

WOLFGANG TISCHBIREK

Die REIT-LP

Fallstudie eines international-steuerrechtlichen Chamäleons

I. Aufgabenstellung

Grenzüberschreitende Investitionen in Rechtsformen, deren Erträge in den beteiligten Staaten steuerlich unterschiedlich eingeordnet werden, bieten Gelegenheit, die komplexen Probleme des Ineinandergreifens (häufig leider: des Aneinander-Vorbeigreifens) der betroffenen nationalen Rechte und anwendbaren DBA(s) im Einzelfall zu analysieren und – im Interesse des Mandanten mit möglichst eindeutigem, sicherem Ergebnis – zu lösen. Mit dem Wunsch, dass dies gelingen möge, soll folgender Fall untersucht werden:

Deutschen Investoren – natürlichen Personen – werden Beteiligungen an einer US-amerikanischen Limited Partnership („LP“) angeboten, die in den USA gelegene Immobilien hält. In der Werbebroschüre wird dargelegt, die LP lasse sich in den USA steuerlich als Real Estate Investment Trust („REIT“) behandeln, weshalb gerade auch für deutsche Anleger die Gesamtsteuerbelastung besonders günstig sei. Ein in Deutschland ansässiger potentieller Investor möchte wissen, ob das stimmt.

Der Fall – kurz und auf den ersten Blick scheinbar simpel – löst schon beim zweiten Hinsehen ein paar Überraschungen und Fragen aus. Eine Limited Partnership – also eine Personengesellschaft – als REIT (den gibt es doch bei uns nur als Aktiengesellschaft)? Geht das? Und was kommt in den USA steuerlich dabei heraus? Wird das deutsche Steuerrecht die US-amerikanische Einordnung nachvollziehen? Was sagt das deutsch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen („DBA USA“) dazu? Und schließlich: Gibt es einen steuergünstigen „exit“ aus dem Investment? Ganz simpel ist der Fall in der Tat nicht. Nähern wir uns Schritt für Schritt:

II. Laufende Besteuerung

1. Besteuerung in den USA

a) REIT-LP

aa) Voraussetzungen für eine Behandlung als REIT

Das Ansinnen, eine Personengesellschaft (LP) als REIT zu behandeln, mutet zunächst eigenartig an, einerseits weil man wohl an die gerade eingeführte deutsche Regelung denkt, nach der ausschließlich börsennotierte Aktiengesellschaften

REITs sein können,¹ andererseits weil der bedeutungsschillernde Ausdruck „Trust“ zwar viele Assoziationen weckt, nicht aber unbedingt die einer Personengesellschaft. Tatsächlich ist der REIT in den USA (insofern ebenso wie in Deutschland) keine eigenständige Gesellschaftsrechtsform, sondern lediglich eine (optionale) steuerliche Sonderregelung. Anders als in Deutschland kann diese dort aber von Gesellschaften unterschiedlichster Rechtsformen in Anspruch genommen werden (nicht nur etwa von Trusts),² also auch von Personengesellschaften in der Rechtsform der Limited Partnership³ – wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. So kann die Option für die Behandlung als REIT nur ausgeübt werden, wenn der betreffende Rechtsträger ohne die Option wie eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft besteuert würde.⁴ Das kann eine (an sich steuerlich transparente) US-Partnership (Personengesellschaft) dadurch erreichen, dass sie die sogenannte „check-the-box election“ für die Besteuerung als Kapitalgesellschaft ausübt;⁵ ferner muss – und das ist, weil es um eine LP geht, besonders zu beachten – die Gesellschaft so verfasst sein, dass Beteiligungen an ihr ohne Einschränkungen übertragbar sind;⁶ in dieser Hinsicht wird die Satzung der LP von dem bei Personengesellschaften auch in den USA üblichen Leitbild abweichen und „free transferability“ der Beteiligungen vorsehen müssen, was im Rahmen der maßgeblichen Gesellschaftsstatuten der Einzelstaaten zumeist möglich sein dürfte. Soweit dieses Leitbild von Personengesellschaften bestimmt wird, die nur aus einigen wenigen Gesellschaftern bestehen (d. h. „closely held“ sind), muss darüber ohnehin hinweggegangen werden, weil ein REIT – nach Ablauf des Jahres der Gründung – mindestens 100 Gesellschafter aufweisen muss,⁷ von denen die fünf größten zusammen nicht mehr als die Hälfte des Gesellschaftskapitals halten dürfen.

Weitere Anforderungen für die REIT-Behandlung beziehen sich unter anderem auf die Organisation, die Tätigkeit sowie die Zusammensetzung des Vermögens und der Einkünfte der betreffenden Gesellschaft. So muss etwa ihr Vermögen zu mindestens 75 % aus Grundvermögen (einschließlich Grundpfandrechten und Anteilen an anderen REITs), Cash oder Regierungsanleihen bestehen; ihre Einkünfte aus diesen Vermögenswerten zuzüglich Dividenden, Zinsen und nichtgewerblicher Veräußerungsgewinne müssen 95 % ihrer Bruttoeinnahmen ausmachen.⁸ Diese – und weitere – Anlage- und Einnahmeschwellen sowie weitgehende Tätigkeitsbegrenzungen⁹ sollen verhindern, dass ein REIT anderen

¹ § 1 Abs. 1 Satz 1 REITG (Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen v. 28. 5. 2007, BGBl. I 2005, 914).

² Sec. 856 (a) IRC: „[. . .] the term real estate investment trust means a corporation, trust, or association [. . .].“

³ Vgl. *Stoschek/Dammann*, IStR 2006, 403 (404).

⁴ Sec. 856 (a) (3) IRC.

⁵ Treas. Reg. § 301.7701 – 3 (c) (1) (i).

⁶ Sec. 856 (a) (2) IRC.

⁷ Sec. 856 (a) (5), (6) IRC; auch in Deutschland gibt es derartige Publikumsgesellschaften (z. T. mit vierstelligen Gesellschafterzahlen) in der Rechtsform der GmbH & Co. KG.

⁸ Sec. 856 (c) IRC.

⁹ Näher dazu s. *Völkens/Panzer*, IStR 2005, 104 (106).

wesentlichen wirtschaftlichen Aktivitäten als der Investition in Immobilien nachgehen kann.

bb) Besteuerung der REIT-LP

Die Technik, der sich das US-amerikanische Steuerrecht für die Privilegierung des REIT bedient, ist eine andere als die in Deutschland für den G-REIT vorgesehene Steuerbefreiung.¹⁰ Der US-REIT wird grundsätzlich als Kapitalgesellschaft besteuert und unterliegt selbst der Körperschaftsteuer – bei Personengesellschaften muss diese Ausgangslage, wie dargelegt, zunächst durch entsprechende Ausübung der „check-the-box election“ hergestellt werden. Bemessungsgrundlage für die Besteuerung ist jedoch eine besondere Größe („real estate investment trust taxable income“), die durch eine Reihe von Korrekturen von dem nach den allgemeinen Vorschriften ermittelten steuerpflichtigen Einkommen („taxable income“) abgeleitet wird.¹¹ Die wichtigste dieser Korrekturen besteht in Folgendem: Der US-REIT ist verpflichtet, jährlich mindestens 90 % des steuerpflichtigen REIT-Einkommens („real estate investment trust taxable income“) an seine Gesellschafter auszuschütten.¹² Diese Ausschüttungen sind als „dividends-paid deductions“ bei der Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage des REIT abzugsfähig. Zu versteuern hat der REIT dann nur noch das thesaurierte Resteinkommen. Schüttet er seinen ganzen Gewinn aus, kann er im Ergebnis eine nahezu¹³ vollständige Steuerbefreiung für sich selbst erreichen.

b) Besteuerung des deutschen Gesellschafters

aa) Nationales US-Recht: Dividenden oder Capital Gains

Nach dem innerstaatlichen Recht der USA werden Gewinnausschüttungen eines US-REIT – solche von Personengesellschaften nach entsprechender „check-the-box election“ – grundsätzlich als Dividenden behandelt. Dies gilt jedenfalls, soweit laufendes Einkommen („ordinary income“) des REIT für die Ausschüttungen verwendet wird. Dieses kann etwa aus der Vermietung der von dem REIT gehaltenen Immobilien oder aus Liquiditätsanlagen des REIT herrühren. Solche aus laufendem Einkommen stammenden und deshalb als Dividenden zu behandelnden Ausschüttungen unterliegen nach dem innerstaatlichen Recht der USA einer Quellensteuer mit abgeltender Wirkung in Höhe von 30 %.¹⁴

Ein vollkommen anderes Besteuerungsregime wird jedoch auf Ausschüttungen angewandt, die aus Gewinnen stammen, welche der REIT aus der Veräußerung langfristige (d. h. für mehr als ein Jahr) gehaltenen Grundvermögens oder Rechten daran („US real property interest“) erzielt hat. Solche Ausschüttungen werden nicht als Dividenden behandelt, sondern behalten ihren Charakter als

¹⁰ § 16 Abs. 1 REITG (vgl. Fn. 1).

¹¹ Sec. 857 (b) (2) IRC.

¹² Sec. 857 (a) (1) (A) IRC.

¹³ Einige wenige Ausnahmen, die zwingend zu einer Besteuerung bestimmter Einkommenselemente führen, sind in Sec. 857 IRC aufgeführt; s. auch *Stoschek/Dammann*, IStR 2006, 403 (405).

¹⁴ Sec. 871 (a) (1) (A).

Veräußerungsgewinne bei (sog. „capital gains dividends“) und fallen unter die Regeln des Foreign Investment in Real Property Tax Act („FIRPTA“).¹⁵ Folglich unterliegen sie in den USA der Nettobesteuerung als Einkünfte aus Geschäftstätigkeit („trade or business“) und werden vorab – statt mit einer abgeltenden Dividenden-Quellensteuer – mit einer auf die endgültige US-Steuerschuld des Investors anrechenbaren Abzugsteuer in Höhe von 35 % belastet.¹⁶ Eine Rückausnahme von dieser Behandlung – und die Rückkehr zur Regelbesteuerung als Dividende – gilt für Ausschüttungen auf Anteile eines in den USA börsennotierten REIT, wenn der ausländische Anteilseigner während des der Ausschüttung vorangegangenen Jahres zu keinem Zeitpunkt zu mehr als 5 % an dem REIT beteiligt war. Vorteil dieser Rückausnahme ist die geringere Quellensteuer, vor allem aber auch der Wegfall der Pflicht, in den USA eine Steuererklärung für die FIRPTA-Einkünfte abzugeben.¹⁷ Für einen als Limited Partnership errichteten REIT kommt diese Rückausnahme wegen der Börsenklausel nicht in Betracht.

bb) Beschränkung der US-Besteuerung durch das DBA USA

Der REIT ist – auch in der Rechtsform der LP – im Rahmen des DBA USA selbständig abkommensberechtigt: Er ist eine „Gesellschaft“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. e DBA USA, weil er aufgrund der „check-the-box election“ für die Besteuerung wie eine juristische Person behandelt wird. Die Tatsache, dass das Einkommen eines REIT in Folge des Abzugs der Ausschüttungen von der Bemessungsgrundlage häufig nicht besteuert wird, steht seiner Abkommensberechtigung nicht entgegen.¹⁸

Soweit die Ausschüttungen nach innerstaatlichem US-Recht als Dividenden behandelt werden, bleibt diese Einordnung auch für das DBA maßgebend, weil dessen Dividenden-Definition sich – wie international üblich – nach dem Recht des Quellenstaats der Ausschüttungen richtet.¹⁹ Für diese Ausschüttungen reduziert das DBA die (abgeltende) US-Quellensteuer auf 15 %, vorausgesetzt, der die Ausschüttung beziehende deutsche Gesellschafter ist eine natürliche Person und zu weniger als 10 % an dem REIT beteiligt; in allen anderen Fällen gilt die Quellensteuerbegrenzung nicht, so dass die USA ihre Dividenden-Quellensteuer in voller Höhe (30 %) erheben können.²⁰ In dem hier zu untersuchenden Fall greift die Begrenzung auf 15 %.

¹⁵ Sec. 857 (d) (3) (F) i.V.m. Sec. 897 (h) (1) IRC; s. auch *Rehm/Lindauer*, IStR 2002, 253 (255).

¹⁶ Secs. 861 (a) (5), 897 (h) (1), 1445 IRC; *Wolff*, in: *Debatin/Wassermeyer*, DBA, Stand: Januar 2007, DBA USA, Art. 10 Rn. 108.

¹⁷ *Stoschek/Dammann*, IStR 2006, 403 (405).

¹⁸ *Wolff*, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), DBA USA, Art. 3 Rn. 26.

¹⁹ Art. 10 Abs. 4 DBA USA. Das wird auch nach dem am 1. Juni 2006 unterzeichneten, aber derzeit noch nicht ratifizierten Änderungsprotokoll zum DBA USA („ÄndProt“) so bleiben (danach Art. 10 Abs. 5).

²⁰ Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b, Satz 3 DBA USA. Das ÄndProt wird den Kreis der quellensteuerprivilegierten Empfänger von REIT-Dividenden unter eng limitierten Voraussetzungen auf juristische Personen erweitern (Art. 10 Abs. 4 Satz 3 nF). Die Quellensteuer wird jedoch auch dann auf max. 15 % reduziert; weitergehende Ermäßigungen, die das DBA (a. F. und n. F.) für Schachteldividenden vorsieht, werden REIT-Gesellschaftern weiterhin verwehrt bleiben.

Soweit die Ausschüttungen nach dem innerstaatlichen Recht der USA nicht als Dividenden, sondern als der Nettobesteuerung zu unterwerfende Veräußerungsgewinne („capital gains dividends“) eingeordnet werden, sind sie wegen der Maßgeblichkeit des Rechts des Quellenstaats auch abkommensrechtlich keine Dividenden, sondern Veräußerungsgewinne, die wegen ihrer Grundstücksbezogenheit im Staat der Belegenheit dieser Grundstücke, also hier in den USA, uneingeschränkt besteuert werden können.²¹ Insoweit bleibt es also in den USA bei der Nettobesteuerung und der anzurechnenden Vorab-Abzugsteuer in Höhe von 35 %.

Soweit die Gewinnausschüttungen des REIT dagegen aus anderen Veräußerungsgewinnen stammen, also etwa aus Wertpapierverkaufs-Erfolgen, sieht das DBA keine Besteuerung durch die USA vor, so dass nur Deutschland als Wohnsitzstaat des Empfängers diese Ausschüttungen besteuern darf.²²

2. Besteuerung des Gesellschafters in Deutschland

a) Nationales deutsches Recht

Für die Diskussion der steuerlichen Behandlung in Deutschland ist vorab zu klären, ob die REIT-LP ein „ausländisches Investmentvermögen“ im Sinne von § 2 Abs. 8 und 9 InvG darstellt, auf das die Sondervorschriften des InvStG als „lex specialis“ anzuwenden wären. Zwar gilt für ausländische Investmentvermögen grundsätzlich ein sog. materieller Investmentbegriff, d. h., die Rechtsform spielt eigentlich keine Rolle, sondern lediglich die Frage, ob es sich um ein „ausländischem Recht unterstehendes Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage“ handelt, „das nach dem Grundsatz der Risikomischung [. . .] angelegt“ ist.²³ Das könnte bei dem hier zu besprechenden REIT durchaus der Fall sein, nämlich dann, wenn er mehr als drei Grundstücke in seinem Vermögen hielte. Der Sachverhalt schweigt sich darüber aus. Es kann für unsere Diskussion auch dahingestellt bleiben, weil die Finanzverwaltung in einem Akt der Selbstbeschränkung zur Praktikabilität den uferlos weiten materiellen Investmentbegriff restriktiv in Richtung auf einen formellen Investmentbegriff hin auslegt und u. a. ausländische Personengesellschaften (mit Ausnahme bestimmter Typen von Hedgefonds) vom Begriff des „ausländischen Investmentvermögens“ und damit gleich ganz aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausnimmt.²⁴

Nach deutschem Recht ist der steuerlich relevante Vorgang nicht die Ausschüttung von Gewinnen durch die REIT-LP, sondern deren Erzielung. Als Personengesellschaft ist die REIT-LP zwar „Subjekt der Gewinnerzielung, Gewinnermittlung und Einkünftequalifikation“, zuzurechnen ist das auf der Ebene der Gesellschaft erzielte, ermittelte und qualifizierte Ergebnis aber anteilig und un-

²¹ Art. 13 Abs. 1, 2 Buchst. a DBA USA.

²² Art. 13 Abs. 5 DBA USA; *Wolff*, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), DBA USA, Art. 10 Rn. 108.

²³ § 1 Abs. 1 Satz 2 InvG; BMF v. 2. 6. 2005, BStBl. I 2005, 728 Tz. 3.

²⁴ BMF v. 2. 6. 2005, BStBl. I 2005, 1 Tz. 6, 8 Satz 1.

mittelbar den Gesellschaftern als alleinigen Steuersubjekten.²⁵ Die nach US-Steuerrecht vorgenommene „check-the-box election“ zugunsten einer steuerlichen Behandlung als Kapitalgesellschaft ist für das deutsche Steuerrecht unerheblich; hier kommt es nur darauf an, dass bei einem Rechtstypenvergleich²⁶ die Limited Partnership in ihrer rechtlichen Struktur einer deutschen Personengesellschaft eher entspricht als einer Kapitalgesellschaft. Ist dies der Fall, stellen die „Ausschüttungen“ der REIT-LP aus deutscher Sicht lediglich steuerlich irrelevante Entnahmen dar. Für die weitere Diskussion wird hier unterstellt, dass die REIT-LP die von ihr erzielten Gewinne voll und noch in demselben Veranlagungszeitraum an ihre Gesellschafter „ausschüttet“, so dass von Komplikationen durch Teil-Thesaurierungen oder zeitliche Verschiebungen im Folgenden abgesehen werden kann.

Nicht abgesehen werden kann allerdings von der Feststellung der Einkunftsart. Die Einkünfte der REIT-LP dürften ihrer Natur nach in erster Linie solche aus Vermietung und Verpachtung (und, im Rahmen der Liquiditätsreserve, solche aus Kapitalvermögen) sein, jedenfalls aus vermögensverwaltender Tätigkeit stammen, schon weil die LP als REIT eine darüber hinausgehende Aktivität von Rechts wegen nicht entfalten darf. Es braucht aber nicht näher analysiert zu werden, ob sie diese Beschränkungen tatsächlich einhält oder ob sich aus Randunschärfen bei der Bestimmung der im Einzelnen zulässigen Tätigkeiten vielleicht doch eine gewerbliche „Einfärbung“²⁷ der REIT-LP-Einkünfte aus deutscher Sicht ergibt, weil die Gesellschaft durch ihre Komplementärin, die juristische Person ist, und durch die Abwesenheit eines zur Geschäftsführung befugten Kommanditisten, zu dessen Installierung als Reaktion auf das deutsche Steuerrecht der deutsche Einfluss bei der Strukturierung eines US-Fonds meist – so auch hier – nicht ausreicht, gewerblich „geprägt“ ist und infolgedessen ihre sämtlichen Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb bezieht.²⁸ Die Qualifikation der Einkünfte auf Gesellschaftsebene bleibt auf Gesellschafterebene erhalten. Sie gilt nach deutschem innerstaatlichem Recht gleichermaßen für Vermietungs- und Kapitaleinkünfte wie für kurz- und langfristige Veräußerungsgewinne, welche die REIT-LP erzielt; die nach US-Recht vorzunehmenden Unterscheidungen sind dem deutschen Recht, jedenfalls im Rahmen der gewerblichen Einkünfte, fremd.

b) Beschränkung der deutschen Besteuerung durch das DBA USA?

Für die Anwendung des DBA durch die deutsche Seite muss der „Zusammenwurf“ aller Arten von Einkünften der REIT-LP zu der einheitlichen Qualifikation als gewerbliche Einkünfte wieder aufgelöst werden.²⁹ Ob Deutschland als

²⁵ BFH v. 3. 7. 1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (621).

²⁶ Vgl. BFH v. 17. 12. 1997 – I R 34/97, BStBl. II 1998, 296 (297); *Schnittker/Lemaitre*, FR 2003, 485.

²⁷ § 15 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 EStG.

²⁸ § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG.

²⁹ Art. 7 Abs. 6 DBA USA.

Wohnsitzstaat des Einkünftebeziehers bei seiner Besteuerung irgendwelchen Beschränkungen unterliegt (und ggf. welchen), ergibt sich dann aus Art. 23 Abs. 2 DBA USA (ggf. i.V.m. einschlägigen Bestimmungen des Protokolls und weiteren Vereinbarungen zu diesem DBA), der auf die jeweils anwendbare Verteilungsnorm Bezug nimmt.

aa) Vermietungseinkünfte

Nicht maßgeblich für die deutsche Seite ist die Behandlung aus Vermietungseinkünften gespeister Ausschüttungen des REIT als Dividenden durch die USA. Zwar ist umstritten, ob Deutschland als Wohnsitzstaat der Qualifikation bestimmter Einkünfte als Dividenden durch die USA als Quellenstaat zu folgen hat und diese Einkünfte – abkommensrechtlich – ebenfalls als Dividenden behandeln muss³⁰ oder ob die Qualifikation seitens der USA Deutschland als Wohnsitzstaat nur hinsichtlich eines Quellensteuerrechts der USA, sonst aber nicht bindet.³¹ Diese Grundsatzfrage braucht im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht beantwortet zu werden, weil es bei einer REIT-Personengesellschaft für Deutschland als Wohnsitzstaat nicht um die Qualifikation der Ausschüttungen (diese sind als Entnahmen steuerlich irrelevant), sondern um die Einordnung der Einkünfte der REIT-LP geht. Aus diesem Grunde ist auch eine Verwaltungsvereinbarung zum „alten“ DBA USA von 1954, die für das DBA 1989 fortgilt,³² nicht einschlägig.³³

Vermietungseinkünfte der REIT-LP können in den USA besteuert werden (dort werden sie allerdings – durch das Zusammenspiel von nationalem US-Recht und DBA – lediglich im Rahmen der auf 15 % reduzierten Dividenden-Quellensteuer erfasst, s. oben II. 2. b) bb).³⁴ Sie sind demnach an sich (unter Progressionsvorbehalt) von deutschen Steuern befreit.³⁵ Ab hier muss für den weiteren Gang der Argumentation zwischen der derzeit geltenden Fassung des DBA („DBA 1989“) und der Fassung unter Berücksichtigung des Änderungsprotokolls („DBA 2006“), dessen Ratifizierung in Kürze zu erwarten ist, unterschieden werden:

(1) DBA 1989

Das DBA 1989 enthält auf Wohnsitzstaatseite keine ausdrückliche negative Sonderregelung für REIT-Einkünfte. Die Steuerfreistellung für laufende Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, zu denen es im Zusammenhang mit einem REIT

³⁰ So *Tischbirek*, in: *Vögel/Lehmer*, DBA, 4. Aufl. 2003, Art. 10 Rn. 184; ähnlich, aber weiter differenzierend *Wassermeyer*, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), OECD-MA, Art. 10 Rn. 91a, 91b, 119.

³¹ So *Wölff*, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), DBA USA, Art. 7 Rn. 80, Art. 10 Rn. 138.

³² FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass v. 25. 4. 1968, S 1301 – USA 24 – V B 1, DB 1968, 780.

³³ Fraglich ist ohnehin auch, ob ein REIT eine „Kapitalanlagegesellschaft“ im Sinne dieses Erlasses ist oder ob mit dieser Bezeichnung nur Sondervermögen von Kapitalanlagegesellschaften, d. h. Investment-Fonds, gemeint sind.

³⁴ Art. 6 DBA USA.

³⁵ Art. 23 Abs. 2 Buchst. a Sätze 1 und 2 DBA USA.

nur kommen kann, wenn der REIT eine steuerlich transparente Personengesellschaft ist (anderenfalls kommen diese Einkünfte in Deutschland immer als Dividenden an), bleibt also zunächst erhalten. Auch Nr. 21 des Protokolls zum DBA 1989 ist nicht einschlägig, weil weder ein Qualifikations- noch ein Zurechnungskonflikt gegeben ist. Ferner hat Deutschland den USA durch eine Note zum DBA 1989

„[...] zur Kenntnis gebracht, dass die Regierung der Bundesrepublik Deutschland beabsichtigt, die Doppelbesteuerung von in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Personen im Zusammenhang mit bestimmten Ausschüttungen, die diese Personen von Gesellschaften der Vereinigten Staaten beziehen, durch Steueranrechnung nach Art. 23 Abs. 2 Buchst. b (Vermeidung der Doppelbesteuerung) und nicht durch Steuerbefreiung nach Abs. 2 Buchst. a zu vermeiden. Bei den im vorhergehenden Satz genannten Ausschüttungen handelt es sich um [...] Ausschüttungen von Beträgen, wenn die Ausschüttung selbst bei der Ermittlung der Gewinne der ausschüttenden Gesellschaften für Zwecke der Steuer der Vereinigten Staaten abgezogen worden ist.“³⁶

Auch diese Note trifft den vorliegenden Fall nicht, weil auch sie lediglich auf die Behandlung von Ausschüttungen Bezug nimmt, nicht aber auf die nach deutschem Steuerrecht allein zu erfassenden Einkünfte auf der „Eingangsseite“ der REIT-LP.

(2) DBA 2006

Das DBA USA in der Fassung des Änderungsprotokolls 2006 nimmt „Dividenden, die von [...] einem Real Estate Investment Trust (REIT) der Vereinigten Staaten gezahlt werden, sowie Ausschüttungen, die von der ausschüttenden Gesellschaft für Zwecke der Steuer der Vereinigten Staaten abgezogen werden können“, ausdrücklich von der Steuerfreistellung in Deutschland aus.³⁷ Es enthält aber weder eine Sonderregelung für (laufende) Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen allgemein, noch für solche, die von einem REIT bezogen werden.

In das DBA 2006 soll jedoch eine Bestimmung neu aufgenommen werden, nach der in bestimmten Fällen das durch Steuerfreistellung (bis auf den Progressionsvorbehalt) grundsätzlich aufgegebene Besteuerungsrecht wieder an Deutschland „zurückfällt“ mit der Folge, dass eine eventuelle Doppelbesteuerung lediglich durch die Anrechnungsmethode gemildert bzw. vermieden, d. h. eine Steuerbelastung mindestens auf dem deutschen Steuerniveau hergestellt wird.³⁸ Damit wird eine Regelung bilateral vereinbart, die von Deutschland mit ähnlichem Inhalt bereits mit Wirkung vom Beginn des Jahres 2007 unilateral in das Gesetz eingeführt wurde und ohne die bilaterale Untermauerung einen „treaty override“ bewirken würde.³⁹ Die bilaterale Rückfallklausel greift zugunsten eines Wiederauflebens der deutschen Besteuerung ein, wenn die USA

³⁶ Abgedruckt bei Wolff, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), DBA USA, Art. 23 S. 5 f.

³⁷ Art. 23 Abs. 3 Buchst. a Satz 4 DBA 2006.

³⁸ Art. 23 Abs. 4 Buchst. b DBA 2006; „Rückfallklausel“. Bei – hier nicht zu befürchtenden – Anrechnungsüberhängen kann auch eine noch höhere Gesamtsteuerbelastung entstehen.

³⁹ § 50 Abs. 9 EStG; s. dazu *Grotherr*, IStR 2007, 265; *Urbahns*, INF 2007, 336.

- aufgrund ihrer Anwendung des DBA bestimmte Einkünfte von der Besteuerung ausnehmen,
- eine der Dividenden-Quellensteuerermäßigungen des Art. 10 Abs. 2 oder 3 anwenden oder
- die Einkünfte nach dem DBA besteuern könnten, durch ihr innerstaatliches Recht jedoch daran gehindert werden.

Keiner dieser Tatbestände passt auf den Fall der laufenden Einkünfte einer REIT-LP aus unbeweglichem Vermögen:

- Die USA nehmen die laufenden Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen nicht von der Besteuerung aus, und schon gar nicht aufgrund des DBA; nur entsteht durch die Abzugsfähigkeit der Ausschüttungen im Ergebnis kein oder nur ein geringer Steueranspruch.
- Zwar wenden die USA die Dividenden-Quellensteuerermäßigung gemäß Art. 10 Abs. 2 Buchst. b auf Ausschüttungen des REIT an zu weniger als 10 % an ihm beteiligte natürliche Personen an; für die deutsche Besteuerung sind wegen der Rechtsform des REIT als LP jedoch nicht die Ausschüttungen relevant, sondern die – davon strikt zu trennenden – Einkünfte des REIT.
- Noch einmal: Die USA können Einkünfte des REIT aus unbeweglichem Vermögen besteuern und tun dies in Übereinstimmung mit ihrem innerstaatlichen Recht auch. Werden nicht alle Gewinne ausgeschüttet, sondern etwa nur die vorgeschriebene Mindestsumme von 90 %, wird deutlich, dass eine – wenn auch niedrige – Steuerlast verbleibt.

Auch die unilaterale deutsche Rückfallklausel⁴⁰ führt zu keinem anderen Resultat, weil auch sie auf die unterschiedlichen Mechanismen der Einkommensermittlung eines REIT in der Rechtsform einer Personengesellschaft in den beiden beteiligten Staaten nicht eingerichtet ist.

Auch nach dem DBA 2006 bleibt es somit bei der Freistellung der laufenden Einkünfte der REIT-LP aus unbeweglichem Vermögen von deutschen Steuern.

bb) Laufende Einkünfte aus der Liquiditätsreserve

Als Einkünfte der REIT-LP aus der Liquiditätsreserve kommen Zinsen und u. U. Streubesitz-Dividenden in Betracht. Beide sind – auch nach dem DBA – vom deutschen Gesellschafter anteilig in Deutschland zu versteuern, wobei die USA von den Zinsen gar keine und auf die Dividenden eine Quellensteuer lediglich in Höhe von 15 % des Bruttobetrages erheben dürfen.⁴¹

cc) Gewinne aus der Veräußerung von US-Grundvermögen

Solche Gewinne der REIT-LP können nach dem DBA in den USA besteuert werden;⁴² die USA erfassen sie – ohne Einschränkung durch das DBA – als „capital gains dividends“ mit der Nettosteuerung des Gesellschafter und einer

⁴⁰ Siehe die vorige Fn.

⁴¹ Art. 10 Abs. 1, 2 Satz 1 Buchst. b DBA USA (Dividenden); Art. 11 Abs. 1 DBA USA (Zinsen); jeweils i.V.m. Art. 23 Abs. 2 Buchst. b DBA USA (DBA 2006: Art. 23 Abs. 3 Buchst. b).

⁴² Art. 13 Abs. 1, 2 DBA USA.

anzurechnenden Vorab-Abzugsteuer in Höhe von 35 %;⁴³ sie behalten dabei ihren Charakter als Veräußerungsgewinne. In Deutschland als Wohnsitzstaat des Gesellschafters sind sie von der Besteuerung freigestellt.⁴⁴ Wegen der steuerlichen Behandlung dieser Gewinne in den USA stellen sich hier die Probleme nicht, die im Zusammenhang mit den laufenden Vermietungseinkünften der REIT-LP zu diskutieren waren.⁴⁵

dd) Sonstige Veräußerungsgewinne

Gewinne, welche die REIT-LP aus der Veräußerung von sonstigen Vermögensgegenständen, insbesondere solchen der Liquiditätsreserve erzielt, können nach dem DBA in den USA nicht besteuert werden und werden daher ausschließlich in Deutschland steuerlich erfasst.⁴⁶

3. Zwischenergebnis

Ein US-REIT ist verpflichtet, jährlich mindestens 90 % seines steuerpflichtigen Einkommens an seine Gesellschafter auszuschütten; er kann diese Ausschüttung bei seiner steuerlichen Einkommensermittlung abziehen.

Soweit die Ausschüttung laufende (z. B. Vermietungs-)Einkünfte enthält, ist die US-amerikanische Steuer einer in Deutschland ansässigen natürlichen Person, die zu weniger als 10 % an dem REIT beteiligt ist, mit einer Quellensteuer abgegolten, die durch das DBA von 30 % auf 15 % reduziert wird. In Deutschland werden bei einer REIT-LP nicht die Ausschüttungen steuerlich erfasst (diese stellen lediglich steuerlich irrelevante Entnahmen dar), sondern das – den Gesellschaftern anteilig zur Versteuerung zugewiesene – Einkommen der Gesellschaft (die „Eingangsseite“). Laufende Einkünfte der REIT-LP aus unbeweglichem Vermögen sind nach dem DBA (unter Progressionsvorbehalt) von deutschen Steuern freigestellt; Sonderregeln, Rückfallklauseln u.Ä. ändern daran nichts.

Gewinne der REIT-LP aus der Veräußerung von US-Grundvermögen behalten in den USA bei Ausschüttung ihren Charakter als Veräußerungsgewinne. Der deutsche Gesellschafter unterliegt dort mit ihnen der Nettobesteuerung bzw. vorab einer auf die endgültige US-Steuerschuld anrechenbaren Abzugsteuer von 35 %. Diese Gewinne sind nach dem DBA ebenfalls (unter Progressionsvorbehalt) von der deutschen Besteuerung freigestellt.

Laufende Einkünfte sowie Veräußerungsgewinne, welche die REIT-LP im Rahmen der Liquiditätsreserve erzielt, hat der Gesellschafter ausschließlich in Deutschland zu versteuern.

⁴³ Siehe oben II. 1. b) aa) und bb).

⁴⁴ Art. 23 Abs. 2 Buchst. a DBA USA (DBA 2006: Abs. 3 Buchst. a).

⁴⁵ Siehe oben II. 2. b) aa).

⁴⁶ Art. 13 Abs. 5 i.V.m. Art. 23 Abs. 2 (DBA 2006: Abs. 3) Satz 1 DBA USA.

III. Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an der REIT-LP

1. Besteuerung in den USA

Als „exit“ aus dem Investment in die REIT-LP kommt für den deutschen Gesellschafter in erster Linie die Veräußerung seiner Beteiligung in Betracht.⁴⁷ Die Veräußerung der Beteiligung an einem US-REIT, gleich welcher Rechtsform, durch einen nicht in den USA ansässigen Gesellschafter ist in den USA steuerpflichtig, wenn die Beteiligung als United States Real Property Interest („USRPI“) einzuordnen ist.⁴⁸ Dies ist der Fall, wenn der REIT nicht US-beherrscht ist, d. h. wenn während der fünf Jahre vor der Veräußerung Personen, die in den USA nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind, zu 50 % oder mehr an dem REIT beteiligt waren.⁴⁹ Der Veräußerungsgewinn unterliegt dann in den USA der Nettobesteuerung als Einkünfte aus Geschäftstätigkeit („income effectively connected with a US trade or business“)⁵⁰ zu einem Mindeststeuersatz von 15 %. Vorbehaltlich spezifischer Ausnahmeregelungen ist der Käufer zur Sicherung des US-amerikanischen Steueranspruchs grundsätzlich verpflichtet, 10 % des Kaufpreises als Steuervorauszahlung einzubehalten und an die US-Steuerbehörden abzuführen.⁵¹

Ist der REIT dagegen US-beherrscht („domestically controlled“), d. h., sind zu mehr als 50 % Personen an ihm beteiligt, die in den USA unbeschränkt steuerpflichtig sind, stellt die Beteiligung des deutschen Gesellschafters keinen USRPI dar, und ihr Verkauf ist in den USA steuerfrei;⁵² auch eine abgeltende Quellensteuer ist insoweit nicht vorgesehen.

Nach dem DBA können die USA ihre Besteuerung des Gewinns einer in Deutschland ansässigen Person aus der Veräußerung einer REIT-Beteiligung voll aufrechterhalten. Laut Protokoll zum DBA umfasst der Ausdruck „unbewegliches Vermögen, das im anderen Vertragsstaat liegt“ im Sinne des Veräußerungsgewinn-Artikels ausdrücklich den „real property interest nach dem Recht der Vereinigten Staaten“⁵³ und damit auch die Beteiligung eines deutschen Investors an einer nicht US-beherrschten REIT-LP. Dagegen dürften die USA einen Gewinn aus der Veräußerung einer Beteiligung einer US-beherrschten REIT-LP, die keinen USRPI darstellt, nach dem DBA auch dann nicht besteuern, wenn ihr nationales Recht dies vorsähe, weil das DBA in diesem Falle ausschließlich Deutschland die Besteuerung erlaubt.⁵⁴

⁴⁷ Der zweite denkbare Weg, die Liquidation der REIT-LP, dürfte nur ganz selten besritten werden; sie kann bei einer Gesellschaft, die zwingend 100 oder mehr Gesellschafter hat, jedenfalls nicht von einem einzelnen Gesellschafter nach seinem Willen herbeigeführt werden. Diese Variante wird daher hier nicht behandelt.

⁴⁸ Sec. 897 (a) (1) IRC.

⁴⁹ Sec. 897 (h) (2) i. V. m. Sec. 897 (a) (1) IRC.

⁵⁰ Sec. 861 (a) (5), 897 (a), 897 (c) (4) (B) IRC.

⁵¹ Sec. 1445 ICR; s. auch *Rehm/Lindauer*, IStR 2002, 253 (256).

⁵² Sec. 897 (h) (2) IRC.

⁵³ Art. 13 Abs. 1, 2 DBA; Prot. Nr. 13.

⁵⁴ Art. 13 Abs. 5 DBA USA; s. auch *Eimmermann*, in: *Debatin/Wassermeyer*, DBA USA, Art. 13 Rn. 103.

2. Besteuerung in Deutschland

Nach deutschem innerstaatlichem Steuerrecht wird der Gewinn, den eine in Deutschland ansässige natürliche Person aus der Veräußerung ihrer gesamten Beteiligung an einer REIT-LP erzielt, wegen der gewerblichen Prägung dieser Gesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfasst,⁵⁵ und zwar unabhängig davon, ob dieser Veräußerungsgewinn in den USA besteuert wird oder nicht.

Das DBA hält die deutsche Besteuerung jedenfalls dann uneingeschränkt aufrecht, wenn der Veräußerungsgewinn nach dem DBA in den USA nicht besteuert werden darf.⁵⁶ Dies trifft auf den Gewinn aus der Veräußerung einer Beteiligung an einem US-beherrschten REIT zu.⁵⁷

Die zutreffende Anwendung des DBA auf den Gewinn aus der Veräußerung einer Beteiligung an einem nicht US-beherrschten REIT (an dem z. B. deutsche Investoren die Beteiligungsmehrheit halten) wird dagegen streitig diskutiert. Der Disput entzündet sich an Folgendem: Der zentrale DBA-Artikel, welcher die vom Wohnsitzstaat des Einkünftebeziehers jeweils anzuwendende Methode zur Vermeidung der Doppelbesteuerung festlegt, nimmt von der grundsätzlich vorgesehenen Freistellung aus US-Quellen stammender Einkünfte von der deutschen Besteuerung (unter Progressionsvorbehalt) „Veräußerungsgewinne, auf die Artikel 13 (Veräußerungsgewinne) anzuwenden ist“, aus, „vorausgesetzt, dass sie in den Vereinigten Staaten *nur* nach Artikel 13 Absatz 2 *Buchstabe b* besteuert werden können“.⁵⁸ Bei solchen Einkünften gestattet das DBA die Besteuerung in Deutschland mit der Maßgabe, dass US-Steuern, die „in Übereinstimmung mit diesem Abkommen“ auf die betreffenden Einkünfte gezahlt wurden, auf die deutsche Steuer anzurechnen sind.

Ohne Zweifel ist Art. 13 auf den USRPI-Veräußerungsgewinn anzuwenden.⁵⁹ Fraglich ist allerdings, ob „nur“ Buchst. b oder auch bereits Buchst. a des Art. 13 Abs. 2 DBA einschlägig ist, der sich nach seinem Wortlaut ausschließlich auf „unbewegliches Vermögen im Sinne des Artikels 6 (Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen)“ bezieht; im letzteren Falle wäre eben nicht „nur“ Buchst. b anzuwenden – mit der Folge, dass auch der USRPI-Gewinn von der deutschen Besteuerung freizustellen wäre, weil der Tatbestand der zitierten Ausnahme-Bestimmung nicht erfüllt wäre.

Die Befürworter der Anwendung von „nur“ Buchst. b und damit der Anrechnungsmethode machen u. a. geltend, die Beteiligung an einer Grundstücks-Personengesellschaft sei abkommensrechtlich ein eigenständiges Wirtschaftsgut und nicht lediglich ein Anteil an dem Grundvermögen der Gesellschaft, dies umso

⁵⁵ § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG; ggf. mit besonderem Freibetrag gemäß § 16 Abs. 4 EStG und/oder Tarifiermäßigung nach § 34 EStG.

⁵⁶ Art. 23 Abs. 2 (2006: Abs. 3) Buchst. a Satz 1 i. V. m. Art. 13 Abs. 5 DBA USA.

⁵⁷ Siehe oben III. 1.

⁵⁸ Art. 23 Abs. 2 (2006: Abs. 3) Buchst. b Satz 1 Doppelbuchst. bb DBA USA; Hervorhebungen im Abkommenstext durch den Verfasser.

⁵⁹ Siehe oben III. 1.; Prot. Nr. 13 zum DBA USA.

mehr, als die Gesellschaft in ihrem Sitzstaat, den USA, steuerlich als Kapitalgesellschaft, also intransparent, behandelt werde. Deshalb falle die Beteiligung nicht unter die Definition des „unbeweglichen Vermögens im Sinne des Artikels 6“, folglich auch nicht unter Art. 13 Abs. 2 Buchst. a DBA und somit „nur“ unter Art. 13 Abs. 2 Buchst. b DBA – in dem „Beteiligungen an einer Personengesellschaft“ ausdrücklich genannt sind – mit der Konsequenz, dass die Ausnahme-Bestimmung aus dem Methoden-Artikel des DBA und, daraus resultierend, die deutsche Besteuerung durchgreife.⁶⁰

Dagegen argumentieren die Anhänger der Lehre, der Gewinn aus der Veräußerung der Beteiligung an einer US-Grundstücks-Personengesellschaft falle auch unter Art. 13 Abs. 2 Buchst. a DBA und nicht „nur“ unter Buchst. b, in erster Linie mit der Transparenz der Personengesellschaft als Zurechnungsgrund: Da die Beteiligung an einer Personengesellschaft nach dem Recht des Anwenderstaats Deutschland als anteilige Beteiligung an allen Wirtschaftsgütern ihres Vermögens anzusehen sei, seien die Grundstücke der US-LP den dahinterstehenden Gesellschaftern zuzurechnen. Die Veräußerung einer Beteiligung an der US-LP sei deshalb wie die anteilige Veräußerung der Grundstücke zu behandeln. Damit könnten aus deutscher Sicht die Veräußerungsgewinne in den USA auch nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a DBA und nicht „nur“ nach Buchst. b besteuert werden. Dies hätte zur Folge, dass auf die US-PI-Veräußerungsgewinne nicht die Anrechnungs-, sondern die Freistellungsmethode anzuwenden sei.⁶¹

Die letztere Auffassung ist vorzuziehen. Nach dem Recht des Belegenheitsstaats der Grundstücke der REIT-LP richtet sich, inwieweit diese unbewegliches Vermögen im Sinne der Art. 13 Abs. 2 Buchst. a, Art. 6 Abs. 2 DBA USA sind. Die Frage jedoch, wem sie (abkommensrechtlich) für die Besteuerung zuzurechnen sind, ist in dem DBA nicht geregelt; sie entscheidet sich daher nach dem jeweiligen Recht des Anwenderstaates. Deshalb ist der Umstand, dass die USA die LP nach deren doppelter „election“ steuerlich als Kapitalgesellschaft unter dem besonderen REIT-Steuerregime behandeln, für die Anwendung des DBA durch die deutsche Seite ohne Belang.⁶²

Aus der nach deutschem Recht – aufgrund der Einordnung der LP durch Typenvergleich als Personengesellschaft – zwingenden anteiligen Zurechnung der Grundstücke der REIT-LP für die Besteuerung bei den einzelnen Gesellschaftern folgt die entsprechende abkommensrechtliche Zurechnung mit der oben abgeleiteten Konsequenz der Freistellung der Veräußerungsgewinne von der deutschen Besteuerung.

3. Zwischenergebnis

Der Gewinn, den ein in Deutschland Ansässiger aus der Veräußerung seiner Beteiligung an der REIT-LP erzielt, ist in den USA steuerpflichtig, wenn die Betei-

⁶⁰ So z. B. Eimermann, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), DBA USA, Art. 13 Rn. 82, 103.

⁶¹ W. Wassermeyer, 1StR 2001, 347 (348); F. Wassermeyer, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16) Art. 13 MA Rn. 41, 79a.

⁶² F. Wassermeyer, in: *Debatin/Wassermeyer* (Fn. 16), Rn. 79a.

ligung als United States Real Property Interest einzuordnen ist. Dafür kommt es darauf an, ob der REIT US-beherrscht ist oder nicht: Ist er es, qualifiziert die Beteiligung nicht als USRPI, und der Veräußerungsgewinn ist für den deutschen Investor in den USA steuerfrei; ist er nicht US-beherrscht, stellt er eine USRPI dar, und der Veräußerungsgewinn unterliegt der US-Nettobesteuerung.

In Deutschland als Wohnsitzstaat des Einkünftebezieher sind beide Arten von Veräußerungsgewinnen wegen der gewerblichen Prägung der REIT-LP Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Der Gewinn aus dem Nicht-USRPI ist nach dem DBA in Deutschland zu versteuern. Für den Gewinn aus dem USRPI ist dies streitig. Nach zutreffender, aber nicht durch unmittelbar einschlägige Rechtsprechung oder Verwaltungsäußerung abgesicherter Auffassung ist er von der deutschen Besteuerung freizustellen.

IV. Fazit

Für einen deutschen Investor, der als natürliche Person zu weniger als 10 % an der REIT-LP beteiligt ist, dürfte insbesondere die sehr weitgehende Steuerfreiheit des REIT selbst sowie die günstige Besteuerung der Ausschüttungen laufender Vermietungseinkünfte des REIT von Interesse sein (15 % abgeltende Quellensteuer in den USA, Freistellung in Deutschland).

Bei Veräußerungsgewinnen – sowohl den durch den REIT selbst als auch den beim „exit“ durch Verkauf der Beteiligung erzielten – dürften die vorteilhafteren US-Steuersätze erhalten werden können. Beim „exit“ ist dies allerdings umstritten.

Der scheinbar simple Fall gibt – insbesondere wegen der unterschiedlichen Einkünfte-Qualifikation in den USA und in Deutschland und wegen der voneinander zu unterscheidenden Ebenen des nationalen und des DBA-Rechts – Anlass zu Differenzierungen und Gedankenfolgen, deren Notwendigkeit auf den ersten Blick kaum zu vermuten war. Aus welchem Blickwinkel man die REIT-LP auch betrachtet, jedes Mal ist ihr Erscheinungsbild ein anderes – wahrhaft ein steuerrechtliches Chamäleon. Unser eingangs geäußelter Wunsch, dem Mandanten eine möglichst eindeutige, sichere Falllösung präsentieren zu können, kann dennoch weitgehend erfüllt werden, aber – wie so oft im Steuerrecht – bleibt am Ende doch eine Frage offen.