

VII. Sonderfall Förderdarlehen

Aufwendungen für Förderdarlehen, die nach besonderen gesetzlichen Bedingungen aus öffentlichen Mitteln gewährt wurden, stellen keinen Zinsaufwand im Sinne der Zinsschranke dar (Tz. 94).

VIII. Fazit

Die Finanzverwaltung hat mit der Veröffentlichung des BMF-Schreibens zur Zinsschranke zahlreiche Anwendungsprobleme aufgegriffen und aus Sicht der Finanzverwaltung geklärt. Positiv sind einige Regelungen der Finanzverwaltung, die versuchen, den ausufernden Anwendungsbereich der Zinsschranke zu begrenzen und diesen insbesondere im Bereich der öffentlichen Fördermaßnahmen wesentlich einschränken. Dennoch bleibt eine Vielzahl von wichtigen Einzelfragen für die steuerrechtliche Praxis unbeantwortet, zum Teil werden sogar neue Fragen aufgeworfen. Besonders problematisch ist zu beurteilen, dass die Finanzverwaltung in einigen Bereichen (wie etwa dem Verlust des Zinsvortrags bei der Übertragung eines Teilbetriebs) unzweifelhaft über den Gesetzeswortlaut hinausgeht und somit die Regelungen für den Steuerpflichtigen drastisch verschärft. Es ist somit bereits im Ergebnis absehbar, dass die Kritik zu vielen Einzelfragen bei der Anwendung der Zinsschranke nicht verstummen wird.

Geht man zudem einen Schritt zurück und widmet sich den grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung, so muss man konstatieren, dass das BMF-Schreiben in keiner-

lei Weise geeignet ist, den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu entkräften. Rechtfertigungsgründe für eine Verletzung des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (Art. 3 Abs. 1 GG) und dem daraus abgeleiteten objektiven Nettoprinzip⁶⁷⁾ liefert das BMF-Schreiben nicht. Insbesondere zeigen die möglichen Risiken der fehlenden Geltendmachung bzw. sogar des Verlusts eines Zinsvortrags auf, dass dessen bloße gesetzliche Einräumung in der derzeitigen Ausgestaltung hieran nichts ändert.⁶⁸⁾

Durch die Einschaltung eines Organkreises kann zwar in günstigen Fällen die Zinsschranke vermieden werden. Rechtssystematisch bedingt können hiervon allerdings nur Inlandsfälle profitieren. Noch nicht absehbar ist zum jetzigen Zeitpunkt, inwiefern sich dieser europarechtswidrige Verstoß im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV (i. V. m. Art. 48 EGV) auswirken wird.

In Anbetracht sämtlicher Zweifelsfragen und Kritikpunkte ist bereits zum jetzigen Zeitpunkt mit einer Vielzahl von gerichtlichen Auseinandersetzungen zu diesem Thema zu rechnen. Betroffene Steuerpflichtige sollten daher verstärkt darauf achten, dass nachteilige Regelungen der Finanzbehörden nicht widerspruchsfrei akzeptiert werden, um gegebenenfalls von begünstigenden Gerichtsentscheidungen in der Zukunft profitieren zu können.

67) Das BVerfG v. 4. 12. 2002 (2 BvR 400/98, 1735/00, BVerfGE 107, 27/48, BStBl II 2003, 534) hat insofern offengelassen, ob es sich um einen Wert von Verfassungsrang handelt.
68) Vgl. Hey, BB 2007, 1305.

Mobilisierung von Unternehmensimmobilien mit G-REITs

Dipl.-Kfm. Robert Claßen, Hohenheim^{*)}

G-REITs (German Real Estate Investment Trusts) standen bereits vor ihrer Einführung im Zentrum kontrovers geführter öffentlicher Diskussionen. Nunmehr ein Jahr nach Einführung ist der Diskurs nicht abgeflacht, wird doch das noch junge REIT-Gesetz (REITG) allmählich auf seine Praxistauglichkeit geprüft. Für Unternehmen gilt der G-REIT grundsätzlich als eine zu prüfende Option, sich von eigenen Immobilien zu trennen. Die sog. Mobilisierung von Unternehmensimmobilien wird im folgenden Beitrag näher erörtert. Insbesondere wird auf die Regelungen der § 3 Nr. 70 EStG, § 13 Abs. 3 REITG eingegangen, wobei jeweils zwischen der G-REIT-Ebene, der Anteilseignerebene und der Tochterenebene des G-REITs differenziert wird.

Inhalt	Seite
I. Einleitung	642
II. Inanspruchnahme der Exit Tax	643
1. G-REIT-Ebene	643
2. Anteilseignerebene des G-REITs	643
a) Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Immobilien	643
b) Veräußerung betriebsnotwendiger Immobilien	644
c) Exit Tax-Ausschlusstatbestände und rückwirkender Wegfall	645
3. Tochterenebene des G-REITs	646
III. Nutzung der Rücklage gem. § 13 Abs. 3 REITG	646
1. G-REIT-Ebene	646
a) Grundlegende Anwendung	646
b) Ermittlung des Veräußerungsgewinns	647

^{*)} Dipl.-Kfm. Robert Claßen ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Betriebswirtschaftliche Steuerlehre und Prüfungswesen, Prof. Dr. Holger Kahle, Universität Hohenheim.

2. Anteilseignerebene des G-REITs	647
3. Tochterenebene des G-REITs	649
IV. Fazit	649

Literatur: *Bron*, Das Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, Das Gesetz über deutsche Real Estate Investment Trusts unter Berücksichtigung der wesentlichen Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, BB Beilage 7, Heft 21/2007, 2; *Cadmus*, Das REIT-Gesetz in der Praxis, FB 2007, 618; *Ebner*, Das neue REIT-Gesetz, Erlangung des G-REIT-Status, Exit Tax und ausländische REITs, NWB 2007, Fach 3, 14535; *Eusani*, Regierungsentwurf zum Real Estate Investment Trust-Gesetz (REIT-Gesetz) – Nur eine „kleine“ Lösung, NZM 2007, 66; *Frey/Harbarth*, REIT-AG – Gesellschafts-, kapitalmarkt- und steuerrechtliche Wesensmerkmale einer neuen Rechtsfigur, ZIP 2007, 1177; *Friedrich/Fleischer*, REIT-Aktiengesellschaften: Neue Aufgaben für Unternehmensführung und Abschlussprüfer aus § 1 Abs. 4 REIT-Gesetz, DB 2007, 2019; *Fuchs*, Jetzt startet der Praxistest! in: Deloitte Real Estate News 2/2007, 4; *Gröpl*, Ausgewählte Steuerrechtsfragen der neuen REIT-Aktiengesellschaft, DStZ 2008, 62; *Götze/Hütte*, Kapitalmarktrechtliche Aspekte des deutschen REIT, NZG 2007, 332; *Haritz/Asmus*, Das REIT-Gesetz und das Umwandlungssteuerrecht, AG 2007, 76; *Hartrott*, Das Konzept des deutschen Real Estate Investment Trusts (G-REIT), DStZ 2007, 247; *Hechtner/Hundsdoerfer*, Der G-REIT als transparent besteuerte Kapitalgesellschaft – steuerliche Umsetzung und Vorteilhaftigkeitsvergleich, WPg 2007, 647; *Hornig*, Finanzanlagen: Das REIT-Gesetz offenbart diverse Schwachstellen, PStB 2007, 190; *Korezkij*, REITG: Exit-Tax bei der Übertragung von Immobilien auf eine REIT-AG und beim steuerlichen Statuswechsel, BB 2007, 1698; *Korezkij/Fuchs* in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 98; *Kracht*, Immobilieninvestments: Alte und neue Gestaltungsmöglichkeiten mit REITs, GStB 2007, 107; *Kratt/Bron*, Das REIT-Gesetz im europarechtlichen Fadenkreuz – Grundfreiheitenproblematiken und Verbesserungsbedarf im Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, IStR 2007, 377; *Kühnberger*, Betriebswirtschaftliche und rechnungslegungsbezogene Anmerkungen zum Regierungsentwurf des REIT-Gesetzes, BB 2007, 489; *Lemnitzer/Bränsick*, Real Estate Investment Trusts (REITs) in Deutschland – ausgewählte Aspekte der Rechnungslegung, DK 2007, 514; *Lenz*, Das Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG), StuB 2007, 375; *Paukstadt*, Exit Tax als Möglichkeit des steuerbegünstigten Immobilienverkaufs, Neue Refinanzierungsalternative für den Mittelstand, BBEV 2007, 146; *Pluskat/Rogall*, Immobilienveräußerung gemäß §§ 3 Nr. 70, 3c Abs. 3 EStG-E in der Fassung des Gesetzesentwurfs zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen – neuer Schub für den deutschen REIT?, BB 2005, 1251; *Quass/Becker*, Die REIT-AG nach dem Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, AG 2007, 421; *Roche*, Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT), in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmensteuerreform 2008, Bonn 2007, 329; *Schimmelschmidt*, Der G-REIT – eine kritische Analyse, in: FS zum 65. Geburtstag von Winfried Mellwig, Wiesbaden 2007, 387; *Schmidt/Behnes*, Re-

gierungsentwurf zur Schaffung deutscher REIT-AGs, FR 2006, 1105; *Sieker/Göckeler/Köster*, Das Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG), DB 2007, 933; *Wagner*, Die steuerbefreite REIT-AG – Unternehmenszweck und Struktur der REIT-AG, die „sinnvolle“ Steuerbefreiung und die Berechtigung von Sanktionen sowie verfassungs- und europarechtliche Vorbehalte –, DK 2007, 810; *Wimmer*, Die Besteuerung des G-REIT, Saarbrücken 2006; *ZEW/ebs* (Hrsg.), Real Estate Investment Trusts: Internationale Erfahrungen und Best Practice für Deutschland, Mannheim 2005, 164; *Ziemons*, Gesellschaftsrechtliche Defizite des Regierungsentwurfs des REIT-Gesetzes, BB 2007, 449.

I. Einleitung

Mit dem G-REIT wurde für Unternehmen eine neue Möglichkeit geschaffen, betriebsnotwendige und nicht betriebsnotwendige Immobilien¹⁾ unter Nutzung bestimmter ertragsteuerlicher Besonderheiten zu mobilisieren. Von Mobilisierung kann insofern gesprochen werden, als die Immobilien in Form von G-REIT-Aktien jederzeit frei an der Börse gehandelt werden können (indirekter Immobilienhandel).²⁾ Da in Deutschland der Immobilieneigenbesitzanteil von Unternehmen mit 73 % im Gegensatz zu den USA (25 %) und Großbritannien (54 %) relativ hoch ist, besteht grundsätzlich ein erhebliches Mobilisierungspotenzial.³⁾

Ob das Potenzial auch wirklich ausgeschöpft wird, hängt unter anderem von der Bereitschaft eines Unternehmens ab, den Preis für die durch Mobilisierung der Immobilien erreichbare Steigerung der Fungibilität zu zahlen. So müssen bei Veräußerung an den G-REIT die stillen Reserven aufgedeckt und die entstehende Steuerlast vom Unternehmen getragen werden.⁴⁾ In diesem Zusammenhang kann allerdings steuermindernd die sog. Exit Tax

- 1) Hierunter werden im Folgenden Grund und Boden sowie Gebäude verstanden.
- 2) Ein Vorteil des indirekten Immobilienhandels gegenüber dem direkten Handel von Immobilien ist, dass dabei grundsätzlich keine Grunderwerbsteuer anfällt. Es kann jedoch u. U. nur durch den Handel von Aktien einer REIT-Aktiengesellschaft Grunderwerbsteuer gem. § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst werden, wenn sich dadurch mittelbar der Gesellschafterbestand einer vom G-REIT gehaltenen Beteiligung an einer Immobilienpersonengesellschaft ändert, vgl. Volckens in: Schäfer (Hrsg.): REITs, Real Estate Investment Trusts, Marktüberblick, Aufbau und Management sowie Investitionen in REITs, Praxisleitfaden, 2007, 166 f.
- 3) Vgl. BMF, Monatsbericht des BMF – Mai 2007, 66. Eine verlässliche Schätzung des Mobilisierungspotenzials für den deutschen Immobilienmarkt scheint jedoch kaum möglich, vgl. ZEW/ebs (Hrsg.), Real Estate Investment Trusts: Internationale Erfahrungen und Best Practice für Deutschland, 2005, 164.
- 4) Neben der Belastung durch Körperschaftsteuer (zzgl. Solidaritätszuschlag) und Gewerbesteuer wird in den meisten Fällen Grunderwerbsteuer ausgelöst, nicht jedoch bei der formwechselnden Umwandlung, vgl. Wagner, DK 2007, 819. Nachfolgend wird regelmäßig von einer Immobilienveräußerung einer Kapitalgesellschaft an einen G-REIT bzw. Vor-REIT im Konzern (asset deal) oder – insbesondere in Kapitel II.1. – einer formwechselnden Umwandlung ausgegangen, wobei der Schwerpunkt der Ausführungen auf den ertragsteuerlichen Konsequenzen liegt. Umsatzsteuerliche Fragen werden nicht berücksichtigt, vgl. dazu nur Striegel in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 3 Nr. 70 EStG Rz. 39.

gem. § 3 Nr. 70 EStG⁵⁾ Anwendung finden, wonach nur eine hälftige Besteuerung der aufgedeckten stillen Reserven zum Tragen kommt.⁶⁾ Nach vier Jahren kann der G-REIT Immobilien grundsätzlich wieder veräußern, ohne dass die Steuerbefreiung rückwirkend entfällt. Insbesondere nicht betriebsnotwendige Immobilien sind auf diesem Wege steuerbegünstigt an Dritte zu veräußern. Bei betriebsnotwendigen Immobilien ist in letzter Zeit allgemein der Trend zu beobachten, dass diese zunehmend durch Sale-and-lease-back-Transaktionen kapitalisiert werden – diese Option besteht auch mit einem G-REIT; die Exit Tax kann dabei gleichfalls ihre Wirkung entfalten.

Der G-REIT selbst kann bei späterer Veräußerung von Immobilien eine spezifische Reinvestitionsrücklage gem. § 13 Abs. 3 REITG⁷⁾ in Anspruch nehmen. Auf diese Weise können Veräußerungsgewinne bis zu zwei Jahre im von Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer befreiten G-REIT thesauriert werden; sie unterliegen in dieser Zeit keiner Ertragsteuerbelastung (§ 16 Abs. 1 REITG).

Die Anwendung der § 3 Nr. 70 EStG, § 13 Abs. 3 REITG wird im Folgenden – unter Berücksichtigung möglicher einhergehender Probleme und Risiken – analysiert. Hierbei soll skizziert werden, wie der G-REIT in einem Konzern zur Mobilisierung von Immobilien genutzt werden kann und welche gesetzlichen Gegebenheiten auf der jeweiligen Beteiligungsebene zu berücksichtigen sind.

II. Inanspruchnahme der Exit Tax

1. G-REIT-Ebene

Grundsätzlich kann jede steuerpflichtige, den REIT-Status anstrebende, Gesellschaft von der hälftigen Steuerbefreiung des § 3 Nr. 70 Satz 1 Buchst. b EStG bei Aufdeckung der in ihren Immobilienbeständen verhafteten stillen Reserven Gebrauch machen. Die Begünstigung erfolgt bei Annahme des G-REIT-Status im Rahmen der Schlussbesteuerung nach § 13 Abs. 1, 3 Satz 1 KStG, wenn die Aufstellung einer Schlussbilanz vor dem 1. 1. 2010 erfolgt. Gemäß § 3 Nr. 70 Satz 1 Buchst. b REITG greift die Exit Tax nur, wenn die Immobilien vor dem 1. 1. 2005 angeschafft oder hergestellt wurden, mindestens also eine zweijährige Vorbesitzzeit gegeben ist.

Gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 KStG sind bei der Schlussbesteuerung sämtliche Wirtschaftsgüter des G-REITs mit ihrem Teilwert anzusetzen. Trotzdem statuiert § 17 Abs. 3 Satz 1 REITG für vom G-REIT gehaltene Anteile an Immobilienpersonengesellschaften erneut den Ansatz des Teilwerts; insofern erschließt sich der Sinn der Vorschrift nicht. Denkbar wäre, dass der Gesetzgeber die bei der Schlussbesteuerung aufgedeckten stillen Reserven aus Immobilien der durch den G-REIT gehaltenen Anteile an Immobilienpersonengesellschaften in Höhe der Beteiligung mit in den Anwendungsbereich der Exit Tax einbeziehen wollte.⁸⁾ Diese mögliche Intention des Gesetzgebers wurde allerdings weder geäußert noch kodifiziert.⁹⁾

Die Aufstellung der steuerlichen Schlussbilanz gem. § 13 Abs. 1 KStG erfolgt i. d. R. unabhängig von der Handelsbilanz des G-REITs. Insofern bleiben die stillen Reserven im Gegensatz zur begünstigten Veräußerung von Immobilienvermögen nach § 3 Nr. 70 Satz 1 Buchst. a EStG in der Handelsbilanz erhalten; statt des Teilwertansatzes werden in der Handelsbilanz die bis-

herigen Buchwerte fortgeführt.¹⁰⁾ Sollte der G-REIT zu einem späteren Zeitpunkt die stillen Reserven realisieren und an den Anteilseigner ausschütten, werden diese auf Anteilseignerebene in voller Höhe besteuert (§ 19 Abs. 3 REITG). Es kommt zu einer echten Doppelbesteuerung, da die im Zuge der Schlussbesteuerung bereits hälftig belasteten stillen Reserven erneut besteuert werden.¹¹⁾

2. Anteilseignerebene des G-REITs

a) Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Immobilien

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, an den G-REIT sowohl betriebsnotwendige als auch nicht betriebsnotwendige Immobilien unter Inanspruchnahme der Exit Tax zu veräußern.¹²⁾ In beiden Fällen kommt die Inan-

- 5) Bei Kapitalgesellschaften über § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG.
- 6) Der Technik des Halbeinkünfteverfahrens entsprechend, ist gem. § 3c Abs. 3 EStG nur ein hälftiger Abzug der in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben etc. möglich, was im Folgenden nicht weiter thematisiert wird, vgl. kritisch Korezkij, BB 2007, 1701; Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 364, Rz. 168.
- 7) Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen v. 28. 5. 2007, BGBl. I 2007, 914.
- 8) Vgl. Bron, BB Beilage 7, Heft 21/2007, 28; Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, 933; Korezkij/Fuchs in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 98; Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, 359 f. Rz. 144.
- 9) Vgl. BT-Drucks. 16/4026 v. 12. 1. 2007, 24; BT-Drucks. 16/4779 v. 21. 3. 2007, 34. Nach zuletzt geäußelter Auffassung der Finanzverwaltung sei die Exit Tax im Rahmen der Schlussbesteuerung wohl nicht auf der Tochtersebene der REIT-Aktiengesellschaft anwendbar, so Volckens in: Schäfer (Hrsg.), REITs, Real Estate Investment Trusts, Marktüberblick Aufbau und Management sowie Investitionen in REITs, Praxisleitfaden, 2007, 150.
- 10) Hechtner/Hundsdoerfer vertreten die Auffassung, bei Annahme des G-REIT-Status durch einen Vor-REIT liege kein Formwechsel i. S. d. § 190 UmwG vor; es sei folglich zwingend von einer Buchwertfortführung auszugehen, vgl. Hechtner/Hundsdoerfer, WPg 2007, 651 (Fn. 37), 659.
- 11) Vgl. Bron, BB Beilage 7, Heft 21/2007, 28. Entsprechend liegt dann z. B. die Steuerbelastung eines privaten Anteilseigners bei etwa 67,8 %, wenn man den Spitzensteuersatz von 45 % unterstellt, vgl. Hechtner/Hundsdoerfer, WPg 2007, 659.
- 12) Es ist davon auszugehen, dass neben der Veräußerung von Immobilien auch die Veräußerung von Anteilen an einer gewerblichen Personengesellschaft in den objektiven Anwendungsbereich der Exit Tax fällt, obwohl dies nicht eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht. Korezkij vertritt die Auffassung, die Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft sei in Anlehnung an § 6b EStG als anteilige Veräußerung von Immobilien der Gesellschaft an den G-REIT oder Vor-REIT zu werten. Dem Transparenzgedanken folgend hält er eine Anwendung von § 3 Nr. 70 EStG auch in diesem Fall für möglich, vgl. Korezkij, BB 2007, 1698 f.; gl. A. Mühlbauer, Exit Tax – Chance oder Risiko, Teil 1: Wie man die Exit Tax bekommt, erschienen auf www.reits-in-deutschland.de; Stangl in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 3 Nr. 70 EStG Rz. 11, der sich zudem zur Frage äußert, ob „Zerlegenschaften“ in den Anwendungsbereich der Exit Tax fallen können (Rz. 10); a. A. Schmidt/Behnes, FR 2006, 1105 f. Ob die Exit Tax wirklich im Falle der Anteilsveräußerung von Immobilienpersonengesellschaften an den G-REIT anwendbar ist, ist für grunderwerbsteuergestalterische Überlegungen von zentraler Bedeutung, da der Erwerb von weniger als 95 % der Anteile einer Personengesellschaft zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer gem. § 1 Abs. 2a GrEStG dienen kann, vgl. dazu Striegel in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 3 Nr. 70 EStG Rz. 38; Volckens in: Schäfer (Hrsg.), REITs, Real Estate Investment Trusts, Marktüberblick Aufbau und Management sowie Investitionen in REITs, Praxisleitfaden, 2007, 165 ff.

spruchnahme der Exit Tax nach folgenden Maßgaben in Betracht:¹³⁾ Gemäß § 3 Nr. 70 Satz 1 Buchst. a EStG sind Gewinne aus der Veräußerung von Grund und Boden sowie Gebäuden hälftig steuerbefreit, sofern sie am 1. 1. 2007 bereits mindestens fünf Jahre zum Anlagevermögen eines inländischen Betriebsvermögens des Steuerpflichtigen gehörten.¹⁴⁾ Die hälftige Steuerbefreiung erstreckt sich nicht auf andere für den G-REIT zulässige Wirtschaftsgüter des Anlage- und Umlaufvermögens, wie z. B. die für die Bewirtschaftung der Immobilien notwendigen Vermögensgegenstände.¹⁵⁾ Das Steuerprivileg¹⁶⁾ besteht nur in der Zeit vom 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2009, insofern muss in diesem Zeitraum ein rechtswirksamer obligatorischer Vertrag zwischen Unternehmen und G-REIT abgeschlossen werden, um es in Anspruch nehmen zu können.¹⁷⁾

Mit der Veräußerung von Immobilien an einen konzerninternen G-REIT geht auf Grund der Beteiligungshöchstgrenze (§ 11 Abs. 4 REITG) und der Streubesitzklausel (§ 11 Abs. 1 REITG) grundsätzlich die Frage des Kontrollverlustes an den Immobilien einher. Im Falle der Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Immobilien ist die Möglichkeit des Kontrollverlustes von geringerer Bedeutung als bei Veräußerung betriebsnotwendiger Immobilien.¹⁸⁾ In beiden Fällen ist an der REIT-Aktiengesellschaft nur eine direkte Beteiligung von höchstens 9,99 % sowie eine Gesamtbeteiligung – bestehend aus direkten und indirekten Beteiligungen – von höchstens 85 % möglich, da die Streubesitzquote eine Beteiligung von 100 % ausschließt. Im Zeitpunkt der Börsenzulassung, also nach spätestens drei, in Ausnahmefällen vier (§ 10 Abs. 2 Satz 2 REITG), Jahren nach Anmeldung einer Aktiengesellschaft als Vor-REIT¹⁹⁾, müssen sich mindestens 25 % der Aktien in Streubesitz befinden (sog. initiale Streubesitzquote gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 REITG²⁰⁾).²¹⁾ Der Zeitpunkt der Börsenzulassung ist nach dem üblichen Procedere eines Börsengangs ein Zeitpunkt, an dem die Zuteilung der Aktien noch nicht erfolgt ist. Die Aktien stehen zu diesem Zeitpunkt meist noch im Eigentum der Emissionsbanken oder der abgebenden Aktionäre. Insofern ist davon auszugehen, dass die Gesetzesformulierung „im Zeitpunkt der Börsenzulassung“ nicht wörtlich zu verstehen ist, sondern es ausreicht, wenn die Aktien unmittelbar nach der Börsenzulassung zu 25 % in Streubesitz stehen.²²⁾ Zum Streubesitz zählen Aktien derjenigen Aktionäre, denen jeweils weniger als 3 % der Stimmrechte an der REIT-Aktiengesellschaft zustehen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 REITG). Die Berechnung erfolgt gem. §§ 22, 23 WpHG (§ 11 Abs. 1 Satz 4 REITG). Die besondere Streubesitzanforderung im Zeitpunkt der Börsenzulassung kann nach ihrer kurzfristigen Erfüllung wieder unterschritten werden, ohne dass Sanktionen eingreifen.²³⁾ Die Rechtsfolge der Unterschreitung der Mindeststreuung im Zeitpunkt der Börsenzulassung ist außerdem ungeklärt.²⁴⁾ Unklar ist weiterhin, ob sämtliche Aktien der REIT-Aktiengesellschaft zum Börsenhandel zugelassen sein müssen oder ob es ausreicht, nur einen Teil zuzulassen. Folgte man streng dem Gesetzeswortlaut („die Aktien“), so wäre es auch möglich, gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 BörsZulV nur einen Teil der Aktien zum Börsenhandel zuzulassen.²⁵⁾ In diesem Zusammenhang stellt sich zudem die Frage, wie mit Aktien aus nachfolgenden Kapitalerhöhungen zu verfahren ist. Grundsätzlich könnte gem. § 69

Abs. 2 BörsZulV erst eine um ein Jahr verzögerte Zulassung von später ausgegebenen Aktien erfolgen.²⁶⁾

b) Veräußerung betriebsnotwendiger Immobilien

Die Veräußerung betriebsnotwendiger Immobilien unterliegt grundsätzlich denselben Regelungen wie die Veräußerung nicht betriebsnotwendiger Immobilien.²⁷⁾ Im Unterschied zu nicht betriebsnotwendigen Immobilien werden sie häufig im Sale-and-lease-back-Verfahren veräußert und können auf diesem Wege weiterhin der betrieblichen Nutzung unterliegen.

Kühnberger weist darauf hin, dass potenziell jede Immobilie als betriebsnotwendig eingestuft werden kann, da sie regelmäßig als Kreditsicherungsinstrument dienen kann. Es ist davon auszugehen, dass die Veräußerung von Immobiliensicherheiten eine Verschlechterung der Bonität des veräußernden Unternehmens hervorruft und folglich in der Tendenz meist zu einer Erhöhung der Fremdkapitalkosten führt. Entsprechend

- 13) Vgl. Kracht, GSTB 2007, 108 f., zur grundsätzlichen Vorteilhaftigkeit der Exit Tax bei Veräußerung an einen G-REIT gegenüber der Normalbesteuerung; Paukstadt, BBEV 2007, 147; differenziert Schimmelschmidt, Der G-REIT – eine kritische Analyse, in: FS zum 65. Geburtstag von Winfried Mellwig, 2007, 406.
- 14) Bron merkt an, dass sich dem Steuerpflichtigen durch das Abstellen des Gesetzes auf den 1. 1. 2007, anstatt auf den Veräußerungszeitpunkt, ein Gestaltungsspielraum eröffnet, da er Veräußerungen vor diesem Datum unter Rückerstattung der Grunderwerbsteuer rückgängig machen und unter Nutzung der Exit Tax wiederholen kann, vgl. Bron, BB Beilage 7, Heft 21/2007, 26.
- 15) Vgl. Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 358 Rz. 137; Korezkij/Fuchs in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 113 f.
- 16) Es handelt sich genauer gesagt um den Abbau einer steuerlichen Doppelbelastung, da sich der Marktwert einer Immobilie hauptsächlich aus den künftigen abgezinsten Mieteinnahmen ergibt, welche ohnehin der laufenden Ertragbesteuerung unterliegen, vgl. IW (Hrsg.), iwd 38/2006, 5.
- 17) Eine Begünstigung erfolgt grundsätzlich auch noch nach dem 31. 12. 2009, wenn der obligatorische Vertrag vor dem 31. 12. 2009 abgeschlossen wurde, vgl. Korezkij/Fuchs in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 116 f. Immer wenn in den vorangegangenen und folgenden Ausführungen vereinfachend auf den Zeitpunkt der Veräußerung abgestellt wird, ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages gemeint.
- 18) Es ist fraglich, ob die definitorische Unterscheidung betriebsnotwendiger und nicht betriebsnotwendiger Immobilien überhaupt immer eindeutig zu treffen ist, vgl. Kapitel II.2.b).
- 19) Zum Begriff vgl. § 2 REITG.
- 20) Vgl. im Unterschied dazu die sog. laufende Streubesitzquote i. H. v. 15 % (§ 11 Abs. 1 Satz 1 REITG).
- 21) Sollte eine Gesellschaft hingegen schon vor Annahme des G-REIT-Status börsennotiert sein, d. h. den Status durch bloße Änderung des Unternehmensgegenstandes und Eintragung ins Handelsregister angenommen haben, kommt die Regelung zur initialen Streubesitzquote nicht zur Anwendung, da es keine im Zusammenhang mit der Erlangung des REIT-Status stehende Börsenzulassung von Aktien gibt, vgl. Quass/Becker, AG 2007, 433.
- 22) Vgl. Götz/Hütte, NZG 2007, 336.
- 23) Daher kann die Sinnhaftigkeit der initialen Streubesitzquote durchaus in Frage gestellt werden. Für eine gänzliche Abschaffung der besonderen Anforderungen bei Börseneinführung vgl. Ziemons, BB 2007, 450; Götz/Hütte, NZG 2007, 336.
- 24) Vgl. Götz/Hütte, NZG 2007, 336.
- 25) A. A. Frey/Harbarth, ZIP 2007, 1182.
- 26) Vgl. Ziemons, BB 2007, 450; Götz/Hütte, NZG 2007, 332.
- 27) Die weiteren Beteiligungsbeschränkungen gem. § 3 Nr. 70 Satz 4 EStG sind jedoch zu beachten, vgl. Kapitel II.2.c).

wird die künftige Liquidität des Unternehmens stärker belastet als vor der Immobilienveräußerung. Im Falle einer Sale-and-lease-back-Transaktion folgt eine Liquiditätsbelastung des Leasingnehmers (Veräußerer) in den künftigen Perioden zusätzlich durch die zu zahlenden Leasingraten. Die Belastung durch jene Leasingraten wird in der Regel höher sein als die vorherigen Auszahlungen für die eigene Immobilie. Sofern der nur hälftig besteuerte Veräußerungsgewinn thesauriert wird, steht den genannten Liquiditätsbelastungen eine Eigenkapitalmehrung beim veräußernden Unternehmen entgegen.²⁸⁾

Die beschriebenen Wirkungen wären bei rein wirtschaftlicher Betrachtung grundsätzlich vernachlässigbar, wenn angenommen wird, dass sich Leasingzahlungen und Leasingeinnahmen innerhalb des Konzerns ausgleichen würden. Lediglich wenn angestrebt wird, die gesteigerte Liquiditätsbelastung des Leasingnehmers zu kompensieren, indem der G-REIT die erhaltenen Leasingeinnahmen als Dividende zurück an den Leasingnehmer ausschüttet, erfolgt eine gravierende Zusatzbelastung in voller Höhe mit Körperschaftsteuer (zzgl. Solidaritätszuschlag) und Gewerbesteuer. Dies gilt für die direkt vom Leasingnehmer gehaltenen 9,99 % (§ 11 Abs. 4 Satz 1 REITG) an der REIT-Aktiengesellschaft, da § 8b KStG auf Ebene des Anteilseigners nicht zur Anwendung kommt (§ 19 Abs. 3 REITG). Zusätzlich ist eine Belastung i. H. v. 5 % bezüglich der über eine weitere Beteiligungsebene gehaltenen mittelbaren Beteiligungen an der REIT-Aktiengesellschaft (§ 8b Abs. 5 Satz 1 KStG) zu berücksichtigen. Außerdem gilt es zu beachten, dass man das ursprünglich beim Veräußerer liegende Fremdkapitalaufnahmepotenzial nun durch die Veräußerung der Immobiliensicherheiten auf einen G-REIT verlagert hat, an dem nur eine Höchstbeteiligung von maximal 85 % möglich ist; 15 % der Immobiliensicherheiten sind durch die Maßgabe des Mindeststreubesitzes faktisch auf fremde Dritte übergegangen (§ 11 Abs. 1 REITG). Weiterhin kann der G-REIT auf Grund der Restriktion des § 15 REITG das ihm verschaffte Fremdkapitalaufnahmepotenzial nicht in dem Maße ausnutzen wie dies dem Veräußerer zuvor möglich war, da die Höhe des Fremdkapitals beim G-REIT nicht mehr als 55 % seines unbeweglichen Vermögens betragen darf. Sämtliches Vermögen des G-REITs, das nicht unbewegliches Vermögen ist, kann vollständig fremdfinanziert werden. Da der G-REIT über mindestens 75 % unbewegliches Vermögen verfügen muss (§ 12 Abs. 2 Buchst. a REITG), ist es lediglich möglich, höchstens 25 % der Aktivseite seiner Bilanz uneingeschränkt fremdzufinanzieren. Ausgehend von einer Ausgangsgröße von 100 ergibt sich für den G-REIT dann eine Eigenkapital-Fremdkapital-Relation von 33,75:66,25.²⁹⁾

Eine Besserstellung des G-REITs bzgl. der Möglichkeiten zur Fremdfinanzierung kann im Vergleich zu anderen Kapitalgesellschaften insofern gegeben sein, als die neu eingeführten Regelungen zur Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG) auf den G-REIT keine Auswirkung haben; eine Restriktion des Abzugs von Zinsaufwand ergibt sich für den G-REIT insofern nicht.³⁰⁾ Im Ergebnis kann dennoch konstatiert werden, dass durch Veräußerung von Immobiliensicherheiten an den G-REIT das Fremdkapitalaufnahmepotenzial eines Konzerns ten-

denziell geschwächt wird, denn eine Aufnahme von Fremdkapital ist im Vergleich zur Ausgangslage nur noch unter erhöhten Kosten möglich.

c) Exit Tax-Ausschlusstatbestände und rückwirkender Wegfall

Die Exit Tax kann nicht in Anspruch genommen werden, sofern einer der Ausschlusstatbestände des § 3 Nr. 70 Satz 2 EStG erfüllt ist. Auf diese Weise sollen Doppelbegünstigungen vermieden werden.³¹⁾

Ein weiterer Ausschlusstatbestand, der sich nicht direkt aus § 3 Nr. 70 Satz 2 EStG, sondern aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a i. V. m. § 3 Abs. 9 REITG ergibt, ist die Tatsache, dass ein G-REIT grundsätzlich keine Bestandsmietwohnimmobilien halten darf.³²⁾ Bestandsmietwohnimmobilien sind Immobilien, deren Nutzfläche zu mehr als der Hälfte zu Wohnzwecken dient und die vor dem 1. 1. 2007 erbaut wurden (§ 3 Abs. 9 REITG). Lediglich ein Vor-REIT könnte Bestandsmietwohnimmobilien erwerben, müsste sich bei Annahme des G-REIT-Status jedoch wieder von ihnen trennen, so dass die hälftige Steuerbefreiung für jene rückwirkend entfallen würde.³³⁾ Allerdings sind ausschließlich in Deutschland belegene Bestandsmietwohnimmobilien von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a REITG betroffen.³⁴⁾ Ausländische Wohnimmobilien hingegen können durchaus an einen G-REIT veräußert werden; eine hälftige Steuerbefreiung kommt dabei jedoch ebenfalls nicht in Betracht, da § 3 Nr. 70 EStG ausschließlich inländisches Betriebsvermögen begünstigt.³⁵⁾ In Anknüpfung an § 16 WoFG³⁶⁾ besteht die Möglichkeit, die Restriktion des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a i. V. m. § 3 Abs. 9 REITG zu umgehen,

28) Vgl. Kühnberger, BB 2007, 490; Lemnitzer/Bräsick, DK 2007, 521.

29) Vgl. Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Unternehmensteuerreform, 2007, 338 f. Rz. 43; Ebner, NWB 2007, Fach 3, 14541.

30) Schulz, I & F 2007, 758 f.; Volckens, IZ 2007, Heft 45, 2. Auf Ebene der vom G-REIT gehaltenen Immobilienpersonengesellschaften kommt die Zinsschranke allerdings regulär zur Anwendung.

31) Vgl. kritisch Korezkij, BB 2007, 1698; Fuchs, Deloitte Real Estate News 2/2007, 5; Haritz/Asmus, AG 2007, 78, bemerken allerdings, dass die Anwendung der Exit Tax im Regelfall für den Steuerpflichtigen vorteilhafter als die des § 34 EStG ist.

32) Der Ausschluss wird mit möglichen negativen Auswirkungen auf den Mietwohnungsmarkt begründet, vgl. BT-Drucks. 16/4026 v. 12. 1. 2007, 18. Eusani findet keine rationalen Gründe für den Ausschluss von Bestandsmietwohnimmobilien, da er die Interessen der Mieter in letzter Instanz durch das deutsche Mietrecht hinreichend geschützt sieht, vgl. Eusani, NZM 2007, 71. Gl. A. Cadmus, FB 2007, 628; Vliegen, Stbg 2007, M1. Ebenfalls zum Thema Schacht/Gänsler, IStR 2007, 105 f.

33) Vgl. Korezkij, BB 2007, 1703.

34) Lemnitzer/Bräsick, DK 2007, 516.

35) Als einschränkende Voraussetzung für den Erwerb ausländischer Bestandsmietwohnimmobilien kommt hinzu, dass REIT-Gesellschaften oder diesen vergleichbare Gesellschaften im Belegenheitsstaat keinem gesetzlichen Verbot unterliegen dürfen, Bestandsmietwohnimmobilien zu erwerben oder zu halten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b REITG). Vgl. Hornig, PISB 2007, 193 f. zur ausschließlichen Begünstigung von inländischem Vermögen und der daraus resultierenden Europarechtswidrigkeit des § 3 Nr. 70 EStG. So auch Kraft/Bron, IStR 2007, 380.

36) Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz – WoFG) v. 13. 9. 2001, BGBl. I 2001, 2376.

indem an bereits bestehenden Immobilien wesentliche Baumaßnahmen durchgeführt werden.³⁷⁾ Sofern die Immobilien durch die Baumaßnahme erstmals oder wieder der Nutzbarkeit zu Wohnzwecken zugeführt werden und zudem die Aufwendungen für die baulichen Maßnahmen mindestens ein Drittel der für den entsprechenden Neubau notwendigen Kosten übersteigen, gilt die Immobilie als erbaut im Sinne des WoFG und im Sinne des REITG.³⁸⁾ In praxi hat die Nichtbeachtung des Verbots von Bestandsmietwohnimmobilien für den G-REIT bemerkenswerter Weise vermutlich kaum eine Auswirkung, da gesetzlich bislang keine Sanktion vorgesehen ist, sofern er Bestandsmietwohnimmobilien entgegen seiner anders lautenden Satzung hält.³⁹⁾

Zusätzlich zu den genannten Ausschlussstatbeständen gilt es, die in § 3 Nr. 70 Satz 3 EStG geregelten Tatbestände des rückwirkenden Wegfalls der Exit Tax zu berücksichtigen. Bei der Veräußerung betriebsnotwendiger Immobilien im Wege des Sale-and-lease-back-Verfahrens ist neben der initialen Streubesitzquote im Zeitpunkt der Börsenzulassung und der laufenden Streubesitzquote (§ 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 REITG) eine Beschränkung der Beteiligungsquote gem. § 3 Nr. 70 Satz 4 EStG zu beachten, da bei Nichtbeachtung dieser Beteiligungsbeschränkung, zusätzlich zu den Tatbeständen des § 3 Nr. 70 Satz 3 EStG, der rückwirkende Wegfall der hälftigen Steuerbefreiung droht. Für im Wege des Sale-and-lease-back-Verfahrens übertragene Immobilien entfällt die Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 70 Satz 4 EStG nach Ablauf einer Frist von zwei Jahren nach Eintragung des Erwerbers als REIT-Aktiengesellschaft in das Handelsregister, wenn der Veräußerer oder eine ihm nahestehende Person noch direkt oder indirekt zu mehr als 50 % an der REIT-Aktiengesellschaft beteiligt ist. Durch Veräußerung der Immobilien an einen Vor-REIT, dem gem. § 3 Nr. 70 Satz 1 Buchst. a EStG wie einem G-REIT die hälftige Steuerbefreiung bei Aufdeckung der stillen Reserven gewährt wird, kann die Wirkung der Beteiligungsbeschränkung gem. § 3 Nr. 70 Satz 4 EStG abgemildert werden. Der Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister kann durch Veräußerung an einen Vor-REIT um vier Jahre verzögert werden, denn nach § 3 Nr. 70 Satz 3 Buchst. b EStG muss der Vor-REIT erst innerhalb von vier Jahren nach Abschluss des Kaufvertrags als REIT-Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden, um den rückwirkenden Verlust der hälftigen Steuerbefreiung zu vermeiden. Dem veräußernden Unternehmen stehen infolgedessen insgesamt sechs Jahre zur Verfügung, im Zuge von Sale-and-lease-back-Transaktionen einerseits den § 3 Nr. 70 EStG anwenden zu können und andererseits seine Beteiligungsquote am G-REIT auf höchstens 50 % zu reduzieren, um der rückwirkenden Versagung der Steuerbefreiung zu entgehen. Auf Grund der Streubesitzanforderungen an den G-REIT (§ 11 Abs. 1 REITG) bleibt regelmäßig auch mit einer Beteiligungsquote von 50 % die Kontrolle über die an den G-REIT veräußerten und zurückgeleasten Immobilien gewahrt, da sich grundsätzlich höchstens 35 % der G-REIT-Anteile vereint in der Hand eines anderen Aktionärs befinden können.⁴⁰⁾ Durch langfristige Leasing-Verträge kann ein langfristiger Verbleib der Immobilien im Gebrauch des Unternehmens gesichert und so ein entsprechender Planungshorizont geschaffen werden.⁴¹⁾

3. Tochterebene des G-REITs

Ungeklärt ist die Frage, ob eine von einem G-REIT bzw. Vor-REIT gehaltene Immobilienpersonengesellschaft in den subjektiven Anwendungsbereich des § 3 Nr. 70 EStG fällt, wenn sie Immobilien erwirbt. In enger Auslegung des Wortlauts des Gesetzes scheint dies ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist Mühlbauer der Ansicht, es müsse bei Veräußerung an eine vom G-REIT gehaltene Immobilienpersonengesellschaft auf den Gesellschafter durchgegriffen werden – eine Nutzung der Exit Tax wäre demzufolge möglich.⁴²⁾

III. Nutzung der Rücklage gem. § 13 Abs. 3 REITG

1. G-REIT-Ebene

a) Grundlegende Anwendung

Grundsätzlich muss der G-REIT gem. § 13 Abs. 1 REITG 90 % seines handelsrechtlichen Jahresüberschusses an seine Anteilseigner ausschütten.⁴³⁾ Eine Dotierung oder Auflösung der Rücklage i. S. d. § 13 Abs. 3 REITG mindert bzw. erhöht das Ausschüttungsvolumen entsprechend.⁴⁴⁾ Die Rücklage gem. § 13 Abs. 3 REITG bietet die Möglichkeit, Gewinne des G-REITs über einen Zeitraum von höchstens zwei Jahren auf der steuerfreien Ebene des G-REITs zu konservieren. Für den G-REIT ist mit dieser Vorschrift eine zu § 6b EStG ähnliche Vorschrift kodifiziert worden.⁴⁵⁾

37) Vgl. BT-Drucks. 16/4026 v. 12. 1. 2007, 29.

38) Vgl. Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 1 WoFG, zitiert nach Korezkij/Fuchs in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 36 f. Vgl. a. a. O. zu weiteren Fällen eines „Neubaus“ i. S. d. WoFG; von Busekist/Hartrott stellen in Anlehnung an R 7.4 EStR hingegen auf den Zeitpunkt der Fertigstellung im steuerrechtlichen Sinne ab, vgl. von Busekist/Hartrott, M&A Review 2007, 267.

39) Vgl. Striegel/Gallenkamp in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 3 REITG Rz. 49.

40) A. A. Sieker/Göckler/Köster, DB 2007, 943, und Paukstadt, BBEV 2007, 147. Die Verletzung der Streubesitzquote durch einen oder mehrere zusammenwirkende Dritte, z. B. mit Hilfe abgestimmten Verhaltens, kann nicht ausgeschlossen werden, vgl. Cadmus, FB 2007, 622.

41) Es ist zu beachten, dass Gebäude in Abgrenzung zu Grundstücken bei einer extrem langen Grundmietzeit u. U. dem Vermögen des Leasingnehmers zuzurechnen sind (Finanzierungs-Leasing).

42) Vgl. Mühlbauer, Exit Tax – Chance oder Risiko, Teil 1: Wie man die Exit Tax bekommt, erschienen auf www.reits-in-deutschland.de; a. A. Bron, BB Beilage 7, Heft 21/2007, 26; Korezkij/Fuchs in: Deloitte/F.A.Z.-Institut (Hrsg.), Der deutsche REIT, Eine Einführung für die Praxis, 2007, 115 f., die hierin den Willen des Gesetzgebers ausgedrückt sehen, Immobilienpersonengesellschaften vom Kreis der begünstigten Erwerber auszunehmen. Anderes gelte jedoch für bei der Schlussbesteuerung i. S. d. § 13 Abs. 1, 3 Satz 1 KStG aufgedeckte stille Reserven aus vom G-REIT gehaltenen Anteilen an Immobilienpersonengesellschaften, vgl. Fn. 76.

43) Zu sonstigen den ausschüttungsfähigen Gewinn beeinflussenden Faktoren – wie bspw. Strafzahlungen gem. § 16 Abs. 3 – 6 REITG, vgl. Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, 39.

44) Dadurch kann die Ausschüttung auch unter 90 % des handelsrechtlichen Jahresüberschusses sinken, vgl. Lemnitzer/Bräsick, DK 2007, 520.

45) Ein pauschaler Vorteilhaftigkeitsvergleich von § 13 REITG und § 6b EStG erscheint unmöglich – das gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung von Überlegungen bezüglich der Exit Tax (§ 3 Nr. 70 Satz 2 Buchst. b, e EStG). Gl. A. Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, 20 f., 29; a. A. Wessing, Institutional Real Estate Magazin 2007, Heft 4, 30 ff. Von § 6b EStG kann der G-REIT keinen Gebrauch machen, vgl. Wimmer, a. a. O., 29.

In die Rücklage gem. § 13 Abs. 3 Satz 1 REITG dürfen aus dem Jahresüberschuss des G-REITs höchstens die Hälfte der im Geschäftsjahr erzielten Veräußerungsgewinne eingestellt werden. Die aus direkt durch den G-REIT veräußertem Immobilienvermögen stammenden Veräußerungsgewinne sind unstreitig für die Bildung der Rücklage gem. § 13 Abs. 3 Satz 1 REITG zu qualifizieren.⁴⁶⁾

Spätestens zum Ende des zweiten auf das Jahr der Einstellung folgenden Geschäftsjahres ist die Rücklage aufzulösen und dem ausschüttungsfähigen Betrag wieder hinzuzurechnen. Die Hinzurechnung erfolgt nur insoweit, als die Rücklage nicht innerhalb des ersten oder zweiten auf das Jahr der Einstellung folgenden Geschäftsjahres von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten angeschaffter oder hergestellter Immobilien abgezogen worden ist (§ 13 Abs. 3 Satz 2 REITG). Durch den Abzug werden die zu aktivierenden Kosten gemindert.

b) Ermittlung des Veräußerungsgewinns

Allgemein errechnet sich der Veräußerungsgewinn als Saldo von Veräußerungspreis und Buchwert der Immobilien zum Veräußerungstichtag.⁴⁷⁾

Sofern die durch den G-REIT veräußerten Immobilien bereits zu Beginn der Steuerbefreiung zum Betriebsvermögen der REIT-Aktiengesellschaft gehörten, wie bei der Veräußerung an einen Vor-REIT, ist der Veräußerungsgewinn als Summe aus Veräußerungsgewinn I und Veräußerungsgewinn II zu ermitteln. Die Steuerbefreiung des REITs tritt erst zu Beginn des Wirtschaftsjahres ein, in dem die REIT-Aktiengesellschaft in das Handelsregister nach der Anmeldung gem. § 8 REITG unter einer Firma i. S. v. § 6 REITG eingetragen wird (§ 17 Abs. 1 REITG).⁴⁸⁾ Die Eintragung in das Handelsregister als REIT-Aktiengesellschaft sollte wegen des möglichen rückwirkenden Wegfalls der Exit Tax spätestens vier Jahre nach Gründung des Vor-REITs bzw. G-REITs und der Veräußerung von Immobilien an diesen erfolgen (§ 3 Nr. 70 Satz 3 Buchst. b EStG).

Grundsätzlich kann nur der Teil des Veräußerungsgewinns in die Rücklage eingestellt werden, der während der Steuerbefreiung der REIT-Aktiengesellschaft erwirtschaftet wurde (Veräußerungsgewinn II), nicht hingegen der zuvor – in der Zeit des steuerpflichtigen Vor-REITs – erwirtschaftete Teil (Veräußerungsgewinn I).⁴⁹⁾ Der Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert in der Handelsbilanz (Anschaffungskosten des Vor-REITs) und dem im Rahmen von steuerlichen Gewinnermittlungen vor dem Beginn der Steuerbefreiung angesetzten Wert ist der Veräußerungsgewinn I (§ 13 Abs. 3 Satz 4 REITG).

Im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister als REIT-Aktiengesellschaft, wenn die Steuerpflicht des Vor-REITs endet, ist eine Schlussbesteuerung nach § 13 Abs. 1 und 3 Satz 1 KStG vorzunehmen. Sollte für die ursprünglich unter Ausnutzung des § 3 Nr. 70 EStG in den Vor-REIT eingebrachten Immobilien nach spätestens vier Jahren im Zuge der Schlussbesteuerung ein über den Anschaffungskosten liegender Teilwert anzusetzen sein, so wird jener höhere Teilwert im Falle der

späteren Veräußerung der Immobilien zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns II herangezogen. Der Veräußerungsgewinn II ermittelt sich dann als Differenz zwischen handelsrechtlichem Veräußerungsgewinn und dem Veräußerungsgewinn I (§ 13 Abs. 3 Satz 5 REITG).⁵⁰⁾ Obergrenze für die Höhe der Rücklage gem. § 13 Abs. 3 Satz 1 REITG bildet der Veräußerungsgewinn II (§ 13 Abs. 3 Satz 6 REITG). In der Handelsbilanz werden die Immobilien aber stets zu Anschaffungskosten angesetzt.

2. Anteilseignerebene des G-REITs

Auf der Anteilseignerebene selbst ist die direkte Anwendung von § 13 Abs. 3 REITG ausgeschlossen – es stellt sich jedoch die Frage, welche Wirkung indirekt durch die Rücklagenbildung auf der Ebene des G-REITs erzielt wird.

Wimmer ermittelt rechnerisch, ob es für den Anteilseigner einer REIT-Aktiengesellschaft grundsätzlich von Vorteil ist, wenn der G-REIT von der Möglichkeit der Bildung einer Rücklage i. S. v. § 13 Abs. 3 REITG Gebrauch macht.⁵¹⁾ In den Berechnungen wird die Steuerbefreiung der REIT-Aktiengesellschaft (§ 16 Abs. 1 Sätze 1 und 2 REITG) durch einen identischen vor- und nachsteuerlichen Kalkulationszins auf Ebene der Gesellschaft abgebildet. Auf der Anteilseignerebene ergibt sich im Unterschied dazu durch die volle ertragsteuerliche Belastung (§ 19 Abs. 3 REITG) ein deutlich geringerer nach- als vorsteuerlicher Kalkulationszins. Bei Dotierung der Rücklage erzielt der G-REIT im Vergleich zum Anteilseigner folglich einen höheren Zinsertrag nach Steuern, den er bis zum Ende des Planungshorizonts thesaurieren – ergo eine Steuerbelastung darauf vermeiden – kann.

Im Ergebnis wird deutlich, dass die Bildung der Rücklage gem. § 13 Abs. 3 REITG stets zu einem höheren Vermögensendwert als die Sofortausschüttung führt,

46) Vgl. Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 345 Rz. 72.

47) Vgl. Buschhüter in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 13 REITG Rz. 20.

48) Vgl. zur Regelung des Verfahrens BMF v. 10. 7. 2007, IV B 8 – S 1983/07/0001, DOK 2007/0314201, DStR 2007, 1255 f. Die von Schroeder diskutierten Verfahrensprobleme werden durch das BMF-Schreiben gelöst, vgl. Schroeder, BB 5/2007, I.

49) Vgl. Lenz, StuB 2007, 377. Hechtner/Hundsdoerfer kritisieren, dass damit aus steuersystematischer Sicht ein nicht sachgerechtes Ergebnis erzielt werde, da Wertsteigerungen, die bereits bei der Entstrickung hälftig der Körperschaftsteuer unterlagen, nicht in die Rücklage i. S. d. § 13 Abs. 3 REITG eingestellt werden dürfen und so nach unmittelbarer Ausschüttung auf der Ebene des Anteilseigners der vollen Besteuerung unterliegen. Die während der Steuerbefreiung erzielten Veräußerungsgewinne können hingegen ohne steuersystematische Rechtfertigung temporär steuerfrei bleiben, vgl. Hechtner/Hundsdoerfer, WPg 2007, 659.

50) Der Veräußerungsgewinn II ist wohl auf positive Werte beschränkt, vgl. Hechtner/Hundsdoerfer, WPg 2007, 650.

51) Die Berechnungen erfolgen u. a. unter der Annahme eines dreijährigen Planungshorizonts und der eines Anteilseigners mit einem persönlichen (effektiven) Steuersatz von $s_e = 0,4431$, vgl. Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, 33 f.

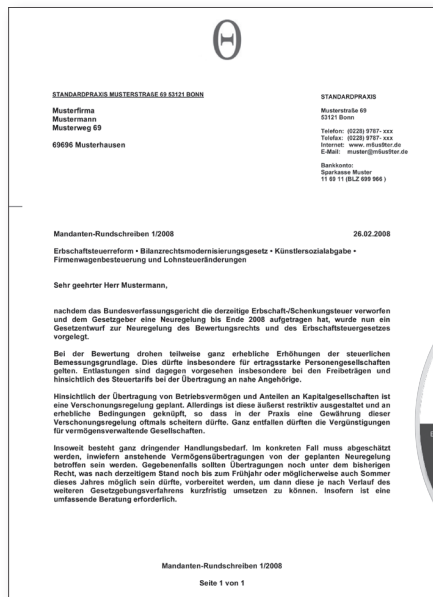
Mandantenbetreuung auf höchstem Niveau: Präsentieren Sie sich von Ihrer besten Seite!

- Aktuell und informativ
- Seriös und verlässlich
- Verständlich und praxisgerecht

Informationspflichten
erfüllen

- + Kompetenz zeigen
- + Mandanten binden
- + Beratungsbedarf wecken

= Mandanten-Rundschreiben
von Stollfuß



Stollfuß Mandanten-Rundschreiben

Print-Version

Format: DIN A4, Umfang: bis zu 16 Seiten,
ggf. ergänzt um Sonder-Beilage aus
aktuellem Anlass
Seitenpreis: € 0,15
Erscheint: etwa sechsmal jährlich

Beilagen:

»GmbH-Gesellschafter und GmbH
Geschäftsführer« (DIN A4, i.d.R. 2 – 4
Seiten, Seitenpreis € 0,15); »Berater-
Rundschreiben«, ein Exemplar kostenlos,
Mehrexemplare je € 1,50

Persönlicher Briefkopf:

Eindruckkosten einfarbig € 27,-
je Ausgabe, Kosten für Mehrfarbdruck auf
Anfrage, Mindestbestellmenge 20 Stück

PC-Version auf CD-ROM

Erscheint: etwa sechsmal jährlich
Preis: € 165,- Einzelplatzlizenz

Netzlizenz auf Anfrage

Alle Preise inkl. USt zzgl. Versandkosten

Stollfuß Mandanten-Rundschreiben

Mit dem Mandanten-Rundschreiben
von Stollfuß haben Sie ein umfassendes
Medium für die Information Ihrer Man-
danten über aktuelle Entwicklungen
sowie wichtige Themen im Steuerrecht
an der Hand.

Jahressteuergesetz 2008

Das aktuelle Mandanten-Rundschreiben
berichtet eingehend über die Änderungen
bei den Vermögensübertragungen gegen
Versorgungsleistungen durch das Jahres-
steuergesetz 2008.

Darüber hinaus werden Ihre Mandanten u.a.
ausführlich über wichtige Neuerungen bei

den haushaltsnahen Dienstleistungen und
über die aktuellen Entwicklungen bei der
Pendlerpauschale informiert.
Zeigen Sie Kompetenz und wecken Sie
frühzeitig Beratungsbedarf!

Jetzt kostenlos testen!

Prüfen Sie das Stollfuß Mandanten-
Rundschreiben jetzt kostenlos und unver-
bindlich auf Herz und Nieren. Fordern Sie
das kostenlose Info-Paket an oder machen
Sie den kostenlosen Praxis-Test. Sie haben
die Wahl!

Weitere Informationen unter
www.mandanten-rundschreiben.de

**Bestellen Sie bei
unserem Kundenservice
Telefon 0 18 05-78 97 77*,
Ihrem Buchhändler
oder im Internet
unter www.stollfuss.de**

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, die Ware innerhalb von 2 Wochen nach Lieferung ohne Begründung an Ihren Lieferanten (Verlagsauslieferung, Buchhändler) zurückzusenden, wobei die rechtzeitige Absendung genügt. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Ihre Stollfuß Medien GmbH & Co. KG, Dechenstraße 7, 53115 Bonn.

* Dieser Anruf kostet aus dem Festnetz der Deutschen Telekom 14 ct pro Minute. Bei Anrufen aus anderen Netzen, auch Mobilfunknetzen, gelten möglicherweise abweichende Preise.

unter den getroffenen Annahmen also sowohl relativ als auch absolut vorteilhafter ist als die Nichtbildung der Rücklage.⁵²⁾

3. Tochterebene des G-REITs

Bislang ungeklärt ist, ob § 13 Abs. 3 REITG nicht nur auf Veräußerungsgewinne aus der Ebene des G-REITs, sondern auch auf die Veräußerungsgewinne, die aus der Tochterebene der REIT-Aktiengesellschaft stammen, anwendbar ist – bejahendenfalls stellt sich die Frage, in welchen Fällen.⁵³⁾

Bei 100 %-Beteiligungen an Auslandsobjektgesellschaften wird deren Immobilienvermögen im Konzernabschluss der REIT-Aktiengesellschaft gezeigt und in die 75 %-Vermögensquote des REITs einbezogen (§ 12 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Buchst. a REITG). Da sich jedoch der Ausschüttungsbetrag der REIT-Aktiengesellschaft auf den handelsrechtlichen Jahresüberschuss gem. § 275 HGB bezieht (§ 13 Abs. 1 Satz 1 REITG) und das REITG darüber hinaus keine Ausschüttungsverpflichtung für den Gewinn von Auslandsobjektgesellschaften statuiert, ist es nicht möglich, den in einer Auslandsobjektgesellschaft erzielten Veräußerungsgewinn der Rücklage zuzuführen.⁵⁴⁾

Sowohl aus der Veräußerung des Immobilienvermögens einer Immobilienpersonengesellschaft stammende Veräußerungsgewinne als auch der Veräußerungsgewinn aus der Veräußerung einer solchen Beteiligung selbst, dürfen nach Auffassung von *Roche* hingegen bei Bildung einer Rücklage i. S. v. § 13 Abs. 3 Satz 1 REITG berücksichtigt werden. Da Beteiligungen des G-REITs an Immobilienpersonengesellschaften zur Ermittlung der 75 %-Quote herangezogen werden (§ 12 Abs. 1 Satz 3 REITG), ergebe sich die Berechtigung zur Bildung der Rücklage auf Ebene des G-REITs. Sofern die Immobilienpersonengesellschaft im Konzernabschluss der REIT-Aktiengesellschaft konsolidiert wird, sei die Rücklage auch auf Ebene der REIT-Aktiengesellschaft auszuweisen, bei einer Minderheitsbeteiligung indes auf Ebene der Personengesellschaft selbst.⁵⁵⁾ Anderer Auffassung ist *Buschhüter*, der, unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut, ausschließlich die REIT-Aktiengesellschaft zur Bildung der Rücklage als berechtigt ansieht. Dies sei sachgerecht, weil sich die Ausschüttungsverpflichtung des G-REITs nur auf den sich aus dem Einzelabschluss der REIT-Aktiengesellschaft ergebenden Jahresüberschuss beziehe.⁵⁶⁾ Allerdings würde auf diese Weise – so die Gegenmeinung – eine Direktanlage des G-REITs in Immobilienvermögen einseitig bevorzugt werden.⁵⁷⁾

IV. Fazit

Es gibt zu viele „Webfehler“⁵⁸⁾ im Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, die – neben bedeutenden anderen Faktoren⁵⁹⁾ – im Moment wohl eine Mobilisierung von Unternehmensimmobilien hemmen; insoweit sei nur auf die zentralen zuvor diskutierten Punkte hingewiesen:

§ 3 Nr. 70 EStG bietet Unternehmen einerseits einen Anreiz, Immobilien an eine REIT-Gesellschaft oder einen Vor-REIT zu veräußern, andererseits ist aber der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eindeutig abgegrenzt; ob bspw. auch die vom G-REIT erworbenen Anteile an Personengesellschaften für die Anwendung der Exit Tax qualifizieren, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht hervor.

Eine Rücklage i. S. d. § 13 Abs. 3 REITG sollte vom G-REIT bei einer späteren Weiterveräußerung der an ihn veräußerten Immobilien grundsätzlich immer gebildet werden, da sich dies positiv auf die Steuerbelastung des Anteilseigners auswirkt. In welchen Fällen eine Rücklagenbildung überhaupt möglich ist, wird durch das REITG jedoch nicht abschließend geregelt. Dies gilt insbesondere für jene Veräußerungsgewinne, die aus der Tochterebene der REIT-Aktiengesellschaft stammen.

Eine Novellierung des REITG, mit der die genannten Probleme teils aufgegriffen und gelöst werden sollen, ist wohl erst im Zuge eines JStG 2009 zu erwarten.⁶⁰⁾

52) Vgl. Wimmer, Die Besteuerung des G-REIT, 2006, 35, der von einer Vollausschüttung (100 %) der REIT-Aktiengesellschaft ausgeht; die Möglichkeit, 10 % steuerfrei zu thesaurieren, bleibt unberücksichtigt, hat aber wohl auch nur marginale Auswirkung, vgl. Hechtner/Hundsdoerfer, WPg 2007, 656, 658. Eine zu § 6b Abs. 10 Satz 9 EStG ähnliche Nachversteuerung bei Nichtgebrauch der Rücklage ist in § 13 Abs. 3 REITG nicht vorgesehen.

53) Vgl. Friedrich/Fleischer, DB 2007, 2021.

54) Vgl. Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 345 Rz. 73.

55) Vgl. Roche in: Ernst & Young/BDI (Hrsg.), Die Unternehmenssteuerreform 2008, 2007, 345 Rz. 74 f.

56) Vgl. Buschhüter in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 13 REITG Rz. 21; gl. A. Haury in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 13 REITG Rz. 24. Diese Auffassung entspricht der Auffassung des Verfassers.

57) Vgl. Buschhüter in: Striegel (Hrsg.), REITG, Kommentar, 2007, § 13 REITG Rz. 21.

58) Fuchs, Der G-REIT – sechs Monate ‚danach‘!, Vortragsunterlagen eines Vortrags auf der Expo Real, 2007, 5.

59) Hier ist insbesondere das aus der Subprime-Krise resultierende unförderliche Kapitalmarktumfeld zu nennen.

60) Vgl. hierzu und zur künftigen Entwicklung www.g-reit-news.de.