

Die kurzgefasste schriftliche Stellungnahme soll einige kritische Punkte zu dem geplanten § 15 b EStG-Entwurf erläutern.

1. Quantitative Aspekte

Der Gesetzentwurf dient nach der Begründung der Gegenfinanzierung der Senkung der Körperschaftsteuer. Hierzu ist es erforderlich, dass tatsächlich aus der beabsichtigten Neuregelung Finanzierungsmittel für die öffentlichen Haushalte gewonnen werden können. Ist dies nicht der Fall, sollte eine Durchbrechung des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nur als Teil einer grundsätzlichen Reform der Einkommensteuer im Rahmen einer Schedulensteuer eingeführt werden. Die Neuregelung will Mehreinnahmen durch die Vermeidung der "Fehlallokation" von Investitionen in Medienfonds, Schiffsbeteiligungen, New Energy-Fonds, Leasingfonds, Wertpapierhandelsfonds und Video Games-Fonds, also durch investitionslenkende Maßnahmen erreichen. Ausdrücklich nicht berührt werden sollen auf den Gewinnerzielung ausgerichtete Private Equity- und Venture Capital-Fonds sowie Lebensversicherungsfonds. Nicht angesprochen ist der ganz wesentliche Bereich der Immobilienfonds. Die Unklarheit bezüglich dieser Fonds muss beseitigt werden, da Immobilienfonds zu den wichtigsten Fonds gehören. Ebenso unklar ist, ob das Angebot von Eigentumswohnungen zur Fremdvermietung mit zugehöriger Finanzierung als unternehmerische Investition ausgenommen oder wegen der Überschreitung der Verlustgrenze des § 15 b Abs. 3 EStG-Entwurf von der Neuregelung erfasst werden soll. Die Regelung ist in Bezug auf einzelne Bereiche nicht zielführend (dazu nachstehend a) - e)), inhaltlich unbestimmt und daher als Gesetz ungeeignet (dazu nachstehend 2.) und bezüglich der Einführungsstermine verfassungswidrig (dazu nachstehend 3.).

a) Immobilienfonds

Angesichts der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Immobilienfonds muss für Immobilienfonds Rechtsklarheit bestehen. Der Gesetzestext -§ 15 b Abs. 2 EStG-Entwurf- spricht dafür, dass auch Immobilienfonds, bei denen in aller Regel die anfänglichen Verluste die in § 15 b Abs. 3 EStG-Entwurf angesprochene Grenze von 10 % übersteigen, von der Neuregelung erfasst werden. Die Einbeziehung von Immobilienfonds ist allerdings weder eine Gegenfinanzierungsmaßnahme noch dürfte es sich bei inländischen Immobilienfonds (Verluste aus ausländischen Immobilienfonds sind durch § 2 a EStG bereits vom Abzug ausgeschlossen) um Fehlallokationen von Kapital handeln; die Fonds sind mit Investitionen von jährlich über 5 Mrd. EURO eine wichtige Stütze der Immobilienkonjunktur. Die Immobilienfonds führen zudem - gesamtwirtschaftlich betrachtet - auch im Erstjahr bereits zu erheblichen Steuermehreinnahmen, da die Verluste in der Regel nur aus "normaler" oder degressiver AfA und der Geltendmachung bestimmter Nebenkosten (Notariatskosten, Geldbeschaffungskosten, Fondskonzeptionskosten) entstehen. Derartige Kosten sind bei den inländischen Empfängern letztlich in vollem Umfang steuerpflichtig und unterhalten eine Vielzahl von Arbeitsplätzen, so dass weitere Einnahmen für die Träger der Sozialversicherung anfallen. Dem Aufwand bei einem inländischen Steuerpflichtigen steht Ertrag bei einem anderen inländischen Steuerpflichtigen gegenüber. Gesamthaft betrachtet entsteht durch Umsatzsteuer, Sozialversicherungszahlungen und Gewinnsteuern wie bei allen Dienstleistungen ohne Materialeinsatz ein Mehraufkommen für die öffentlichen Haushalte. Wäre dies anders, gäbe es im Unternehmensbereich keine Schwarzarbeit.

Der wesentliche Investitionsgegenstand, der typischerweise deutlich über 85 %, vielfach sogar über 90 % des Gesamtvolumens eines Fonds ausmacht, ist die inländische Immobilie, die regelmäßig bei den öffentlich angebotenen Fonds neu erstellt wird. Durch

Immobilienfonds wird im Umfang von rund 5 Mrd. EURO pro Jahr Neubauvolumen gewährleistet. Dies macht rund 10 % der gesamten Bauleistung im Hochbau aus. Dies schafft nicht nur gewünschte Beschäftigungsplätze, sondern ist ein ganz wesentlicher Träger für die Baukonjunktur insgesamt. Eingriffe in diesen sensiblen Bereich sind daher volkswirtschaftlich äußerst bedenklich, sie führen zum weiteren Verlust von Arbeitsplätzen und damit zum Wegfall auch von Lohnsteueraufkommen sowie zu Einbrüchen bei den Steuereinnahmen im Bereich der Bau-, Bauzulieferer- und Baugeräteindustrie. Ferner muss mit steigenden Kosten für die sozialen Sicherungssysteme gerechnet werden.

Beschränkt man sich auf die Steuerwirkungen und geht man von einer AfA gemäß § 7 Abs. 5 EStG in Höhe von 4 % aus, vermindert sich das Steueraufkommen durch die Investition um weniger als 2 % der Investitionssumme. Die Einnahmen bei den Zahlungsempfängern und den nachgelagerten Unternehmern sowie den durch die Investition ausgelösten Lohnsteuern sind ein Vielfaches höher. Selbst unter Einbeziehung der Steuerstundungseffekte aus den weiteren Ausgaben ergibt sich im Schnitt der Fonds eine Steuermehreinnahme, die im Bereich des 2- bis 5fachen der anfänglichen Steuerersparnis aus der Investition liegt. Mindereinnahmen von weniger als 0,5 Mrd. EURO werden durch Steuerausfälle von über 2 Mrd. EURO erkaufte. Die Einbeziehung von Immobilienfonds wäre also zur Sicherung von Steuermehreinnahmen eine vollständig kontraproduktive Überlegung, selbst wenn man - wie dies bei der Darstellung der Rechtsfolgen üblich geworden ist - nicht die vollständige geplante Laufzeit einer Investition beachtet. Würde man dies tun, wäre von Anfang an klar, dass bei sämtlichen Steuerstundungsmodellen wegen der gesetzlich geforderten Gewinnerzielungsabsicht insgesamt die Steuereinnahmen aus derartigen Investitionen positiv sind, eine steuerpflichtiger Totalüberschuss führt zwangsläufig zu einem Steuermehraufkommen über die Zeit.

Bei einer Abgabenquote von über 40 % führen die Investitionen zu Einnahmen der öffentlichen Kassen von über 2 Mrd. EURO, die bei einer weiteren Verlagerung der Investitionstätigkeit der Fonds ins Ausland ausblieben. Von einer derartigen Verlagerung der Investitionstätigkeit wird man ausgehen müssen, weil ohne die Steuerstundungseffekte bei inländischen Immobilien die Überrendite der ausländischen Märkte nicht aufgefangen werden kann. Bereits die Erfahrungen mit § 2 b EStG und das Auslaufen der Fördergebiets-AfA haben gezeigt, dass bei niedrigeren Anfangsverlusten die Investitionen vermehrt im Ausland vorgenommen werden. Es entstünde statt der erwarteten steuerlichen Mehreinnahme ein weiteres jährliches "Finanzloch" etwa im Umfang von 2 Mrd. EURO.

b) New Energy-Fonds

New Energy-Fonds haben als Investitionsgegenstände ganz überwiegend Windkraftanlagen, in geringerem Umfang befassen sie sich mit alternativen Energien, wie z. B. Biomassekraftwerken. Auch diesen Fonds ist eigen, dass ein Betrag im Marktdurchschnitt von über 85 % des Gesamtfondsvolumens für das eigentliche Investitionsobjekt ausgegeben wird. Neben den bei den Immobilienfonds aufgezeigten Wirkungen auf die Zahlungsempfänger - das Gesamtvolumen erreichte hier deutlich mehr als 1 Mrd. EURO pro Jahr - sind im Ergebnis angesichts der überwiegend deutschen Anbieter hier in erheblichem Umfang inländische Arbeitsplätze bei den mittelständischen Anlageherstellern betroffen. Ferner sind Investitionen in diesem Bereich erforderlich, um die neuen Methoden der Energiegewinnung am Markt durchzusetzen. Ohne das vergleichsweise günstige Eigenkapital würden sich die neuen Energieträger im Markt kaum erfolgreich entwickeln. Dies schadet dann auch dem Exporterfolg für diese Hersteller. Der Effekt aus der Geltendmachung von Initialverlusten, die angesichts des auch hier erforderlichen Totalgewinnstrebens ja später durch Gewinn überkompensiert werden und damit insgesamt betrachtet auch hier das Steueraufkommen pro

Fondsjahrgang um etwa 150 Mio. EURO erhöhen, besteht darin, dass die Eigenkapitalgeber eine relativ niedrige Vorsteuerverzinsung für ihr Eigenkapital akzeptieren. Nur dies gewährleistet, dass sich die neuen Energien im Markt durchsetzen können.

Die im Volumen von jährlich rund 1,1 Mrd. EURO aufgelegten Fonds führen bei den Zeichnern über die Laufzeit zu Mehrsteuern von rund 15 % des Fondsvolumens. Einer Initialsteuerersparnis von rund 130 Mio. EURO stehen Steuerzahlungen von rund 290 Mio. EURO gegenüber. Bei einer gesamtwirtschaftlichen Abgabenquote von über 40 % belaufen sich die Einnahmen aus der Investition und den Nebenkosten in der Initialzeit auf weitere rund 500 Mio. EURO, also mehr als das 3fache der Steuerersparnis der Investoren im Erstjahr. Würden die Fonds - bei Einführung von § 15 b EStG-Entwurf - im Ausland investieren, entfielen zwar der Initialverlust bei den Anlegern, die weit höheren Steuereinnahmen aus den Investitionen gingen aber auch verloren. Es entstünden weitere Mindereinnahmen von rund 300 Mio. EURO. Müssten in vollem Umfang Bankfinanzierungen und Risikokapitalfinanzierungen der Fonds durch Private Equity- oder Venture Capital-Fonds in Anspruch genommen werden, würden sich die Kapitalkosten für das Eigenkapital im Schnitt mehr als verdoppeln. Dies wäre für die Durchsetzung der innovativen Energien hinderlich.

c) Leasingfonds

Leasingfonds sind durch § 2 b EStG, der bei Einführung von § 15 b EStG aufgehoben werden soll, seit 1999 im wesentlichen als Kapitalanlageprodukte verschwunden. Angesichts der Einführung von Leasingfonds im Jahre 1991 liegen bereits Erfahrungen über die vollständige Laufzeit von Leasingfonds vor. Mit ganz wenigen Ausnahmen haben die Fonds die prognostizierten Ergebnisse vollständig erreicht und tatsächlich über die Gesamtlaufzeit ein erhebliches Steuermehraufkommen für die öffentlichen Kassen realisiert. Die Leasingfonds haben daneben, weil ein Teil der Zahlungsverpflichtungen bei einer Mehrzahl von Fonds bankmäßig hinterlegt war, bei den Hinterlegungsbanken die Möglichkeit der langfristigen Kapitalausreichung gestärkt. Die Hinterlegungsbanken waren in der Regel inländische, häufig öffentlich-rechtliche, Kreditinstitute, denen -ohne ratingwirksam Anleihen begeben zu müssen- hier in erheblichem Umfang (deutlich über 10 Mrd. EURO) langfristige Mittel zugeflossen sind, die zur Immobilien- und Gewerbefinanzierung –und damit zur weiteren Abstützung der inländischen Konjunktur- eingesetzt werden konnten. Der Wegfall von Leasingfonds hat also nicht nur zu einer Verminderung des Steueraufkommens beigetragen, sondern auch den Instituten einen Teil des Zuwachses von langfristigen Finanzierungsmitteln entzogen. Der Wegfall von Leasingfonds führt, da es derartige Fonds kaum noch gibt, kaum zu Steuermehreinnahmen, die Behinderung der Neueinführung belastet aber den nicht-ratingwirksamen Mittelzufluss im langfristigen Bereich für deutsche Kreditinstitute.

d) Wertpapierhandelsfonds

Wertpapierhandelsfonds investieren in aller Regel in kurzfristige Rentenpapiere, deren Anschaffung aufgrund der Vorschrift des § 4 Abs. 3 EStG aufwandswirksam und deren Einlösung vollständig ertragswirksam wird. Die Steuerverschiebung, die Wertpapierhandelsfonds erreichen können, beträgt pro Investitionszyklus weniger als 12 Monate. Dementsprechend steht bei Fondseröffnung bereits fest, dass im Folgejahr durch die Einlösung der Wertpapiere ein erheblicher Gewinn entsteht. Will man Wertpapierhandelsfonds verhindern, bietet es sich an, die Gesellschaften für das Folgejahr entsprechend den Vorschriften der Abgabenordnung (§ 140 AO) zur Einrichtung einer Buchhaltung aufzufordern. Der Bestand an Wertpapieren wird dann - ohne Einlösung oder Veräußerung - in vollem Umfang ertragswirksam. Die Neuregelung ist also überflüssig; der gewünschte Zweck kann durch die Anwendung der bestehenden steuerrechtlichen

Regelungen anderweitig bereits sichergestellt werden. Mehraufkommen vermag die Neuregelung nicht zu generieren.

e) Medien- und Video Game-Fonds

Medien- und Video Game-Fonds kommen sowohl als "unternehmerische Fonds" als auch in der Form von leasingähnlichen Fonds vor. Bei den leasingähnlich ausgestalteten Fonds gilt das für Leasingfonds dargestellte Ergebnis; die Zahlungsflüsse stehen - mindestens bezüglich der Untergrenzen - fest und sind in der Regel bankmäßig abgesichert, so dass die Gewissheit von Steuermehreinnahmen über die Laufzeit besteht. In der Anfangszeit stehen den Initialverlusten Steuermehreinnahmen aufgrund der Kosten für die Fondskonzeption, für den Vertrieb der Fondsanteile und die Bankgebühren gegenüber. Der "Initialsteuerausfall" ist also auch hier sehr viel geringer, als er durch die Multiplikation des Verlustes mit dem Steuersatz der Anleger zu sein scheint. Bereits auf die Anleger bezogen gleichen die Ergebnisse der Folgejahre die Steuermindereinnahmen mehr als aus; im Schnitt betragen die Steuermehreinnahmen über die Totalperiode mehr als 20 % des Investitionsvolumens. Betrachtet man die Gesamtbilanz unter Einschluss der Mehreinnahmen bei den weiteren Beteiligten, stehen Steuermindereinnahmen bei den Investoren im Erstjahr Steuermehreinnahmen aus der Fondsbeteiligung in den Folgejahren und bei den weiteren Beteiligten von deutlich über 150 % der ursprünglichen Mindereinnahme bei den Anlegern gegenüber. Wird der Film oder das Videospiel in Deutschland hergestellt, erhöhen sich die Steuermehreinnahmen um die Steuereffekte aus diesen Ausgaben für die öffentlichen Kassen um weitere mehr als 40 % der Ausgaben. Derartige Fonds führen -wie Immobilienfonds- lediglich zu einer Umverteilung der Steuerzahlungen und wegen der Sozialabgaben insgesamt zu einer deutlichen Besserstellung der öffentlichen Kassen. Auch dies spricht dagegen, dass es sich - über die Gesamtperiode betrachtet - um ein Modell handelt, das dem Staat Schaden zufügt. Vielmehr wird durch die Investition langfristig planbares sicheres Steuermehraufkommen geschaffen.

Die zweite Gruppe der Medien- und Video Game-Fonds sind solche Fonds, die ohne bankmäßige Absicherung vom Erfolg der Spiele oder der produzierten Filme abhängt. Hierbei handelt es sich um klassische unternehmerische Beteiligungen. Die Anleger erwarten, dass der Film bzw. das Videospiel ein wirtschaftlicher Erfolg wird und rechnen in der Regel mit einem relativ kurzfristigen Mittelrückfluss bereits in den ersten Jahren der Auswertung. Hier sagt die Regierungsbegründung – ohne dass sich dies allerdings im Gesetz selbst niederschlägt -, dass "durch klare Kriterien und Anwendungsregelungen" "sichergestellt sei", "dass sich die Neuregelung ausschließlich auf Steuersparmodelle bezieht, während auf den wirtschaftlichen Erfolg gerichtete unternehmerische Betätigung unberührt" bleiben. Will man dies umsetzen, müsste die unternehmerisch ausgestalteten Beteiligungsmodelle, deren Kapitalrückfluss im wesentlichen in einer relativ kurzen Periode der wirtschaftlichen Auswertung der Filme und Videospiele erfolgt, von der Neuregelung ausgenommen sein. Dies ist jedoch im Gesetz nicht vorgesehen. Verschiedene Fonds, die in dieses Segment fallen, haben bereits den ersten Auswertungszyklus abgeschlossen und bereits ohne Berücksichtigung der steuerpflichtigen Erträge und der Ergebnisse aus den Arbeitsplätzen bei Vertriebspartnern zu Steuermehreinnahmen geführt. Auch das faktische Verbot derartiger Fonds ist daher neben der wirtschaftspolitisch gebotenen Verschonung, die sich aus der Regierungsbegründung ergibt, nicht geeignet, zum Steuermehraufkommen der öffentlichen Kassen der Bundesrepublik Deutschland beizutragen.

2. Inhaltliche Unbestimmtheit

Die Neuregelung versucht - insofern zutreffend -, das unzutreffende Wort "Verlustzuweisungsgesellschaften" in § 2 b EStG durch den zutreffenderen Begriff "Steuerstundungsmodell" zu ersetzen. Dies löst jedoch eins der Hauptanwendungsprobleme nicht. Auch hier ist zu differenzieren, wann ein Steuerstundungsmodell vorliegt. Dies soll dann der Fall sein, "wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen." Wie bereits bei § 2 b EStG führt auch dies dazu, dass im Bereich der Familienpersonengesellschaften ein "durchgerechneter Vorschlag", der die Steuerwirkungen bei den Gesellschaftern der Familienpersonengesellschaft einbezieht, die Gefahr birgt, als "Steuerstundungsmodell" gewertet zu werden. Dies ist ausweislich der Regierungsbegründung wieder nicht gewollt. Eine für diese Gesellschaften dringend gebotene Investitionssicherheit bezüglich der steuerlichen Folgen besteht nicht. Die Investition erfolgt dann eher im Ausland. Der Gesetzestext muss daher dringend präzisiert werden.

Unternehmerische Investitionen sollen nach der Gesetzesbegründung von § 15 b EStG-Entwurf nicht erfasst werden. Dies sollte allerdings nicht einer Verwaltungsregelung, die wie bei § 2 b EStG ohne die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung *extra legem* den Gesetzeswortlaut einschränkt, sondern bereits durch eine Formulierung des Gesetzeswortlautes selbst sichergestellt werden. Es stellt sich dann allerdings die Frage, wie eine entsprechende Abgrenzung erfolgen kann. Mir erscheint dies gesetzestechnisch kaum möglich, da gesetzessystematisch die Abgrenzung zwischen einer großen Familienpersonengesellschaft und einem "Fonds" im Einkommensteuergesetz nicht angelegt ist. Auch die Bezugnahme auf das Feststellungsverfahren, das in § 15 b Abs. 4 EStG-Entwurf angesprochen wird, löst das Problem nicht, da auch bei Familienpersonengesellschaften oder mitunternehmerischen Betriebsaufspaltungen Feststellungsverfahren wegen mehrerer Beteiligter durchgeführt werden müssen. Eine Abgrenzung danach, ob das Eigenkapital durch einen Kapitalerhöhungsbeschluss (wie er in der Regel bei einer Familienpersonengesellschaft gefasst würde) oder eine Neugründung einer Gesellschaft erfolgt, ist ebenfalls zur Abgrenzung ungeeignet, da bei Familiengesellschaften, die neue Unternehmenszweige eröffnen, ebenfalls nicht selten neue Gesellschaften gegründet werden. Dies erhöht die Flexibilität bei der Eingehung von Joint Ventures und ist daher volkswirtschaftlich unverzichtbar.

Wird die Abgrenzung zwischen "unternehmerisch bedingten" und damit "politisch gewollten" Investitionen und den als "fragwürdig" gekennzeichneten Konzepten nicht im Gesetz vorgenommen, stellt sich die verfassungsrechtliche Frage, ob hier nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßend im wesentlichen gleichartige Sachverhalte unterschiedlich besteuert werden und daher die Regelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält.

Die Regelung ist darüber hinaus eine weitere Durchbrechung des Grundprinzips der Einkommensbesteuerung, der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Sie macht den Steuerzugriff des Staates weniger planbar. Sollte trotz der oben dargestellten sachlichen Probleme und der sich ergebenden Senkung des Steueraufkommens eine Regelung wie § 15 b EStG eingeführt werden, müsste sie an konkrete Formen des passiven Investierens anknüpfen. Nur so erscheint vorstellbar, dass eine Abgrenzung zwischen unternehmerischen Anfangsverlusten und Verlusten aus Kapitalbeteiligungen erfolgen kann. Dies erscheint dann sinnvoll, wenn die Einkommensteuer durch eine schedulare Besteuerung ersetzt wird, die Einkünfte aus passiver Investition insgesamt einer pauschalen Abgeltungssteuer unterwirft. Halbherzige Lösungen führen hier nicht weiter, sie sind nicht trennscharf,

verfassungsrechtlich zumindest sehr zweifelhaft, führen zu einer –weiteren- Komplizierung des Steuerrechts und reduzieren das Gesamtsteueraufkommen.

3. Übergangsregelung

Auch die angedachte Übergangsregelung, § 52 Abs. 33 a EStG-Entwurf, ist –wie bereits vom Bundesrat angemerkt- verfassungsrechtlich höchst problematisch. Die Übergangsregelung stellt auf den Beginn des Gesetzgebungsverfahrens –hierbei soll die von anderen bereits problematisierte Unterscheidung zwischen dem 17. März 2005 und dem 04. Mai 2005 nicht nochmals hinterfragt werden- ab. § 2 b EStG, der als "Vorgängerregelung" angesehen werden kann, hatte noch berücksichtigt, dass die Neuregelung nicht nur das Investitionsverhalten der steuerpflichtigen Investoren, sondern auch das Investitionsverhalten der Emissionshäuser und der Anbieter von "Steuerstundungsmodellen" betrifft. Die Übergangsregelung zu § 2 b EStG gab daher Bestandsschutz für solche Fälle, in denen das Wirtschaftsgut der Einkunftserzielung in einer Gesellschaft bereits vor dem maßgeblichen Stichtag nach der abschließenden Lesung im Deutschen Bundestag (05. März 1999) erworben oder hergestellt wurde. Eine derartige Regelung wäre, wollte man ungeachtet der oben dargestellten Bedenken § 15 b EStG-Entwurf einführen, dringend geboten.

Düsseldorf, 13.6.2005

Dr. Jochen Lüdicke
Rechtsanwalt – Steuerberater
Fachanwalt für Steuerrecht
Partner Freshfields Bruckhaus Deringer
Lehrbeauftragter an der Universität Düsseldorf