

Leseprobe zu



Seibt/Conradi (Hrsg.)

Handbuch REIT-Aktiengesellschaft

Aktien- und Kapitalmarktrecht, Steuerrecht, Immobilienwirtschaftsrecht

2008, 437 S., Lexikonformat, gbd,

ISBN 978-3-504-31718-8

99.00 € (inkl. MwSt.)

www.otto-schmidt.de

oVs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln



3. Prinzip der Satzungsstrenge

Die REIT-AG unterliegt wie jede Aktiengesellschaft dem in § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG 52 statuierten **Prinzip der Satzungsstrenge**. Danach kann die Satzung von Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn dies dort ausdrücklich zugelassen ist¹. Daher ist es auch bei der REIT-AG (beispielsweise) nicht zulässig, wenn die Satzung

- (1) anstelle des dualistischen Leitungssystems mit Vorstand und Aufsichtsrat ein monistisches Leitungssystem mit Verwaltungsrat regelt,
- (2) die zwingende Kompetenzverteilung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung ändert, z. B. der Hauptversammlung die Beschlusszuständigkeit über Geschäftsführungsmaßnahmen über § 119 Abs. 2 AktG hinaus, zur Bestellung des Vorstandes oder zur Regelung der Vorstandsvergütung einräumt,
- (3) die Kapitalerhaltungsvorschriften (z. B. §§ 57, 71 ff. AktG) lockert oder
- (4) den Umfang der Sorgfaltspflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern und deren Haftung (§§ 93, 116 AktG) im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben des REITG abschwächt².

Auch für die REIT-SE gilt das Prinzip der Satzungsstrenge, wenngleich die Rechtsform der *Societas Europaea* im Vergleich zur Rechtsform der Aktiengesellschaft mehr Flexibilität bei Ausgestaltung des Corporate Governance-Systems erlaubt (vgl. unten V., Rz. 178 ff.)³.

Mustersatzungen für REIT-Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft sowie in der Rechtsform einer Europäischen Aktiengesellschaft (monistisches 53 Leitungssystem) sind in Teil G. dieses Buches (Rz. 1009 und 1012)⁴ abgedruckt. Als weitere Vorlagen zur Satzungsgestaltung können auch die Satzungen der Alstria Office REIT-AG⁵ und der Fair Value REIT-AG⁶ dienen.

II. Eingang in die REIT-AG

1. Überblick über die Errichtungsformen

Das **REITG enthält keine Sondervorschriften zur Errichtung einer REIT-AG**, sondern 54 beschränkt sich vielmehr darauf, die Voraussetzungen für die Erlangung des mit der Firma REIT-AG verbundenen Sonderstatus vorzuschreiben, nämlich

- (1) die Rechtsform der Aktiengesellschaft (der *Societas Europaea*),
- (2) die Börsenzulassung der Aktien,
- (3) die bestimmten Anforderungen an die Satzung und

1 Zum Prinzip der Satzungsstrenge z. B. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 23 AktG Rz. 53 ff. m. w. N.

2 Vgl. *Frey/Harbarth*, ZIP 2007, 1177 (1178).

3 Zum Prinzip der Satzungsstrenge bei der *Societas Europaea* *Seibt* in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 72 ff.; *ders.* in Lutter/Hommelhoff, Art. 6 SE-VO Rz. 12 f.

4 Eine kommentierte Mustersatzung für eine REIT-AG findet sich auch bei *Kollmorgen/Hoppe/Feldhaus*, BB 2007, 1345 (1346).

5 Abrufbar unter <http://www.alstria.com>.

6 Abrufbar unter <http://reit.kemweb.de>.

(4) die Finanzverfassung der REIT-AG.

Der Eingang in die REIT-AG, d. h. eine börsennotierte Aktiengesellschaft mit dem REIT-Sonderstatus, richtet sich daher ausschließlich nach den allgemeinen gesellschafts- bzw. umwandlungsrechtlichen Bestimmungen. In Abhängigkeit davon, welche Anforderungen der als zukünftige REIT-AG genutzte Unternehmensträger bereits aufweist, kann man als **typische Errichtungsformen**

- (1) den bloßen Statuswechsel einer bereits bestehenden (börsennotierten) Aktiengesellschaft in die REIT-AG einerseits
von den Errichtungsformen andererseits unterscheiden, die noch die erstmalige Erlangung der Rechtsform der Aktiengesellschaft einschließen, nämlich
- (2) die Neuerrichtung des REIT-Unternehmensträgers in der Rechtsform der Aktiengesellschaft,
- (3) den Formwechsel des Unternehmensträgers in die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder
- (4) die Verschmelzung oder Spaltung des Unternehmensträgers auf eine Aktiengesellschaft.

In jedem Fall ist vorausgesetzt, dass der Unternehmensträger vor der Statuserkennung als REIT-AG zunächst als „normale“ Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist. Von diesem Ausgangspunkt – und insoweit für alle Errichtungsformen verbindlich vorausgesetzt – vollzieht sich die Statuserlangung der REIT-AG im **idealtypischen Ablauf in fünf Schritten**¹:

- 55 (1) Da die REIT-Aktien zwingend an der Börse zugelassen sein müssen (vgl. §§ 1 Abs. 1, 10 Abs. 1 REITG), wird die zukünftige REIT-AG nach der Konzeption des REITG zunächst als „normale“ **Aktiengesellschaft** gegründet und als solche in das Handelsregister eingetragen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Gesellschaft durch Neugründung oder durch Umwandlung (Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung) einer bestehenden Personen- oder Kapitalgesellschaft entsteht.
- 56 (2) Sodann wird der Vorstand der Aktiengesellschaft diese als sog. **Vor-REIT** beim Bundeszentralamt für Steuern registrieren (vgl. § 2 REITG)². Während die Rechtsform der Aktiengesellschaft zwingend für die Vor-REIT Registrierung erforderlich ist, muss der Unternehmensgegenstand des Vor-REIT – anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen – nicht schon im Zeitpunkt der Registrierung dem Unternehmensgegenstand einer REIT-AG (vgl. § 1 Abs. 1 REITG) entsprechen. Vielmehr genügt, dass der Vor-REIT zum Ende des auf die Registrierung folgenden Geschäftsjahres gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern nachweist, dass sein Unternehmensgegenstand im Sinne des § 1 Abs. 1 Halbs. 1 REITG beschränkt ist (§ 2 Satz 2 REITG). Auch die Vermögens- und Ertragsanforderungen, die das REITG an die REIT-AG stellt, müssen von dem Vor-REIT erst zum Ende des dem Jahr der Anmeldung folgenden Geschäftsjahrs erstmalig erfüllt werden (§ 2 Satz 3 REITG). Bereits mit der Registrierung des Vor-REITs beim Bundeszentralamt für Steuern kann die steuerlich privilegierte Übertragung von Immobilien auf den Vor-REIT nach § 3 EStG (*Exit Tax*) erfolgen³.

¹ Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/4026, S. 29.

² Zur Vor-REIT ausführlich unter Rz. 77 ff.

³ Siehe dazu *Schiessl*, Rz. 836 ff.

(3) Die **Börsenzulassung der Aktien des Vor-REITs** ist grundsätzlich innerhalb von drei Jahren nach der Registrierung beim Bundeszentralamt für Steuern zu beantragen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 REITG). Diese Frist kann einmalig um ein Jahr verlängert werden, sofern „Umstände außerhalb des Verantwortungsbereichs des Vor-REITs“ diese Verlängerung rechtfertigen (§ 10 Abs. 2 Satz 2 REITG)¹. Erfolgt die rechtzeitige Börsenzulassung der Aktien nicht, so verliert die Gesellschaft ihren Vor-REIT-Status (§ 10 Abs. 3 Satz 1 REITG), der indes wieder auflebt, wenn die Zulassung erneut beantragt wird (§ 10 Abs. 3 Satz 2 REITG). 57

(4) Nach Börsenzulassung der Aktien ist die **Firma der REIT-AG** beim zuständigen Gericht (d. i. das Amtsgericht, an welchem die REIT-AG ihren satzungsmäßigen Sitz hat, §§ 14, 5 AktG) **zum Handelsregister anzumelden** (§ 8 REITG, § 181 Abs. 1 und Abs. 2 AktG). Da es sich bei einer REIT-AG registerrechtlich um eine „normale“ Aktiengesellschaft handelt, geht es hierbei letztlich (nur) um die (notwendige²) Eintragung der Firmenbestandsänderung von „AG“ zu – den Sonderstatus ausdrückenden Firmenzusatz – „REIT-AG“³. Das REITG enthält zu der Frage keine ausdrücklichen Bestimmung, welche Prüfungspflichten das Registergericht bei Eintragung der Firmenänderung hat⁴. Bei der Konturierung von Prüfungsrechten und -pflichten des Registergerichts ist zu berücksichtigen, dass die beantragte Firmenänderung nicht nur eine bloße Satzungsänderung, sondern eben auch Voraussetzung und Kurzzeichen für die Erlangung des Sonderstatus der REIT-AG ist. Daher hat sich die Prüfung nicht nur auf die Zulässigkeit der Firma nach § 6 REITG zu erstrecken, sondern auch auf die sonstigen statutarischen Statusanforderungen wie Unternehmensgegenstand (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 REITG), Sitz der Gesellschaft (§ 9 REITG) sowie Entschädigungsregeln bei Beendigung der Steuerbefreiung (§ 18 Abs. 3 REITG). Als Prüfungsunterlage dient hierzu die Satzung, die der Anmeldung im vollständigen Wortlaut und mit einer Notarbescheinigung i. S. v. § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG beizufügen ist⁵. Ferner hat sich die Prüfung des Registergerichts auf den Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung (zu prüfen anhand einer entsprechenden Versicherung des Vorstandes) sowie auf die Börsenzulassung nach § 10 Abs. 1 REITG⁶ zu erstrecken (zu prüfen anhand des Zulassungsbescheids). Die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Aktionärszusammensetzung (Mindeststrebbesitz nach § 11 Abs. 1 REITG und Aktienhöchstbeteiligung nach § 11 Abs. 4 REITG) gehören ebenso wenig zum Prüfungskanon wie die Einhaltung der Verhaltenspflichten (Mindestausschüttungspflicht nach § 13 REITG), Ausschluss des Immobilienhandels sowie bestimmter Dienstleistungserbringungen nach § 14) und der Vermögens- und Ertragsanforderungen (§§ 12, 15 REITG); die Einhaltung dieser Status-Anforderungen kann vom Registergericht auch praktisch nicht überprüft werden⁷. Bei be- 58

1 Dazu Rz. 90–92.

2 Die Verwendung des Firmenzusatzes „REIT“ ist zwingend (§ 6 REITG); hierzu auch Rz. 104ff.

3 Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/4026, S. 29; Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/4779, S. 54.

4 Vgl. auch Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drucks. 779/06, S. 8f.; Götze/Hütte, NZG 2007, 332 (333): „Eine Klarstellung des Gesetzgebers hinsichtlich dieses Prüfungsumfanges wäre wünschenswert gewesen.“

5 Zu in der Handelsregisteranmeldung beizufügenden Urkunden Siebt in K. Schmidt/Lutter, § 181 AktG Rz. 13ff.

6 Quass/Becker, AG 2007, 421 (434). Weitergehend Götze/Hütte, NZG 2007, 332 (333); Sieker/Göckeler/Köster, DB 2007, 933 (934).

7 RegE BR-Drucks. 779/06, S. 7f.

gründeten Zweifeln kann das Registergericht nach § 12 FGG von Amts wegen eigene Ermittlungen anstellen und Beweise erheben.

- 59 Eine tabellarische Übersicht über das Prüfungsprogramm des Registergerichts bei Eintragung der Firma der REIT-AG ist nachfolgend abgedruckt:

Prüfungsrecht des Registergerichts bei Eintragung der Firma der REIT-AG

Möglicher Prüfungsgegenstand	Prüfungsrecht des Registergerichts	Nachweisunterlage
Unternehmensgegenstand (§ 1 Abs. 1 und 2 REITG)	✓	Satzung
Mindestnennbetrag des Grundkapitals (§ 4 REITG)	✓	Satzung
Aktienform (§ 5 Abs. 1 REITG)	✓	Satzung
Firma (§ 6 REITG)	✓	Satzung
Sitz und Geschäftsleitung (§ 9 REITG)	✓	Satzung/Versicherung des Vorstands
Börsenzulassung (§ 10 Abs. 1 REITG)	✓	Zulassungsbeschluss
Mindeststreubesitz (§ 11 Abs. 1 REITG)	✗	✗
Aktienhöchstbeteiligung (§ 11 Abs. 4 REITG)	✗	✗
Vermögens- und Ertragsanforderungen (§ 12 REITG) und Mindesteigenkapital (§ 15 REITG)	✗	✗
Mindestausschüttungspflicht (§ 13 REITG)	✗	✗
Ausschluss des Immobilienhandels (§ 14 REITG) und keine Durchführung entgeltlicher, nicht immobiliennaher Dienstleistungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 REITG)	✗	✗
Entschädigungsregelung bei Beendigung der Steuerbefreiung (§ 18 Abs. 3 REITG)	✗	Satzung

Zum hiervon unabhängigen Prüfungsrecht des für die REIT-AG zuständigen Finanzamtes für steuerliche Zwecke *Blaas/Ruoff*, Rz. 648.

- 60 Die **Handelsregisteranmeldung** ist von Vorstandsmitgliedern in vertretungsberechtigter Zahl (vgl. § 78 AktG) zu unterzeichnen¹. Hierbei ist § 12 HGB anwendbar, d. h., die Handelsregisteranmeldung hat elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (§ 129 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 39, 40 BeurkG) zu erfolgen. Bis zur Eintragung der angemeldeten Firmenänderung (= Satzungsänderung) können die anmeldeberech-

¹ Beschl. FinanzA zu § 8 REITG, S. 54; *Quass/Becker*, AG 2007, 421 (434); *Francke*, MittBay-Not 2007, 173 (178); *Wiesbrock* in *Helios/Wewel/Wiesbrock*, § 8 REITG Rz. 3. Zur Zulässigkeit der Mitwirkung von Prokuristen und Bevollmächtigten vgl. *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, § 181 AktG Rz. 6f.

tigten Personen die Anmeldung ohne Angabe von Gründen zurücknehmen¹. Im Hinblick auf die organschaftliche Verpflichtung zur Anmeldung der Satzungsänderung (§ 181 Abs. 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 83 Abs. 2 AktG)² wird eine solche Rücknahme aber nur pflichtgemäß sein, wenn der Vorstand nachträglich einen Beschluss fasst, der Satzungsänderungsbeschluss aufgehoben wird oder sich der Satzungsänderungsbeschluss infolge Zeitablaufs erledigt hat³.

(5) Mit der **Eintragung der Firmenänderung mit dem Bestandteil „REIT-AG“** in das Handelsregister wird (a) diese Satzungsänderung wirksam (§ 181 Abs. 3 AktG)⁴ und (b) die Aktiengesellschaft erlangt ihren Sonderstatus einer REIT-AG, oder verknüpft ausgedrückt: Sie wird damit zur REIT-AG. Für den Wirksamkeitszeitpunkt von Satzungsänderung und Sonderstatuserlangung ist der Zeitpunkt der Eintragung maßgeblich, deren Datum nach § 130 Abs. 1 FGG im Handelsregister zu vermerken ist⁵. Mit der Handelsregistereintragung beginnt auch die Steuerbefreiung des REIT-Unternehmens nach § 16 Abs. 1 REITG, die allerdings auf den Beginn des Wirtschaftsjahres, in dem die REIT-AG unter ihrer Firma in das Handelsregister eingetragen wurde, zurückbezogen wird (§ 17 Abs. 1 REITG)⁶. Bei REIT-Statuserlangung (und sogar Unternehmensgründung) im Jahr 2007 konnte ein Eintritt der Steuerprivilegierung daher noch zum 1.1.2007 erreicht werden. Aufgrund der eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten des Registerrichters ist es somit möglich, dass auch eine solche REIT-AG die Steuerbefreiung erlangt, die in dem betreffenden Geschäftsjahr die Anforderungen etwa an die Streuung der Aktien, die Höchstbeteiligung, die Vermögenszusammensetzung oder die Eigenkapitalkriterien (noch) nicht erfüllt. In diesem Fall greifen allerdings die üblichen Sanktionstatbestände des REITG (dazu Rz. 168 ff.) ein⁷.

Die **fünf Schritte zur Erlangung des Sonderstatus** einer REIT-AG sind in dem nachfolgenden Zeitstrahl beispielhaft aufgetragen. Dabei geht der Zeitstrahl für den ersten Schritt von der Erlangung der Rechtsform der Aktiengesellschaft durch Formwechsel einer immobilientragenden GmbH aus (Wirksamkeit des Formwechsels mit Eintragung im Handelsregister, vgl. § 202 Abs. 1 UmwG).

1 Vgl. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 181 AktG Rz. 20; vgl. auch OLG Hamburg v. 19.9.1994 – 11 U 62/4, AG 1994, 566f.

2 *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 181 AktG Rz. 9 m. w. N.

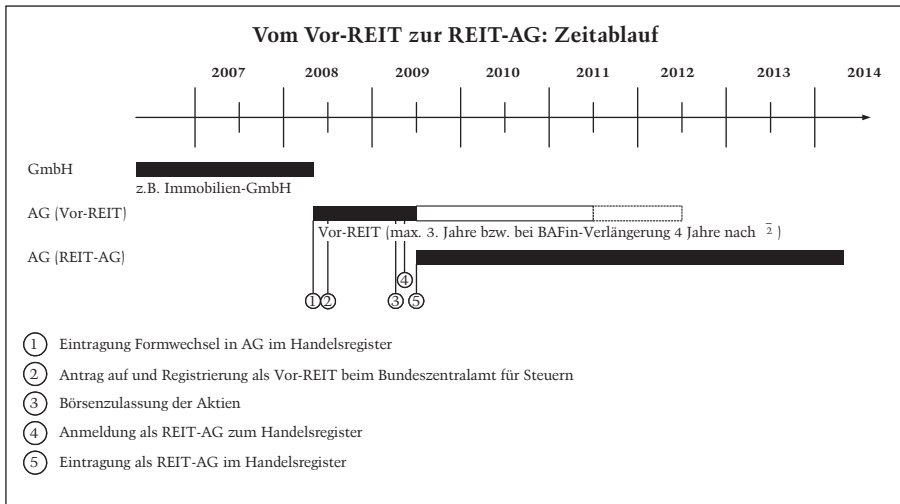
3 Vgl. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 181 Rz. 20; vgl. auch OLG Hamburg v. 19.9.1994 – 11 U 62/4, AG 1994, 566.

4 Zur konstitutiven Wirkung der Handelsregistereintragung im Innen- und Außenverhältnis z. B. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 181 AktG Rz. 34; *Hüffer*, § 181 AktG Rz. 23; *Stein* in MünchKomm. AktG, § 181 AktG Rz. 70.

5 Vgl. *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, § 181 AktG Rz. 35; *Hüffer*, § 181 AktG Rz. 24; *Stein* in MünchKomm. AktG, § 181 AktG Rz. 70.

6 Hierzu *Blaas/Ruoff*, Rz. 645–657.

7 Zum Ganzen s. auch *Quass/Becker*, AG 2007, 421 (435).



2. REIT-Statuserlangung bei bestehender AG/SE

- 63 Eine bereits eingetragene Aktiengesellschaft (oder *Societas Europaea*), insbesondere eine Immobilienaktiengesellschaft, erlangt dadurch den Sonderstatus der REIT-AG, dass sie die Status-Anforderungen des REITG erfüllt¹. Da zu den Status-Anforderungen stets eine Änderung der Firma (vgl. § 6 REITG) sowie regelmäßig Anpassungen des Unternehmensgegenstandes und die Einführung einer Entschädigungsregel bei Beendigung der Steuerbefreiung (§ 18 Abs. 3 REITG) erforderlich sind, besteht insoweit die **Notwendigkeit einer Satzungsänderung** und damit eines Hauptversammlungsbeschlusses². Dieser Hauptversammlungsbeschluss ist grundsätzlich mit mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals sowie der einfachen Mehrheit zu fassen (§ 179 Abs. 2 AktG); die Wahl des REIT-Status ist keine Änderung des Gesellschaftszwecks, so dass eine einstimmige Beschlussfassung (§ 33 Abs. 1 BGB analog) nicht erforderlich ist³. Ist die Aktiengesellschaft bislang noch nicht börsennotiert i. S. v. 3 Abs. 2 AktG, so ist hierfür nach zutreffender Auffassung ein sog. Börseneintrittsbeschluss der Hauptversammlung erforderlich, der allerdings im Zweifel im regelmäßig mit der Börseneinführung verbundenen Kapitalerhöhungsbeschluss impliziert ist⁴.
- 64 Die Gesellschaft hat des weiteren zu beachten, dass sie den Vorgaben des § 12 REITG entsprechen muss. Eine ggf. erforderliche Anpassung kann in tatsächlicher Hinsicht entweder durch den **Erwerb oder die Einbringung von Immobilien** oder durch die

1 Vgl. hierzu *Frey/Harbarth*, ZIP 2007, 1177 (1178). – Bei einem Wechsel von einer steuerpflichtigen Immobilien-Aktiengesellschaft zu einem steuerbefreiten REIT sind die stillen Reserven aufzudecken (§ 13 Abs. 1 und 3 KStG); hierbei gilt für die stillen Reserven in Grund und Boden und Gebäuden die gleiche Begünstigung wie bei der Veräußerung an eine REIT-AG (Exit Tax; vgl. § 17 Abs. 2 REITG i. V. m. § 3 Nr. 70 und 3c Abs. 3 EStG). Hierzu *Schiessl*, Rz. 836 ff.

2 Vgl. auch *Frey/Harbarth*, ZIP 2007, 1177 (1178).

3 So auch *Hahn*, ZGR 2006, 805 (823 f.).

4 Hierzu *Seibt* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2000, 2001, S. 37 (61).

Veräußerung von Vermögensbestandteilen erfolgen, die nicht zum unbeweglichen Vermögen gehören.

Beträgt das Grundkapital der bestehenden Aktiengesellschaft weniger als 15 Mio. Euro (§ 4 REITG) so ist die **Durchführung einer Kapitalerhöhung** nach den §§ 182 ff. AktG (u. a. Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses) notwendig. 65

Die Statuserlangung als REIT-AG löst keine neue zweijährige Frist für Nachgründungsvorgänge (§ 52 AktG) oder für das Spaltungsverbot (§ 141 UmwG) aus. Für beide Fälle kommt es alleine auf die erstmalige Eintragung des Unternehmens als Aktiengesellschaft (oder *Societas Europaea*) im Handelsregister an. 66

3. Neugründung einer AG

Die Neugründung einer REIT-AG richtet sich im Grundsatz nach denselben Bestimmungen wie die Gründung einer „normalen“ Aktiengesellschaft. Allerdings müssen mit Eintragung des Unternehmens als REIT-AG (also *nach* einem Börsengang, da erst mit der Börsenzulassung der Aktien die Voraussetzungen für den Firmenzusatz „REIT-AG“ vorliegen) die statutarischen Status-Anforderungen vorliegen, also beispielsweise müssen das Grundkapital EUR 15 Mio. betragen (§ 4 REITG) und nur stimmberechtigte Aktien gleicher Gattung ausgegeben sein. Die Gründung der REIT-AG kann im Wege einer Bar- oder einer Sachgründung erfolgen. Bei der **Bargründung** wird das erforderliche Grundkapital in Geld aufgebracht, wobei eine Pflicht zur Volleinzahlung besteht und demnach die Aktien nur gegen die volle Leistung des Ausgabebetrages ausgegeben werden. Nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister muss diese dann das zur Erfüllung der Vermögensanforderung i. S. v. § 12 Abs. 2 REITG erforderliche Immobilienvermögen erwerben. Dabei sind insbesondere drei Aspekte zu beachten: 67

(1) Erwirbt die Gesellschaft von den Gründern der Aktiengesellschaft oder von mit mehr als 10 % des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligten Aktionären Vermögensgegenstände für eine Vergütung, die den Betrag von 10 % des Grundkapitals innerhalb der ersten zwei Jahre seit der Handelsregistereintragung der Gesellschaft übersteigt, so finden im Grundsatz die **Nachgründungsvorschriften gemäß § 52 AktG** Anwendung. Dies hat zur Folge, dass der Vertrag u. a. der Prüfung durch den Aufsichtsrat (§ 52 Abs. 3 AktG), durch einen Nachgründungsprüfer (§ 52 Abs. 4 AktG) sowie eines Hauptversammlungsbeschlusses mit qualifizierten Mehrheitserfordernissen bedarf (§ 52 Abs. 5 AktG). Von diesen besonderen Nachgründungsvorschriften des § 52 Abs. 1 bis Abs. 8 AktG dispensiert § 52 Abs. 9 1. Var. AktG den „*Erwerb [von] Vermögensgegenstände[n] im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft*“. Die Auslegung dieser Ausnahmenvorschrift ist umstritten: Nach einem weiteren Begriffsverständnis handelt es sich bei „laufenden Geschäften“ um solche „gewöhnlicher Art“, die mit einem bestimmten Unternehmenstyp verbunden sind (vgl. § 116 Abs. 1 HGB)¹; ein engeres Normverständnis hält nur solche alltäglichen Geschäfte für von der Ausnahmenvorschrift erfasst, bei welchen keine besonderen Risiken für die Interessen von Gesellschaftsgläubigern und Aktionären in Bezug auf die Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft zu besorgen sind². Allerdings ist un- 68

1 Für eine Auslegung in Anlehnung an § 116 Abs. 1 HGB zur Vorgängervorschrift (bis 2001) z. B. Dohrmann/Fromholzer, AG 2001, 246; Hartmann/Barcaba, AG 2001, 437 (441); Pentz, NZG 2001, 346 (352).

2 So insbes. Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 52 AktG Rz. 4; ähnlich Hüffer, § 52 AktG Rz. 18.

abhängig von diesem Auslegungsstreit anerkannt, dass der Erwerb von Immobilien durch eine Grundstücksgesellschaft nachgründungsfrei ist, soweit dies der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG vorsieht¹. Damit sollte im Regelfall die Einhaltung der besonderen Nachgründungsvorschriften entbehrlich sein.

- 69 (2) Unabhängig hiervon ist allerdings bei der Bargründung das **Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage** zu beachten. Danach liegt eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften vor, wenn in objektiver Hinsicht diese Bestimmungen dadurch umgangen werden, dass eine Bareinlage vereinbart ist, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber eine Sacheinlage erhält, und in subjektiver Hinsicht eine entsprechende Abrede hierüber besteht (ausreichend ist allerdings eine stillschweigende Billigung hierüber)². Das Vorliegen eines sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs (die Praxis orientiert sich an einem Zeitraum von etwa 6 Monaten³) zwischen Zahlung des Einlagebetrages und der Vornahme des Gegengeschäftes begründet nach zutreffender h. M. die Vermutung für das Vorliegen einer auf die Umgehung der Sachgründungsvorschriften gerichteten Abrede zwischen den Beteiligten⁴. Um diese Regelvermutung zu widerlegen, muss der beweispflichtige Gründer/Inferent nachweisen, dass es sich bei dem vorgenommenen Gegengeschäft eindeutig um ein Verkehrsgeschäft handelte⁵. Die Rechtsfolgen einer solchen verdeckten Sacheinlage sind das Fortbestehen der Bareinlagepflicht und die Nichtigkeit von Sacheinlagevereinbarung und Vollzugsgeschäft; dem Gründer/Inferenten steht hinsichtlich der Bareinlagepflicht weder ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB gegenüber der Aktiengesellschaft zu, noch kann er hiergegen gemäß § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG aufrechnen⁶. Für die Rückabwicklung der hingegebenen Sachen gelten neben § 812 BGB auch §§ 985, 987 ff. BGB, nicht aber § 62 AktG⁷. Gegenüber diesen Rückabwicklungsansprüchen steht der Aktiengesellschaft angesichts der fortbestehenden Bareinlagenschuld ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zu; im übrigen gelten die Grundsätze der Saldotheorie.
- 70 (3) Schließlich ist das **Spaltungsverbot nach § 142 UmwG** zu berücksichtigen, demzufolge eine Aktiengesellschaft (oder *Societas Europaea*), die noch nicht zwei Jahre im Handelsregister eingetragen ist, nicht gespalten werden kann. Demnach kann Immobilienvermögen aus der neu gegründeten Aktiengesellschaft auf Tochtergesellschaften in diesem Zweijahreszeitraum nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf Schwester- oder Tochtergesellschaften übertragen werden.

1 So Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 52 AktG Rz. 44; Hüffer, § 52 AktG Rz. 18; Pentz in MünchKomm. AktG, § 52 AktG Rz. 55; zum früheren Recht auch RG v. 24.6.1910 – 692/09 II, JW 1910, 800.

2 Hierzu z. B. Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 27 AktG Rz. 51 f.

3 Vgl. OLG Köln v. 2.2.1999 – 22 U 116/98, ZIP 1999, 399 [400]; Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 27 AktG Rz. 52; Pentz in MünchKomm. AktG, § 27 AktG Rz. 96.

4 BGH v. 21.2.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141 (143 f.); BGH v. 4.3.1996 – II ZR 89/95, BGHZ 132, 133 (139); BGH v. 2.12.2002 – II – ZR 101/02, BGHZ 153, 107 (109); BGH v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, GmbHR 2006, 477 Rz. 13; Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 27 AktG Rz. 52; Hüffer, § 27 AktG Rz. 14; Pentz in MünchKomm. AktG, § 27 AktG Rz. 96.

5 Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 27 AktG Rz. 52.

6 Hierzu ausführlich Pentz in MünchKomm. AktG, § 27 AktG Rz. 99; Röhricht in Großkomm. AktG, § 27 AktG Rz. 193.

7 BGH v. 9.7.2007 – II ZR 62/06, ZIP 2007, 1751 (1753); Bayer in K. Schmidt/Lutter, § 27 AktG Rz. 56.

Bei der **Sachgründung** wird das erforderliche Grundkapital hingegen durch die Einbringung von Vermögensgegenständen erbracht, bei einer REIT-AG also typischerweise durch die Einlage von Immobilien bzw. Anteilen an Immobiliengesellschaften¹. In Bezug auf diese Einlagegegenstände muss eine vollständige Leistung erfolgen. Die Einbringung von Immobilien gegen Gewährung von Aktien einer REIT-AG fällt unter die *Exit Tax*-Regelung des § 3 Nr. 7 EStG und ist demgemäß steuerlich insoweit privilegiert, als die infolge der Einbringung aufgedeckten stillen Reserven zur Hälfte von der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer befreit sind². Auch bei der Sachgründung sind im Einzelfall die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG und in jedem Fall das Spaltungsverbot des § 141 UmwG zu beachten.

71

4. Formwechsel in die Rechtsform der AG/SE

Die REIT-AG kann auch durch eine formwechselnde Umwandlung (Formwechsel i. S.v. § 190 UmwG) entstehen³. Der **Statuswechsel von der „normalen“ Aktiengesellschaft zur REIT-AG oder umgekehrt ist kein Formwechsel i. S.v. § 190 UmwG** und auch kein dem Formwechsel entsprechender Vorgang, da die Rechtsform der Aktiengesellschaft von dem Statuswechsel unberührt bleibt und die Status-Anforderungen auch nicht von einer solchen Qualität sind, dass diese als eine Art umfassende Sonderrechtsmaterie (wie dies beispielsweise beim Recht der börsennotierten/kapitalmarktnahen Aktiengesellschaften der Fall ist)⁴. Für die Inanspruchnahme der *Exit Tax* ist im Fall des Formwechsels in eine REIT-AG lediglich eine Vorbesitzzeit von zwei Jahren – und nicht von fünf Jahren wie bei der Veräußerung von Grundstücken an einen (Vor-)REIT erforderlich (vgl. § 3 Nr. 70 Satz 1b) EStG).

72

Bei einem **Formwechsel einer Personen- oder Kapitalgesellschaft in eine Aktiengesellschaft** wird diese zur REIT-AG, wenn und sobald sie die Status-Anforderungen des REITG erfüllt. Geschlossene Immobilienfonds, die in der Regel in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder Kommanditgesellschaft organisiert sind⁵, haben mit dem Rechtsinstitut des Formwechsels eine juristisch-technisch einfache Struktur eine, sich in steuerprivilegierte REIT-AG umzuwandeln⁶. Ein wesentlicher Vorteil eines Formwechsels im Gegensatz etwa zur Verschmelzung oder Spaltung einer bestehenden Immobiliengesellschaft auf eine REIT-AG liegt in dem Umstand begründet, dass dieser keine Grunderwerbsteuer auslöst⁷. Ist die Zivilrechtsform eine *Societas Europaea* (REIT-SE), dann ist ein doppelter Formwechsel mit den Schritten (1) Formwechsel in die Rechtsform der AG und (2) Formwechsel in die Rechtsform der SE erforderlich, es sei denn, die Ausgangsrechtsform ist bereits die AG (vgl. Art. 37 SE-VO)⁸.

73

1 Hierzu auch Münchow/Götz in Striegel, § 4 REITG Rz. 5 ff.; vgl. auch Kiethe, ZfIR 2005, 745 (750): Der G-REIT als „Exit-Lösung“ für offene Immobilienfonds.

2 Dettmeier/Gemmel/Kaiser, RIW 2006, 832 (840); siehe auch Schiessl, Rz. 836 ff.

3 Vgl. auch Dettmeier/Gemmel/Kaiser, RIW 2006, 832 (840 f.); Haritz/Asmus, AG 2007, 76 (77 ff.); Schacht/Gänsler, DStR 2006, 1518 (1520, 1522 f.).

4 I. E. ebenso Frey/Harbarth, ZIP 2007, 1177 (1178).

5 Franck, MittBayNot 2007, 173.

6 Hierzu z. B. Reichel in Handelsblatt v. 30.4.2007, S. 26 („Immobilien neu verpackt“).

7 Dettmeier/Gemmel/Kaiser, RIW 2006, 832 (840 f.) – Zur Grunderwerbsteuerfreiheit des Formwechsels klarstellend BFH v. 4.12.1996, BStBl. II 1997, 662.

8 Hierzu Seibt in Lutter/Hommelhoff, Art. 37 SE-VO Rz. 8.

5. Verschmelzung und Spaltung auf/zur AG/SE

- 74 Eine weitere Gründungsmöglichkeit liegt in der **Verschmelzung einer bestehenden Gesellschaft auf eine Aktiengesellschaft mit nachfolgendem Statuswechsel in die REIT-AG**¹ sowie auf eine bereits bestehende REIT-AG (beides im Wege der Aufnahme gemäß § 2 Nr. 1 UmwG durch Übertragung des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die (REIT-)Aktiengesellschaft). Bei der Verschmelzung ist zu beachten, dass der übertragende Rechtsträger (z. B. eine Immobilien-GmbH) ein immobilienhaltendes Unternehmen mit einer geeigneten Anteilseignerstruktur sein muss, damit die Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger (REIT-AG) nicht zu einer Verletzung der REIT-Statusanforderung im Hinblick auf die Vermögens- und Ertragsanforderungen sowie die Beteiligungsstruktur führt². Allerdings kann mit der Verschmelzung auch eine weitere (Bar-)Kapitalerhöhung gekoppelt werden, um die Anteilseignerstruktur im Rahmen der REIT-Anforderung zu halten. Sind im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers stille Reserven vorhanden, löst die Verschmelzung eine begünstigte Besteuerung nach § 3 Nr. 70 EStG beim umwandelnden Rechtsträger aus³. Neben der Verschmelzung zur Aufnahme besteht – in der Praxis insbesondere für kleinere Immobilienunternehmen – auch die Möglichkeit, sich zu verschmelzen und hierbei zugleich eine neue (REIT-)Aktiengesellschaft zu gründen (Verschmelzung im Wege der Neugründung, § 2 Nr. 2 UmwG). Dieser Strukturierungsweg wird dann in Betracht kommen, wenn ein Immobilienunternehmen für sich genommen, beispielsweise aufgrund mangelnder Unternehmens(wert)größe den Anforderungen des REITG (z. B. Mindestgrundkapital) oder des Kapitalmarktes (Unternehmenswert und Handelsliquidität) nicht gerecht wird, so dass zunächst eine Kombination mit einem weiteren Unternehmensträger für den Betrieb einer REIT-AG notwendig ist⁴. Bei der Verschmelzung im Wege der Neugründung gilt im Hinblick auf die Anwendbarkeit der **Nachgründungsvorschriften (§ 52 AktG)** und des **Spaltungsverbots nach § 141 UmwG** das Gleiche wie bei der Sachgründung einer Aktiengesellschaft (Rz. 71).
- 75 Eine (REIT-)Aktiengesellschaft kann schließlich auch durch **Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) von Immobilienvermögen** auf eine bereits bestehende Aktiengesellschaft oder eine hierdurch gegründete Aktiengesellschaft (die jeweils nachfolgend den REIT-Status erlangen) entstehen. Das Immobilienvermögen geht hierbei wie bei der Verschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über und die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers werden qua Gesetzes auch die Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers. Es gelten damit im Grundsatz die Aussagen zur Verschmelzung auf eine Aktiengesellschaft entsprechend⁵. In der Praxis wird eine Abspaltung etwa bei immobilienhaltenden Unternehmen in Frage kommen, die ihren Immobilienstand in eine REIT-AG bündeln (und ggf. mittelbar teilweise zu veräußern), um das in den stillen Reserven gebundene Immobilien-Eigenkapital zu mobilisieren und das durch die Abspaltung freigewordene Kapital in das Kerngeschäft des Unternehmens zu investieren⁶. Eine Ausgliederung von Immobilienvermögen in eine Tochtergesellschaft mit der Rechtsform der Aktiengesellschaft (§ 123 Abs. 3 UmwG) kann ebenso in Betracht kommen,

1 Hierzu *Haritz/Asmus*, AG 2007, 76 (77 ff.).

2 Vgl. *Haritz/Asmus*, AG 2007, 76 (77).

3 *Kiethe*, ZfIR 2005, 745 (750); *Schultz/Thießen*, DB 2006, 2144 (2146 f.).

4 Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/4026, S. 19.

5 Vgl. *Haritz/Asmus*, AG 2007, 76 (79).

6 Vgl. *Kiethe*, ZfIR 2005, 745 (750).

allerdings muss es hierfür zwingend zur Erlangung des REIT-Status zu einer nachfolgenden Aktienübertragung oder Kapitalerhöhung kommen, um die Streubesitzanforderungen erfüllen zu können.

Aktiengesellschaften, die noch nicht 2 Jahre im Handelsregister eingetragen sind, können nicht gespalten werden (**Spaltungsverbot**; § 141 UmwG). Dies ist insbesondere bei mehrstufigen Transaktionsstrukturen zu berücksichtigen. 76

III. Rechtsnatur und Statusanforderungen der Vor-REIT

1. Rechtsnatur

Eine Innovation des REITG ist die Regelung eines Vor-REIT. Nach der **Legaldefinition** in § 2 Satz 1 REITG ist ein Vor-REIT „eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Geltungsbe- reich [des REITG], die beim Bundeszentralamt für Steuern als Vor-REIT registriert ist“¹. Es handelt sich also um eine **besondere Form der (Immobilien)Aktiengesellschaft**, die im Regelfall – aber rechtlich nicht zwingend² – eine Vorstufe zur (eigentlichen) REIT-AG darstellt und die bereits die Möglichkeit zur steuerbegünstigten Aufdeckung stiller Reserven bzw. zur steuerlich privilegierten Übertragung von Immobilien bietet³. Der Vor-REIT ist **keine Vor-AG im gesellschaftsrechtlichen Sinn**, also keine Gesellschaft (juristische Person) in der Zeit zwischen der Errichtung einer Aktiengesellschaft und ihrer Eintragung in das Handelsregister, sondern eine bereits im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft. Die Regelung eines Sonderstatus eines Vor-REITs war nach Ansicht des Gesetzgebers notwendig, um auch solche Aktiengesellschaften bei der Aufdeckung stiller Reserven steuerlich zu privilegieren, die zwar an einer Fortentwicklung in einer REIT-AG arbeiten, aber noch nicht alle hierfür erforderlichen Statusvoraussetzungen erfüllen⁴. Diese gesetzgeberische Intention der möglichst kurzfristigen Mobilisierung von Immobilienvermögen mit Schaffung einer neuen Anlageklasse von Immobilienaktiengesellschaften mit hoher Aktienfungibilität ist unterstützenswert und rechtstechnisch zweckmäßig umgesetzt. 77

Zur **Erlangung des Sonderstatus** eines Vor-REIT bedarf es in einer ersten Phase lediglich der Erfüllung zweier **Voraussetzungen**, nämlich (1) die Unternehmensführung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder – in verständiger Auslegung (Rz. 42) – der *Societas Europaea* und (2) die Registrierung beim Bundeszentralamt für Steuern. Erst in einer zweiten Phase müssen der Unternehmensgegenstand sowie die Vermögens- und Ertragsanforderungen der REIT-AG auch von dem Vor-REIT erfüllt sein, nämlich bis zum Ende des dem Jahr der Registrierung als Vor-REIT nachfolgenden Geschäftsjahres. In einer dritten Phase (die regelmäßig 3 Jahre nach Registrierung als Vor-REIT endet) werden ihre Aktien zum Börsenhandel zugelassen. Die weiteren REIT-Statusanforderungen muss der Vor-REIT nicht erfüllen. Hierfür gelten weder Vorgaben zur Anteilseignerstruktur, noch zum Mindestgrundkapital (§ 4 REITG), noch zur Aktienform (§ 5 Abs. 1 REITG), noch die Mindestei- 78

1 Hierzu auch Weinand-Härer, Börsen-Zeitung v. 21.2.2007, S. 2 sowie Franck, MittBayNot 2007, 173 (178): „Der Vor-REIT ist ein Novum in der internationalen REIT-Landschaft.“

2 Ein REIT kann auch ohne das Durchgangsstadium Vor-REIT-AG entstehen; so auch Striegel in Striegel, § 17 REITG Rz. 36.

3 Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/4026, S. 19. S. auch Schiessl, Rz. 865–867.

4 Begr. RegE BT-Drucks. 16/4026, S. 19; zustimmend Lamberti, FAZ v. 29.3.2007, S. 22 („attraktive Innovation“).