



WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER

Körperschaft des
öffentlichen Rechts

www.wpk.de/stellungnahmen/

1. März 2007

Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG-E)

Die Wirtschaftsprüferkammer hat mit Schreiben vom 27. Februar 2007 gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG-E) wie nachfolgend wiedergegeben Stellung genommen. Darin schließt sich die Wirtschaftsprüferkammer der Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) vom 12. Januar 2007 gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen (wortgleich gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages) an, die hier ebenfalls zur Verfügung steht:

Der Gesetzentwurf ist dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages federführend überwiesen. Wir möchten uns im Hinblick auf die im REITG-E vorgesehene Prüfungsaufgabe für Abschlussprüfer nach § 1 Abs. 4 REITG-E der Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. anschließen und bitten Sie, dieses Schreiben den Ausschussmitgliedern zur Verfügung zu stellen.

Die Wirtschaftsprüferkammer ist die Berufsorganisation aller Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer in Deutschland. Eine zentrale Aufgabe der Wirtschaftsprüferkammer ist es, die Erfüllung der beruflichen Pflichten ihrer Mitglieder zu überwachen (§ 57 Abs. 1, 2 Nr. 4 WPO). Diese Aufgabe erfüllt sie im Wege der mittelbaren Staatsverwaltung gem. § 4 Abs. 1 WPO. Entscheidend für eine wirksame Aufsicht über den Berufsstand ist, dass seine Pflichtenlage eindeutig und klar in den jeweiligen Gesetzen geregelt ist.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. hat gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages in seiner Stellungnahme den Zusammenhang aufgezeigt, dass es aufgrund von unklaren Regelungen der Anforderungen an die REIT-Aktiengesellschaft in §§ 11 bis 15 REITG-E zu einer nicht klar geregelten Pflichtenlage des Abschlussprüfers kommt. Dies hal-

ten wir ebenso wie das IDW für bedenklich und möchten uns deshalb der Stellungnahme des IDW anschließen.

Wir bitten Sie, den dortigen Anregungen zur Regelung eines klaren Prüfungsauftrages des Berufsstandes nachzukommen und hoffen, dass diese Eingang in das Gesetzgebungsverfahren finden werden.

An das
Bundesministerium der Finanzen
Abteilung VII
Herrn Ministerialdirektor
Jörg Asmussen
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

Düsseldorf, 12. Januar 2007

514/408

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0)211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0)211 / 454 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
BLZ 300 700 10
Kto.-Nr. 7480 213

Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen (REITG-E)

Sehr geehrter Herr Asmussen,

wie bereits angekündigt, möchten wir gerne zu einigen Punkten des o.g. Gesetzentwurfes vom 02.11.2006, die auch die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers betreffen, Stellung nehmen. Dies geschieht insbesondere vor dem Hintergrund, dass wir erhebliche Schwierigkeiten sehen, die nach der derzeitigen Fassung des Gesetzes vorgesehenen Vermerke zu erteilen. Der Grund dafür liegt zum einen darin, dass die zu prüfenden Sachverhalte nach dem Wortlaut der vorgesehenen Vorschriften so weit gefasst sind, dass die Prüfungen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich sind; zum anderen werden die Prüfungen dadurch erschwert, dass einige der Vorschriften, deren Einhaltung bestätigt werden soll, unklare Regelungen enthalten. Solche Unklarheiten bewusst in Kauf zu nehmen, würde für die Beteiligten unzumutbare Risiken begründen.

Wir möchten uns vorbehalten, zu einem späteren Zeitpunkt nochmals zu diesem oder einem neuen Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. Dies gilt insbesondere für die steuerlichen Regelungen, zu denen wir uns noch nicht geäußert haben.

Unsere Stellungnahme haben wir wegen der zahlreichen Bezugspunkte des Gesetzentwurfs zum allgemeinen Handels- und Gesellschaftsrecht, die u.E. eine systematische Lösung erfordern, auch dem Bundesministerium der Justiz zugeleitet.

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dipl.-Kfm. Klaus-Peter Feld, WP StB CPA;
Dr. Wolfgang Schaum, WP StB

Seite 2/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Im Einzelnen haben wir zu dem Gesetzesentwurf folgende Anmerkungen (nachfolgend genannte Paragraphen ohne Bezeichnung beziehen sich immer auf den Entwurf des REIT-Gesetzes):

A. Für die Prüfung nach § 1 Abs. 4 zuständige Wirtschaftsprüfer

§ 1 Abs. 4 Satz 1 sieht vor, dass der Abschlussprüfer festzustellen hat, ob bei der Tätigkeit der REIT-Aktiengesellschaft die §§ 11 bis 15 eingehalten wurden. Die betreffenden Sachverhalte werden teils auf Basis eines Einzelabschlusses (§ 13), teils auf Basis eines Konzernabschlusses (§ 12 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4) ermittelt. Es stellt sich daher die Frage, ob mit dem Abschlussprüfer der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses oder der Konzernabschlussprüfer gemeint ist, wenn keine Personenidentität besteht. Sofern der besondere Vermerk nach § 1 Abs. 4 Satz 2, der zu den Bestätigungsvermerken über die Jahres- und ggf. Konzernabschlussprüfung hinzutritt, einheitlich für alle zu prüfenden Sachverhalte erteilt werden soll, bietet sich die Prüfung durch den Konzernabschlussprüfer an. Ansonsten könnte die Lösung darin bestehen, die Pflichten in Abhängigkeit vom zum prüfenden Sachverhalt aufzuteilen, wobei dann zusätzliche Regelungen zur zeitlichen Abfolge der Prüfungen und zur Erteilung und Offenlegung der Prüfungsvermerke zu treffen sind.

Eine weitere Frage betrifft die Beauftragung des Abschlussprüfers. Die Prüfung der Einhaltung der §§ 11 bis 15 ist prinzipiell im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses bzw. Konzernabschlusses notwendig, da aus der Nichteinhaltung erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der AG/des Konzerns resultieren würden. Daher sollten die auf die Einhaltung der §§ 11 bis 15 gerichteten Prüfungstätigkeiten im Rahmen der Jahresabschluss- bzw. Konzernabschlussprüfung durchgeführt werden. Klarstellend sollte deshalb im Gesetz geregelt werden, dass der Abschlussprüfer/Konzernabschlussprüfer im Rahmen der Jahres-/Konzernabschlussprüfung tätig wird.

B. Prüfungsgegenstand

§ 11 Streuung der Aktien

§ 11 Abs. 1 sieht vor, dass sich mindestens 15 % der Aktien einer REIT-Aktiengesellschaft im Streubesitz befinden müssen. Im Zeitpunkt der Börsenzulassung muss die Streubesitzquote mindestens 25 % betragen. Gemäß § 11 Abs. 4 muss die direkte Beteiligung eines Anlegers unter 10 % liegen. Die REIT-Aktiengesellschaft hat ihre Streubesitzquote gemäß § 11 Abs. 2 jährlich zum 31. Dezember an die BaFin zu melden.

Aus dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Vorschriften von § 11 Abs. 1 und § 11 Abs. 4 zu jedem Zeit-

Seite 3/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

punkt eingehalten sein müssen. Fraglich ist jedoch, wie dies vom Vorstand der REIT-Aktiengesellschaft kontrolliert werden kann, da die Beurteilung der Einhaltung der im Gesetzentwurf genannten Quoten davon abhängt, ob die Aktionäre ihren Meldepflichten nach § 11 Abs. 5 nachkommen. Ferner ist eine jederzeitige Berechnung des Streubesitzes als Differenz zwischen 100 % und dem Anteil der Aktien, die auf Grund der Überschreitung von Meldeschwellen angezeigt wurden, nicht möglich. Denn alle Geschäfte, die nach einer erfolgten Meldung zu einer Veränderung der Anteilsquote führen, ohne erneut eine Meldeschwelle zu berühren, sind nicht bekannt, haben aber Einfluss auf die Residualgröße "Streubesitz". Eine Bestätigung der jederzeitigen Einhaltung der Streubesitzquote durch den Prüfer ist deshalb bereits ohne Berücksichtigung von Zurechnungsproblemen und der im WpHG normierten Ausnahmenvorschriften nicht möglich.

Wir schlagen daher vor, die Vorschrift dahingehend zu ändern, dass die REIT-Aktiengesellschaft zur Anfertigung einer Übersicht verpflichtet wird, aus der für jeden Tag, für den Meldungen von Investoren vorliegen, die Streubesitzquote sowie der maximale Anteilsbesitz je Aktionär hervorgeht. In diesem Fall kann der Prüfer die Übereinstimmung der Anteilsbesitzberechnung der REIT-Aktiengesellschaft mit den vorliegenden Anteilbesitz-Meldungen - vorzugsweise nur zum Bilanzstichtag - bestätigen.

§ 12 Vermögen

In dieser Vorschrift werden bestimmte Anforderungen an die Vermögensstruktur einer REIT-Aktiengesellschaft festgelegt. Dabei muss die Bewertung der Vermögensgegenstände zu Marktwerten erfolgen.

Zeitraum- oder Zeitpunktbezug

Zunächst ist auch hier unklar, ob die Anforderungen permanent oder nur zu bestimmten Zeitpunkten erfüllt sein müssen. Sollen die Anforderungen zu jedem Zeitpunkt erfüllt sein, so wäre bei der REIT-Aktiengesellschaft die Einrichtung eines komplexen und aufwändigen internen Kontrollsystems erforderlich, dessen Angemessenheit und Wirksamkeit vom Abschlussprüfer beurteilt werden müsste. Nicht möglich wäre hingegen eine kontinuierliche unterjährige, evtl. sogar börsentägliche Prüfung der Vermögensstruktur.

Da die Konsequenzen für die Aktiengesellschaft aus einer Nichtbeachtung der Anforderungen nur auf die Einhaltung zum Bilanzstichtag bezogen sind (§ 16 Abs. 3 Satz 1), ist es u.E. nahe liegend, auch die Bestätigung des Prüfers nur für diesen Zeitpunkt vorzusehen.

Seite 4/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Definition der Bezugsgrößen

Die zentralen Anforderungen an die REIT-Aktiengesellschaft bestehen in der Einhaltung einer bestimmten Relation ihres unbeweglichen Vermögens zum Gesamtvermögen (Immobilienquote) sowie der Einhaltung von Relationen im Zusammenhang mit den Bruttoerträgen. Zur Bestätigung der Einhaltung der im Gesetzentwurf vorgesehenen Quoten ist es unabdingbar, dass die Bezugsgrößen (insbesondere Vermögen, Bruttoerträge und Marktwerte) im Gesetz genau definiert sind, da es sich dabei nicht um in den geltenden Rechnungslegungsvorschriften definierte Begriffe handelt.

Der Begriff Bruttoerträge (§ 12 Abs. 2 und § 12 Abs. 3) unterstellt eine Rückgängigmachung von Saldierungen, wie sie z.B. bei Transaktionskosten gängig sind, die den Verkaufserlös vermindern. Saldierungen sind jedoch sowohl in der handelsrechtlichen als auch in der Rechnungslegung nach IFRS z.T. vorgeschrieben. Insoweit würde die Ermittlung von Bruttoerträgen einen nicht notwendigen Mehraufwand bei der Ermittlung dieser Erträge bedeuten. Wir schlagen daher vor, im Gesetz den Begriff „Erträge“ zu verwenden.

Werden die Vorschriften der IFRS zugrunde gelegt, ist die Regelung in § 12 Abs. 2 problematisch. Erfasst sind derzeit nur Erträge aus Vermietung, Leasing, Verpachtung und der Veräußerung von unbeweglichem Vermögen. Im Rahmen eines IFRS-Abschlusses sind beim unbeweglichen Vermögen auch ergebniswirksame Zuschreibungen nach IAS 40 auf die aktuellen beizulegenden Zeitwerte (fair values) zu berücksichtigen. Die Zuschreibungen würden jedoch in der 75-Prozent-Grenze keine Berücksichtigung finden, obwohl sie aus dem originären Geschäft der REIT-Aktiengesellschaft stammen. Da die Veräußerungsgewinne als Saldo zwischen Veräußerungserlös und Buchwert definiert sind, der Buchwert sich aber bereits mit dem Marktwert fortentwickelt hat, wäre der verbleibende Gewinn voraussichtlich nur ein Bruchteil des Veräußerungsgewinns, der sich bei der Ermittlung nach HGB ergeben hätte. Wesentliche Beträge blieben hierdurch unberücksichtigt. Daher sind solche Zuschreibungen in § 12 Abs. 2 ebenfalls zu nennen.

Bei der Ermittlung der Erträge, die gemäß § 12 Abs. 2 mindestens 75 % der Gesamterträge ausmachen sollen, sollten ferner weitere nicht regelmäßig wiederkehrende Erträge berücksichtigt werden, deren Ursachen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand zu sehen sind. Zu nennen wären hier beispielweise Auflösungen von Rückstellungen für Prozessrisiken oder Schadensersatz-(Leistungsersatz-)Zahlungen. Ansonsten könnte die Realisierung solcher Erträge dazu führen, dass die 75-Prozent-Grenze des § 12 Abs. 2 nicht eingehalten wird und es zu Strafzahlungen nach § 16 Abs. 4 kommt

Seite 5/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

bzw. der Verstoß auf die Fälle des § 18 Abs. 5 Satz 2 angerechnet wird und die REIT-Aktiengesellschaft ihre Steuerbefreiung verliert.

Zur Berücksichtigung der oben genannten Sachverhalte lautet unser Vorschlag für die Formulierung des § 12 Abs. 2:

„Mindestens 75 Prozent der Erträge der REIT-Aktiengesellschaft müssen aus Vermietung, Leasing, Verpachtung, Veräußerung und Zuschreibungen von unbeweglichem Vermögen stammen. Sonstige nicht regelmäßig wiederkehrende Erträge, die im direkten Zusammenhang mit den Haupttätigkeiten gemäß § 1 Abs. 1 stehen, sind ebenfalls zu berücksichtigen.“

Zum Begriff der sonstigen nicht wiederkehrenden Erträge sollten unseres Erachtens weitere Erläuterungen in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

Zur Definition des unbeweglichen Vermögens verweisen wir auf unsere Anmerkungen zu § 3 Abs. 8.

Für den Begriff "gesamtes Vermögen der REIT-Aktiengesellschaft" schlagen wir folgende Formulierung für einen neu in § 3 einzufügenden Absatz vor (die Verweisungen beziehen sich auf unseren Vorschlag für einen geänderten § 12 Absatz 4):

„Unter dem gesamten Vermögen der REIT-Aktiengesellschaft ist die Summe der Aktivposten einer gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 aufgestellten Bilanz bzw., sofern die REIT-Aktiengesellschaft als Mutterunternehmen zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, der Konzernbilanz gem. § 12 Abs. 4 Satz 2 zu verstehen.“

Einhaltung von § 12 nach Börsengang, Kapitalerhöhung und bei Liquidation

Probleme bei der Einhaltung von § 12 können in der Phase nach einem Börsengang, nach einer Kapitalerhöhung und bei der Liquidation der Gesellschaft entstehen. Die bei einer Kapitalerhöhung erzielten Emissionserlöse werden in der Regel nicht kurzfristig in voller Höhe in geeignete Immobilien investiert werden können. Die REIT-Aktiengesellschaft muss sich daher entscheiden, ob sie zur Vermeidung der Verletzung der Quote nach § 12 Abs. 1 auch in Immobilien investiert, die qualitativ nicht ihren Ansprüchen genügen, ob sie Strafzahlungen in Kauf nimmt oder ob sie häufiger Kapitalerhöhungen in geringerem Umfang durchführt. Letzteres führt zu niedrigeren, leichter in geeignete Objekte investierbaren Emissionserlösen, schmälert jedoch auf Grund der mit Kapitalerhöhungen verbundenen hohen Kosten die Rendite der REIT-Aktionäre. Auch eine Liquidation einer REIT-Aktiengesellschaft ist wegen der geringen Fungibilität

Seite 6/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

unbeweglichen Vermögens nicht kurzfristig abzuwickeln, so dass es zu höheren Barbeständen kommen kann. Schließlich ist es denkbar, dass sich während der Geschäftstätigkeit der Ausnahmefall für die Gesellschaft ergibt, einen größeren Bestand von Immobilien zu besonders attraktiven Konditionen verkaufen zu können, so dass es im Interesse der Anleger liegt, wenn die Gesellschaft solche besonders günstigen Gelegenheiten wahrnehmen kann, ohne in Konflikt mit den Regelungen der §§ 12 und 14 zu kommen. Es wäre daher sinnvoll, in § 16 Regelungen einzufügen, die für diese Fälle längere Fristen für die Investition oder die Desinvestition bzw. Ausnahmeregelungen für § 14 vorsehen würden, bevor es zu Strafzahlungen kommt.

Berücksichtigung von Marktwerten

Der Gesetzentwurf definiert nicht den Begriff des Marktwertes. Wir entnehmen der Gesetzesbegründung, dass unter Marktwerten i.S.v. § 12 Abs. 4 die Buchwerte aus einem IFRS-Abschluss zu verstehen sind, wobei bei Vorliegen eines Wahlrechts zwischen einer Bewertung zu fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten und zum beizulegenden Zeitwert (vgl. IAS 40) letzterer anzusetzen ist. Sofern diese Einschränkung von Bewertungswahlrechten gewollt ist - wofür unseres Erachtens keine Notwendigkeit besteht - sollte dies deutlicher zum Ausdruck kommen. Wir gehen allerdings davon aus, dass zwingende Bewertungsvorschriften der IAS, insbesondere sofern sie den Ansatz zu Anschaffungs-/Herstellungskosten vorsehen, durch die genannte Vorschrift nicht abbedungen werden sollten.

Unklar ist aber weiterhin, ob es sich um einen IFRS-Einzel- oder um einen IFRS-Konzernabschluss handeln muss. Der Gesetzeswortlaut verweist lediglich bezogen auf die Berechnungen nach § 12 Abs. 3 auf einen IFRS-Konzernabschluss. U.E. sollte ein IFRS-Konzernabschluss auch für die Anforderungen des § 12 Abs. 1 und Abs. 2 maßgeblich sein.

Besteht keine Pflicht zur Konzernrechnungslegung, wird zur Ermittlung der Marktwerte ein IFRS-Einzelabschluss aufgestellt werden müssen. Da dieser Abschluss nur für die Zwecke des § 12 aufzustellen wäre, bedarf es lediglich einer Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung. Die übrigen nach den IFRS vorgesehenen Abschlussbestandteile (Anhang, Kapitalflussrechnung und Eigenkapitalpiegel) sind nicht erforderlich.

Für § 12 Abs. 4 schlagen wir folgenden Wortlaut vor:

„Die Einhaltung der in § 12 Abs. 1 und 2 genannten Grenzen ist auf der Grundlage einer Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zu ermitteln, die für das Geschäftsjahr nach den in § 315a Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs bezeichne-

Seite 7/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

ten internationalen Rechnungslegungsvorschriften unter Beachtung des § 315a Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs aufgestellt wurden; die übrigen für Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung anwendbaren Vorschriften von § 315a HGB gelten entsprechend. Sofern die Aktiengesellschaft als Mutterunternehmen zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet ist, sind die Konzernbilanz und die Konzerngewinn- und -verlustrechnung des gemäß § 315a des Handelsgesetzbuchs vorgeschriebenen Konzernabschlusses der REIT-Aktiengesellschaft heranzuziehen. Dieser Konzernabschluss ist auch für die Berechnung nach Abs. 3 maßgeblich.“

§ 13 Ausschüttung

Bemessung von Abschreibungen

§ 13 Abs. 3 sieht vor, dass bei der Ermittlung des ausschüttungsfähigen Gewinns ausschließlich die lineare Absetzung für Abnutzung zulässig ist. Das heißt nach dem Wortlaut, dass für jede Art von abnutzbaren Vermögensgegenständen (i.S.d. handelsrechtlichen Definition, nicht im Sinne von § 3 Abs. 7), unabhängig davon, ob beweglich oder unbeweglich, ausschließlich die lineare Abschreibung zum Tragen kommen soll. Das schließt degressive Abschreibungen wie auch die Vornahme von Abschreibungen auf einen niedrigeren beizulegenden Wert (steuerlich: Teilwertabschreibungen) aus.

Unseres Erachtens wäre es sachgerecht, die degressive Abschreibung nur für unbewegliche Vermögensgegenstände auszuschließen und die degressive Abschreibung für bewegliche Vermögensgegenstände sowie die Abschreibungen auf den niedrigeren beizulegenden Wert für alle Vermögensgegenstände nach den allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen vorzusehen.

Soweit außerplanmäßige Abschreibungen erforderlich sein sollten, beruhen diese auf einem tatsächlichen Wertverlust. Auch die planmäßige degressive Abschreibung beweglicher Vermögensgegenstände, z.B. von Betriebsvorrichtungen oder Betriebs- und Geschäftsausstattung, entspricht i.d.R. einem korrespondierenden Wertverlust. Wir regen an, das Gesetz entsprechend zu ändern. Dabei ist auf handelsrechtliche und nicht auf steuerrechtliche Abschreibungsbegriffe abzustellen.

Wir schlagen daher folgende Formulierung für § 13 Abs. 3 vor:

„Bei der Aufstellung des Jahresabschlusses ist zur Ermittlung der planmäßigen Abschreibung im Sinne von § 253 Abs. 2 Satz 1 HGB auf Gebäude nur die lineare Abschreibungsmethode anzuwenden.“

Seite 8/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

In der Begründung sollte klarstellend erläutert werden, dass die Vornahme von Abschreibungen auf den niedrigeren beizulegenden Wert gemäß § 253 Abs. 2 Satz 3 HGB unberührt bleibt.

Ausschüttung von Abschreibungen

§ 13 Absatz 4 räumt die Möglichkeit ein, zur Ermittlung des ausschüttbaren Betrags das handelsrechtliche Jahresergebnis um die Abschreibungen nach Abs. 3 zu erhöhen. Die vorgesehene Regelung des Abs. 4 würde erheblich in das System der Kapitalerhaltung der Aktiengesellschaft eingreifen, wonach das Grundkapital und bestimmte Rücklagen für Ausschüttungen nicht in Betracht kommen, da sie für die Gläubiger als Risikopuffer zur Verfügung stehen müssen. Unklar bleibt, ob und in welchem Umfang die Vorschrift des § 150 AktG (gesetzliche Rücklagen, Verwendungsbeschränkungen für Kapitalrücklagen) gelten soll. Die Thesaurierungskompetenz des § 58 Abs. 2 AktG ist durch die vorgesehenen Regelungen offenbar ausgeschlossen.

Vor diesem Hintergrund ist die vorgesehene Möglichkeit, Abschreibungsbeträge als "Gewinn" auszuschütten, äußerst bedenklich, weil dadurch letztlich Kapitalrückzahlungen unter Umgehung der hierfür vorgesehenen Gläubigerschutzvorschriften (§ 57 Abs. 1 AktG) gestattet werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass durch Abschreibungen nicht unbedingt stille Reserven in gleicher Höhe gelegt werden, insbesondere nicht bei Gewerbeimmobilien, so dass die Ausschüttung insoweit einer Substanzausschüttung gleichkommt. Im Gegensatz zu einem offenen Immobilienfonds, bei dem den (potenziellen) Gläubigern bekannt ist, dass das Eigenkapital des Fonds schwankt und bei Rückgabe aller Anteile auch auf Null sinken kann, handelt es sich bei der REIT-Aktiengesellschaft unbeschadet ihrer Funktion als Investmentobjekt immer noch um eine Aktiengesellschaft, auf die u.E. die Kapitalschutzvorschriften des AktG vollumfänglich Anwendung finden müssen.

Gegen eine Ausschüttung von Abschreibungen spricht auch der damit verbundene zusätzliche Abfluss liquider Mittel, die dann nicht mehr für erforderliche Kredittilgungen zur Verfügung stünden. Darüber hinaus würde eine Ausschüttung von Abschreibungen die Gefahr in sich bergen, dass notwendige Instandhaltungsmaßnahmen und Modernisierungen unterblieben. Da der REIT-Aktiengesellschaft ein Spielraum für regelmäßig anfallende Instandhaltungen verbleiben muss, kommt eine Erhöhung des ausschüttbaren Betrags um die planmäßigen Abschreibungen nicht in Betracht. Um auch nicht jährlich anfallende Instandhaltungs- sowie erforderliche Modernisierungsmaßnahmen durchführen zu können, müsste vielmehr die Möglichkeit zur Bildung entsprechender Rücklagen eingeräumt werden.

Seite 9/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Schließlich stellt sich die Frage, was tatsächlich ausgeschüttet wird. Die Hauptversammlung beschließt gem. § 174 AktG über den Bilanzgewinn, der sich aus den Komponenten Jahresüberschuss, Gewinnvortrag des Vorjahres und dem Saldo aus Zuführungen zu den bzw. Auflösungen von Gewinnrücklagen zusammensetzt. Eine entsprechende, auf der Systematik des Aktienrechts aufsetzende Regelung für den ausschüttbaren Betrag ist erforderlich.

Eine entsprechende Änderung im Gesetz halten wir für dringend geboten.

Behandlung von Veräußerungsgewinnen

Veräußerungsgewinne können gemäß § 13 Abs. 5 bis zur Hälfte in eine Rücklage eingestellt werden. Entsprechend vermindert sich der ausschüttungsfähige Gewinn i.S.d. § 13 Abs. 1.

Der REIT-Aktiengesellschaft soll es gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 erlaubt sein, auch Anteile an inländischen Personen- sowie ausländischen Kapitalgesellschaften als Objektgesellschaften sowie Anteile an Dienstleistungsgesellschaften zu halten. Im Rahmen des handelsrechtlichen Einzelabschlusses der REIT-Aktiengesellschaft sind Ausschüttungen dieser Beteiligungsgesellschaften unabhängig vom zugrunde liegenden Geschäftsvorfall als Beteiligungserträge zu erfassen. Sie fallen nicht unter die Anwendung des § 13 Abs. 5 und sind damit in voller Höhe bei der Mindestausschüttung zu berücksichtigen. Eine hälftige Einstellung in eine Rücklage zur Finanzierung einer neuen Investition ist nicht möglich. Problematisch ist diese Regelung immer dann, wenn der Gewinn aus dem Verkauf einer Immobilie einer Beteiligungsgesellschaft nicht auf ihrer Ebene reinvestiert, sondern dazu verwendet werden soll, eine Direktinvestition auf Ebene der REIT-Aktiengesellschaft zu tätigen oder in eine andere Beteiligungsgesellschaft zu investieren, z.B. in einem anderen Sitzstaat.

Nach dem Wortlaut ist die Veräußerung von Anteilen an Beteiligungsunternehmen uneingeschränkt den in die Rücklage einstellbaren Veräußerungsgewinnen zuzuordnen, und zwar unabhängig von der Geschäftstätigkeit der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft, da nach der Gesetzesformulierung alle Arten von Veräußerungsgewinnen betroffen sind. Das ist auch insofern sinnvoll, als insbesondere Immobilien in Ein-Objekt-Gesellschaften häufiger durch den Verkauf der Anteile als durch den Verkauf der Immobilie selber übertragen werden. Ferner ist es bei Minderheitsbeteiligungen oftmals auch gar nicht möglich, die Immobilie selbst zu verkaufen, da hierzu ggf. das Einverständnis des bzw. der anderen Gesellschafter(s) erforderlich ist. Die fehlende Einschränkung des Begriffs der Veräußerungsgewinne führt aber dazu, dass die Gewinne aus dem Verkauf von Anteilen in voller Höhe begünstigt sind, unabhängig davon, welchen Anteil der

Seite 10/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Immobilienbestand in der Bilanz der Beteiligungsgesellschaft, z.B. einer Dienstleistungsgesellschaft, hatte.

Der Gewinn aus einem Beteiligungsertrag bzw. der Gewinn aus der Veräußerung der Beteiligung, der wirtschaftlich dem Gewinn aus einem Immobilienverkauf der Beteiligungsgesellschaft entspricht, sollte reinvestiert werden können, und zwar direkt oder indirekt über eine (andere) Beteiligungsgesellschaft der REIT-Aktiengesellschaft.

Wir regen eine entsprechende Klarstellung im Gesetz an.

Auf Grund der Formulierung in § 13 Abs. 5 sind die Rücklagen nur für die Anschaffung bzw. Herstellung von unbeweglichem Vermögen verwendbar. Dies wirkt als Beschränkung des Unternehmensgegenstands nach § 1 Abs. 1 REITG-E und würde auch hinsichtlich der oben gemachten Ausführungen zur Herkunft der Veräußerungsgewinne auf Grund der derzeitigen Definition in § 3 Abs. 8 zu einer einseitigen Bevorzugung der Direktanlage in unbewegliches Vermögen führen.

Wir regen an, die in die Rücklage einstellbaren Veräußerungsgewinne in § 13 Abs. 5 zu definieren und in der Gesetzesbegründung die Intention des Gesetzgebers weiter zu erläutern.

Die Definition könnte wie folgt lauten:

„Zu den im Sinne von Satz 1 begünstigten Veräußerungsgewinnen zählen allein Gewinne aus der Veräußerung von direkt oder indirekt gehaltenem unbeweglichem Vermögen. Beteiligungserträge sind in Höhe des Verhältnisses der Veräußerungsgewinne aus unbeweglichen Vermögensgegenständen zu den gesamten Erträgen der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft den in die Rücklagen einstellbaren Veräußerungsgewinnen zuzurechnen. Basis hierfür ist der Abschluss der Beteiligungsgesellschaft, der die Grundlage für die Ausschüttung darstellt.“

§ 14 Ausschluss des Immobilienhandels

Auch wenn im Unternehmensgegenstand nach § 1 das Veräußern von Eigentum oder dinglichen Nutzungsrechten an in- und ausländischem unbeweglichem Vermögen sowie der Anteile an Immobilienpersonengesellschaften explizit genannt wird, beschränkt § 14 dieses Recht zur Veräußerung durch das Verbot von Handel mit unbeweglichem Vermögen. Handel wird abweichend von den Regelungen des gewerblichen Grundstückshandels im EStG im Zusammenhang mit REITs in § 14 Abs. 2 definiert. Der Abschlussprüfer hat die Einhaltung des § 14 zu bestätigen.

Seite 11/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Sollte die REIT-Aktiengesellschaft keine weiteren Tochtergesellschaften besitzen, so wäre alleinige Grundlage zur Berechnung der Grenze des Abs. 2 der Einzelabschluss der REIT-Aktiengesellschaft. Da hier wie nach § 12 auf Marktwerte abzustellen ist, gelten unsere Ausführungen zu § 12 entsprechend. Auch für die Bruttoerlöse sollte auf den IFRS-Abschluss abgestellt werden, weil Veräußerungsvorgänge als Abgang aus der Bilanz (derecognition) und der auf den Abgang entfallende Betrag nach internationalen Rechnungslegungsvorschriften anders ermittelt wird als nach deutschem (Handels-)Recht. Fraglich ist allerdings, warum die Erlöse brutto zu zeigen sind. Damit wären direkt beim Erlös abzuziehende Kosten, wie etwa Transaktionskosten oder Maklergebühren, zu ermitteln und dem Erlös hinzuzurechnen.

Die Berechnung der Grenze nach § 14 Abs. 2 bezieht sich auf den durchschnittlichen Bestand an unbeweglichem Vermögen innerhalb von fünf Jahren. Wann dieser Zeitraum beginnt, wird nicht erläutert. Weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung geben darüber hinaus Hinweise darauf, wie zu verfahren ist, wenn die REIT-Aktiengesellschaft noch keine fünf Jahre besteht.

Sollte sich im Fall eines kürzeren Bestehens der REIT-Aktiengesellschaft der 5-Jahreszeitraum auch auf zukünftige Jahre und die voraussichtliche Einhaltung der Grenzen beziehen, ist eine Bestätigung der Einhaltung dieser Vorschrift durch den Abschlussprüfer nicht möglich, da sie die Bestätigung einer reinen Absichtserklärung darstellen würde.

Weiterhin sehen wir die Gefahr, dass die Regelung des § 14 Abs. 2 dahingehend missbraucht wird, in den ersten vier Jahren steuerfreie Erträge zu erzielen, da die Sanktionswirkung des § 18 Abs. 2 erst im fünften Jahr wirksam wird.

Eine Lösung könnte darin bestehen, dass eine Bezugnahme auf die jeweils letzten fünf Geschäftsjahre erfolgt. Ergänzend könnte eine Regelung geschaffen werden, die bei Unterschreiten des Fünf-Jahres-Zeitraums auf die jeweils zurückliegenden vollen Geschäftsjahre der REIT-Aktiengesellschaft abstellt. An die Stelle des Verweises auf die Marktwerte in § 14 Abs. 2 Satz 2 sollte ein Verweis auf die Rechnungslegungsgrundlagen gemäß § 12 Abs. 4 aufgenommen werden; hierdurch wären neben dem Wert des unbeweglichen Vermögens auch die korrespondierenden Erlöse definiert.

§ 15 Kreditaufnahme

Gemäß § 15 wird die Fremdfinanzierung der REIT-Aktiengesellschaft auf 60 % ihres Vermögens begrenzt. Ferner müssen die Bedingungen der Kreditaufnahme marktüblich sein.

Seite 12/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Diese Regelung könnte so verstanden werden, dass die Begrenzung bei jeder Kreditaufnahme im Geschäftsjahr der REIT-Aktiengesellschaft erfüllt sein muss. Da aber nicht bei jeder Kreditaufnahme ein (Zwischen)Abschluss aufgestellt wird, ist eine Kontrolle im Hinblick auf unterjährige Wertschwankungen weder für die Gesellschaft noch für den Prüfer ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich. Für die Berechnung der Grenze sollte daher auf den Bilanzstichtag abgestellt werden. Dies entspricht auch der Betrachtung von § 18 Abs. 4.

In § 15 Sätze 1 und 2 werden zwei neue Begriffe eingeführt und augenscheinlich synonym verwendet. Es handelt sich um das "Gesellschaftsvermögen" und das "Gesamtvermögen". Beide Begriffe werden nicht definiert. Sofern diese sich nicht vom Vermögensbegriff des § 12 unterscheiden sollen, schlagen wir vor, die Begriffe "Gesellschaftsvermögen" und "Gesamtvermögen" durch "Vermögen" zu ersetzen und auf die entsprechende Definition in § 3 zu verweisen.

Kritisch sehen wir zudem den im Gesetz und in der Gesetzesbegründung nicht definierten Begriff der Marktüblichkeit. Auf Grund der mittlerweile am Markt angebotenen Vielzahl von zum Teil hoch komplexen Refinanzierungsmöglichkeiten (u.a. unter Einbeziehung derivativer Finanzinstrumente und strukturierter Produkte sowie sonstiger Verbriefungen) und der verschiedenen Varianten von Umfang und Art der Besicherung ist die Marktüblichkeit in der Regel kaum noch durch objektive Maßstäbe nachvollziehbar. Dies steht im Gegensatz zu den Gegebenheiten bei Immobilienfonds, die sich nur durch Bankkredite refinanzieren können. Da ein Fonds keine verlässliche Eigenkapitalbasis hat, sind die Immobilienkredite stets besichert. Die Marktüblichkeit ist hier sehr viel leichter festzustellen.

Ferner ist die Definition des Kredites nicht klar, zumal er an anderer Stelle (§ 21 Abs. 2) auch mit Fremdfinanzierung umschrieben wird. Es bieten sich folgende Lösungsmöglichkeiten an:

Zum einen könnte der Kreditbegriff im Gesetz näher definiert werden. Dies könnte über die Benennung der entsprechenden Bilanzposten (z.B. Anleihen, Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten, Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen, Verbindlichkeiten gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis besteht), über die Bezugnahme auf langfristige Schulden, durch die Eingrenzung des Finanzierungszwecks der Kreditaufnahme auf das Kerngeschäft gemäß § 1 Abs. 1 oder eine Kombination dieser Varianten erfolgen.

Ob alternativ eine Beschränkung nicht der Kreditaufnahme selbst, sondern der Maximalbelastung der Aktiva durch Sicherheiten (analog der Regelung für Immobilienfonds in § 82 Abs. 3 InvG) der Gesetzesintention entspricht, vermögen

Seite 13/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

wir nicht einzuschätzen, da es denkbar ist, dass sich gerade größere REIT-Aktiengesellschaften im Gegensatz zu Sondervermögen auch durch die Begebung unbesicherter Schuldverschreibungen oder Genussrechte refinanzieren können.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, eine Eigenkapitalquote von 40 % (oder eine geringere Quote) festzulegen, was dem ausweislich der Gesetzesbegründung Gewollten möglicherweise am nächsten kommt.

Wir regen ferner die Klarstellung an, dass sich die Anforderungen des § 15 nur auf die REIT-Aktiengesellschaft selbst, nicht aber auf ihre Tochtergesellschaften beziehen sollten.

Unser Vorschlag für einen geänderten § 15 lautet deshalb wie folgt:

„Die REIT-Aktiengesellschaft muss zu jedem Bilanzstichtag mindestens über eine Eigenkapitalquote in Höhe von 40 % verfügen. Bei der Ermittlung der Eigenkapitalquote ist § 12 Abs. 4 entsprechend anzuwenden.“

C. Feststellungen des Prüfers nach § 1 Abs. 4

§ 1 Abs. 4 sieht vor, dass der Prüfer festzustellen hat, ob bei der Tätigkeit der REIT-Aktiengesellschaft die §§ 11 bis 15 und die ergänzenden Bestimmungen in der Satzung der REIT-Aktiengesellschaft eingehalten wurden. Seine Feststellungen hat der Abschlussprüfer in einem besonderen Vermerk festzuhalten, der in vollem Wortlaut von der REIT-Aktiengesellschaft zu veröffentlichen ist.

Weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung ist geregelt, wann und wo der "Besondere Vermerk" durch die REIT-Aktiengesellschaft zu veröffentlichen ist. Die Ausschüttung kann in jedem Fall erst durch die Hauptversammlung auf Basis eines geprüften Jahresabschlusses beschlossen werden; zeitgleich ist der geprüfte Konzernabschluss vorzulegen. Wenn der Prüfer Feststellungen zur Ausschüttung treffen soll, kann dies folglich nur in einem zeitlich nach dem Bestätigungsvermerk zum Jahresabschluss zu erstellenden Vermerk geschehen oder der Sachverhalt wird in die Prüfung des Folgejahrs einbezogen. Unseres Erachtens erscheint es sachgerecht, ausdrücklich zu regeln, dass sich die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 13 eingehalten sind, immer auf die Ausschüttung im vorhergehenden Geschäftsjahr beziehen muss.

Da der Vermerk vor allem dazu dient, das Bundeszentralamt für Steuern zu informieren, reicht es unseres Erachtens aus, den Vermerk diesem zukommen zu lassen. Eine darüber hinaus gehende Veröffentlichung ist nicht notwendig, weil die Informationen, soweit sie auf Grund ihrer Wesentlichkeit für den Investor relevant sind, wie z.B. ein (drohender) Verlust der Steuerfreiheit oder vorzunehm-

Seite 14/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

mende bzw. geleistete Strafzahlungen, aus dem geprüften Jahresabschluss bzw. Lagebericht hervorgehen müssen. Wir regen daher an, von der Pflicht zu einer zusätzlichen Veröffentlichung des besonderen Vermerks abzusehen, da sie aufwendig, kostenintensiv und ohne besonderen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für den (potenziellen) Investor ist.

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung unserer Anmerkungen zu den §§ 11 bis 15 lautet unser Vorschlag für die Formulierung von § 1 Abs. 4 wie folgt:

„Der Abschlussprüfer des Jahresabschlusses hat im Rahmen der Jahresabschlussprüfung festzustellen, ob die Berechnung der Streubesitzquote und des maximalen Anteilsbesitzes je Aktionär gemäß § 11 Abs. 1 und 4 durch die REIT-Aktiengesellschaft mit den Meldungen gemäß § 11 Abs. 5 zum Bilanzstichtag übereinstimmt. Die Feststellungen zur Beachtung von § 13 beziehen sich auf die im Vorjahr vorgenommene Ausschüttung. Sofern kein Konzernabschluss aufgestellt wird, hat der Abschlussprüfer außerdem festzustellen, ob § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 14 zum Bilanzstichtag eingehalten waren; falls die REIT-Aktiengesellschaft zu diesem Zeitpunkt noch keine fünf Jahre besteht, sind Feststellungen zur Handelsquote im Sinne von § 14 Abs. 2 nicht erforderlich. Das Ergebnis seiner Prüfungshandlungen hat der Abschlussprüfer in einem besonderen Vermerk zusammenzufassen. Dieser ist von der REIT-Aktiengesellschaft unverzüglich nach seiner Vorlage durch den Abschlussprüfer an das Bundeszentralamt für Steuern zu übermitteln. Der Konzernabschlussprüfer hat im Rahmen der Konzernabschlussprüfung zu prüfen, ob die Anforderungen des § 12 zum Bilanzstichtag eingehalten waren. Für die Prüfung der Einhaltung von § 14 gilt Satz 3 entsprechend. Für den Vermerk des Konzernabschlussprüfers und dessen Übermittlung an das Bundeszentralamt für Steuern gelten Sätze 4 und 5 entsprechend.“

D. Vor-REIT

Nach § 2 soll ein Wirtschaftsprüfer anhand von "geeigneten Unterlagen" die Einhaltung der in den Nrn. 1 und 2 genannten Voraussetzungen zum Zweck der Registrierung des Vor-REITs beim Bundeszentralamt für Steuern "testieren".

Geeignete Unterlage zu Nr. 1. (Satzungsregelung zum Unternehmensgegenstand) wäre etwa ein Auszug aus der Satzung (ggf. eine notariell beglaubigte Kopie). Einer Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers bedarf es insoweit aber nicht, da der Unternehmensgegenstand expressis verbis aus den genannten Unterlagen hervorgeht und die entsprechende Bestätigung des Wirtschaftsprüfers auf Übereinstimmung mit § 1 Abs. 1 insoweit nur die formale Erfüllung der Voraussetzungen betrifft. Diese Prüfung könnte auch von dem Bundeszentral-

Seite 15/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

amt selbst vorgenommen werden. Es ist daher zu empfehlen, dass diese Unterlage zusammen mit der Anmeldung direkt beim Bundeszentralamt eingereicht wird.

Die Erfüllung der Voraussetzung nach Nr. 2 (Erfüllung der Anforderungen an die Zusammensetzung des Vermögens) kann sich sinnvollerweise nur auf den Zeitpunkt des Antrags bzw. einen Zeitpunkt beziehen, der in zeitlicher Nähe zum Antragszeitpunkt liegt. Dieser muss nicht zwingend mit dem Geschäftsjahresende des Vor-Vor-REITs übereinstimmen (vgl. z.B. § 12 Abs. 4, der sich auf einen zum Bilanzstichtag zu erstellenden Konzernabschluss bezieht). Zur Feststellung der Einhaltung der Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 und 2 müsste also die AG eine Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Einreichungstichtag (nach Aufforderung durch das Bundeszentralamt) aufstellen, die die Vermögensgegenstände mit "Marktwerten" enthält. Die vom Bundeszentralamt bestimmte Frist müsste lang genug sein, um die Prüfung der Bilanz und der GuV durchführen und abschließen zu können, d.h. mindestens drei Monate.

Es ist allerdings fraglich, ob die Einhaltung der Vermögens- und Ertragsrelationen zum Zeitpunkt der Registrierung als Vor-REIT überhaupt erforderlich ist. Systematisch müsste es ausreichen, wenn die geforderten Ertragsrelationen erst im ersten Abschluss nach Aufnahme der Börsennotierung vorliegen. Zur Inanspruchnahme der steuergünstigen Exit-Tax, die vor allem zu Beginn ein erheblicher Anreiz für die Einbringung von Immobilien sein wird, ist die erfolgte Registrierung Voraussetzung, die ohne hinreichenden Immobilienbestand allerdings nicht vorgenommen wird. Es sollte daher insgesamt darauf verzichtet werden, dass ein Vor-REIT die Voraussetzungen des § 12 zu erfüllen hat.

Unser Vorschlag für die Formulierung von § 2 lautet danach wie folgt:

„Ein Vor-REIT ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes,

- 1. deren Unternehmensgegenstand im Sinne des § 1 Abs. 1 beschränkt ist, und*
- 2. die beim Bundeszentralamt für Steuern registriert ist.*

Der Anmeldung zur Registrierung beim Bundeszentralamt für Steuern ist ein Nachweis über die Voraussetzung gemäß Satz 1 Nr. 1 beizufügen.“

Sofern unserem Vorschlag hinsichtlich des Verzichts auf die Einhaltung von § 12 und der entsprechenden Prüfungspflicht nicht gefolgt werden sollte oder eine Prüfungspflicht außerhalb der Jahresabschlussprüfung festgelegt werden soll, sollte eine Regelung zur Beschränkung der Haftung für den beauftragten

Seite 16/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Wirtschaftsprüfer bzw. die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (analog zu der Terminologie im HGB) aufgenommen werden. Der Umfang der Prüfung und der Bescheinigung entspricht etwa dem einer Jahresabschlussprüfung, so dass ein Verweis auf die Regelung des § 323 HGB sachgerecht ist.

E. Sonstige Hinweise

§ 1 Absatz 1 Unternehmensgegenstand

Das Gesetz sieht vor, dass die REIT-Aktiengesellschaft neben der Direktanlage in unbewegliches Vermögen auch Anteile an Auslandsobjektgesellschaften sowie an REIT-Dienstleistungsgesellschaften halten kann. Dies sollte sich auch im Unternehmensgegenstand widerspiegeln. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Gründung von Vorratsgesellschaften als Vorstufe für Auslandsobjektgesellschaften nicht eingeschränkt wird. Bei Vorratsgesellschaften handelt es sich üblicherweise um Gesellschaften, deren einziger Vermögensgegenstand Bankguthaben in Höhe des Gegenwertes des eingezahlten Kapitals ist. Diese Gesellschaften würden die Definition der Auslandsobjektgesellschaft nicht erfüllen.

§ 3 Absatz 3 Definition der Auslandsobjektgesellschaft

Einer Auslandsobjektgesellschaft dürfen ausschließlich im Ausland belegene Grundstücke gehören. Sollte die Gesellschaft nur einen einzigen weiteren Vermögensgegenstand besitzen, dürfte die Objektgesellschaft von der REIT-Aktiengesellschaft nach dem Wortlaut nicht erworben werden. Um dem Wesentlichkeitsprinzip Rechnung zu tragen, halten wir es für sinnvoll, eine Grenze von ca. 10 % für Vermögensgegenstände zuzulassen, die nicht dem Begriff des unbeweglichen Vermögens entsprechen.

Unser Vorschlag für einen geänderten § 3 Abs. 3 lautet:

„Auslandsobjektgesellschaften sind Kapitalgesellschaften, deren sämtliche Anteile von der REIT-Aktiengesellschaft gehalten werden und in deren Eigentum zum Anschaffungszeitpunkt mindestens zu 90 % außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes belegenes unbewegliches Vermögen mit Ausnahme von Bestandsmietwohnimmobilien steht.“

§ 3 Absatz 7 Definition von Vermögensgegenständen

In § 3 Abs. 7 werden Vermögensgegenstände abweichend vom handelsrechtlichen Begriff einschränkend durch abschließende Aufzählung bestimmter Arten von Vermögensgegenständen definiert. Hierzu sollen sogar Verbindlichkeiten gehören.

Nach der Gesetzesbegründung soll die REIT-Aktiengesellschaft ausschließlich in solche Vermögensgegenstände investieren dürfen. Eine solche Regelung fin-

Seite 17/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

det sich nicht im Gesetz; der definierte Begriff wird auch sonst in keiner Vorschrift des REITG aufgegriffen. Streng genommen ist auch nicht ersichtlich, warum die AG nur in die genannten Vermögensgegenstände investieren dürfen soll, solange überwiegend direkt oder indirekt Immobilien gehalten werden. Es sollte z.B. möglich sein, zur Absicherung von Pensionsverpflichtungen für Mitarbeiter der REIT-Aktiengesellschaft Anteile von Investmentfonds kaufen zu können. Vermögensgegenstände, die sich aus administrativen Tätigkeiten ergeben, wie z.B. Reisekostenvorschüsse für Mitarbeiter, Geschäftsausstattung eigengenutzter Büros, PKW, Hardware und Software für die Buchhaltung der Aktiengesellschaft sind ebenfalls nicht erfasst. Darüber hinaus fehlen die Beteiligungen an Auslandsobjektgesellschaften und REIT-Dienstleistungsgesellschaften.

Wir regen daher an, § 3 Abs. 7 zu streichen.

§ 3 Absatz 8 Definition des unbeweglichen Vermögens

Das in der o.g. Vorschrift definierte unbewegliche Vermögen umfasst Grundstücke (Grund und Boden mit damit fest verbundenen Sachen, wie Gebäuden und Pflanzen) und grundstücksgleiche Rechte (z.B. Erbbaurecht, Bergwerkseigentum). Zu ergänzen sind Bauten auf fremden Grundstücken (siehe z.B. § 266 Abs. 2 II 1 HGB).

Unklar ist die Behandlung von anderen mit (fremdem) Grund und Boden fest verbundenen Sachen (§ 94 BGB), wie z.B. Schienennetze, Gas- und Wasserleitungssysteme, die nicht ohne erheblichen Wertverlust vom Grund und Boden getrennt werden können. Diesbezüglich sollte eine eindeutige Regelung in das Gesetz aufgenommen werden.

Sofern zulässigerweise von der REIT-Aktiengesellschaft auch Minderheitsbeteiligungen (Beteiligungen an Immobilienpersonengesellschaften, die nicht voll konsolidiert werden) gehalten werden, sollten diese ebenfalls ganz oder anteilig zum unbeweglichen Vermögen gerechnet werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sie, obwohl sie zu einem hohen Anteil in unbewegliches Vermögen im o.g. Sinne investiert sind, auf die Grenze des § 12 Abs. 1 und 2 nicht angerechnet werden. Für Beteiligungen an Tochtergesellschaften gilt das nicht, da sie, wenn unserem Vorschlag zu § 12 gefolgt wird, bei der Vollkonsolidierung nicht mehr als solche ausgewiesen werden und an ihre Stelle die von diesen gehaltenen Vermögenswerte treten.

Daneben ist die Investition von Rücklagen gemäß § 13 Abs. 5 des Entwurfes auf Direktinvestitionen beschränkt. Es sollte jedoch auch zulässig sein, den Erwerb von unbeweglichem Vermögen über Auslandsobjektgesellschaften oder

Seite 18/18 zum Schreiben vom 12.1.2007 an das Bundesministerium der Finanzen

Immobilienpersonengesellschaften vorzunehmen. Dies könnte jedoch auch über eine Ergänzung von § 13 Abs. 5 klargestellt werden.

Wir empfehlen, § 3 Abs. 8 wie folgt neu zu fassen:

„Unbewegliches Vermögen sind Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte, vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten sowie Bauten, einschließlich Bauten auf fremden Grundstücken. Zum unbeweglichen Vermögen rechnen auch Beteiligungen an Immobilienpersonengesellschaften, sofern diese nicht bei der Aufstellung eines Konzernabschlusses nach § 315a HGB voll zu konsolidieren sind.“

Wenn unserem Vorschlag für die Ergänzung von § 3 Abs. 8 gefolgt wird, ist § 12 Abs. 2 um die Erträge aus Beteiligungen i.S.v. § 3 Abs. 8 Satz 2 zu ergänzen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Naumann

Hamannt, RA
Fachleiter Steuern und Recht