

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Heidelberg/Budapest\*

## Auf Konfliktkurs mit dem Europäischen Steuerrecht: Die Besteuerung der REIT-Aktiengesellschaft und ihrer Anteilseigner

Lange forderte die Immobilienwirtschaft die Einführung des REIT auch in Deutschland. Die ins Feld geführten Gründe hat sich der Gesetzgeber 2007 zu eigen gemacht: Unattraktivität der bestehenden Immobilienanlageprodukte; rechtzeitige Anpassung an internationale Produktstandards; Gewinnung ausländischer Investoren. Das REIT-Gesetz geht darauf aus, den „Finanzplatz Deutschland“ zu stärken. Als Sondergesetz schlägt es Schneisen in das System der Unternehmens- und Anteilseignerbesteuerung – ein Gleichheitsproblem. Ob es in wesentlichen Teilen überhaupt Bestand hat, entscheidet sich aber auch und vor allem nach Maßgabe des Europäischen Steuerrechts.

### I. Der Sonderstatus der REIT-AG

#### 1. Der REIT als Typus

a) *Das REIT-Gesetz ist ein Sondergesetz, ...*

Mit der Publikation des Gesetzes „zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen“<sup>1</sup> im letzten Jahr – im Bundesgesetzblatt vom 1. 6. 2007 – gehört die Abkürzung *REIT* zur deutschen Rechtsprache. Die amtliche Kurzüberschrift lautet *REIT-Gesetz*. REIT steht für Real Estate Investment Trust. Den Gesetzgeber dafür zu tadeln, dass er sich einen Anglizismus zu eigen macht, wäre freilich verfehlt. Denn dieses Sich-zu-eigen-machen ist programmatische Absicht. Das Gesetz will für den Finanzplatz Deutschland ein Kapitalanlageinstrument, das sich in den USA<sup>2</sup> und einigen anderen Ländern<sup>3</sup> längst etabliert hat und bei global tätigen Investoren ebenso wie Kleinanlegern auf Interesse rechnen darf<sup>4</sup>. Es will für den Sektor der indirekten Immobilienanlage ein im Typenvergleich<sup>5</sup> überlegenes Vehikel.

Allerdings offenbarte schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 12. 1. 2007<sup>6</sup> eine eigentümliche Ambivalenz der Begründung. Die Regierungsbegründung betonte, dass eine „empfindliche Lücke“ geschlossen, endlich dem breiten Publikum eine indirekte Immobilienanlage zugänglich gemacht und mit den Vorteilen der Aktie kombiniert werde. Zudem solle den deutschen Unternehmen eine Gelegenheit gegeben werden, ihren Eigenkapitalquote zu stärken, indem sie steuerbegünstigt stille Reserven aufdecken („Exit Tax“; dazu u. II. 3.). So „verbessert sich die internationale Wettbe-

werbsfähigkeit der Unternehmen, was wiederum das wirtschaftliche Wachstum fördert und neue Arbeitsplätze schafft“<sup>7</sup>. Zugleich jedoch gibt die Begründung zu erkennen, dass den Gesetzgeber nicht nur ein positives Gestaltungsinteresse beseelt. Er sieht sich getrieben, will Schritt halten in der globalen Konkurrenz spezifischer Anlagevehikel, andernfalls „ausländische wie auch deutsche Investoren ihr Kapital ins Ausland tragen“<sup>8</sup>.

b) *... das ein internationales Standardprodukt der indirekten Immobilienanlage rezipiert*

Das Gesetz rezipiert mit dem Namen einen Typus<sup>9</sup>, ein internationales Standardprodukt der indirekten Immobilienanlage. Dem REIT-Gesetz steht ein Signal auf die Stirn geschrieben, die amtliche Bekundung, dass der G-REIT, der *German REIT*, in den Wettbewerb um internationales Kapital eintritt. Das REIT-Gesetz ist im „produktbezogenen“ Zuschnitt ein Sondergesetz. Es gibt der REIT-Aktiengesellschaft das spezifische, typische Profil. Der folgende Beitrag erörtert die Frage, ob der steuerrechtliche Sonderstatus Rückhalt findet

\* Institut für Finanz- und Steuerrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Deutschsprachige Andrassy Universität Budapest.

1 Vom 28. 5. 2007, BGBl. I, 914. Es handelt sich um ein Artikelgesetz. Im Zentrum (Art. 1) steht das „Gesetz über deutsche Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REIT-Gesetz – REITG)“. Die Artt. 2–5 mit den zugehörigen Änderungen des EStG, AStG, FVG und InvStG werden kommentiert bei Helios/Wewel/Wiesbrock (Hrsg.), REIT-Gesetz, 2008, Anhang 1–4. Zur Anwendung des AStG innerhalb des REITG *Wassermeyer*, IStR 2008, 197.

2 „Mutterland der Real Estate Investment Trusts“ – so *Wewel*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Einf. Rdn. 2 mit Hinweis auf Sections 856–859 des Internal Revenue Code (IRC).

3 Jüngst Italien, s. *S. Mayr*, IWB 2007, 1297 (Fach 5, Gruppe 2, S. 596), und Großbritannien, s. *Schacht/Gänzler*, IStR 2007, 99.

4 Vgl. die Gründe „für Einführung von REITs in Deutschland“ bei *Wewel*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Einf. Rdn. 16.

5 Zum Vergleich mit dem Offenen Immobilienfonds, dem Geschlossenen Immobilienfonds und der Immobilien-AG *Schacht/Gänzler*, DStR 2006, 1518 (1518 f.); *Bron*, Der G-REIT, 2007, S. 37 ff.

6 BT-Drucks. 16/4026.

7 BT-Drucks. 16/4026, S. 14.

8 BT-Drucks. 16/4026, S. 14.

9 Eine ausdrücklich alle Länderspezifika übergreifende Definition bietet der Diskussionsentwurf Tax treaty issues related to REITs der OECD vom 30. 10. 2007, Rdn. 3 ([www.oecd.org/dataoecd/23/44/39554788.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/23/44/39554788.pdf)), im Revisionsentwurf 2008 für den MA-Komm. (<http://www.oecd.org/dataoecd/48/60/40489100.pdf>) nunmehr Ziff. 67.1 zu Art. 10 OECD-MA: „a REIT is a widely held company, trust or contractual or fiduciary arrangement that derives its income primarily from long-term investment in immovable property (real investment), distributes most of that income annually and does not pay income tax on income related to immovable property that is so distributed“.

im Verfassungsrecht, im europäischen Gemeinschaftsrecht und im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen. Diese Fragestellung setzt einige wenige<sup>10</sup> Angaben zum gesellschaftsrechtlichen Profil der obligatorisch börsennotierten (§§ 1, 10 REITG<sup>11</sup>) REIT-Aktiengesellschaft voraus, zur gesetzlichen Quantifizierung der Vermögens- und Ertragsanforderungen, zum Streubesitz und zur Gewinnausschüttungspflicht – jenen Merkmalen, die den Typus auszeichnen.

## 2. Die gesellschaftsrechtliche Systementscheidung

Der REIT ist Aktiengesellschaft<sup>12</sup> – und doch keine „normale“.<sup>13</sup> Das systemprägende Sonderrecht des speziellen (§ 1 Abs. 3 REITG), auf die REIT-AG zugeschnittenen Gesetzes gibt dieser Aktiengesellschaft ein Eigentümliches Gepräge. Das Gesetz oszilliert zwischen einem strengen Sonderrechtsregime mit komplexen Anforderungen an den REIT-Status auf der einen Seite – und andererseits dem Bemühen, dem weltweit etablierten Typus nahezukommen. So hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich für die „internationale Wettbewerbsfähigkeit der REIT-Aktiengesellschaft“ stark gemacht und gelegentlich von der Sorge leiten lassen, er könne mit allzu strengen Status-Anforderungen „das Ausweichen auf liberalere ausländische REIT-Konstruktionen“ begünstigen.<sup>14</sup>

### a) Kerngeschäft

Das Gesetz schärft das Profil der REIT-AG zuallererst in „besonderen Anforderungen an den Unternehmensgegenstand“.<sup>15</sup> Die Gesellschaft hat sich im *Kerngeschäft*<sup>16</sup> auf Immobilientätigkeit zu konzentrieren, nicht auf den Handel, sondern auf das Halten und Bewirtschaften. Die „Beschränkung“ des Unternehmensgegenstandes (§ 1 REITG) konkretisiert sich in den bezifferten „Vermögensanforderungen“ des § 12 und im berechenbaren „Ausschluss des Immobilienhandels“ (§ 14): Bezogen auf das gekürzte Gesamtvermögen<sup>17</sup> muss das unbewegliche Vermögen zum Ende eines jeden Geschäftsjahres mindestens 75 Prozent der Aktiva ausmachen; zudem werden die immobiliennahen Nebentätigkeiten für Dritte über Tochterkapitalgesellschaften (REIT-Dienstleistungsgesellschaften, § 3 Abs. 2 REITG) beschränkt.<sup>18</sup> *Verbotener Handel* (§ 14 Abs. 1 REITG) findet statt, „wenn die REIT-Aktiengesellschaft sowie ihre in einen Konzernabschluss einzubeziehenden Tochterunternehmen innerhalb der letzten fünf Geschäftsjahre Erlöse aus der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen erzielt haben, die mehr als die Hälfte des Wertes des durchschnittlichen Bestandes an unbeweglichem Vermögen innerhalb desselben Zeitraums ausmachen“, § 14 Abs. 2 REITG.

### b) Ertragsanforderungen

Des Weiteren hat die Gesellschaft den *Ertragsanforderungen* des § 12 Abs. 3 REITG zu genügen: 75 Prozent der Umsatzerlöse müssen auf „Vermietung, Leasing, Verpachtung einschließlich immobiliennaher Tätigkeiten oder Veräußerung von unbeweglichem Vermögen“ zurückgehen; und der Anteil der REIT-Dienstleistungsgesellschaften wird wiederum auch ertragsstrukturell begrenzt<sup>19</sup>, der REIT auch insoweit auf sein Kerngeschäft beschränkt.

### c) Streubesitzkonzept

Dem *Streubesitzkonzept* (§ 11) hat der Gesetzgeber „herausgehobene Bedeutung“ zugemessen.<sup>20</sup> Das Gesetz soll „auch

Kleinanlegern die Möglichkeit einer fungiblen Investition in Immobilienvermögen eröffnen“.<sup>21</sup> Es sieht für den Zeitpunkt der Börsenzulassung eine initiale Streubesitzquote in Höhe von 25 Prozent und für die weitere Dauer in Höhe von 15 Prozent vor. „Den Streubesitz bilden die Aktien derjenigen Aktionäre, denen jeweils weniger als 3 Prozent der Stimmrechte an der REIT-Aktiengesellschaft zustehen.“<sup>22</sup> Zur weiteren Streuung der REIT-Aktien soll erklärtermaßen<sup>23</sup> auch § 11 Abs. 4 REITG beitragen, der keinem Anleger erlauben will, mehr als 9,9 Prozent der Aktien zu halten oder über mehr als 9,9 Prozent der Stimmrechte zu verfügen. Diese exakt diesseits der 10 Prozent fixierte Höchstbeteiligungsquote dient zugleich der Abwehr des DBA-Schachtelprivilegs (u. III. 2. b).

### d) Ausschüttungspflicht

Nicht zuletzt ist die REIT-AG verpflichtet, ihren Gewinn zu mindestens 90 Prozent an die Aktionäre auszuschütten. Die *Ausschüttungsverpflichtung* (§ 13 REITG) bildet das „Gegengewicht zu der der REIT-Aktiengesellschaft gewährten Steuerbefreiung“.<sup>24</sup> Hier greifen gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Systementscheidungen ineinander.

## 3. Die steuerrechtliche Systementscheidung

### a) Steuerbefreiung der REIT-AG

Das Sondersteuerrecht des REITG konzentriert den steuerlichen Zugriff ausschließlich auf die Anteilseigner. Für die REIT-AG, die alle Statusvoraussetzungen erfüllt und unbeschränkt steuerpflichtig ist (dazu u. IV 1), greift die „*Steuerbefreiung der REIT-Aktiengesellschaft*“ des § 16 Abs. 1 REITG: Er stellt sie von der Körperschaft- und der Gewerbesteuer frei. Mit ihrer vollständigen Steuerfreiheit entzieht sie sich der Mutter-Tochter-Richtlinie.<sup>25</sup> Die Steuerbefrei-

10 Ausführlich zum gesellschaftsrechtlichen Profil: *Bron*, BB 2007, BB-Spezial 7, 2 (3 ff.); *Dettmeier/Gemmel/Kaiser*, BB 2007, 1191 ff.; Ernst & Young/BDI, Die Unternehmensteuerreform 2008, 2007, S. 331 ff.

11 Dazu BT-Drucks. 16/4026, S. 21: „... sollen börsennotierte REITs mittelfristig ein Anlageprodukt auch für Privatanleger werden“.

12 Also nicht „Trust“. Vgl. *Graf von Bernstorff*, RIW 2007, 641 ff., zum Trust als Instrument der Vermögensverwaltung.

13 Anders akzentuiert *Wienbracke*, NJW 2007, 2721, der eine „normale“ Aktiengesellschaft sieht – vorbehaltlich der gesetzlichen Abweichungen. Für diese Ausgangsposition spricht die Technik des § 1 Abs. 3 REITG (allgemeines Aktienrecht „... soweit dieses Gesetz nichts Abweichendes bestimmt“), dagegen aber die system-umprägende Reichweite des Sonderrechts.

14 Zitate: BT-Drucks. 16/4026, S. 23.

15 BT-Drucks. 16/4026, S. 18.

16 *Dettmeier/Gemmel/Kaiser*, BB 2007, 1191 (1194); *Haury*, in: *Helios/Wewel/Wiesbrock* (Fn. 1), § 12 Rdn. 1; BT-Drucks. 16/4026, S. 22 (Zu § 12) und 23 (Zu § 14).

17 Kürzung um die Ausschüttungspflicht (§ 13 Abs. 1 REITG) und die passivierten Rücklagen des § 13 Abs. 3 REITG (Gewinne aus der Veräußerung unbeweglichen Vermögens). Zu dieser „Basisgröße“ *Haury*, in: *Helios/Wewel/Wiesbrock* (Fn. 1), § 12 Rdn. 27.

18 Die Aktiva, die zum Vermögen der REIT-Dienstleistungsgesellschaften gehören, dürfen im Konzernabschluss höchstens 20 Prozent ausmachen, § 12 Abs. 2 lit. b REITG.

19 § 12 Abs. 3 lit. b REITG.

20 BT-Drucks. 16/4026, S. 22.

21 BT-Drucks. 16/4026, S. 21.

22 § 11 Abs. 1 Satz 3 REITG. Zum Schutz der Minderheitsaktionäre s. § 11 Abs. 2 (Pflicht der REIT-AG, die Streubesitzquote der BaFin mitzuteilen) und Abs. 3 (Pflicht der REIT-AG, für den Fall der Beendigung ihrer Steuerbefreiung in der Satzung eine Entschädigung der Streubesitz-Aktionäre vorzusehen); dazu auch BT-Drucks. 16/4026, S. 22. Zu aktienrechtlichen Gestaltungsfragen und der verwaltungsmäßigen Sicherung der Anforderungen *Wieneke/Fett*, NZG 2007, 774 ff.

23 Monatsbericht des BMF – Mai 2007, 67; BT-Drucks. 16/4026, S. 22.

24 BT-Drucks. 16/4026, S. 23. *Gröpl*, DStZ 2008, 62 (65): „Funktionsbedingung“.

25 BT-Drucks. 16/4026, S. 23; *Bron* (Fn. 5), S. 194 f.

ung berührt nicht die Ansässigkeit des G-REIT i.S. des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA und seine persönliche Abkommensberechtigung.<sup>26</sup>

#### b) Vollbesteuerung der Anteilseigner

Den Rückzug auf der Ebene der Gesellschaft kompensiert das Gesetz mit der *Vollbesteuerung der Anteilseigner*. Konsequenz schaltet § 19 Abs. 3 REITG die üblichen Entlastungsmechanismen in der Dividendenbesteuerung aus: das Halbeinkünfteverfahren und § 8b KStG „sind nicht anzuwenden“.

## II. Sondersteuerrecht – Belastungs(un)gleichheit

Indem das Gesetz einen „Sondertypus der Aktiengesellschaft“<sup>27</sup> steuerfrei stellt, gerät es unter Rechtfertigungsdruck im Zeichen der verfassungsrechtlich geforderten Belastungsgleichheit.<sup>28</sup> Indem es die Freistellung auf die deutsche Gestalt einer internationalen Figur – auf den *German-REIT* – beschränkt, gerät es vorhersehbar in den Sog der internationalen und europäischen Diskriminierungsverbote, die auf Wettbewerbsgleichheit ausgehen.<sup>29</sup> Auf der Ebene der Anteilseigner zeitigt der Sonderstatus der REIT-AG weitere Systemverwerfungen. Diese Aktiengesellschaft schüttet Gewinne aus, die körperschaftsteuerlich nicht vorbelastet sind. Das macht sie attraktiv, auch für den gebietsfremden Anleger, der mit seiner Ansässigkeit das Regime des internationalen Steuerrechts zur Geltung bringt (u. III.).

Zunächst ist die steuerrechtliche Normalität zu skizzieren, von der sich das Recht der REIT-Aktiengesellschaft unterscheidet.

### 1. Rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung und REIT-Besteuerung

#### a) Die REIT-Besteuerung weicht von der dualen Konzeption ab ...

Die Unternehmensbesteuerung (i.w.S.) folgt einer dualen Konzeption in Anlehnung an gesellschaftsrechtliche Vorentscheidungen. Die Kapitalgesellschaften sind selbst Steuersubjekte (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Sie schulden Körperschaftsteuer – mit der Folge, dass sie vorbelastete Gewinne ausschütten. Diese Vorbelastung findet Berücksichtigung in der Besteuerung der Dividende auf der Ebene der Anteilseigner. Die Personengesellschaften hingegen sind nicht selbst steuerpflichtig. Der Erfolg der Personengesellschaft wird den Mitunternehmern persönlich zugerechnet und dort, bei den Gesellschaftern, der Einkommensteuer unterworfen, mithin unter Berücksichtigung auch ihrer subjektiven Leistungsfähigkeit. Die Schärfe dieser systematischen Zweiteilung legt nahe, allein die Gewerbesteuer und die Körperschaftsteuer den Unternehmenssteuern (i.e.S.) zuzuschlagen. Und doch bleibt die Körperschaftsteuer eine Unternehmensteuer der Inkonzernierung, solange sie nur die Körperschaften erfasst.<sup>30</sup> Dass sich der Gesetzgeber dem Postulat der rechtsformneutralen Besteuerung widersetzt, wird verfassungsrechtlich nach wie vor hingenommen.<sup>31</sup>

#### b) ... und nähert sich dem Steuerrecht der Personengesellschaft an

So ist die REIT-Aktiengesellschaft zunächst kraft Rechtsform dem Steuerrecht der Körperschaften verpflichtet; ihre Ausschüttungen unterliegen dem Recht der Dividendenbesteuerung. § 16 Abs. 1 REITG befreit sie aber gegen die

rechtsformabhängige Grundentscheidung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) von der Körperschaftsteuer, verdoppelt gleichsam die Inkonzernierung des Körperschaftsteuerrechts – und hebt sie auf. Die Besteuerung des REIT wird dem Steuerrecht der Personengesellschaft angenähert. Das REIT-Gesetz führt seine Belastungsentscheidung ausschließlich auf der Ebene der Anteilseigner durch, entzieht sich damit der Vergleichbarkeit mit dem regulären Körperschaftsteuerrecht.<sup>32</sup>

Den Ausschlag gibt, ob der Gesetzgeber im Spektrum der verfassungsmöglichen Unternehmensbesteuerung verbleibt und die Zwischenlösung folgerichtig durchführt. Die duale Konzeption ist ihrerseits möglich, nicht geboten. „Die das deutsche Steuerrecht traditionell prägende Annahme, dass in der abgeschirmten Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft eine eigenständige, objektive Leistungsfähigkeit entsteht, nicht jedoch bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften, bildet ein mögliches Differenzierungskriterium, ... das den Gesetzgeber zwar nicht zwingt, bei Ertrags- bzw. Einkommensbesteuerung anhand der Rechtsform zu unterscheiden, es ihm aber auch nicht grundsätzlich verbietet.“<sup>33</sup> Das Gesetz verortet den REIT *zwischen* den „anhand der Rechtsform“ getrennten Systemalternativen und setzt die Belastungsentscheidung mit der Kombination von Ausschüttungspflicht und uneingeschränkter Ausschüttungsbesteuerung konsequent um.<sup>34</sup>

## 2. Abgeltungssteuer

#### a) Die kompensatorische Besteuerung wird für private Anteilseigner durchbrochen, ...

Das REIT-Gesetz kreiert eine Sonderform der Kapitalgesellschaft und statuiert ein Sondersteuerrecht, dessen Rechtfertigung auf folgerichtiger – kompensatorischer – Besteuerung der Anteilseigner beruht. Eben diese Folgerichtigkeit wird durchbrochen für private Kapitalanleger und deren REIT-Anteile, die ab 2009 zur separierten Bemessungsgrundlage der Kapitaleinkünfte (§ 20 EStG) gehören<sup>35</sup> und dem Proportionaltarif der Abgeltungssteuer (§ 32d Abs. 1 EStG 2009: 25 Prozent) unterliegen werden.

#### b) ... deren nicht vorbelastete Dividenden dem Abgeltungssteuersatz unterliegen

Dieses Werkstück – oder „Stückwerk“<sup>36</sup> – der Unternehmensteuerreform 2008 durchkreuzt die REIT-Konzeption und wirft die Frage auf, ob ein womöglich zufälliger Systembruch Bestand hat oder eine Abstimmung der beiden Gesetze

26 *Gewirts/Jacob*, IStR 2007, 737 ff.; *Breinersdorfer/Schütz*, DB 2007, 1487 (1493).

27 *v. Beckerath*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, § 3 Nr. 70 Rdn. B 70/3.

28 *Spoerr*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Verfassungsrechtliche Analyse Rdn. 19 ff.

29 *W. Schön*, in: Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), Die Diskriminierungsverbote im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2006, S. 13 (20), im Kontrast zur verfassungsrechtlich betonten *Belastungsgleichheit*.

30 *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 1189.

31 BVerfG, 21. 6. 2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (198–200) – Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften; *W. Schön*, ZHR 2007, 409 (412). Zur freiheitsrechtlichen Kritik *Kirchhof*, StuW 2006, 3 (11 f.).

32 Insoweit a. A. *Spoerr*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Verfassungsrechtliche Analyse Rdn. 14.

33 BVerfG, 21. 6. 2006 (Fn. 31), BVerfGE 116, 200 – Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften.

34 *Gröpl*, DStZ 2008, 62 (66); *Spoerr*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Verfassungsrechtliche Analyse Rdn. 19.

35 *Engers*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), § 19 Rdn. 45.

36 So *Englisch* im Fazit seiner Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, 221 (240).

noch ansteht. In der Gruppe der Dividendenempfänger wird der REIT-Aktionär privilegiert<sup>37</sup>; er wird abgeltungssteuerlich gleichbehandelt, wiewohl seine Dividende nicht vorbelastet ist. Der Logik des REIT-Gesetzes entspricht das nicht.

### 3. Exit Tax

#### a) Die Privilegierung des § 3 Nr. 70 EStG ...

Der neue § 3 Nr. 70 EStG bietet für die Jahre 2007, 2008 und 2009 konstitutive, hälftige Steuerbefreiungen an: Wer Grund und Boden und Gebäude an eine REIT-AG oder einen Vor-REIT (§ 2 REITG) veräußert, halbiert die Bemessungsgrundlage, erfasst im Betriebsvermögensvergleich nur die Hälfte der Betriebsvermögensmehrungen (§ 3 Nr. 70 Satz 1 lit. a EStG). Ebenso werden beim Wechsel einer AG in den REIT-Status die aufzudeckenden stillen Reserven in Grund und Boden und Gebäude nur zur Hälfte besteuert (§ 3 Nr. 70 Satz 1 lit. b EStG). Teleologisch verbündet sich auch hier ein allgemeines volkswirtschaftliches Motiv<sup>38</sup> mit dem spezifischen und aktuellen Ziel, dem REIT „im Wettbewerb mit den Konkurrenzstandorten im Binnenmarkt“ einen „Anschub“ zu geben, „damit dieses Produkt schnell genug eine ausreichende Größe erreichen kann“.<sup>39</sup>

#### b) ... darf nicht auf inländisches Betriebsvermögen begrenzt werden

Dass allein die REIT-AG vom Normanreiz der steuerlichen Sonderangebote profitiert, lässt sich gleichheitsrechtlich nur für die Dreijahresfrist halten. In Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht gerät die Beschränkung auf „inländisches Betriebsvermögen“, wenn damit ein ansässiger Betrieb vorausgesetzt wird. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung gebietet ein Verständnis, das auch EU-ausländische Betriebe mit inländischem Anlagevermögen einbezieht.<sup>40</sup> Größere Schwierigkeiten bereitet indes die Auslandsinvestition in den deutschen REIT.

## III. Die REIT-Investition des Steuerausländers

Die ganze Problematik des Gesetzes wird sichtbar im europäischen und internationalen Kontext. Sobald ein ausländischer REIT in Deutschland Einkünfte erzielt oder gebietsfremde Anteilseigner sich an einem deutschen REIT beteiligen, stehen die Voraussetzungen der Kompensationsmechanik in Frage. Die Gesamtrechnung aus Freistellung der Gesellschaft und Zugriff auf die Dividende wird unsicher. Steuerverzicht auf der ersten Stufe, der Verzicht auf die Körperschaftsteuer, erweist sich als Risikoentscheidung. Jenseits der Binnensachverhalte, außerhalb des geschlossenen Systems wird das nationale Recht auf die Vorgaben des Europäischen und des Internationalen Steuerrechts verpflichtet. Zwei Sachverhalte sind zu unterscheiden: Das Tätigwerden des ausländischen REIT in Deutschland (u. IV.), vor allem aber die Investition des ausländischen, des gebietsfremden Anteilseigners in einen deutschen REIT.

### 1. Herkömmliche Besteuerung

Um den steuerlichen Besonderheiten – aus der Sicht des Fiskus: dem Risikoprofil; aus der Sicht des ausländischen Anlegers: der Attraktivität – des REIT Konturen zu geben, genügt ein kurzer Seitenblick auf die Normalbesteuerung des Steuerausländers, der in Immobilien auf dem Territorium der Bundesrepublik investiert. Der Kontrast macht das Sonderrecht der REIT-Besteuerung sichtbar.

Die persönliche Steuerpflicht hängt nicht (mehr) von der Staatsangehörigkeit ab.<sup>41</sup> Die subjektiven Tatbestände des Steuerrechts rekurrieren auf den Ort der Geschäftsleitung oder den Sitz der Körperschaft (§ 1 Abs. 1 KStG) und auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt der natürlichen Person (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EStG) – entweder im Inland (unbeschränkte Steuerpflicht) oder im Ausland und in diesem Fall darauf, dass der „Steuerausländer“ inländische Einkünfte erzielt (§ 2 Nr. 1 KStG; §§ 1 Abs. 4, 49 ff. EStG).

Ein deutscher Staatsbürger, der in Paris wohnt, in Frankfurt aber Immobilien verpachtet, ist in Deutschland nicht ansässig, deshalb steuerrechtlich ein Gebietsfremder, insofern Steuerausländer – nicht anders als etwa der französische Staatsbürger mit Wohnort Nizza und Immobilieneigentum in Berlin. Diese Personen sind hierzulande nur beschränkt steuerpflichtig, mit ihren Inlandseinkünften.

#### a) Bei Direktinvestition gilt das Belegenheitsprinzip

Das ist unproblematisch, soweit es sich um Erträge aus Direktinvestitionen in Grund und Boden handelt. Die Gebietsfremden sind zwar regelmäßig in ihrem Ansässigkeitsstaat unbeschränkt steuerpflichtig mit ihrem Welteinkommen. Gleichwohl haben sie Doppelbesteuerung nicht zu befürchten, wenn und weil die Sitzstaaten bei Einkünften aus unbeweglichem Vermögen DBA-rechtlich durchweg der Freistellungsmethode (Art. 23 A Abs. 1 OECD-MA) folgen, getreu dem OECD-Muster dem Quellenstaat den Vortritt lassen. Dessen Art. 6 belässt dem Quellenstaat, dem Staat der Belegenheit des Grundstücks, das Besteuerungsrecht ohne Einschränkung.<sup>42</sup> Unabhängig von der Rechtslage im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Investors gilt: Das doppelbesteuerungsrechtlich anerkannte Belegenheitsprinzip schützt den Zugriff des deutschen Fiskus auf die beschränkt steuerpflichtige Körperschaft (§§ 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 KStG i.V. mit § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG) und die beschränkt steuerpflichtige natürliche Person (§§ 1 Abs. 4, 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG).

#### b) Bei indirekter Investition erfolgt ein Regimewechsel zur Dividendenbesteuerung

Im Fall der indirekten Investition in eine in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaft mit Immobilieneigentum steht zunächst diese Gesellschaft in der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Indessen zieht die Investition des – wiederum beschränkt steuerpflichtigen – Steuerausländers DBA-rechtlich einen Regimewechsel nach sich: vom Belegenheitsprinzip zur Dividendenbesteuerung. Das hat Folgen. Deutschland sieht sich als Quellenstaat auf ein beschränktes Dividendensteuerrecht verwiesen. Das OECD-Musterabkommen (Art. 10) legt das Prinzip der Steueraufteilung zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters und dem Quellenstaat (Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft) zugrun-

37 Ökonomische Analyse: Wimmer, StuB 2007, 494 (498 ff.).

38 v. Beckerath, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, § 3 Nr. 70 Rdn. B 70/2 ff. zur rechtspolitisch gewollten „Mobilisierung von bisher volkswirtschaftlich nicht optimal genutztem Kapital“ (Zitat: BT-Drucks. 15/5554, 12) seit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen“ (BT-Drucks. 15/5554).

39 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 21. 3. 2007, BT-Drucks. 16/4779, S. 36.

40 Reimer, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 171 f.

41 Statt vieler: Waldhoff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rdn. 158 (Nachw.).

42 Reimer, in: Vogel/Lehner (Hrsg.), DBA, 4. Aufl. 2003, Art. 6 Rdn. 3, zum Zugriff des Belegenheitsstaates auf unbewegliches Vermögen als Einkunftsquelle: „staatswirtschaftliche Zugehörigkeit offenkundig“.

de.<sup>43</sup> Der Sitzstaat des Gesellschafters besteuert die Dividende prinzipiell uneingeschränkt und vermeidet Doppelbesteuerung in differenzierter Anwendung des Methodenartikels (Art. 23 OECD-MA); den Quellenstaat hingegen verweisen die DBA in die je nach Person des Dividendenempfängers unterschiedlich hohen Schranken der *Höchststeuersätze für die Quellensteuer* (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA).

Sitzt der Anteilseigner in Frankreich, so muss sich die Bundesrepublik in der Besteuerung der Dividende zurücknehmen und einen wesentlichen Teil der Französischen Republik überlassen.<sup>44</sup> Jedoch: Der deutsche Fiskus hat zuvor schon auf den Gewinn der Immobiliengesellschaft im Wege der Körperschaftsteuer zugegriffen. Er hält sich zunächst an das Unternehmen, dann erst teilt er sich mit Frankreich die Besteuerung der Dividende.

## 2. Die REIT-Dividende als Attraktion

### a) Die Quellensteuer auf die Dividende ausländischer REIT-Aktionäre erweist sich als Restposten

Eben dieser Voraus-Zugriff entfällt mit der Steuerbefreiung des REIT. Für den Fiskus ein Problem, für den ausländischen Anteilseigner eine Attraktion. Der Steuerausländer mobilisiert deutsches Immobilienvermögen. Vom Belegenheitsprinzip bleiben nur mehr Spurenelemente im Anteil an der Dividendensteuer.<sup>45</sup> Die Unternehmensbesteuerung entfällt – und der kompensatorische Zugriff auf der Ebene der Anteilseigner scheitert exakt in dem Umfang, in dem die Bundesrepublik Deutschland in der Dividendenbesteuerung zugunsten der Ansässigkeitsstaaten ausländischer Aktionäre zurückstehen muss. Deutschlands Quellensteuer auf die Dividende dieser REIT-Aktionäre erweist sich als Restposten. Der niederländische, französische oder polnische Anteilseigner am deutschen REIT findet Schutz im jeweiligen DBA und schuldet dem hiesigen Fiskus nicht mehr als 15 Prozent Quellensteuer auf eine Dividende, die ihn infolge der Befreiung des REIT ohne Vorbelastung erreicht. Falls er im Wege des Kapitalertragsteuerabzugs (§ 20 REITG) zu viel Einkommen- oder Körperschaftsteuer vorauszahlt, hat er einen Erstattungsanspruch (§ 50 d Abs. 1 Satz 2 EStG).

Während der Fiskus um Steuersubstrat fürchten muss, können die Dividendenempfänger je nach Rechtslage auf Entlastung auch im Ansässigkeitsstaat rechnen. Dividendenbesteuerung berücksichtigt regelmäßig die Vorbelastung auf Unternehmensebene durch Körperschaftsteuer. Dass der Staat des Aktionärs statt dessen die Steuerfreiheit des ausschüttenden G-REIT einkalkuliert und die G-REIT-Dividende kompensatorisch höher belastet, ist keineswegs sicher.<sup>46</sup> Ob er ein REIT-Sonderrecht in sein Recht der Dividendenbesteuerung hinein verlängert, mag davon abhängen, ob er selbst den REIT-Status anbietet, somit die Besonderheit der Konstruktion im Blick hat. Wenn nicht, kann der dort ansässige Anteilseigner des G-REIT eher darauf hoffen, dass die ihn treffende Dividendensteuer eine Steuer auf den Unternehmensgewinn unterstellt, deshalb die Belastung der Aktionäre begrenzt und für die Sondersituation des REIT-Aktionärs keine Ausnahme vorsieht.

### b) Eine weitere Zuspitzung ergibt sich aus dem DBA-rechtlichen Schachtelprivileg

15 Prozent Quellensteuer auf die Dividende als Restposten – damit hat sich das REIT-Gesetz abgefunden. Die weitere Zuspitzung jedoch, die weitere Reduktion auf 5 Prozent bekämpft das Gesetz auf Biegen und Brechen. Was hat den Ge-

setzgeber umgetrieben, wann droht eine nochmalige Reduktion der Quellensteuer des ausländischen Anteilseigners? Die Antwort findet sich wiederum im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen: im „Schachtelprivileg“ der DBA, die dem Modell des Art. 10 Abs. 2 OECD-MA folgen. Es kommt einer ausländischen Muttergesellschaft zugute, die im abkommensrechtlich bestimmten Umfang (mindestens 10 Prozent) Kapital der deutschen Tochter hält. Das Schachtelprivileg vermeidet übermäßige Belastung im Konzern<sup>47</sup> und reduziert den Quellensteuerhöchstsatz auf DBA-typische 5 Prozent.

In dieser Situation der Doppelprivilegierung – privilegierte gebietsfremde Mutter einer im Inland steuerbefreiten Tochter – stehen dem Steuerstaat Bundesrepublik Deutschland zwei Stellschrauben zur Verfügung. Er kann die Neuverhandlung seiner ca. 95 Doppelbesteuerungsabkommen herbeiführen, dem Vorschlag der OECD vom Oktober 2007<sup>48</sup> folgen und sich in einem langwierigen Anpassungsprozess darum bemühen, die mit mindestens 10 Prozent am REIT beteiligte Gesellschaft vom Anwendungsbereich des Schachtelprivilegs oder, wenn nicht von der Anwendung des Dividendenartikels insgesamt, so doch vom Schrankenregime der Quellensteuerhöchstsätze (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA) fernzuhalten. Immerhin kann sich die Inanspruchnahme einer unbeschränkten Quellenbesteuerung der Dividende auf den Gedanken stützen, dass der REIT-Großinvestor Erträge erzielt, die denen des Art. 6 OECD-MA (Belegenheitsprinzip) nahestehen. Das rechtfertigt den Anspruch des Quellenstaates.

Die andere Stellschraube hingegen lässt sich sehr viel leichter, nämlich unilateral in Bewegung setzen: Der Gesetzgeber sperrt einseitig die bilateral vereinbarten Schachtelprivilegien, entweder radikal den Zugang zur Rechtsfolge (keine Absenkung der Quellensteuer von 15 auf 5 Prozent) oder subtiler den Zugang zu einer Tatbestandsvoraussetzung, indem er gesellschaftsrechtlich eine DBA-relevante Schachtelbeteiligung verhindert. Diesen zweiten Weg weist § 11 Abs. 4 REITG mit seiner Höchstbeteiligungsklausel. Angesetzt bei 9,9 Prozent und jedenfalls solange sie Beachtung findet, sperrt sie das Schachtelprivileg auch derjenigen DBA, die nicht 25, sondern nur 10 Prozent Kapitalbeteiligung voraussetzen.<sup>49</sup> Wenn aber der Aktionär die rote Linie überschreitet, greift die Sanktionsnorm des § 16 Abs. 2 REITG: „Sind einem Anteilseigner nach § 20 des Einkommensteuergesetzes direkt Gesellschaftsanteile in Höhe von 10 Prozent des Kapitals oder mehr zuzurechnen“, kann er

43 Haase, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 2007, Rdn. 664.

44 Höchststeuersatz von 15 v.H. des Bruttobetrag für sog. Streubesitz- oder Portfoliodividenden (Art. 9 Abs. 2 DBA Frankreich); Höchststeuersatz von 5 v.H. des Bruttobetrag für Schachteldividenden, sofern Gesellschafter eine in Frankreich ansässige Kapitalgesellschaft ist, die zu mindestens 10 Prozent am Kapital der in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft beteiligt ist (Art. 9 Abs. 5 DBA Frankreich).

45 Zur rechtspolitischen Diskussion über Alternativkonzepte, die der Dividendenbesteuerung i.S. des Art. 10 OECD-MA ausweichen und die Ausschüttungen den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen i.S. des Art. 6 OECD-MA zugeordnet sehen wollen, Lieber/Schönfeld, IStR 2006, 126 (127 ff.); vgl. auch OECD-Diskussionsentwurf (Fn. 9), Rdn. 18 ff.

46 Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, 1487 (1488).

47 OECD-Kommentar zu Art. 10 OECD-MA, Ziff. 10: „... um eine mehrfache Steuerbelastung zu vermeiden und die Auslandsinvestitionen zu erleichtern“.

48 OECD-Diskussionsentwurf (Fn. 9), Rdn. 27 ff.

49 So das DBA Frankreich (Fn. 44) oder das DBA Polen (v. 14. 5. 2003, BGBl. II 2004, 1304). Andere DBA setzen eine Mindestbeteiligung von 25 v.H. voraus, jüngst Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA Slowenien (BStBl. 2007 I S. 172).

aus seiner Beteiligung „nur die Rechte geltend machen, die ihm aus einer Beteiligung von weniger als 10 Prozent zustehen würden. Dies gilt auch für die Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen“.

### 3. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsgrenze – Prüfung am Maßstab des Verfassungs- und Europarechts

#### a) Ist die Nichtanwendung des Schachtelprivilegs bei Überschreiten der Beteiligungsgrenze als Treaty Override verfassungswidrig?

Bei aller Bereitschaft, die indirekte Immobilienanlage zu fördern, hat das Bundesfinanzministerium stets klargestellt, worauf es sich nicht einlassen will: Auf die *REIT-typische* Steuerfreiheit einer inländischen REIT-Tochter in Kombination mit der *DBA-typischen* Privilegierung der Schachteldividende, die einer ausländischen Mutter zufließt. Das war unverrückbare politische Vorgabe von Anfang an.<sup>50</sup> Eben deshalb fixiert die Vorschrift zur Streuung der Aktien, § 11 Abs. 4 REITG, die Höchstbeteiligung bei 9,9 Prozent. Sie zieht diese Linie jedenfalls auch<sup>51</sup> mit Rücksicht auf jene DBA-kritische Mindestbeteiligung von 10 Prozent, mit der einzelne DBA den Zugang zum reduzierten Quellensteuersatz eröffnen. Für den Fall, dass die Muttergesellschaft die Beteiligungsgrenze überschreitet, verliert sie weder ihren Anspruch auf die Dividende noch ihr Stimmrecht; das Schachtelprivileg jedoch wird ihr verweigert. Unter allen Umständen will das Gesetz im Spektrum der Quellensteuerhöchstsätze wenigstens den höheren 15 Prozent-Satz gewährleisten.

Das Gesetz geht scheinbar über die einschlägigen DBA hinweg, liefert damit auf den ersten Blick den Musterfall eines *Treaty Overriding*, einer legislativen Abkommensderogation<sup>52</sup>, einer unilateralen, vertragsbrüchigen Abkehr von den Doppelbesteuerungsabkommen. So wird denn § 16 Abs. 2 Satz 3 REITG in herkömmlicher Deutung Völkerrechtswidrigkeit bescheinigt, aber auch, dass die Vorschrift „national wirksam“ sei.<sup>53</sup>

#### aa) Die Pflicht zur internationalen Zusammenarbeit überlagert die auf eine binnenstaatlich geschlossene Rechtsordnung zugeschnittenen Vorrang-Regeln

Verstünde sich das REIT-Gesetz als *lex posterior* – auf gleicher Normenhöhe, aber mit Derogationskraft gegenüber älteren Vertragsgesetzen –, die für ihren Anwendungsbereich eine „eigentlich“ geschuldete Steuerentlastung zurücknimmt, so hätte es nicht nur viele DBA gegen sich, sondern auch das Grundgesetz. Nach inzwischen wohl vorherrschender Auffassung in der Literatur<sup>54</sup> ist das *Treaty-Overriding-Gesetz* nicht nur im Außenverhältnis völkerrechtswidrig, sondern in der Regel auch verfassungswidrig und nichtig. Die Gegenauffassung balanciert auf einer Nadelspitze, bietet allein das Zustimmungserfordernis „in der Form eines Bundesgesetzes“ aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf. Dem wird entnommen, dass das einfachgesetzlich inkorporierte Völkervertragsrecht keinen höheren Rang einnehmen könne als das *Treaty-Overriding-Gesetz*. Das überzeugt schon für sich genommen nicht. Die Regel, dass die Produktion vorrangigen Rechts verfassungsändernden Mehrheiten vorbehalten bleibt (Art. 79 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG), kann von Verfassungen wegen durchbrochen werden.<sup>55</sup> Diese Ausnahme bedarf allerdings der Rechtfertigung. Das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit – Deutschlands offene Staatlichkeit – erheischt die Fähigkeit des einfachen Gesetzge-

bers, die Bundesrepublik in das Netz der DBA einzuweben und die unilaterale Revisibilität der Zustimmungsgesetze im Zeichen des *pacta sunt servanda* einzuschränken.<sup>56</sup>

Anders gewendet: Die programmatische Verpflichtung der deutschen öffentlichen Gewalt auf die internationale Zusammenarbeit<sup>57</sup> modifiziert das demokratische Prinzip der Revisibilität des Rechts und überlagert die herkömmlichen, auf eine binnenstaatlich geschlossene Rechtsordnung zugeschnittenen Vorrang-Regeln. Die Vorrangansprüche aus Spezialität und Posteriorität treten zurück, sogar der *lex superior-Satz*<sup>58</sup>: Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle stehen „im Range eines Bundesgesetzes“<sup>59</sup>; gleichwohl sind sie und die Rechtsprechung des EGMR „Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“.<sup>60</sup> Völkervertragsrecht muss schon „gegen tragende Grundsätze der Verfassung verstoßen“, wenn der Gesetzgeber für sich das Recht in Anspruch nehmen will, eine abweichende Norm zu beschließen.<sup>61</sup>

Diese *Görgülü*-Grundsätze gelten entsprechend für das Verhältnis zwischen DBA und Gesetzgebung.<sup>62</sup> Aus dem (relativen) Vorrang des Völkervertragsrechts resultiert in erster Linie das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung.<sup>63</sup> Für das REIT-Gesetz kommt sie freilich nicht in Betracht. § 16 Abs. 2 Satz 3 REITG stellt ausdrücklich klar, dass „die Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen“ keine abweichende Rechtsfolge soll herbeiführen können.

#### bb) Ein Treaty Override liegt nicht vor, wenn eine Voraussetzung für die Privilegierung (die legale Beteiligung) fehlt

Das REIT-Gesetz will aber mit seinem § 16 Abs. 2 nicht derogieren, sondern sanktionieren. Es will nicht hinnehmen, dass die ausländische Muttergesellschaft 10 Prozent oder mehr am Kapital eines deutschen REIT hält, also die Beteiligungsgrenze überschreitet und gerade daraus ein Besteuerungsprivileg ableitet. Das Gesetz verweigert die Prämie

50 Vgl. BT-Drucks. 16/4026, S. 24; Monatsbericht des BMF – Mai 2007, 67.

51 *Breinersdorfer/Schütz*, DB 2007, 1487 (1488): „fiskalische Ausrichtung der Norm“; *Wiesbrock*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), § 11 Rdn. 30.

52 Zum Begriff: *Musil*, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 26.

53 *Helios*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), § 16 Rdn. 37; *Bron* (Fn. 5), S. 226 ff.

54 Richtungweisend *Vogel*, Wortbruch im Verfassungsrecht, JZ 1997, 161; *F. Becker*, NVwZ 2005, 289; *Rust/Reimer*, IStR 2005, 843 (849): Nur in „Ausnahmefällen können die staatliche Souveränität und das aus dem Demokratieprinzip abzuleitende Verbot einer irreversiblen Selbstbindung des Gesetzgebers die Vorgaben aus dem Rechtsstaatsprinzip überwiegen“; *T. Stein*, IStR 2006, 505 (508).

55 *Hufeld*, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, S. 241 ff., mit Hinweis auf den (aufgehobenen) Art. 142a, Art. 10 Abs. 2 Satz 2, Art. 143 und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG.

56 Im Ergebnis auch *T. Stein*, IStR 2006, 505 (508): „Art. 25 GG bestimmt mit Verfassungsrang, dass völkerrechtliche Verträge einzuhalten sind.“

57 BVerfG, 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (318) – *Görgülü*; *Vogel*, JZ 1997, 161 (162 ff. m. N.), rekapituliert die Rezeption seiner Schrift „Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit“ (1964) in Schrifttum und Verfassungsrechtsprechung.

58 *Wahl*, in: Breitenmoser u. a. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, FS Wildhaber, 2007, 865 (875 f.).

59 BVerfG, 14. 10. 2004 (Fn. 57), BVerfGE 111, 317.

60 BVerfG, 14. 10. 2004 (Fn. 57), BVerfGE 111, 317.

61 BVerfG, 14. 10. 2004 (Fn. 57), BVerfGE 111, 319.

62 *Vogel*, IStR 2005, 29 (30), in Auseinandersetzung mit *Görgülü* und den Folgerungen für *treaty-overriding*-Entscheidungen.

63 *Rust/Reimer*, IStR 2005, 843 (845 ff.).

auf den Rechtsverstoß. Das ist auch aus der Sicht des DBA-Rechts nicht zu beanstanden, mag auch die Anlegerstrukturkonzeption des REITG mit den DBA-relevanten Beteiligungsgrenzen korrespondieren. Diese Grenzen und die Dividendenartikel der DBA insgesamt sind zugeschnitten auf eine vorbelastete Dividende (arg. Art. 10 Abs. 2 Satz 3 OECD-MA).

Das Schachtelprivileg setzt eine legale Beteiligung der Muttergesellschaft voraus. Eine Prämie auf den Rechtsverstoß kann auch abkommensrechtlich nicht gewollt sein. Wenn das Schachtelprivileg von legaler Beteiligung abhängt, so wird es dem rechtswidrig beteiligten Anteilseigner nicht entzogen. Ihm wird lediglich vorgehalten, dass er eine Privilegierungsvoraussetzung nicht erfüllt. Das ist kein Treaty Override. So ist die Verweigerung des Schachtelprivilegs nicht für sich genommen problematisch, sondern steht und fällt mit der Vorfrage, ob die Höchstbeteiligungsklausel ihrerseits europarechtlich Bestand hat. Als nicht nur steuerrechtlich veranlasser, sondern auch gesellschaftsrechtlich fundierter „Baustein einer Gesellschaftsform“<sup>64</sup>, der eine sonderrechtlich profilierte Immobilienkapitalgesellschaft für breite Anlegerkreise offenhalten, die Handelbarkeit der Aktien gewährleisten und eine Streubesitzkonzeption ergänzen will, konfliktiert die Vorschrift nicht ohne Weiteres mit den Grundfreiheiten. Vor der Schutzbereichsprüfung erhebt sich eine Kompetenzfrage. Wenn der Gesetzgeber eine Gesellschaftsform sui generis kreieren darf, so darf er ihr Regelwerk auch schützen.

b) *Bedeutet das EuGH-Urteil zum VW-Gesetz das Ende der Debatte?*

Bron hat die These verfochten, spätestens mit dem EuGH-Urteil zum VW-Gesetz<sup>65</sup> sei die Unvereinbarkeit von Höchstbeteiligungsregelung und Grundfreiheiten einzustehen; der Gesetzgeber müsse sich mit dem verbleibenden Treaty Override trösten.<sup>66</sup> Akzeptierte man die Voraussetzung, dass schlechthin jede Beteiligungsbegrenzung zur Verletzung der Grundfreiheiten führt, wäre die Frage anzuschließen, wie sich der Treaty Override – abgesehen von seiner Verfassungswidrigkeit – vor der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (und Art. 293 EG) in Sicherheit bringen lässt. Sie stellt sich freilich nicht. Die Beteiligungsgrenze ist gemeinschaftsrechtlich unangreifbar.

aa) Das Urteil bekräftigt den grundfreiheitlichen Schutz von Unternehmensbeteiligungen vor Beschränkungen

Richtig ist, dass der EuGH mit der VW-Entscheidung seine Rechtsprechungslinie zum grundfreiheitlichen Schutz von Unternehmensbeteiligungen bekräftigt. Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt „Beteiligungen an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen“ nicht nur vor Diskriminierungen, sondern „ganz allgemein“ vor „Beschränkungen“, vor allen nationalen Maßnahmen, die „geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren anderer Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren“.<sup>67</sup>

bb) Das VW-Urteil lässt das Gebot der doppelten Neutralität i. S. einer Ausbalancierung von Grundfreiheiten und nationalen Eigentumsordnungen unberührt

Diese Formel beantwortet aber nicht die vorausliegende Frage nach der Kompetenz der Mitgliedstaaten, in der Ausge-

staltung gesellschaftsrechtlicher Typen über ihre *Eigentumsordnungen* zu bestimmen. Die Vermessung des grundfreiheitlichen Schutzbereichs setzt die Anwendbarkeit der Grundfreiheit voraus. Das Verhältnis zwischen Grundfreiheit und gesellschaftsrechtlicher Eigentumsordnung ist in einer Dogmatik des Gleichgewichts so zu balancieren, wie sie Generalanwalt *Maduro* für das Verhältnis Binnenmarkt vs. steuerstaatlicher Kohärenzeinwand postuliert:

„Die steuerliche Kohärenz soll also *die Integrität* der nationalen Steuersysteme schützen, vorausgesetzt, dass sie *die Integration* dieser Systeme im Rahmen des Binnenmarktes nicht behindert. Dieses delikate Gleichgewicht kann durch eine Regel der ‚doppelten Neutralität‘ verwirklicht werden. Zum einen müssen die nationalen Steuerbestimmungen im Verhältnis zur Ausübung der Verkehrsfreiheiten neutral sein. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Art. 43 EG die steuerliche Neutralität der Niederlassung der Unternehmen in der Gemeinschaft gebietet. Zum anderen muss jedoch die Auslegung der Verkehrsfreiheiten so neutral wie möglich für die Steuerregelungen der Mitgliedstaaten sein.“<sup>68</sup>

Das Gebot der doppelten Neutralität zielt ebenso wie Art. 295 EG auf Kompetenzabgrenzung. Der voreilige Rekurs auf das VW-Urteil und seine weitgefassete Schutzbereichsformel vernachlässigt die *Integrität* der nationalen *Eigentumsordnungen*. Art. 295 EG schützt die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich, allerdings nur deklaratorisch. Er verarbeitet nicht das Gebot der *doppelten* Neutralität. Er läuft leer: Zu weit ausgelegt<sup>69</sup>, verletzte er offenkundig das allgemeine Marktintegrationsrecht. In seiner engen Auslegung hingegen leistet er nicht mehr als die ohnehin gebotene restriktive – kompetenzschonende – Handhabung der Grundfreiheiten im Zeichen der Subsidiarität.<sup>70</sup> Art. 295 EG erfüllt aber eine Warnfunktion<sup>71</sup>; er markiert deutlicher die mitgliedstaatliche Gegenposition, auch wenn letztlich der Schutz der Eigentumsordnung nicht über das hinausgeht, was die Urformel des Europäischen Steuerrechts für ihren Bereich verheißt:

„Nach ständiger Rechtsprechung fallen die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, doch müssen diese ihre Befugnisse unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben“.<sup>72</sup>

cc) Die Beteiligungsgrenze ist keine Schranken-, sondern eine Inhaltsbestimmung

Dass die Regel der doppelten Neutralität im Gesellschaftsrecht wie im Steuerrecht Schwierigkeiten bereitet und in immer neuen Konstellationen neu austariert werden muss, liegt auf

64 *Reimer*, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 205: abzielend auf die Minimierung betriebswirtschaftlicher Risiken und auf Fungibilität der Anteile.

65 EuGH, 23. 10. 2007 – Rs. C-122/05, Kommission/Deutschland, EWS 2007, 506.

66 *Bron*, BB 2007, 2444 (2445).

67 EuGH, 23. 10. 2007 – Rs. C-122/05, Rdn. 17–19.

68 Schlussanträge vom 7. 4. 2005 – Rs. C-446/03, Marks & Spencer, Rn. 66 f. (Hervorhebungen dort).

69 Zu den Auslegungsvarianten *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 295 EGV Rdn. 9 ff.; *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl., Bd. 4, Art. 295 Rdn. 7 ff.

70 Vgl. *Ch. Seiler*, in: Depenheuer u. a. (Hrsg.), Staat im Wort, FS Isensee, 2007, S. 875 (888).

71 Vgl. auch *Breinersdorfer/Schütz*, DB 2007, 1487 (1490): Art. 295 als „Ansatzpunkt“ für „Restriktionen, die den Schutzbereich des Art. 56 Abs. 1 EGV unberührt lassen“; *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 56 Rdn. 59: „Art. 295 nicht außer Betracht lassen“.

72 St. Rspr.; jüngst EuGH, 17. 1. 2008 – Rs. 152/05, Kommission/Deutschland, EWS 2008, 140 – Eigenheimzulage.

der Hand. Wenn aber diese Regel gilt – und mit ihr anerkannt wird, dass die Grundfreiheiten das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung nicht überspielen können –, sollte außer Zweifel stehen, dass das REITG einen eigenständigen Gesellschaftstypus einführt, damit generell-abstrakt ein Stück mitgliedstaatliche Eigentumsordnung realisiert. Eigentumsrechtlich ist der REIT Freiheitsangebot, nicht Eingriff. Die Höchstbeteiligungsklausel des § 11 Abs. 4 REITG diskriminiert nicht; sie trifft unterschiedslos In- und Ausländer. In dieser Ausgestaltung ist sie „Inhalts-, nicht Schrankenbestimmung“<sup>73</sup> und wahrt ihrerseits das Binnenmarktprinzip i. S. der doppelten Neutralität.<sup>74</sup>

## IV. Besteuerung des ausländischen REIT

### 1. Die Systemfrage

#### a) Ausschüttungen an inlandsansässige Anteilseigner eines ausländischen REIT sind steuerpflichtig

Wie steht es um die Besteuerung des ausländischen REIT im Inland? Diese Frage stellt sich, wenn der REIT mit Sitz in England, Frankreich oder den Niederlanden inländische Einkünfte erzielt, etwa in Hamburg oder München vermietet und verpachtet. Damit steht er in der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht (§ 2 Nr. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG) – wenn nicht wiederum das Sonderrecht des REITG etwas anderes bestimmt. Auch und gerade im Blick auf diese Konstellation hat der Gesetzgeber das Risiko einkalkuliert, dass die gleichheitsgerechte Gesamtbelastung des ausländischen REIT und seiner Aktionäre Schwierigkeiten bereitet: Gebietsfremde Anteilseigner des ausländischen REIT sind in Deutschland nicht steuerpflichtig. Dass zum Gewinn, an dem sie teilhaben, in Deutschland erzielte Einkünfte beitragen, ändert daran nichts. Auf der Ebene der Aktionäre kommt der deutsche Fiskus nur zum Zuge, insoweit Ansässige – im Inland unbeschränkt Steuerpflichtige – Anteile an einem ausländischen REIT halten (§ 19 Abs. 1 REITG: „Ausschüttungen ... anderer REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen ... gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen“; § 19 Abs. 5 zum Begriff der „anderen“ REIT-Körperschaft). Lässt sich der Gesetzgeber darauf ein, den ausländischen REIT mit seinen Inlandseinkünften wie den G-REIT freizustellen, so läuft er Gefahr, dass Grundstückserträge „steuerfrei in ausländische REIT abgezogen werden“.<sup>75</sup>

#### b) Der ausländische REIT ist mit seinen Inlandseinkünften beschränkt steuerpflichtig

Die Antwort des Gesetzgebers kommt in § 16 Abs. 1 REITG unscheinbar daher – sie ist aber ebenso einfach wie brachial: Freigestellt wird nur der unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige, also der ansässige REIT, nicht jedoch der gebietsfremde.

Das bedeutet für Vermietungserträge aus zwei benachbarten Geschäftsimmobiliën in der Frankfurter City, wenn die eine im Eigentum eines französischen REIT, die andere im Eigentum eines deutschen REIT steht: Der G-REIT wird befreit, der F-REIT dagegen bleibt in der beschränkten Steuerpflicht. Dessen REIT-Sonderstatus wird ausgeblendet.

Demgegenüber setzt das Gesetz in der umgekehrten Konstellation zu Lasten des ansässigen Anteilseigners eines ausländischen REIT voraus, dass eine Dividende ohne Vorbelastung fließt. Denn dieser Aktionär versteuert voll (§ 19 Abs. 1, 3, 5 REITG), nicht anders als der Anteilseigner des deutschen REIT.

#### c) Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung geht Berücksichtigungspflicht im Wohnsitzstaat des Anteilseigners vor

Geht man davon aus, dass der F-REIT die in Frankreich erzielten Erträge nicht versteuert, dafür seine Anteilseigner der kompensatorischen Vollbelastung unterliegen, so gerät das System in eine Schiefelage, wenn zum Gewinn des F-REIT Auslandseinkünfte aus Deutschland rechnen, die dort vorbelastet werden. Zwar trägt Deutschland als Quellenstaat keine Verantwortung für die in Frankreich oder dritten Staaten ansässigen Anteilseigner<sup>76</sup>; die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) verpflichtet den Wohnsitzstaat des Aktionärs, für den Fall der Vorbelastung einen Korrekturmechanismus zugunsten des „Endaktionärs“<sup>77</sup> vorzusehen.

Doch das berührt nicht die Frage, ob Deutschland dem ausländischen REIT Inländergleichbehandlung schuldet. Wenn Deutschland gemeinschaftsrechtlich gehalten ist, den F-REIT gleich- und damit freizustellen, erübrigt sich die Verpflichtung Frankreichs, auf Anteilseignerebene nachzusteuern. Das gilt auch in der spiegelbildlichen Konstellation: Wenn Frankreich gemeinschaftsrechtlich gehindert ist, den dort tätigen G-REIT zu belasten, entfällt eine Vorbelastung, die Deutschland in seiner Verpflichtung auf die Kapitalverkehrsfreiheit etwa durch beschränkte Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG, § 8 b KStG<sup>78</sup> berücksichtigen muss.

Deshalb ist vorrangig die Gleichstellungsverpflichtung auf der Unternehmensebene zu klären, abkommens- und europarechtlich.

### 2. Diskriminierungsverbot des DBA

#### a) Die Betriebsstätte eines ausländischen REIT darf nicht schlechter als ein gebietsansässiger REIT behandelt werden, ...

Für die inländischen Vermietungseinkünfte des ausländischen REIT ist Deutschland der Quellenstaat, der Belegenheitsstaat der Grundstücke. Ihm wird die Besteuerungsbefugnis doppelbesteuerungsrechtlich nicht bestritten (Art. 6 OECD-MA). Jedoch wächst dem ausländischen REIT Abkommenschutz zu, wenn er in Deutschland eine Betriebsstätte unterhält und ein DBA zur Anwendung kommt, das dem Muster des Art. 24 Abs. 3 OECD-MA folgt: Für diesen Fall kommt ihm das *Betriebsstätten-Diskriminierungsverbot* zugute – die Garantie, dass seine Betriebsstätte nicht schlechter behandelt wird als der gebietsansässige REIT. Wenn dieser in den Genuss der Freistellung kommt, so hat das auch für die Betriebsstätte des gebietsfremden REIT zu gelten.<sup>79</sup>

73 Reimer, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 207.

74 Sehr vorsichtig, aber im Ergebnis übereinstimmend Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, 1487 (1490 f.), die „die Höchstbeteiligungsklausel als notwendigen Annex zur Steuerbefreiung des G-REIT in den Bereich der typenbildenden Merkmale“ einbeziehen und damit den essentialia des gesellschaftsrechtlichen Typus zuschlagen, über die der Mitgliedstaat verfüge, ohne den Schutzbereich des Art. 56 Abs. 1 EG zu berühren.

75 Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, 1487 (1492).

76 EuGH, 12. 12. 2006 – Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Slg. 2006, I-11673, Rdn. 57–60.

77 EuGH Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 76), Rdn. 60.

78 Reimer, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 119.

79 Reimer, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 104; Rdn. 63, 70 für den umgekehrten Fall der Besteuerung des G-REIT im Ausland.

b) ... wenn DBA (ggf. mit Drittstaaten) dies vorsehen

Die völkervertragliche Abrede gilt naturgemäß nicht nur im Verhältnis zu EU-Staaten, sondern zu allen Staaten, mit denen sie vereinbart ist. Doch bleiben die abkommensrechtlichen Diskriminierungsverbote hinter den europarechtlichen deutlich zurück.<sup>80</sup> Die Abkommen setzen das Präsenz-niveau der Betriebsstätte voraus – lassen aber unterhalb dieser Schwelle die Ansässigkeit als Unterscheidungskriterium gelten.<sup>81</sup>

### 3. Europarechtliche Vergleichspaarbildung

#### a) Abstrakte Vergleichbarkeit

Dieser Gesichtspunkt führt zu einer Zentralfrage des Europäischen Steuerrechts. Wann bilden der Gebietsfremde und der Ansässige ein Vergleichs-paar im Sinne der europäischen Steuerrechtsdogmatik? Die Gleichstellung des EU-ausländischen REIT mit dem G-REIT steht und fällt mit seiner *Vergleichbarkeit*, Ähnlichkeit. Die Rechtsprechung des EuGH lässt die *Unterschiedlichkeit der Ansässigkeit* traditionell, seit „Schumacker“<sup>82</sup>, ins Gewicht fallen bei der Besteuerung natürlicher Personen. In diesen Fällen sieht er eine tatbestandsrelevante Ungleichbehandlung, zumindest soweit Kosten der privaten Lebensführung in Rede stehen<sup>83</sup>, nur ausnahmsweise<sup>84</sup> und nimmt in erster Linie den Wohnsitzstaat in die Pflicht.

aa) Nach der neueren EuGH-Rechtsprechung begründet der Mitgliedstaat selbst die Vergleichbarkeit der Situationen, wenn er den gebietsfremden Investor wie den ansässigen seiner Steuerhoheit unterwirft

Für die Besteuerung juristischer Personen hat der EuGH zunächst keine ähnlich klare Dogmatik entwickelt<sup>85</sup>, jedoch klargelegt, dass dem Aufnahmemitgliedstaat in der Unterschiedlichkeit der Ansässigkeit kein Ermächtigungstitel für ungleiche Steuerbelastung zur Verfügung steht. Andernfalls könnte der Mitgliedstaat der Niederlassung die Inländerbehandlung verweigern. Könnte er „nach seinem Belieben eine Ungleichbehandlung allein deshalb vornehmen, weil sich der Sitz einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befindet, so würde Artikel 43 EG seines Sinnes entleert“.<sup>86</sup>

In jüngerer Zeit haben sich die Generalanwälte nicht nur einer „schlicht sitzbezogenen Unterscheidung“<sup>87</sup> entgegen-gestellt, sondern systematisch die Gleichbehandlungspflichten des Sitzstaates einerseits, des Quellenstaates andererseits herausgearbeitet.<sup>88</sup> Mit den jüngsten Entscheidungen des EuGH zur Dividendenbesteuerung<sup>89</sup> zeichnet sich für den hier interessierenden Pflichtenkanon des Quellenstaates eine Konsolidierung ab: Der Mitgliedstaat selbst begründet die „Vergleichbarkeit der Situationen“, wenn er den gebietsfremden Investor (Anteilseigner) wie den ansässigen seiner Steuerhoheit unterwirft<sup>90</sup>. Die Verschiedenheit der Ansässigkeit spielt dann keine Rolle mehr. Dann geht es nicht mehr um das Nebeneinander verschiedener Steuersysteme und die Konkurrenz verschiedener Gesetzgeber, die hinzunehmen ist<sup>91</sup>, sondern um die Inländerbehandlung des ausländischen Investors im Zielstaat der Investition, um Gleichbehandlung innerhalb derselben Jurisdiktion. Dann kann sich der Quellenstaat nicht darauf zurückziehen, dass der Sitzstaat unilateral einen Steuernachteil im Quellenstaat ausgleicht oder ausgleichen kann; allenfalls kann ein DBA die Diskriminierung neutralisieren.<sup>92</sup>

bb) Der ausländische REIT bildet ein Vergleichs-paar entweder mit den normal steuerpflichtigen Körperschaften oder mit dem G-REIT

Damit sind dogmatische Grundlagen gewonnen für die Entscheidung, wann die Verschiedenheit der Ansässigkeit außer Betracht bleibt (abstrakte Vergleichbarkeit). Der Gedanke an eine auswärtige Rückversicherung derart, dass die deutsche Vorbelastung des ausländischen REIT in dessen Sitzstaat auf Anteilseignerebene ausgeglichen werden könne, hat von vornherein auszuschneiden.<sup>93</sup> Indem Deutschland als Quellenstaat den ausländischen REIT seiner Steuerhoheit unterwirft (§ 2 Nr. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG), stellt sich im mitgliedstaatlichen Binnensystem die konkrete Zuordnungsfrage: Der ausländische REIT bildet entweder ein Vergleichs-paar mit den normal steuerpflichtigen (§ 1 KStG) Körperschaften ohne REIT-Status – oder aber ein Vergleichs-paar mit dem G-REIT. Trifft Letzteres zu, gerät die Diskriminierung des ausländischen REIT, dem die Befreiung aus § 16 Abs. 1 REITG vorenthalten wird, von Gemeinschaftsrechts wegen unter Rechtfertigungsdruck. Die abstrakte Vergleichbarkeit ohne Ansehung der Ansässigkeit führt zur Prüfung der „Gleichartigkeit sämtlicher übrigen Faktoren“<sup>94</sup> (konkrete Vergleichbarkeit).

#### b) Konkrete Vergleichbarkeit – Referenzfall Stauffer

aa) Wenn nach deutschem Steuerrecht zwischen ausländischem und deutschem REIT eine tatbestandsrelevante Ähnlichkeit besteht, ...

Der Fall „Stauffer“ verdeutlicht, wie der EuGH die für den Grundfreiheitsstatbestand relevante Ähnlichkeit bestimmt.

80 Gosch, DStR 2007, 1553 (1560); Bruns, IStR 2007, 579 (580).

81 Rust, in: Vogel/Lehner (Hrsg.), DBA, 4. Aufl. 2003, Art. 24 Rdn. 18.

82 EuGH, 14. 2. 1995 – Rs. C-279/93, Rdn. 31; EuGH, 18. 7. 2007 – Rs. C-182/06, Lakebrink, 2007, I-6705, Rdn. 28–31.

83 Vgl. auch EuGH Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 76), Rdn. 60, „wenn es um einen Mechanismus zur Vermeidung oder Abschwächung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung durch Gewährung eines Steuervorteils an den Endaktionär geht“; ferner EuGH, 12. 6. 2003 – Rs. C-234/01 – Gerritse, Rdn. 53.

84 Wernsmann, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 30 Rdnr. 99, 100 ff.

85 M. Lang, Die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, 2007, S. 28 ff.

86 EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-446/03, Marks & Spencer, Slg. 2005, I-10837, RIW 2006, 75 m. Komm. Scheuermann, EWS 2006, 30, Rdn. 37; EuGH Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 76), Rdn. 43.

87 Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl v. 15. 12. 2005 – Rs. C-386/04, Stauffer, Rdn. 96.

88 Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed v. 23. 2. 2006 – Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Rdn. 57 ff.

89 EuGH Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 76); EuGH, 8. 11. 2007 – Rs. C-379/05, Amurta, EWS 2007, 549; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi v. 31. 1. 2008 – Rs. C-284/06, Burda, Rdn. 98 ff.

90 EuGH Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 76), Rdn. 70; EuGH Rs. C-379/05, Amurta (Fn. 89), Rdn. 38.

91 Zu den „unausweichlichen“, aus dem „Nebeneinander von Systemen“ resultierenden „Quasi-Beschränkungen“ die Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed Rs. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (Fn. 88), Rdn. 36 ff., 41 ff.

92 EuGH Rs. C-379/05, Amurta (Fn. 89), Rdn. 75 ff., 79 ff.

93 Die abweichende Auffassung von Breinersdorfer/Schütz, DB 2007, 1487 (1491), ist unvereinbar mit EuGH Rs. C-379/05, Amurta (Fn. 89), Rdn. 78: Ein Mitgliedstaat kann sich „nicht auf das Bestehen eines von einem anderen Mitgliedstaat einseitig gewährten Vorteils berufen, um seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag zu entgehen“. Im Übrigen erwartet Deutschland seinerseits, dass der ausländische REIT Dividenden ohne Vorbelastung ausschüttet, so dass auf die Dividende voll zugegriffen werden kann (§ 19 Abs. 1, 3, 5 REITG).

94 Wendung: EuGH, 29. 4. 1999 – Rs. C-311/97, Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651, EWS 1999, 260, Rdnr. 29.

„Stauffer“<sup>95</sup> handelt von der Vergleichbarkeit in- und ausländischer Stiftungen und ihrer Gleichbehandlung im Gemeinnützigkeitsrecht. Im Zentrum des EuGH-Urteils steht der Rekurs auf Vorentscheidungen des deutschen Steuerrechts: Wenn eine in Italien als gemeinnützig anerkannte Stiftung die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit auch in Deutschland erfüllt, kann der Zielstaat der grundfreiheitsberechtigten Stiftung „das Recht auf Gleichbehandlung nicht allein aus dem Grund verwehren, dass sie nicht im Inland niedergelassen ist“.<sup>96</sup> Das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht wiederum besteht nicht darauf, dass die Wohltätigkeit der Körperschaft notwendig der deutschen Allgemeinheit zugute kommt.<sup>97</sup> Eine solche territoriale Beschränkung dürfte ihrerseits europarechtswidrig sein.<sup>98</sup> Deshalb kann der EuGH in der Prüfung der „objektiv vergleichbaren Situation“ auf das mitgliedstaatliche Recht abstellen und in einer Gegenprobe darauf verweisen, „dass die im Ausgangsverfahren betroffene Stiftung in den Genuss der Befreiung kommen könnte, wenn sie ihren Sitz unter Beibehaltung derselben Zielsetzungen nach Deutschland verlagern würde“.<sup>99</sup>

Nach diesen Vorgaben ist die tatbestandsrelevante Ähnlichkeit zwischen dem ausländischen und dem deutschen REIT schwerlich zu bestreiten. Der deutsche Gesetzgeber wollte gerade keinen unvergleichlichen REIT. Im Gegenteil – er will den Prototyp nachbilden. Mehr noch: Das Gesetz liefert ein lückenloses Prüfprogramm der Vergleichbarkeit, beschreibt die „anderen“ REITs als „Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die nicht im Inland ansässig sind, deren Bruttovermögen zu mehr als zwei Dritteln aus unbeweglichem Vermögen besteht, deren Bruttoerträge zu mehr als zwei Dritteln aus der Vermietung und Verpachtung und der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen stammen, die in ihrem Sitzstaat keiner Investitionsaufsicht unterliegen, deren Anteile im Rahmen eines geregelten Marktes gehandelt werden und deren Ausschüttungen an ihre Anleger nicht mit einer der deutschen Körperschaftsteuer vergleichbaren ausländischen Steuer in ihrem Sitzstaat vorbelastet sind“ (§ 19 Abs. 5 REITG).

bb) ... muss folglich gleich behandelt werden

Dem Programm der Vergleichbarkeit entspricht das Gesetz zunächst konsequent, indem es die ansässigen Aktionäre des „anderen“ – vergleichbaren – REIT voll besteuert (§ 19 Abs. 1, 3, 5 REITG). Offensichtlicher kann ein Mitgliedstaat die dogmatisch ausschlaggebende Vergleichbarkeit der europäischen REIT-Gesellschaften nicht zum Ausdruck bringen, deutlicher kann er die Vergleichspaarbildung nicht erzwingen. In der Anteilseignerbesteuerung wird der ausländische REIT als solcher identifiziert. Dann aber kann ihm dieser Status in der Unternehmensbesteuerung nicht versagt werden.

#### 4. Europarechtswidrige Besteuerung EU-ausländischer REIT-Gesellschaften wegen Verstoßes gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.<sup>100</sup> Der Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des ausländischen REIT führt zwar nicht zur Nichtigkeit des § 16 Abs. 1 REITG. Das Recht auf Inländerbehandlung und der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gewährleisten aber die Erstreckung der Steuerbefreiung auf die vergleichbaren REIT-Gesellschaften der EU-Staaten.

#### V. Die Wirklichkeit der großen Märkte

Das Resümee fällt nach alledem zwiespältig aus. Das Sondersteuerrecht des REITG schlägt um in Privilegierung, wenn die Freistellung der Gesellschaft auf der Ebene der Anteilseigner nicht kompensiert wird. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen. Die Dividende des gebietsfremden Aktionärs entzieht sich der ausgleichenden Belastung. Sie steht unter dem Schutz der abkommensrechtlichen Entlastung: Die Doppelbesteuerungsabkommen reduzieren das Aufkommen aus der beschränkten Steuerpflicht der ausländischen Anteilseigner erheblich. Doch das Interesse an einer Dividende ohne Vorbelastung wird auch auf Seiten inländischer Kapitalanleger wachsen, sobald diese von der Abgeltungssteuer profitieren.

Mehrwertsteuererhöhung – REIT – Unternehmensteuerreform – Abgeltungssteuer: ungleichzeitige, unsystematische Einzelreformen, die aber doch eine allgemeine Tendenz offenbaren. Sie reagieren auf die politisch gewollte und normativ fundierte Wirklichkeit der großen Märkte, brechen mit der synthetischen Einkommensteuer, verstärken die Ungleichbehandlung der Einkünfte aus Arbeit und der Einkünfte aus Kapital<sup>101</sup> und suchen Kompensation in der indirekten Besteuerung. Auch das REIT-Gesetz ist Produkt einer Steuerpolitik im Dilemma. Zu den wichtigen Standortfaktoren gehört das nationale Steuerrecht in seiner dynamischen Internationalisierung. Auf treue, lebenslang ansässige Steuerinländer kann es sich immer weniger verlassen. Es muss damit rechnen, dass vermeintlich heimische Kapitaleigentümer sich von der Ansässigkeit in Deutschland und damit aus der unbeschränkten Steuerpflicht lösen.<sup>102</sup> Ausländische Investoren werden allenfalls mit Inlandseinkünften steuerpflichtig, wollen freilich von der hiesigen Investition überzeugt sein.

Die Wirklichkeit der großen Märkte fordert die gleichheitsrechtliche Dogmatik heraus. Sie muss verarbeiten, dass der Steuergesetzgeber ein offenes, international anschlussfähiges System sucht. Grenzüberschreitende Sachverhalte werden alltäglich, die globale Beweglichkeit des Kapitals ist heute Normalität. Wenn der Gesetzgeber „im Wettbewerb mit den Konkurrenzstandorten im Binnenmarkt“<sup>103</sup> mit dem REIT ein andernorts etabliertes Anlagevehikel anbietet, dann nimmt er Wirklichkeit auf und ist in seiner Reaktion wiederum auf europäische Gleichheit und auf europäische Freiheit verpflichtet. Die Mobilitäts- und Investitionsentscheidungen der Unternehmen und Anteilseigner finden

95 EuGH, 14. 9. 2006 – Rs. C-386/04, Stauffer, Slg. 2006, I-8203, RIW 2006, 874, EWS 2006, 467. Folgeentscheidung BFH, 20. 12. 2006 – I R 94/02, BB 2007, 701, DStR 2007, 438, IStR 2007, 217. Aus der Fülle der Literatur: Tiedtke/Möllmann, DStZ 2008, 69; von Hippel, in: Spenden- und Gemeinnützigkeit in Europa, 2007, 677; Hüttemann/Helios, DB 2006, 2481; Hufeld, in: Grupp/Hufeld (Hrsg.), Recht – Kultur – Finanzen, FS Mußgnug, 2005, 255; Thömmes/Nakhai, IStR 2006, 164.

96 EuGH Rs. C-386/04, Stauffer (Fn. 95), Rdn. 40.

97 BFH, 20. 12. 2006 (Fn. 95), DStR 2007, 439, IStR 2007, 218 f.

98 Hufeld (Fn. 95), S. 258 ff.; Seer/Thulfaut/Müller, EWS 2007, 289 (297).

99 EuGH Rs. C-386/04, Stauffer (Fn. 95), Rdn. 57.

100 Reimer, in: Helios/Wewel/Wiesbrock (Fn. 1), Europarechtliche Analyse Rdn. 107 f. zum Kohärenzeinwand.

101 Dazu einerseits W. Schön, in: Mellinghoff/Morgenthaler/Puhl (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 143 (175 ff.), andererseits Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 41) § 118 Rdn. 223, Kirchhof, StuW 2006, 3 (10).

102 Di Fabio, JZ 2007, 749 (753), zum „Problem der Reichweite praktischer Besteuerungsgewalt“: „Die Möglichkeit des tatbestandlichen Ausweichens aus der Steuerpflicht wird zu einer Grundtatsache der Besteuerungsgewalt offener Staaten.“

103 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 21. 3. 2007 zum REIT-Gesetzentwurf, BT-Drucks. 16/4779, 36.

Rückhalt im europäischen Verfassungsrecht. Im europäischen Verfassungsraum begegnen sich die Europäische Privatrechtsgesellschaft<sup>104</sup> und europäische Steuerstaaten.<sup>105</sup>

Auch das BVerfG beachtet die Internationalisierung der Märkte: in seiner Handhabung des Gleichheitssatzes trägt es „der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der begünstigten Unternehmen“<sup>106</sup> Rechnung, folgt dem Bemühen, „die Position des Wirtschaftsstandorts Deutschland im internationalen Wettbewerb zu verbessern“ und „ein national und international leicht erkennbares Signal zu setzen“<sup>107</sup>, hält gar für möglich, dass eine Steuerbelastung unverhältnismäßig wird, weil sie „im internationalen Vergleich als bedrohliche Sonderentwicklung gekennzeichnet werden kann“<sup>108</sup>.

Die Steuerpolitik steht unter Druck, sieht sich angetrieben von der Sorge, in der internationalen Entwicklung den Anschluss zu verlieren. Deshalb hat das REIT-Gesetz einen Typus rezipiert. In mancher Unvollkommenheit ist es eher

Maßnahmegesetz als Baustein einer neuen Steuerrechtsordnung. Die REIT-Rezeption in Deutschland legt die These nahe, dass der Gesetzgeber ein allgemeines und systematisches Steuerrecht nicht mehr aus eigener Kraft hervorbringen kann, nicht mehr gegen, sondern nur noch in der und mit der supranationalen und internationalen Staatengemeinschaft.

104 Müller-Graff, in: ders./Herbert Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft, 2000, S. 271 (280 ff.).

105 Hufeld, in: Depenheuer u. a. (Hrsg.), Staat im Wort, FS Isensee, 2007, S. 857 (865 ff.), zum asymmetrischen Dualismus im Verhältnis von Steuerstaat und Wirtschaftsgesellschaft.

106 BVerfG, 20. 4. 2004 – 1 BvR 1748/99, BVerfGE 110, 274 (299) – Ökosteuer.

107 BVerfG, 21. 6. 2006 (Fn. 31), BVerfGE 116, 192 f. – Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften.

108 BVerfG, 18. 1. 2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (116) – Halbtteilungsgrundsatz II.

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz\*

## Anwendung des EGKSV-Kartellrechts nach dem Auslaufen des Vertrags?

Seit dem Auslaufen des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl am 23. 7. 2002 stellt sich die Frage, wie mit kartellrechtlichen Altfällen umzugehen ist. Eine Übergangsregelung fehlt. Die Kommission ist gleichwohl der Ansicht, Sachverhalte aus der Zeit der Geltung des EGKSV auch noch nachträglich mit Bußgeldverfügungen sanktionieren zu können. Eine solche Entscheidung der Kommission wurde vom EuG vor kurzem für nichtig erklärt. Das Urteil zeigt, dass die Behandlung von EGKS-Altfällen zu grundsätzlichen Fragen des Europarechts führt. Ihnen geht der vorliegende Beitrag nach.

### I. Einleitung

Am 23. 7. 2002 ist der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, der EGKSV<sup>1</sup>, nach dessen Art. 97 außer Kraft getreten. Er enthielt mit Art. 65 §§ 1 bis 5 EGKSV ein Kartellverbot, mit Art. 66 §§ 1 bis 6 EGKSV Regelungen zur Zusammenschlusskontrolle und mit Art. 66 § 7 EGKSV ein Verbot für marktbeherrschende Unternehmen, ihre „Stellung zu mit dem Vertrag im Widerspruch stehenden Zwecken zu verwenden“. Auch wenn damit eine grundsätzlich gleiche Regelungsstruktur zu Art. 81 ff. EG in Verbindung mit der FKVO vorlag, bestanden im Einzelnen nicht unerhebliche Unterschiede in der rechtlichen Ausformung. Nach Art. 305 Abs. 1 EG ging der EGKSV dem EG-Vertrag als speziellere Regelung vor. Seit dem Außerkrafttreten des EGKSV gilt der EG-Vertrag auch in dem Wirtschaftsbereich Kohle und Stahl.

Die EG-Kommission hat ihre Sicht dazu, welche Folgen das Außerkrafttreten des EGKSV für zuvor aufgetretene – zum Teil abgeschlossene, zum Teil fortdauernde – Fälle, so ge-

nannte Altfälle, haben soll, in einer „Mitteilung über bestimmte Aspekte zur Behandlung von Wettbewerbsfällen nach Auslaufen des EGKS-Vertrags“<sup>2</sup> dargelegt. Darin kommt sie tendenziell zu dem Ergebnis, dass Altfälle nach dem materiellen Recht des EGKSV und nach dem Verfahrensrecht, das für die Durchsetzung des EG gilt, zu behandeln sind. Nachdem die Kommission dieses Verfahren seither mehrfach praktiziert hat, kommen nun die ersten Streitfälle dazu vor die europäischen Gerichte.<sup>3</sup>

Im Folgenden ist vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob die EG-Kommission auch nach dem Auslaufen des EGKSV in Bezug auf Altfälle für den Zeitraum bis zum 23. 7. 2002 nach diesem Recht noch Verfügungen erlassen kann. Dazu ist zunächst zu fragen, ob eine Kombination von materiellem EGKSV-Kartellrecht und EG-Verfahrensrecht, d. h. der VO 1/2003, zu einem solchen Vorgehen ermächtigt (unten II.). Sodann ist darauf einzugehen, ob auch eine Kombination von EG-Kartellrecht und EG-Kartellverfahrensrecht für die Erfassung von Altfällen eine ausreichende Rechtsgrundlage bilden könnte (unten III.). Schließlich ist noch ein kurzer Blick auf eine Gesamtkombination von mate-

\* Inhaber des Lehrstuhls für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Näheres S. VIII); der Verf. hat vor Erlass der in Fn. 3 angeführten und vorliegend erörterten EuG-Urteile zum Untersuchungsthema ein Rechtsgutachten zu den zugrunde liegenden Fragen erstattet.

1 Die seit 1. 5. 1999 gebräuchliche Zitierweise „KS“ wird hier zugunsten der Zitierweise EGKSV nicht übernommen.

2 Kommission, ABl. EG Nr. C 152 v. 26. 6. 2002, S. 5 ff.

3 EuG, 25. 10. 2007 – verb. Rs. T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 und T-98/03, SP u. a./Kommission = (2008) 4 C.M.L.R. 5 – Bewehrungsstahl; EuG, 25. 10. 2007 – Rs. T-45/03, Riva Acciaio/Kommission; EuG, 25. 10. 2007 – Rs. T-77/03, Feralpi Siderurgica/Kommission; EuG, 25. 10. 2007 – Rs. T-94/03, Ferriere Nord/Kommission; vgl. hierzu auch Thomas, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., erscheint 2008, § 36 Rdnrn. 9 ff.