

## Geschlossene Immobilienfonds

# Steuerliche Aspekte beim Zweitmarkthandel

Frank Heimsaat und Gregor Kunz

**Weil Kapitalanleger bei der Wahl ihrer Assetklassen zunehmend Wert auf Transparenz und Fungibilität legen, verzeichnen Zweitmarkt-Plattformen für den Handel mit Anteilsscheinen von Geschlossenen Fonds derzeit großes Interesse. Allerdings gilt es beim Handel mit Fondsanteilen einige steuerliche Risiken zu berücksichtigen. Bei Geschlossenen Immobilienfonds sind dies Liebhaberei, gewerblicher Grundstückshandel und die Spekulationsfrist. Wie Käufer und Verkäufer von Fondsanteilen steuerliche Nachteile vermeiden, erläutern die Autoren im Folgenden. (Red.)**

In zunehmendem Maße entwickelt und etabliert sich ein Zweitmarkt für den Handel mit gebrauchten Fondsanteilen. Hierbei spielen Börsen eine zunehmend wichtige Rolle. Die Börse bedient sich eines standardisierten Verfahrens und gewährleistet dadurch, dass mögliche Risiken auf beiden Seiten minimiert werden. Jedoch obliegt es dem einzelnen Käufer beziehungsweise Verkäufer von Zweitmarktanteilen respektive deren steuerlichem Berater, die steuerlichen Risiken zu prüfen, die sich bei der Übertragung von Fondsanteilen ergeben können.

Beim Zweitmarkthandel können vor allem drei Themenbereiche steuerrechtlich relevant werden: Dies sind bei allen Fondsarten die Liebhaberei, die auch unabhängig von der Übertragung eines Fondsanteiles zum Problem werden kann, und bei den Immobilienfonds der gewerbliche Grundstückshandel sowie das private Veräußerungsgeschäft bei Unterschreiten der Frist für private Veräußerungsgeschäfte (vormals: die Spekulationsfrist).

### Die Liebhaberei

Ertragsteuerlich handelt es sich um Liebhaberei, wenn eine Tätigkeit oder Vermögensnutzung nicht mit Einkunftserzielungsabsicht betrieben beziehungsweise weiter betrieben wird. Fehlt es an der Einkunftserzielungsabsicht, sind die Ergebnisse der entsprechenden Tätigkeit respektive Vermögensnutzung einkommensteuerlich unbeachtlich. Vor allem dem einzelnen Anleger zugerechnete Verluste aus seiner Fondsbeteiligung können dann nicht dazu genutzt werden, durch den Ausgleich mit anderen posi-

tiven Einkünften die Steuerlast zu senken.

Für einen Fondsanleger hat dies, vereinfacht gesagt, zur Konsequenz, dass bis dahin in Anspruch genommene Steuervorteile, gleichgültig ob diese beispielsweise aus erhöhten Abschreibungen oder aus dem Geltendmachen von Werbungskosten wie zum Beispiel Zinszahlungen rühren, an das Finanzamt zurückgezahlt werden müssten. Dies gilt auch für Verluste, die vor vielen Jahren – beispielsweise bei Ostimmobilienfonds, die nach dem Fördergebietsgesetz konzipiert wurden – angefallen sind.

Maßgebend für die Einkommensbesteuerung und damit den Ausgleich negativer Einkünfte mit positiven Einkünften ist die Absicht, im Rahmen eines Gesamtplans über längere Zeit positive Einkünfte, also einen Gewinn oder Überschuss zu erzielen. Tätigkeiten sind nur dann auf die Erzielung von positiven Einkünften gerichtet, wenn sie vom Streben nach einer (Betriebs-)Vermögensmehrung getragen sind.

Für die Feststellung der Einkunftserzielungsabsicht bei den Überschusseinkünften ist ein Totalüberschuss zu ermitteln. Dies gilt für Geschlossene Immobilienfonds, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen (§ 21 EStG). Wert-

### Die Autoren

**Frank Heimsaat** ist Mitglied des Vorstandes der Zweitmarkt PLUS AG, Berlin, und **Gregor Kunz** ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bei der RöverBrönner KG, Berlin.

steigerungen des eingesetzten Vermögens bleiben bei der Ermittlung wegen der Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns grundsätzlich außer Ansatz. Bei der Einkunftsprognose werden demnach nur die laufenden Einnahmen und Werbungskosten berücksichtigt, es sei denn, der Veräußerungsgewinn ist ausnahmsweise steuerpflichtig nach § 23 EStG.

Im Bereich der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ist die Einkunftsprognose nicht auf die Dauer der Nutzungsmöglichkeit des Gebäudes, sondern auf die voraussichtliche Dauer der Nutzung durch den Nutzenden und gegebenenfalls seiner unentgeltlichen Rechtsnachfolger zu beziehen. Der Prognosezeitraum umfasst – sofern nicht von einer zeitlich befristeten Vermietung auszugehen ist – 30 Jahre.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes ist bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich ohne weitere Prüfung vom Vorliegen der Einkunftserzielungsabsicht auszugehen. Einer Prognoserechnung bedarf es nicht. Hat der Steuerpflichtige den Entschluss, auf Dauer zu vermieten, endgültig gefasst, gelten die Grundsätze der genannten Rechtsprechung selbst dann, wenn der Steuerpflichtige die Immobilie später aufgrund eines neu gefassten Entschlusses veräußert.

Demgegenüber kann jedoch bei dem Vorliegen bestimmter Beweisanzeichen die Einkunftserzielungsabsicht abgelehnt werden. Dies gilt auch und vor allem dann, wenn sich negative Beweisanzeichen aus der persönlichen Sphäre eines Gesellschafters ergeben.

Schädlich ist es zum Beispiel, wenn der Anteilseigner erkennbar von Beginn seiner Beteiligung an beabsichtigt, seinen Anteil an dem Fonds noch innerhalb der Verlustphase zu veräußern. Dies kann bei der Vereinbarung einer Rückkaufgarantie des Initiators der Fall sein.

Als schädliches Indiz gilt auch, wenn im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung der Steuerpflichtige ein bebautes Grundstück oder eine Wohnung innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – von in der Regel bis zu fünf Jahren – seit der Anschaffung oder Herstellung veräußert oder selbst nutzt. Für die Berechnung des Fünfjahres-Zeitraumes als Indiz für oder gegen das Vorliegen der Einkunftserzielungsabsicht bei dem einzelnen Gesell-

schafter kommt es auf den Zeitpunkt des Beitritts zum Fonds als Beginn des Fünf-Jahres-Zeitraumes an.

Gegen die Einkunftserzielungsabsicht sprechende Beweisanzeichen können jedoch erschüttert werden, indem Umstände dargelegt und nötigenfalls nachgewiesen werden, die dafür sprechen, dass der Entschluss zur Veräußerung oder zur Selbstnutzung erst nachträglich gefasst wurde. Gelingt dem Steuerpflichtigen dieser Nachweis nicht, kann er allenfalls anhand einer Prognoserechnung nachweisen, dass er aus der befristeten Vermietung einer Immobilie beziehungsweise Beteiligung an einem Fonds einen Totalüberschuss oder Totalgewinn erzielen kann.

### Der Gewerbliche Grundstückshandel

Werden durch die Nutzung von Grundstücken Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, handelt es sich um Überschuss- und nicht Gewinneinkünfte. Das Grundstück wird im Privat- und nicht im Betriebsvermögen gehalten. Die Wertveränderungen im Privatvermögen sind für die Einkommensteuer grundsätzlich unbeachtlich. Es werden nur die laufenden Einkünfte, also die Miet- oder Pächterträge abzüglich der Werbungskosten besteuert. Die Veräußerungsgeschäfte werden hingegen nicht besteuert, es sei denn, es liegt ein ausnahmsweise steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG vor. Dagegen gelten Veräußerungen von Immobilien und von Immobilienfondsanteilen dann als gewerblich, wenn schon beim Erwerb einer Immobilie die Absicht bestand, sie bald danach wieder zu verkaufen. Da dies schwer nachzuweisen ist, entwickelte die Rechtsprechung die sogenannte Drei-Objekt-Grenze.

Diese stellt ein gewichtiges Indiz zur Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels von der privaten Vermögensverwaltung dar. Danach überschreitet die Veräußerung von mehr als drei Objekten innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach ihrem Erwerb, ihrer Herstellung oder Modernisierung grundsätzlich die Grenze zur privaten Vermögensverwaltung und begründet – bei Vorliegen der übrigen eingangs genannten Voraussetzungen – einen gewerblichen Grundstückshandel. Dies führt zur Gewerblichkeit aller – das heißt auch der ersten drei – Objektveräußerungen. Denn im Falle des gewerblichen Grundstückshandels werden insgesamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb und nicht mehr aus Ver-

mietung und Verpachtung erzielt. Die vermieteten Immobilien wechseln vom Privatvermögen in das Betriebsvermögen.

Die Grenze von fünf Jahren hat allerdings keine starre Bedeutung. Ein gewerblicher Grundstückshandel kann zum Beispiel bei einer höheren Anzahl von Veräußerungen nach Ablauf dieses Zeitraumes, aber auch bei einer hauptberuflichen Tätigkeit im Baubereich vorliegen. So wird bei Personen, die der Immobilienbranche irgendwie nahe stehen (Architekten oder Makler), ein strengerer Maßstab angelegt als bei branchenfremden Personen. Für „branchennahe“ Personen beträgt die Frist eher zehn als fünf Jahre.

Der Verkauf von nicht mehr als drei Objekten begründet demnach in der Regel keinen gewerblichen Grundstückshandel und damit auch keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Regelmäßig unschädlich ist es auch, wenn außerhalb der Fünf- beziehungsweise Zehnjahresfrist mehr als drei Objekte veräußert werden. Hält der Anleger die Beteiligung im Privatvermögen, können wegen Überschreitung der Drei-Objekt-Grenze die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in solche aus Gewerbebetrieb umqualifiziert werden.

### Wann ist die Drei-Objekt-Grenze überschritten?

Dies ist der Fall, wenn die von der vermögensverwaltenden Gesellschaft getätigten Veräußerungen entweder für sich gesehen oder unter Zusammenrechnung von Veräußerungen von Grundstücken, die dem einzelnen Anleger allein oder im Rahmen einer anderen Personengesellschaft gehören, die Drei-Objekt-Grenze überschreiten. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Anleger an der jeweiligen Gesellschaft wesentlich beteiligt ist, das heißt zu mindestens zehn Prozent oder dass der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als zehn Prozent mehr als 250 000 Euro beträgt. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, werden dem Anleger die Veräußerungen der Gesellschaft nicht zugerechnet.

Veräußert der Anleger seinen Anteil an der Grundstücksgesellschaft, wird die Veräußerung der Beteiligung einer anteiligen Grundstücksveräußerung gleichgestellt. Für die Drei-Objekt-Grenze kommt es dabei auf die Zahl der Grundstücke an, die der Gesellschaft gehören. Ist der Anleger an mehreren Gesellschaften beteiligt und verkauft er die Beteili-

gungen, kommt es auf die Zahl der Grundstücke an, die den Gesellschaften insgesamt gehören. Voraussetzung für die Anrechnung der Anteilsveräußerungen ist jedoch, dass der Gesellschafter an der jeweiligen Gesellschaft zu mindestens zehn Prozent beteiligt ist oder dass seine Beteiligung von weniger als zehn Prozent einen Verkehrswert von mehr als 250 000 Euro hat.

Dies mag das folgende Beispiel verdeutlichen: Erwirbt und veräußert beispielsweise ein Anleger innerhalb von vier Jahren drei Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften, zu deren Gesellschaftsvermögen jeweils ein Grundstück gehört, wird die Drei-Objekt-Grenze nicht überschritten. Der Anleger wird nicht im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels tätig. Erwirbt und veräußert er jedoch innerhalb von vier Jahren zwei wesentliche Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften, zu deren Gesellschaftsvermögen jeweils zwei Grundstücke gehören, ist die Drei-Objekt-Grenze überschritten.

### Das private Veräußerungsgeschäft

Als privates Veräußerungsgeschäft bezeichnet man Veräußerungen im Sinne des § 23 EStG. Danach sind Grundstücksveräußerungen, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt, steuerpflichtig. Dieser Zeitraum wird taggenau berechnet. Erfasst von dieser Vorschrift werden nur private Veräußerungsgeschäfte, was voraussetzt, dass es sich bei dem Vermögen um Privatvermögen handelt. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Fonds lediglich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und nicht aus Gewerbebetrieb erzielt.

Nach § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Die Frist für private Veräußerungsgeschäfte findet damit auch Anwendung für den Handel mit Fondsanteilen.

Nicht nur bei der Veräußerung, sondern auch bei der Kündigung einer Beteiligung an einer Gesellschaft kann ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des 23 EStG vorliegen. Denn mit der Kündigung wächst den übrigen Gesellschaftern der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters an. Steuerlich sind die durch Anwachsung eingetretenen Vermögens-

**MaH + MaIR + MaK  
= MaRisk**



## HANDBUCH MaRisk

Mindestanforderungen  
an das Risikomanagement  
in der Bankpraxis

Herausgegeben von Axel Becker,  
Walter Gruber und Dirk Wohler.  
2006. 712 Seiten, gebunden,  
99,00 Euro.  
ISBN 978-3-8314-0777-4.

Durch die MaRisk werden die Erfordernisse an das Risikomanagement in Banken, Sparkassen und Finanzdienstleistungsunternehmen neu gestaltet und die wesentlichen qualitativen Anforderungen der zweiten Säule von Basel II vorgegeben.

Wie eine erfolgreiche Umsetzung der MaRisk in Banken und Sparkassen, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Beratungsunternehmen, Bankenverbänden und Bankenaufsicht aussieht, das erfahren Sie hier. Der Schwerpunkt des Handbuchs liegt auf konkreten Umsetzungsbeispielen der neuen Verlautbarungen.

## Fritz Knapp Verlag

Postfach 111151 | 60046 Frankfurt  
Telefon (069) 97 08 33-21  
Telefax (069) 707 84 00  
E-Mail: [vertrieb@kreditwes.de](mailto:vertrieb@kreditwes.de)  
[www.kreditwes.de](http://www.kreditwes.de)

mehrungen wie eine Anteilsübertragung zu behandeln, weil die Anwachsung wirtschaftlich gesehen der Anteilsübertragung entspricht. Auf Seiten des ausscheidenden Gesellschafters liegt ein Veräußerungsgeschäft vor, sofern dieser Vorgang nicht unentgeltlich erfolgt. Da jedoch die Fondsimmobilen stets mit Verbindlichkeiten belastet sind, liegt selbst dann ein entgeltliches Geschäft vor, wenn der ausscheidende Gesellschafter kein Abfindungsguthaben erhält. Das Entgelt besteht darin, dass der ausscheidende Gesellschafter von seinen anteiligen Schulden befreit wird.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Verkauf und die Kündigung von Fondsanteilen innerhalb der Zehn-Jahres-Frist bezogen auf die im Gesellschaftsvermögen enthaltenen Grundstücke anteilig zu einem steuerpflichtigen privaten Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 EStG führen.

Der Gewinn oder Verlust aus einem Veräußerungsgeschäft berechnet sich wie folgt: Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen zu mindern, soweit diese bei der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung tatsächlich abgezogen worden sind. Dies bedeutet, dass die in Anspruch genommenen Abschreibungen im Rahmen des privaten Veräußerungsgeschäfts nachversteuert werden müssen, wenn der Buchwert der Immobilie unterhalb des Kaufpreises für die Anteile (einschließlich anteiliger Schulden) liegt. Wird die Beteiligung gekündigt und erfolgt diese ohne Abfindungszahlungen zwischen ausscheidenden und verbleibenden Gesellschaftern, stellt die anteilige Schuldübernahme der die Fondsimmobilen belastenden Verbindlichkeiten durch die verbleibenden Gesellschafter den Kaufpreis dar.

### Wann lohnt der Fondshandel?

Beim Zweitmarkthandel mit Geschlossenen Immobilienfonds sind insbesondere die steuerlichen Themen Liebhaberei, gewerblicher Grundstückshandel und „Spekulationsfrist“ zu beachten. Das Problem der Liebhaberei wird in diesem Zusammenhang häufig überschätzt. Denn es geht bei der Prüfung, ob der Fondszeichner eine „Einkunftserzielungsabsicht“ hatte, nicht darum, ob er später tatsächlich steuerlich relevante Überschüsse erzielt hat, sondern es geht ausschließlich darum, ob er dies bei Zeichnung des Fonds vorhatte.

Abgesehen von Sonderfällen, wenn etwa ein Andienungsrecht für den Zeitpunkt vor Erreichen des Totalüberschusses existierte, ist ein Verkauf von Anteilen Geschlossener Immobilienfonds nach fünf Jahren auch dann unschädlich, wenn tatsächlich zum Zeitpunkt des Fondsverkaufs noch kein Totalüberschuss erzielt wurde, was insbesondere bei zahlreichen Ostimmobilienfonds der Fall ist.

Steuerliche Probleme entstehen dagegen häufig, wenn der Anteil eines deutschen Geschlossenen Immobilienfonds vor Ablauf von zehn Jahren verkauft wird. In diesem Fall ist der Veräußerungsgewinn zu versteuern. Selbst dann, wenn der Fondsanteil deutlich unter dem Einstandspreis verkauft wird, kann steuerlich gesehen ein Veräußerungsgewinn vorliegen, weil die bis dahin in Anspruch genommenen Abschreibungen faktisch nachversteuert werden müssen.

Steuerliche Probleme kann es auch für Anleger geben, die sich mit sehr hohen Zeichnungssummen bei Fonds beteiligt haben, falls der Fonds eine oder mehrere Immobilien verkauft oder der Zeichner selbst sich von seinem Fondsanteil trennt. Insbesondere zusammen mit anderen Immobilienverkäufen kann dies zu einem „gewerblichen Grundstückshandel“ führen. Auf der sicheren Seite ist der Fondsanleger jedoch hier – ebenso wie mit Blick auf die Spekulationsfrist – dann, wenn er den Fondsanteil schon mindestens zehn Jahre lang hält.

Hält er den Fondsanteil kürzer als zehn Jahre, so ist bei Zeichnern, die sich mit sehr hohen Beträgen an Geschlossenen Fonds beteiligt haben, zu prüfen, ob er bereits in den letzten fünf Jahren andere Immobilien verkauft hat oder in den nächsten Jahren andere Immobilien verkaufen will. In der Regel wird der Anleger jedoch schon wegen der Beachtung der zehnjährigen Spekulationsfrist nicht erwägen, Fondsanteile vor Ablauf dieses Zeitraums zu verkaufen.

Vereinfacht gesagt, besteht aus steuerlicher Sicht für keinen Anleger Anlass zur Sorge, wenn er einen Anteil an einem Geschlossenen Immobilienfonds verkauft, den er mindestens zehn Jahre im Besitz gehalten hat. Da ein Großteil der Geschlossenen Immobilienfonds mit Objekten in den neuen Bundesländern inzwischen vor mehr als zehn Jahren aufgelegt wurde, ist zu erwarten, dass dem Handel mit Zweitmarktanteilen bei solchen Fonds in Zukunft eine größere Bedeutung zukommen wird. ■