräumt, dass es derzeit offen ist, ob der Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der Beschränkung der nationalen REIT-Gesetze auf Inlandsgesellschaften die Möglichkeit einräumen wird, sich auf die „Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis“ zu berufen. Durch die bisherige Rechtsprechung des EuGH sei das Spannungsfeld zwischen dem wirtschaftlichen Individualinteresse, der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit und dem mitgliedstaatlichen Interesse einer gerechten Aufteilung der Besteuerungshoheit noch nicht hinreichend aufgelöst, so dass erst zusätzliche, weiter konkretisierende Entscheidungen für mehr Deutlichkeit und Rechtssicherheit sorgen werden.⁶⁴⁷

Vertreten wird auch, dass es nach der EuGH-Rechtsprechung innerhalb des unionsrechtlichen Anerkennungsgrundsatzes „im Ermessen“ der Mitgliedstaaten stünde, inwieweit sie ausländische steuerfreie Gebilde anerkennen. Dem verpflichtenden Anerkennungsgrundsatz habe der EuGH eine Absage erteilt.⁶⁴⁸ Diese Aussage entspricht – was den Ermessensspielraum anbelangt – den EuGH-Ausführungen in der Rs. Stauffer, Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 39. In dem direkt anschließenden Satz führt der EuGH jedoch aus, dass die Mitgliedstaaten ihr Ermessen im Sinne des Unionsrechts ausüben haben. Danach ist nur schwer vorstellbar, dass es ermessensfehlerfrei sein soll, ausländische REITs nicht anzuerkennen. Denn diese beruhen auf der gleichen Grundkonzeption wie

⁶⁴⁵ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

⁶⁴⁶ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

⁶⁴⁷ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 264.

⁶⁴⁸ Waldhoff, IStR 2009, S. 390.

der deutsche REIT. Und auch was die vollständige Dividendenbesteuerung ausländischer REITs anbelangt, ist dem Gesetzgeber aufgrund von § 19 Abs. 5 REITG bewusst, dass diese steuerfreien Gesellschaften auf Anlegerebene hinsichtlich der Immobilienerträge vollständig zu besteuern sind.

Vertreten wird aber auch, dass die beschränkte Steuerpflicht ausländischer REITs gegen unionsrechtliche Vorgaben verstoße, wobei zur Begründung maßgeblich auf die Übertragbarkeit der EuGH-Ausführungen in der Rechtssache „Stauffer“ verwiesen wird.⁶⁴⁹

3.4.4.2 Rechtsprechungskriterien des EuGH – insbesondere Rs. Stauffer

Für die grenzübergreifende Besteuerung formuliert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, diese ihre Befugnisse aber unter Wahrung des Unionsrechts ausüben müssen.⁶⁵⁰ Auch für den Bereich des Steuerrechts bilden die Grundfreiheiten damit eine verbindliche Messlatte.⁶⁵¹ Diese Aussage wird für die grenzübergreifende Besteuerung juristischer Personen wie folgt konkretisiert: Nationale Vorschriften, die zwischen unbeschränkt und beschränkt Steuerpflichtigen unterscheiden, sind nur dann unionsrechtskonform, wenn die unterschiedliche Behandlung Situationen betrifft, die nicht objektiv vergleichbar sind.⁶⁵² Anders als bei natürlichen Personen besteht nach der EuGH-Rechtsprechung bei juristischen Personen i.d.R. kein objektiver Unterschied. Der Umstand, dass der Unternehmenssitz in einem anderen Mitgliedstaat belegen ist, stellt insoweit keinen objektiven Unterschied dar.⁶⁵³ Erst recht – so der EuGH – bestehe kein Unterschied, wenn eine ausländische Gesellschaft in Deutschland eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, eine Zweigniederlassung oder feste Ein-

⁶⁴⁹ Maas, REITs in Deutschland, 2008, S. 20; Knauth, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 150; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 90; Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 42; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 210; Hufeld, EWS 2008, S. 218.

⁶⁵⁰ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 15.

⁶⁵¹ Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 37.

⁶⁵² EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 32.

⁶⁵³ EuGH C 156/98 v. 19. 09. 00 – Deutschland/Kommission – Slg. I 2000, S. 6857, Rdnr. 85.

richtung besitzt.⁶⁵⁴ Diese Ausführungen wurden in der Rs. Stauffer⁶⁵⁵ erneut bestätigt. Nach dieser Entscheidung spricht vieles dafür, dass die beschränkte Steuerpflicht von REITs mit europarechtlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen ist.

Der Rechtssache Stauffer lag im Kern folgender Sachverhalt zugrunde:⁶⁵⁶ Die in Cremona/Italien ansässige Stiftung „Centro de Musicologia Walter Stauffer“ besaß in Deutschland ein Grundstück, aus welchem Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt wurden. Diese Einkünfte wurden von deutscher Seite der Besteuerung unterworfen. Entsprechende Einkünfte einer deutschen Stiftung sind dagegen nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerfrei. Der EuGH sah in dieser Ungleichbehandlung einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und stellte fest, dass die klagende Stiftung diskriminiert werde.⁶⁵⁷ Von deutscher Seite wurde die Ungleichbehandlung argumentativ dadurch gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber gemeinnützigen Körperschaften nur deshalb steuerliche Privilegien gewähre, weil sie durch ihre Tätigkeit den Staat finanziell entlasteten. Die Gemeinwohlverantwortung der Bundesrepublik ende jedoch an der Staatsgrenze. Deshalb gehöre es nicht zur Aufgabe der Bundesrepublik, die Stiftungen anderer Länder zu fördern.⁶⁵⁸ Dieser Argumentationslinie vermochte sich der EuGH nicht anzuschließen. In der Konsequenz wurden die Vermietungseinkünfte der italienischen Stiftung von der deutschen Besteuerung ausgenommen.

Ließe sich diese Entscheidung auf die Situation des REIT übertragen, so bedeutete dies, dass die ausländischen Vermögen eines deutschen REIT im EU-Ausland nicht der Besteuerung unterworfen werden dürften, soweit diese Länder auf nationaler Ebene für „ihre“ REITs Steuerfreiheit vorsehen. Eine Ungleichbehandlung hinsichtlich in- und ausländischen Immobilienvermögens deutscher REITs wäre damit beseitigt.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ EuGH C 156/98 v. 19. 09. 00 – Deutschland/Kommission – Slg. I 2000, S.6857, Rdnr. 86.

⁶⁵⁵ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203.

⁶⁵⁶ Vgl. Kube, IStR 2005, S. 471.

⁶⁵⁷ Tiedtke/Möllmann, DStZ 2008, S. 71.

⁶⁵⁸ Tiedtke/Möllmann, DStZ 2008, S. 71.

⁶⁵⁹ Vgl. Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 39.

3.4.4.2.1. Die Ausführungen des EuGH in der Rs. Stauffer im Einzelnen

Zunächst stellte der EuGH fest, dass Immobilieninvestitionen im Ausland von der Kapitalverkehrsfreiheit erfasst werden⁶⁶⁰ und eine Rechtfertigung schied nach Ansicht des EuGH aus: Zwar berühre Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV nicht das Recht der Mitgliedstaaten aus Art. 63 AEUV, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohn- oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln.⁶⁶¹ Einer ausländischen Stiftung könne die Gleichbehandlung aber nicht allein deshalb verwehrt werden, weil sie nicht im Inland niedergelassen sei.⁶⁶² Dies ist die Kernaussage des EuGH. Der EuGH betrachtete die in- und ausländische Stiftung als gleiche Rechtskonstruktion: Wenn eine in einem Mitgliedstaat als gemeinnützig anerkannte Stiftung auch die dafür nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt und ihr Ziel die Förderung identischer Interessen der Allgemeinheit ist, was die nationalen Stellen des letztgenannten Staates einschließlich der Gerichte zu beurteilen haben, können die Stellen dieses Mitgliedstaats dieser Stiftung das Recht auf Gleichbehandlung nicht allein aus dem Grund verwehren, dass sie nicht im Inland niedergelassen ist.⁶⁶³ Das Unionsrecht schreibe den Mitgliedstaaten zwar nicht grundsätzlich vor, dass eine in ihrem Herkunftsmitgliedstaat als gemeinnützig anerkannte ausländische Stiftungen im Inland automatisch die gleiche Anerkennung erhalten müsse. Die Mitgliedstaaten verfügten insoweit über einen Ermessensspielraum, der allerdings entsprechend dem Unionsrecht ausgeübt werden müsse.⁶⁶⁴

Bezogen auf REITs ist danach entscheidend, ob in- und ausländische REITs vergleichbar⁶⁶⁵ (nicht gleich!) sind. Dies ist zu bejahen. Ihr Unternehmenszweck ist auf den Erwerb, das Halten und Verwalten von Immobilien beschränkt. Sie zeichnen sich durch Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene und eine hohe Mindestausschüttungsquote aus. Nationale Besonderheiten gelten hinsichtlich der Zulässigkeit des Haltens von Bestandswohnmobilien, des Umfangs von zulässigen Nebentätigkeiten, der konkreten Höhe der Mindestausschüttungs-

⁶⁶⁰ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 24.

⁶⁶¹ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 30.

⁶⁶² EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 40.

⁶⁶³ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 40.

⁶⁶⁴ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 39.

⁶⁶⁵ EuGH C 386/04 v. 14. 09. 06 – Stauffer – Slg. I 2006, S. 8203, Rdnr. 42.

quote und der Möglichkeit Konzernstrukturen etablieren zu können. Gleichwohl sind REITs international vergleichbar und als allgemein bekannte und anerkannte Form der indirekten Immobilienanlage etabliert. Die gesellschaftsrechtlichen Unterschiede treten angesichts dieser Gemeinsamkeiten in den Hintergrund.

Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aus anderen Gründen sah der EuGH in der Sache Stauffer als nicht gegeben an.⁶⁶⁶ Gründe wie das „Interesse an einer wirksamen Steueraufsicht“⁶⁶⁷ oder „die Gefahr, dass terroristische Vereinigungen ausländische Stiftungen zur Immobilienanlage missbrauchen könnten“,⁶⁶⁸ vermochten die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Stiftungen nicht zu rechtfertigen. Auch das fiskalische Interesse der steuerlichen Einnahmenerzielung vermochte die Ungleichbehandlung nicht zu legitimieren.⁶⁶⁹ Entsprechend können diese Gründe auch zu keiner Rechtfertigung der steuerlichen Ungleichbehandlung bei REITs führen. Die Entscheidung entsprach damit dem Gedanken, denjenigen von der Steuer zu befreien, der zum Nutzen aller, das Seine zum staatlich organisierten Gemeinwohl beigetragen hatte.⁶⁷⁰

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz wurde in der Rs. Stauffer nicht geprüft. Denn bei der Besteuerung einer gemeinnützigen Stiftung fehlt es hieran. Die Steuerbefreiung geschieht aus der Überlegung heraus, bestimmte private Aktivitäten, die selbstlos die Allgemeinheit beispielsweise in kultureller, wissenschaftlicher oder bildender Hinsicht fördern, staatlicherseits durch eine fiskalische Sonderbehandlung zu unterstützen. Dieser Begünstigung steht aber keine Belastung an anderer Stelle gegenüber.⁶⁷¹

3.4.4.2.2. Zwischenergebnis hinsichtlich der unionsrechtlichen steuerlichen Behandlung von REITs

Nach den Vorgaben in der Rs. Stauffer dürften ausländische REITs nicht mit

⁶⁶⁶ Vgl. auch Mamut/Stürzlinger, SWI 2006, S. 555.

⁶⁶⁷ EuGH-Entscheidung Stauffer, Rdnr. 47.

⁶⁶⁸ EuGH-Entscheidung Stauffer, Rdnr. 60.

⁶⁶⁹ EuGH-Entscheidung Stauffer, Rdnr. 59.

⁶⁷⁰ Kube, IStR 2005, S. 469.

⁶⁷¹ Kube, IStR 2005, S. 469; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 110.

Hinweis auf ihren Ansässigkeitsort steuerlich anders behandelt werden als inländische REITs. Ausländische REIT-Strukturen wären steuerlich damit auch dann anzuerkennen, wenn diese nicht exakt den rechtlichen Anforderungen des nationalen REIT-Gesetzes entsprechen.

Auch der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz, der in der Rs. Stauffer nicht problematisiert wurde, kann bei REITs nicht zur Rechtfertigung der steuerlichen Ungleichbehandlung herangezogen werden (siehe bereits § 3 – 2.2.1.4.2.). Der EuGH hat diesen Rechtfertigungsgrund bislang nur bei natürlichen Personen im Bereich von Zukunftssicherungsleistungen zur Anwendung gelangen lassen. Im Bereich der Dividenden- und Gesellschaftsbesteuerung hat er ihn bislang stets abgelehnt. Entscheidend war stets, dass die Besteuerung sichergestellt ist, wobei eine im Ausland erfolgende Besteuerung ausreichend ist. Da die Besteuerung der Grundstückserträge auf Ebene der REIT-Anleger gewährleistet ist, wird der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz damit nicht zur Anwendung gelangen. Die Ungleichbehandlung in- und ausländischer REITs wäre mit europarechtlichen Vorgaben damit nicht in Einklang zu bringen.⁶⁷² Konsequenz für den deutschen REIT wäre, dass hinderliche Doppelbesteuerungen vermieden würden. Auch profitierten ausländische REITs, da sie entgegen § 2 Nr. 1 KStG nicht der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterfielen.⁶⁷³ Folge für den Fiskus wären Steuerausfälle in Bezug auf bislang beschränkt steuerpflichtige ausländische REITs und damit verbunden ein Verlust nationaler Regelungskompetenz im Bereich der Fiskalhoheit, beinhaltet doch gerade das Recht der Erhebung von Steuern ein wesentliches Element nationaler Souveränität.⁶⁷⁴

⁶⁷² Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 207.

⁶⁷³ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 90; Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 42; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 210; Hufeld, EWS 2008, S. 218; Hornig, PStB 2007, S. 190.

⁶⁷⁴ Kube, IStR 2008, S. 305; ders., Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 20, 305, 598; ders., EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 1; Wieland in: Kadelbach u.a., Europa und seine Verfassung, 2005, S. 493.

3.4.5. Bilanzielle Betrachtungsweise

3.4.5.1. Steuerfreistellung in Abhängigkeit von der Ausschüttungsquote

Für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen muss sich gedanklich von der Annahme getrennt werden, dass der deutsche REIT „steuerbefreit“ ist. Denn hinsichtlich der nichtausgeschütteten Erträge, ist der REIT nach § 18 Abs. 7 REITG steuerpflichtig, wobei die Besteuerung aufgeschoben wird, bis der REIT seinen Status verliert. Der nichtausgeschüttete Teil des Jahresüberschusses wird damit besteuert, wenn auch die Besteuerung bis zu dem Zeitpunkt zeitlich verschoben wird, in dem die Steuerfreiheit endet. Das ist eine Steuerstundung (vgl. § 222 AO) und keine Steuerbefreiung. Diese Nachversteuerung ist auch kohärent zur zunächst gewährten „Steuerfreistellung“, der materiellen Steuerstundung. Welche Steuer der REIT damit über die nachgelagerte Versteuerung des § 18 Abs. 7 REITG effektiv zahlt, hängt von der Ausschüttungshöhe ab.

Zur Verdeutlichung: Wenn die Ausschüttung der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestausschüttung von 90 % des Jahresüberschusses entspricht, so beträgt der nichtausgeschüttete Teil 10 %. Mit 10 % der Immobilienerträge ist der deutsche REIT damit nach § 18 Abs. 7 REITG nachgelagert steuerpflichtig. Dementsprechend müssten auch die inländischen Einkünfte ausländischer REITs mit mindestens 10 % besteuert werden. Dann blieben jedoch 90 % weiterhin steuerfrei.

Der deutsche REIT kann den Jahresüberschuss auch vollständig ausschütten. Denn die Ausschüttung von 90 % ist nur die gesetzlich vorgesehene Mindestausschüttung. Eine höhere Ausschüttung ist möglich. Bei Vollausschüttung existiert kein nichtausgeschütteter Jahresüberschuss mehr, der nach § 18 Abs. 7 REITG nachgelagert besteuert würde.

Der deutsche REIT kann auf die Ausschüttung auch völlig verzichten und statt dessen eine Zahlung nach § 16 Abs. 5 REITG in Kauf nehmen.⁶⁷⁵ Die nicht-

⁶⁷⁵ Nur wenn er dreimal zu wenig ausschüttet, verliert er seinen Status. Auch verliert er seinen Status, wenn er in fünf aufeinander folgenden Jahren gegen irgendein Ausgestaltungsmerkmal verstößt. Eine einmalige Nichtausschüttung ist unproblematisch. Diese Zahlung führt für

ausgeschütteten Gewinne verbleiben dauerhaft dem REIT und müssen auch in Folgejahren nicht verpflichtend ausgeschüttet werden. Wenn der REIT seinen Jahresüberschuss nicht ausschüttet, so hat dies folgende, anhand eines Beispiels veranschaulichte Konsequenz:

Der REIT erwirtschaftet einen Jahresüberschuss (Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben) von 100.000 und er schüttet nichts aus. Dann hat dies nach § 16 Abs. 5 REITG eine Strafzahlung zur Konsequenz. Die Zahlung beträgt zwischen 20 und 30 % des zu wenig ausgeschütteten Teils. Die Zahlung beträgt $90.000^{676} \times 20 \%^{677} = 18.000$.

Diese 18.000 hat der deutsche REIT an den deutschen Fiskus zu entrichten.

Der nichtausgeschüttete Teil beträgt 100.000 reduziert um 18.000 = 82.000.

Diese 82.000 unterliegen der Schlussbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG. Da die Gewerbesteuerbefreiung des § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG nicht greift⁶⁷⁸ wird hierauf nochmal eine Schlussbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG von rund 30 Prozent (KSt+GewSt+Soli) fällig. Also nochmal 24.600 €. Es kann also sein, dass ein deutscher REIT keine Ausschüttung tätigt und hierfür insgesamt 24.600 + 18.000 an den Fiskus zahlt. Zusammen also 42.600. Dann aber ist der deutsche REIT nicht mehr „steuerbefreit“. Und wenn nicht sichergestellt ist, dass der deutsche REIT keine Steuer zahlt, er effektiv gegebenenfalls erhebliche Zahlungen an den deutschen Fiskus tätigt, dann kann sich der ausländische REIT nicht auf die „deutsche Steuerbefreiung“ berufen. Denn letztlich hängt die „Steuerbefreiung“ des deutschen REIT davon ab, ob und inwieweit er ausschüttet. Dies liegt zum einen in seiner freien Entscheidung. Zum anderen können wirtschaftliche Gegebenheiten der Ausschüttung entgegenstehen.

Privatanleger auch nur dazu, dass sie steuerlich so gestellt werden, wie die Anleger herkömmlicher Aktiengesellschaften. Auf Ebene der Gesellschaft kommt es zu einer gewissen Belastung. Und auf Anlegerebene wird nach der Abgeltungssteuer des § 32 d EStG mit pauschal 25 Prozent besteuert. Für betriebliche Anleger entfaltet die Zahlung auf Ebene des REIT hingegen eigenständige Belastungswirkung.

⁶⁷⁶ Diese Summe hätte er ausschütten müssen.

⁶⁷⁷ Zahlung nach § 16 Abs. 5 REITG.

⁶⁷⁸ Für die Gewerbesteuerbefreiung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff GewStG darf die Gesellschaft nur eigenen Grundbesitz bewirtschaften. Eine Dienstleistungstochtergesellschaft wäre schädlich.

3.4.5.1.1. Nichtausschüttung bei „Wachstumsstrategie“

Wenn der REIT sein Immobilienportfolio erweitern und die Bilanzsumme dadurch erhöhen möchte, kann er die gesetzlich geforderte Mindestausschüttung ggfs. nicht erbringen. Die Barmittel die im Rahmen des Jahresüberschusses erwirtschaftet wurden und die zu Ausschüttungszwecken verwandt werden müssten, werden im Falle eines angestrebten Wachstums aus betriebswirtschaftlichen Gründen in Immobilien investiert und sind damit gebunden.

Folgendes Beispiel zur Verdeutlichung: Das bilanzielle Aktivvermögen eines REIT sei vollständig in Immobilien gebunden. Er hat einen Jahresüberschuss i.H.v. 10 Mio. erwirtschaftet und möchte eine Immobilie für 8,2 Mio. erwerben. Bei der gesetzlich geforderten Ausschüttung von 90 % kann er dies nicht, denn ihm verbleibt nur 1 Mio. Schüttet er hingegen nichts aus, hat er für die Nichtausschüttung eine Zahlung von 1,8 Mio. (9 Mio. x 20 % Zahlung) zu erbringen. Es verbleiben 8,2 Mio. mit denen er die Immobilie erwerben kann. Der nichtausgeschüttete Teil des Jahresüberschusses wird nach § 18 Abs. 7 REITG steuerlich nachbelastet. Da die Strafzahlung für den REIT Aufwand darstellt, müssten 8,2 Mio. nachversteuert werden. Bei einem Steuersatz von rund 30 % (KSt+GewSt+Soli) zahlt der REIT hierfür nochmals 2,46 Mio.

3.4.5.1.2. Nichtausschüttung bei Darlehnstilgungen

Zu einem Verstoß gegen die Ausschüttungsquote wird es auch dann kommen, wenn der REIT keine finanziellen Eigenmittel hat, um die Ausschüttung zu finanzieren. Hierzu kommt es insbesondere dann, wenn der REIT Darlehensverbindlichkeiten erfolgsneutral getilgt hat und keine ausreichenden Barmittel für Ausschüttungszwecke zur Verfügung stehen, da das Gesellschaftsvermögen in Immobilien langfristig gebunden ist.

Beispiel: Auf der Aktivseite der Bilanz befinden sich Immobilien im Wert von 19 Mio. Auf der Passivseite der Bilanz befindet sich Eigenkapital von 10 Mio. und Verbindlichkeiten (ein Bankdarlehen) in Höhe von 9 Mio.

Diese Verbindlichkeit wird mit 1 Prozent getilgt. Dann muss der REIT 90.000 an liquiden Mitteln an die Bank zahlen. Diese Rückzahlung erfolgt bilanziell

erfolgsneutral, denn die Darlehensrückzahlung stellt keine Betriebsausgabe dar und mindert daher nicht den Jahresüberschuss.

Wenn nun der Jahresüberschuss 90.000 beträgt, dann müsste der REIT 81.000 ausschütten. Diese Barmittel stehen dem REIT nicht zur Verfügung, da er zwar Betriebseinnahmen i.H.v. 90.000 hatte, er diese jedoch bereits zur Darlehens-tilgung verwandt hat. Da dem REIT nicht mehr in ausreichendem Maße Bar-mittel zu Ausschüttungszwecken zur Verfügung stehen, kann er die gesetzlich geforderte Ausschüttung nicht erbringen, ohne hierfür Immobilien zu veräußern. Wenn er nicht veräußert, so wird er die Ausschüttungsquote nicht einhalten können. Konsequenz ist eine Strafzahlung und Nachversteuerung des nichtausgeschütteten Teil des Jahresüberschusses nach § 18 Abs. 7 REITG.

3.4.5.1.3. Nichtausschüttung bei Buchgewinnen

Auch bloße Buchgewinne können einen Verstoß gegen die Ausschüttungsquote zur Konsequenz haben.

Beispiel 1: Ein REIT hatte in der Vergangenheit nach § 253 Abs. 3 S. 3 HGB eine Teilwertabschreibung i.H.v. 1 Mio. auf eine Immobilie getätigt wegen voraussichtlich dauernder Wertminderung, etwa Bodenkontaminierung.

Nach § 253 Abs. 5 S. 1 HGB ist eine zwingende Wertaufholung geboten, wenn der ursprüngliche Abschreibungsgrund entfallen ist, wenn die Bodenverun-reinigung etwa beseitigt wurde. Wenn nun der Abschreibungsgrund entfällt, so hat der REIT die Immobilie mit 1 Mio. ertragswirksam „aufzubuchen“. Da dieser Ertrag nicht mit dem Zufluss liquider Mittel verbunden ist, er gleichwohl 900.000 hierfür ausschütten müsste, kann dies zur Konsequenz haben, dass der REIT gegen die Mindestausschüttung verstößt.

Beispiel 2: Ein REIT musste in der Vergangenheit eine Rückstellung nach § 249 Abs. 1 HGB bilden, etwa wegen eines drohenden Prozess- oder Schaden-ersatzrisikos i.H.v. 1 Mio. Entfällt nun der Rückstellungsgrund, so ist die Rück-stellung erfolgswirksam aufzulösen. Die ertragswirksam aufgelöste 1 Mio. müsste mit 900.000 ausgeschüttet werden, obwohl dem REIT keine Barmittel zugeflossen sind, die für Ausschüttungszwecke zur Verfügung stünden. In der Konsequenz wird er die erforderliche Ausschüttung nicht tätigen können und verstößt gegen die Ausschüttungsquote.

Sowohl in Beispiel 1 als auch in Beispiel 2 hat der REIT Jahresüberschuss i.H.v. einer Million erwirtschaftet, von dem er ggfs. nichts ausschütten kann, da ihm nicht die erforderlichen Barmittel zur Verfügung stehen. Dieser nicht ausgeschüttete Jahresüberschuss wird nach § 18 Abs. 7 REITG nachversteuert mit rund 30 % Körperschaft- und Gewerbesteuer, d.h. rund 300.000.

3.4.5.1.4. Zwischenergebnis

Der Teil des Jahresüberschuss, der nicht ausgeschüttet wurde, unterliegt nach § 18 Abs. 7 REITG der Nachversteuerung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer. Diese Steuerbelastung macht rund 30 Prozent aus. Wie gezeigt, kann es wirtschaftliche Situationen geben, in denen der REIT entweder nichts ausschütten kann oder es nicht will. Aus dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 REITG kann daher nicht geschlossen werden, dass der REIT „steuerbefreit sei“. Wenn aber der deutsche REIT über seine Zahlungen sowie die Nachversteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG das Seine zum staatlich organisierten Gemeinwohl beiträgt, dann entspricht es der unionsrechtlich gebotenen Ausländergleichbehandlung, wenn auch der ausländische REIT im Wege der beschränkten Steuerpflicht einen Beitrag zum deutschen Finanzierungsbedarf leistet.

3.4.5.2. Steuerbefreiung des ausländischen REIT nach Maßgabe der im Ausland getätigten Ausschüttungsquote

Unter Einbeziehung der Nachversteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG hängt die tatsächliche Steuerbefreiung des REIT von seiner Ausschüttungsquote ab. Wenn der deutsche REIT dem Normalfall entsprechend 90 % ausschüttet, so werden die verbliebenen 10 % nachversteuert, so dass der deutsche REIT effektiv nur zu 90 % steuerbefreit ist.

Es kann daher vertreten werden, dass auch der ausländische REIT in Abhängigkeit zu seiner getätigten Ausschüttungsquote steuerfrei ist. Wenn der ausländische REIT nachweist, dass er 90 % ausgeschüttet hat, dann wäre er in der Konsequenz hinsichtlich seiner innerdeutschen Erträge zu 90 % steuerbefreit und Deutschland könnte nur mit 10 % versteuern. Demnach wäre der aus-

ländische REIT in Deutschland nur dann völlig steuerbefreit, wenn er im Ausland eine Vollausschüttung tätigt.

Gegen diese Betrachtungsweise spricht jedoch zum einen das Territorialitätsprinzip. Zum anderen sprechen Missbrauchsmöglichkeiten gegen diese Betrachtung. Anhand zweier Beispiele soll dies verdeutlicht werden:

Beispiel 1: Im Jahr 01 hat ein ausländischer REIT einen vorläufigen Jahresüberschuss i.H.v. 1,1 Mio. erwirtschaftet. Da er nicht ausschütten möchte, tätigt er eine aufwandswirksame Immobilienabschreibung i.H.v. 1 Mio. so dass sich der endgültige Jahresüberschuss auf 0,1 Mio. verringert. Diesen Jahresüberschuss kann er problemlos vollständig an die Anleger ausschütten. Die Konsequenz wäre eine vollständige Ausschüttung, so dass auch Deutschland die inländischen Erträge völlig steuerfrei stellen müsste.

Nun verkauft der ausländische REIT seine deutsche Immobilie im Jahr 02 zum Buchwert. Eine Steuerfolge löst dies nicht aus.

Im Jahr 03 macht der ausländische REIT seine Immobilienabschreibung aus 01 rückgängig und erzielt hierdurch einen Ertrag i.H.v. 1 Mio. die er zu 90 % ausschütten müsste. Da ihm durch den Ertrag keine Barmittel zugeflossen sind, die er für Ausschüttungszwecke verwenden könnte, verstößt der ausländische REIT ggfs. gegen seine Ausschüttungsverpflichtung. Dann fehlt Deutschland die notwendige Kompensationsmöglichkeit. Im Jahr 01 wurde in Deutschland ein steuerlicher Vorteil in Anspruch genommen, der in 03 folgewirksam nicht mehr korrigiert werden kann.

Beispiel 2: Ein ausländischer REIT erwirtschaftet Erträge i.H.v. 10.001 €. Gleichzeitig tilgt er Darlehensverbindlichkeiten erfolgsneutral i.H.v. 10.000. Er hat (wenn das Aktivvermögen der Gesellschaft in Immobilien gebunden ist) dann keine Barmittel, um die Ausschüttung auf den Jahresüberschuss i.H.v. 10.001 zu leisten. Wenn der ausländische REIT nun eine Immobilienabschreibung i.H.v. 10.000 bucht oder eine aufwandswirksame Rückstellung in dieser Höhe, so verringert sich der Jahresüberschuss schlagartig auf 1,- €. Wenn dieser Euro ausgeschüttet würde, dann könnte der ausländische REIT die deutschen Immobilienerträge vollkommen steuerfrei vereinnahmen. Wenn er den Euro nicht ausschüttet, unterlägen die inländischen Erträge völlig der beschränkten Steuerpflicht.

Damit würde sich ausländischer Abschreibeaufwand in Deutschland steuermindernd auswirken. Dies verstößt zum einen gegen das Territorialitätsprinzip. Denn in diesem hatte der EuGH anerkannt, dass Verluste bzw. handelsrechtlicher Aufwand in einem Land, sich nicht steuermindernd auf die Erträge in einem anderen Land auswirken.⁶⁷⁹ Zudem rechtfertigt die Gefahr von steuerlichem Missbrauch. Durch eine einfache Teilwertabschreibung auf Immobilienvermögen kann der auszuschüttende Jahresüberschuss nahezu beliebig verringert werden. Wenn die getätigte Abschreibung unrechtmäßig erfolgte, hat Deutschland keine Möglichkeit, hieraus die gebotenen steuerlichen Konsequenzen zu ziehen und dem ausländischen REIT gegenüber auch durchzusetzen.

3.4.5.3. Steuerlicher Ausschüttungs-„aufwand“ als materielle Steuerfreiheit

Die „Steuerbefreiung“ nach § 16 Abs. 1 REITG bedeutet wirtschaftlich gesehen folgendes: Der Ausschüttungsaufwand wird „steuermindernd als Betriebsausgabe“ berücksichtigt. Der nichtausgeschüttete Teil wird steuerlich gestundet.

Zur Verdeutlichung: Ein REIT erwirtschaftet 100.000 Jahresüberschuss. Er schüttet 90.000 aus. Diese 90.000 sind Ausschüttungsaufwand. Bei jeder anderen Kapitalgesellschaft, würde dieser Aufwand nach § 8 Abs. 3 S. 1 KStG steuerlich nicht steuermindernd berücksichtigt werden. Der Ausschüttungsaufwand müsste außerbilanziell wieder hinzugerechnet werden um sodann die Steuer berechnen zu können. Nicht so beim REIT. Bei ihm werden die 90.000 steuerlich mindernd „als Betriebsausgaben“ berücksichtigt. Es verbleiben 10.000 deren Besteuerung gestundet wird, bis der REIT seinen Status verliert, § 18 Abs. 7 REITG. Das ist bei wirtschaftlicher Betrachtung die „Steuerfreiheit“ nach § 16 Abs. 1 REITG. Diese Betrachtung entspricht dem Regelungskonzept des US-REIT. Denn auch bei diesem resultiert die „Steuerfreiheit“ aus dem Umstand, dass er Ausschüttungsaufwand als Betriebsausgabe abziehen kann.⁶⁸⁰

Wirtschaftlich betrachtet behandelt Deutschland Ausschüttungsaufwand somit

⁶⁷⁹ EuGH C 250/95 v. 15. 05. 1997 – Futura Participations und Singer – Slg. I 1997, S. 2471, Rdnr. 21 f.

⁶⁸⁰ Bron, Der G-REIT – Eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 93.

„steuer mindernd als Betriebsausgabe“. Wenn der REIT eine Vollausschüttung tätigt, so kann er seine gesamten Erträge durch den Ausschüttungsaufwand gegenrechnen. Dann entfällt auch die Nachversteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG.

Wenn nun der ausländische REIT steuerliche Gleichbehandlung mit dem deutschen REIT verlangt, so wird er auf seine und die deutsche „Steuerfreiheit“ verweisen. Wirtschaftlich steht hinter dieser „Steuerfreiheit“ jedoch nur, dass der ausländische ebenso wie der deutsche REIT Ausschüttungsaufwand steuer mindernd behandeln kann. Diesen ausländischen Aufwand, die „Betriebsausgabe“, muss Deutschland aber hierzulande nicht steuer mindernd dahingehend berücksichtigen, dass die ausländischen „Betriebsausgaben“ zur Verrechnung mit deutschen Erträgen genutzt werden könnten. Dies entspricht dem Territorialitätsprinzip, welches der EuGH in „Futura Participations und Singer“⁶⁸¹ anerkannt hat.

Auch dass der Gesetzgeber in § 16 Abs. 1 REITG von Steuerfreiheit spricht, steht dieser Betrachtungsweise nicht entgegen. Denn hätte der Gesetzgeber ausgeführt, dass § 8 Abs. 3 S. 1 KStG bei REITs keine Anwendung findet und Ausschüttungsaufwand entgegen dieser Vorschrift als steuerlicher Aufwand behandelt werden darf, so hätte dies steuerlich weit weniger Interesse geweckt, als die „Steuerfreiheit“.

3.4.5.4. Ergebnis bezüglich der Steuerfreiheit ausländischer REITs

Ausländische REITs sind in Deutschland damit beschränkt steuerpflichtig. Dafür spricht das den Grundfreiheiten immanente Diskriminierungsverbot, das Territorialitätsprinzip sowie die Gefahr von steuerlichen Missbräuchen. Das Diskriminierungsverbot kommt insoweit zur Anwendung, als dass deutsche REITs einer effektiven Schlussbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG unterliegen. Damit sind REITs nicht völlig steuerfrei gestellt. Bei ihnen wird die Besteuerung vielmehr bis zum Zeitpunkt des Statusverlusts gestundet. Die der Schlussbesteuerung unterliegenden Beträge können dabei erheblich sein,

⁶⁸¹ EuGH C 250/95 v. 15. 05. 1997 – Futura Participations und Singer – Slg. I 1997, S. 2471, Rdnr. 21 f.

insbesondere dann, wenn der REIT seiner Ausschüttungsverpflichtung nicht nachkommen konnte.

Daneben rechtfertigt das Territorialitätsprinzip. Denn Abschreibungs- und Rückstellungsaufwand ausländischer REITs kann sich zu Lasten des deutschen Steueranspruchs auswirken. Dass Deutschland derartige Aufwendungen in Deutschland nicht steuermindernd berücksichtigen muss, hat der EuGH in „Futura Participations und Singer“ anerkannt. Die steuerlichen Missbrauchsgefahren, die für ausländische REITs über Abschreibungs- und Rückstellungsmöglichkeiten eröffnet werden, wirken im Übrigen rechtfertigend.

Letztlich resultiert die „Steuerfreiheit“ bei REITs aus dem Umstand, dass sich bei ihnen die Ausschüttungen an die Anleger steuermindernd auswirken. Gemäß dem Territorialitätsprinzip muss Deutschland sich fremden Ausschüttungsaufwand aber nicht steuermindernd entgegenhalten lassen.

3.5. Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG auf Dividenden ausländischer REITs

Über § 19 Abs. 5 REITG werden Dividenden ausländischer REITs genauso besteuert wie inländische REIT-Erträge. Sie werden als Kapitaleinkünfte i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG qualifiziert, ohne dass das Teileinkünfteverfahren oder der Vorteil nach § 8 b Abs. 1 KStG zur Anwendung gelangen. Als Grund für diese „identisch“ gelagerte Besteuerung wird von Seiten des Gesetzgebers „Chancengleichheit“ angeführt. Allerdings stellt § 19 Abs. 5 REITG bei ausländischen Gesellschaften geringere Anforderungen an die Qualifikation als REIT als bei inländischen REIT-Gesellschaften.

Während das Vermögen des deutschen REIT zu mindestens 75 Prozent aus Immobilien bestehen muss, reicht bei ausländischen Immobiliengesellschaften bereits eine Quote von 66,6 Prozent.⁶⁸² Entsprechendes gilt für die Bruttoerträge. Diese müssen bei ausländischen REITs zu 66,6 Prozent aus Vermietung und Verpachtung von unbeweglichem Vermögen stammen. Das deutsche REITG enthält dagegen eine Bruttoertragsgrenze von 75 Prozent.⁶⁸³ Auch andere

⁶⁸² Schanne in: Striegel, REITG, 2007, § 19, Rdnr. 41.

⁶⁸³ Schanne in: Striegel, REITG, 2007, § 19, Rdnr. 42.

Voraussetzungen, die ein deutscher REIT erfüllen muss, gelten nicht für die ausländische REIT-Gesellschaft. Es gelten weder die Regeln über den Streubesitz noch die Höchstbeteiligungsgrenze oder eine Kreditgrenze nach § 15 REITG. Auch ist unerheblich, ob er Grundstückshandel im Sinne des 14 REITG betreibt oder in Bestandswohnmobilien investiert ist.⁶⁸⁴

Vertreten wird, dass entgegen der gesetzlichen Intention diese Regelung zu keiner Gleich- sondern zu einer Ungleichbehandlung führe. Auf Ausschüttungen einer inländischen Immobiliengesellschaft, welche die Vorgaben des REITG nicht vollständig erfüllt und der die Qualifikation als REIT versagt bleibt, findet das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG Anwendung sowie die steuerliche Freistellung nach § 8 b KStG i.H.v. 95 Prozent. Die Dividenden der deutschen Gesellschaft werden auf Gesellschafterebene damit zu 40 bzw. zu 95 Prozent steuerfrei gestellt. Eine ausländische Immobiliengesellschaft, die gesellschaftsrechtlich identisch ausgestaltet ist, würde aufgrund des weiten REIT-Verständnisses des § 19 Abs. 5 REITG dagegen als REIT qualifiziert und das steuerliche Privileg der Steuerfreistellung gelangt nicht zur Anwendung. Der inländische Anleger werde damit um die Vorteile des Teileinkünfteverfahrens oder der Steuerfreistellung nach § 8 b KStG „gebracht“.⁶⁸⁵

Vor diesem Hintergrund wurde die Auffassung vertreten, dass diese steuerliche Ungleichbehandlung unionsrechtswidrig sei, wobei zur Begründung auf die EuGH-Urteile Lankhorst-Hohorst⁶⁸⁶ und Eurowings⁶⁸⁷ verwiesen wird.⁶⁸⁸ In diesen Urteilen wurden nationale Vorschriften durch den EuGH für unionsrechtswidrig erklärt, in denen Steuerinländer unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ob sie in eine in- oder ausländische Gesellschaft investiert hatten.⁶⁸⁹ Weiter wird argumentiert, dass – wie bereits dargestellt – in- und ausländische REITs hinsichtlich ihrer deutschen Immobilienerträge unterschiedlich behandelt werden. Dann aber sei es widersprüchlich, die Anleger in-

⁶⁸⁴ Schanne in: Striegel, REITG, 2007, § 19, Rdnr. 43.

⁶⁸⁵ Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 45.

⁶⁸⁶ EuGH C 324/00 v. 12. 12. 02 – Lankhorst-Hohorst – Slg. I 2002, S. 11797.

⁶⁸⁷ EuGH C 294/97 v. 26. 10. 99 – Eurowings – Slg. I 1999, S. 7447.

⁶⁸⁸ Bron, Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 45.

⁶⁸⁹ EuGH C 294/97 v. 26. 10. 99 – Eurowings – Slg. I 1999, S. 7447, Rdnr. 42; C 324/00 v. 12. 12. 02 – Lankhorst-Hohorst – Slg. I 2002, S. 11797, Rdnr. 32.

und ausländischer REITs identisch zu besteuern.⁶⁹⁰ Bei dieser Argumentation müssten inländische REIT-Dividenden vollständig und ausländische REIT-Dividenden nur ermäßigt besteuert werden.

Würde diese Argumentation durchdringen, so würden Dividenden ausländischer REITs im Ausland keiner Besteuerung auf Gesellschaftsebene unterliegen. Und in Deutschland würden die Steuervergünstigungen der §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG zur Anwendung kommen. Diese Steuervergünstigungen gelten ihrer Zwecksetzung entsprechend jedoch nur für steuerlich vorbelastete Dividenden. Die steuerliche Bevorzugung soll einen Ausgleich dafür bieten, dass die Erträge der Kapitalgesellschaft auf Gesellschaftsebene bereits einer Körperschaft- und im Regelfall auch einer Gewerbesteuerbelastung unterlegen haben. Wenn diese Steuervergünstigungen nun auch auf die Dividenden ausländischer REITs zur Anwendung kämen, so wäre dies für deutsche Anleger ausländischer REITs äußerst attraktiv.

Bei gesamtheitlicher Betrachtung, bei der die steuerliche Behandlung auf Ebene der Gesellschaft Berücksichtigung findet, ist mit der Versagung der Steuerprivilegierungen jedoch kein Nachteil zu Lasten des Aktionärs verbunden. Das entscheidende Unterscheidungskriterium ist die steuerliche Vorbelastung auf Ebene der Gesellschaft, was auch in § 19 Abs. 5 a. E. REITG niedergelegt ist. Fehlt diese, so sind die Dividenden auf Anlegerebene vollständig zu versteuern. Erfolgte eine Besteuerung auf Ebene der Gesellschaft, so sind im Ausgleich hierzu die Steuervergünstigungen der §§ 3 Nr. 40 EStG, 8 b KStG zu gewähren. Vergleichbare Rechtskonstruktionen werden damit steuerlich gleich behandelt, was auch der EuGH-Rechtsprechung entspricht.⁶⁹¹ Eine etwaig verbleibende Ungleichbehandlung ist jedenfalls über Art. 65 AEUV legitimiert. Damit finden weder das Teileinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 EStG noch die Steuerfreistellung nach § 8 b KStG auf die Dividenden ausländischer REITs Anwendung.

⁶⁹⁰ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 345; Schiessl in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 809.

⁶⁹¹ EuGH C 294/97 v. 26. 10. 99 – Eurowings – Slg. I 1999, S. 7447, Rdnr. 42; C 324/00 v. 12. 12. 02 – Lankhorst-Hohorst – Slg. I 2002, S. 11797, Rdnr. 32.

3.6. Nachversteuerung der zuvor thesaurierten Erträge sowie zwangsweise Auflösung der Rücklage des § 13 Abs. 3 REITG im Falle der tatsächlichen oder statuarischen Sitzverlegung ins europäische Ausland, die „Wegzugsbesteuerung“

Sobald der REIT seinen Status als steuerbefreite Aktiengesellschaft verliert, hat er nach § 18 Abs. 7 REITG die zuvor steuerfrei thesaurierten Erträge⁶⁹² nachzuversteuern. Auch ist die nach § 13 Abs. 3 REITG gebildete Rücklage zwangsweise aufzulösen und zu versteuern. Sinn dieser Regelung ist, die steuerlichen Vorteile der ehemaligen REIT-AG bei der nunmehr bestehenden Immobilien-AG rückgängig zu machen und der Besteuerung zu unterwerfen. Sie regeln damit die steuerrechtlichen Konsequenzen des Übergangs der steuerfreien REIT-AG zur herkömmlichen steuerpflichtigen Immobilien-Aktiengesellschaft. § 18 Abs. 7 REITG regelt dem Wortlaut nach zwar nur die Steuerfolgen für den Fall des Statusverlustes aufgrund von Verstößen gemäß § 18 Abs. 1 bis 5 REITG. In diesen Vorschriften ist der Statusverlust aufgrund einer Sitzverlegung ins Ausland zwar nicht geregelt. Gleichwohl ist es juristisch vertretbar, die Regelung des § 18 Abs. 7 REITG für den Fall analog anzuwenden, in dem der REIT seinen Status aufgrund einer Sitzverlegung ins Ausland verliert. Denn auch dann endet die Steuerfreiheit des REIT und aus fiskalischer Sicht ist es wünschenswert und systemgerecht, die bislang nicht versteuerten Erträge steuerlich nachzubelasten. Zudem besteht die für eine analoge Anwendung erforderliche Regelungslücke, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der deutsche Gesetzgeber ausschließlich für den Fall des Wegzugs, auf eine Nachbelastung der zunächst steuerfrei belassenen Erträge verzichten wollte. In den Gesetzesmaterialien findet sich hierzu jedenfalls nichts.

Zwar sieht auch § 12 Abs. 1 KStG eine Wegzugsbesteuerung für Kapitalgesellschaften vor, die europarechtlich nicht unproblematisch ist, auf die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen wird. § 12 Abs. 1 KStG erfasst aber nur die Versteuerung der in Wirtschaftsgütern befindlichen stillen Reserven. Der Bilanzposten Gewinnvortrag, also die steuerfrei thesaurierten

⁶⁹² Das sind die nicht ausgeschütteten Erträge, also im Regelfall 10 Prozent des handelsrechtlichen Jahresüberschusses (100 % Jahresüberschuss, reduziert um die ausgeschütteten 90 %).

Beträge, werden hiervon nicht erfasst.⁶⁹³ Sie sind nach § 18 Abs. 7 REITG analog zu versteuern.

Eine sofortige „Wegzugsbesteuerung“ in Folge einer Sitzverlegung ins europäische Ausland ist europarechtlich jedoch problematisch.

3.6.1. Rechtsprechungsvorgaben des EuGH

In der Rechtssache Daily Mail sah der EuGH die steuerliche Aufdeckung der stillen Reserven aus Anlass der Sitzverlegung zwar noch nicht als Verletzung der Niederlassungsfreiheit an, da der Gründungsstaat über die Entstehung und Liquidation nach Verlegung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft frei entscheiden könne. Der EuGH hatte damit eine steuerliche Wegzugsbeschränkung mit der Niederlassungsfreiheit noch als vereinbar angesehen.⁶⁹⁴

In späteren Entscheidungen hat der EuGH seine Rechtsprechung hierzu jedoch präzisiert. So führte er in der Entscheidung Cartesio aus, dass es zwar zulässig sei, den Ort des Gesellschaftssitzes auf das Territorium des Gründungsstaates zu beschränken. Gleichzeitig dürfe jedoch, soweit eine Gesellschaft demzuwider ihren Gesellschaftssitz ins Ausland verlegt, der Gründungsstaat nicht die Auflösung oder Liquidation der wegziehenden Gesellschaft verlangen.⁶⁹⁵ Daraus wurde gefolgert, dass die Mitgliedstaaten den Wegzug ihrer Gesellschaften nicht über den Entzug des Gesellschaftsstatus hinaus beschränken dürften. Das Entgegensetzen weitergehender materiellrechtlicher Beschränkungen sei unzulässig.⁶⁹⁶

In die gleiche Richtung weisen schon die EuGH-Urteile „Lasteyrie du Saillant“⁶⁹⁷ und „N“⁶⁹⁸. In diesen Urteilen hatte der EuGH – den Wegzug von

⁶⁹³ Das wird klar, wenn man sich überlegt, dass der REIT eventuell über gar keine stillen Reserven verfügt. Dann hätte er nach § 12 Abs. 1 KStG nichts zu versteuern. Die Steuer nach § 18 Abs. 6 REITG analog würde aber gleichwohl entstehen.

⁶⁹⁴ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 435.

⁶⁹⁵ EuGH C 210/06 v. 16. 12. 2008 – Cartesio – IStR 2009, S. 121.

⁶⁹⁶ Leible/Hoffmann, BB 2009, S. 60.

⁶⁹⁷ EuGH C 9/02 v. 11. 03. 04 – Lasteyrie du Saillant – Slg. I 2004, S. 2409.

⁶⁹⁸ EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409.

natürlichen Personen betreffend – entschieden, dass eine sofortige Schlussbesteuerung, ohne dass es zu einer tatsächlichen Realisierung der stillen Reserven gekommen ist, unzulässig sei.⁶⁹⁹ Diese Aussage lässt sich auf den Wegzug von juristischen Personen übertragen, da die Grundfreiheiten bei juristischen Personen nicht hinter denen von natürlichen Personen zurückstehen.

Denn in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen zunächst alle Maßnahmen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaates unter denselben Bedingungen gestatten, die für inländische Wirtschaftsbeteiligte gelten. Zudem entnimmt der EuGH in schon ständiger Rechtsprechung der Niederlassungsfreiheit nicht nur ein Gebot zur Inländergleichbehandlung, sondern – um ihr zu einer effektiven Entfaltung zu verhelfen – auch ein an die Herkunftsmitgliedstaaten gerichtetes Verbot, ihre Staatsangehörigen bzw. die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften nicht in der Errichtung und dem Betreiben einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern. Die Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat erleichtert zumindest den Gesellschaften die Teilhabe am Wirtschaftsleben in diesem Mitgliedstaat. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung wird daher von der Niederlassungsfreiheit geschützt.⁷⁰⁰

Eine „sofortige“ Wegzugsbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG analog entfaltet danach eine „abschreckende Wirkung“,⁷⁰¹ die geeignet ist, die Ausübung des Niederlassungsrechts zu behindern. Auch führt die Wegzugsbesteuerung zu einer steuerlichen Diskriminierung, einer rechtlichen Ungleichbehandlung.⁷⁰² Denn wenn der REIT seinen Sitz rein innerstaatlich verlegt, so hat dies nicht den Statusverlust und damit die Nachversteuerung zur Konsequenz. Nationale Wegzugsregelungen verletzen die Niederlassungsfreiheit somit dadurch, dass sie einen grenzüberschreitenden Sachverhalt gegenüber einem rein binnen-

⁶⁹⁹ Blumenberg, IStR 2009, S. 550; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 471.

⁷⁰⁰ Frenzel, EWS 2009, S. 163.

⁷⁰¹ So wörtlich EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 34, 39; C 9/02 v. 11. 03. 04 – Lasteyrie du Saillant – Slg. I 2004, S. 2409, Rdnr. 45.

⁷⁰² Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 188.

staatlichen Sachverhalt schlechter behandeln.⁷⁰³ Der REIT wird somit allein wegen des grenzüberschreitenden Wegzugs besteuert, wobei das zu versteuernde Vermögen, die dem Bilanzposten „Gewinnvortrag“ immanenten Wirtschaftsgüter, weder realisiert noch verfügbar sind, wohingegen, wenn der REIT seinen Sitz in Deutschland beibehält, die Steuer nur zu zahlen wäre, wenn er aus anderen Gründen seinen Status verliert. Diese unterschiedliche Behandlung ist geeignet, den Betroffenen vom Wegzug aus Deutschland abzuhalten.⁷⁰⁴

Zulässig ist nach Ansicht des EuGH jedoch eine „nachgelagerte“ Besteuerung, denn die Wegzugsbesteuerung an sich, ist ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel.⁷⁰⁵

Vertretbar erscheint, dass der REIT die nach § 18 Abs. 7 REITG analog fällige Steuer entsprechend § 12 Abs. 1 KStG, § 4 g EStG über fünf Jahre verteilt entrichten muss.⁷⁰⁶ Demgegenüber vorzugswürdig dürfte es indes sein, entsprechend dem neu gefassten § 6 Abs. 5 AStG in EU/EWR-Fällen die mit Wegzug anfallende Steuer zinslos und ohne Sicherheitsleistung zu stunden. Angelehnt an die Rechtsprechung des EuGH wird dies in § 6 Abs. 5 S. 2 AStG an die Voraussetzung geknüpft, dass die Amtshilfe und die gegenseitige Unterstützung der Beitreibung der geschuldeten Steuer zwischen der BRD und dem Zuzugsstaat gewährleistet sind.⁷⁰⁷ Denn der EuGH hatte ausgeführt, dass die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. Dezember 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern [...] (ABl. L 336, S. 15) in der durch die Richtlinie 2004/106/EG des Rates vom 16. November 2004 (ABl. L 359, S. 30) geänderten Fassung die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats um alle Auskünfte ersuchen können, die sie für die ordnungsgemäße Festsetzung der Einkommensteuer benötigen.⁷⁰⁸ Außerdem

⁷⁰³ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 188.

⁷⁰⁴ Vgl. EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 35; C 9/02 v. 11. 03. 04 – Lasteyrie du Saillant – Slg. I 2004, S. 2409, Rdnr. 46.

⁷⁰⁵ Vgl. EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 47.

⁷⁰⁶ Vgl. Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 511.

⁷⁰⁷ Schenke/Mohr, DStZ 2009, S. 446.

⁷⁰⁸ EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 52.

sehe die Richtlinie 76/308/EWG des Rates vom 15. März 1976 über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen [...] (ABl. L 73, S. 18) in der durch die Richtlinie 2001/44/EG des Rates vom 15. Juni 2001 (ABl. L 175, S. 17) geänderten Fassung⁷⁰⁹ vor, dass ein Mitgliedstaat bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, darunter die Steuern auf Einkommen und Vermögen, einen anderen Mitgliedstaat um Unterstützung ersuchen könne.⁷¹⁰ Die danach mögliche Beitreibung der „nachgelagerten“ Steuer sei im Verhältnis zur Sofortversteuerung das mildere Mittel, welches die Grundfreiheiten weniger einschränke und ausreichenden Schutz zur Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Steuerforderungen böte.⁷¹¹

Für die Sitzverlegung des REIT bedeutete dies, dass eine Sofortversteuerung analog zu § 18 Abs. 7 REITG unionsrechtlich unzulässig wäre. Die Steuer müsste nach § 222 AO zinslos gestundet werden, ohne dass dies von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden dürfte.⁷¹² Erst soweit der REIT seine Immobilien veräußert und dadurch frei verfügbare Finanzmittel realisiert, hätte er aus dem hieraus erzielten Erlös die Steuer nach § 18 Abs. 7 REITG analog zu begleichen.⁷¹³ Das entspreche dem im nationalen und europäischen Steuerrecht geltenden Leistungsfähigkeitsgrundsatz.⁷¹⁴

3.6.2. Rechtfertigung aufgrund von Kohärenzgesichtspunkten

Die Sitzverlegung ins Ausland – aus welchen Gründen auch immer – rechtfertigt für sich genommen noch nicht den Vorwurf der Steuerflucht oder Steuerhinterziehung.⁷¹⁵ Problematisch ist, ob die Nachversteuerung aus Kohärenzgesichtspunkten gerechtfertigt ist.

⁷⁰⁹ Diese Richtlinien wurden nunmehr durch die Richtlinie 2008/55/EG v. 26. 05. 2008 ersetzt.

⁷¹⁰ EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 53; vgl. auch Schenke/Mohr, DStZ 2009, S. 442.

⁷¹¹ EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 51; Schenke/Mohr, DStZ 2009, S. 442; kritisch aufgrund der in der Praxis nur geringen Vollzugsmöglichkeit hierzu: Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 14.

⁷¹² EuGH C 470/04 v. 07. 09. 06 – N – Slg. I 2006, S. 7409, Rdnr. 17; Stewen, FR 2010, S. 24.

⁷¹³ Nave, BB 2009, S. M1; Stewen, FR 2010, S. 24.

⁷¹⁴ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 471.

⁷¹⁵ EuGH C 9/02 v. 11. 03. 04 – Lasteyrie du Saillant – Slg. I 2004, S. 2409, Rdnr. 49.

Man wird den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz verneinen können, da der EuGH diesen bislang nur bei natürlichen Personen anerkannt hat, soweit bei unbeschränkt Steuerpflichtigen gewisse Zukunftssicherungsausgaben (etwa Einzahlungen in die Rentenkasse) steuerlich abzugsfähig waren, während der EuGH diese bei beschränkt Steuerpflichtigen steuerlich nicht zum Abzug zuließ. Dies ist nach Art. 65 Abs. 1 AEUV zulässig. Die Nachversteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG analog könne allerdings nicht mit Hinweis auf diese Vorschrift legitimiert werden. Denn Art. 65 AEUV fände im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV keine Anwendung. Im übrigen sei die steuerliche Ungleichbehandlung in- und ausländischer Steuerpflichtiger im Hinblick auf die steuerliche Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwand etwas völlig anderes, als die Behinderung der Wegzugsfreiheit bei juristischen Personen.

Vorzugswürdig ist demgegenüber, die sofortige Versteuerung über Kohärenzgesichtspunkte zu rechtfertigen. Denn bei REITs entspricht es dem Grundsatz der Kohärenz, dass zunächst steuerfrei belassene Erträge einer späteren Besteuerung unterworfen werden. Die nach der Kohärenzrechtsprechung des EuGH erforderliche Personenidentität ist damit gegeben. Im Übrigen betraf die zuvor zitierte EuGH-Rechtsprechung andere Fallkonstellationen. In den entschiedenen Fällen, wurden noch nicht realisierte Erträge steuerlich gestundet. Im Fall von § 18 Abs. 7 REITG analog werden hingegen Erträge steuerlich belastet, die bis dahin aus dem besonderen Grund der Steuerfreiheit der REIT-AG steuerfrei belassen wurden. Die EuGH-Ausführungen können damit nicht auf § 18 Abs. 7 REITG analog übertragen werden.

Zudem gebietet die Effizienz der Steuerbeitreibung die sofortige Besteuerung:⁷¹⁶ Unklar ist zunächst die Bestimmung der bilanziellen Aktivposten, die wirtschaftlich den Passivposten „Gewinnvortrag“ abbilden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es auf der Aktivseite der Bilanz zu erfolgsneutralen Vermögensumschichtungen gekommen ist. Wirtschaftlich bedeutet dies, dass nicht nur die wertvollen Immobilien in Deutschland steuerlich verstrickt bleiben, sondern auch die weniger wertvolle Betriebs- und Geschäftsausstattung, etwa der zur Immobilienbewirtschaftung erforderliche Rasenmäher. Wenn nun die Immobilie oder der Rasenmäher veräußert werden, so erhielte Deutschland im

⁷¹⁶ Vgl. Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 14.

Falle der nachgelagerten Besteuerung erst zum Verkaufszeitpunkt die Besteuerungsmöglichkeit. Die Buchführung, die Verzeichnisse, in denen das Anlagevermögen aufgeführt ist (Anlageverzeichnis) befinden sich zu diesem Zeitpunkt jedoch im Ausland, etwa im Wegzugsstaat Griechenland. Damit entfällt für Deutschland die steuerbehördliche Möglichkeit, die Buchführung und das Anlageverzeichnis selbsttätig auf etwaige Veräußerungen hin zu untersuchen. Dies müsste im Wegzugsstaat durch die dortigen Steuerbehörden im Wege der Amtshilfe erfolgen. Und Streitigkeiten – etwa die Frage, ob § 18 Abs. 7 REITG analogiefähig ist – werden nicht mehr durch die deutsche Finanzgerichtsbarkeit entschieden, sondern im Zuzugsstaat. Auch die Beitreibung müsste im Wege der Amtshilfe nach Maßgabe der Beitreibungsrichtlinie vollzogen werden. Dies mag eine deutsche Finanzbehörde etwa noch dann versuchen, wenn werthaltige Immobilien veräußert wurden, nicht mehr aber bei der Veräußerung eines Rasenmähers.

Auch konnten nach einer ernüchternden Erhebung der Europäischen Kommission in den vergangenen Jahren nur unter 5 Prozent der Ansprüche, die auf Grundlage der Richtlinie vollzogen werden sollten, tatsächlich auch durchgesetzt werden.⁷¹⁷

Die Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinien sind damit nicht geeignet, den deutschen Besteuerungsanspruch einem weggezogenen REIT gegenüber wirksam durchzusetzen. Diese Richtlinien sind in den Fällen sinnvoll, in denen der deutsche Fiskus sein Besteuerungsrecht nicht aus eigener Möglichkeit heraus wirksam durchsetzen kann, etwa in Fällen des Umsatzsteuerbetrugs. Sie sind auch dann notwendig, wenn eine deutsche entstandene Steuerforderung im Ausland vollstreckt werden soll. Sie ist jedoch kein taugliches Mittel, um die Bestandsveränderungen im Bilanzvermögen eines verzogenen REIT aktiv nachvollziehen zu können. Aufgrund des derzeitigen faktischen Vollzugsdefizits, welches die

⁷¹⁷ Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht – Stand und Perspektiven, 2009, S. 14 mit Verweis auf den Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung der Bestimmungen über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Maßnahmen v. 08. 02. 2006, KOM (2006), 43 endg., S. 6; Hahn-Joecks in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, 2009, § 50 d, Rdnr. A 71a der für das Jahr 2003 von einer Erfolgsquote von 1,13 % und für das Jahr von einer Erfolgsquote von 1,82 % spricht; [http://ec.europa.ec/taxation_customs/resources/documents/common/whats_new/COM\(2009\)451_de.pdf](http://ec.europa.ec/taxation_customs/resources/documents/common/whats_new/COM(2009)451_de.pdf).

Steuerbeitreibung mittels Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie mit sich bringt, ist die sofortige Wegzugsbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG analog aus Kohärenzgesichtspunkten gerechtfertigt.

Zwar arbeitet die Kommission fieberhaft an neuen Richtlinien, die die zwischenstaatliche Amtshilfe und Beitreibung weiter beschleunigen und entbürokratisieren sollen.⁷¹⁸ Auch in Zukunft wird allerdings fraglich bleiben, ob die Amtshilfe im Interesse anderer genauso effektiv ist, wie die staatliche Überwachung des eigenen Steueraufkommens aus finanziellem Selbstnutzen.⁷¹⁹

3.7. Erweiterte Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8 b KStG auf Dividendenbestandteile, die im Ausland einer steuerlichen Vorbelastung von weniger als 15 Prozent unterlegen haben

Nach § 19 a Abs. 2 REITG werden REIT-Dividenden auf Ebene deutscher Anleger über § 3 Nr. 40 EStG, § 8 b Abs. 1 KStG steuerlich begünstigt, wenn diese einer steuerlichen Vorbelastung von mindestens 15 Prozent unterlegen haben.⁷²⁰ Diese Regelung ist speziell auf die steuerliche Vorbelastung von deutschen Tochterkapitalgesellschaften, etwa der REIT-Dienstleistungsgesellschaft oder der Auslandsobjektgesellschaft, wenn diese ihren Sitz in Deutschland hat, zugeschnitten. Denn die deutsche Körperschaftsteuer beträgt nach § 23 Abs. 1 KStG jene 15 Prozent. Soweit im europäischen Ausland die Besteuerung niedriger sein sollte, so ist es für den REIT steuerlich ungünstig, dort zu wirtschaften. Dies gilt insbesondere für die Besteuerung des ausländischen Immobilienvermögens. Denn dann entfällt auf Anlegerebene die Steuervergünstigung, so dass es zu einer Doppelbesteuerung kommt. Der REIT wird deshalb von einer Investition in derartige Niedrigsteuerländer abgehalten, was dem grundfreiheitsrechtlichen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot zuwiderläuft. Denn in der Rs. Cadbury Schweppes hat der EuGH im Rahmen der Europarechtswidrigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung zum Ausdruck

⁷¹⁸ [http://ec.europa.ec/taxation_customs/resources/documents/common/whats_new/COM\(2009\)451_de.pdf](http://ec.europa.ec/taxation_customs/resources/documents/common/whats_new/COM(2009)451_de.pdf).

⁷¹⁹ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 256.

⁷²⁰ Korezkij, BB 2008, S. 1367; Gemmel/Kaiser, DStR 2009, S. 1348.

gebracht, dass eine Besteuerung, die nur dann greift, wenn in Niedrigsteuerländer investiert wird, gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt.⁷²¹ Unionsrechtlich ist es daher geboten, die Steuervergünstigungen der §§ 3 Nr. 40 EStG und 8 b KStG auch dann zur Anwendung gelangen zu lassen, wenn die Steuerbelastung im Ausland weniger als 15 Prozent ausgemacht hat.

3.8. Das Treaty Overriding der § 16 Abs. 2 und § 20 Abs. 4 REITG

Wie gezeigt (§ 3 – 2.2.1.), ist die Höchstbeteiligungsquote von unter 10 Prozent unionsrechtskonform. Rein tatsächlich haben ausländische Anleger jedoch die Möglichkeit, 10 Prozent oder mehr der REIT-Anteile zu erwerben. Wenn ausländische Investoren nun entgegen der rechtlich wirksamen Höchstbeteiligungsquote REIT-Anteile erwerben, so erkennt der deutsche Gesetzgeber diese Realität an. Denn für genau diesen Fall stellt § 16 Abs. 2 S. 2 REITG klar, dass der ausländische Aktionär bei Verstoß gegen die Höchstbeteiligungsquote weder sein Stimmrecht, noch seinen Dividendenanspruch verliert. Weiterhin heißt es in § 16 Abs. 2 S. 2 REITG, dass der ausländische Aktionär „im übrigen“ nur die Rechte geltend machen kann, die ihm zustünden, wenn er zu weniger als 10 Prozent an der REIT-AG beteiligt wäre. Diese Vorschrift soll die Möglichkeit nehmen, sich auf Doppelbesteuerungsabkommen zu berufen, soweit diese Schachtelprivilegien für den Fall enthalten, dass ein ausländischer Aktionär zu 10 Prozent oder mehr an einer Gesellschaft beteiligt ist. In § 20 Abs. 4 S. 2 REITG wird diese Aussage wiederholt, wobei diese Vorschrift klarer formuliert ist.

Diese Vorschriften beinhalten ein „Treaty Override“. Als Treaty Override bezeichnet man eine nationale Vorschrift, die völkerrechtlich verbindlich gewordenen Vereinbarungen zuwiderläuft und diese verdrängt.⁷²² Der Gesetzgeber muss sich hierbei wissentlich und willentlich über den Inhalt des geschlossenen DBA hinwegsetzen.⁷²³ Die DBA sehen vor, dass Anleger, soweit sie 10 Prozent oder mehr der Anteile an einer Aktiengesellschaft halten, nur ermäßigt besteuert werden. Was Deutschland zuviel an Quellensteuer ein-

⁷²¹ EuGH C 196/04 v. 12. 09. 06 – Cadbury Schweppes – Slg. I 2006, S. 7995, Rdnr. 45 f.

⁷²² Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 30.

⁷²³ Korts, Stbg 2008, S. 100.

behalten hat, wird durch das Bundeszentralamt für Steuern nach § 50 d Abs. 1 EStG auf Antrag des beschränkt Steuerpflichtigen erstattet. Durch § 16 Abs. 2 und § 20 Abs. 4 REITG werden die Erstattungsmöglichkeiten – die Anlegern normaler Aktiengesellschaften bei einer Beteiligung von zehn Prozent oder mehr regelmäßig zustehen – ausgeschlossen.

3.8.1. Literaturansichten

3.8.1.1. Treaty Override als Verstoß gegen Pflicht zur Unionstreue, Art. 4 Abs. 3 EUV

Art. 4 Abs. 3 EUV kodifiziert den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, auch Unionstreue genannt, den die Mitgliedstaaten im Verhältnis zur Union zu beachten haben.⁷²⁴ In Bezug auf das Treaty Override stellt sich die Frage, ob die unionsrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit, die Mitgliedstaaten, als Vertragspartner der Doppelbesteuerungsabkommen, dazu verpflichten kann, diese auch einzuhalten.⁷²⁵

Dies wird zum Teil bejaht. Die aus Art. 4 Abs. 3 EUV resultierenden Treuepflichten verpflichteten zur Einhaltung der geschlossenen DBA.⁷²⁶ Art. 4 Abs. 3 EUV kodifiziere insoweit den auch im Unionsrecht geltenden Grundsatz „pacta sunt servanda“.⁷²⁷ Einschränkend wird die Ansicht vertreten, dass Treaty Overriding zwar prinzipiell unzulässig sei. Etwas anderes gelte nur dann, wenn tragende Verfassungsgrundsätze Treaty Overriding bedingen würden, wobei hier auf die Steuerverteilungsgerechtigkeit zwischen den Staaten abgestellt werden könnte.⁷²⁸

⁷²⁴ Musil, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 98; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung – Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 162.

⁷²⁵ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 55; Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 33 f; Reimer/Rust, IStR 2005, S. 844.

⁷²⁶ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 100.

⁷²⁷ Vgl. Musil, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 98; ders., RIW 2006, S. 287; Lüdicke, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 37; Gröpl, DStZ 2008, S. 65.

⁷²⁸ Vgl. Gröpl, DStZ 2008, S. 68; Stewen, EuR 2008, S. 448.

Weiter wird vertreten, dass nur dann, soweit nationales Treaty Overriding zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung führe, dem DBA-brüchigen Staat die unionsrechtliche Pflicht der Beseitigung dieser wirtschaftlichen Nachteile aufzuerlegen sei.⁷²⁹

Vertreten wird auch, dass der Grundsatz der Unionstreue die Mitgliedstaaten zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichte sowie zu vorhergehender gegenseitiger Verständigung. Ein Treaty Override sei nur dann zulässig, wenn Bemühungen stattgefunden hätten, die DBA nachzuverhandeln und dies gescheitert sei. Das Treaty Override sei nur als ultima-ratio-Maßnahme zulässig. Da Deutschland keinerlei Anstrengungen unternommen habe, die DBA nachzuverhandeln, sei das statuierte DBA unionsrechtswidrig.⁷³⁰ Zudem sei das Treaty Override unverhältnismäßig. Dem Gesetzgeber hätten mildere Mittel als der DBA-Bruch zur Verfügung gestanden. Soweit ein Anleger entgegen der allgemeinen Höchstbeteiligungsquote an der REIT-AG beteiligt wäre, hätte der Gesetzgeber den Verlust der Steuerbefreiung der REIT-AG anordnen oder dem Anleger seinen Dividendenanspruch nehmen können.⁷³¹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Verlust der Steuerfreiheit für die REIT-AG die eingriffsintensivere Sanktion ist, als das Treaty Override. Und einen Anleger mit dem Verlust seines Dividendenanspruchs zu sanktionieren, der der Höchstbeteiligungsquote zuwider an der REIT-AG beteiligt ist, wäre zumindest im Hinblick auf ausländische Aktionäre unionsrechtswidrig gewesen.

Vertreten wird auch, dass zwar ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unionstreue vorliege, dieser aber gerechtfertigt sei. Der Verstoß gegen den Grundsatz der Unionstreue ergäbe sich aus der Gegenüberstellung der Situation nach Einführung des Treaty Override mit der Ausgangslage. Allerdings sei das Treaty Override gerechtfertigt, da bei REITs, trotz Quellensteuer und Treaty Override, beschränkt steuerpflichtige Anleger immer noch mehr erhalten als bei den Ausschüttungen einer herkömmlichen Immobilienaktiengesellschaft, wenn

⁷²⁹ Kofler, SWI 2006, S. 74.

⁷³⁰ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 165; Lüdicke, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 37; Gröpl, DStZ 2008, S. 69.

⁷³¹ Gröpl, DStZ 2008, S. 69.

die auf Gesellschaftsebene gezahlte Steuerbelastung in die Gesamtsteuerbelastung miteinbezogen wird.⁷³²

Im Ergebnis verstößt das Treaty Override damit nicht gegen den Grundsatz der Unionstreue: Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die Vertragsbedingungen einzuhalten und umzusetzen. Art. 4 Abs. 3 EUV stellt keine eigenständige Verbotsnorm dar, sondern setzt einen qualifizierten Vertragsverstoß voraus.⁷³³ Deshalb ist Art. 4 Abs. 3 EUV als eine Norm zu verstehen, die aufkommende Interessengegensätze zwischen der Union und den Mitgliedstaaten schonend zum Ausgleich bringen will.⁷³⁴ Auch richten sich Wortlaut, Systematik und Telos der Vorschrift ausschließlich an die Mitgliedstaaten, so dass für den Einzelnen kein Recht auf Einhaltung eines DBA ableitbar ist.⁷³⁵

3.8.1.2. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

Diskutiert wird auch, ob der Quellensteuereinbehalt i.V.m. Treaty Override gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt.

Vertreten wird, dass das Treaty Override als Sanktionsnorm fungiere. Es bestrafe den Anteilsbesitz von 10 Prozent oder mehr durch die Versagung des daraus resultierenden Steuerprivilegs⁷³⁶ und verweigere die Prämie der unionsrechtlich zulässigen Beteiligung.⁷³⁷ Vertreten wird auch, dass eine Quellensteuer i.H.v. 25 Prozent zu einer Beschränkung führe. Der Fluss ausländischen Kapitals in deutsche REIT-Anteile werde behindert, da die REIT-Dividenden im Ausland erneut der Besteuerung unterlägen. Dies widerspreche dem Ziel des einheitlichen Binnenmarkts.⁷³⁸ Dieser Beschränkung stehe auch nicht die

⁷³² Busching/Trompeter, IStR 2005, S. 513.

⁷³³ Kahl in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 10, Rdnr. 17.

⁷³⁴ Musil, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 103.

⁷³⁵ Kahl in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 10, Rdnr. 17.

⁷³⁶ Hufeld, EWS 2008, S. 214.

⁷³⁷ Vgl. Hufeld, EWS 2008, S. 215.

⁷³⁸ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 31.

Vorschrift des Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV entgegen. Diese Vorschrift legitimiere nur „Ungleichbehandlungen“. Bei einer Kapitalertragsteuer, der in- und ausländische Anleger gleichermaßen unterliegen, liege keine Ungleichbehandlung, sondern Gleichbehandlung vor. Folglich könne Art. 65 AEUV nicht greifen. Eine Rechtfertigung anhand der übrigen in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe käme nicht in Betracht. Insbesondere könnten wirtschaftliche Interessen den Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit nicht rechtfertigen.⁷³⁹ Damit verstoße das Treaty Override in nicht gerechtfertigter Weise gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Es sei nicht geeignet, ausländischen Anteilseignern den Zugang zu den DBA-Privilegien zu nehmen.

Dem wird entgegengehalten, dass die Existenz einer Quellensteuer bei isolierter Betrachtung zu keiner Diskriminierung der EU-Ausländer gegenüber Inländern führe, da der Quellensteuereinbehalt bei diesen gleichermaßen vorgenommen werde.⁷⁴⁰ Auch komme es zu keiner Verschlechterung im Verhältnis zu der Situation des ausländischen Anteilseigners vor Einführung der REIT-Aktiengesellschaft.⁷⁴¹ Auch würden Kohärenzüberlegungen den Vorwurf der unzulässigen Beschränkung entkräften, da die Steuerbefreiung auf Ebene der REIT-AG erst zu den besonderen Vorgaben zur Sicherung des inländischen Steuersubstrats führe.⁷⁴² Das Treaty Override fände seine unionsrechtliche Rechtfertigung in der Besonderheit, dass der REIT keiner Besteuerung unterliegt.⁷⁴³ Das Steuerkonzept des REIT solle nicht dazu dienen, die steuerliche Belastung vollständig abzuschaffen. Sie solle lediglich auf eine andere Ebene verlagert werden. Ein Verzichtsgedanke existiere hierbei nicht. Der Fiskus sei nur bereit, von der Ausübung seines Besteuerungsrechts bei den Immobilien-erträgen abzusehen, wenn er die Besteuerung an anderer Stelle nachholen könne.⁷⁴⁴

⁷³⁹ Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 32.

⁷⁴⁰ Busching/Trompeter, IStR 2005, S. 513; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 55.

⁷⁴¹ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 56.

⁷⁴² Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, S. 53; Busching/Trompeter, IStR 2005, S. 513.

⁷⁴³ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 56; Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 111.

⁷⁴⁴ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 111.

3.8.1.3. Verstoß gegen die abkommensrechtliche Ausgeglichenheitsvermutung

Der EuGH hatte in älteren Entscheidungen betreffend natürlichen Personen ausgeführt, dass den DBA eine Ausgeglichenheitsvermutung immanent sei.⁷⁴⁵ Vertreten wird, dass diese Ausgeglichenheitsvermutung, die Reziprozität der Abkommen, durch ein Treaty Override gestört werde.⁷⁴⁶

Aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeit dürften Diskriminierungsverbote zunächst nicht vorbehaltlos auf sämtliche Abkommensbestimmungen angewandt werden. Das „do ut des“ der DBA, also die Gegenseitigkeit, rechtfertige es, im Quellenland vergleichbare Sachverhalte ungleich zu behandeln. Danach verstoßen lediglich solche Sachverhalte im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht gegen das Diskriminierungsverbot, die sich außerhalb konkreter Gegenseitigkeitserwägungen bewegen.⁷⁴⁷

3.8.2. Rechtsprechungskriterien des EuGH und Ergebnis

Der EuGH hat in der Rs. „Columbus Container“ (EuGH C 298/05 v. 06. 12. 07, Slg. I 2007, S. 10451) ausgeführt, dass Treaty Overriding nur an den Grundfreiheiten zu messen ist.⁷⁴⁸ In dieser Entscheidung hatte der EuGH entschieden, dass ein Treaty Override, das entgegen der im DBA vorgesehenen Freistellungsmethode die Anrechnungsmethode für steuerlich vorbelastete ausländische Einkünfte vorsieht, auch unilaterales switch-over genannt,⁷⁴⁹ nicht zu beanstanden ist, da diese Regelung nicht gegen die Grundfreiheiten verstößt.⁷⁵⁰

Festzuhalten ist damit zum einen, dass das Treaty Override als solches nicht gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt.⁷⁵¹ Soweit jedoch ein grundfreiheits-

⁷⁴⁵ EuGH C 307/97 v. 21. 09. 1999 – Saint Gobain – Slg. I 1999, S. 6161, Rdnr. 60.

⁷⁴⁶ Gosch, IStR 2008, S. 420.

⁷⁴⁷ Gosch, IStR 2008, S. 420.

⁷⁴⁸ Brombach-Krüger, Ubg 2008, S. 324, 326.

⁷⁴⁹ Cloer/Lavrelashvili/Biebl, SWI 2007, S. 359; Wimpissinger, SWI 2006, S. 563; Gosch, IStR 2008, S. 420; Musil, RIW 2006, S. 288.

⁷⁵⁰ Brombach-Krüger, Ubg 2008, S. 327.

⁷⁵¹ Bron, BB 2007, S. 2445; Wanke, Die Vorschläge der Initiative Finanzplatz Deutschland zur Einführung eines REIT – Analyse der abkommens- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme, 2006, S. 33 f; Reimer/Rust, IStR 2005, S. 844; Bron, IStR 2007, S. 435; ders., Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 373, 376.

rechtlicher Verstoß durch das Treaty Override begründet wird, ist es unzulässig. Ob das derzeitige System der Dividendenbesteuerung dabei unionsrechtskonform ist, wird im Rahmen der Prüfung der erweiterten Erstattungsmöglichkeit von Kapitalertragsteuer behandelt (§ 3 – 3.9. [folgendes Kapitel]).

3.9. Möglichkeit der Erstattung von Kapitalertragsteuer durch beschränkt Steuerpflichtige aufgrund der EuGH-Urteile „Denkavit“, „Aberdeen“ und „Amurta“

Vertreten wird, dass das Unionsrecht für beschränkt Steuerpflichtige die Möglichkeit eröffne, sich Kapitalertragsteuer erstatten zu lassen, soweit diese Möglichkeit für Inländer bestehe.⁷⁵² Dem steht zum einen das durch den EuGH anerkannte Territorialitätsprinzip⁷⁵³ entgegen. Die steuerliche Ungleichbehandlung natürlicher Personen ist zudem nach Art. 65 Abs. 1 Buchst. a) AEUV zulässig.

Die EuGH-Urteile Denkavit, Aberdeen und Amurta sind jedoch geeignet, steuerliche Erstattungsansprüche zugunsten ausländischer betrieblicher Investoren zu begründen.

Für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen sind die REIT-Dividenden gedanklich zunächst aufzusplitten in den steuerpflichtigen und den nach § 8 b KStG, § 19 a REITG steuerfreien Teil. Zum besseren Verständnis wird auf die § 8 b Abs. 1 KStG entsprechende Vorschrift des § 3 Nr. 40 EStG zunächst nicht eingegangen. Steuerfrei sind nach § 19 a REITG, § 8 b KStG die Dividendenbestandteile, die einer vorhergehenden Steuerbelastung unterlegen haben, also z.B. auf die REIT-Dienstleistungsgesellschaft entfallen oder ausländische Immobilienerträge, die im Ausland einer gewissen steuerlichen Belastung unterlegen haben. Im folgenden geht es ausschließlich um den steuerfreien Teil.

⁷⁵² Bron, BB-Special 2007, S. 23; ders., Das G-REIT-Gesetz – eine Analyse auf Basis des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, 2006, S. 47; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 193.

⁷⁵³ EuGH C 250/95 v. 15. 05. 1997 – Futura Participations und Singer – Slg. I 1997, S. 2471, Rdnr. 21 f.

Nach § 19 a REITG i.V.m. der körperschaftsteuerlichen Sondervorschrift des § 8 b Abs. 1 u. 5 KStG bleiben auf Ebene deutscher anteilhaltender Kapitalgesellschaften die steuerlich vorbelasteten Teile der REIT-Dividende zu 95 Prozent, d.h. fast vollständig, steuerfrei und werden im Ergebnis damit kaum besteuert. Da die Dividende auf Ebene der anteilhaltenden deutschen Kapitalgesellschaft zu 95 Prozent steuerfrei ist, erhält sie die einbehaltene Kapitalertragsteuer in sehr weitgehendem Umfange zurück.⁷⁵⁴ Die Steuerfreistellung bezüglich der steuerlich vorbelasteten Teile bezweckt, eine steuerliche Mehrfachbelastung zu verhindern. Gewinne, die eine Körperschaft erzielt, werden zunächst bei dieser der Körperschaftsteuer unterworfen. Wenn diese Gewinne später an eine anteilhaltende Körperschaft ausgeschüttet werden, so sind diese Gewinne nach § 8 b Abs. 1 KStG bei dieser vollständig steuerfrei. Erst wenn die Gewinne später an natürliche Personen ausgeschüttet werden, kommt es zu einer erneuten Besteuerung.

Nun wird die anteilhaltende Körperschaft in der Regel Aufwendungen haben, die mit diesen steuerfreien Einnahmen im Zusammenhang stehen. Zu nennen sind hier etwa Depotgebühren oder Schuldzinsen bei fremdfinanzierten Anteilskäufen. Diese Ausgaben werden auf Ebene der anteilhaltenden Körperschaft steuermindernd als Betriebsausgaben anerkannt. Dies widerspricht dem (auch in §§ 3 Nr. 40, 3 c EStG niedergelegten) steuerlichen Grundsatz, dass Ausgaben, die in Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen, nicht steuermindernd berücksichtigt werden dürfen. Um diesem Grundsatz Genüge zu tun, normiert § 8 b Abs. 5 KStG, dass fünf Prozent der erhaltenen Dividende pauschal als Ausgaben gelten, die nicht abzugsfähig sind. Die zunächst als Aufwand behandelten Depotgebühren und Schuldzinsen werden mit pauschal fünf Prozent der Dividendeneinnahmen hinzugerechnet, womit erreicht wird, dass diese Ausgaben steuerlich pauschal neutralisiert werden. In der Konsequenz hat die anteilhaltende Kapitalgesellschaft damit nur fünf Prozent der erhaltenen Dividenden zu versteuern und 95 Prozent sind steuerfrei.⁷⁵⁵ Zur Verdeutlichung: Eine Kapitalgesellschaft schüttet 100,- € Dividende an eine anteilhaltende Körperschaft aus. Sie behält 25,- € Kapitalertragsteuer ein. Nach § 8 b Abs. 1 und Abs. 5 KStG hat die dividendenempfangende Körperschaft 5 % hiervon,

⁷⁵⁴ Wassermeyer, EuZW 2010, S. 1.

⁷⁵⁵ Siegmund, DStZ 2009, S. 368.

also 5,- €, zu versteuern. Bei einem Steuersatz von 15 % (§ 23 Abs. 1 KStG) sind damit effektiv 0,75 € Steuern zu zahlen. Die Differenz zur ursprünglich einbehaltenen Kapitalertragsteuer, also 24,25 €, erhält die anteilshaltende Kapitalgesellschaft zurück. Die deutsche Kapitalgesellschaft erhält nach Steuern damit 99,25 €.

Eine vergleichbare Steuerfreistellung existiert für beschränkt steuerpflichtige anteilshaltende Kapitalgesellschaften nicht, und genau hier liegt das Problem. Denn jeder Mitgliedstaat darf von seinem Besteuerungsrecht nur insoweit Gebrauch machen, als dieses Recht gegenüber Gebietsansässigen und Gebietsfremden gleichermaßen ausgeübt wird.⁷⁵⁶

Während nun die deutsche Gesellschaft von der Kapitalertragsteuer nach § 31 und § 8 b Abs. 1 KStG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG entlastet wird, entfaltet die einbehaltene Kapitalertragsteuer für die ausländische Gesellschaft eine Definitivbelastung.⁷⁵⁷ Diese kann sich zwar aufgrund von DBA reduzieren. Gleichwohl wird die Steuer erheblich über dem liegen, was die deutsche anteilshaltende Kapitalgesellschaft an Steuern zu entrichten hat. Zur Verdeutlichung: Eine deutsche Körperschaft schüttet 100,- € an eine ausländische Kapitalgesellschaft aus. Diese erhält nach Kapitalertragsteuereinbehalt 75,- €. Die Quellensteuer mag sich aufgrund DBA auf 15 Prozent reduzieren. Dann kann sich die ausländische Gesellschaft nach § 50 d Abs. 1 EStG 10,- € vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten lassen, so dass die ausländische Kapitalgesellschaft im Endeffekt 85,- € erhält, während die deutsche Kapitalgesellschaft 99,25 € erhalten hat.

Hierin – so wurde schon im Jahr 2001 vertreten – liege eine unionsrechtlich verbotene Diskriminierung.⁷⁵⁸ Denn ausländische Körperschaften zahlen de facto zweimal Körperschaftsteuer, während in reinen Inlandsfällen nur einmal Körperschaftsteuer zu zahlen ist. Dies führe dazu, dass der Quellensteuereinbehalt, bezogen auf die Ausschüttungen an ausländische anteilshaltende Kapitalgesellschaften, unionsrechtswidrig sei.⁷⁵⁹ Alternativ, und der EuGH-

⁷⁵⁶ Gosch, Ubg 2009, S. 75.

⁷⁵⁷ Vgl. Baumgärtel/Lange, Ubg 2008, S. 525.

⁷⁵⁸ So schon Dautzenberg, BB 2001, S. 2137; Baumgärtel/Lange, Ubg 2008, S. 525.

⁷⁵⁹ Dautzenberg, BB 2001, S. 2137.

Rechtsprechung in Anlehnung an die Entscheidung Scorpio⁷⁶⁰ wohl eher entsprechend, muss beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften die Möglichkeit zugesprochen werden, die zuviel einbehaltene Kapitalertragsteuer vom Bundeszentralamt für Steuern nach § 50 d Abs. 1 EStG zurückzu-erhalten.⁷⁶¹

Gestützt wird diese Ansicht nunmehr durch die EuGH-Urteile „Amurta“⁷⁶², „Denkavit“⁷⁶³ und „Aberdeen“⁷⁶⁴. Während der in „Amurta“ entschiedene Fall nur bedingt der deutschen Dividendenbehandlung entspricht, so liegen „Denkavit“ und „Aberdeen“ doch weitgehend parallel.

Auch in „Denkavit“ wurden die Brutto-Dividenden bei inländischen Anlegern nur mit 5 Prozent besteuert.⁷⁶⁵ Bei ausländischen Kapitalgesellschaften wurden hingegen 25 Prozent Quellensteuer auf die gesamte Bruttodividende fällig.⁷⁶⁶ Dies entspricht weitgehend den deutschen Regelungen.

Damit werden, so der EuGH, die Dividenden an ausländische Körperschaften zweimal besteuert, nämlich einmal auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaft und ein zweites Mal im Rahmen der Quellenbesteuerung. Dies sei im reinen Inlandsfall anders.⁷⁶⁷ Eine mehrfache Belastung werde für die von gebiets-ansässigen Aktiengesellschaften bezogenen Dividenden vermieden.⁷⁶⁸ Eine solche Ungleichbehandlung der Dividenden auf Ebene der anteilshaltenden Gesellschaften stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die verboten sei.⁷⁶⁹ Sie beinhalte eine verbotene Diskriminierung.⁷⁷⁰ Diese macht für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv, so dass diese Gesellschaften auf den Erwerb, die Gründung oder die Aufrechterhaltung einer Tochtergesellschaft in dem Mitgliedstaat, der eine derartige unterschiedliche Behandlung vornimmt,

⁷⁶⁰ EuGH C 290/04 v. 03. 10. 06 – Scorpio – Slg. I 2006, S. 9461.

⁷⁶¹ Zu dieser Alternative auch: Dautzenberg, BB 2001, S. 2139.

⁷⁶² EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569.

⁷⁶³ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949.

⁷⁶⁴ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁶⁵ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949, Rdnr. 4.

⁷⁶⁶ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949, Rdnr. 27.

⁷⁶⁷ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949, Rdnr. 28.

⁷⁶⁸ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁶⁹ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949, Rdnr. 29.

⁷⁷⁰ EuGH C 170/05 v. 14. 12. 2006 – Denkavit – Slg. I 2006, S. 11949, Rdnr. 41.

verzichten könnten.⁷⁷¹ Könnte der Ansässigkeitsmitgliedstaat nach seinem Belieben eine ungleiche Behandlung allein deshalb vornehmen, weil sich der Sitz einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet, würde Art. 49 AEUV seines Sinnes entleert.⁷⁷²

Weitergehend liest sich in der Urteilsbegründung der Rs. Amurta: „Schon der Quellensteuereinbehalt begründe, unabhängig von einer Besteuerung in einem anderen Mitgliedstaat, die Gefahr einer mehrfachen Belastung oder einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung. In einem solchen Fall habe der Staat des Sitzes der ausschüttenden Gesellschaft dafür zu sorgen, dass die gebietsfremden Gesellschaften als Anteilseigner angesichts des in seinem nationalen Recht vorgesehenen Mechanismus zur Vermeidung oder Abschwächung einer mehrfachen Belastung oder einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung eine Behandlung erfahren, die derjenigen der gebietsansässigen Gesellschaften als Anteilseigner gleichwertig ist, damit sie sich nicht einer – nach Art. 63 AEUV grundsätzlich verbotenen – Beschränkung des freien Kapitalverkehrs gegenübersehen“.⁷⁷³

Eine Rechtfertigung schied in Denkavit, Aberdeen und Amurta aus: Zunächst kann sich ein Staat in diesem Fall nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, die Ungleichbehandlung stehe in Einklang mit einem Doppelbesteuerungsabkommen.⁷⁷⁴ Denn die Doppelbesteuerungsabkommen sind nicht grundsätzlich unionsfest, sondern im Lichte des Unionsrechts auszulegen.⁷⁷⁵ Darauf, dass die DBA eine entsprechende Ungleichbehandlung vorsehen, können sich die Mitgliedstaaten nicht berufen. Denn diese ermöglichen es nicht, den aus dem AEUV resultierenden Pflichten zu entgehen.⁷⁷⁶ Eine „Flucht in das Abkommensrecht“ wird so vermieden.⁷⁷⁷

⁷⁷¹ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁷² EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁷³ EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569, Rdnr. 39.

⁷⁷⁴ Baumgärtel/Lange, Ubg 2008, S. 526.

⁷⁷⁵ EuGH C 307/97 v. 21. 09. 1999 – Saint-Gobain – Slg. I 1999, S. 6161, Leitsatz; C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569, Rdnr. 24.

⁷⁷⁶ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁷⁷ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 318.

Auch der Umstand, dass im Ansässigkeitsstaat die einbehaltene Kapitalertragsteuer möglicherweise angerechnet wird, vermag die steuerliche Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.⁷⁷⁸ Der EuGH führte aus: „Ein Mitgliedstaat, der die wirtschaftliche Doppelbesteuerung von Dividenden, die an in seinem Hoheitsgebiet ansässige Empfängergesellschaften ausgeschüttet werden, vermeidet, kann sich nicht auf eine volle Steuergutschrift, die ein anderer Mitgliedstaat einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Empfängergesellschaft einseitig gewährt, berufen, um seiner Verpflichtung zu entgehen, eine sich aus der Ausübung seiner Steuerhoheit ergebende wirtschaftliche Doppelbesteuerung von Dividenden zu vermeiden“.⁷⁷⁹

Auch eine Rechtfertigung der Kohärenz schied aus. Bei inländischen dividendenempfangenden Gesellschaften, so wurde durch die Nationalstaaten argumentiert, erfolge eine weitere Besteuerung auf Ebene der Anleger. Somit sei die höhere Besteuerung ausländischer Gesellschaften kohärent zur inländischen Anlegerbesteuerung. Der EuGH folgte dem nicht. Denn die Befreiung der Dividenden von der Besteuerung hänge nicht davon ab, dass die von einer Aktiengesellschaft bezogenen Dividenden von dieser wieder ausgeschüttet werden und dass ihre Besteuerung bei den Anteilseignern der genannten Gesellschaft sichergestellt sei.⁷⁸⁰

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Behandlung von Dividenden bei in- und ausländischen Kapitalgesellschaften als unionsrechtswidrig dar. Auch die EU-Kommission hat dies erkannt und gegen Deutschland ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren (Az: 2004/4349) eingeleitet.⁷⁸¹

In entsprechender Weise verstößt auch die Besteuerung ausländischer natürlicher Personen, die die REIT-Anteile in einem Betriebsvermögen halten, gegen unionsrechtliche Vorgaben, soweit die nach § 19 a REITG steuerlich vorbelasteten Dividendenteile betroffen sind. § 8 b KStG stellt bei juristischen Personen die Dividenden zu 95 Prozent steuerfrei. Bei natürlichen Personen, die die Anteile im betrieblichen Bereich halten, stellt § 3 Nr. 40 Buchst. d) EStG die

⁷⁷⁸ So ausdrücklich: EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569, Rdnr. 62, 75.

⁷⁷⁹ EuGH C 379/05 v. 08. 11. 07 – Amurta – Slg. I 2007, S. 9569, Rdnr. 84.

⁷⁸⁰ EuGH C 303/07 v. 18. 06. 09 – Aberdeen – IStR 2009, S. 499.

⁷⁸¹ Siegmund, DStZ 2009, S. 368; Behrens/Schmitt, BB 2009, S. 2356.

Dividenden immerhin noch zu 40 Prozent steuerfrei. Soweit das deutsche Recht inländische Anteilseigner von der Besteuerung ausnimmt und diese vor der Besteuerung „schützt“, so muss der Gesetzgeber diesen „Schutz“ auch gebietsfremden Anteilseignern zubilligen.⁷⁸² Entsprechend können sich beschränkt Steuerpflichtige die zu Unrecht einbehaltene Kapitalertragsteuer vom Bundeszentralamt für Steuern erstatten lassen.

Lediglich soweit in- und ausländische Privatanleger besteuert werden, ist die vorgehende Argumentation nicht einschlägig. Denn im Regelfall werden bei Steuerinländern aufgrund der Abgeltungssteuer des § 32 d EStG die gesamten REIT-Dividenden der Besteuerung unterworfen, ohne dass Dividendenbestandteile steuerfrei gestellt würden. Damit ist aber auch die vollständige Besteuerung von Steuerausländern und deren Entlastung über DBA und Erstattungsantrag nach § 50 d Abs. 1 EStG unionsrechtskonform.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der BFH der unionsrechtlich gebotenen weitgehenden Nichtbesteuerung ausländischer Anleger in seinem Urteil vom 22. 04. 2009 – also nach Amurta und Denkavit, aber vor Aberdeen – eine Absage erteilt hat.⁷⁸³ Zunächst stellte der BFH fest, dass jedenfalls in Bezug auf den Quellensteuereinbehalt keine Differenzierung vorliege. Sowohl im Hinblick auf in- als auch ausländische Anteilsinhaber werde dieselbe Quellensteuer abgeführt.⁷⁸⁴ Und in Bezug auf die Besteuerung seien bei Dividenden die in- und ausländische Gesellschaft nicht miteinander zu vergleichen. Würde man auch die Dividenden beschränkt Steuerpflichtiger nach § 8 b KStG außer Ansatz lassen, so entzöge man Deutschland das Besteuerungsrecht im Hinblick auf Einkommen, das in seinem Hoheitsgebiet erwirtschaftet wurde.⁷⁸⁵ Dies widerspreche dem Territorialitätsprinzip. Mangels europarechtlicher Harmonisierung, sei eine etwaige Doppelbesteuerung im Vertragswege zu beseitigen.⁷⁸⁶ Auch sei es Aufgabe des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft, die Doppelbesteuerung zu vermeiden. Die derzeitige steuerliche Behandlung der

⁷⁸² Lang, IStR 2009, S. 543.

⁷⁸³ BFH I R 53/07 v. 22. 04. 09, IStR 2009, S. 551.

⁷⁸⁴ BFH I R 53/07 v. 22. 04. 09, IStR 2009, S. 553.

⁷⁸⁵ BFH I R 53/07 v. 22. 04. 09, IStR 2009, S. 553.

⁷⁸⁶ Vgl. BFH I R 53/07 v. 22. 04. 09, IStR 2009, S. 553.

Dividenden entspreche den international üblichen „Gepflogenheiten“ und dieses Verständnis sei europarechtlich auch „eindeutig“.⁷⁸⁷

In der Literatur fand dieses BFH-Urteil keine Zustimmung.⁷⁸⁸ Diese Urteilsbegründung, so heißt es in einer direkten Urteilsanmerkung, sei angesichts eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens und entgegenstehender EuGH-Rechtsprechung „nicht leicht zu erschließen“. Und vor allem, dass der BFH seine Schlussfolgerungen für „eindeutig halte“.⁷⁸⁹ Deshalb auch wurde seitens des Steuerpflichtigen Verfassungsbeschwerde gegen dieses Urteil eingelegt, wegen Entzugs des gesetzlichen Richters (Az. beim BVerfG 2 BvR 1807/09).⁷⁹⁰ Schlüssig ist dieses Urteil nur insoweit, als die bislang geltende Form der Dividendenbesteuerung eine „den internationalen Gepflogenheiten entsprechende Balance“ schafft. Dem BFH zufolge gehe es deshalb auch nicht um § 8 b Abs. 1 KStG, sondern „um die Situation der wechselseitigen abkommensrechtlichen Besteuerungszuordnung“.⁷⁹¹

Dass der deutsche Gesetzgeber die EuGH-Rechtsprechungslinie Amurta, Denkavit und Aberdeen sowie das eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren ernst nimmt, zeigte sich in dem Versuch, im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009, abweichend von § 8 b Abs. 1 KStG, eine allgemeine Steuerpflicht für Streubesitzdividenden und Anteilsveräußerungsgewinne einführen zu wollen. Nur aufgrund heftiger Kritik und dem Umstand, dass dies für deutsche anteilshaltende Körperschaften auf eine Doppelbesteuerung hinausgelaufen wäre, wurde dieser Gesetzesvorschlag wieder gestrichen.⁷⁹² Deshalb, so wird vertreten, sei es „die beste Lösung“, wenn auch für beschränkt Steuerpflichtige die Besteuerung von Streubesitzdividenden entfallen würde.⁷⁹³

⁷⁸⁷ BFH I R 53/07 v. 22. 04. 09, IStR 2009, S. 554; Wassermeyer, EuZW 2010, S. 1.

⁷⁸⁸ Behrens/Schmitt, BB 2009, S. 2354.

⁷⁸⁹ Schön, IStR 2009, S. 555.

⁷⁹⁰ Behrens/Schmitt, BB 2009, S. 2354; Wassermeyer, EuZW 2010, S. 1.

⁷⁹¹ Schön, IStR 2009, S. 556.

⁷⁹² Behrens/Schmitt, BB 2009, S. 2356.

⁷⁹³ So ausdrücklich Behrens/Schmitt, BB 2009, S. 2356.

3.10. Zulässigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung

Vor Inkrafttreten des REIT-Gesetzes hatte der EuGH in der Rechtssache Cadbury-Schweppes⁷⁹⁴ bereits entschieden, dass die Hinzurechnungsbesteuerung jedenfalls dann europarechtswidrig sei, wenn es sich bei der ausländischen Gesellschaft nicht um eine „rein künstliche“ Einrichtung, also um eine Briefkastenfirma handle. Anders als in den Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art, die das europäische Gesellschaftsrecht betrafen, müssen Briefkastengesellschaften steuerrechtlich damit nicht anerkannt werden, womit der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern Rechnung getragen wird, wonach es diesen in engen Grenzen nicht verwehrt sein darf, in der steuerlichen Nutzung von Briefkastenfirmen einen Missbrauch zu erblicken.⁷⁹⁵

Zur Begründung führte der EuGH aus, dass die Hinzurechnungsbesteuerung nur dann zum Tragen komme, wenn die Tochtergesellschaft in einem Niedrigsteuerland ansässig ist. In diesen Fällen würden einem Steuerpflichtigen fremde Gewinne zugerechnet. Dies sei anderes, wenn die Tochtergesellschaft in einem Land ansässig sei, deren Steuersatz dem der Muttergesellschaft entspreche oder darüber liege.⁷⁹⁶ Die Hinzurechnungsbesteuerung kommt demnach nur noch in den Fällen zur Anwendung, in denen der Steuerpflichtige eine bewusste Steuerumgehungskonstruktion zum Zwecke des Steuermisbrauchs schafft.⁷⁹⁷

Vor diesem Hintergrund war auch die bis dahin praktizierte Form der Hinzurechnungsbesteuerung nicht mehr zu halten.⁷⁹⁸ Per BMF⁷⁹⁹-Erlass IV B

⁷⁹⁴ EuGH C 196/04 v. 12. 09. 06 – Cadbury Schweppes – Slg. I 2006, S. 7995.

⁷⁹⁵ Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches internationales Steuerrecht, 2007, S. 271.

⁷⁹⁶ EuGH C 196/04 v. 12. 09. 06 – Cadbury Schweppes – Slg. I 2006, S. 7995, Rdnr. 45, 46.

⁷⁹⁷ Vgl. Schmitz in: Reimer u.a., Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, S. 249.

⁷⁹⁸ Schanne in: Striegel, REITG, 2007, §§ 7, 8, 14, 21 AStG, Rdnr. 8; Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, S. 942; Hornig, PISStB 2007, S. 191 f; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 125; Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 144 f; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 198; ders., BB-Special 2007, S. 24; Schmitz in: Reimer u.a., Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht, 2007, S. 249; Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 776.

⁷⁹⁹ Bundesministerium der Finanzen.

4 – S 1351 – 1/07 vom 08. Januar 2007 (BStBl. I. S. 99) wurde die Hinzurechnungsbesteuerung deshalb bei Gesellschaften mit Sitz innerhalb des Unionsgebiets oder innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) auf die Fälle reduziert, in denen die ausländische Gesellschaft „keine wirkliche Tätigkeit ausübt“ und dies durch den Steuerpflichtigen entsprechend nachgewiesen wurde. Diese Formulierung wurde weitgehend wortgleich durch das Jahressteuergesetz 2008 v. 20. 12. 2007 (BGBl. I. S. 3150) in § 8 Abs. 2 AStG übernommen, wodurch die in der Rs. Cadbury-Schweppes vom EuGH getätigten Vorgaben in deutsches Recht umgesetzt wurden. Dem Steuerpflichtigen steht es damit offen, die in der Typisierung der §§ 7 bis 14 AStG zum Ausdruck gelangende Missbrauchsvermutung zu widerlegen, wobei der erforderliche Nachweis gerade für Minderheitsaktionäre im Einzelfall schwierig zu erbringen sein kann.⁸⁰⁰

Im Umkehrschluss ergibt sich, dass § 8 Abs. 2 AStG auf EU-/EWR-Drittstaaten keine Anwendung findet. Zu einem Ausschluss der Hinzurechnungsbesteuerung kann es hier jedoch gleichfalls kommen, da die Kapitalverkehrsfreiheit (nicht die Niederlassungsfreiheit) auch im Verhältnis zu Drittstaatsangehörigen gilt. Insoweit kann § 8 Abs. 2 AStG zu kurz greifen.⁸⁰¹

3.11. Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie

Ziel der Mutter-Tochterrichtlinie⁸⁰² ist die Vermeidung von Mehrfachbelastung durch die Kumulation von Körperschaft- und abgeltender Quellensteuer. Deshalb untersagt sie die Quellensteuerbelastung von Dividenden, die EU-Tochtergesellschaft an ihre EU-Muttergesellschaften ausschütten. Grenzüberschreitende Gesellschaftsstrukturen innerhalb der EU sollen steuerlich neutral behandelt werden. Voraussetzung ist das Halten einer qualifizierten Beteiligung,

⁸⁰⁰ Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 402, 404, 456.

⁸⁰¹ Ausführlich: Schönfeld in: Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, 2009, § 8, Rdnr. 428 f; Schenke/Mohr, DStZ 2009, S. 452, jeweils mit noch weitergehenden Kritikpunkten.

⁸⁰² Richtlinie (EWG) Nr. 90/435 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten v. 23. 07. 1990, ABl. EG Nr. L 225 S. 6.

die seit dem 01. 01. 2009 bei nur noch 10 Prozent liegt.⁸⁰³ Weitere Voraussetzung ist nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c), dass die deutsche Gesellschaft der Körperschaft-, oder einer Steuer, die diese Steuer ersetzt, unterliegt. Die Umsetzung erfolgte in § 43 b EStG.⁸⁰⁴ Soweit die Mutter-Tochterrichtlinie Anwendung fände, könnten ausländische Investoren in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft damit Dividendenerträge erhalten, ohne dass diese zuvor einer Quellenbesteuerung unterlägen hätten.⁸⁰⁵

Nach § 16 Abs. 1 REITG ist der REIT zwar von der deutschen Körperschaftsteuer befreit. Aufgeworfen wurde jedoch die Frage, ob die von der REIT-AG einzubehaltende Kapitalertragsteuer, die im Ausland aufgrund der dortigen beschränkten Steuerpflicht gezahlte Körperschaftsteuer oder die zu entrichtenden Strafzahlungen eine, ggf. auch nur partielle Anwendung der Mutter-Tochterrichtlinie begründen könnten.

3.11.1. Kapitalertragsteuereinbehalt

Bei der Kapitalertragsteuer handelt es sich um eine besondere Form der Erhebung der Einkommen- und Körperschaftsteuer in Bezug auf die anteilhaltenden Gesellschafter. Die Kapitalertragsteuer ist eine Steuervorauszahlung für den unbeschränkt Steuerpflichtigen und eine „Steuerpauschale“ für den beschränkt Steuerpflichtigen, die abgeltende Wirkung entfalten kann. Sie begründet jedoch keine eigenständige Besteuerung auf Ebene der Gesellschaft.⁸⁰⁶

3.11.2. Beschränkte ausländische Körperschaftsteuerpflicht

Vertreten wird, dass die im Ausland vorliegende, beschränkte Körperschaftsteuerpflicht des deutschen REIT eine „partielle“ Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie begründe. Nach dem Anhang zur Mutter-Tochterrichtlinie, Buchst. f) findet diese Anwendung auf „Aktiengesellschaften ... und

⁸⁰³ Sedemund, Europäisches Ertragsteuerrecht, 2008, S. 91.

⁸⁰⁴ Miksch, Das deutsche REIT-Gesetz, 2008, S. 97.

⁸⁰⁵ Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 34; Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 22.

⁸⁰⁶ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 20, Rdnr. 6; Erstattungsmöglichkeiten ergeben sich aufgrund der Doppelbesteuerungsabkommen.

andere Körperschaften, die der deutschen Körperschaftsteuer unterliegen“. Ziel ist die Vermeidung von deutscher Körperschaft-, deutscher abgeltender Quellensteuer und der nochmaligen Besteuerung des ausländischen Anteilsinhabers in dessen Heimatstaat. Die steuerliche Behandlung von im Ausland vorversteuerten Erträgen, bei denen es im Rahmen der Dividendenausschüttung zu einer steuerlichen Doppelbelastung kommt, wird hierdurch nicht erfasst.

3.11.3. (Straf-)Zahlungen

Soweit der REIT die an ihn gestellten gesellschaftsrechtlichen Anforderungen nicht aufweist, hat er Zahlungen zu leisten. Rechtlich stellt sich die Frage, ob und inwieweit dies die Anwendung der Mutter-Tochterrichtlinie zur Konsequenz hat, die Strafzahlungen also als Steuer qualifiziert werden können. Nach den Ausführungen des Gesetzgebers stellen die Strafzahlungen keine Steuer dar.⁸⁰⁷ Ob diese Einschätzung des Gesetzgebers allerdings auch vor dem EuGH Bestand haben wird, ist fraglich. Der EuGH hat in der Vergangenheit betont, dass die Qualifizierung einer Steuer nach Unionsrecht vom Gerichtshof nach den objektiven Merkmalen der Steuer, unabhängig von ihrer Qualifizierung im nationalen Recht vorzunehmen ist.⁸⁰⁸

Zunächst ist festzustellen, dass die Strafzahlungen formell weitgehend wie eine Steuer behandelt werden. Nach § 21 Abs. 1 REITG wird die Strafzahlung – ebenso wie die Körperschaftsteuer – hälftig zwischen Bund und Ländern geteilt.⁸⁰⁹ Hinsichtlich des Länderanteils weicht § 21 Abs. 1 S. 3 REITG aber insoweit von der normalen Steueraufteilung ab, als das Aufkommen nicht allen Ländern, sondern nur dem verwaltenden Land zusteht. Dadurch sollen die Verwaltungsaufwendungen abgegolten werden, die dem steuerverwaltenden Land bei der Kontrolle der Steuerbefreiung der REIT-AG entstehen.⁸¹⁰ Zudem finden auf die (Straf-)Zahlung nach § 21 Abs. 1 REITG die Vorschriften der Abgabenordnung Anwendung und für Rechtsstreitigkeiten wird der Finanz-

⁸⁰⁷ BT.-Drs. 16/4026, S. 24 (REIT-Gesetzentwurf).

⁸⁰⁸ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 743; EuGH C 294/99 v. 04. 10. 01 – Athinaiki Zythopoiia AE/Elliniko Domosio – Slg. I 2001, S. 6979, Rdnr. 27; verb. Rs. C 197/94 und C 252/94 v. 13. 02. 96 – Bautiaa und Société fancaise maritime – Slg. I 1996, S. 505, Rdnr. 39.

⁸⁰⁹ BT.-Drs. 16/4026, S. 25 (REIT-Gesetzentwurf).

⁸¹⁰ Drüen in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 21, Rdnr. 12.

rechtsweg eröffnet.⁸¹¹

Problematischer ist, ob die Zahlungen in materieller Hinsicht als Steuer zu qualifizieren sind.

Vertreten wird zunächst, dass die Zahlungen aufgrund ihrer Spannbreite nicht als verdeckte Steuerzahlungen qualifiziert werden könnten.⁸¹² Richtigerweise ist jedoch zu differenzieren: Es gibt Zahlungen bei denen der Sanktionscharakter überwiegt. Bei anderen Zahlungen sollen primär wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden. Die Zahlungen, denen Sanktionscharakter zukommt, sind in § 16 Abs. 3 und Abs. 4 REITG niedergelegt. Es handelt sich hier um die Sanktion bei Verstoß gegen Vermögens- oder Ertragsanforderungen. Diese Abgaben werden primär zur Sicherung der Rechtsordnung und zu „Erziehungszwecken“ erhoben, so dass sie nur schwerlich unter die Steuerdefinition des § 3 AO subsumiert werden können.⁸¹³ Vertreten wird zwar, dass es dahinstehen könne, ob die Zahlungen eine Strafe beinhalten oder nicht, denn nach der Steuerdefinition des § 3 AO sei unerheblich, ob der Sanktions- oder der Einnahmecharakter überwiege.⁸¹⁴ Nach § 3 Abs. 1 2. HS AO könne die Einnahmeerzielung auch bloßer Nebenzweck sein. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass nach diesem Verständnis auch strafrechtliche Geldstrafen oder Geldbußen als Steuer zu qualifizieren wären, weshalb dieses weite Steuerverständnis abzulehnen ist.

Anders sieht dies hingegen schon in § 16 Abs. 5 REITG aus. Hierdurch ist (straf-)zahlungsbewehrt, wenn die REIT-AG entgegen § 13 REITG ihrer Mindestausschüttungsverpflichtung nicht nachkommt. Hierdurch wird zum einen sichergestellt, dass sich auch der deutsche REIT, dem internationalen Standard entsprechend, durch eine hohe Ausschüttung auszeichnet. Die Zahlung beträgt zwischen 20 und 30 Prozent des Betrages, um den die tatsächliche Ausschüttung hinter der Vorgabe von 90 Prozent des Jahresüberschusses zurückbleibt. Die Ausschüttungsverpflichtung dient jedoch auch der zeitnahen Besteuerung der Gewinne der REIT-AG auf Ebene der Anteilseigner. Die Zahlung nach § 16 Abs. 5 REITG, die der Höhe nach einer Körperschaft- und

⁸¹¹ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 21, Rdnr. 8.

⁸¹² Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 670.

⁸¹³ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 743.

⁸¹⁴ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 21, Rdnr. 6.

Gewerbesteuerbelastung zzgl. Solidaritätszuschlag vergleichbar ist, ersetzt pauschal die auf Ebene der Anteilseigner anfallende Steuer auf den zu wenig ausgeschütteten Betrag.⁸¹⁵ Diese Zahlung kommt materiell einer Steuer daher schon recht nahe.

Soweit der REIT oder eine REIT-Personengesellschaft Dienstleistungen erbringt, ist nach § 16 Abs. 6 REITG eine Strafzahlung zwischen 20 und 30 Prozent zu entrichten. Diese Belastung ist der Höhe und der Wirkung nach vergleichbar mit einer entsprechenden Besteuerung auf Ebene einer REIT-Dienstleistungsgesellschaft mit Körperschaft- und Gewerbesteuer zzgl. Solidaritätszuschlag. Eine Sanktionsfunktion kommt dieser Zahlung nicht zu. Denn nach der REIT-Konzeption soll es dem REIT durchaus möglich sein, immobilienpezifische Dienstleistungen erbringen zu können. Nur soll diese nach der Vorstellung des Gesetzgebers durch die selbst steuerpflichtige REIT-Dienstleistungsgesellschaft erbracht werden.⁸¹⁶

Wenn also Steuern verloren zu gehen drohen, wie dies bei zu geringen Ausschüttungen und unerlaubten Nebentätigkeiten der Fall ist, dann holt sich der Staat seine Steuern auf dem Wege der Zahlung.⁸¹⁷ Damit aber dienen die Zahlungen primär der Erzielung von Einnahmen und weniger der Sanktion.⁸¹⁸ Daher müsse abgewartet werden, ob durch diese Argumentationslinie die (Straf-)Zahlungen nicht doch die Anwendbarkeit der Mutter-Tochterrichtlinie begründen könnten.⁸¹⁹

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Mutter-Tochterrichtlinie „partiell“ Anwendung finden kann. Dies wird z.T. abgelehnt,⁸²⁰ zum Teil aber auch bejaht.⁸²¹ Eher dem Wortlaut der Mutter-Tochterrichtlinie dürfte die erstgenannte Ansicht entsprechen, wenn es im Anhang der Mutter-Tochterrichtlinie heißt, dass Gesellschaften im Sinne der Mutter-Tochter-

⁸¹⁵ Blaas/Ruoff in: Seibt/Conradi, Handbuch REIT-Aktiengesellschaft, 2008, Rdnr. 665.

⁸¹⁶ Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 7.

⁸¹⁷ Striegel in: Striegel, REITG, 2007, § 16, Rdnr. 7.

⁸¹⁸ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 21, Rdnr. 6.

⁸¹⁹ Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 21, Rdnr. 6.

⁸²⁰ Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 32.

⁸²¹ Knauthe, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, 2007, S. 168.

richtlinie (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a) MTRL) nur solche Gesellschaften sein können, die der deutschen Körperschaftsteuer unterliegen. Zweckmäßiger wäre indes letztgenannte Ansicht. Denn dann könnte zutreffend eine steuerliche Vorbelastung anteilig berücksichtigt werden. Auf nationaler Ebene wird diese anteilige Berücksichtigung der steuerlichen Vorbelastung durch § 19 a REITG geschaffen.

Im Schrifttum überwiegend ist jedoch die Meinung, dass die Mutter-Tochterrichtlinie keine Anwendung findet. Das Wesen der Körperschaftsteuer sei, sämtliche Gewinne der Besteuerung zu unterwerfen und nicht nur partiell wie bei den Strafzahlungen. Auch überwiege bei diesen der Sanktionscharakter. Wesen der Körperschaftsteuer sei es hingegen, dass der Staat an der allgemeinen Leistungsfähigkeit anderer zum Wohle der Allgemeinheit finanziell partizipiere. Im Ergebnis dürfte die Mutter-Tochterraichtlinie damit keine Anwendung finden.⁸²²

3.11.4. Ergebnis zur Anwendbarkeit der Mutter-Tochterraichtlinie und identische steuerliche Folgen aufgrund der Entscheidungen Amurta, Denkavit und Aberdeen

Im Ergebnis wird die Mutter-Tochterraichtlinie auf die REIT-Dividenden vollständig nicht zur Anwendung gelangen können. Auch eine partielle Anwendbarkeit dürfte im Ergebnis nicht durchdringen.

Das steuerlich identische Ergebnis ergibt sich – bezogen auf die steuerlich vorbelasteten Dividendenteile – jedoch aufgrund der EuGH-Vorgaben in den Rechtssachen Amurta, Denkavit und Aberdeen, was angesichts eindeutiger Rechtsprechungsvorgaben argumentativ vorzugswürdig ist. Denn die partielle Anwendung der Mutter-Tochterraichtlinie hätte zur Konsequenz, dass die steuerlich vorbelasteten Dividendenbestandteile bei ausländischen Kapitalgesellschaften nicht besteuert werden dürften. Da sie bei deutschen Kapitalgesell-

⁸²² Lüdicke, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, 2008, S. 127; Reimer in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, Europarechtliche Analyse, Rdnr. 32; Engers in: Helios/Wewel/Wiesbrock, REIT-Gesetz, 2008, § 19, Rdnr. 11; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 340; Andreas Striegel/Gallenkamp in: Striegel, REITG, 2007, § 3, Rdnr. 14; Götz in: Striegel, REITG, 2007, § 11, Rdnr. 34; Hufeld, EWS 2008, S. 210.

schaften nach §§ 19 a REITG, 8 b KStG nicht besteuert werden, folgte der EuGH hieraus, dass auch ausländische Kapitalgesellschaften diesbezüglich keiner Besteuerung unterliegen dürfen. Dem steuerlichen Diskriminierungsverbot wurde hierdurch Rechnung getragen.

§ 4 Überlegungen im Hinblick auf eine europäische Lösung – der EU-REIT

Vor dem Hintergrund der weitgehenden europarechtlichen Problematik, der damit verbundenen Unsicherheit, welche zu Lasten des deutschen REIT geht, wurde die Forderung nach einer europarechtlichen Regelung erhoben, einem „EU-REIT“.⁸²³ Nachdem sich der REIT in nunmehr zahlreichen EU-Mitgliedstaaten als eigenständige Asset-Klasse etabliert habe, würde ein einheitlicher EU-Maßstab die Transparenz und Vergleichbarkeit zwischen den nationalen REIT-Regelungen erhöhen.⁸²⁴ Schon der Vergleich zwischen den drei europäischen Regelungskonzepten des französischen, des britischen und des deutschen REIT zeige, dass die rechtlichen Unterscheidungsmerkmale nur untergeordneter Natur sind, so dass politische Bemühungen Erfolg versprechen sollten, auf EU-Ebene ein Konzept für einen „europäischen REIT“ zu entwickeln.⁸²⁵ Deshalb sollten die jetzigen Regelungen nur als ein Zwischenstadium verstanden werden. Langfristig müsste versucht werden, die nationalen REIT-Besteuerungskonzepte zu vereinheitlichen, um so die Besteuerung ausländischer Anteilseigner sicherzustellen bei gleichzeitig vollen Investitionsmöglichkeiten.⁸²⁶

Die rechtlichen Anforderungen, die ein EU-REIT erfüllen müsste, sind kurz und einfach zu formulieren: Er muss unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen, die Mitgliedstaaten müssen ihre aus Doppelbesteuerungsabkommen resultierenden Verpflichtungen erfüllen und ausländische Anleger angemessen besteuern können.⁸²⁷

Bei einer europäischen Lösung würde der europäische Immobiliensektor erheblich an Bedeutung gewinnen. Der europäische REIT-Sektor könnte sich auf einer breiteren Basis entwickeln und bildete ein Gegengewicht zu den amerikanischen und asiatischen, bislang dominierenden REIT-Märkten. Es

⁸²³ Knopflach/Körfggen in: Schäfer, REITs, 2007, S. 309; Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 278; Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 265.

⁸²⁴ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 265.

⁸²⁵ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 265.

⁸²⁶ Voigtländer in: IDW, Chance für den Standort Deutschland, 2007, S. 29.

⁸²⁷ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 279.

würde sich ein Immobilienmarkt auf europäischer Ebene entwickeln, der zudem höhere Stabilität und Akzeptanz mit sich brächte.⁸²⁸ Zudem ließen sich die weitreichenden europarechtliche Bedenken ausräumen, dass nationale REIT-Regelungen gegen die Grundfreiheiten des AEUV verstoßen könnten, insbesondere gegen die Kapital- und Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 63 AEUV.⁸²⁹ Auch die steuerliche Problematik der unterschiedlichen Behandlung in- und ausländischer REITs würde durch eine europäische Lösung bewältigt werden können und Wettbewerbsverzerrungen, die aus national unterschiedlichen REIT-Strukturen resultieren, würden vermieden.⁸³⁰ Die indirekte Immobilienanlage würde europaweit einem einheitlichen Standard entsprechen, so dass auch Länder, die bisher über keine REITs verfügen, von den Möglichkeiten dieses Kapitalanlageproduktes profitieren könnten.⁸³¹

Der EU-REIT wäre nach der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)⁸³², der Europäischen Gesellschaft (SE)⁸³³ und der Europäischen Genossenschaft (SCE)⁸³⁴ eine weitere Möglichkeit des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses auf europäischer Ebene. Ebenso wie bisher die EWIV, SE und SCE könnte der EU-REIT per Verordnung eingeführt werden.⁸³⁵ Rechtsgrundlage hierfür wäre Art. 352 AEUV.⁸³⁶

Die Argumente, die für die gesetzliche Einführung der EWIV, SE und SCE sprachen, lassen sich auf einen möglichen EU-REIT übertragen. Bezüglich der bisher schon eingeführten europäischen Gesellschaftsformen wurde ausgeführt:

⁸²⁸ Knopflach/Körfgin in: Schäfer, REITs, 2007, S. 309.

⁸²⁹ Knebel/Schmidt in: Schäfers u.a., Handbuch Real Estate Investment Trusts, 2008, S. 265.

⁸³⁰ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 278.

⁸³¹ Bron, Der G-REIT – eine rechtsökonomische Analyse mit steuerlichem Fokus, 2007, S. 279.

⁸³² VO EWG Nr. 2137/85 des Rates v. 25. 07. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. Nr. L 199 v. 31. 07. 1985, S. 1.

⁸³³ VO EG Nr. 2157/2001 des Rates v. 08. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 v. 10. 11. 2001, S. 1.

⁸³⁴ VO EG Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 07. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. Nr. L 207 v. 18. 08. 2003, S. 1.

⁸³⁵ Denkbar wäre auch die Einführung mittels Richtlinie. Die Richtlinie ist nach Art. 288 Abs. 3 AEUV in ihren Zielen verbindlich, überlässt den Mitgliedstaaten jedoch einen weitergehenden Umsetzungsspielraum.

⁸³⁶ SE, SCE und EWIV wurden jeweils mit Hinweis auf die entsprechende Vorgängervorschrift eingeführt.

„Der Binnenmarkt und die damit einhergehend angestrebte Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Lage in der gesamten Union⁸³⁷ setzt neben der Beseitigung von Handelshemmnissen auch die Möglichkeit voraus, sich gesellschaftsrechtlich unionsweit reorganisieren zu können, um so Tätigkeiten auf Unionsebene planen und betreiben zu können. Dies gilt für alle Unternehmen, die nicht allein auf die Befriedigung rein örtlicher Bedürfnisse beschränkt sind. Gesellschaftsstrukturen müssen insoweit an die wirtschaftliche Dimension der Union angepasst werden. Die Union muss zur Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen und im Interesse der wirtschaftlichen Entwicklung für die in den Mitgliedstaaten gemeinhin anerkannten Gesellschaften ein angemessenes rechtliches Instrument zur Verfügung stellen, das eine Entwicklung ihrer länderübergreifenden Tätigkeiten fördert. Das der Rechtsrahmen für eine Geschäftstätigkeit innerhalb der Union immer noch weitgehend auf einzelstaatlichem Recht beruht, entspricht nicht dem wirtschaftlichen Rahmen, innerhalb dessen sich dies entwickeln muss, wenn die Ziele von Art. 21 AEUV⁸³⁸ erreicht werden sollen. Die Verwirklichung von Umstrukturierungs- und Kooperationsmaßnahmen, an denen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten beteiligt sind, stößt daher auf rechtliche, steuerliche und psychologische Schwierigkeiten. Auch würde eine europäische Lösung den Unternehmen die Wahl für die Gesellschaftsform eines bestimmten nationalen Rechts ersparen. Hierdurch würden Gesellschaften europäischen Zuschnitts ermöglicht. Neben den bisherigen Gesellschaftsformen des nationalen Rechts ist daher die Schaffung von Gesellschaften vorzusehen, deren Struktur und Funktionsweise durch eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende Verordnung geregelt wird.“⁸³⁹

Konvergent zu dieser bereits bestehenden und etablierten Argumentationslinie könnte auch der EU-REIT, als zusätzliche Option, von europäischer Seite gesetzlich nach Art. 352 AEUV zur Verfügung gestellt werden.⁸⁴⁰

⁸³⁷ In den Verordnungen steht noch „Gemeinschaft“. Diese Terminologie wird durch den Vertrag von Lissabon geändert zu „Union“.

⁸³⁸ Die Vorschrift beinhaltet eine „Freizügigkeitsregelung für Unionsbürger“. Diese dürfen sich innerhalb des Unionsgebiets frei bewegen und aufhalten.

⁸³⁹ Ausführlich: EWIV-, SE- und SCE-VO, jeweils zu Beginn.

⁸⁴⁰ In Anbetracht der Unbestimmtheit möglicher Anwendungsfälle von Art. 352 AEUV setzt ihre Inanspruchnahme verfassungsrechtlich die Ratifikation durch den Deutschen Bundestag und Bundesrat auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG voraus. Der deutsche Vertreter im Rat darf die förmliche Zustimmung zu einem entsprechenden Rechtssetzungsvorschlag der Kommission für die Bundesrepublik Deutschland nicht erklären, solange diese verfassungs-

§ 5 Zusammenfassung

Das Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen eröffnet eine neue, innovative Form der indirekten Immobilienanlage in Deutschland. Neben offenen und geschlossenen Immobilienfonds bietet sich nunmehr die Möglichkeit, über börsennotierte REIT-Aktiengesellschaften an den Potentialen der deutschen und internationalen Immobilienmärkte zu partizipieren, wobei diese Anlageform dergestalt begünstigt ist, dass die Gesellschaft auf Unternehmensebene von der Besteuerung ausgenommen wird, was nach Einführung der Abgeltungssteuer gerade für Privatanleger von Vorteil ist. Dass die REIT-Investition jederzeit offen steht, wurde durch Streubesitz- sowie Höchstbeteiligungsquoten sichergestellt. Der deutsche REIT orientiert sich insoweit an den internationalen Standards.

An die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von gesellschaftsrechtlichen Vorgaben geknüpft, die dem REIT eine sehr eigenständige gesellschaftsrechtliche Struktur verleihen und für die Anleger erkennbar machen, welche immobilienpezifischen Risiken seine Investition aufweist. Die Einführung des REIT wurde gesetzlich durch die so genannte Exit-Tax gefördert. Für die Dauer der prognostizierten Markterschließung (bis 31. 12. 2009) wurden Immobilienveräußerungsgewinne begünstigt besteuert, soweit betriebliche Immobilien an einen REIT oder Vor-REIT veräußert wurden. Aufgrund der Immobilien- und Finanzkrise blieb die Marktentwicklung des REIT gleichwohl hinter den einstigen Erwartungen zurück.

Der REIT ist von seiner Gesellschaftsstruktur her eine sehr komplexe Gesellschaftsform, deren Ausgestaltungsmerkmale wirtschaftlich einengende Wirkung entfalten können, die jedoch den Ausgleich für die spezifischen Vergünstigungen darstellen. Diese Kombination hatte zur Konsequenz, dass die europarechtliche Zulässigkeit nahezu jeder Vorschrift hinterfragt und diskutiert wurde. Gelitten hat hierdurch das rechtliche Konstrukt des REIT und des REIT-Sektors insgesamt, ist doch eine verlässliche Prognose in Bezug auf Anlegerstruktur, Unternehmensgegenstand und Besteuerungskonzept kaum mehr möglich. Schon während des

rechtlich gebotenen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, BVerfG, Urteil v. 30. 06. 2009 – 2 BvE 2/08, NJW 2009, S. 2267, 2284; Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2010, S. 111.

Gesetzgebungsverfahrens vermochte kein juristischer Vertreter rechtssicher einzuschätzen, welche europarechtlichen Folgen mit der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung deutscher und ausländischer REITs verbunden sind. Darüber hinausgehend hat die vorliegende Arbeit gezeigt, wie vielschichtig die aus europarechtlichen Vorgaben resultierenden Probleme sein können, insbesondere dann, wenn das den Grundfreiheiten immanente Beschränkungsverbot „freiheits-erweiternd“ verstanden wird. Auch hat die vorliegende Arbeit gezeigt, dass den Nationalstaaten nur dann ausreichender Raum zur selbstbestimmten Ausgestaltung neuer Gesellschaftsformen verbleibt, wenn sich die Grundfreiheiten auf ihre Funktion als besondere Diskriminierungsverbote beschränken. Nur so lässt sich ein harmonischer und sachgerechter Ausgleich zwischen den föderalen Kompetenzen der Mitgliedstaaten sowie denen der Union erreichen.

Schon die Einführung des deutschen REIT hat sich angesichts der europarechtlichen Problematik nachhaltig hinausverzögert und stand zeitweilig gänzlich zur Disposition. Die durch die Grundfreiheiten gewährleistete Möglichkeit grenzüberschreitender Wirtschaftsentfaltung kann sich damit ins weitgehende Gegenteil verkehren und gesetzlichen Neuerungen in kontraproduktiver Weise im Wege stehen. Auch Deutschland kam letztlich nur aufgrund der internationalen Entwicklung von REIT-Strukturen, der zunehmenden Akzeptanz des REIT am internationalen Kapitalmarkt und des daraus resultierenden Handlungsdrucks nicht umhin, den REIT auch hierzulande als Anlageprodukt implementieren zu müssen.

Folgende gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsmerkmale verstoßen gegen unionsrechtliche Vorgaben:

- Das Erfordernis ausschließlich im Ausland gelegenen Immobilienvermögens der REIT-Auslandsobjektgesellschaft. Denn einer inländischen Kapitalgesellschaft ist der inländische Immobilienerwerb gestattet. Dies einer Auslandsobjektgesellschaft vorzuenthalten ist unionsrechtlich diskriminierend.
- Das Erfordernis ausschließlich im Ausland belegenen Immobilienvermögens einer Kapitalgesellschaft, wenn diese durch den REIT erworben werden und als Auslandsobjektgesellschaft dienen soll, wenn die Gesellschaft hierfür zunächst ihr deutsches Immobilienvermögen veräußern müsste.

Folgende gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsmerkmale sind mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar:

- Die Anteilsbesitzbeschränkungen. Hierzu gehören die allgemeine Höchstbeteiligungsquote von unter zehn Prozent, die besondere Höchstbeteiligungsquote von 50 Prozent nach § 3 Nr. 70 S. 4 EStG, die Streubesitzquote von 15 Prozent sowie die vollständig konsolidierte REIT-Dienstleistungs- und Auslandsobjektgesellschaft. Diese Einschränkungen enthalten weder eine offene noch verdeckte Diskriminierung. Auch beinhalten weder die Grundfreiheiten noch die Kapitalverkehrsrichtlinie die freiheitsrechtliche Garantie, sich an jeder Gesellschaft beteiligen oder diese gar vollständig übernehmen zu können.
- Die Vollkonsolidierungsverpflichtung der Auslandsobjektgesellschaft ist auch vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes zulässig. Zwar lässt sich argumentieren, dass auf nationaler Ebene die anteilige Investition in geschlossene Immobilienfonds oder deren Komplementär-GmbH zulässig ist und die Auslandsobjektgesellschaft dadurch diskriminiert werde. Bei eingehender Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Auslandsobjektgesellschaft weder mit einer Komplementär-GmbH noch mit einem geschlossenen Immobilienfonds zu vergleichen ist und eine Ungleichbehandlung daher ausscheidet.
- Die Beschränkung der Investitionsmöglichkeit in geschlossene Immobilienfonds. Damit vorenthalten bleibt zwar die Investitionsmöglichkeit in ausländische indirekte Immobilienanlageprodukte. Jedoch stellt der geschlossene Immobilienfonds von der Gesellschaftsstruktur, dem Unternehmensgegenstand, der Anteilseignerschaft, der Fungibilität und der spezifischen Immobilienhaltedauer ein sehr eigenständiges Anlageprodukt dar, mit dem ausländische indirekte Anlageprodukte im Regelfall nicht zu vergleichen sind. Dementsprechend kann über das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot die Möglichkeit der Investition in ausländische indirekte Immobilienanlageprodukte nicht eröffnet werden.
- Der Firmenschutz für ausschließlich deutsche REITs. Zwar haben Zuzugs-REITs ebenfalls ein Interesse an der Firmenbezeichnung REIT, Real Estate Investment Trust etc. Jedoch sind Zuzugs-REITs nach geltendem Recht

körperschaftsteuerpflichtig. Aus diesem Grunde ist es durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls – nämlich dem Anlegerschutz – gerechtfertigt, den Zuzugs-REITs die Firmenbezeichnung „REIT“, „Real Estate Investment Trust“ etc. zu versagen.

- Die verbale Beschränkung des REIT-Status auf Aktiengesellschaften. Das im REITG enthaltene Tatbestandsmerkmal „Aktiengesellschaft“ ist unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch die spezifisch europäische Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft den Sonderstatus des steuerfreien REIT erlangen kann. Die Formulierung „Aktiengesellschaft“ ist kein Ausschlussmerkmal zu Lasten der Europäischen Aktiengesellschaft, sondern vielmehr eine Art Kurzbezeichnung für die Rechtsformen der Aktiengesellschaft sowie der Europäischen Aktiengesellschaft.
- Das Erfordernis des Aktienlistings innerhalb des EU-/EWR-Raums. Die Zulassung von Aktien ist zunächst durch die Kapitalverkehrsrichtlinie geschützt, so dass die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig ist und nicht die Niederlassungsfreiheit. Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt – im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit – grundsätzlich auch gegenüber Drittstaaten. Jedoch ist die Beschränkung grundfreiheitskonform, da sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht. Denn die Börsenplätze des europäischen Wirtschaftsraums garantieren ihren Aktionären einen vergleichbaren, durch EU-Richtlinien harmonisierten Anlegerschutz, der bei in Drittländern gelegenen Börsenplätzen in nicht vergleichbarer Weise sichergestellt ist.
- Die beschränkten Wachstumsmöglichkeiten der REIT-Dienstleistungsgesellschaft. Zwar begründet der Umstand, dass diese nur 20 Prozent des Gesamtvermögens ausmachen darf sowie der Umstand, dass nur 20 Prozent der REIT-Erträge von der REIT-Dienstleistungsgesellschaft stammen dürfen, ein Marktzutrittshindernis, da sich die Dienstleistungsgesellschaft gegebenenfalls nicht den Marktmöglichkeiten entsprechend entfalten kann. Jedoch liegt hierin keine spezifische Schlechterstellung der ausländischen Marktentwicklungsmöglichkeiten im Verhältnis zum Inlandssachverhalt.
- Mindestausschüttung von 90 Prozent des handelsrechtlichen Gewinns. Hieraus resultiert zwar ein allgemeines Wachstumshindernis mit der Folge,

dass der Zutritt zu außerhalb Deutschlands gelegenen Märkten betriebswirtschaftlich erschwert wird. Gleichwohl wird das Wachstum zu Lasten ausländischer Märkte nicht spezifisch benachteiligt. Vergleichbares gilt für die Vollausschüttungsverpflichtung auf Ebene der REIT-Dienstleistungstochter.

- Kein Immobilienhandel. Zwar wird der Verkauf einer ausländischen Gesellschaft im Extremfall mit dem sofortigen Verlust des REIT-Status sanktioniert. Jedoch ist dieses Veräußerungsverbot nichtdiskriminierend, so dass hieraus kein Marktzutritts Hindernis erwächst.
- Ausgeschlossene Möglichkeit zur Erbringung von Dienstleistungen durch den REIT und die nachgeordnete Immobilienpersonengesellschaft. Zwar wird hierdurch das Erbringen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen sanktioniert, jedoch geschieht dies in nichtdiskriminierender Weise und ohne dass hierin ein Marktzutritts Hindernis zu erblicken wäre.
- Nach der EuGH-Entscheidung Cartesio ist das deutsche Sitzerfordernis mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar.
- Der Ausschluss von Bestandswohnmobilien bei ausschließlich deutschen REITs. Hierbei handelt es sich um eine Schlechterstellung deutscher REITs im Verhältnis zu ausländischen REITs. Dies wird von den Grundfreiheiten nicht erfasst. Es handelt sich insofern um eine zulässige Form der Inländerdiskriminierung.
- Die REIT-spezifische Rücklagemöglichkeit nach § 13 Abs. 3 REITG stellt keine unzulässige Beihilfe dar. Es handelt sich um eine sachbezogene Ausschüttungssperre, die mit keinem steuerlichen Vorteil für den REIT verbunden ist.
- Die beschränkte Fremdfinanzierungsmöglichkeit. Die entsprechende einkommensteuerliche Vorschrift des § 4 h EStG mag europarechtlich problematisch sein, da sie bei inländischen Organschaftsverhältnissen nicht zur Anwendung gelangt. Diese Problematik kann jedoch nicht auf die allgemeine Fremdfinanzierungsbeschränkung von REITs übertragen werden.

Folgende steuerliche Behandlung ist mit europarechtlichen Vorgaben unvereinbar:

- Die Exit-Tax. Sie stellt zunächst keine unionsrechtlich unzulässige Beihilfe dar. Auf Ebene der Immobilienveräußerer liegt keine unternehmensspezifische Besserstellung vor und auf Ebene des REIT ist der erhaltene Vorteil nicht mit der notwendigen Kausalität auf eine von staatlicher Seite stammende Vergünstigung rückführbar. Sie verstößt jedoch gegen die Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit und muss entsprechend gewährt werden, soweit ausländische REITs inländisches Betriebsvermögen während des Begünstigungszeitraums erworben haben.
- Die Besteuerung ausländischer Anleger, soweit die Dividenden steuerlich vorbelastet sind. Denn diese Dividendenbestandteile werden bei inländischen betrieblichen Anlegern nicht (§ 8 b Abs. 1 KStG) oder nur zu 60 Prozent (Teileinkünfteverfahren) besteuert. Bei Steuerausländern werden diese Dividendenbestandteile vollständig besteuert. Nach den EuGH-Entscheidungen Amurta, Denkavit und Aberdeen ist dies unionsrechtlich unzulässig. Entsprechend können sich Steuerausländer nach § 50 d Abs. 1 EStG die zuviel gezahlten Steuern erstatten lassen.
- Die steuerliche Begünstigung nach § 19 a REITG, soweit hierdurch steuerlich vorbelastete Dividendenanteile auf Anlegerebene nach § 8 b KStG und § 3 Nr. 40 EStG begünstigt werden, wenn diese einer steuerlichen Vorbelastung von mindestens 15 Prozent unterlegen haben. Denn hierdurch wird die Immobilieninvestition in „Niedrigsteuerländer“ behindert. Entsprechend ist auf Anlegerebene unter Berücksichtigung von § 3 Nr. 40 EStG, § 8 b KStG zu besteuern, wenn die steuerliche Vorbelastung weniger als 15 Prozent ausgemacht hat.

Folgende steuerliche Behandlung ist mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar:

- Die beschränkte Steuerpflicht ausländischer REITs. Insoweit spricht zunächst die Schlussbesteuerung nach § 18 Abs. 7 REITG dafür, dass auch ausländische REITs nicht völlig steuerbefreit sein können. Denn hinsichtlich des nichtausgeschütteten Teils des Jahresüberschusses, werden REITs

besteuert, wenn auch die Besteuerung bis zum Zeitpunkt des Statusverlusts gestundet wird. Insoweit liegt keine Steuerfreistellung vor.

Im Übrigen spricht das Territorialitätsprinzip für die beschränkte Steuerpflicht ausländischer REITs, denn bei wirtschaftlicher Betrachtung wirkt sich Ausschüttungsaufwand steuermindernd aus. Dass Deutschland sich ausländischen Aufwand nicht steuermindernd entgegenhalten lassen muss, hat der EuGH in „Futura Participations und Singer“ anerkannt.

Zuletzt spricht die Gefahr vor steuerlichen Missbräuchen dafür, ausländische REITs hierzulande der beschränkten Steuerpflicht zu unterwerfen. Denn durch aufwandswirksame Buchverluste und sonstige bilanzielle Passivposten kann die Höhe des Jahresüberschusses und damit die Höhe der zu leistenden Ausschüttung sehr weitgehend gestaltet werden. Dies begründet Missbrauchsgefahren. Im Gegenzug unterliegen deutsche REITs im Ausland der beschränkten Steuerpflicht. Die dortige steuerliche Vorbelastung wird auf deutscher Anlegerebene jedoch über § 19 a Abs. 1 u. 2 REITG berücksichtigt, soweit nicht die Abgeltungssteuer greift.

- Die steuerliche Ungleichbehandlung in- und ausländischer Anleger im Hinblick auf § 19 Abs. 5 REITG, soweit der ausländische REIT nicht alle Vorgaben des deutschen REIT-Gesetzes erfüllt. Der deutsche Anleger kommt daher nicht in den Genuss der steuerlichen Vergünstigungen nach §§ 3 Nr. 40 EStG und 8 b KStG, soweit der ausländische REIT im Ausland zwar als REIT anerkannt ist, der ausländische REIT jedoch nicht den deutschen Vorgaben des REIT-Gesetzes entspricht. Zwar würden entsprechende Gesellschaften in Deutschland nicht als REIT sondern als herkömmliche Immobilienaktiengesellschaft qualifiziert werden. Jedoch knüpft die steuerliche Begünstigung oder Vollbesteuerung an eine Vorversteuerung auf Gesellschaftsebene an. Steuerlich begünstigt sollen nur solche Dividenden werden, die steuerlich vorbelastet wurden.
- Das Treaty-Override ist als solches mit unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar.
- Die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene ist nicht als unzulässige Beihilfe zu qualifizieren. Die Steuerfreiheit auf Gesellschaftsebene wird in Bezug auf die Dividenden auf Anlegerebene dadurch berücksichtigt, dass steuerliche

Vorteile, die im Normalfall eine steuerliche Vorbelastung kompensieren sollen (§§ 3 Nr. 40 EStG und 8 b KStG), nicht zur Anwendung gelangen. Ausschließlich für Privatanleger ist die Steuerfreistellung auf Gesellschaftsebene nach Einführung der Abgeltungssteuer mit einem echten steuerlichen Vorteil verbunden. Dieser Vorteil stellt jedoch eine Anpassung an besondere Umstände dar und ist beihilferechtlich daher nicht zu beanstanden.

- Die Besteuerung ausländischer Anleger, soweit die Dividenden aus Immobilienerträgen stammen.
- Eine sofortige Nachversteuerung der bislang steuerfreien REIT-Einnahmen im Falle der Sitzverlegung nach § 18 Abs. 7 REITG analog ist zulässig. Sie ist kohärent zur vorhergehenden Steuerfreistellung. Im Übrigen rechtfertigt das derzeit existente Vollzugsdefizit, welches die Steuerbeitreibung mittels Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie derzeit aufweist.
- Die Hinzurechnungsbesteuerung wurde durch die Neuregelung in § 8 Abs. 2 AStG wesentlich entschärft und ist seitdem unionsrechtskonform.
- Der Ausschluss der Mutter-Tochterrichtlinie. Der REIT ist von der Körperschaftsteuer befreit. Die zu entrichtenden Strafzahlungen stellen zwar eine Belastung des REIT dar. Diese Zahlungen können jedoch aufgrund ihres Sanktionscharakters nicht als Steuer qualifiziert werden.

Die vorliegende Aufzählung der unionsrechtlich problematischen Ausgestaltungsmerkmale zeigt, in welchem geringem Umfange die Grundfreiheiten und das Beihilfeverbot auf das nationale Recht abgestimmt sind. Sie zeigt, in welchem hohem Maße der Gesetzgeber seine Regelungskompetenz zur rechtssicheren Schaffung einer gesellschaftsrechtlichen Sonderform, die sich durch eine Vielzahl gesellschaftsrechtlicher Beschränkungen auszeichnet und im Gegenzug mit spezifischen Vergünstigungen bedacht wurde, verloren hat. So sehr man es generell auch für erstrebens- und wünschenswert halten mag, den Binnenmarkt über die Rechtsprechung des EuGH und hier vor allem das grundfreiheitsrechtliche Beschränkungsverbot vollends zu harmonisieren, so unverzichtbar muss es für die Union doch bleiben, den Mitgliedstaaten nationale Freiräume zur souveränen Ausgestaltung ihrer Rechtsräume zu belassen. Denn nur durch

gegenseitige Rücksichtnahme, die dem Grunde nach verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen entspricht, lässt sich das in dieser Arbeit aufgezeigte Spannungsverhältnis zwischen den rein marktwirtschaftlich wirkenden Grundfreiheiten, dem Beihilfeverbot sowie der nationalen Regelungs- und Ausgestaltungskompetenz sachgerecht lösen. Denn Europa bedeutet nicht nur Einheit, sondern auch und vor allem vertraglich respektierte Vielfalt.