

Finanzausschuss des Deutschen Bundestages

Öffentliche Anhörung am 28. Februar 2007

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 2. November 2006 eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen

(Drucksache 16/4026; 16/4036)

Stellungnahme zum Regierungsentwurf

Als Berater der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD) darf ich zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Stellungnahme der IFD vom 19. Februar 2007 zum Regierungsentwurf verweisen. Die Petiten der IFD werden von mir geteilt, auch was die steuerrechtliche Beurteilung angeht.

Ergänzend verweise ich auf die Stellungnahme vom 13. Februar 2007 zu ausgewählten EU-rechtlichen Fragen des Regierungsentwurfes, die ich gemeinsam mit den Kollegen Rechtsanwälten und Steuerberatern Matthias Roche (Ernst & Young) und Dr. Hans Volkert Volckens (Beiten Burkhardt) erarbeitet habe. Sie ist nachstehend wiedergegeben.

Zusammenfassend bin ich der Auffassung, dass das REIT-Gesetz jetzt auf den Weg gebracht werden sollte, so dass Deutschland den Anschluss an die internationale Entwicklung nicht verpasst. In der vorliegenden Fassung und nach Einarbeitung der vorgeschlagenen Ergänzungen und Änderungen schafft es aus meiner fachlichen Sicht für die Entwicklung eines deutschen REIT-Sektors einen soliden rechtlichen und steuerlichen Rahmen.

Frankfurt am Main, 23. Februar 2007



Friedhelm Jacob
Rechtsanwalt
Steuerberater

EU-rechtliche Überlegungen

Hintergrund

Die nachfolgende Darstellung zielt darauf ab, in konzentrierter Form diejenigen Aspekte aufzuführen, die aus der Sicht der IFD und ihrer Berater für die Zulässigkeit bestimmter Merkmale des geplanten REITG aus EU-rechtlicher Sicht sprechen. Die Darstellung beschränkt sich auftragsgemäß auf zwei Fragen.

Ist es nach Einführung der Steuerbefreiung für inländische REITs (G-REITs) zulässig, ausländische REITs mit ihren Einkünften aus deutschen Quellen zu besteuern?

Ist es zulässig, das direkte Halten von Aktien einer G-REIT-AG allgemein auf einen Anteil von weniger als 10% zu beschränken?

Diese Zusammenfassung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Zu den vorliegend relevanten Gesichtspunkten sind unterschiedliche Auffassungen vertretbar. Daher kann keine Garantie dafür gegeben werden, dass der EuGH in einem möglichen Vorabentscheidungs- oder Vertragsverletzungsverfahren die hier dargelegten Argumente in gleicher Weise bewertet und gewichtet. Wir halten jedoch die dargestellten Überlegungen für einleuchtend und so gewichtig, dass mit ihnen EU-rechtliche Bedenken mit guter Aussicht auf Erfolg ausgeräumt werden könnten. In keinem Fall kann diese Darstellung dahingehend verstanden werden, dass der RegE eines REITG gegenüber EU-rechtlichen Angriffen immun ist.

Verstößt das REITG-E insoweit gegen EU-Recht, als ausländische REITs mit ihren inländischen Einkünften nicht wie ein G-REIT von der KSt und der GewSt befreit sind?

Es könnte – eine dauernde Präsenz des ausländischen REIT in Deutschland vorausgesetzt - ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) vorliegen. Die Niederlassungsfreiheit verbietet es Deutschland, ausländische REITs steuerlich schlechter zu stellen als inländische REITs, sofern der inländische REIT und der ausländische REIT nach ihren Strukturmerkmalen miteinander vergleichbar sind (Gebot der Inländerbehandlung durch Deutschland als dem Aufnahmemitgliedstaat).

Im Kern geht es um die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den inländischen REIT auf der Gesellschaftsebene umfassend steuerfrei zu stellen, während der ausländische REIT auf der Gesell-

schaftsebene mit seinen inländischen Einkünften (Einkünften aus der Vermietung, Verpachtung und Veräußerung von im Inland belegenem unbeweglichen Vermögen) steuerpflichtig bleibt. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung liegt nicht etwa darin, dass beide Rechtsträger möglicherweise eine unterschiedliche Geschäftstätigkeit ausüben und deshalb die deutsche Infrastruktur unterschiedlich beanspruchen. Ursache sind vielmehr die speziellen Strukturmerkmale der grenzüberschreitenden REIT-Besteuerung, wie sie sich international etabliert hat. Der inländische REIT wird – anders als z.B. eine gemeinnützige Einrichtung - nicht deshalb steuerbefreit, weil er besonders förderungswürdigen Betätigungen nachgeht, die sich von den Tätigkeiten eines ausländischen REIT unterscheiden. Der einzige Grund für die Steuerbefreiung liegt darin, dass nach international üblichen Besteuerungsgrundsätzen bei REITs die Besteuerungsebene von der Gesellschafts- auf die Gesellschafterebene verlagert wird. Gesellschaft und Gesellschafter bilden so eine Besteuerungseinheit ähnlich einer Gruppenbesteuerung, bei der die Steuerattribute der Gesellschaft der unteren Ebene erst auf der oberen Gesellschafterebene erfasst werden.

Die REIT-AG bewegt sich insoweit zusammen mit seinem Aktionär in einem geschlossenen Besteuerungssystem. Sie wird nur unter der Bedingung freigestellt, dass ihre Einkünfte – nach Ausschüttung – beim Aktionär erfasst werden können. Das Fiskalopfer auf der unteren Ebene ist kein endgültiges. Es wird durch die Pflicht der REIT-AG flankiert, das erwirtschaftete Einkommen nahezu vollständig und zeitnah auf die relevante Besteuerungsebene des Aktionärs hochzuschütten. Nur mit dieser Maßgabe stellt das REITG die REIT-AG von der Steuer frei, und nur in der Erwartung, dass die Besteuerung, die auf der unteren Ebene unterlassen wurde, auf der oberen Ebene alsbald nachgeholt wird.

Im Falle eines im Inland ansässigen G-REIT-Aktionärs vollzieht sich dieser Zugriff im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht auf das Nettoeinkommen. Im Falle eines im Ausland ansässigen G-REIT-Aktionärs ist der Zugriff auf die Besteuerung an der Quelle beschränkt, also auf die Erhebung der Kapitalertragsteuer vom Bruttobetrag der Gewinnausschüttung der inländischen REIT-AG.

Beim ausländischen REIT mit inländischen Einkünften steht dieses geschlossene System für den inländischen Gesetzgeber nicht zur Verfügung. Der deutsche Gesetzgeber kann den unbegrenzten Besteuerungszugriff auf der Gesellschafterebene, der mit der Steuerfreiheit der Gesellschaftsebene verzahnt ist, nur in seinem Territorium umsetzen. Daraus folgt: Würde der ausländische REIT steuerfrei gestellt, wäre die Erhebung deutscher Steuer auf der Gesellschafterebene des ausländischen REIT nicht in der gleichen Weise gewährleistet wie bei dem G-REIT. Die Gewinnausschüttung könnte nur bei einem unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschafter des ausländischen REIT besteuert werden. Auf einen ausländischen Gesellschafter des ausländischen REIT hat der deutsche Fiskus grundsätzlich keinen Zugriff, es sei denn, die vom ausländischen REIT aus deutschen Quellen erzielten Einkünfte werden – gewissermaßen vorsorglich - mit einer

besonderen Quellensteuer belegt, die für Rechnung des Gesellschafters als zukünftigem Empfänger einer Dividende des ausländischen REIT einbehalten wird.

Daher ist der ausländische REIT zusammen mit seinen Gesellschaftern nicht in der gleichen oder einer vergleichbaren Rechtsposition wie der inländische REIT und seine Gesellschafter. Europarechtliche Normen und Diskriminierungsverbote können nach Sinn und Zweck nicht das unbestrittene Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen aushöhlen und ad absurdum führen. Genau das geschähe aber, wenn die Steuerfreiheit eines ausländischen REIT in seinem Sitzstaat den anderen Belegenheitsstaat der Immobilie binden würde, ohne dass diesem ein Besteuerungszugriff auf die Vermietungs- und Verpachtungseinkünfte aus seinem Territorium verbliebe – entweder in Gestalt einer Steuer zu Lasten des ausländischen REIT selber oder zu Lasten dessen Anleger. Ein solches Fiskalopfer ist nicht gerechtfertigt und widerspricht anerkannten internationalen Besteuerungsgrundsätzen, wie sie in Art. 6 OECD-Musterabkommen (Belegenheitsprinzip) ihren Niederschlag gefunden haben.

Folglich sollte es mit dem Prinzip der Inländerbehandlung als besondere Ausprägung der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein, dass ausländische REITs mit ihren inländischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen auch nach Inkrafttreten des REITG in Deutschland steuerpflichtig bleiben.

Die Besteuerung der inländischen Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen eines ausländischen REIT korrespondiert im Übrigen mit der Sichtweise in dem Sitzstaat des ausländischen REIT. So wird z.B. in UK als selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Einkünfte eines UK-REIT aus deutschen Immobilien hier steuerpflichtig sind.

Dem entspricht es, dass ein G-REIT mit ausländischen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen im Belegenheitsstaat besteuert werden kann. Deutschland nimmt als Sitzstaat des G-REIT diese Besteuerung hin. Das REITG sollte insoweit auch dem deutschen Aktionär die Vorteile des Halbeinkünfteverfahrens einräumen, als die REIT-AG mit ausländischer Steuer vorbelastete Einkünfte ausschüttet. Aus europarechtlicher Sicht wäre mit dieser Besteuerungsfolge der systematische Zusammenhang zwischen Besteuerung auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene im Gesetz konsequenter verankert. Zusätzlich sollte in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen werden, dass der ausländische REIT im Hinblick auf das geschlossene Besteuerungssystem Gesellschaft und Gesellschafter substituierend für die Besteuerung seiner Gesellschafter besteuert wird. Ein solcher Hinweis ist zumindest solange angebracht, als der Gesellschafter des ausländischen REIT in dem Belegenheitsstaat der Immobilie nicht zur Besteuerung herangezogen wird. Ob dieser Hinweis vom EuGH unter dem Gesichtspunkt einer ausgewogenen Verteilung der Besteuerungsrechte als ausreichend angesehen wird, lässt sich nicht abschließend beantworten.

Solange auf EU-Ebene ein einheitliches Regelsystem für die Besteuerung von REITs und seinen Anlegern fehlt, verstößt eine nationalrechtliche Regelung, nach der ein ausländischer REIT mit seinen Einkünften aus unbeweglichem Vermögen in einem anderen EU-Belegenheitsstaat steuerpflichtig bleibt, nicht gegen europarechtliche Normen.

Verstößt die Beschränkung einer direkten Beteiligung an einem G-REIT auf unter 10% gegen die Kapitalverkehrsfreiheit?

Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet Art. 56 EG Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten, es sei denn, sie sind nach den Bestimmungen des EG-Vertrages gerechtfertigt. Mit der Tatsache allein, dass inländische wie ausländische Aktionäre einer REIT-AG dem Verbot des Haltens einer Direktbeteiligung von 10% oder mehr unterliegen, lässt sich folglich die Beteiligungsschranke nicht rechtfertigen.

Die Regelung hat auch einen Auslandsbezug, denn es sind – natürlich auch - ausländische Investoren betroffen. Der besondere für Art. 56 relevante Aspekt ist, dass damit die Möglichkeit entfällt, durch Erhöhung des Anteils auf eine Senkung oder Vermeidung der Kapitalertragsteuer von REIT-Dividenden hinzuwirken. Dies allein könnte ausländische Investoren davon abhalten, in deutsche REITs zu investieren, und wäre eine verbotene Marktzugangsbeschränkung, wenn nicht eine besondere Rechtfertigung bestünde. Das Problem ist umso akuter, je weniger hart inländische Investoren von dieser Beschränkung betroffen werden, z.B. weil deren Steuerlast durch eine Beteiligung von 10% oder mehr nicht sinkt. In der Tat fehlt es bei einem inländischen Investor an einem besonderen Interesse, die Beteiligung auf 10% oder mehr aufzustocken, denn durch eine solche Maßnahme käme er nicht in den Genuss einer anderen Besteuerung als im Falle einer Direktbeteiligung von weniger als 10%.

Die Beteiligungsschranke ist weitere Ausprägung und wichtige Komponente der Besteuerungssystematik beim G-REIT. Der REIT wird, wie oben ausgeführt, nicht um seiner selbst Willen von der Steuer befreit, sondern im Hinblick auf die Verlagerung der Besteuerungsebene auf den Gesellschafter. Diese Verlagerung geht von einem Besteuerungsverbund zwischen Gesellschaft und Gesellschafter – ähnlich der Organschaft – aus und ist nur gerechtfertigt, wenn der steuerliche Zugriff auf der Gesellschafterebene angemessen abgesichert ist. Teil dieses "geschlossenen Systems" ist, dass nicht nur beim Gesellschafter, der Steuerinländer ist, sondern auch beim Steuerländer ein verlässlicher Zugriff auf ein Steuersubstrat ausreichenden Umfanges möglich ist. Dieses liegt bei 26.375% des Bruttobetragtes der REIT-Dividende bei ausländischen Gesellschaftern mit Wohnsitz außerhalb eines DBA-Staates und sinkt auf 15% oder – in einigen Fällen – auf 10%, je nach Abkommensstaat. Das REITG definiert über die Beteiligungsgrenze ein Steuersubstrat diesen Umfanges als noch akzeptabel, setzt letztlich aber das System der Verlagerung der Besteuerungsebene außer Kraft, wenn diese Beteiligungsschranke nachhaltig ver-

letzt wird. Dies ist zum einen dadurch motiviert, dass im Fall des wiederholten Verstoßes gegen die Beteiligungsschranke das deutsche Steuersubstrat gefährdet ist durch die drohende Absenkung der zulässigen Kapitalertragsteuer auf 10, 5 oder gar 0% durch DBA.

Dies erscheint als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung des direkten Zuganges zu einem inländischen REIT. Es kann nicht Sinn und Zweck der Regelungen zur Kapitalverkehrsfreiheit sein, einen Mitgliedstaat zu zwingen, ein Besteuerungssystem gewissermaßen bedingungslos durchzuhalten, wenn dieses unter bestimmten Voraussetzungen zu einem völligen Verzicht auf Steuersubstrat gegenüber Steuerausländern führen würde, während Steuerinländer weiterhin der Steuer unterworfen blieben.

Zum anderen besteht bei wiederholtem Verstoß gegen die direkte Beteiligungsschranke auch die Gefahr, dass die außersteuerliche Zielsetzung des Gesetzgebers unterlaufen wird, wonach die REIT-Aktie einem breit gestreuten Anlegerpublikum zur Verfügung gestellt werden soll. Die Beschränkung der Direktbeteiligung ist eines von mehreren Systemmerkmalen eines dem breiten Anlegerpublikum offen stehenden Finanzinstruments zur indirekten Anlage in Grundvermögen. Das REITG sieht verschiedene Obergrenzen für die Anlage in einen G-REIT vor, die entweder für sich allein oder im Zusammenspiel mit anderen Beteiligungsschranken zum Gesamtbild eines breit gestreuten Anlageinstruments gehören. Vgl. das Erfordernis der Anteilstreuung beim Börsengang (25%), auf Dauer während des Bestehens des G-REIT nach dem Börsengang (15%), das Merkmal des Streubesitzers (Beteiligung unter 3%) und das Verbot der Direktbeteiligung von 10% oder mehr. Der Verstoß gegen die Beteiligungsschranke führt, wenn er sich wiederholt, unabhängig davon zum Verlust der Steuerbefreiung der REIT-AG, ob die unzulässig hohe Beteiligung von einem Steuerinländer oder Steuerausländer gehalten wird. Die Sanktion greift also auch dann ein, wenn der Aktionär mit dem direkten Beteiligungserwerb von 10% oder mehr nicht das Ziel verfolgte, seine inländische Kapitalertragsteuerschuld auf einen Satz unterhalb des DBA-Satzes für Streubesitzdividenden zu drücken. Der Sanktionsmechanismus belegt, dass mit der Beteiligungsschranke auch außersteuerliche Ziele verfolgt werden.

Folglich sollte es mit dem Prinzip der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sein, dass ausländische und inländische Gesellschafter eines G-REITs nicht 10% oder mehr der Anteile an der Gesellschaft unmittelbar halten dürfen.

Eschborn	Frankfurt am Main	München, 13. Februar 2007
Matthias Roche	Friedhelm Jacob	Dr. Hans Volkert Volckens
Ernst & Young	Hengeler Mueller	Beiten Burkhardt