

Stellungnahme **der Deutschen Steuer-Gewerkschaft**

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen

I.

Grundsatz

Mit dem Gesetzentwurf zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen sollen in einem eigenständigen REIT-Gesetz die gesellschafts- und steuerrechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden, welche von einem deutschen REIT zu erfüllen sind. Der REIT soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Spektrum der indirekten Immobilienanlage in Deutschland ergänzen und damit positive Wirkungen auf den inländischen Immobilienmarkt entfalten.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft anerkennt das Grundanliegen des Gesetzgebers – auch im Lichte internationaler Bestrebungen – mit dem Gesetzeswerk die Einführung von REITs in Deutschland in geordnete Bahnen zu lenken.

Kritisch bewertet die Deutsche Steuer-Gewerkschaft die

- damit verbundene Zunahme an Bürokratie, in diesem Zusammenhang vor allem die zahlreichen neuen Aufgaben der Steuerverwaltung, die infolge der geplanten Überwachungs- und Sanktionierungsmechanismen als „Wirtschaftskontrollbehörde“ tätig werden muss,
- die Sicherstellung der Gewinnbesteuerung auf Anlegerebene,
- die Schaffung neuer Steuersubventionstatbestände sowie

- die möglicherweise bestehende Europarechtswidrigkeit wichtiger Eckpunkte des Gesetzentwurfs.

II.

Zu den Vorschriften im Einzelnen

1. zu Artikel 1 (§§ 11 Abs. 4, 16 Abs. 1 REIT-Gesetz)

mögliche Europarechtswidrigkeit einzelner REIT-Vorschriften

§ 11 Abs. 4 REIT-Gesetz sieht vor, dass ein Anleger an einer deutschen REIT-Aktiengesellschaft lediglich mit 10 % beteiligt sein darf.

Nach Ansicht der Deutsche Steuer-Gewerkschaft bestehen Zweifel, ob diese Regelung mit dem europäischen Recht vereinbar ist.

Es könnte ein Verstoß gegen die in Artikel 56 ff. EGV geregelte Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs vorliegen.

Kapitalverkehrsfreiheit sieht einen europäischen Finanzmarkt vor, in dem der Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten untereinander nicht beschränkt wird. Nach Ansicht der Deutsche Steuer-Gewerkschaft ist es nicht ausgeschlossen, dass die in § 11 Abs. 4 REIT-Gesetz geregelte Höchstbeteiligungsquote von 10 % für eine deutsche REIT-Aktiengesellschaft aufgrund ihrer Beschränkung gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt.

Als problematisch sieht die Deutsche Steuer-Gewerkschaft ebenso die Regelung des § 16 Abs. 1 REIT-Gesetz an, die lediglich eine deutsche REIT-Aktiengesellschaft von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit – darin könnte ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 ff. EGV bzw. die Kapitalverkehrsfreiheit begründet liegen.

Nach den vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätzen sind Beschränkungen der europarechtlichen Grundfreiheiten nur dann zulässig, wenn sie einem gemeinschaftsrechtlich anerkannten Belang dienen, weder direkt noch mittelbar zwi-

schen Inland und EU-Ausland diskriminieren und zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich sind.

Folglich dürfte die Begründung zum REIT-Gesetz, wonach deutsche REITs einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Attraktivität und Stabilität des deutschen Kapitalmarktes leisten sollen, im Lichte des Europarechts belanglos sein und keinen Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung von inländischen und ausländischen REITs liefern. Nach gefestigter europäischer Rechtsprechung spielen zudem Fragen der Sicherung des deutschen Steuersubstrats auf europäischer Ebene keine Rolle und können damit nicht als Grund für die Bevorzugung inländischer REITs herangezogen werden.

Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass auch eine in einem anderen EU-Mitgliedsstaat ansässige REIT-Aktiengesellschaft in Deutschland eine Steuerfreistellung beanspruchen könnte – ggf. sogar unabhängig von einer 10-prozentigen Höchstbeteiligungsquote auf Anlegerseite. Folglich würde ein ausländischer REIT in Deutschland keine Steuern zahlen und auch die Anleger wären lediglich in dem Land steuerpflichtig, in dem der REIT seinen Sitz hat. Auf die derzeitig steuerpflichtigen inländischen Immobiliengewinne hätte der deutsche Fiskus damit keinerlei Zugriff mehr.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft mahnt deshalb im Hinblick auf die zu erwartenden Steuerausfälle an, während des Fortgangs des Gesetzgebungsverfahrens die offenen Fragen möglicher Europarechtswidrigkeit einzelner Normen des REIT-Gesetzentwurfs auf europäischer Ebene zu klären.

2. zu Artikel 1 (§§ 10 bis 18 REIT-Gesetz)

a) Aufgabenzuwachs bedingt personelle Verstärkung der Steuerverwaltung

Die steuerlichen Sonderregelungen für REITs sind an eine Reihe von Bedingungen gebunden, die REITs erfüllen müssen.

Neben der obligatorischen Börsenzulassung des REITs müssen mindestens 15 % der REIT-Anteile in Streubesitz gehalten werden. Des Weiteren darf kein Anleger mehr als 10 % der Anteile halten, 90 % der Gewinne müssen ausgeschüttet werden – es müssen mindestens 75 % der Bruttoerlöse aus Vermietung, Verpachtung oder

Immobilienveräußerung stammen. Darüber hinaus wird in § 14 REIT-Gesetz der Handel mit unbeweglichen Vermögen beschränkt, in § 15 REIT-Gesetz wird eine Kreditaufnahme der REIT-AG auf 60 % des REIT-Vermögens begrenzt.

Werden die Bedingungen von der REIT-Aktiengesellschaft nicht eingehalten, sehen §§ 16, 18 REIT-Gesetz ein Ende der Steuerbefreiung sowie Sanktionen in Form von Strafzahlungen vor.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft weist darauf hin, dass sämtliche Vorschriften an eine REIT-AG von der Steuerverwaltung geprüft und überwacht werden müssen, weil an diese die steuerlichen Sonderregelungen gebunden sind.

Dies führt zu deutlicher Mehrarbeit in der Steuerverwaltung, die im Hinblick auf REIT-Aktiengesellschaften die ordnungspolitische Aufgabe einer „Wirtschaftskontrollbehörde“ übernehmen muss.

Beispielsweise muss das zuständige Finanzamt prüfen, ob die REIT-Aktiengesellschaft mit ihrem unbeweglichen Vermögen Handel betreibt. Handel im Sinne des § 14 Abs. 2 REIT-Gesetz liegt dann vor, wenn die REIT-Aktiengesellschaft innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren Bruttoerlöse aus der Veräußerung von unbeweglichen Vermögen erzielt, die mehr als die Hälfte des Wertes des durchschnittlichen Bestandes an unbeweglichen Vermögen innerhalb desselben Zeitraums ausmachen. Der Wert des durchschnittlichen Bestandes soll sich dabei nach den Marktwerten richten. Nach § 18 Abs. 2 soll die Steuerbefreiung in dem Wirtschaftsjahr, in dem diese Grenze überschritten wird, entfallen.

An ein Entfallen der Steuerbefreiungen sind damit Überwachungs- und Prüfungstätigkeiten der Steuerverwaltung gebunden, die diese von ihrer eigentlichen Hauptaufgabe – die Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs – abhalten.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft sieht es deshalb als unabdingbar an, im Hinblick auf die neuen Aufgaben die Steuerverwaltung personell zu verstärken und entsprechend auszubilden.

b) REIT-Sanktionierung ist zu unbestimmt

Neben dem in § 18 REIT-Gesetz geregelten Katalog des Verlustes der Steuerbefreiung einer REIT-AG, der fünf Fälle umfasst, regelt § 16 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 REIT-Gesetz die Sanktion einer „Strafzahlung“, die die zuständige Finanzbehörde bei Vorliegen der Voraussetzungen erheben kann. Der Finanzverwaltung wird dabei Ermessen eingeräumt, ob und wie sie sanktionieren soll.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft lehnt die Sanktionsregelungen als zu unbestimmt ab.

Sinn und Zweck der Regelungen soll es nach dem Gesetzeskonzept sein, ein nicht gewolltes Verhalten der REIT-AG zu pönalisieren. Aus diesem Grund sollten die Sanktionen klar als „Muss-Vorschriften“ geregelt sein. Ansonsten ist die Sanktionierung ob ihrer Streit anfälligkeit für die Finanzverwaltung lediglich arbeitsintensiv und im Ergebnis aufgrund langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen praktisch wirkungslos.

Der Gesetzentwurf sah zunächst eine Sanktionierung in Form einer „Strafzahlung“ vor. Ein solcher Begriff ist dem Steuerrecht fremd, weil er – der Bundesrat führt dies in seiner Stellungnahme zutreffend aus – eher dem Bereich der Recht sprechenden Gewalt zuzuordnen ist. Der Bundesrat schlägt deshalb vor anstelle des Begriffs der „Strafzahlung“ den Begriff „Zahlung“ zu verwenden.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft ist der Ansicht, dass der Begriff der „Zahlung“ nicht hinreichend aussagekräftig ist. Sie schlägt deshalb vor, stattdessen den Begriff der „Ausgleichszahlung“ zu verwenden, um damit das sanktionierende und pönalisierende Element der Zahlung besser hervorzuheben.

3. zu Artikel 1 (§§ 19, 20 REIT-Gesetz)

Besteuerung auf Anlegerebene ist nicht sichergestellt

a) Mitteilungssystem ist notwendig

Der Verzicht auf die Besteuerung auf Unternehmensebene soll nach dem Gesetzesentwurf mit einer umfassenden Besteuerung auf Ebene der Anleger ausgeglichen werden.

Grundsätzlich unterliegen Immobiliengewinne dem Belegenheitsprinzip, wonach Gewinne dort besteuert werden, wo sie anfallen. Mit REIT-Aktiengesellschaften werden diese Einnahmen jedoch auf Ebene der REIT-Gesellschaft steuerfrei gestellt – steuerpflichtig bleibt allein der Anleger. Nach § 19 REIT-Gesetz sollen Ausschüttungen der inländischen REIT-Aktiengesellschaften den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG unterliegen.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft stellt infrage, ob mit den geplanten Regelungen rund um die Besteuerung der Ausschüttungen und sonstigen Bezügen von REIT-Aktiengesellschaften eine gleichmäßige Besteuerung praktisch möglich ist und damit dem verfassungsrechtlichen Verifikationsprinzip entsprochen werden kann.

Nach dem Gesetzentwurf erhält die Steuerverwaltung keinerlei Hinweise darüber, ob und in welchem Umfang einem inländischen Anleger Ausschüttungen oder sonstige Bezüge einer REIT-Aktiengesellschaft ausgezahlt werden. Letztendlich liegt es an der Steuerehrlichkeit des Anlegers, ob und inwieweit er diese steuerlichen Einkünfte angibt.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft fordert aus diesem Grund ein Mitteilungssystem, vergleichbar dem, welches der Gesetzgeber im Zuge des Alterseinkünftegesetzes zur Mitteilung von Renten an die Steuerverwaltung eingeführt hat.

b) Steuerakrobatik führt zu Steuerausfällen

Der Gesetzgeber schafft mit der Besteuerung auf Anlegerebene Voraussetzungen für Steuermisbrauch und Steuerakrobatik.

Bei der Besteuerung von ausländischen Anlegern werden die in den Doppelbesteuerungsabkommen festgelegten Quellensteuersätze fällig.

Dies führt dazu, dass im Einzelfall lediglich zwischen 10 und 15 % Quellensteuer erhoben wird.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft ist der Ansicht, dass die Steuerakrobatik Wege und Mittel finden wird, dass auch deutsche Anleger in den Genuss dieser niedrigen Steuersätze kommen werden.

Im Zusammenhang mit einer Reform der Unternehmensteuer ist geplant, ab dem 1. Januar 2009 Kapitaleinkünfte einheitlich mit einer 25-prozentigen Abgeltungsteuer zu belegen.

Insoweit würde es aufgrund fehlender Besteuerung auf Ebene der REIT-Aktiengesellschaft zu einer weiteren Privilegierung dieser Anlageform kommen.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft spricht sich schon jetzt strikt gegen die Einbeziehung von Ausschüttungen und sonstigen Bezügen von REIT-Aktiengesellschaften in die geplante 25-prozentige Abgeltungsteuer aus, sollte diese zum 1. Januar 2009 eingeführt werden.

4. zu Artikel 2 Nummer 1 (§ 3 Nummer 70 EStG–neu)

Exit Tax – neues Einfallstor für Steuermisbrauch

Um die Einbringung von Betriebsimmobilien in ein REIT zu fördern, sieht der Gesetzentwurf eine sog. Exit Tax vor. Hiernach soll die Aufdeckung der in betrieblichem Grundbesitz steckenden stillen Reserven dadurch privilegiert werden, dass die Hälfte des aus der Überführung in den REIT resultierenden Gewinns steuerfrei gestellt wird.

Für die vergünstigte Besteuerung ist Voraussetzung, dass sich die übertragende Immobilie seit mehr als 10 Jahren im Anlagevermögen des Verkäufers befindet, dass die Immobilie aufgrund eines zwischen dem 1. Januar 2007 und dem 31. Dezember 2009 geschlossenen Kaufvertrags übertragen wird und zudem der Erwerber die Immobilie mindestens 4 Jahre ab Vertragschluss hält.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft plädiert nachdrücklich für die Streichung des geplanten § 3 Nr. 70 EStG aus dem Gesetzentwurf.

Diese Regelung

- lädt zu Steuergestaltung und Steuerakrobatik ein, damit verbunden sind erhebliche Risiken für die öffentlichen Haushalte,
- schafft neue Steuersubventions- und Privilegierungstatbestände, die weitere Branchen auf den Plan rufen werden,
- ist im Lichte des europäischen Rechts problematisch und

- schafft erheblichen Administrationsaufwand auf Seiten der Steuerverwaltung.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft weist darauf hin, dass mit Einführung des sog. Exit Tax Steuergestaltungen ermöglicht werden, die mit erheblichen Steuerausfällen verbunden sind.

Im Bereich der Gewerbeimmobilien ist absehbar, dass REIT-Aktiengesellschaften die bisher von Unternehmen selbst genutzte Immobilien im großen Stil aufkaufen werden, um diese an die Unternehmen zurückzuvermieten. Unternehmen können damit einerseits stille Reserven in Form von Immobilienvermögen steuerbegünstigt heben, andererseits entstehen mit den Mietzahlungen für die Nutzung der Immobilien Kosten, die den zu versteuernden Unternehmensgewinn mindern. Dieses Prinzip des sog. sale and lease back erhöht die Liquidität eines Unternehmens und reduziert gleichzeitig seine Steuerlast.

Besonders problematisch ist – dies führt der Bundesrat mit seiner Stellungnahme zutreffend aus -, dass eine sale and lease back-Gestaltung – die von der Gesetzgebung zum REIT-Gesetz ausdrücklich erfasst wird – umso rentabler ist, je höher der Veräußerungserlös für die Immobilie vereinbart wird. Der Steuerverwaltung wird es kaum möglich sein, den Vertragsparteien einen Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 Abgabenordnung nachzuweisen.

Mit § 3 Nr. 70 EStG werden zudem unnötig neue Steuerprivilegien geschaffen, die weitere Branchen auf den Plan rufen werden. Es wird fraglich sein, ob aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung andere Anlageformen von dem Steuerprivileg des geplanten § 3 Nr. 70 EStG ausgeschlossen werden können.

Zudem besteht die Gefahr, dass nicht nur deutsche sondern auch ausländische REITs den Vorteil der Exit Tax nutzen wollen. Hier stellt sich die Frage - der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme zu Recht darauf hin –, ob die Begünstigung lediglich deutscher REITs vor dem Hintergrund des europäischen Beihilferechts bzw. der Kapitalverkehrsfreiheit in europarechtlicher Hinsicht haltbar sein wird.

Die in § 3 Nr. 70 EStG-neu geregelte rückwirkend entfallende Steuerbefreiung führt zu einem administrativen Mehraufwand für die Steuerverwaltung, weil über einen Zeitraum von 4 Jahren vonseiten der Steuerverwaltung überwacht werden muss, ob die REIT-Aktiengesellschaft die zuvor erworbene Immobilie wieder veräußert oder der Vor-REIT nicht innerhalb dieser Frist als REIT-Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Im letzteren Falle müsste sich die Steuerverwaltung abermals als „Wirtschaftskontrollbehörde“ betätigen.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft spricht sich aus diesen Gründen nachdrücklich für eine Streichung des § 3 Nr. 70 EStG-neu aus.

5. Vorschlag der Bundesrats zu Artikel 5 a-neu (§ 3 Abs. 4 AO)

Der Bundesrat schlägt mit seiner Stellungnahme vor mit der Novellierung des § 3 Abs. 4 AO Zahlungen gemäß § 16 Abs. 3 bis 5 des REIT-Gesetzes als steuerliche Nebenleistungen zu deklarieren.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft unterstützt den Vorschlag des Bundesrates dahin, dass er klar stellt, dass die „Zahlung“ – nach Vorschlag der Deutschen Steuer-Gewerkschaft „Ausgleichszahlung“ – de jure keine Steuer ist.

Andererseits ist diese „Ausgleichszahlung“ wirtschaftlich betrachtet eben doch ein Ersatz-Steuertatbestand und geht über die üblichen und bekannten steuerlichen Nebenleistungen weit hinaus.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft befürchtet daher, dass in Rechtsstreitigkeiten über solche Zahlungen geltend gemacht werden könnte, die finanzverfassungsrechtliche Kompetenzordnung des Grundgesetzes (Art. 104 a ff GG) sehe eine solche Geldleistung im Finanzgefüge nicht vor, mithin sei ihre Erhebung verfassungswidrig.

Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft regt an, diesen verfassungsrechtlichen Aspekt zu bedenken.

III.

Fazit

Mit dem Gesetzentwurf zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen sollen neben den gesellschafts- auch die steuerrechtlichen Voraussetzungen für REIT-Aktiengesellschaften geschaffen werden.

Damit verbunden sind in steuerlicher Hinsicht weitere Verkomplizierungen sowie – entgegen den anfänglichen Plänen der Großen Koalition - die Aufnahme neuer Steuersubventionstatbestände, die weitere Branchen auf den Plan rufen werden.

Die Steuerverwaltung wird unnötig mit zusätzlichen Überwachungs- und Sanktionsaufgaben belastet, die arbeitsintensiv sind und neben der Kerntätigkeit der Steuererhebung geleistet werden müssen.

Darüber hinaus bestehen bei zahlreichen wichtigen Vorschriften des REIT-Gesetzentwurfs europarechtliche Bedenken, die neben bestehenden Möglichkeiten zur Steuerakrobatik – hier vor allem das sale and lease back-Verfahren aufgrund des § 3 Abs. 70 EStG-neu – zu spürbaren Steuerausfällen führen werden.

Aus Sicht der Praxis bestehen zudem Bedenken, ob auf Anlegerseite eine gleichmäßige Besteuerung durchgesetzt werden kann. Die Deutsche Steuer-Gewerkschaft sieht es in dieser Hinsicht deshalb als unabdingbar an – ähnlich den Rentenmitteilungen – ein Meldeverfahren vorzusehen, um so nach Maßgabe des Verifikationsprinzips die verfassungsrechtlich gebotene zutreffende steuerliche Erfassung von REIT-Gewinnen zu ermöglichen.

Für eine bestimmte Form wirtschaftlichen Handelns wird ein „Sonder-Steuerrecht“ geschaffen.

Dies ist aus steuersystematischer Sicht sehr problematisch. Ein solches Vorhaben konterkariert die Bemühungen für ein durchschaubares und gleichmäßig anwendbares Steuerrecht.