

Schriftliche Stellungnahme

der

Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR)

**zum Entwurf eines Gesetzes
zur Schaffung deutscher Immobilienaktiengesellschaften
mit börsennotierten Anteilen
(BT-Drs. 16/4026)**

**anlässlich der Sachverständigenanhörung
vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages**

am 28. Februar 2007

c/o Dr. Carls Consulting

Mittelstraße 55 · 10117 Berlin

Tel. 0 30 / 22 48 87 12 · Fax 0 30 / 22 48 82 94 · Info@carls-consulting.de

Inhaltsverzeichnis

A.	Wohnungen als Vermögensgegenstände von REITs	- 3 -
I.	Die Regelungen zum Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien	- 3 -
II.	Defizite der Begründung	- 4 -
III.	Im Wettbewerb wirksame Benachteiligungen bestimmter Arten von Wohnungsunternehmen	- 8 -
IV.	Zu den Einwänden des Mieterschutzes und der Städtebaupolitik	- 9 -
V.	Deutsche REITs und der Schutz sozialschwacher oder stigmatisierter Mieter. Erbbaurechtlich gesicherte, flexibel zu nutzende Belegungsrechte	- 12 -
VI.	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Wohnungen	- 13 -
VII.	Vergleich von Rechtsformen im Hinblick auf sozialpolitische und städtebauliche Ziele	- 17 -
VIII.	Europarechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Wohnungen	- 21 -
IX.	Klarstellung zu § 13 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz	- 23 -
B.	Überlegungen zur Lösung des EK-02-Problems	- 24 -
I.	Ausgangssituation	- 25 -
II.	Wirtschaftliche Überlegungen	- 26 -
III.	Steuersystematische Anmerkungen	- 27 -
IV.	EK-02-Besteuerung unter den Anforderungen des Europarechts	- 29 -
V.	Pauschalbesteuerung anstatt des bisherigen § 38 Körperschaftsteuergesetz	- 31 -
VI.	Rechnerische Begründungen für eine Abschlagsteuer um 1 % des EK-02-Bestandes	- 32 -
VII.	Fiskalischer Ertrag aus einer sachgerechten Abschlagbesteuerung auf die EK-02-Bestände	- 37 -
VIII.	Verlängerte Ausübung des Wahlrechts zur Abschlagbesteuerung auf das EK-02	- 38 -

C.	Einzelheiten der REIT-Gesetzgebung	- 39 -
I.	Fair Value als Bezugsgröße für die Verschuldungsgrenze von REITs nach § 15 REIT-Gesetz	- 39 -
II.	Kein Ausschluss und keine Diskriminierung von Benachteiligungen des REITs, sofern sie sich innerhalb der Vermögensgrenzen oder der Ertragsgrenzen aus § 12 REIT-Gesetz halten	- 40 -
III.	Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf die Veräußerung von REIT-Anteilen	- 41 -
IV.	Keine Einschränkung der Exit-Tax im Falle von Betriebsveräußerungen oder Betriebsaufgaben oder bei Bildung einer Investitionsrücklage	- 42 -
V.	Keine Änderung der Form der Aktien in vinkulierte Namensaktien	- 44 -

Schriftliche Stellungnahme der Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR) zum Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (BT-Drs. 16/4026) anlässlich der Sachverständigenanhörung vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 28.02.2007

Die Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR) begrüßt die Absicht der Bundesregierung, deutsche REITs einzuführen und dies rückwirkend zum 01.01.2007 zu tun. Die IDWR bittet zugleich dringend darum, im Gesetzgebungsverfahren noch einmal zu prüfen, wie Wohnimmobilien unbeschränkt wie die anderen Immobilienarten auch zulässige Vermögensgegenstände von deutschen REITs werden können.

Wie im Allgemeinen Teil der Begründung (S. 23) ausgeführt, soll durch deutsche REITs die „Lücke“ geschlossen werden, die in Deutschland in Bezug auf international anerkannte börsennotierte und einem breiten Anlegerpublikum zugängliche indirekte Immobilienanlageformen besteht. Die Einführung von REITs ist dabei im weiteren Zusammenhang von anderen Gesetzgebungsinitiativen, wie der umfassenden Novellierung des Investmentrechts, des angekündigten Private-Equity-Gesetzes, aber auch der Unternehmensteuerreform 2008, zu sehen. Bei diesen Vorhaben geht es nicht nur um die Stärkung des Finanzplatzes Deutschland, sondern – mit dem Perspektivwechsel von der Anlegerseite zur Seite der Unternehmen, an denen Beteiligungen neu geregelt werden – auch um verbesserte Möglichkeiten für deutsche Unternehmen bei der Kapitalbeschaffung.

Gemessen daran erscheint der Ausschluss von Wohnungsbeständen von Deutschen REITs als völlig inakzeptabel. Hinsichtlich sozialpolitischer, mieterschützender oder städtebaupolitischer Bedenken sollte die REIT-Gesetzgebung vielmehr als Chance begriffen werden, dass hier der Gesetzgeber in die Betätigung, die Finanzstruktur und das Corporate Governance von künftig wichtigen Investoren regulierend eingreifen kann.

In den genannten Kontext der neuen Regelungen zur Unternehmensfinanzierung gehört jedoch auch, dass eine andere Restriktion für ehemals gemeinnützige Wohnungsunternehmen, die Körperschaftsteuererhöhung nach § 38 Körperschaftsteuergesetz, endlich einer Lösung zugeführt wird. Die derzeit durch diese Vorschrift bewirkte faktische Ausschüttungsblockade lässt diese Unternehmen aus der Sicht von Investoren wie Übernahmekandidaten erscheinen, sobald die meist kommunalen Gesellschafter merkliche Ausschüttungen fordern. Auf Seiten potenzieller Käufer hingegen gibt es die Möglichkeit mit ihren hohen Zinsaufwendungen einen Ertragsstrom zu generieren, der der hohen Steuerbelastung von 45,3 % bei Ausschüttungen aus dem steuerlichen Eigenkapitalbestandteil EK-02 nicht unterliegt.

Zugleich birgt die für 2008 erwartete Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aufgrund eines Vorlagebeschlusses des Bundesfinanzhofes vom 22.02.2006 hohe fiskalische Risiken, weil dann für ausländische Anteilseigner die Besteuerung der EK-02-Bestände mit voller Rückwirkung für unzulässig erklärt werden könnte. Damit wäre auch die hohe Steuerbelastung für Ausschüttungen inländischer Anteilseigner nicht mehr zu rechtfertigen.

Der vorgelegte Gesetzentwurf zeichnet sich dadurch aus, dass überflüssige Regulierungen so weit wie möglich vermieden werden, indem sie auf das Corporate Governance oder die Wirtschaftsprüfung geschoben werden. Einige Regelungen, insbesondere die Besteuerung von 100%igen Tochtergesellschaften oder die Veräußerung von REIT-Anteilen, erscheinen jedoch als systemfremd und benachteiligen die REITs gegenüber anderen Immobilienanlagen.

A. Wohnungen als Vermögensgegenstände von REITs

I. Die Regelungen zum Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien

In § 1 Abs. 1 Nr. 1 REIT-Gesetz werden sog. Bestandsmietwohnimmobilien von den zulässigen Unternehmensgegenständen von REIT-AGs ausgeschlossen. Entsprechend der Begriffsdefinition aus § 3 Abs. 9 REIT-Gesetz handelt es sich bei Bestandsmietwohnimmobilien um Gebäude, deren Nutzfläche zumindest 50 % Wohnzwecken dient und die vor dem 01.01. 2007 „erbaut“ worden sind.

Die Begriffserklärung von § 3 Abs. 9 REIT-Gesetz leidet unter einigen untechnischen Ausdrücken. Dass Immobilien im Sinne dieser Vorschrift als Gebäude zu verstehen sind, ergibt sich erst aus der Begründung. Auch danach bleiben noch Schwierigkeiten der Abgrenzungen aufgrund des steuerrechtlichen Gebäudebegriffs. Sofern der Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien nur für Gebäude gelten soll, die vor dem 01.01.2007 „erbaut“ worden sind, erschließt sich nicht, ob auf die Baugenehmigungen oder den Bauantrag bzw. einen Kaufvertrag oder auf die Fertigstellung abgestellt wird.

Hinsichtlich der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 REIT-Gesetz ebenfalls mitumfassten Nutzungsrechte an Bestandsmietwohnimmobilien findet man in der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 9 REIT-Gesetz keine Erläuterung, da hier nur auf die Stichtagsregelung mit dem 01.01.2007 für die Erbauung der Gebäude, nicht jedoch auf die Begründung von dinglichen Nutzungsrechten Bezug genommen wird.

Klar ist allerdings die politische Absicht, die Bewirtschaftung von Wohnungsbeständen, sei es von privaten Eigentümern oder von Eigentümern der öffentlichen Hand, aus der Betätigung von deutschen REITs auszuschließen. Ausführungen hierzu findet man im Allgemeinen Teil der Begründung unter Nr. 8 (S. 25 f.), der Begründung zu § 3 Abs. 9 REIT-Gesetz und jetzt noch einmal in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drs. 16/4036).

II. Defizite der Begründung

Bevor diese Begründungen im Einzelnen diskutiert werden, soll auf einige allgemeinere Merkwürdigkeiten hingewiesen werden:

1. Der vom Bundesministerium der Finanzen herausgegebene, unter anderem auf der Website des Hauses verbreitete Referentenentwurf (Stand: 25.09.2006) befürwortet unter Nr. 7 der Allgemeinen Begründung nachdrücklich REITs mit Wohnimmobilien. Bei den insgesamt etwa 39 Mio. Wohnungen in Deutschland wird ein überhaupt auch nur rechtlich für die Einbeziehung in REITs zugängliches Potenzial von 25 % gesehen. Größere Wohnungsbestände bei der öffentlichen Hand umfassen nur 8 % der Wohnungen, bei privaten Wohnungsunternehmen kommen noch einmal etwa 7 % hinzu.

Das Bundesfinanzministerium war in der Begründung zum Referentenentwurf zu der Bewertung gekommen, dass REITs zusätzliche Finanzierungsmöglichkeiten der unternehmerischen Wohnungsbewirtschaftung eröffnen. Die Eigentümer der öffentlichen Hand können REITs nutzen, um - anders als bei Privatisierungen - die Anteilsausgabe an andere durch den schrittweisen Anteilsverkauf zu steuern. Daraus ist in der Allgemeinen Begründung zum Referentenentwurf gefolgert worden, dass sich die Einführung von REITs auf die Wohnungswirtschaft gering auswirken würde, aber „eher positiv als negativ“ (S. 9).

Nichtsdestotrotz wird im Referentenentwurf angekündigt, dass die Bundesregierung die Auswirkungen von REITs auf den Wohnungsmarkt, vor allem hinsichtlich des umfassenden Bestandschutzes von Mietverhältnissen, „genau beobachten“ wird. Eventuell unerwünschten Entwicklungen sollte dann mit „notwendigen Anpassungen“ des REIT-Gesetzes begegnet werden (S. 9).

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung hingegen wird die Wohnungsbe-
wirtschaftung unter der besonderen steuerlichen Voraussetzung von
REIT-Aktiengesellschaften ausgeschlossen. Dadurch werden einerseits die
Wohnungseigentümer in ihrem Grundrecht der Gleichbehandlung (Art. 3
Grundgesetz) hinsichtlich eines auch von der Bundesregierung als sehr
bedeutsam eingeschätzten Finanzierungsinstruments für Immobilienbe-
stände nachteilig betroffen. Auf der anderen Seite wird die neue Institution
REIT-Aktiengesellschaften in der Wahl und Fortentwicklung ihres Unter-
nehmensgegenstandes, und damit in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Grundge-
setz), und hinsichtlich der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Grundgesetz)
schwerwiegend beeinträchtigt (siehe zu den Einzelheiten Nr. 6).

In Anbetracht dessen erscheint es als plausibel, dass die im Regierungs-
entwurf gegenüber dem Referentenentwurf hinsichtlich der Wohnungsbe-
stände für nötig gehaltenen Nachjustierungen zunächst durch gesetzgebe-
rische Maßnahmen unterhalb der Schwelle des vollständigen Ausschlusses
von Wohnungsbeständen als zulässigen Vermögensgegenständen von
deutschen REITs erfolgen. Über diese Problematik setzt sich die Heraus-
nahme der Wohnungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 REIT-Gesetz im Regierungs-
entwurf ohne Begründung hinweg.

2. Bedenkt man die Schwere der Benachteiligung, die Wohnungsunterneh-
men mit der Beschränkung der REIT-Aktiengesellschaften widerfährt, ver-
wundert, dass die von der Bundesregierung vermutungsweise vorgebrach-
ten Gründe des Mieterschutzes, des sozialen Wohnraumrechtes und der
Städtebaupolitik in keiner Weise auf eine methodisch aufgearbeitete Empi-
rie gestützt werden, und sei es auf lokale Erhebungen, und dass dies nicht
einmal angekündigt wird.

Es wäre auf jeden Fall eine Auseinandersetzung mit dem dem Bundesfinanzministerium rechtzeitig bekannt gemachten ausführlichen systematischen Vergleich zwischen dem Marktverhalten der kommunalen und der privatisierten Wohnungsgesellschaften in Berlin durch die dortige für die Finanzen zuständige Senatsverwaltung erforderlich gewesen (Senatsverwaltung für Finanzen, „Fakten und Legenden zum Zusammenhang zwischen Wohnungsmarkt und Marktanteil öffentlicher Wohnungsunternehmen“, Stand: 10. Oktober 2006). Diese Erhebung hat weder hinsichtlich der Miethöhen, noch hinsichtlich des Verlaufs oder der Steigerungsraten von Mieterhöhungen oder hinsichtlich der Mieterfluktuation Unterschiede zwischen kommunalen und privatisierten Wohnungsunternehmen in Berlin zu Lasten sozialschwacher Mieter festgestellt. Im Ergebnis wurde das einem Private-Equity-Investor verpflichtete Management in sozialpolitischer Perspektive nicht ungünstiger bewertet als die Geschäftsführungen der kommunalen Unternehmen.

Eine Spezifikation der Befürchtungen hinsichtlich der Wohnungsbewirtschaftung durch REITs ist in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht zu erkennen. Es wird auch kaum möglich sein, eine solche Spezifikation vorzunehmen. Denn anders als bei Private-Equity-Fonds und anderen Käufern von Wohnungsbeständen hat der Gesetzgeber bei REIT-Aktiengesellschaften Regulierungsmöglichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Finanzierung des Unternehmens und der Veräußerung von Immobilien.

3. Bemerkenswerterweise findet man auch keine Auseinandersetzung damit, dass Deutschland in diesem Punkt bei der Einführung von REITs einen Sonderweg einschlägt. Das gilt insbesondere auch im Vergleich mit den französischen REIT-Pendants und den rechtlichen Grundlagen von REITs in Großbritannien, die zum Jahresanfang 2007 geschaffen worden sind.

4. Ein wichtiger Aspekt zum Ausschluss von Wohnungsbeständen aus deutschen REITs erscheint in dem ganz anderen Zusammenhang der sog. Exit-Tax. Dort wird eingeräumt, dass für die ebenfalls durch diese befristete steuerliche Maßnahme begünstigten offenen Immobilienfonds Investitionen in Wohnungen zulässig sind. Allerdings wird die praktische Bedeutung bestritten, da diese Investmentgesellschaften „kaum Wohnungen in ihrem Bestand halten“ (Allgemeiner Teil der Begründung S. 24).

Demgegenüber soll darauf hingewiesen werden, dass sich offene Immobilienfonds in jüngster Zeit zwar sehr rasch von gewerblichen Immobilieninvestments in Deutschland trennen, dass jedoch einige dieser Fonds erklärtermaßen zunehmend in Wohnungen investieren wollen oder dass sie ihre Geschäftspolitik sogar ausschließlich auf den Erwerb von Wohnungsbeständen und deren Bewirtschaftung ausrichten.

Im Ergebnis werden REITs durch den Ausschluss von Wohnungen als zulässigen Vermögensgegenständen gegenüber offenen Immobilienfonds schlechter gestellt. In der Begründung wird durchaus wahrgenommen, dass deutsche REITs und offene Immobilieninvestmentfonds als zwei faktisch, wenn auch mit unterschiedlicher Rechtstechnik, steuerfrei gestellte Unternehmen mit unterschiedlichem Rendite-Risikoprofil und unterschiedlichem Anlagehorizont hinsichtlich Portfoliobeimischungen und Anlegerkreisen miteinander konkurrieren (Allgemeiner Teil der Begründung S. 18). Diese Problematik wird sich in der Zukunft auch abgesehen von einer materiellen rechtlichen Konvergenz der Rechtsformen von Investmentvehikeln schon dadurch verschärfen, dass in weiteren Novellierungen die Handelbarkeit von Investmentfondsanteilen verbessert werden wird.

III. Im Wettbewerb wirksame Benachteiligungen bestimmter Arten von Wohnungsunternehmen

Die Erörterung der Ziele des Gesetzes im Allgemeinen Teil der Begründung zum Regierungsentwurf (S. 17 f.) verschärft die rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme, die mit dem Ausschluss von Wohnungsbeständen von REITs geschaffen werden, um ein Beträchtliches. Einige der Vorteile, aus der Veräußerung von nicht betroffenen Immobilien zur Stärkung des Kerngeschäfts oder die Spezialisierung von REITs auf bestimmte Immobilienarten oder Immobilienstandorte, betreffen zwar, was nahe liegend ist, vor allem REITs mit Gewerbeimmobilien.

Indem der Allgemeine Teil der Begründung die große Bedeutung von REITs als künftiges Kapitalmarktsegment hervorhebt, wird gerade die schwerwiegende Benachteiligung von Unternehmen der Wohnungswirtschaft offensichtlich. Argumntiert wird von der Bundesregierung zu Recht, dass ohne Einführung deutscher REITs entweder Private-Equity-Gesellschaften weiterhin die Immobilientransaktionen dominieren oder sowohl deutsche Immobiliengesellschaften als auch ausländische Investoren ihr inländisches Immobilieneigentum an ausländische Börsen bringen (S. 24). Dabei lässt sich sogar mittels ausländischer Börsen die faktische Steuerbefreiung der Gewinne aus der inländischen Immobilienbewirtschaftung bewerkstelligen durch sog. synthetische REITs (S. 18).

Für alle Eigentümer von Mietwohnungsbeständen, denen ein solcher Weg über ausländische Börsen aufgrund von wirtschaftlichen Erwägungen, gesellschaftsrechtlichen Bindungen oder wegen der dazu erforderlichen hohen Aufwendungen für die Umstrukturierungen von Unternehmen oder Beratungskosten nicht möglich ist, ergeben sich deshalb schwerwiegende Wettbewerbsnachteile gegenüber direkten Konkurrenten und sie werden in ihrer Unternehmensfinanzierung eingeschränkt.

Diese Nachteile treffen kommunale Unternehmen, bei denen die Zuhilfenahme ausländischer Börsen schon aus politischen Gründen nicht gut vorstellbar ist.

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme (BR-Drs. 779/06 Beschluss Art. 1 Nr. 2.aa sowie die diesbzgl. Begründung) sehr drastisch auf die dargestellten Probleme hingewiesen. Vor allem wird festgestellt, dass der politische Ansatz mit Mieterschutz-erwägungen „schwer nachzuvollziehen (ist), da ausländische REITs, Private-Equity-Fonds und alle sonstigen in- und ausländischen Investoren unbeschränkt deutsche Wohnimmobilien erwerben“ können.

Die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates versucht nun für den Ausschluss von Wohnungsbeständen aus REITs noch mit Daten aus dem etablierten Markt für US-REITs zu argumentieren. Danach machen auf Wohnimmobilien spezialisierte REITs nur 18 % der Marktkapitalisierung von US-REITs aus, so dass angeblich auf Gewerbeimmobilien spezialisierte REITs deutlich überwiegen (BT-Drs. 16/4036 S. 2). Es handelt sich um eine Fehldeutung, denn Wohnungs-REITs stellen in den USA zusammen mit den nach Marktkapitalisierung gleichauf befindlichen auf Handelsimmobilien spezialisierten REITs den stärksten REIT-Sektor dar. (Der gut 25%ige Marktanteil für Büro- und Industrieimmobilien ist in sich nach Gebäudearten und Zusammensetzung der Portfolien sehr heterogen.)

IV. Zu den Einwänden des Mieterschutzes und der Städtebaupolitik

Als sehr vertrackt erscheint die Argumentation der Bundesregierung mit dem Mieterschutz, weil die Ablehnung von Wohnungs-REITs gar nicht mit Besonderheiten bei deren prognostizierten Marktverhalten begründet wird. In dem von den Abgeordneten Pronold und Runde verfassten Diskussionspapier „Heuschrecken vor der Wohnungstür“ (Langfassung, Stand: 28.03.2006) ist etwa ein Viertel des Umfangs kritischen Anmerkungen zu den Auswirkungen von REITs für den Wohnungsmarkt in Deutschland gewidmet. Das sich durchziehende Argument ist, dass der Einfüh-

rung von REITs „per se keine positiven oder negativen Wirkungen“ zugeschrieben werden können, dass durch deren Einführung jedoch „eine mehr oder weniger große Verstärkung von ohnehin um sich greifenden Tendenzen“ eintreten würde (Langfassung, S. 20, im Original z. T. mit Hervorhebungen). Begünstigte wären an Wohnungsprivatisierungen interessierte „Privat(e) Equity Fonds und andere“ (S. 20), die einen „Exit“ suchen (S. 26).

Um eine Ablehnung von Wohnungs-REITs stichhaltig zu begründen, erscheint es als notwendig, alternative Exit-Szenarien zu analysieren, die längst zu beobachten sind, insbesondere Teilverkäufe und Zweit- oder gar Drittverkäufe an andere Private-Equity-Investoren. Zudem lassen Refinanzierungen von dinglich besicherten Krediten längst Zweitfinanzierungen mit neu angesetzter Tilgung zu, wodurch zusätzliches Ausschüttungsvolumen produziert wird. Gern erklärt sich die Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR) bereit, derartige finanztechnische Einzelheiten zu diskutieren.

Erstaunlich leichthin tun die Verfasser von „Heuschrecken vor der Wohnungstür“ ab, dass aus dem Blickwinkel der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften die Begründung eines REIT womöglich eine Chance bietet, einer Veräußerung der Gesellschaft bzw. ihres Bestands an einen Fonds zuvorzukommen (S. 23). Dieser Punkt verdient, auch bei Berücksichtigung der grundsätzlichen Vorbehalte der Verfasser, eine sehr viel ernsthaftere Diskussion. Denn immerhin wird erkennbar, dass kommunalen Unternehmen und ihren Gesellschaftern durch den Ausschluss von Mietwohnungsbeständen von den Vermögensgegenständen von REITs, nicht nur eine Beschränkung in der Unternehmensfinanzierung auferlegt wird. Anders als viele ihrer Wettbewerber, insbesondere solche mit international tätigen Mehrheitsgesellschaftern, können die kommunalen Wohnungsunternehmen nicht Zuflucht zu extremem Fremdkapitaleinsatz oder ausländischen Börsen nehmen.

In der Konsequenz geben die Verfasser von „Heuschrecken vor der Wohnungstür“ zu, dass die Ausklammerung von Wohnungsbeständen aus den zulässigen Vermögensanlagen von deutschen REITs nicht nur hinsichtlich der Unternehmensfinan-

zierung den kommunalen Wohnungsunternehmen einen Wettbewerbsnachteil aufbürdet. Vielmehr kann sich die verweigerte Möglichkeit, REIT-Strukturen zu nutzen, sogar zu einer Bestandsgefährdung dieser Unternehmen auswachsen.

Der Dreh- und Angelpunkt einer Ablehnung von Wohnungs-REITs kann nur in Erwägungen des Mieterschutzes, der allerdings allgemein mit Eigentümerwechseln zusammenhängen würde, bestehen. Denn gegen die Bewirtschaftung von Gewerbeimmobilien durch REITs werden keine entsprechenden sozialpolitischen und städtebaupolitischen Einwände vorgebracht. Insofern Wohnungsunternehmen der öffentlichen Hand als Partner bei der Stadtentwicklung, beim Stadtumbau oder der Umsetzung von Maßnahmen des Programms „Soziale Stadt“ auftreten (Allgemeine Begründung zum Regierungsentwurf, S. 26), ist gewiss eine differenzierte Betrachtung erforderlich, die jedoch nicht spezifisch mit REITs, weitgehend nicht einmal mit der öffentlichen Eigentümerposition der kommunalen Unternehmen als Partner der Verwaltung zu tun hat.

Grundsätzlich steht hinter den genannten Programmen eine Förderung des Bundes und der Länder, die über Baumaßnahmen im Außenbereich oder beim Rückbau oder Abriss von Wohnungen auskömmlich sein soll oder unternehmerischen Interessen entspricht. Sofern Ziele der sozialen Wohnungspolitik berührt sind, steht eine Vereinbarung der Kommunen auf Grundlage der flexiblen vertraglichen Vereinbarungen in den §§ 14 f. Wohnraumförderungsgesetz grundsätzlich auch anderen Investoren offen. Jede Kommune hat über Satzungen zur Stadtsanierung weitreichende Möglichkeiten, ihren Vorstellungen Nachdruck zu verleihen.

Es soll noch einmal hervorgehoben werden, dass städtebauliche Fragen nicht spezifisch mit eventuellen Privatisierungen durch REITs zusammenhängen. Die Entscheidungen über Privatisierungen fallen ohnehin die Gesellschafter der öffentlichen Hand selbst. Im Vergleich der Investoren sind REITs sogar mit systematischen Benachteiligungen behaftet, da die ihnen auferlegte Eigenkapitalquote von 40 % die Spielräume der Preisbildung über Leverage-Effekte einschränkt. Demgegenüber bieten REITs allerdings die Vorteile, dass sie von den kommunalen Gesellschaftern bzw.

der kommunalen Wohnungsgesellschaft selbst initiiert werden können und infolge der vergleichsweise hohen Eigenkapitalquote langfristige Investments tätigen können, ohne auf Teilverkäufe oder Mietenanhebungen zu spekulieren.

Als befremdlich erscheinen im Vergleich verschiedener Investoren die Ausführungen zum Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien in der Begründung zu § 3 Abs. 9 REIT-Gesetz, wonach „Mietern ein besonderer Vertrauensschutz“ gegen die Veräußerung von Wohnungen an REITs zukommt. In der Konsequenz müssten von Seiten der Bundesrepublik Deutschland sehr weitreichende Vorkehrungen gegen Privatisierungen getroffen werden, insbesondere gegen europarechtliche Verbesserungen für grenzüberschreitend tätige Investmentfonds und die Erleichterung des internationalen Handels mit deren Anteilen. Will man den Erwerb von Wohnungsbeständen durch institutionelle Investoren wie Investmentfonds, Private-Equity-Fonds oder ausländischen REITs einschränken, müsste die Novellierung des Investmentrechts oder die Schaffung eines international akzeptierten Private-Equity-Gesetzes scharfen Restriktionen unterworfen werden, die mit der internationalen Bedeutung des Finanzplatzes Deutschland schlichtweg nicht zu vereinbaren wären.

V. Deutsche REITs und der Schutz sozialschwacher oder stigmatisierter Mieter: Erbbaurechtlich gesicherte, flexibel zu nutzende Belegungsrechte

Die Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR) hat sich gewissenhaft und ausführlich mit der Problematik auseinandergesetzt, dass die Handlungsfähigkeit der Kommunen bei der Begründung von Belegungsrechten nach Abschnitt 3 Wohnraumförderungsgesetz (§ 25 ff. WoFG) geschützt werden soll. Gerade hier bietet die Einführung von Wohnungs-REITs eine Chance, weil für diese ein Instrument geschaffen werden kann, das die Kommunen im Fall von Privatisierungen oder Teilprivatisierungen ihres Wohnungsunternehmens flexibel anwenden können. Der Ansatz besteht in einer Nutzung von Erbbaurechten, die durch eine leichte Verände-

zung der Erbbaurechtsverordnung den kommunalen Planungen angepasst werden kann.

Zur Sicherung von Belegungsrechten wird eine privatrechtliche Lösung mit Hilfe von Erbbaurechten zugunsten des REITs vorgeschlagen. Der dazu für diesen Portfoliobestandteil statt eines Kaufpreises zu entrichtende Erbbauzins kann aufgrund anerkannter und praxiserprobter Wertermittlungsgrundsätze (vgl. Kleiber/Simon/Weyers Verkehrswertermittlung von Grundstücken 4. Aufl. Köln 2002 S. 2244 ff.) festgelegt werden.

Bei Wohnimmobilien wird der Erbbauzins üblicherweise nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsverordnung dinglich besichert werden. § 9 a Abs.1 Satz 3 Nr. 2 Erbbaurechtsverordnung lässt eine Änderung des Erbbauzinses auch zu, sobald eine Änderung des Grundstückswertes oder der Umstände der Grundstücksnutzung für den Erbbauberechtigten (hier: den REIT) eintreten. Das würde auch für die in der Praxis sehr häufige Nichtausübung von Belegungsrechten gelten. Ansonsten würden ausgeübte Belegungsrechte mit vom REIT nicht zu zahlenden Erbbauzinsen entgolten.

Der Vorteil einer solchen privatrechtlichen Regelung liegt darin, dass sie unabhängig davon wirkt, ob und mit welchen Anteilen eine Kommune Anteilseigner des REITs bleibt.

VI. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Wohnungen

Weder in der Begründung zum Regierungsentwurf noch in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates findet man eine Darlegung der verfassungsrechtlichen Problematik, die sich beim Ausschluss von Wohnimmobilien aus REITs ergibt. Zwar lässt der in Art. 3 Grundgesetz formulierte Gleichheitsgrundsatz dem Gesetzgeber einen sehr weiten Spielraum für sachliche Differenzierungen.

Dennoch hat sich im Verlauf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Reihe von Eckpunkten herausgebildet, die beachtet werden müssen:

1. Die Bundesregierung will für sich wenigstens eine Probephase in Anspruch nehmen, in der festgestellt werden soll, ob REITs mit den jetzt vorgesehenen Vermögensgegenständen sich „als praxistauglich erwiesen haben“. Danach soll mit Blick auf den Mietwohnungsmarkt eine neue politische Entscheidung über die Einbeziehung von Wohnungen in REITs fallen. Allerdings muss der Gesetzgeber zu dieser Prüfung auch eine bindende und angemessene Terminierung festlegen (BVerfGE 33,171/189 f.).
2. Die zulässige Grobheit der Typisierung oder Generalisierung, die zu zumindest vorübergehenden Benachteiligungen führt, richtet sich nach dem Maß, in dem dadurch ein Eingriff in die freie Berufsausübung erfolgt (BVerfGE 68,155/174 f.). Die Bundesregierung lässt jedoch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates noch einmal erkennen, dass sie hinsichtlich des Ausschlusses von Wohnungsbeständen als „Signal zum Schutz der Mieter und der Stadtentwicklung“ (BT-Drs. 16/4036) verschiedenen und nicht im Zusammenhang stehenden gesetzgeberischen Motiven folgt.

Bemerkenswert an diesen heterogenen Signalen ist, dass sie verschiedene Rechtsverhältnisse betreffen: die privatrechtlichen Mietverhältnisse und die öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Bedingungen der Stadtentwicklung. Daran anknüpfend erscheinen auf jeden Fall Differenzierungen als notwendig. Denn der Gesetzgeber versteht unter dem Schutz von Mietern den Bestandsschutz von Wohnraummietverhältnissen und die Mietenanhebungen aufgrund der §§ 557 ff. Bürgerliches Gesetzbuch. Außerdem regelt das Wohnraumförderungsgesetz die staatliche Unterstützung für Einkommensschwache und sozial stigmatisierte Mieter. Darüber hin-

aus hat der Gesetzgeber keine gesetzlichen Vorkehrungen oder Wertungen zugunsten der Mieter normiert. Das Städtebaurecht kennt verschiedene Satzungen und öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Vereinbarungen zur Stadterhaltung und Stadtentwicklung, ohne dass davon bestimmte Wohnungseigentümer von vornherein verpflichtet oder ausgenommen sind.

Die Heterogenität in der Begründung des Ausschlusses von Wohnungen von REITs lässt erkennen, dass nach anderen, weniger grundsätzlichen Einschränkungen der Unternehmensfinanzierung von Wohnungsunternehmen durch REITs gesucht werden muss als dies der Ausschluss von Wohnungen als zulässigen Vermögensgegenständen von REIT-Aktiengesellschaften darstellt.

3. Der Gesetzgeber hat zwar bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen einen erheblichen Entscheidungsspielraum. Er darf jedoch bei der Beschränkung der freien Berufsausübung nicht auf eine vage erhoffte Bewahrung von Zuständen setzen, indem durch die Ausklammerung von Bestandsimmobilien von REITs Mietwohnungsbestände „auch für Private-Equity-Investoren unattraktiver werden“ (S. 2). Gegenüber derartigen wirtschaftspolitischen Vermutungen muss die Normativität der Grundrechte, hier Gleichbehandlung und Freiheitsschutz der wirtschaftlichen Betätigung, gewahrt bleiben (BVerfGE 50,290/338).
4. Der Gesetzgeber muss bei für ihn sachlich angemessenen Ungleichbehandlungen die gesamte Wettbewerbssituation komplementär darauf hin prüfen, wo Gleichbehandlungen angemessen oder zwingend sind. Das gilt auch für die Vorfelder einer wirtschaftlichen Betätigung (BVerfGE 43,58/70 f.), wie dies bei der Unternehmensfinanzierung oder Wahl des Unternehmensgegenstandes in verschiedenen Rechtsformen fraglos der Fall ist. Insbesondere ist dies im

Vergleich von Wohnungsbestände bewirtschaftenden Aktiengesellschaften mit offenen Immobilienfonds zu beachten.

Beide Rechtsformen sind nicht austauschbar. Die Besserstellung von offenen Immobilienfonds hinsichtlich von Investitionen in Wohnungen erscheint jedoch als nicht folgerichtig. Denn diese Investitionsvehikel sind als Vermögensmassen keinen Zwecksetzungen, insbesondere nicht sozialpolitischen Zwecksetzungen, zugänglich, da ihre Anteilseigner auf die Geschäftspolitik keinen Einfluss haben. Die Benachteiligung von REITs, was die Wahl des Unternehmensgegenstandes angeht, gegenüber offenen Immobilienfonds ist deshalb nicht zu rechtfertigen.

Die verfassungsrechtliche Problematik ergibt sich im Übrigen in ähnlicher Weise auch, wenn man die Ausklammerung von Wohnungen von Seiten der REIT-Aktiengesellschaft her sieht. Insofern der Gesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für deutsche REITs geschaffen hat, muss er unter den Bedingungen der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Grundgesetz mit fortschreitender Vertypung des Gesellschaftsrechts die Selbstbestimmung der Vereinigung hinsichtlich Organisation, Gegenstand der Vereinigung und Geschäftsführung schützen (vgl. Marauhn, Die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit *Rabels Z 63 1999 S. 537 ff. [S. 555]*). Dadurch dass die Zweckoffenheit der neu geschaffenen Form der Aktiengesellschaft geschützt wird, erfüllt Art. 9 Abs. 1 Grundgesetz zugleich die Funktion einer Komplementärgarantie zur Berufsausübung nach Art. 12 Grundgesetz (vgl. Bauer in Dreier, Grundgesetz-Kommentar Tübingen 1996 zu Art. 9 GG Rdn. 18 f.).

Unter den Voraussetzungen, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Grundlagen von REITs schafft, dürfen sog. finale Eingriffe in das Ausübungsrecht und das Inhaltsrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit nur sachlich und auch dann nur unter Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen verfügt werden. Deshalb sollte der Gesetzgeber nicht bei der Beschränkung der Finanzierungsfunktion für bestimmte Investitionen (hier:

in Wohnungen) ansetzen, sondern bei der Ausübung der Geschäftstätigkeit (vgl. Baumann, Die Vereinigungs- und Berufsfreiheit der juristischen Person BB 1997 S. 2281 ff., S. 2285 f.). Im Fall einer rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsaufnahme der dazu vorausgesetzten unternehmerischen Betätigungen würde jedoch sofort auffallen, dass REITs gegenüber anderen Organisationsformen wie Investmentfonds oder Private-Equity-Fonds durch den Ausschluss von Wohnungen als Vermögensgegenständen unzulässig diskriminiert würden.

VII. Vergleich von Rechtsformen im Hinblick auf sozialpolitische und städtebauliche Ziele

Die Bundesregierung rechtfertigt den Ausschluss von Wohnungen aus den zulässigen Vermögensgegenständen von REITs damit, dass REITs

- wegen ihrer Börsennotierung Ertragssteigerungen durch Mietenanhebungen motivieren,
- als Vehikel die Exits von Private-Equity-Fonds und dadurch Privatisierungen von Wohnungsbeständen begünstigen oder belohnen,
- ein zusätzliches Instrument für Eigentümerwechsel bei Wohnungsgesellschaften der öffentlichen Hand darstellen, so dass den Kommunen ihre primären Partner für die Städtebaupolitik verloren zu gehen drohen.

Völlig außer Acht gelassen wird dabei, dass zunächst die öffentliche Hand als Eigentümer einer Wohnungsgesellschaft über die Veräußerung von deren Beständen oder der ganzen Gesellschaft in ihren politischen Gremien und unter Beratung durch die zuständige Verwaltung entscheidet. Erst von dem Punkt an, an dem die öffentliche Hand einer Veräußerung von Wohnungen oder einer Wohnungsgesellschaft näher tritt, lassen sich gerechtfertigt verschiedene Wege der Transaktion miteinander ver-

gleichen. Dieser Vergleich stellt z. T. auf bestimmte Rechtsformen ab, auf die bei einer Privatisierung Wohnungsbestände oder eine ganze Wohnungsgesellschaft übertragen werden.

Die folgende Übersicht vergleicht unter sozialpolitischen und städtebaupolitischen Vorgaben die Handlungsmöglichkeiten von Wohnungsgesellschaften der öffentlichen Hand bei den genannten Transaktionen. Fazit ist, dass der Weg über REITs für Kommunen, die ihre Wohnungsbestände zu Haushaltskonsolidierungszwecken einsetzen wollen, den besten Kapitalmarktzugang darstellt, und zwar sowohl unter finanzwirtschaftlichen als auch unter kommunalwirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkten.

**Beteiligungsmanagement bei kommunalen Wohnungsgesellschaften
Vergleich er Nutzung von Kapitalmärkten**

	Totalverkauf im Rahmen eines Bieterverfahrens	Verkauf von Teilen	Hereinnahme eines Partners in die Gesellschaft	Börsengang	Bildung eines REITs unter Beteiligung der Kommune
Sozial- und stadtpolitische Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen	Politische Zielsetzungen werden lediglich durch Incentives möglich sein, welche durch die laufenden Haushalte finanziert werden müssten.	Politische Zielsetzungen werden lediglich durch Incentives möglich sein, welche durch die laufenden Haushalte finanziert werden müssten.	Konfliktpotential in der Geschäftspolitik, da divergierende Zielsetzungen.	Risiko einer „feindlichen“ Übernahme durch einen Großaktionär	Streubesitzklauseln und hohe Ausschüttungen begünstigen eine nachhaltige Geschäftspolitik. Incentives der Kommune werden durch die Ausschüttungen refinanziert.
Vermögensposition und Effekte im Kommunalhaushalt	Kein vermögensbildendes Instrument mehr, Verkauf bedeutet lediglich einen Einmaleffekt auf der Einnahmeseite.	Kein vermögensbildendes Instrument mehr, Verkauf bedeutet lediglich einen Einmaleffekt auf der Einnahmeseite.	In Teilen noch gegeben, jedoch mit stark eingeschränkter Dispositionsfreiheit unattraktiv.	Aufgrund hoher Liquidität der Aktienmärkte ein hohes Maß an Flexibilität, Verkauf bedeutet lediglich einen Einmaleffekt auf der Einnahmeseite, Ausschüttungen sind abhängig vom Mitaktionären.	Aufgrund hoher Liquidität der Aktienmärkte ein hohes Maß an Flexibilität, Teilverkauf bedeutet einen Einmaleffekt auf der Einnahmeseite, laufende steueroptimierte Ausschüttungen bedeuten ein dauerhaftes und prognostizierbares Refinanzierungspotential.
Vermeidung der Bildung eines nicht selbst steuerbaren sehr großen Marktteilnehmers	Konzentrationsprozess im Wohnungsmarkt	Konzentrationsprozess im Wohnungsmarkt	In Teilen gegeben, da Bestandsagglomeration durch Beteiligung nicht möglich.	Über den Aktienmarkt ist eine feindliche Übernahme problemlos möglich.	Feindlich Übernahme wird durch Streubesitzklausel verhindert.

Auswirkungen auf die Mieter und deren Schutzbedürfnisse	Unkalkulierbar, da Anlagehorizont und Geschäftspolitik nicht beeinflussbar.	Unkalkulierbar, da Anlagehorizont und Geschäftspolitik nicht beeinflussbar.	Kalkulierbar, birgt aber Konfliktpotential.	Kalkulierbar, wird aber bei feindlicher Übernahme unkalkulierbar.	Kalkulierbar, da von Übernahmen aufgrund der Streubesitzklauseln verhindert.
Instandhaltung der Wohnimmobilien	Unbekannt, da Anlagehorizont und Geschäftspolitik nicht kalkulierbar.	Unbekannt, da Anlagehorizont und Geschäftspolitik nicht kalkulierbar.	Kalkulierbar, birgt aber Konfliktpotential.	Kalkulierbar, wird aber bei feindlicher Übernahme unkalkulierbar.	Kalkulierbar, da Übernahmen aufgrund der Streubesitzklauseln verhindert.

Fazit: Der REIT ist für Kommunen, die ihre Wohnungsbestände zu Haushaltskonsolidierungszwecken einsetzen wollen, der unter finanzwirtschaftlichen, kommunalwirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkten beste Kapitalmarktzugang.

VIII. Europarechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Wohnungen

Starke Konflikte gibt es durch die Ausklammerung von Wohnungen aus deutschen REITs auch mit dem **Europarecht**:

1. Nach der Durchsetzung des grenzüberschreitenden Waren-, Kapital- und Dienstleistungsaustauschs tendiert die europäische Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht dahin, eine entsprechende Leistung für die Unternehmensrechtsordnung herzustellen. Ein wesentliches Ziel besteht darin, dass Unternehmen in ihren ausländischen Töchtern möglichst dieselben rechtlichen Bedingungen vorfinden wie im Sitzstaat der Muttergesellschaft (Theisen/Wenz [Hrsg.], Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europea [SE] 2. Aufl. Stuttgart 2005 S. 25 f.). Das entsprechende Ziel wird auch für das Anteilseigentum bei grenzüberschreitenden Investments verfolgt. Von diesen europarechtlichen Bestrebungen entfernt sich das deutsche REIT-Gesetz, indem es singularär Wohnungsbestände nicht als Vermögensgegenstände von REITs zulässt.
2. Konkret wird die rechtliche Problematik bei einer Europäischen Aktiengesellschaft, die mit deutschem Sitz in einen REIT umgewandelt werden soll. Dem Recht der Europäischen Aktiengesellschaft ist, wie dem deutschen Aktienrecht, eine Beschränkung des Unternehmensgegenstandes fremd (Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft Heidelberg 2005 S. 122 f.). Konflikte mit dem übergeordneten europäischen Recht ergeben sich auf jeden Fall dann, wenn die Europäische Aktiengesellschaft als REIT mit dem zulässigen Unternehmensgegenstand der Bewirtschaftung von Gewerbeimmobilien ihre Strategie ändert und die unternehmerische Betätigung auf die Wohnungsbewirtschaftung richtet.

Der Unternehmenszweck und der daraus folgende Unternehmensgegenstand (hier: Wohnungsbewirtschaftung) schützt die Mehrheitsmeinung in verschiedenen Rechtsformen (vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. Köln 2002 S. 64 ff.), so dass sich auch unter Gesichtspunkten des Kollektivrechts die Diskriminierung einer Rechtsform (hier: REITs) verbietet.

Europarechtlich verschärft sich die unter 2. dargestellte Problematik des Ausschlusses von Wohnungen aus den zulässigen Vermögensgegenständen von deutschen REITs dadurch, dass die Beziehung einer Gesellschaftsform zur Finanzierung von Investitionen wegen der darin enthaltenen unmittelbaren Sanktionen für die Anleger und wegen der mittelbaren Steuerung von Kapital besonders strikten Vorgaben für die Diskriminierungsfreiheit in einer Wettbewerbsordnung unterliegt (vgl. dazu Lutter, Unternehmensverfassung und Wettbewerbsordnung BB 1975 S. 613 ff. [S. 615]).

Die Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft im europäischen Wirtschaftsraum entspricht nach Maßstäben der Kapitalverkehrsfreiheit dem grenzüberschreitenden Liegenschaftserwerb. Der Erwerb von Immobilienaktien und anderen Beteiligungen an Immobilienvermögen hat deshalb an der Besonderheit der Kapitalverkehrsfreiheit unter den europäischen Grundfreiheiten teil, die anders als die anderen Grundfreiheiten keinen rechtlichen Beschränkungen unterliegen soll mit der Folge der unmittelbaren europarechtlichen Geltung. Die Unbeschränktheit der Immobilienbeteiligung gilt auf jeden Fall, sofern bei einem solchen Liegenschaftserwerb der Charakter der Kapitalanlage im Vordergrund steht (vgl. Bachlechner, Liegenschaftserwerb und Kapitalverkehrsfreiheit ZEuS 1998 S. 519 ff. [S. 525]). Dies ist bei einem REIT jedoch nicht zweifelhaft.

Unter europarechtlichen Vorgaben erscheint es sogar als zweifelhaft, ob die von der Bundesregierung geltend gemachten Mieterschutzinteressen Ausnahmen „aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ im Hinblick auf einzelstaatliche Beschränkungen nach Art. 58 Abs. 1 Buchstabe b) Vertrag zur Grün-

derung der Europäischen Gemeinschaft zu rechtfertigen sind. Insbesondere wenn der Mieterschutz, mit dem die Bundesregierung den Ausschluss von Wohnungen aus REITs begründet, über das Sonderrecht für Wohnraummietverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Wohnraumförderungsgesetz aus sozialpolitischen Erwägungen hinausgreift, werden die Interessen lediglich einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern berührt (vgl. zu dem Problem Wilmowsky, Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs in Ehlers, Europäische Grundrecht und Grundfreiheiten 2. Aufl. Berlin 2005 S. 343 ff. [S. 351]). „Öffentliche Interessen“, die eine Durchbrechung der gleichen Wettbewerbsstellung verschiedener Rechtsformen rechtfertigen würden, sind dann europarechtlich gerade nicht gegeben. Das ist im Übrigen auch bei der Auslegung der Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Grundgesetz zu berücksichtigen.

Angesicht der vagen, unspezifizierten Einwände, die die Bundesregierung gegen Wohnungs-REITs geltend macht, kann es nur aufschlussreich sein, dass eine Reformulierung unter den rechtlich und wirtschaftlich klaren Definitionen des Europarechts nicht gelingen kann.

IX. Klarstellung zu § 13 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz

Es sollte durch eine Ergänzung zu § 13 Abs. 3 (neuer Satz 12) Körperschaftsteuergesetz oder zu § 16 (neuer Abs. 6) REIT-Gesetz klargestellt werden, dass die Sätze 2 bis 10 des § 13 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz nicht für REIT-Aktiengesellschaften gelten. Bei der Übertragung aus den Beständen ehemals gemeinnütziger Wohnungsunternehmen können REITs nicht Körperschaften oder Vermögensmassen, „die dem Wohnungsunternehmen nahe stehen“ sein. Vielmehr sollen REITs generell wie fremde Dritte behandelt werden. Das gilt auch, wenn Wohnungsbestände auf REITs übertragen werden, an denen das Wohnungsunternehmen selbst beteiligt ist. Wegen der hohen gesetzlichen Ausschüttungspflicht und der Anteilsbeschränkung durch gleich zwei Streubesitzklauseln (allgemein 10 % - 1 Aktie; 25 % der Anteile mit Betei-

ligungen unterhalb von 3 %) sind die Missbrauchsfälle, gegen die § 13 Abs. 3 Satz 1 - 10 gerichtet ist, im Konzernverbund bei REITs auszuschließen. Die Ausklammerung von der Strafsteuer kann an die bestehende Regelung von § 13 Abs. 3 Satz 11 Körperschaftsteuergesetz zwingend anknüpfen. Denn REIT-Aktiengesellschaften verfügen bei Immobilieninvestitionen gesetzlich festgeschrieben über keine steuerpflichtigen Bereiche, in denen sie mit Investitionen die Strafbesteuerung vermeiden könnten.

B. Überlegungen zur Lösung des EK-02-Problems

Gegenüber der Stellungnahme des Bundesrats hält die Bundesregierung daran fest, dass mit der Ausklammerung von Bestandsmietwohnimmobilien aus REITs die Notwendigkeit entfällt, innerhalb des REIT-Gesetzes Regelungen hinsichtlich der Auflösung der EK-02-Bestände vorzunehmen“ (BT-Drs. 16/4036 zu Ziff. 2 S. 3). Tatsächlich ist die Auflösung der faktischen Ausschüttungssperre bei den ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen unabhängig von der Einführung von deutschen REITs zu sehen. Da das REIT-Gesetz jedoch im Wesentlichen ein Steuergesetz darstellt, bietet es sich an, dieses Gesetzgebungsverfahren zu der erforderlichen raschen Einführung einer wahlweisen Abschlagbesteuerung auf die EK-02-Bestände mit ausreichendem Entscheidungszeitraum für die Unternehmen zu nutzen.

Es besteht bei der EK-02-Besteuerung eine Nähe zur Kapitalmarktgesetzgebung in Bezug auf immobilienwirtschaftliche Aktivitäten bei REITs, offenen Immobilienfonds und Private-Equity-Gesellschaften. Denn die Möglichkeit, an die Gesellschafter unter akzeptablen steuerlichen Bedingungen Ausschüttungen vorzunehmen, entscheidet über die Wettbewerbsposition der ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen. Das gilt insbesondere für kommunale Wohnungsunternehmen, die aus der Sicht ihrer Gesellschafter einem Privatisierungsdruck ausgesetzt sind. Die hohe Besteuerung der EK-02-Bestände mit 45,3 % macht Investoren, die ihre Investments mit einem sehr viel höheren Fremdkapitalanteil finanzieren können, als dies die Wohnungsgesellschaften mit ihren derzeitigen Eigentümern vermögen, weniger zu schaffen.

Mit der Zurückführung des hohen Fremdkapitals wird zugleich neues Eigenkapital aufgebaut, so dass eine neue Transaktion mit hohem Fremdkapitaleinsatz vorbereitet werden kann. Zinszahlungen sind dabei ein von der EK-02-Besteuerung unberührter Ertragsstrom. Diese Transaktionsfolge ist bei REITs wegen des vergleichsweise hohen, gesetzlich vorgeschriebenen Eigenkapitalanteils ausgeschlossen.

Die wahlweise Abschlagbesteuerung wird mit hoher Wahrscheinlichkeit nur in 2007 als sinnvoll erscheinen, weil für 2008 die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs vom 22.02.2006 zu erwarten ist, mit dem voraussichtlichen Ergebnis, dass es sich im Falle ausländischer Anteilseigner um eine unzulässige Quellenbesteuerung handelt.

I. Ausgangssituation

Gemäß § 38 Körperschaftsteuergesetz wird insbesondere bei ehemals gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaften auf Ausschüttungen eine Körperschaftsteuer in Höhe von $\frac{3}{7}$ des Ausschüttungsbetrages zzgl. Solidaritätszuschlag (insgesamt ca. 45 %) erhoben, sofern nicht ausreichend neutrales Vermögen zur Verfügung steht. Diese Körperschaftsteuererhöhung ergibt sich aus den hohen Beständen an EK-02, das diese Gesellschaften bei der Aufstockung der handelsrechtlichen Buchwerte auf die steuerlichen Teilwerte in ihrer Eröffnungsbilanz zum Übergang in die Steuerpflicht 1990 bzw. 1991 gebildet haben.

§ 38 Körperschaftsteuergesetz ist Teil der Sondervorschriften für den Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren. Die Anwendung des § 38 Körperschaftsteuergesetz läuft zum 31.12.2018 aus. Für spätere Gewinnausschüttungen kommt demnach eine Körperschaftsteuererhöhung nicht mehr in Betracht.

Sofern ehemals gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaften organschaftlich eingebunden sind, wird die Wirkung des § 38 Körperschaftsteuergesetz über § 14 Absatz

3 Körperschaftsteuergesetz für die sogenannten Mehrabführungen zwangsweise hergestellt.

II. Wirtschaftliche Überlegungen

Tatsächlich haben sich für den Fiskus in den vergangenen Jahren aus der Anwendung des § 38 Körperschaftsteuergesetz nur geringfügige Steuereinnahmen ergeben. Dies dürfte insbesondere daran liegen, dass ein wirtschaftlich operierendes Unternehmen freiwillig eine Körperschaftsteuerbelastung von 45 % nicht auf sich nehmen kann. Dies gilt umso mehr, wenn ein wesentliches Ziel der Unternehmensteuerreform 2008 in einer starken Absenkung des Körperschaftsteuersatzes bestehen soll.

In großen ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen mit hohen EK-02-Beständen werden derzeit entscheidungsreife Neustrukturierungen vorbereitet, damit trotz der bestehenden gesetzlichen Regelung, Ausschüttungen ohne die Körperschaftsteuererhöhung gemäß § 38 Körperschaftsteuergesetz erfolgen können.

In 2006 sind von Seiten der Finanzverwaltung und z. T. auch von Finanzpolitikern des Deutschen Bundestages Überlegungen kundbar geworden, die Besteuerung des Alt-EK-02 einer Lösung zuzuführen, die die Ausschüttungssperre bei den ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen aufhebt. Anlässe geben insbesondere die Gesetzgebung zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen, die anstehende Gesetzgebung zu deutschen REITs mit einem eventuellen Wechsel ehemals gemeinnütziger Wohnungsunternehmen in die Körperschaftsteuerbefreiung sowie der Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs an den Europäischen Gerichtshof, ob die Nachbesteuerung des EK-02 bei ausländischen Anteilseignern in der Europäischen Union nicht eine unzulässige Quellenbesteuerung darstellt.

Angesichts der Diskussion ist in den betroffenen Unternehmen die Umsetzung der geplanten Neustrukturierungen noch zurückgestellt worden. Die Anteilseigner ha-

ben die weiterbestehende Ausschüttungssperre bzw. drastische Ausschüttungsmin-
derung in der Erwartung einer Aufhebung oder wesentlichen Minderung der EK-02-
Besteuerung vorübergehend hingenommen. Sofern jedoch der Gesetzgeber nicht in
nächster Zeit eine Lösung für das Alt-EK-02 herbeiführt, ist jedoch davon auszuge-
hen, dass die betroffenen Unternehmen die geplanten Strukturmaßnahmen vorneh-
men werden.

Nach deren Umsetzung ist für den Fiskus ein Steueraufkommen aus § 38 Körper-
schaftsteuergesetz endgültig nicht mehr zu erwarten.

Wenn aufgrund einer Gesetzesänderung zu § 38 Körperschaftsteuergesetz ernsthaft
Steuerzuflüsse erwartet werden sollen, muss die daraus hinzunehmende Steuerbe-
lastung aus der Sicht der betroffenen Unternehmen im Vergleich zu den Struktur-
maßnahmen wirtschaftlich vorteilhaft sein.

III. Steuersystematische Anmerkungen

§ 38 Körperschaftsteuergesetz ist auch unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 37
Körperschaftsteuergesetz steuersystematisch im Halbeinkünfteverfahren nicht be-
gründbar.

Unter der Geltung des Anrechnungsverfahrens war die Körperschaftsteuerzahlung
der Kapitalgesellschaft wirtschaftlich eine Vorauszahlung auf die Einkommensteuer
des Anteilseigners - vergleichbar der einbehaltenen Lohnsteuer eines Arbeitnehmers.
Mit dem Wegfall des Anrechnungsverfahrens ergaben sich dementsprechend ge-
wichtige verfassungsrechtliche Gründe dafür, dem Anteilseigner die bereits erfolgten
Vorausleistungen der Kapitalgesellschaft auf seine Einkommensteuerschuld auch
weiterhin zu vergüten, da ansonsten wirtschaftlich eine Mehrfachbesteuerung vorlä-
ge. Dieses Ziel wird nunmehr auch in der letztgültigen Fassung von § 37 Körper-
schaftsteuergesetz (nach dem SEStEG) definitiv erreicht.

Im Gegenzug dazu fehlt es jedoch bei § 38 Körperschaftsteuergesetz an einer entsprechenden vom Fiskus geleisteten Steuervergütung an die Kapitalgesellschaft. Vielmehr führt die Anwendung des § 38 Körperschaftsteuergesetz in aller Regel dazu, dass unter Geltung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes steuersystematisch folgerichtig nicht belastete Vermögenmehrungen nachträglich auf der Ebene der Kapitalgesellschaft einer definitiven Steuerbelastung unterworfen werden, soweit eine Ausschüttung an den Anteilseigner erfolgt. Dies führt wirtschaftlich zu einem nachträglichen Entzug der Steuerfreistellung dieser stillen Reserven.

Wenn man eine solche Belastung grundsätzlich für zulässig hält, stellt sich die Frage, in welcher Höhe bei der Kapitalgesellschaft eine Steuerbelastung gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber hat sich hier unter dem Regime des Halbeinkünfteverfahrens für eine Steuerbelastung entschieden, die der Systematik des Anrechnungsverfahrens folgt. Unter der früheren Anwendung des Anrechnungsverfahrens, das keine Definitivbesteuerung auf der Ebene der Körperschaft vorgesehen hat, ergab sich aber aus dieser Steuerbelastung der Ausschüttung eine Steuergutschrift beim Anteilseigner. Insgesamt ist es daher im alten System bei einer Einfachbesteuerung in Höhe der Einkommensteuer des Anteilseigners geblieben.

Mit der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens hat der Gesetzgeber strukturell die Steuerbelastung auf die Einkünfte der Kapitalgesellschaft in etwa je zur Hälfte auf die Kapitalgesellschaft und den Anteilseigner verteilt, so dass sich insgesamt wiederum eine Steuerbelastung in annähernder Höhe der Einkommensteuer eines Anteilseigners ergibt. Weil der Besteuerungstatbestand bei Ausschüttung aus dem Alt-EK-02 nicht im Zeitraum der Geltung des Anrechnungsverfahrens ausgelöst wird, sondern unter dem Besteuerungsregime des Halbeinkünfteverfahrens, ist die Erhebung eines Körperschaftsteuersatzes von $\frac{3}{7}$ steuersystematisch nicht zu rechtfertigen. Sie stellt – zumindest teilweise – eine unzulässige Doppelbesteuerung dar.

Beim Übergang aus dem körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren darf – eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit dem Grunde nach unterstellt – auf das EK-02 eine

Steuerbelastung nur erhoben werden, die der normalen tariflichen Belastung des Halbeinkünfteverfahrens entspricht. Dies ist zurzeit eine Körperschaftsteuer von 25 % bzw. ab 2008 voraussichtlich von 15 %.

Entsprechend den vorgenannten Überlegungen wäre es steuersystematisch grundsätzlich geboten, die Regelungen des § 38 Körperschaftsteuergesetz ersatzlos zu streichen.

IV. EK-02-Besteuerung unter den Anforderungen des Europarechts

Eine neue Brisanz erfährt die Problematik der EK-02-Besteuerung durch einen Beschluss des Bundesfinanzhofs zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof vom 22.02.2006 (I R 56/05). Dabei geht es zum einen um die allgemeine Frage, ob eine Quellensteuer im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der europäischen Mutter-Tochter-Richtlinie vorliegt, wenn bei Ausschüttungen von Gewinnen durch eine Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft die Vermögensmehrungen der Tochtergesellschaft besteuert werden, wohingegen diese Vermögensmehrungen nach dem nationalen Steuerrecht ohne Ausschüttung bei der Tochtergesellschaft unbesteuert bleiben würden. Die zweite Frage richtet sich darauf, ob Eigenkapitalanteile in einer grenzüberschreitenden Gewinnausschüttung auch dann durch Steuerlasten verrechnet werden dürfen, wenn die Steuerbelastung beim inländischen Anteilseigner angerechnet werden dürfte, bei einem ausländischen Anteilseigner in der Europäischen Union dagegen nicht. Der Bundesfinanzhof greift mit seinem Vorlagebeschluss die funktionale Auslegung der Quellenbesteuerung bei EU-Ausländern auf, die der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 04.07.2001 (Rechtsache C-294/99 Athinaiki Zythopoiia AE gegen Elliniko Dimosio) ausgeformt hat. Danach kommt es nicht darauf an, ob eine anlässlich einer Gewinnausschüttung erhobene Steuer in der Zahllast formal den Anteilseigner oder die Gesellschaft trifft, die die Ausschüttung vornimmt. Es liegt in jedem Fall eine unzulässige Quellenbesteuerung vor.

Schon damals ist in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass die geltende Besteuerung des Alt-EK-02 der vom Generalanwalt im damaligen Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof dargelegten steuersystematischen Konstellation weitgehend entspricht oder sogar mit ihr identisch ist. Das war mit der Empfehlung verbunden, dass die betroffenen Steuerpflichtigen in den noch offenen Fällen die Unvereinbarkeit der Ausschüttungsbelastungen aus dem EK-02 und dem EK-03 mit dem sekundären europäischen Recht geltend machen sollten (IMN, FR 21/2001 S. 1124; Lawall, Die Folgen des EuGH-Urteils Athinaiki für die bisherige deutsche Dividendenbesteuerung IStR 6/2002 S. 205). Die erste Frage aus dem Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs richtet sich auf diese funktionale Definition einer aus der Mutter-Tochter-Richtlinie unzulässigen Quellenbesteuerung. Das entspricht der Systematik der Besteuerung des EK-02, weil es sich hier um eine Nachversteuerung handelt, die ausschließlich im Fall der Ausschüttung eingreift.

Aus der zu erwartenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs können sich hinsichtlich der EK-02-Besteuerung hohe fiskalische Risiken ergeben, weil es dieses Gericht im Athinaiki-Fall abgelehnt hat, die zeitliche Wirkung des Urteils zu beschränken. Nur die zweite Frage im Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs, hinsichtlich der Wirkung der Anrechnung der Steuerbelastung, unterliegt der Entscheidung, ob der Quellenstaat oder der Wohnsitzstaat sein Steuersystem binnenmarktkonform umzustellen hat. Für die erste Frage des Vorlagebeschlusses hinsichtlich der europarechtswidrigen Quellenbesteuerung gilt diese Möglichkeit nicht, da es hier unmittelbar um die Unverträglichkeit der nationalen Regelung mit sekundärem europäischem Recht geht. Denn die Mutter-Tochter-Richtlinie ist allein für Kapitalertragsteuern im § 43 b Einkommensteuergesetz umgesetzt. Diese Beschränkung wird sich nach der Entscheidung über den Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofs nicht halten lassen.

Danach wird sich die Besteuerung des Alt-EK-02 bei Steuerinländern in der wirtschaftlichen Auswirkung auch nicht mehr rechtfertigen lassen (Frotscher, Zur Europarechtswidrigkeit der „Nachversteuerung“ nach § 38 Körperschaftsteuergesetz BB S. 865 f.)

V. Pauschalbesteuerung anstatt des bisherigen § 38 Körperschaftsteuergesetz

Die derzeitige Problematik der Besteuerung des Alt-EK-02 ist dadurch geprägt, dass große ehemals gemeinnützige Wohnungsunternehmen Neustrukturierungen vorbereitet haben, durch die eine Anwendung von § 38 Körperschaftsteuergesetz endgültig verhindert würde, und dass eine EuGH-Entscheidung absehbar ist, nach der der geltende § 38 Körperschaftsteuergesetz bei ausländischen Anteilseignern eine mit der Mutter-Tochter-Richtlinie nicht vereinbare Quellenbesteuerung darstellt. Deshalb gibt es Anlass genug, dass der Gesetzgeber ein befristetes Angebot zu einer Pauschalbesteuerung mit einem sehr niedrigen Steuersatz eröffnet. Dieses müsste im Vergleich zu den kapitalmäßigen gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen für die Unternehmen sinnvoll und zugleich europarechtskonform sein. Für eine solche Regelung können zumindest folgende Eckpunkte dargelegt werden:

- Die Pauschalsteuer darf nur als Angebot ausgestaltet werden, das die bisher durch die EK-02-Besteuerung belasteten Gesellschaften durch Wahlrecht wahrnehmen können.
- Bemessungsgrundlage braucht nicht zwingend der Restbestand des Alt-EK-02 zu sein. Zu diskutieren ist auch, ob alternativ nicht der steuerlich ausschüttbare Gewinn im Sinne von § 27 Abs. 1 Satz 4 Körperschaftsteuergesetz gewählt werden kann.
- Anzuwenden auf diese Bemessungsgrundlage ist im fingierten, gleichmäßigen Ausschüttungsverlauf aus dem Alt-EK-02 bis 2019 der geltende Körperschaftsteuersatz von 25 % sowie der künftige Steuersatz nach der Unternehmensteuerreform 2008.
- Sofern das Alt-EK-02 die Bemessungsgrundlage bietet, müsste typisiert festgestellt werden, zu welchen Anteilen sich die Ausschüttung aus dem Alt-EK-02 speist.

- Um die Nutzung der Abschlagbesteuerung mit der sehr kurzen Zeit für die Ausübung des Wahlrechts nicht an der Liquiditätsplanung scheitern zu lassen, sollte eine zinslose Steuerstundung auf maximal 4 Jahre gewährt werden.

VI. Rechnerische Begründungen für eine Abschlagsteuer um 1 % des EK-02-Bestandes

Im Referentenentwurf zum REIT-Gesetz war ein gesetzgeberischer Vorschlag zu einer wahlweisen Abschlagbesteuerung auf das EK-02 durch eine neue Vorschrift § 38 Abs. 4 Körperschaftsteuergesetz vorgesehen. Ein Lösungsweg für die EK-02-Besteuerung dieser Art ist seit dem Vorlagebeschluss des Bundesfinanzhofes an den Europäischen Gerichtshof vom 22.02.2006 ernsthaft diskutiert worden. Infrage gekommen wäre die Einfügung in das Artikelgesetz über Steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG). Dort ist schließlich in neuen Absätzen 5 - 7 zu § 40 Körperschaftsteuergesetz im Fall von Hinausverschmelzungen eine Stundung der EK-02-Besteuerung um den Preis einer Fortführung der deutschen Eigenkapitalgliederung bei einer ausländischen Gesellschaft besprochen worden.

In der Stellungnahme des Bundesrates (Art. 2a S. 2 f.) wird darauf hingewiesen, dass die Abschlagbesteuerung auf die EK-02-Bestände die allgemeine, unabhängig von Wohnungs-REITs aufzulösende Problematik betrifft, dass ehemals gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaften überhaupt unter wirtschaftlich sinnvollen Bedingungen in die Lage versetzt werden, sich von Immobilien zu trennen und die Veräußerungserlöse auszuschütten. Dadurch werden diese Gesellschaften mit anderen gleichgestellt. Inwiefern tatsächlich Wohnungen verkauft werden, liegt an der Politik der Geschäftsführung und letztlich im Entscheidungsbereich der Gesellschafter.

Aus dem Referentenentwurf ist von Bundesrat eine Besteuerung von $\frac{3}{40}$, also 7,5 % übernommen worden. Alternativ müssten Unternehmen bis 2019 abwarten, da erst dann die Körperschaftsteuererhöhung erlischt.

Akzeptiert würde diese Abschlagbesteuerung von den Wohnungsunternehmen nicht, da sie dadurch mit einer zusätzlichen Besteuerung in Höhe einer vollen Jahresnettokaltmiete belastet würden.

Im Folgenden soll rekonstruiert werden, auf welchen Grundlagen die 7,5%ige Abschlagbesteuerung (sog. BMF-Modell) beruht. Demgegenüber wird ein Berechnungsmodell der IDWR (IDWR-Modell) gestellt, das realistischere Annahmen voraussetzt.

Grundsätzlich sind die Modellrechnungen so aufgebaut, dass das mit dem Eintritt der ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen in die Besteuerung durch Neubewertung entstandene Eigenkapital, das sog. EK-02, gleichmäßig über die im Abschreibungsbetrag von 2 % auf den Gebäudebestand vorausgesetzte wirtschaftliche Nutzungsdauer von 50 Jahren verwendet wird. Da nach dem 31.12.2019 die EK-02-Besteuerung aufhört, ist diese Ausschüttung über den verbleibenden Zeitraum vorzunehmen. Hier ergibt sich in der Modellrechnung eine geringfügige Abweichung von 12,5 Jahren für das Modell des Bundesfinanzministeriums (aufgrund der Erstellung zur Jahresmitte 2006 hin) und dem Berechnungsmodell der IDWR, das von dem möglichen Inkrafttreten der Abschlagbesteuerung zum 01.01.2007 (also 12 Jahre bis zum 31.12.2019) ausgeht.

Bei der Besteuerung dieser kumulierten Ausschüttung bis 2019 rechnet das BMF-Modell mit der einheitlichen Ausschüttungsbelastung nach § 27 Abs. 1 des alten Körperschaftsteuergesetzes 1999 mit dem Anrechnungsverfahren. Es wird eine 30%ige Ausschüttungsbelastung hergestellt, die einer $\frac{3}{7}$ -Belastung der Bardividende (vgl. § 38 Abs. 2 Körperschaftsteuergesetz) entspricht. Demgegenüber setzt das IDWR-Modell voraus, dass zum Jahresanfang 2008 entsprechend dem Referentenentwurf zur Unternehmensteuerreform 2008 (Stand: 05.02.2008) der Körperschafts-

teuersatz auf 15 % abgesenkt wird. Da die Abschlagbesteuerung eine Steuerbelastung für den Zeitraum bis zum Jahresende 2019 abgilt, wird für die Abschlagbesteuerung aus Vereinfachungsgründen ein Steuersatz von 15 % angenommen.

Das Berechnungsmodell des Bundesfinanzministeriums krankt an folgenden Vereinfachungen:

1. Die Neubewertung beim Eintritt der ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen wird zu 100 % den Gebäuden zugeschrieben. Demgegenüber erfolgt im Berechnungsmodell der IDWR eine Verteilung zu 67 % auf Gebäude und 33 % auf Bodenwerte.
2. Das BMF-Modell geht davon aus, dass das Ausschüttungspotenzial zu 100 % zugunsten der Gesellschafter genutzt wird. Demgegenüber belässt das Berechnungsmodell der IDWR das Ausschüttungspotenzial, entsprechend einem realistischen Ausschüttungsverhalten, zu 50 % bei dem Wohnungsunternehmen.
3. Obwohl auch das Bundesfinanzministerium eine Verteilung des Ausschüttungspotenzials entsprechend der Nutzungsdauer der Gebäude und einen Besteuerungszeitraum zum Jahresende 2019 annimmt, werden für die Steuereinnahmen Nominalwerte unterstellt. Demgegenüber werden die Steuerbeträge in dem Berechnungsmodell der IDWR mit 5,5 %, entsprechend dem Bewertungsgrundsatz in § 6 Abs. 1 Nr. 3 Einkommensteuergesetz, einer Abzinsung unterworfen.

Sobald die unzulässigen Vereinfachungen in dem Berechnungsmodell, das zu einer 7,5%igen Abschlagbesteuerung führt, berichtigt werden, ergibt sich bei dem aus Vereinfachungsgründen angenommenen Steuersatz von 15 % eine Abschlag-

besteuerung von 0,87 %. Die sachgerechte Abschlagbesteuerung muss demnach bei 1 % liegen.

Modellüberlegungen zur Abgeltung des EK-02-Bestandes

Berechnungsmodell BMF:

Mehrwert aus Neubewertung = EK-02 zum 1.1.1990/91		1000 EUR
davon Gebäude	100%	1000 EUR
Nutzungsdauer		50 Jahre
verteiltes Ausschüttungspotenzial p.a.		20 EUR
Restlaufzeit EK-02		12,5 Jahre
kum. Ausschüttungen		250 EUR
Abschlag wegen Ausschüttungs- verhalten	0%	0 EUR
Bemessungsgrundlage		250 EUR
Steuersatz		30,0%
KSt		75,0 EUR
Zinssatz		0,0%
Barwert KSt		75,0 EUR
Barwert KSt in %		7,50%
Formel:		3/40

Hinweis: Wegen der Nichtabziehbarkeit der KSt ist die wirtschaftliche Belastung

12,5%

Berechnungsmodell der IDWR:

Mehrwert aus Neubewertung = EK-02 zum 1.1.1990/91		1000 EUR
davon Gebäude	67%	670 EUR
Nutzungsdauer		50 Jahre
verteiltes Ausschüttungspotenzial p.a.		13,4 EUR
Restlaufzeit EK-02		12 Jahre
kum. Ausschüttungen		160,8 EUR
Abschlag wegen Ausschüttungs- verhalten	50%	-80,4 EUR
Bemessungsgrundlage		80,4 EUR
Steuersatz		15,0%
KSt		12,1 EUR
Zinssatz		5,5%
Barwert KSt		8,7 EUR
Barwert KSt in %		0,87%
Formel:	gerundet	1/100

VII. Fiskalischer Ertrag aus einer sachgerechten Abschlagbesteuerung auf die EK-02-Bestände

Die Körperschaftsteuererhöhung nach dem geltenden § 38 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz bewirkt bei den ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen wegen der Besteuerung (einschließlich Solidaritätszuschlag) von 45,3 % eine faktische Ausschüttungssperre. Dadurch werden die ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen in der Beziehung zu ihren Anteilseignern und im Kapitalmarkt extrem benachteiligt. Die jährlichen Steuereinnahmen aus gut 100 Mrd. EUR EK-02-Beständen betragen durchschnittlich nur 20 Mio. EUR.

Insofern erscheint eine wahlweise Abschlagbesteuerung, auch unabhängig von den Problemen, die sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergeben werden, als ein sachgerechter Weg aus dieser für den Staat und die ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen gleichermaßen unerquicklichen Situation herauszukommen.

Der im Referentenentwurf zum REIT-Gesetz vorgeschlagene Steuersatz von 7,5 % ist allerdings viel zu hoch. Eine steuerliche Sonderbelastung in Höhe einer Jahresnettokaltmiete durch die Abschlagsteuer auf das EK-02 würde kein Unternehmen leisten können. Vor allem die kleineren, oftmals kommunalen Unternehmen verfügen meist nicht über ausreichend hohe Erträge oder Liquiditätsreserven.

Dagegen würden die Unternehmen der IDWR das Wahlrecht zu einer 1%igen Abschlagsteuer sehr ernsthaft in Erwägung ziehen. Dadurch würden sich allein aus diesem Kreis Körperschaftsteuereinnahmen von 316 Mio. EUR (zzgl. 17,38 Mio. EUR Solidaritätszuschlag) ergeben, also deutlich höhere und vor allem ungleich wahrscheinlichere Steuereinnahmen als die 277,5 Mio. EUR (zzgl. 15,3 Mio. EUR Solidaritätszuschlag), die aus dem Finanztableau zu § 38 Abs. 4 Körperschaftsteuergesetz nach dem Referentenentwurf zu ersehen sind. Diese unterstellten Steuereinnahmen sind ohne Bezug auf Erfahrungswerte dadurch berechnet, dass vorausgesetzt wird,

dass eine Besteuerung von 5 % der EK-02-Bestände durch eine Abschlagbesteuerung von 7,5 % gelingt.

VIII. Verlängerte Ausübung des Wahlrechts zur Abschlagbesteuerung auf das EK-02

Wie der Referentenentwurf sieht der Vorschlag in der Stellungnahme des Bundesrates zur wahlweisen Abschlagbesteuerung nach § 38 Abs. 4 des Körperschaftsteuergesetzes vor, dass das Wahlrecht verbindlich vor dem 01.01.2008 ausgeübt werden muss. Dieser extrem kurze Zeitraum ist dem Gedanken geschuldet, dass sich angesichts der für 2008 zu erwartenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Abschätzung der Besteuerung auf die EK-02-Bestände auf Seiten der Unternehmen und auf Seiten der Finanzverwaltung definitiv verschieben muss.

Dennoch ist die Frist bis zum Jahresende 2007 für die ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen in den meisten Fällen zu kurz, wenn, vor allem bei kommunalen Unternehmen, Entscheidungen der Gesellschafter abgewartet werden müssen und hinsichtlich der Abschlagbesteuerung eine veränderte Liquiditätsplanung erforderlich wird. Nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs würde sich zunächst ein starker Besteuerungsunterschied zwischen inländischen und ausländischen Anteilseignern von 0 % und 45,3 % ergeben, was ein Gesetzgebungsverfahren erfordert. Angemessen wäre es deshalb, die Entscheidungsfrist mindestens bis zum 31.12.2008 zu verlängern.

Sofern dies wegen der besonderen Situation, vor allem nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Schwierigkeiten bereitet, sollte den Gesellschaften zumindest ein verlängerter Entscheidungszeitraum bis zur Fertigstellung des Jahresabschlusses 2007, also bis zum 31.05.2008 zugestanden werden.

C. Einzelheiten der REIT-Gesetzgebung

Im Folgenden sollen eine Reihe von Einzelregelungen im REIT-Gesetz diskutiert werden, denen eine beträchtliche Bedeutung für die Funktionsfähigkeit von REITs in den Kapitalmärkten zukommt. Dabei werden auch einige Regelungen aufgegriffen, die der Bundesrat in seiner Stellungnahme vorgeschlagen hat, da die Bundesregierung diesen zugestimmt hat oder deren Berechtigung prüfen will.

I. Fair Value als Bezugsgröße für die Verschuldungsgrenze von REITs nach § 15 REIT-Gesetz

Der Bundesrat unterstellt in einem anderen Zusammenhang (BR-Drs. 979/06 Beschluss Nr. 28.6), dass der Begriff des Vermögens in § 12 Abs. 1 REIT-Gesetz einen Bewertungssaldo aus aktiven und passiven Vermögensgegenständen, also das aus der Bilanz abgeleitete Reinvermögen darstellt. Unter diesen Voraussetzungen befürchtet der Bundesrat, dass die Grenze für die zulässige Kreditaufnahme nach § 15 REIT-Gesetz faktisch bedeutungslos wird. Die Bundesregierung stimmt diesen Bedenken in ihrer Gegenäußerung (BT-Drs. 16/4036) grundsätzlich zu und will eine zielgenaue Ausgestaltung der Regelung prüfen.

Tatsächlich ergibt sich eine Schwierigkeit daraus, dass in § 15 Satz 1 REIT-Gesetz die 60%ige Fremdkapitalquote auf das Gesellschaftsvermögen bezogen wird, während in Satz 2 – sachgemäß – bei der Ermittlung des Gesamtvermögens auf § 12 Abs. 4 REIT-Gesetz, mit dem dortigen Fair Value als Marktwert, Bezug genommen wird. Damit diese Bezugsgröße gilt, sollte Satz 1 unmissverständlich so formuliert werden, dass zu Satz 2 keine Spannung oder gar ein Widerspruch eintritt. Keinesfalls sollte, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, einfach die Aktivseite der Bilanz als Bezugsgröße für die Fremdkapitalgrenze verwendet werden. Dann würde von REITs eine bilanzielle Eigenkapitalquote gefordert, die kaum eine Immobiliengesellschaft aufweist

und die dazu zwänge, den Vorteil dinglicher Besicherungen bei REITs zu einem guten Teil ungenutzt zu lassen. Dies geschähe auch noch anhand der wenig aussagekräftigen Buchwerte des Anlagevermögens.

II. Kein Ausschluss und keine Diskriminierung von Beteiligungen des REITs, sofern sie sich innerhalb der Vermögensgrenzen oder der Ertragsgrenzen aus § 12 REIT-Gesetz halten

In § 19 Abs. 5 REIT-Gesetz wird allgemein festgestellt, dass die Vorschriften für das Halbeinkünfteverfahren bei den Anteilseignern (§ 3 Nr. 40 Einkommensteuergesetz; § 8b Körperschaftsteuergesetz) auch bei steuerlich vorbelasteten Einkünften nicht angewandt werden sollen. Aufgrund der zulässigen Betätigungen von REITs, wie sie aus den Begriffsbestimmungen in § 3 REIT-Gesetz hervorgehen, sind nach dem Gesetzentwurf unschädlich nur 100%ige Tochterkapitalgesellschaften des REITs, die den Dienstleistungen für einen fremden Anlagenbestand erbringen, oder 100%ige ausländische Tochterkapitalgesellschaften, die in der Immobilienvermögensverwaltung tätig sind.

In der Begründung zu § 19 Abs. 5 REIT-Gesetz wird für diese Doppelbesteuerung schlichtweg eine „Steuervereinfachung“ geltend gemacht.

Vor allem würde eine nicht hinnehmbare Schlechterstellung von REITs gegenüber offenen Immobilienfonds festgeschrieben, bei denen steuerlich vorbelastete Einkünfte einem gesonderten Ausschüttungsregime unterliegen. Demgegenüber werden REIT-Aktiengesellschaften noch zusätzlich schlechter gestellt sein, da ihnen Beteiligungen an Immobilienkapitalgesellschaften nicht erlaubt werden.

Demgegenüber ist zu fordern, dass bei REITs ein eigenes Ausschüttungsregime mit Halbeinkünfteverfahren bei den Anteilseignern in Kraft gesetzt wird, bei

1. REIT-Dienstleistungsgesellschaften nach § 3 Abs. 2 REIT-Gesetz
2. ausländischen Objektgesellschaften im Sinne von § 3 Abs. REIT-Gesetz
3. zusätzlich bei Inlandsobjektgesellschaften.

Bei Inlandsobjektgesellschaften sollte zudem nicht verlangt werden, dass es sich um 100%ige Töchter handelt.

Ausreichende Beschränkungen für Beteiligungen der Ziff. 1-3 ergeben sich bereits in der Vermögens- und Vertragsbegrenzung nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 REIT-Gesetz.

III. Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf die Veräußerung von REIT-Anteilen

Die ebenfalls in § 19 Abs. 5 REIT-Gesetz enthaltene Einkünftequalifizierung, dass Gewinne aus der Veräußerung von REIT-Anteilen bei den Anteilseignern nicht § 3 Nr. 40 EStG oder § 8 b KStG unterliegen sollen, ist abzulehnen. In der Begründung zur Stelle wird damit argumentiert, dass infolge der Steuerbefreiung von REITs keine Vorbelastung auf der Gesellschaftsebene stattfindet. Daraus folgt jedoch keineswegs die volle Besteuerung der Veräußerungsgewinne von REIT-Anteilen und der Ausschüttungen von REITs. Wegen der gesetzlichen Verpflichtung zu sehr hohen Ausschüttungen, erklärt sich der Veräußerungsgewinn rein aus kapitalisierten Ertrags-erwartungen, die der vollen Besteuerung unterworfen sind. Es käme deshalb nach § 19 Abs. 5 REIT-Gesetz zu einer kompletten Doppelbesteuerung.

Systematisch richtig müsste deshalb die Veräußerung von REIT-Anteilen steuerfrei erfolgen. Mindestens jedoch erscheint eine Abweichung von der sonstigen Besteue-

zung der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften als nicht gerechtfertigt. Denn die hohe Ausschüttungsverpflichtung von REITs schließt eine im Halbeinkünfteverfahren vorausgesetzte Preisbildung durch Ausschüttungspotentiale gerade nicht aus. Die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen im Halbeinkünfteverfahren beruht darauf, dass eine „volle“ Besteuerung der laufenden Einkünfte vorausgeht. Das wird jedoch nicht nur durch eine Definitivbesteuerung auf der Gesellschaftsebene (mit der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens bei den Anteilseignern) erreicht, sondern ebenso durch die volle Besteuerung der REIT-Einkünfte bei den Anteilseignern.

Die korrigierte Regelung sollte gesondert von der geforderten Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens bei steuerlich vorbelasteten Einkünften aus REIT-Beteiligungen (vgl. vorheriger Abschnitt II) in einem eigenen Abs. 5 gefasst werden.

IV. Keine Einschränkung der Exit-Tax im Falle von Betriebsveräußerungen oder Betriebsaufgaben oder bei Bildung einer Investitionsrücklage

In der neuen Vorschrift § 3 Nr. 70 Einkommensteuergesetz werden in Satz 2 verschiedene Fallgestaltungen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen an einen REIT betrachtet, die von der Begünstigung durch die Exit-Tax ausgeschlossen werden sollen. In den bezeichneten Fällen soll die Exit-Tax bei Übertragungen auf einen REIT, also die Besteuerung nur der Hälfte der Betriebsvermögensmehrungen oder der Einnahmen aus der Veräußerung von Boden und Gebäuden verwehrt bleiben. Dafür werden andere, begünstigende Besteuerungsvorschriften geltend gemacht, die hier bereits Anwendung finden.

Gegen diesen Ausschluss der Exit-Tax werden folgende Kritikpunkte bei den Einzelgestaltungen vorgebracht:

1. Aufgabe oder Veräußerung des Betriebs

Als fraglich erscheint schon, wie Teilbetriebsveräußerungen behandelt werden sollen. Diese werden bei der Überführung von Betriebsgrundstücken auf einen REIT häufiger sein als Grundstücksübertragungen im Zusammenhang mit Betriebsaufgaben. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn im Zusammenhang mit betriebsnotwendigen Grundstücken andere Grundstücke oder Grundstücksteile vermietet werden oder wenn insgesamt eine Grundstücksvermietung vorliegt. Denn dann scheidet eine Veräußerung der wesentlichen Betriebsgrundlagen aus (Bundesfinanzhof BStBl. II 1996 S. 409; Bundesfinanzhof BStBl. II 1969 S. 397). Eine andere steuerliche Bewertung ergibt sich, wenn die Grundstücke nach einer Betriebsaufspaltung von einem Besitzunternehmen gehalten werden (Bundesfinanzhof BStBl. II 2002 S. 537; Bundesfinanzhof BStBl. II 2005 S. 395; Bundesfinanzhof NV 1998 S. 690).

Die in § 3 Nr. 70 Satz 2 Buchstabe a Einkommensteuergesetz bezeichnete alternative günstige Besteuerung ergibt sich daraus, dass die Einkünfteverteilungsregelung in § 34 über 5 Jahre an außerordentliche Einkünfte anknüpft. § 34 Abs. 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz enthält bereits eine Ausnahme für den steuerpflichtigen Teil des Veräußerungsgewinns, der nach dem Halbeinkünfteverfahren teilweise steuerbefreit ist. Es erscheint systematisch als geradezu zwingend, auch die teilweise Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 70 Einkommensteuergesetz für Übertragungen von Immobilien auf einen REIT in § 34 Abs. 2 Satz 1 Einkommensteuergesetz aufzunehmen.

2. Bildung einer Investitionsrücklage nach § 6 b oder § 6 c Einkommenssteuergesetz

Bei Bildung einer Investitionsrücklage nach § 6 b Einkommensteuergesetz erscheint es als nicht schwierig, diese mit der Exit-Tax kumulativ zu verbinden, indem im Falle einer steuerbehafteten Auflösung der Rücklage lediglich die Hälfte der Bemessungsgrundlage einer Steuerbelastung unterworfen wird.

V. Keine Änderung der Form der Aktien in vinkulierte Namensaktien

In einem Arbeitspapier des Bundesfinanzministeriums zur REIT-Gesetzgebung mit dem Stand 1. August 2006 sind vinkulierte Namensaktien als Form von REIT-Aktien überhaupt vorgesehen gewesen, um die Einhaltung von Vorschriften über Anteilsbegrenzungen (außensteuerlich bedingte 10 % - 1 Aktie; Streubesitzklausel) zu erleichtern. Durch vinkulierte Namensaktien wird die Handelbarkeit von Wertpapieren an einer Börse jedoch so stark eingeschränkt, dass eine Sondergenehmigung der Börsenbetreiber vorliegen muss. Es besteht kein Grund dafür, ein neu eingeführtes Kapitalmarktinstrument wie REITs damit generell durch zwingendes Recht zu belasten.

Hinsichtlich der Anteilsüberschreitungen stehen jedoch in der geltenden Kapitalmarktgesetzgebung ausreichende Vorkehrungen mit scharfen Rechtsfolgen zur Verfügung. Ansatz dafür sind die Meldeschwellen. Sofern entsprechende Meldungen unterlassen werden, greift die extrem scharfe Sanktion von § 28 des Wertpapierhandelsgesetzes ein, wonach Stimmrechtsausübungen und Dividendenbezug in Höhe der verletzten Meldeschwelle, über die keine Mitteilung gemacht worden ist, begrenzt werden.

Berlin, 22. Februar 2007

gez. Dr. Harm Carls

gez. Franz Wynands, WP/StB