

Organ des Deutschen Steuerberaterverbandes e.V. Berlin  
Schriftleiter: StB Prof. Dr. habil. Günther Strunk

## STEUERRECHT

### Die Besteuerung von G-REITs nach der Unternehmensteuerreform 2008

RA. FASStR Petra Korts MBA, Köln

Die Unternehmensteuerreform 2008<sup>1</sup> bringt ab dem Veranlagungszeitraum 2008 Veränderungen für die Besteuerung u. a. von Kapitalerträgen sowohl auf Unternehmensebene als auch auf Gesellschafterebene. Als Beispiel ist die Abgeltungswirkung der Kapitalertragsteuer gemäß § 43 Abs. 5 EStG zu nennen. Ab dem Jahr 2009 greift die Abgeltungsteuer. Die nachfolgenden Ausführungen sollen die wesentlichen Grundstrukturen der Besteuerung der deutschen REIT-Aktiengesellschaft und ihrer Aktionäre näher beleuchten.

#### I. Besteuerung der die Immobilien verkaufenden Gesellschaft – Exit Tax

§ 3 Nr. 70 EStG,<sup>2</sup> befristet bis 31. 12. 2009, begünstigt die Veräußerung von seit mindestens fünf Jahren im inländischen Betriebsvermögen gehaltenen Immobilien an eine REIT-AG oder einen Vor-REIT, indem die Betriebsvermögensmehrung oder Einnahme nur mit halber Wertansatz besteuert wird (= Exit Tax).<sup>3</sup> Die Exit Tax kommt zur Anwendung für alle Veräußerungsverträge von Grund und Boden aus einem inländischen Betriebsvermögen, die nach dem 31. 12. 2006 und vor dem 1. 1. 2010 abgeschlossen wurden bzw. werden. §§ 3 Nr. 70, 3c Abs. 3 EStG gelten für die Einkommensteuer, über § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG gilt dies ebenso für die Körperschaftsteuer und über § 7 Abs. 1 GewStG auch für die Gewerbesteuer. Zu beachten ist, dass die Exit-Tax-Regelung nicht auf die beim Kauf anfallende Grunderwerbsteuer angewendet wird.<sup>4</sup> Die Exit Tax gilt gem. § 17 Abs. 2 REITG<sup>5</sup> auch für die Aufdeckung stiller Reserven gem. § 13 Abs. 1 und 3 Satz 1 KStG beim Wechsel von der steuerpflichtigen Immobilien-AG zur steuerbefreiten REIT-AG.<sup>6</sup>

Auch gewerbesteuerrechtlich tritt eine entsprechende Entlastung ein, da infolge der 50-prozentigen Steuerbefreiung durch die Exit Tax die Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer vermindert wird.

Ab dem Veranlagungszeitraum 2008 beträgt der Körperschaftsteuersatz, der auch für die der Exit-Tax-Regelung

unterliegenden Besteuerungssachverhalte gilt, 15 % (zzgl. 5,5 % Solidaritätszuschlag), d. h., die verkaufende Gesellschaft kann die stillen Reserven mit (nur) 7,5 % Steuern aufdecken. Dieser geänderte steuerliche Umstand wird wahrscheinlich dafür verantwortlich sein, dass im Jahr 2007 nur sehr zögerlich von der Rechtsform der REIT-AG Gebrauch gemacht wurde.

#### II. Besteuerung der REIT-AG

##### 1. Grundsatz

Gemäß § 16 Abs. 1 REITG ist die deutsche REIT-AG von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit.<sup>7</sup> Nach § 2 Nr. 3 SolzG ist der Solidaritätszuschlag an die Körperschaftsteuerpflicht gekoppelt und entfällt somit zusammen mit dieser. Die Steuerfreiheit tritt rückwirkend zu Beginn des Wirtschaftsjahres ein, in dem die inländische REIT-AG nach ihrer Börsenzulassung in das Handelsregister eingetragen wird. Durch das Finanzamt wird das Vorliegen der Voraussetzungen der Steuerfreiheit i. d. R. auf Basis der Handelsregistereintragung als REIT-AG vermutet und erst auf der Grundlage der Steuererklärung nebst einzureichender Abschlüsse für den abgelaufenen Veranlagungszeitraum geprüft.<sup>8</sup> Die Befreiung der deutschen REIT-AG von der Körperschaftsteuer soll nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>9</sup> nur insoweit gegeben

1 Unternehmensteuereinführungsgesetz v. 14. 8. 2007, BGBl. I 2007 S. 1912.

2 Eingefügt durch Art. 2 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen vom 28. 5. 2007, BGBl. I 2007 S. 914, 920.

3 Zu den (zahlreichen) Ausnahmetatbeständen siehe § 3 Nr. 70 Satz 2 EStG.

4 Quass/Becker, Die Aktiengesellschaft 2007, 421, 423.

5 REIT-Gesetz eingeführt durch Art. 1 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen vom 28. 5. 2007 BGBl. I 2007 S. 914 ff.

6 Quass/Becker, Die Aktiengesellschaft 2007, 421, 423.

7 Vgl. OFD Münster, Verfügung v. 3. 7. 2007, S. 1983 – 132 – St. 13–33, DB 2007 S. 1602.

8 BMF-Schreiben vom 10. 7. 2007, IV B 8 – S. 1983/07/0001, BStBl. I 2007 S. 827.

9 Zitat aus der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 12. 1. 2007, BT-Drs. 16/4026 S. 24: „Die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Fusions-Richtlinie sollen sicher ausgeschlossen werden.“

sein, wie eine Anwendung der europäischen Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>10</sup> (keine Kapitalertragsteuer von Dividendenzahlungen der Tochter- an ihre Muttergesellschaft) sowie der Fusions-Richtlinie<sup>11</sup> (Verschmelzung über die Grenze zu Buchwerten ohne Aufdeckung stiller Reserven) sicher ausgeschlossen ist.

Die Steuerbefreiung bezieht sich dabei auf die von der REIT-AG erzielten **Immobilien**erträge, also auf die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, aus Leasing, auf Veräußerungsgewinne und die Beteiligungserträge der REIT-AG.

Die Steuerfreiheit erstreckt sich auch auf Tochterimmobilien-gesellschaften, nicht aber auf REIT-Dienstleistungsgesellschaften. Bei Letzteren wäre jedoch die Herstellung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft durch Gewinnabführungsvertrag denkbar.<sup>12</sup> Bei Auslandsobjekt-gesellschaften, die grundsätzlich nicht der Steuerfreiheit des § 16 Abs. 1 REITG unterliegen, kann eine solche aber aufgrund von DBA eintreten.<sup>13, 14</sup>

Verlustvor- und -rückträge sind nur auf der Ebene der REIT-AG selbst zulässig.

Im Übrigen wird keine (weitere) Steuerbefreiung gewährt, die REIT-AG ist also insbesondere umsatzsteuer-, grund-erwerb- und grundsteuerpflichtig. Eine Steuerbefreiung wird auch nicht gewährt bei der Kapitalertragsteuer auf Dividenden und Zinsabschläge.

## 2. Die Besteuerung möglicher Einkünfte der REIT-AG

Der REIT-AG steht – neben Einkünften aus der Vermie-tung, Verpachtung oder Veräußerung eigener Immobilien-objekte im In- und/oder Ausland – ein breites Spektrum weiterer möglicher Einkünfte aus indirekten Immobilien-anlagen zur Verfügung.

Die REIT-AG kann beispielsweise Einkünfte erzielen über Anteile an Immobilienpersonengesellschaften, die ihrer-seits im Inland oder im Ausland angesiedelt sein und je-weils sowohl im Inland oder im Ausland Immobilien besit-zen können; eine solche Beteiligung ist zulässig gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 REITG. Welche Personengesellschaften als solche Immobilienpersonengesellschaften gelten, ist in § 3 Abs. 1 REITG definiert.

Im Rahmen einer Immobilien-GmbH & Co. KG kann die REIT-AG auch die Anteile an der Komplementär-GmbH halten und aus diesen Anteilen Einkünfte erzielen – dies aber nur dann, wenn die Komplementär-GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt ist, § 1 Abs. 1 Nr. 5 REITG.

Weiterhin besteht nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 REITG die Mög-lichkeit, dass die REIT-AG Einkünfte aus Beteiligungen an sog. Auslandsobjektgesellschaften erzielt. Dabei han-delt es sich um inländische oder ausländische Kapital-gesellschaften mit ausschließlich ausländischem Immo-

bilienbesitz. An diesen Auslandskapitalgesellschaften, die in § 3 Abs. 2 REITG definiert sind, muss die REIT-AG allerdings zu 100 % beteiligt sein.

Daneben kann die REIT-AG gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 REITG aus Beteiligungen an REIT-Dienstleistungsgesellschaften im In- oder Ausland Einkünfte erzielen. Diese Dienstlei-stungsgesellschaften, an denen die REIT-AG zu 100 % be-teiligt sein muss, erbringen immobilien-nahe Nebentätig-keiten für Dritte. Die gesetzliche Definition der REIT-Dienstleistungsgesellschaft findet sich in § 3 Abs. 1 REITG.

Die unterschiedlichen Varianten der Immobilienanlagen und die Qualifizierung der dadurch erzielten Einkünfte der REIT-AG in steuerlicher Hinsicht sollen nachfolgend näher dargestellt werden.

### a) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung

Die REIT-AG kann Einkünfte aus eigenen Immobilien er-zielen, die entweder im Inland oder im Ausland belegen sind (direkt gehaltener Grundbesitz). Wird die im Inland belegene Immobilie, aus der die Einkünfte stammen, von der REIT-AG direkt gehalten, so sind die erzielten Ein-künfte solche aus Vermietung und Verpachtung und steuerfrei. Handelt es sich um direkt gehaltenes auslän-disches Immobilienvermögen der REIT-AG, so können die dort erzielten Einkünfte im Ausland steuerpflichtig sein.<sup>15</sup> In Deutschland sind sie für die REIT-AG steuerbefreit.

Des Weiteren liegen Einkünfte aus Vermietung und Ver-pachtung vor, wenn diese über Beteiligungen an Immo-bilienpersonengesellschaften erzielt werden (indirekt ge-haltener Grundbesitz). Wird die Immobilie, aus der die Einkünfte stammen, über eine inländische Immobilien-personengesellschaft gehalten, so handelt es sich auf der Ebene der REIT-AG ebenfalls um Vermietungs- und Verpachtungseinkünfte mit der Rechtsfolge der Steuer-befreiung auf Ebene der REIT-AG, gleich, ob die Immobilie im In- oder Ausland belegen ist. Die im Ausland belegene Immobilie kann jedoch im Ausland zu einer Steuerpflicht der REIT-AG führen.

Handelt es sich um eine ausländische Immobilienperso-nengesellschaft mit Auslandsimmobilie oder Inlands-immobilie, so kann u. U. hinsichtlich dieser Einkünfte im

10 RL 90/435/EWG, ABl. EG Nr. L 225/1990 S. 6, ber. ABl. EG Nr. L 266/1990 S. 20; zuletzt geändert durch RL 2003/123/EG, ABl. Nr. L 7/2004 S. 41.

11 Fusionsrichtlinie 90/434/EWG (FRL 1990), ABl. L 225/1990 S. 1 und Änderungsrichtlinie 2005/19/EG (FRL 2005), ABl. L 58/2005 S. 19.

12 Quass/Becker, Die Aktiengesellschaft 2007, 421, 423.

13 Quass/Becker, Die Aktiengesellschaft 2007, 421, 423.

14 Vgl. die umfangreichen Bestimmungen im Gesetz vom 7. 12. 2006 zu dem Protokoll zur Änderung des Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, BGBl. I 2006 S. 1184, in Kraft getreten zum 28. 12. 2007.

15 DBA ordnen dem Belegenheitsstaat im Regelfall die Einnahmen aus den Immobilien zu; vgl. Art. 6 DBA/MA.

Ausland eine Steuerpflicht bestehen; im Inland bleiben diese Einkünfte bei der REIT-AG steuerbefreit.

Die Steuerpflicht der Personengesellschaft selbst ist wie folgt zu beantworten: Ist die inländische Immobilienpersonengesellschaft nur vermögensverwaltend tätig, so ist sie in Deutschland ebenfalls steuerbefreit. Ist sie hingegen gewerblich tätig, so besteht Gewerbesteuerpflicht, die aber u. U. die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG beanspruchen kann. Hat sie Grundbesitz im Ausland, so kann die Immobilienpersonengesellschaft diesbezüglich im Ausland steuerpflichtig sein.

Bei ausländischen Immobilienpersonengesellschaften wird es wesentlich auf die ausländischen Besteuerungsregeln ankommen, so dass eine allgemeingültige Aussage zur dortigen Steuerpflicht nicht getroffen werden kann. Falls Sitzstaat der Personenimmobiliengesellschaft und Belegenheitsstaat des Grundbesitzes auseinanderfallen, müssen in jedem Falle beide Steuerrechtsordnungen einschließlich etwaiger Doppelbesteuerungsabkommen zwischen diesen Staaten berücksichtigt werden.

In Deutschland besteht für die ausländische Immobilienpersonengesellschaft mit Grundbesitz im Inland und lediglich vermögensverwaltender Tätigkeit Steuerfreiheit. Bei gewerblicher Tätigkeit mit inländischer Betriebsstätte besteht Gewerbesteuerpflicht. Handelt es sich um ausländischen Grundbesitz, ist die ausländische Immobilienpersonengesellschaft in Deutschland steuerbefreit.

b) **Kapitaleinkünfte (hier: Dividenden)**

aa) Ist die REIT-AG an einer **Komplementärs-GmbH** einer Immobilienpersonengesellschaft beteiligt, so handelt es sich bei Gewinnausschüttungen dieser GmbH an die REIT-AG um Dividendenerträge.

bb) Hält die REIT-AG Anteile an **Dienstleistungs(kapital)gesellschaften** im In- oder Ausland, so sind Einkünfte, die aus diesen Gesellschaften stammen, Dividendeneinkünfte.

Handelt es sich um eine inländische Dienstleistungs(kapital)gesellschaft, so sind die Einkünfte der REIT-AG steuerbefreit, unterliegen aber der hälftigen Kapitalertragsteuer gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG, § 44a Abs. 8 EStG. Handelt es sich um eine ausländische REIT-Dienstleistungs(kapital)gesellschaft, so sind die von dieser Gesellschaft stammenden Dividendeneinkünfte der REIT-AG in Deutschland steuerbefreit. Diese ausgeschütteten Gewinne dieser Gesellschaften unterliegen aber im Ausland ggf. einer Kapitalertragsteuer, wobei bei einer einschlägigen DBA-Regelung diese ermäßigt sein kann.

Die Einkünfte der inländischen Dienstleistungs(kapital)gesellschaft selbst unterliegen in Deutschland der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Die ausländische REIT-Dienstleistungsgesellschaft ist im Ausland steuerpflichtig.

cc) Von **Auslandsobjektgesellschaften** wird gesprochen, wenn die REIT-AG Einkünfte aus einer zu 100 % von ihr gehaltenen Kapitalgesellschaft mit ausschließlich ausländischem Grundbesitz erzielt. Diese Auslandsobjektgesellschaften können im Inland oder im Ausland ihren Sitz haben. Einkünfte aus Beteiligungen an solchen Kapitalgesellschaften sind stets Dividendeneinkünfte.

Diese Dividendeneinkünfte sind, wenn sie von einer inländischen Auslandsobjektgesellschaft stammen, in Deutschland steuerbefreit, unterliegen aber der hälftigen Kapitalertragsteuer gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG, § 44a Abs. 8 EStG.

Die Einkünfte, welche die inländische Auslandsobjektgesellschaft selbst aus dem ausländischen Grundbesitz erzielt, sind in Deutschland körperschaftsteuer- und gewerbesteuerpflichtig. Liegt ein DBA mit dem Belegenheitsstaat vor, so können jedoch Freistellung oder Anrechnung der im Ausland auf diese Einkünfte gezahlten Steuern in Betracht kommen. Denn im Ausland sind die aus den ausländischen Immobilien erzielten Einkünfte der inländischen Auslandsobjektgesellschaft i. d. R. zumindest beschränkt steuerpflichtig.

Stammen die Einkünfte des REIT aus einer ausländischen Auslandsobjektgesellschaft, sind diese Dividenden in Deutschland steuerbefreit, unterliegen aber u. U. der ausländischen Kapitalertragsteuer des Sitzstaates, welche aber bei Vorliegen einer einschlägigen DBA-Regelung ermäßigt sein kann.

Für eine Besteuerung der Einkünfte der ausländischen Auslandsobjektgesellschaft selbst kann keine allgemeingültige Aussage zur ausländischen Steuerpflicht getroffen werden; i. d. R. ist im Ausland von einer Steuerpflicht auszugehen. Falls Sitzstaat der Auslandsobjektgesellschaft und Belegenheitsstaat des Grundbesitzes auseinanderfallen, müssen beide Steuerrechtsordnungen einschließlich etwaiger DBA zwischen diesen Staaten berücksichtigt werden. In Deutschland sind die Einkünfte der ausländischen Auslandsobjektgesellschaft steuerbefreit.

c) **Hinweis auf § 12 Abs. 3 i. V. m. § 16 Abs. 4 i. V. m. § 18 Abs. 5 REITG**

Stammen in einem Wirtschaftsjahr weniger als 75 % der Bruttoerträge der inländischen REITs aus der Vermietung und Verpachtung oder der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen, setzt die zuständige Finanzbehörde eine Strafzahlung gegen die Kapitalgesellschaft fest. Die Strafzahlung beträgt mindestens 10 % und höchstens 20 % des Betrages, um den die Bruttoerträge aus der Vermietung und Verpachtung oder der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen hinter der Vorgabe von 75 % der Bruttoerträge zurückbleibt. Sind die Voraussetzungen der Strafzahlung für drei aufeinanderfolgende Wirtschaftsjahre erfüllt und gilt dies hinsichtlich desselben Delikts auch im folgenden Wirtschaftsjahr, soll die Finanzbe-

hörde für dieses Wirtschaftsjahr die Steuerbefreiung entziehen.

Die Summe der Umsatzerlöse und sonstigen Erträge aus unbeweglichem Vermögen eines Geschäftsjahres einer REIT-Dienstleistungsgesellschaft darf maximal 20 % des gesamten Umsatzerlöses zuzüglich der sonstigen Erträge aus unbeweglichem Vermögen desselben Geschäftsjahres der REIT-AG ausmachen, in deren Konzernabschluss der Abschluss der betreffenden REIT-Dienstleistungsgesellschaft einzubeziehen ist.

### III. Besteuerung der Anteilseigner

Für den Anteilseigner, gleich, ob es sich um eine natürliche Person oder eine juristische Person und gleich, ob es sich um eine ausländische oder inländische Person handelt, liegen durch die Ausschüttung der REIT-AG stets Dividendeneinkünfte vor.

§ 20 Abs. 9 EStG i. d. F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 bringt für den Aktionär den Sparer-Pauschbetrag in Höhe von 801 €. Die Änderung des § 20 Abs. 6 EStG n. F. betreffend die Beschränkung der Verlustverrechnung greift für REIT-Aktionäre nicht ein, da für diese aus § 19 Abs. 4 REITG strengere Beschränkungen bestehen. Die Neufestsetzung der notwendigen Beteiligungsquote von 10 % auf 15 %, um das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg zu erhalten, wirkt sich wegen der Höchstbeteiligungsquote des § 11 Abs. 4 REITG bei den REIT-Aktionären nicht aus.

#### 1. Beschränkung der Höchstbeteiligung

Die zulässige direkte Höchstbeteiligung eines Aktionärs an der REIT-AG ist mit weniger als 10 % der Aktien bzw. mit weniger als 10 % der Stimmrechte festgelegt. § 11 Abs. 4 REITG. Aktien, die für Rechnung eines Dritten gehalten werden (z. B. über einen Treuhänder), gelten dabei als direkt durch den Dritten gehalten. Keine Zurechnung von Anteilen oder Stimmrechten erfolgt hingegen, wenn Anteile indirekt über eine Tochtergesellschaft gehalten werden.<sup>16</sup> Hält also eine ausländische Kapitalgesellschaft selbst weniger als 10 % der Anteile an einer REIT-AG, werden ihr etwaige Anteile einer 100 %igen (in- oder ausländischen) Tochtergesellschaft an der REIT-AG (die als direkte Beteiligungen ebenfalls unter 10 % liegen müssen) nicht zugerechnet.

Mit dieser Beschränkung der Beteiligungshöhe will der deutsche Gesetzgeber vermeiden, dass ausländische Anteilseigner ihre REIT-Erträge ohne Besteuerung ausgeschüttet erhalten. Da auf der Ebene des G-REIT keine Besteuerung erfolgt, sondern diese vielmehr ausschließlich auf Ebene der Anteilseigner vorgenommen wird, befürchtete der deutsche Fiskus, dass er aufgrund von Anrechnungsvorschriften bei ausländischen Anteilseignern keine oder eine nur sehr geringe Besteuerung der aus REIT-Anteilen stammenden Dividenden realisieren

könnte. Denn viele von Deutschland geschlossene DBA sehen – in Anlehnung an das OECD-Musterabkommen bei einer mehr als 10 %igen Beteiligung die Quellensteuerfreiheit für Dividenden vor. Dieser „Gefahr“ wird begegnet, indem eine bei oder über 10 % liegende Beteiligung verboten wird, so dass diese Vorschriften gar nicht erst zur Anwendung kommen können.

Werden 10 % oder mehr der Aktien oder Stimmrechte indirekt gehalten oder kontrolliert, so wird im Fall der Anwendung eines DBA ungeachtet der darin enthaltenen Regelungen die deutsche Quellensteuer auf die Ausschüttungen stets mit dem Satz erhoben, den das DBA für Fälle des indirekten Haltens oder der Kontrolle von weniger als 10 % der Aktien oder Stimmrechte vorsieht. Dies gilt auch dann, wenn weniger als 10 % der Aktien oder Stimmrechte indirekt gehalten oder kontrolliert werden und dem Anteilseigner zugleich direkt Aktien zuzurechnen sind und bei Zusammenrechnung 10 % der Aktien oder Stimmrechte gehalten oder kontrolliert werden (§ 20 Abs. 4 Satz 2 und 3 REITG). Es handelt sich bei diesen Regelungen um einen *Treaty Override*, also eine gesetzliche Regelung, mit welcher sich der deutsche Gesetzgeber willentlich und wissentlich über den Inhalt völkerrechtlicher Verträge – hier des jeweils geltenden DBA – hinwegsetzt. Für den betroffenen Aktionär hat es jedoch keine Auswirkungen, wenn ein deutsches Gesetz durch einen solchen *Treaty Override* völkerrechtswidrig ist, es entfaltet ihm gegenüber dennoch Wirksamkeit. Relevant wird dieser Ansatzpunkt jedoch dann, wenn dieser *Treaty Override* europarechtswidrig wäre, z. B. wegen Verstoßes gegen die europäische Kapitalverkehrsfreiheit.

Erwirbt ein Anteilseigner direkt 10 % oder mehr an einem G-REIT, so wird er aufgrund des § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 REITG steuerlich so behandelt, als hätte er die Grenze nicht überschritten, mit der Folge, dass eine etwaige einschlägige DBA-Regelung für Beteiligungen von 10 % oder mehr nicht zur Anwendung käme. Ohne Beschränkung bleiben jedoch Dividenderechte und Stimmrechte aus den die 10 %-Schwelle überschreitenden Anteilen.

Konsequenz einer Überschreitung der direkten Höchstbeteiligungsgrenze während dreier aufeinanderfolgender Wirtschaftsjahre für die REIT-AG ist das Ende der ihr gewährten Steuerfreiheit mit Ablauf des dritten Wirtschaftsjahres der Überschreitung, § 18 Abs. 3 Satz 2 REITG. Minderheitsaktionäre (mit weniger als 3 % der Anteile) sind in diesem Fall nach Maßgabe der REIT-AG-Satzung i. S. von § 11 Abs. 3 REITG zu entschädigen.

#### 2. Besteuerung der Dividenden

Die Ausschüttungen inländischer REITs sowie sonstige Vorteile, die neben oder an Stelle der Ausschüttungen gewährt werden, gehören als Dividenden zu den Einkünften

<sup>16</sup> Quass/Becker, Die Aktiengesellschaft 2007, 421, 428, m. v. N. in Fn. 79; Schroeder, Die Aktiengesellschaft 2007, 531, 532

aus Kapitalvermögen i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sofern sie nicht einer anderen Einkunftsart zuzurechnen sind (§ 20 Abs. 3 EStG). Ausschüttungen anderer ausländischer REITs gehören ebenfalls zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

**Bis zum 31. 12. 2008** gilt: Die Einkünfte aus Beteiligungen an einer REIT-AG sind für die Anteilseigner grundsätzlich steuerpflichtig. Eine Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens gem. § 3 Nr. 40 EStG – bzw. bei Kapitalgesellschaften die Anwendung des § 8b Abs. 1 KStG – ist ausgeschlossen, § 19 Abs. 3 REITG. Von den Ausschüttungen und sonstigen Vorteilen wird Kapitalertragsteuer durch Abzug durch die REIT-AG erhoben, § 20 Abs. 1 REITG. Sie beträgt 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag entsteht insgesamt eine Steuerbelastung von 26,375 %), wenn der Gläubiger der Dividenden die Kapitalertragsteuer trägt,<sup>17</sup> § 20 Abs. 2 Satz 1 REITG. Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer bzw. deren Erstattung richtet sich nach § 20 Abs. 4 Satz 1 REITG, welcher auf § 36 Abs. 2 und § 50d EStG verweist. Begründet wird diese Vollversteuerung mit dem Hinweis auf die Steuerfreiheit auf der Ebene der REIT-AG. Das gewerbsteuerliche Schachtelprivilegs gem. § 9 Nr. 2a GewStG kommt nicht zur Anwendung, da die REIT-AG von der Gewerbesteuer befreit ist.

**Nach dem 31. 12. 2008** werden alle Kapitalerträge, die nicht in einem Unternehmen anfallen, mit einem einheitlichen Steuersatz von 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) besteuert (Abgeltungsteuer). Unter die Regelungen der Abgeltungsteuer fallen grundsätzlich auch die Einkünfte, die der private Anleger aus einer REIT-Beteiligung erzielt.<sup>18</sup> Mit dem Steuerabzug ist die Einkommensteuer des Gläubigers zukünftig grundsätzlich abgegolten, d. h., der Steuerpflichtige muss die Kapitaleinkünfte dann nicht mehr in seiner Einkommensteuererklärung angeben. Unterliegt der Anleger einem niedrigeren Steuersatz ist ein Antrag auf Erstattung möglich. Diese Inanspruchnahme der Abgeltungsteuer durch den privaten Anleger ist sicher eine der attraktivsten Anlagemöglichkeiten.

Die Abgeltungswirkung der Kapitalertragsteuer in der Fassung des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 gem. § 43 Abs. 5 EStG mit der Veranlagungsoption nach § 32d Abs. 6 EStG, greift jedoch nur für Einkünfte aus REIT-Anteilen, soweit die Aktien der REIT-AG nicht in einem Betriebsvermögen gehalten werden. § 20 Abs. 4 Satz 1 REITG wird nur in diesem Fall durch § 43 Abs. 5 EStG n. F. als lex posterior (jüngeres Recht) verdrängt.<sup>19</sup>

Werden die REIT-Anteile von einem gewerblichen Anleger im Betriebsvermögen oder von einer Kapitalgesellschaft gehalten, so sind die Dividendeneinkünfte aus den REIT-Anteilen steuerpflichtig; § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 1 KStG sind auch in Zukunft nicht anwendbar. Für REIT-Aktien, die im Betriebsvermögen gehalten werden, verbleibt es darüber hinaus bei der Geltung des § 20 Abs. 4 Satz 1 REITG.

### 3. Besteuerung der Veräußerungsgewinne

**Bis zum 31. 12. 2008** gilt: Verkäufe von REIT-Anteilen unterliegen gem. § 19 Abs. 2 REITG beim privaten Anleger § 23 Abs. 1 EStG, wobei die für Wertpapiere geltende Spekulationsfrist von 1 Jahr einschlägig ist. Obwohl es sich um eine Investition in Immobilien handelt, wird die beim Verkauf von Wertpapieren geltende Spekulationsfrist und nicht die zehnjährige Frist zwischen Anschaffung und Verkauf von Immobilien angewandt.<sup>20</sup> Liegt die Beteiligung an dem G-REIT über 1 %, so gilt unabhängig von der Spekulationsfrist § 17 EStG. Das Halbeinkünfteverfahren ist nicht anwendbar.

Für den gewerblichen Anleger ist der Veräußerungsgewinn unabhängig von der Haltedauer steuerpflichtig ohne Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 2 KStG.

**Nach dem 31. 12. 2008** gilt: Der private Anleger, dessen REIT-Anteil unter 1 % liegt und der unbeschränkt steuerpflichtig ist, unterliegt mit dem vollen Veräußerungsgewinn der Steuerpflicht, diese ist jedoch mit der 25 %igen Abgeltungsteuer abgegolten; § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG n. F. verdrängt in diesem Fall als lex posterior (jüngeres Recht) die Regelung des § 19 Abs. 2 REITG. Unterliegt der Anleger einem niedrigeren Steuersatz, ist ein Antrag auf Erstattung möglich.

Für den gewerblichen Anleger oder den privaten Anleger mit einem Anteil von mehr als 1 % gilt dies nicht, ein Veräußerungsgewinn aus der Veräußerung von REIT-Anteilen ist für diese Anleger vollumfänglich steuerpflichtig. Das Teileinkünfteverfahren<sup>21</sup> ist ausgeschlossen, ebenso ist § 8b Abs. 2 KStG nicht anwendbar.

### 4. Besondere Aspekte der deutschen Besteuerung

Bestimmte Einkünfte der deutschen REIT-AG sind bereits einer Besteuerung unterworfen worden. Es handelt sich dabei insbesondere um die Einkünfte, die der REIT-AG als Dividendeneinkünfte zufließen. Die gleiche Doppelbelastung entsteht bei den Erträgen aus Beteiligungen einer REIT-AG an einer Auslandsobjektgesellschaft oder einer Immobilienpersonengesellschaft, die ihrerseits im Ausland zur Steuer herangezogen wurde.<sup>22</sup>

Die Freistellung der Gewinne bei der REIT-AG war Grund für den Verzicht des Halbeinkünfteverfahrens bei den An-

<sup>17</sup> Was der Regelfall sein dürfte. Übernimmt der Schuldner die KapESt, beträgt diese 33 1/3 % des ausgezahlten Betrages.

<sup>18</sup> Vgl. Homepage des BMF (<http://www.bundesfinanzministerium.de>) unter Aktuelles – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Einkommensteuer – REIT-Anteile.

<sup>19</sup> Engers in REIT-Gesetz, § 19 Rz. 45.

<sup>20</sup> In diesem Systembruch kann eine Chance zum Ausstieg aus einem Immobilienvermögen gesehen werden.

<sup>21</sup> Welches im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 ab dem 1. 1. 2009 im betrieblichen Bereich und für Veräußerungsgewinne i. S. des § 17 EStG gelten wird und das Halbeinkünfteverfahren ersetzt.

<sup>22</sup> Diese systemwidrige doppelte Belastung sollte eliminiert werden.

teilseignern Für Gewinne der REIT-AG, die nicht von der Steuer freigestellt sind, bleibt es jedoch bei dem Verzicht auf das Halbeinkünfteverfahren auf Anteilseignerebene: Es entsteht eine Doppelbesteuerung.<sup>23</sup> Eine Kompensation auf der Ebene der REIT-AG ist nicht vorgesehen. Es gibt nur ein einheitliches Verfahren bei der Ausschüttung. Eine Anrechnung beispielsweise der ausländischen Steuer auf der Ebene der Aktionäre gem. § 34c EStG scheidet an der mangelnden Personenidentität.

Art. 3 des Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen<sup>24</sup> brachte im Zusammenhang mit der Einführung der deutschen REIT-AG auch drei wesentliche Änderungen im Außensteuergesetz (AStG). Geändert wurden die Vorschriften über die Hinzurechnungsbesteuerung in den §§ 7, 8 und 14 AStG, da diese in der bis dahin geltenden Fassung auf inländische Gesellschaften, die der ausländischen Gesellschaft nachgeordnet sind, keine Anwendung finden konnten. Da die REIT-AG steuerbefreit ist, befürchtete der deutsche Gesetzgeber, unbeschränkt Steuerpflichtige könnten sich ungerechtfertigte Vorteile verschaffen, indem sie sich über ausländische Gesellschaften an inländischen REIT-Gesellschaften beteiligen. Daher wurde der Anwendungsbereich dreier Vorschriften des AStG erweitert: § 7, § 8 und § 14 AStG.

Der Anwendungsbereich des § 7 AStG betreffend die Steuerpflicht inländischer Gesellschafter mit Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft wurde durch einen neuen Abs. 8 ausgedehnt auf Anteile an deutschen REITs, die von einer ausländischen Zwischengesellschaft gehalten werden, die nicht von Steuerinländern beherrscht wird. Die Hinzurechnung nach § 7 Abs. 1 AStG setzt grundsätzlich eine Beherrschung der ausländischen Gesellschaft durch den Steuerinländer aufgrund einer mehr als 50 %igen Beteiligung voraus. Nach dem neuen Abs. 8 kommt es nicht auf die Beherrschung der ausländischen Gesellschaft durch den unbeschränkt Steuerpflichtigen an, um die Hinzurechnungsbesteuerung des Abs. 1 auszulösen, soweit die Beteiligung an einer REIT-Gesellschaft besteht. Vielmehr genügt für die Hinzurechnung das Bestehen einer Beteiligung an sich, der neue Gesetzestext formuliert: „unbeschadet des Umfangs der (...) Beteiligung“.

Das bedeutet, dass dem Steuerinländer die Einkünfte „seiner“ ausländischen Gesellschaft aus einem G-REIT entsprechend seiner Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft zugerechnet wird.

Diese Regelung greift nicht, wenn mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet.<sup>25</sup>

Dem Katalog der passiven Einkünfte von Zwischengesellschaften des § 8 Abs. 1 AStG wurden in der Nr. 9 Halbs. 1 die Veräußerungsgewinne aus REIT Anteilen hinzugefügt. Durch diese Ergänzung wird festgelegt, dass Gewinne der ausländischen Gesellschaft aus der Veräußerung eines

Anteils an einer REIT-Gesellschaft nicht zu den aktiven Einkünften gehören. Vor dieser Änderung gehörten die Veräußerungsgewinne der ausländischen Gesellschaft aus Kapitalgesellschaftsanteilen zu den aktiven Einkünften, soweit der Gewinn auf solche Wirtschaftsgüter der Kapitalgesellschaft entfiel, die der Erzielung von Einkünften mit Kapitalanlagecharakter entfiel. Als Folge dieser Regelung wären Veräußerungsgewinne aus Anteilen einer REIT-AG, die nach dem REITG mindestens 75 % ihrer Umsatzerlöse aus Vermietung und Verpachtung von Immobilien erzielen muss (§ 12 Abs. 3 Buchst. a REITG), größtenteils von der Hinzurechnung beim Steuerinländer als Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft ausgenommen. Diese Besteuerungslücke bei der Hinzurechnung von Veräußerungsgewinnen<sup>26</sup> aus REIT-Anteilen der ausländischen Gesellschaft soll dadurch geschlossen werden, dass diese Veräußerungsgewinne nunmehr als passive Einkünfte (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b AStG) gelten, und so eine entsprechende Hinzurechnung ermöglicht werden soll.<sup>27</sup> Darüber hinaus werden durch die Ergänzung in Nr. 9 Halbs. 2 auch nachgeschaltete Gesellschaften der 2. Stufe einbezogen; betroffen sind hierbei die Auslandsobjektgesellschaften einer REIT-AG. Veräußert die ausländische Gesellschaft ihre Anteile an der REIT-AG, die ihrerseits eine Auslandsobjektgesellschaft hält, so ist nun auch zu prüfen, ob die Veräußerungsgewinne als passive Einkünfte gelten aufgrund der Beteiligung der REIT-AG an der Auslandsobjektgesellschaft.

Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 AStG betreffend die Hinzurechnung von Einkünften nachgeschalteter Zwischengesellschaften erstreckt sich nunmehr durch seinen neuen Abs. 2 auch auf nachgeschaltete inländische REIT-Gesellschaften. Inländische Gesellschaften konnten bisher keine nachgeschalteten Zwischengesellschaften i. S. von § 14 Abs. 1 AStG darstellen. Mit der Gesetzesänderung können inländische steuerbefreite REIT-Gesellschaften<sup>28</sup> nachgeschaltete Zwischengesellschaften sein, soweit die ausländische Obergesellschaft an der REIT-AG i. S. von § 7 AStG beteiligt ist. Damit soll erreicht werden, dass die Einkünfte der REIT-AG als passive Einkünfte (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 Buchstabe b AStG) gelten, die unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 der ausländischen Obergesellschaft zuzurechnen sind.

Die Änderungen des AStG gelten erstmals für hinzurechnungspflichtige Einkünfte, die in einem Wirtschaftsjahr der ausländischen Gesellschaft (Zwischengesellschaft) oder Betriebsstätte entstanden sind, das nach dem 31. 12. 2006 beginnt, § 21 Abs. 13 AStG n. F.

23 Reichl/Schachtner Stbg 2007 S. 58, 63  
 24 Gesetz v. 28. 5. 2007, BGBl. I 2007 S. 914 ff.  
 25 Sog. Börsenklausel.  
 26 Sowie Liquidationserlösen und Erlösen aus Kapitalherabsetzungen.  
 27 Zur hier verwendeten Gesetzestechnik sowie zu Einzelheiten bei Immobilienpersonengesellschaften und REIT-Dienstleistungsgesellschaften vgl. die vertiefenden Ausführungen von Jacob in ReitG-Gesetz, München 2008, Anh. 2, Rz. 16 ff.  
 28 Für ausländische nachgeschaltete REITs gilt § 14 Abs. 1 AStG bereits unmittelbar.

5. Besteuerung des ausländischen Anteilseigners

Der ausländische Aktionär ist entweder einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtig hinsichtlich der Dividendenausschüttung.<sup>29</sup> Die durch die Gesellschaft einzubehaltende Kapitalertragsteuer in Höhe von 26,375 %<sup>30</sup> hat zunächst abgeltende Wirkung. Sofern der Aktionär sich auf einen niedrigeren Steuersatz aufgrund des für ihn geltenden DBA berufen kann, wird diesem der über den Steuersätzen, die im DBA vorgesehen sind, einbehaltene Betrag<sup>31</sup> erstattet.

Soweit der ausländische Anteilseigner eine höhere Beteiligung als 10 % an dem G-REIT hält und das einschlägige DBA für eine Schachtelbeteiligung eine höhere oder gänzliche Freistellung vorsieht, wird diese durch das REITG in § 20 Abs. 4 Satz 2 wieder aufgehoben. Es liegt ein *Treaty Override* vor.<sup>32</sup> Der ausländische Aktionär kann keine Veranlagung beantragen. Ein persönlich niedrigerer Steuersatz oder die Geltendmachung von Werbungskosten oder mindernden Betriebsausgaben bleiben ihm versagt. Die ab dem 1. 1. 2009 eingreifende Abgeltungsteuer führt zu keinen Änderungen diesbezüglich.

Veräußerungsgewinne von ausländischen Aktionären mit einer Beteiligungsquote von unter 1 % i. S. des § 17 EStG

sind unbeachtlich. Beschränkte Steuerpflicht kann gem. § 49 Abs. 1 Nr. 8 bzw. § 49 Abs. 1 Nr. 2 (a) Doppelbuchst. aa EStG eintreten. § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b Abs. 2 KStG sind nicht anwendbar.

Zu beachten sind sodann die für den ausländischen Aktionär eingreifenden DBA. Soweit diese der Formulierung des Art. 13 Abs. 5 OECD-MA folgen, ist eine deutsche Besteuerung ausgeschlossen. Einige Abkommen erreichen andere Ergebnisse.<sup>33</sup>

Ab dem 1. 1. 2009 greift für den beschränkt steuerpflichtigen ausländischen Anteilseigner bei Veräußerungsgewinnen die Abgeltungsteuer nicht ein, auch gelten die Regelungen des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG wegen § 19 Abs. 3 REITG nicht.

29 Beschränkte Steuerpflicht  
 30 Einschließlich des Solidaritätszuschlages.  
 31 Im Regelfall findet sich eine Steuerbelastung von 15 %, Abweichungen vgl. Vogel/Lehner, DBA, Art. 10 Rz. 57 ff.  
 32 Siehe oben, Ausschluss von Fusionsrichtlinie und Mütter-Tochter-Richtlinie.  
 33 Im Fall des ausländischen Aktionärs mit Wohnsitz/Sitz in den USA bleibt das Besteuerungsrecht erhalten, Art. 13 Abs. 2 Buchst. b DBA USA.