

**Prof. Dr. Manfred J. Neumann**  
Rechtsanwalt, Notar, Fachanwalt für Steuerrecht

Kurfürstendamm 64, 10707 Berlin, Fax 030 884 201 20, Telefon 030 884 20 11  
[prof.neumann@notar-neumann.de](mailto:prof.neumann@notar-neumann.de)

**Vortrag vom 12.09.2006 im Rahmen der Vortragsreihe auf der  
Immobilienmesse Köln 2006**

**Gibt es noch steuerliche Anreize beim Erwerb von Immobilien?**

**Die geplante pauschale Veräußerungsbesteuerung (§ 23 EStG).**

**Das Verbot modellhafter Gestaltung - § 15b EStG neue Fassung**

**1. Einleitung:**

Der Wendeboom für steuerliche Anreize in der Immobilienbranche ist vorbei. Während noch in den 90er Jahren Neuerrichtungen und Sanierungen, insbesondere im Beitrittsgebiet besonders gefördert wurden, sind diese politisch gesetzten Anreize nunmehr weitgehend weggefallen. Der Markt für geschlossene Immobilienfonds hat durch die Einführung des § 15 b EStG einen Dämpfer erfahren. Als „Steuerstundungsmodell“ konzipiert entfällt für den Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds die häufig erwünschte Verrechnung der Anfangsverluste mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten und damit die Beteiligungsmotivation, die sich häufig aus der Steuerstundung ableiten lässt.

Hier hat offenbar ein politischer Meinungsumschwung stattgefunden:

Bei zukünftig schrumpfenden Bevölkerungszahlen müssen keine besonderen Anreize für die Errichtung und Modernisierung des Immobilienbestands mehr durchgeführt werden. Neben der Abschaffung des FöGG und der bedeutenden Rückführung des Investitionszulagegesetzes wurde zum Jahresende 2005 daher auch die Eigenheimzulage als nicht mehr zeitgemäß gestrichen. Derzeit ist offenbar die Wohnungsbauprämie für Baudarlehen in der Diskussion.

Der Bundesbürger wird sich wohl mittelfristig darauf einstellen müssen, dass er für seinen Immobilienerwerb, sei es zur Eigennutzung, sei es zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung etc. staatlich zukünftig keine besondere Förderung mehr erhalten wird. Inwieweit künftig REITS für den Kapitalanleger und die Immobilienbranche einen positiven Impuls setzen werden, bleibt abzuwarten. Aktuelle Entwicklungen lassen eher nicht erwarten, dass sich aus REITS für den Anleger gegenüber anderen Kapitalanlageformen besondere steuerliche Vorteile ergeben werden.

**2. §§ 7h, 7i, 10f EStG**

Als „letzte Bastion“ des steuerlichen Anreizes gelten Modernisierungsmaßnahmen in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen bzw. Baumaßnahmen an Baudenkmalern. Steuerliche Anreize bestehen derzeit noch weitgehend unverändert im Rahmen von Sanierungsmaßnahmen nach § 7h EStG bzw. für Eigennutzer nach § 10f EStG sowie für Denkmalschutzmaßnahmen im Sinne des § 7i EStG. Richtig angewandt können

hier erhebliche Teile der Anschaffungskosten einer erhöhten Absetzung für Abnutzung von bis zu 9% p.a. zugeführt werden.

## 2.1. Erhöhte Absetzungen nach § 7h EStG

Ist ein Gebäude in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet oder einem städtebaulichen Entwicklungsbereich (§ 177 BauGB i.V.m. § 142 BauGB bzw. §§ 165-171 BauGB) können Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen im Sinne des § 177 BauGB steuerlich begünstigt sein, wenn sie von der Gemeinde vor Baubeginn angeordnet oder mit dem Betroffenen vertraglich vereinbart worden sind (öffentlich-rechtliche Vereinbarung nach § 175 BauGB).

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann der Steuerpflichtige für Herstellungskosten bzw. Anschaffungskosten für Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen im Jahr der Herstellung und in den folgenden 7 Jahren jeweils bis zu 9% und in den folgenden 4 Jahren jeweils bis zu 7% der Herstellungskosten bzw. Anschaffungskosten für Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen im Sinne des § 177 BauGB absetzen, § 7h Abs. 1 Satz 1 und 3 EStG.

Für die erhöhten Absetzungen bei Baudenkmälern (§ 7i EStG) gilt dies entsprechend, ist dort jedoch bezogen auf die jeweils konkrete Baumaßnahme, die dem Denkmalschutz unterliegt.

Erwirbt der Steuerpflichtige Wohnungseigentum in einem unsanierten Objekt mit Sanierungsverpflichtung, stellt sich aber immer wieder die Frage, in welcher Höhe er die erhöhten Absetzungen tatsächlich geltend machen kann.

Hier ist zu berücksichtigen, dass § 7h EStG ebenso wie § 7i EStG oder § 10f EStG nur die begünstigten Baumaßnahmen steuerlich bevorzugen wollen.

Soweit also der Erwerber ein Gesamtobjekt bestehend aus Grundstück, Altbaubestand und Modernisierungsmaßnahmen erwirbt, ist der von ihm gezahlte Kaufpreis auf diese einzelnen Wirtschaftsgüter aufzuteilen. Nur der prozentuale Anteil, der auf die begünstigten Herstellungs-/Anschaffungskosten entfällt, kann den erhöhten Absetzungen zugeführt werden.

Hier sind ein paar Dinge zu beachten, die immer wieder falsch gemacht werden und letztlich beim Anleger zu groben Fehleinschätzungen der steuerlichen Vorteile führen können:

a) Die Aufteilung des Kaufpreises auf die unterschiedlichen Wirtschaftsgüter kann nicht willkürlich erfolgen und auch nicht vom Bauträger willkürlich festgelegt werden oder durch eine Zuordnung im notariellen Kaufvertrag mit Wirkung für die Finanzbehörden festgeschrieben werden.

b) Jedenfalls der Grundstückswert und der Wert des Altbaubestands ist für steuerliche Zwecke objektiv anhand eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln, wobei die einzige steuerlich akzeptierte Form der Wertermittlung das sogenannte Sachwertverfahren nach der Wertermittlungsverordnung 1988 ist.

c) Der gezahlte Kaufpreis ist sodann im Verhältnis der unterschiedlichen Wirtschaftsgüter wie sie sich aus der Sachwertmethode und den ursprünglichen Anschaffungs-/Herstellungskosten des Bauträgers ergeben, proportional entsprechend auf den Kaufpreis des Erwerbers bzw. Gesamtaufwand des Bauherren aufzuteilen (sog. Proportionalmethode).

d) Nur der Kaufpreisanteil, der bei dieser proportionalen Hochrechnung auf die begünstigten Herstellungskosten entfällt, unterliegt den erhöhten Absetzungen für Abnutzung.

Selbst wenn diese Proportionalmethode richtig angewandt wird, werden im Vorfeld vom Bauträger häufig die begünstigten Herstellungskosten höher veranschlagt, als sie später, nach Prüfung durch die Finanzverwaltung, tatsächlich festgesetzt werden.

Hier sind drei wesentliche Punkte zu beachten:

1. Begünstigt sind nur solche Anschaffungs- oder Herstellungskosten, die in einem Sanierungsgebiet durch öffentlich-rechtlichen Vertrag oder Bescheid als begünstigt gefördert werden bzw. bei § 7i EStG, die auf die konkret vereinbarte Denkmalschutzmaßnahme entfallen. Es ist also darauf zu achten, dass über die Baumaßnahmen, die zu begünstigten Herstellungskosten führen können, zunächst eine Vereinbarung mit der Sanierungsverwaltungsstelle/ Denkmalschutzbehörde zu treffen ist.

Willkürliches Drauflosbauen vor einer solchen Vereinbarung oder ohne eine solche Vereinbarung, führt immer zu nichtbegünstigten Herstellungs-/Anschaffungskosten.

2. Handelt es sich um einen Kauf mit Modernisierungsverpflichtung im sog. Erwerbermodell, sind ferner nur die Anschaffungskosten begünstigt, die nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages mit dem Erwerber durchgeführt werden.

Sind also Modernisierungsmaßnahmen bereits im Gange, können auf den einzelnen Erwerber steuerrechtlich begünstigte Herstellungskosten nur noch zu dem Anteil entfallen, der auf seinen Anteil an der Immobilie an den begünstigten Herstellungskosten für Baumaßnahmen ab diesem Zeitpunkt entfällt. In der Praxis bedeutet dies häufig, dass von der ursprünglichen steuerlichen Konzeption letztlich gelegentlich erheblich abgewichen wird, wenn die steuerliche Konzeption, gerade was den Abverkauf anbetrifft, nicht bei Durchführung der Baumaßnahmen eingehalten wird. Hier sind aus der Praxis sowohl Fälle bekannt, in denen die Bauunternehmen aus eigenen Stücken „zu schnell“ vor den festgelegten Fristen tätig geworden sind und damit vor Abverkauf der Wohnungen als auch Fälle, in denen sich der Abverkauf der Wohnungen länger hingezogen hat als geplant, mit der Folge, dass ebenfalls die Baumaßnahmen vor dem Abschluss der notariellen Kaufverträge lagen. In beiden Fällen müssen dann erhebliche Abstriche bei den steuerlich begünstigten Herstellungskosten gemacht werden.

3. Die Baumaßnahmen, die zu begünstigten Herstellungskosten führen sollen, müssen von der Sanierungsverwaltungsstelle anschließend bescheinigt werden. Hier tritt der Bauträger häufig in die Luxusfalle: Ursprünglich als begünstigungsfähig vereinbarte Herstellungskosten werden nachträglich nicht bescheinigt, weil der Bauträger eine vom Gesetzgeber bei § 177 BauGB nicht gewünschte Luxussanierung durchgeführt hat, um potentielle Käufer mit den hohen Ausstattungsmerkmalen zu beeindrucken und so einen höheren Kaufpreis zu erzielen – mit der Folge, dass ihm für diese Maßnahmen begünstigte Herstellungskosten nicht bescheinigt werden.

Bei entsprechender Vorplanung, Auswahl der Objekte und effektiver Umsetzung lassen sich aber bei Objekten nach § 7h und § 7i EStG bzw. bei Eigennutzung nach § 10f EStG realistisch begünstigte Herstellungskosten in Höhe von 30-60% - je nach Objekt – darstellen. Dies führt zu einem Abschreibungsvolumen in gleicher Höhe, allerdings verteilt über 11 Jahre.

### 3. § 15b EStG

Anders als beim Direkterwerb einer Immobilie bzw. WEG-Einheit in einem 7h/7i-Objekt sind die steuerlichen Anreize für die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds spätestens seit Dezember 2005 entfallen.

Noch einmal zur Erinnerung: Mit Einführung des § 15b EStG Ende Dezember 2005 hat der Gesetzgeber über den ursprünglich schon bestehenden § 2b EStG hinaus die Verrechnung von Verlusten u.a. aus geschlossenen Fonds nur noch mit positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle zugelassen. Damit war ein wesentlicher Anreiz für die ehemaligen Verlustzuweisungsgesellschaften bzw. die sogenannten Steuerstundungsmodelle weggefallen.

Der Wortlaut des § 15b EStG in seiner aktuellen Fassung lautet wie folgt:

- „(1) Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen dürfen weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d abgezogen werden. Die Verluste mindern jedoch die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Einkunftsquelle erzielt.....
- (2) Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des Absatz 1 liegt vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. ....
- (3) Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn innerhalb der Anfangsphase das Verhältnis der Summe der prognostizierten Verluste zur Höhe des gezeichneten und nach dem Konzept auch aufzubringenden Kapitals oder bei Einzelinvestitionen des eingesetzten Eigenkapitals 10 von Hundert übersteigt.“

Soweit also die Finanzverwaltung z.B. einen Immobilienfonds als Steuerstundungsmodell qualifizierte, konnte die vom Steuerpflichtigen häufig erwünschte Verlustausgleichung mit anderen Einkünften, z.B. solchen aus nichtselbständiger Arbeit nicht mehr durchgeführt werden.

Aus dem Gesetzeswortlaut lassen sich folgende Voraussetzungen für § 15b EStG isolieren:

1. Es muss ein Steuerstundungsmodell vorliegen, d.h.
  - vorgefertigtes Konzept, das
    - negative Einkünfte
    - in der Anfangsphase
    - prognostiziert
2. diese prognostizierten Verluste betragen im Verhältnis zum eingesetzten Kapital mehr als 10%.

#### 3.1. Geschlossene (Immobilien)fonds

Es entspricht herrschender veröffentlichter Meinung, dass geschlossene Immobilienfonds nahezu ausnahmslos dem Anwendungsbereich des § 15b EStG unterfallen, weil sie „modellhaft gestaltet“ sind, d.h. dem Anleger ein vorgefertigtes Konzept präsentieren, das auf die Erzielung negativer Einkünfte in den ersten Jahren gerichtet ist.

### **3.1.1. Fondsmodelle ohne Einflussnahmemöglichkeit**

Dies gilt unzweifelhaft für geschlossene Immobilienfonds, soweit der einzelne Anleger keine Einflussnahmemöglichkeit auf die Fondsgestaltung mehr hat.

Hier kann auf die Grundsätze des 5. Bauherrenerrlasses vom 20.10.2003 (BStBl 2003 I 546) Bezug genommen werden (Rz. 33). Gibt der Initiator der Gesellschaft ein einheitliches Vertragswerk vor und haben die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit keine Möglichkeit mehr hierauf wesentlich Einfluss zu nehmen, ist das wirtschaftliche und steuerliche Konzept vor Beitritt des Anlegers bereits festgelegt. Er kann das Investitionsvorhaben nur als Ganzes annehmen oder von der Investition Abstand nehmen. Ihm wird eine modellhafte Gestaltung also übergestülpt. Daran ändert sich nach der veröffentlichten Rechtsauffassung auch dann nicht, wenn dem Anleger mehrere Varianten vorgelegt werden, aus denen er eine wählen kann.

### **3.1.2. Fondsmodelle mit Einflussnahmemöglichkeit**

Fraglich war in der Vergangenheit, ob § 15b EStG auch in den Fällen Anwendung findet, wo der Fonds den Anlegern eine Einflussnahmemöglichkeit bietet.

Denkbar wäre, dass man den Fonds so gestaltet, dass der Anleger nicht ein vom Initiator hergestelltes oder herzustellendes Objekt mittelbar über seine Gesellschaftsbeteiligung anteilig erwirbt, sondern dass nach der vertraglichen Konzeption der Initiator bzw. die von ihm eingesetzten Bauunternehmen im Auftrag der Anleger als Gesellschaft tätig werden und die Gesellschaft erst später dazu Entscheidungen trifft.

In den meisten Fällen wird dem Anleger aber auch dann ein vorgefertigtes Konzept präsentiert, zu dem er nur noch beitreten muss. Selbst wenn der Anleger über Einzelheiten des Konzeptes noch entscheiden kann oder dieses verändern darf, muss doch für einen geschlossenen Immobilienfonds, der mit einem Prospekt vertrieben wird und sich an noch nicht bekannte potentielle Anleger wendet, die Investitionsmaßnahme zumindest im Groben hinsichtlich Objekt, Baubeschreibung, Ausführenden oder Preis vorgegeben sein. In jedem Fall wäre bei einem Publikumsangebot auch vorzugeben, worüber und in welchem Verfahren Einzelheiten der Investition entschieden werden sollen. Schon allein dies spricht für eine modellhafte Gestaltung.

Im Immobilienbereich ist daher für geschlossene Fonds, die sich an ein noch nicht bekanntes Publikum richten, praktisch nicht denkbar, dass ein geschlossener Immobilienfonds so konzipiert ist, dass eine modellhafte Gestaltung nicht vorliegt.

Will man den Anwendungsbereich des § 15b EStG nicht berühren, besteht als einzige Möglichkeit, den Fonds rechnerisch so zu gestalten, dass die wirtschaftlichen Grenzen (10%-Hürde/Anfangsphase) nicht berührt werden.

## **3.2. Nicht von § 15b EStG erfasste Konzeptionen**

Angebote von geschlossenen Fonds unterfallen trotz modellhafter Gestaltung dann nicht § 15b EStG, wenn der steuerliche Vorteil, den diese Fonds gewähren nicht durch prognostizierte Verluste in der Anfangsphase hergestellt werden soll.

Nicht umfasst von § 15b EStG sind etwa Beteiligungen am geschlossenen Immobilienfonds im Ausland, wenn der Steuervorteil allein darin besteht, dass Vermietungseinkünfte auf Grund des Doppelbesteuerungsabkommens nicht in Deutschland, sondern im ausländischen Staat (günstiger) besteuert werden.

Nicht umfasst sind auch Schiffsfonds, die ihren Gewinn nach § 5a EStG (Tonnagesteuer) ermitteln.

Der Erwerb von Wohnungen, die unter Denkmalschutz stehen oder im Sanierungsgebiet liegen, unterfällt gleichfalls nicht § 15b EStG, wenn der Erwerber die Wohnung selbst bewohnen will (Fall des § 10f EStG). In diesem Fall macht der Erwerber nicht erhöhte Absetzungen für Abnutzung nach § 7h bzw. § 7i EStG geltend, sondern Sonderausgaben, die nicht mit einer Einkunftsart oder Einkunftsquelle in Zusammenhang stehen und damit schon aus diesem Grund nicht zur Verlustausgleichung herangezogen werden können.

### **3.3. Einzelinvestitionen – Erwerb von Wohnungseigentum – Anwendung des 15 b EStG ?**

Zu großer Verunsicherung in der Immobilienbranche hat zeitweise die Frage geführt, ob § 15b EStG auch auf die Fälle des § 7h und § 7i EStG Anwendung findet. Wird ein Wohnungseigentum verbunden mit einer Modernisierungszusage verkauft und modernisiert der Bauträger daraufhin das gesamte Objekt, verkauft die einzelnen Wohnungseigentumseinheiten aber an unterschiedliche Investoren, so könnte man grundsätzlich von einer „modellhaften Gestaltung“ ausgehen. Dies zum einen, weil dort regelmäßig ein Verkaufsprospekt erstellt wird, zum anderen aber auch, weil der Verkauf mit einer Modernisierungszusage verbunden ist und Kaufvertrag und Modernisierung regelmäßig schon in der notariellen Vereinbarung miteinander verknüpft werden. Diese Immobilienerwerbe erzielen zudem in der Anfangsphase erhebliche Verluste durch die erhöhten Absetzungen für Abnutzung, die §§ 7h, 7i EStG gerade zusprechen und regelmäßig nicht durch die Mieteinnahmen aus dieser Einkunftsquelle in gleicher Höhe verrechnet werden können.

Der besondere steuerliche Anreiz, den der Gesetzgeber also bei § 7h und § 7i EStG durch die erhöhten Absetzungen für Abnutzung geschaffen hat, würde bei Anwendung des § 15b EStG gerade aufgehoben.

Hier wurde aber früh in der Literatur schon darauf hingewiesen, dass der Erwerb einer Immobilie mit Modernisierungszusage per se wohl deshalb nicht als modellhaft gelten kann, weil hier tatsächlich ein einheitliches Vertragswerk (ein notarieller Kaufvertrag mit Modernisierungszusage) vorliegt und nicht ein Bündel von Vertragsabschlüssen, die in einem einheitlichen Konzept zusammengefasst werden, wie dies etwa bei einem geschlossenen Immobilienfonds (Gesellschaftsbeitritt, Abschluss eines Treuhandvertrages, etc.) der Fall ist.

Tatsächlich wird auch aus der Gesetzesbegründung zu § 15b EStG klar, dass der Gesetzgeber die Fälle des § 7h und § 7i EStG von der Anwendung des § 15b EStG gerade ausschließen wollte. Dort heißt es:

*„Nicht betroffen sind jedoch Bauträgergestaltungen, in denen ein Bauträger ein Objekt im Sanierungsgebiet oder ein Denkmal saniert, für die erhöhte Absetzungen 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.“*

Schon aus dieser Gesetzesbegründung wird deutlich, dass im Einzelfall bei § 7h und § 7i EStG die Anwendung des § 15b EStG nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Entscheidend ist, dass nicht weitere Nebenleistungen vereinbart werden, dies muss jedenfalls gelten, solange dazu noch kein BMF-Schreiben existiert.

Derzeit sollte daher von der parallelen Vereinbarung z.B. eines Mieterpools aber auch von der parallelen Vereinbarung der Finanzierung Abstand genommen werden. Dies ist aber derzeit noch strittig. Teilweise wird eingewandt, dass der Mieterpool nicht die Investitionsphase betrifft, sondern erst die spätere Vermietung und daher nicht die Modellhaftigkeit bestimmen soll.

### **3.4. Verlustquote**

§ 15b Abs. 3 EStG besagt, dass die Verrechnung mit derselben Einkunftsquelle nur dort erforderlich ist, wo das Verhältnis der prognostizierten Summe der Verluste zur Höhe des gezeichneten Kapitals insgesamt 10% übersteigt. Damit lässt sich theoretisch der Anwendungsbereich des § 15b EStG vermeiden, wo diese Verlustquote in der Anfangsphase nicht erreicht wird. Übersteigt der Verlust die Quote von 10%, tritt das Verlustausgleichsverbot gemäß § 15b Abs. 3 EStG insgesamt in Kraft - nicht nur für die Verluste, die die Grenze von 10% überschreiten.

#### **3.4.1 Prognostizierte Verluste**

Dabei kommt es nicht auf die tatsächlich entstandenen Verluste an, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift auf die **prognostizierten** Verluste. Wissentliche Falschberechnungen in den Prospekten, die dann später doch zu höheren Verlusten als 10 % führen dürften dennoch nicht zielführend sein und als missbräuchlich von der Finanzverwaltung eingestuft werden, § 42 AO.

#### **3.4.2. Die 10%-Grenze**

Gelegentlich wird problematisiert, wie die 10%-Grenze zu ermitteln ist. Diese Frage ist aber im wesentlichen nur im Bereich von Dachfonds interessant. Bei dem Anleger, der direkt in Wohneigentum investiert, ist jedes einzelne Objekt gesondert zu bewerten. Eine Gesamtsaldierung etc. ergibt sich nicht.

Grundsätzlich gilt, dass ein Fonds, auch ein Immobilienfonds, der aus unterschiedlichen Objekten bzw. ggf. sogar aus unterschiedlichen Einkunftsarten (Kapitalvermögen) Gewinne oder Verluste erzielt, mit seinem Gesamtergebnis an der 10%-Grenze zu messen ist.

Anderes gilt allenfalls da, wo ein Dachfonds mehrere Unterbeteiligungen (= Unterfonds) auf sich vereinigt. Gemäß Rz. 13a Abs.1 des BMF-Schreibens zu § 2b EStG, sollen Unterbeteiligungen gerade gesondert geprüft werden. Überträgt man dieses BMF-Schreiben auf § 15b EStG, so müsste dies dort entsprechend berücksichtigt werden.

Ist also ein Gesellschafter an einem Dachfonds beteiligt, der zwei Unterbeteiligungen an Unterfonds hält, von denen der eine einen Gewinn von +10 und der andere einen Verlust von -15 erwirtschaftet, sind diese beiden Ergebnisse nicht miteinander zu saldieren. § 15b EStG ist also für die Verlustbeteiligung anzuwenden, die einen Verlust von -15 in der Anfangsphase erwirtschaftet. Er muss also die positiven Einkünfte aus dem ersten Unterfonds versteuern und kann die anteiligen Verluste aus dem zweiten Unterfonds im Veranlagungszeitraum nicht nutzen, da er insofern auf die spätere Verrechnung mit den Gewinnen aus dem zweiten Fonds warten muss.

Eine explizite gesetzliche Regelung dazu fehlt aber. Daher wird in der veröffentlichten Literatur (vgl. Lechner/Lemaitre, DStR 2006, 689) auch vertreten, dass § 15b EStG auf doppelstöckige Fondsmodelle keine Anwendung finden soll. Auf der Ebene der Unterbeteiligung läge keine modellhafte Gestaltung vor, an der sich der Kapitalanleger beteiligt, so dass die Voraussetzungen des § 15b EStG schon unter diesem Aspekt nicht erfüllt seien. Hier bleibt abzuwarten, wie ggf. die Finanzrechtsprechung darauf reagiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten jedenfalls auch Dachfonds von § 15b EStG erfasst werden. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Gesetzesbegründung. Dort heißt es:

*„Bei doppelstöckigen Gestaltungen (z.B. Dachfonds) ist die Regelung bereits auf Ebene der Untergesellschaften zu prüfen. Ein Verlustausgleich zwischen den Beteiligungen auf Ebene der Obergesellschaft ist damit nicht möglich.“* (BT-Drs. 16/107, S.7)

### **3.4.3. Bemessungsgrundlage**

Bei der Berechnung der Verlustquote nach § 15b Abs. 3 EStG kommt es dabei nicht auf die Finanzierungskosten an, die der Anleger selbst für die Finanzierung des gezeichneten Fondsanteils hat. Entscheidend ist die Innenfinanzierung des Objektes, weil diese in deren diese Berechnung eingehen soll, um zu prüfen, ob es sich um ein Steuerstundungsmodell handelt.

Da sich die 10%-Quote am Eigenkapital der Gesellschaft bemisst, lässt sich der Spielraum für die steuerliche Gestaltung dort erweitern, wo die Gesellschaft zu einer hohen Quote mit Eigenkapital kalkuliert, nicht mit Fremdkapital.

Erwirbt der Anleger direkt Wohnungseigentum, ist Bezugsgröße ohnehin das tatsächlich eingesetzte Eigenkapital, nicht das prognostizierte.

Gemäß § 15b Abs. 3 EStG ist nur auf die Verluste abzustellen, die innerhalb der Anfangsphase die Eigenkapitalquote von 10% übersteigen.

Eine genaue Definition dieser Anfangsphase ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Es herrscht aber die Meinung vor, dass auch wenn der Verlustphase eine anfängliche Überschuss- oder Gewinnphase vorgeschaltet sein sollte, sich an der Rechtsfolge des § 15b EStG nichts ändert. Die Verlustphase würde erst dann enden, wenn die Prognoserechnung einen dauerhaft über die Jahre bestehenden anfallenden Überschuss ausweist (vgl. Beck, DStR, 2006, S. 66).

### **3.5. Zeitlicher Anwendungsbereich, Übergangsregelung, Neuregelung**

§ 15b EStG ersetzt die Regelung in § 2b EStG und knüpft inhaltlich an diese an. Nach der gesetzlichen Regelung trat die Vorschrift, die am 22.12.2005 beschlossen wurde rückwirkend zum 10.11.2005 in Kraft. Übergangsfristen waren nicht vorgesehen. Insofern ist bedenklich, ob innerhalb der Frist vom 10.11.2005 bis zum 22.12.2005 tatsächlich § 15b EStG auf Fondsbeteiligungen, die in diesem Zeitraum abgeschlossen wurden, Anwendung finden kann. Die Rückwirkung dieser gesetzlichen Vorschrift ist nach bereits in der Literatur veröffentlichten Meinungen verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Urteile dazu sind aber noch nicht bekannt.

Für die Frage der Anwendung des § 15b EStG stellt die Finanzverwaltung darauf ab, wann der Außenvertrieb für ein Fondsobjekt begonnen wurde. Hier musste also derjenige, der für

seine Anleger den Anwendungsbereich des § 15b EStG umgehen wollte, vor dem 10.11.2005 prospektiert haben und ggf. zu Beweis Zwecken Zeichnungsscheine vorlegen können.

Zukünftig wird sich durch das Jahressteuergesetz 2007 nach dem derzeit vorliegenden Gesetzesentwurf der Anwendungsbereich des § 15b EStG noch ausweiten. Mit einem neu zu gestaltenden § 20 Abs. 2b EStG sollen zukünftig alle Einkünfte aus Kapitalvermögen - nicht nur Anteile eines stillen Gesellschafters am Verlust des Betriebs gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG - in den Anwendungsbereich des § 15b EStG einbezogen werden. Ein vom Kabinett beschlossener Gesetzesentwurf liegt bereits vor. In der Pressemitteilung des BMF heißt es dazu, mit dieser Regelung werde auf das Auftreten neuer Steuerstundungsmodelle am Markt reagiert. Die Neuregelung soll überdies ebenfalls wieder rückwirkend und damit verfassungsrechtlich höchst bedenklich für den gesamten Veranlagungszeitraum 2006 gelten.

Der Wortlaut des neu einzuführenden § 20 Abs. 2b lautet:

*„15b ist sinngemäß anzuwenden. Ein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b Abs. 2 S. 2 liegt auch dann vor, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen.“*

Diese Neuregelung wird, wenn sie kommt, damit auch dazu führen, dass die für 2007/2008 angekündigten REITS, die u.U. als Immobilienaktiengesellschaften organisiert werden sollen mit ihren Kapitaleinkünften § 15b EStG unterliegen. Damit könnten dann Verluste aus der Beteiligung an einem REIT nur noch mit Dividenden desselben Trusts ausgeglichen werden.

#### **4. Kommt die pauschale Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus privaten Immobiliengeschäften?**

Bisher waren Veräußerungsgewinne aus Immobilien dann steuerfrei, wenn kein gewerblicher Grundstückshandel vorlag und die Immobilie über die Spekulationsfrist von 2 Jahren (bis Ende 1998) bzw. 10 Jahren (aktuelle Gesetzesfassung, ab 01.01.1999 mit Rückwirkung) hinaus gehalten wurde, § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG.

Im Rahmen der Koalitionsvereinbarungen wurde erwogen, Veräußerungsgewinne aus privaten Geschäften einschließlich Immobiliengeschäften einer pauschalen Besteuerung von 20% zu unterwerfen - unabhängig davon, wie lange sich eine Immobilie in Privateigentum befindet.

Im Sommer diesen Jahres hat die Regierung jedoch beschlossen, die Abgeltungssteuer für private Veräußerungsgewinne insbesondere Kapitalerträge erst zusammen mit der Unternehmenssteuerreform zu beschließen, die im Kalenderjahr 2008 kommen soll. Dazu soll nach aktueller Auskunft des Bundesfinanzministeriums voraussichtlich ein Referentenentwurf bis Ende des Kalenderjahres 2007 vorliegen. Wie aus dem Bundesfinanzministerium zu hören war, ist nun nicht mehr geplant, Veräußerungsgewinne aus Immobiliengeschäften nach Ablauf der Spekulationsfrist einer Abgeltungssteuer zu unterziehen. Auch die Frist selbst soll nicht mehr verändert werden. Offenbar ist also die pauschale Besteuerung von Veräußerungsgewinnen bei Immobilien (zunächst) „vom Tisch“.

#### **5. Zusammenfassung**

Nach alledem lassen sich praxisrelevante „Steuerschupflöcher“ für geschlossene Immobilienfonds bei § 15b EStG jedenfalls im Inland nicht mehr ausmachen.

Steuerliche Anreize bestehen aber weiterhin für den Direkterwerb von Wohnungseigentum nach § 7h und § 7i EStG bzw. nach § 10f EStG. Bei § 7h und § 7i EStG kann – wie oben dargestellt – eine modellhafte Gestaltung allerdings dann vorliegen, wenn das Immobilienangebot mit weiteren Verträgen verknüpft wird, wie z.B. einem Finanzierungsvertrag oder ggf. auch Mietgarantien, ein Mietpool etc. (strittig).

Völlig unproblematisch ist der Vertrieb von Wohnungseigentum an Eigennutzer nach § 10f EStG. Hier ist § 15b EStG sicherlich nicht einschlägig, so dass an Eigennutzer auch weitere Dienstleistungen wie die Finanzierungsvermittlung etc. verkauft werden können.