

Finanzausschuss

Hans-Joachim Beck
Vorsitzender Richter am Finanzgericht
Finanzgericht Berlin
Schönstedtstrasse 5
13357 Berlin

An den Deutschen Bundestag
Finanzausschuss

Stellungnahme zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen“ Drucksache 16/107

A. Zusammenfassung

I. Bewertung

Die Vorschrift des § 15 b EStG stellt eine geeignete Maßnahme dar, um das von der Bundesregierung erwünschte Ziel zu erreichen.

II. Änderungsvorschläge

1. Modellhaftigkeit

Klarstellung der Modellhaftigkeit beim Erwerb von Realeigentum

In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass der Erwerb von Realeigentum nicht bereits dadurch zur modellhaften Gestaltung wird, dass dem Erwerber auch die Modernisierung zugesagt wird (Bauträgermodelle). Um Streitigkeiten zu vermeiden, sollte dieser Gesichtspunkt in den Gesetzestext selbst eingearbeitet werden.

Änderungsvorschlag:

§ 15 b EStG wird wie folgt ergänzt:

(Ergänzungen kursiv):

§ 15 b Abs. 2 Satz 2 EStG

Dies ist *bei geschlossenen* Fonds der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll,

In Absatz 2 sollte folgender Satz 4 hinzugefügt werden:

Beim Erwerb von Realeigentum liegt Modellhaftigkeit nur vor, wenn mit dem Erwerber mehrere die Investitionsphase betreffende Nebenleistungen vereinbart werden, für die ein gesondertes und steuerlich sofort abzugsfähiges Entgelt zu zahlen ist.

2. Verlustquote

Um renditeorientierte inländische geschlossene Immobilienfonds zu ermöglichen, sollte die maßgebliche Verlustquote in § 15 b Abs. 3 EStG auf 15 % angehoben werden.

3. Geschlossenen Immobilienfonds, die denkmalgeschützte Objekte bzw. Objekte in Sanierungsgebieten modernisieren

Sollte die Bundesregierung die Absicht haben, Gestaltungen zu ermöglichen, bei denen geschlossene Immobilienfonds Gebäude sanieren, die unter Denkmalschutz stehen oder die sich in einem Sanierungsgebiet befinden, müsste die Regelung in § 15 Abs. 3 EStG um einen Satz 2 ergänzt werden, der etwa wie folgt heißt:

§ 15 Abs. 3 Satz 2 EStG:

Bei der Berechnung des maßgeblichen Verlustes bleiben erhöhte Absetzungen nach den §§ 7 i und 7 h EStG außer Ansatz.

III. Die Anwendungsregel, § 52 Abs. 33 a EStG

1. Die rückwirkende Anwendung der Vorschrift ab dem 11. November 2005 ist verfassungsrechtlich bedenklich und allenfalls durch die Besonderheit des Haushalts zu rechtfertigen.

2. Die Vorschrift passt vom Wortlaut her nur für geschlossene Fonds, nicht aber für den Erwerb von Einzeleigentum.

3. Dass die Regelung auch auf den Beginn des Außenvertriebs abstellt, ergibt bei der vorliegenden Formulierung keinen Sinn, weil sowohl für den Beitritt des Anlegers als auch den Beginn des Außenvertriebs dasselbe Datum gilt. Die Anknüpfung an den Beginn des Außenvertriebs könnte genau so gut entfallen, weil kaum vorstellbar ist, dass der Anleger vor dem 11. November beigetreten ist, der Außenvertrieb aber erst nach dem 10. November begonnen hat.

B. Begründung

I. Bewertung

Die Vorschrift ist gut geeignet, das Ziel der Bundesregierung zu erreichen, eine bestimmte Form steuerorientierter Kapitalanlagen zu verhindern.

Die geplante Vorschrift stellt auch einen Fortschritt gegenüber der Regelung des § 2 b EStG dar, an deren Stelle sie treten soll. Während der Wortlaut des § 2 b EStG eher einer politischen Absichtserklärung ähnelt und erst durch das Anwendungsschreiben der Finanzverwaltung vom 22. August 2001 (BStBl. I 2001, S. 588) konkretisiert wurde, ist § 15 b EStG sehr viel präziser formuliert.

Positiv zu beurteilen ist auch, dass § 15 b EStG an die Vorschrift des § 2 b EStG anknüpft, da somit bei Auslegung der neuen Vorschrift auf das Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG vom 22.8.2001 zurückgegriffen werden kann.

II. Änderungsvorschläge

1. Modellhaftigkeit

Die Abgrenzung, wann eine modellhafte Gestaltung vorliegt, ist sicherlich die zentrale Frage der neuen Vorschrift. Nach § 15 b Abs. 2 Satz 2 EStG liegt ein solcher Fall vor, wenn dem Steuerpflichtigen mittels eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften ausgleichen zu können.

1.1. Keine Verweisung auf Verlustzuweisungsgesellschaften

Die in Tz 10 des BMF-Schreibens zu § 2 b EStG enthaltene Verweisung auf Verlustzuweisungsgesellschaften hat der Gesetzgeber im Rahmen des § 15 b EStG zum Glück nicht wieder aufgegriffen. Dies hätte die Rechtslage eher unklarer gemacht, weil man aus der Verweisung in Rz 32 des BMF-Schreibens zur Liebhaberei vom 8.10.2004 (BStBl. I 2004, S. 933) auf das BFH Urteil vom 21.11.2000 schließen könnte, dass es sich dabei nur um Gesellschaften handeln soll, denen die Einkunftserzielungsabsicht fehlt. Wie aber schon die Diskussion zu § 2 b EStG ergeben hat, ist die Frage der Einkunftserzielungsabsicht vor

Anwendung des § 15 b EStG zu prüfen. Fehlt die Absicht der Einkunftserzielung, so sind die Verluste der privaten Sphäre zuzuordnen und schon deshalb nicht ausgleichsfähig.

An das Vorliegen eines Gesamtobjekts knüpft die Modellhaftigkeit nicht an. Es ist nicht erforderlich, dass mehrere Steuerpflichtige im Hinblick auf die Einkünfteerzielung in irgendeiner Weise gemeinsam tätig werden. Auch der Einzelinvestor, der etwa eine Eigentumswohnung erwirbt, kann deshalb von § 15 b EStG betroffen sein, wenn der Erwerb modellhaft gestaltet ist (vgl. dazu weiter unten).

1.2 Geschlossene Fonds

1.2.1 Vorkonzipierte Fonds

Sicherlich müssen als modellhaft i. S. dieser Vorschrift all jene Fonds gelten, bei denen nach den Grundsätzen des 5. Bauherrenenerlasses (Fondserlasses) vom 20.10.2003 (BStBl. I 2003, S. 546) der Fonds wegen fehlender Einflussnahmemöglichkeit der Anleger als Erwerber gilt. Nach Rz 33 dieses BMF-Schreibens ist der Fonds immer dann als Erwerber anzusehen, wenn der Initiator der Gesellschaft ein einheitliches Vertragswerk vorgibt und die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit keine Möglichkeit besitzen, hierauf Einfluss zu nehmen. In diesen Fällen liegt zweifelsohne eine modellhafte Gestaltung vor, weil der Anbieter das gesamte wirtschaftliche und steuerliche Konzept vor dem Beitritt der Anleger festgelegt hat und diese mit ihrem Beitritt das Investitionsvorhaben als Ganzes annehmen.

1.2.2 Fonds mit wesentlicher Einflussnahmemöglichkeit der Anleger

M. E. müssen als modellhaft i. S. des § 15 b Abs. 2 EStG aber auch diejenigen Fonds gelten, die nach den Grundsätzen des 5. Bauherrenenerlass oder des Medienerlasses wegen der Einflussnahmemöglichkeit der Anleger als Bauherr bzw. Hersteller des Wirtschaftsgutes gelten. Denn auch in diesen Fällen sind die Anleger der Gesellschaft auf Grund eines vorgefertigten Konzepts beigetreten. Dass sie in diesen Fällen noch über (wesentliche) Einzelheiten des Konzepts entscheiden oder dieses verändern dürfen, ändert daran nichts. Auch in diesen Fällen wird den Anlegern nämlich die Investitionsmaßnahme zumindest im Groben vorgegeben. Vor allem ist auch von vornherein festgelegt, worüber und in welchem Verfahren sie über Einzelheiten der Investition entscheiden sollen. Ein Fonds, der ohne jegliches Konzept in den Vertrieb kommt, ist deswegen m. E. nicht vorstellbar.

1.3 Realeigentum

Verkauf mit Modernisierungszusage (§ 7 h Abs. 1 Satz 5, § 7 i Abs. 1 Satz 3 EStG)

Beim Realeigentum ist die entscheidende Frage, ob eine Modellhaftigkeit des Erwerbs, bereits dann anzunehmen ist, wenn der Verkäufer der Immobilie mit dem Käufer in dem Kaufvertrag zugleich die Modernisierung des Gebäudes vereinbart. Denn dies würde dazu führen, dass die erhöhten Absetzungen nach den §§ 7 i und 7 h EStG nur von demjenigen in Anspruch genommen werden könnten, der ein Gebäude, das er bereits in seinem Eigentum hat, als Bauherr saniert. Die Regelungen des § 7 h Abs. 1 Satz 3 und des § 7 i Abs. 1 Satz 5 EStG, in denen die Begünstigung desjenigen geregelt ist, der ein Gebäude mit Modernisierungszusage *erwirbt*, würden dagegen bei dieser Auslegung des § 15 b EStG völlig leer laufen.

Teilweise wird befürchtet, in diesen Fällen liege eine Modellhaftigkeit deshalb vor, weil der Anleger ein vom Anbieter vorformuliertes Vertragswerk unterzeichnet, in dem mehrere gleichgerichtete Leistungsbeziehungen vereinbart würden. Dabei handelt es sich m. E. jedoch um Gesichtspunkte, die noch den alten Bauherrenmodellen verhaftet sind. M. E. kann der Erwerb einer Immobilie mit Modernisierungszusage deshalb nicht als modellhaft gelten, weil der Fall im Hinblick auf die Einkommensteuer nicht so gewürdigt wird, als habe der Erwerber mit dem Verkäufer neben dem Erwerb des Altbaus dessen Modernisierung vereinbart und deswegen ein Bündel von Verträgen abgeschlossen. Auf Grund der Einheitlichkeit des

Vertragswerks wird der Erwerber vielmehr so behandelt, als habe er eine Immobilie gekauft, die von dem Verkäufer bereits fertig modernisiert worden ist (Vgl. Rz 1 des 5. Bauherrenerrlasses vom, BStBl. I 2003, S. 546). Die Aufwendungen des Käufers sind daher in diesen Fällen insgesamt als Anschaffungskosten und nicht etwa teilweise als Herstellungskosten für die Modernisierung zu behandeln. Ein solcher Fall kann somit m. E. deshalb nicht als modellhaft gelten, weil es sich – einkommensteuerlich betrachtet – nur um **eine** einheitliche Leistung handelt, die der Verkäufer verspricht – nämlich die Übereignung eines nach einem bestimmten Leistungskatalog modernisierten Gebäudes.

Das Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG

Diese Auslegung entspricht dem BMF-Schreiben zu § 2 b EStG. Denn in Rz 25 dieses Schreibens ist durch ein entsprechendes Beispiel ausdrücklich klargestellt, dass die Modernisierungszusage, die der Verkäufer einer Immobilie mit dem Kaufvertrag abgibt, noch nicht zur Modellhaftigkeit des Vertrages führt. Dies gilt auch dann, wenn dem Anleger vor dem Erwerb des betreffenden Grundstücks ein Prospekt vorgelegt wird, in dem die geplante Investition und ihre steuerliche Auswirkung dargestellt werden.

Außerdem führen nach Tz 20 des Schreibens zu § 2 b EStG Nebenleistungen nur dann zur Modellhaftigkeit, wenn sie den sofort abzugsfähigen Aufwand erhöhen. Dies bedeutet, dass Nebenleistungen nur dann schädlich sind, wenn der Erwerber dafür eine gesonderte Gebühr zu erbringen hat.

Das BMF-Schreiben zu § 2 b EStG schränkt diese Aussage sogar noch in zweifacher Hinsicht zu Gunsten des Steuerpflichtigen ein. Zum einen sollen derartige Gebühren solange unschädlich sein, wie sie wirtschaftlich sinnvoll sind (Tz 20). Zum anderen ist danach für die Annahme der Modellhaftigkeit erforderlich, dass mehrere derartige Nebenleistungen in Anspruch genommen werden. Denn in Tz 20 werden die Zusatz- und Nebenleistungen im Plural genannt.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs

Diese Auslegung wird auch in der Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG, in der § 15 b EStG für die Einkunftsart Vermietung und Verpachtung für anwendbar erklärt wird, bestätigt. Denn hier heißt es wie folgt: „Nicht betroffen sind jedoch Bauträgergestaltungen, in denen ein Bauträger ein Objekt im Sanierungsgebiet oder ein Denkmal saniert, für die Sonderabschreibungen geltend gemacht werden können, und bei denen vor Beginn der Sanierung die Grundstücke oder Eigentumswohnungen an Erwerber außerhalb einer Fondskonstruktion veräußert werden. Hier liegt grundsätzlich keine modellhafte Gestaltung vor. Die Erwerber können die erhöhten Absetzungen für die Sanierungsaufwendungen weiterhin steuerlich geltend machen. Sollte der Bauträger neben der Sanierung/Modernisierung und dem Verkauf aber auch weitere Dienstleistungen erbringen (z.B. die Finanzierung), könnte eine modellhafte Gestaltung gegeben sein“.

Diese Gesetzesbegründung enthält jedoch mehrere Ungenauigkeiten:

- Insbesondere fehlt ein Hinweis darauf, dass Nebenleistungen, die dem Erwerber zusätzlich zu der Modernisierung versprochen werden, nur dann schädlich sind, wenn der Erwerber dafür eine gesonderte Gebühr zu bezahlen hat, weil nur dadurch der sofort abzugsfähige Aufwand erhöht wird. Handelt es sich dagegen um ein so genanntes „all inclusive“ Modell, bei dem der Erwerber die Nebenleistungen mit dem Kaufpreis bezahlt, erhöht sich der sofort abzugsfähige Aufwand durch die Nebenleistungen nicht, so dass dies nicht schädlich sein kann. In dem Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG ist dies durch die in Rz 23 enthaltene Verweisung auf die Rz 20 klargestellt.

- Schließlich fehlt – abweichend von dem Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG – eine Klarstellung, dass nur solche Nebenleistungen zur Modellhaftigkeit führen, die die Investitionsphase betreffen. Wird der Bauträger dagegen beispielsweise auch als WEG-

Verwalter oder als Verwalter des Sondereigentums tätig, so ist dies nach dem Schreiben zu § 2 b EStG auch dann nicht schädlich, wenn hierfür eine gesonderte Gebühr zu zahlen ist. Dies sollte auch zu § 15 b EStG klargestellt werden (Rz 24 Satz 3).

- Ebenso wie das Anwendungsschreiben zu § 2 b EStG geht die Begründung des Gesetzesentwurfs davon aus, dass die Modellhaftigkeit nicht bereits durch eine einzige Nebenleistung begründet werden kann, da das Wort Dienstleistungen auch hier im Plural verwendet wird.

Änderungsvorschlag

Klarstellung der Modellhaftigkeit beim Erwerb von Realeigentum im Gesetzeswortlaut

Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen auch der Erwerb von Realeigentum modellhaft ist, wird bereits jetzt heftig gestritten. Da diese Frage erhebliche praktische Bedeutung insbesondere für die Sanierung denkmalgeschützter Gebäude hat und die Unklarheit dazu führen würde, dass erwünschte Investitionen zunächst unterbleiben, empfehle ich, die Frage bereits im Gesetzestext und nicht erst in der Gesetzesbegründung klarzustellen. Dadurch würde der Inhalt des Gesetzes nicht verändert, sondern lediglich entsprechend dem Willen des Gesetzgebers präzisiert. Hierfür schlage ich eine getrennte Definition der Modellhaftigkeit für geschlossene Fonds und für den Erwerb von Realeigentum vor. § 15 b Abs. 2 sollte deshalb m. E. wie folgt ergänzt werden (**Ergänzungen kursiv**):

§ 15 b Abs. 2 Satz 2 EStG

Dies ist *bei geschlossenen* Fonds der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten wird,

Als Satz 4 sollte dem Absatz 2 folgender Satz hinzugefügt werden:

Beim Erwerb von Realeigentum liegt Modellhaftigkeit nur vor, wenn mit dem Erwerber mehrere die Investitionsphase betreffende Nebenleistungen vereinbart werden, für die ein gesondertes und steuerlich sofort abzugsfähiges Entgelt zu zahlen ist.

2. Verlustquote, Anhebung auf 15 %

Nach § 15 b Abs. 3 EStG liegt ein Steuerstundungsmodell nur vor, wenn die Summe der prognostizierten Verluste 10 % des Eigenkapitals übersteigt.

M. E. wäre es sinnvoll, diese Grenze auf 15 % anzuheben. Bei einer derartigen Anhebung der maßgeblichen Grenze würden diejenigen Gestaltungen, die die Bundesregierung verhindern will, betroffen bleiben. Denn sämtliche derartigen Fonds haben Verlustquoten, die weit über 15 % liegen.

Renditeorientierte inländische geschlossene Immobilienfonds, haben dagegen derzeit eine Verlustquote, die nur zwischen etwa 15 % und 20 % liegt. Dabei handelt es sich letztlich um die normalen Anfangsverluste jeder Immobilieninvestition. Höhere Verluste werden sich auf Grund der Abschaffung der Abschreibungsvorteile (und möglicherweise auch des Damnums durch § 11 Abs. 2 Satz 3 EStG) auch nicht mehr darstellen lassen.

M. E. wäre es sinnvoll, derartige renditeorientierte deutsche Immobilienfonds weiterhin zu ermöglichen, indem man die maßgebliche Eingriffsgrenze des Gesetzes von 10 % auf 15 % anhebt. Das Ziel der Bundesregierung, die in der Gesetzesbegründung genannten „Steuerstundungsmodelle“ zu verhindern würde dadurch m. E. nicht gefährdet, da deren Verlustquoten deutlich höher liegen.

3. Geschlossenen Immobilienfonds, die denkmalgeschützte Objekte bzw. Objekte in Sanierungsgebieten modernisieren

Da die Regelung des § 15 b EStG sämtliche geschlossenen Fonds erfasst, wird sie auch dann eingreifen, wenn ein geschlossener Fonds ein Gebäude modernisiert, das unter Denkmalschutz steht oder das sich in einem Sanierungsgebiet befindet. Denn auf Grund der

erhöhten Absetzungen nach § 7 i EStG bzw. § 7 h EStG wird die Verlustquote in derartigen Fällen stets über 10 % (und auch über der von mir vorgeschlagenen Grenze von 15 %) liegen. Allerdings sind in der Praxis derartige Gestaltungen selten, weil es in der Regel sinnvoller ist, die Objekte als Eigentumswohnungen zu verkaufen. Sollte die Bundesregierung die Absicht haben, derartige Gestaltungen auch weiterhin zu ermöglichen, müsste die Regelung in § 15 Abs. 3 EStG um einen Satz 2 ergänzt werden, der etwa wie folgt heißt:

§ 15 Abs. 3 Satz 2 EStG:

Bei der Berechnung des maßgeblichen Verlustes bleiben erhöhte Absetzungen nach den §§ 7 i und 7 h EStG außer Ansatz.

III. In Krafttreten, § 52 Abs. 33 a EStG

1. Wortlaut

Nach § 52 Abs. 33 a EStG ist § 15 b EStG nur anzuwenden, wenn der Steuerpflichtige dem Steuerstundungsmodell nach dem 10. November beigetreten ist oder mit dem Außenvertrieb nach diesem Stichtag begonnen worden ist.

Insofern fällt zunächst auf, dass das Wort beitreten nur auf geschlossene Fonds passt. Es fehlt eine Formulierung, die auch den Erwerb von Einzeleigentum erfasst, wie sie beispielsweise in § 52 Abs. 4 EStG für § 2 b EStG enthalten ist.

2. Rückwirkung

Die Absicht, das Gesetz rückwirkend zum 11. November 2005 in Kraft zu setzen, ist verfassungsrechtlich bedenklich. Denn damit nimmt das Gesetz Bezug auf einen Beschluss der alten Bundesregierung, der im Übrigen nicht zustande gekommen ist, weil Herr Trittin ihn nicht unterschrieben hat. M. E. ist eine derartige Rückwirkung allenfalls mit der besonderen Lage des Haushalts zu rechtfertigen.

3. Beginn des Außenvertriebs

Dass die Übergangsregelung nicht nur auf den Beitritt des Anlegers, sondern auch auf den Beginn des Außenvertriebs abstellt, ergibt bei der vorliegenden Formulierung keinen Sinn, weil für beide Tatbestände derselbe Stichtag maßgeblich ist und diese mit einem „oder“ verknüpft sind. Durch die Berücksichtigung des Beginns des Außenvertriebs in der Übergangsregelung soll nämlich der Fonds als solcher einen ähnlichen Schutz erfahren wie der Kapitalanleger. Sobald der Fonds mit dem Außenvertrieb begonnen hat, soll er geschützt sein, um ihm die Ausplatzierung zu ermöglichen, auch wenn der einzelne Anleger erst nach diesem Stichtag beitrifft. Hierfür wird üblicherweise eine weitere Frist gewährt, innerhalb der die Anleger beitreten müssen. So regelt etwa die Übergangsregelung in § 52 Abs. 4 EStG zu § 2 b EStG, dass die Vorschrift nicht anzuwenden ist, wenn der Fonds vor dem 5. März 1999 mit der Investition begonnen hat, und der Anleger vor dem 1. Januar 2001 beigetreten ist (vgl. Rz 44 des Anwendungsschreibens vom 22.8.2001, vgl. beispielsweise auch die Übergangsregelung in Rz 50 des 5. Bauherrenerrlasses vom 20.10.2003.) Geht man davon aus, dass mit dem 10. November der Vertrauensschutz in die alte Rechtslage entfallen ist, müssten demnach alle Fonds geschützt sein, deren Außenvertrieb bis zu diesem Tag begonnen hat, auch wenn der einzelne Anleger erst nach diesem Stichtag beitrifft. Konkret würde dies hier heißen, dass § 15 b nur dann eingreift, wenn der Anleger nach dem 10. November beitrifft **und** auch der Außenvertrieb nach diesem Stichtag begonnen hat (nicht „oder“). Nach dem Wortlaut des § 52 Abs. 33 a EStG sind Steuerpflichtige dagegen nur geschützt, wenn sie vor dem 11. November beigetreten sind und auch der Außenvertrieb vor diesem Tag begonnen hat. Die zweite der beiden Voraussetzung ergibt keinen Sinn, weil der Fall, dass ein Steuerpflichtiger vor dem 11. November beigetreten ist, der Außenvertrieb aber erst nach dem 10. November begonnen hat, kaum vorstellbar ist. Da der Beitritt des Anlegers kaum vor dem

Beginn des Außenvertriebs stattgefunden haben dürfte, kommt es letztlich immer nur darauf an, wann der Anleger beigetreten ist.

Hans-Joachim Beck