

# Besser vorbeugen als streiten

**BESTEuerung** Immobilien sind derzeit eine gesuchte Investition. Auch in diesem vermeintlich stabilen Bereich kann es im Auf und Ab der Konjunktur jedoch zu Problemen bei der Vermietung kommen. Damit im Falle eines Falles nicht auch die steuerliche Abzugsfähigkeit gefährdet wird, sollte man rechtzeitig Vorsorge treffen.

Steuerlich führen Immobilieninvestitionen in der Regel zu Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. In Ausnahmefällen werden – gewollt oder ungewollt – Einkünfte aus Gewerbebetrieb generiert. Dies gilt im Prinzip sowohl bei kollektiven Investments (geschlossenen Fonds) als auch beim Direktwerb einer Einzelimmobilie zur Kapitalanlage. In allen diesen Fällen liegen aber steuerlich relevante Einkünfte nur dann vor, wenn die Absicht besteht, auf die Dauer Überschüsse beziehungsweise einen Gewinn zu generieren.

Die Finanzverwaltung unterstellt dabei zunächst, dass niemand Erwerb und Bewirtschaftung einer Immobilie nur aus persönlicher Neigung übernimmt und deshalb eine entsprechende Absicht zur Erzielung von Einkünften vorliegt. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen nur bei solchen Immobilienanlagen, bei denen ein entsprechendes Eigeninteresse respektive eine starke Eigennutzung vermutet werden kann. So werden etwa gemischt-genutzte Ferien- und Freizeitimobilien kritisch gesehen.

## Die Absicht zählt, aber...

Aber auch bei per se „unverdächtigen“ Immobilieninvestitionen kann es dann zu Problemen kommen, wenn sich die Investition dauerhaft als nicht rentabel herausstellt. Zwar betont die Rechtsprechung der Finanzgerichte stets, dass die grundsätzlich nötige Absicht, Einkünfte zu erzielen, zunächst eine innere Tatsache des Steuerpflichtigen ist. Stellen sich solche Einkünfte aber dauerhaft nicht oder nicht in ausreichendem Maße ein, so fordert sie objektive Anzeichen dafür, dass bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtung jedenfalls langfristig mit einem Gewinn aus der Immobilieninvestition gerechnet werden konnte. Dabei wird durchaus der langfristige Investitionshintergrund bei Immobilien berücksichtigt. Regelmäßig geht man von einem 30-jährigen Prognosezeitraum aus, so dass auch bei anfänglichen oder

später eintretenden Problemen bei der Vermietung nicht jedes Verlustjahr zur steuerlichen Aberkennung der Einkunftserzielungsabsicht führen muss. Vorsicht ist geboten, wenn das Bewirtschaftungskonzept erkennbar auf einen kürzeren Zeitraum ausgelegt ist. So hat der Bundesfinanzhof (BFH) schon 2008 (Az.: IX B 46/08) im Hinblick auf einen geschlossenen Immobilienfonds entschieden, dass bei einer konzeptionsgemäß nur auf 20 Jahre ausgerichteten Vermietungstätigkeit die grundsätzliche Unterstellung einer Einkunftserzielungsabsicht nicht eingreife und daher konkret geprüft werden müsse, ob ein (steuerlicher) Überschuss insgesamt realistisch ist. Bei der dann gebotenen Einzelfallprüfung wird man außerdem den kürzeren zeitlichen Horizont entsprechend dem Konzept berücksichtigen müssen, sodass zum Beispiel (geplante) hohe Finanzierungskosten und/oder (ungeplante) Vermietungsprobleme schneller die Frage nach der Einkunftserzielungsabsicht aufwerfen können.

### Auf den Punkt gebracht:

Damit können Immobilieninvestoren ihre Einkunftserzielungsabsicht gegenüber dem Finanzamt nachweisen:

- Langfristig geplante Vermietung (30 Jahre)
- Aktive Suche nach Mietern (Makler, Presse, Internet)
- Senkung Miethöhe/-konditionen bei Lang-Leerstand
- Adäquate (Um-)Finanzierung
- Aufwertung/Anpassung des Objekts an Marktbedürfnisse
- Bei langjährigen Problemen: Sanierungskonzept oder Exit

Auch wenn dies alles berücksichtigt wird, können selbst bei langfristig und konservativ geplanten Immobilieninvestments Zeiträume auftreten, in denen eine Vermietung überhaupt nicht oder zumindest nicht kostendeckend gelingt. Obwohl es bei der Frage der Einkunftserzielungsabsicht grundsätzlich auf die anfängliche Betrachtung ankommt und nicht im Nachhinein von einer wirtschaftlich weniger erfolgreichen Phase auf das bereits anfängliche Fehlen dieser steuerlichen Voraussetzungen beim Investor geschlossen werden kann, kommt es in der Praxis immer wieder

dann zum Schwur, wenn das zuständige Finanzamt über mehrere Jahre hinweg hohe steuerliche Verluste anerkennen soll.

### Problem jahrelanger Verluste

Manchmal reagieren Finanzämter recht schnell, indem sie Verluste von vornherein nur unter dem Vorbehalt der Nachprüfung der Einkunftserzielungsabsicht anerkennen; in anderen Fällen läuft die steuerliche Berücksichtigung der Verluste scheinbar einige Jahre glatt durch, wird dann aber – auch rückwirkend – im Rahmen einer Außenbeziehungsweise Betriebsprüfung infrage gestellt. Der BFH hatte in einem vor Kurzem veröffentlichten Urteil (Az.: IX R 15/12) wiederum über einen entsprechenden Fall zu entscheiden. In einem 1993 bezugsfertig gewordenen Haus war eine Wohnung zunächst bis 1991 fremdvermietet und dann bis 1997 an einen Angehörigen vermietet worden; danach stand die Wohnung leer. In den später im Streit stehenden Jahren ergaben sich demnach jeweils nur Verluste. Das Finanzamt bezweifelte die Einkunftserzielungsabsicht und unterstellte „Liebhabelei“.

Obwohl dieser Fall vielleicht nicht der Prototyp eines Immobilieninvestments war und der BFH die Revision des Steuerpflichtigen letztlich zurückwies, stellte das Gericht doch zugleich Leitlinien dafür auf, wie man auch bei einem längerfristigen Leerstand die Einkunftserzielungsabsicht vorsorglich dokumentieren sollte.

Zunächst betonte das oberste deutsche Finanzgericht, dass auch vorab entstandene Werbungskosten abziehbar sein können, wenn eine Immobilie nach Herstellung, Anschaffung oder vorausgegangener Selbstnutzung zunächst leer steht. Dies gilt dann, wenn der Investor die Einkunftserzielungsabsicht hinsichtlich dieses Objekts erkennbar aufgenommen hat, dieses also später vermieten will. Er muss aber – gerade bei längeren Leerstandsphasen – auch dokumentieren, dass diese Absicht später nicht aufgegeben worden ist. Von einem solchen späteren Wegfall der Einkunftser-



Thomas Zacher erläutert, wie ein Immobilieninvestor seine Einkunftserzielungsabsicht nachweisen sollte, um im Nachgang steuerliche Probleme zu vermeiden.

zielungsabsicht kann dann ausgegangen werden, wenn absehbar ist, dass das maßgebliche Objekt entweder wegen fehlender Marktgängigkeit oder aufgrund anderweitiger struktureller Vermietungshindernissen in absehbarer Zeit nicht wieder (gewinnbringend) vermietet werden kann.

### Prinzip des rational Handelnden

Kommt beispielsweise ein Immobilienfonds in Schieflage, weil Objekt oder Umfeld nicht (mehr) so attraktiv sind, wie ursprünglich geplant oder kommt es etwa bei einer Fremdfinanzierung zu Problemen, wird ein rational handelnder Investor zumindest nach einiger Zeit die Initiative ergreifen. Diese kann in einer umfassenden Sanierung oder auch in Umbaumaßnahmen am Objekt im Hinblick auf geänderte Marktbedürfnisse liegen beziehungsweise in einer Anpassung der geforderten Mietkonditionen oder in Verhandlungen über eine geänderte Finanzierungsstruktur. Auch dabei ist der Investor oder die Investorengemeinschaft steuerlich nicht „zum Erfolg verdammt“; die Bemühungen müssen aber eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung aus der Sicht ex ante erwarten lassen, auch wenn sie tatsächlich wider Erwarten nicht erfolgreich sind. Der vernünftig han-

delnde Kaufmann kann gegebenenfalls (begrenzte) Investitionskosten dafür aufwenden, die Immobilie notfalls wieder verkaufsfähig zu machen. „Planloses Dahinwurschteln“ jedoch akzeptiert die Finanzverwaltung nicht über längere Zeiträume, wenn Probleme erkennbar geworden sind.

Um dem vorzubeugen, ist es – gerade bei Problemfällen – besonders wichtig, bei der oft viele Jahre später praktisch werden den Diskussion mit dem Finanzamt über die (gegebenenfalls rückwirkende) steuerliche Aberkennung der Verluste Trümpe in der Hand zu haben. Dann reicht nicht mehr allein die Aussage, dass die Vermietungsabsicht „eine innere Tatsache“ sei und das Finanzamt doch nachweisen möge, warum man die Immobilie lediglich hobbymäßig bewirtschaftet habe.

Zwischen den Zeilen des konkreten BFH-Urteils entsteht Eindruck, dass der Steuerpflichtige langjährig keine ernsthaften Vermietungsbemühungen unternommen hatte. Der BFH bleibt aber selbst vor diesem Hintergrund noch sehr sachlich und breitet einen ganzen Katalog von Möglichkeiten aus, welche zu einer für den Steuerpflichtigen positiven Bewertung führen können. Grundsätzlich ist es zunächst stets wichtig, dass Bemühen um eine Neu- oder

Weitervermietung zu dokumentieren. Dabei ist der BFH großzügig. Nicht nur aktive Anzeigen können hinreichend sein, sondern sogar „nur“ die Reaktion auf Mietgesuche von etwaigen Mietinteressenten. Je länger allerdings ein Objekt leer stehe, desto mehr müsse der Steuerpflichtige entsprechende aktive Bemühungen oder auch eine Anpassung an den Markt dokumentieren. Auch müsse er dann gegebenenfalls „unattraktivere“ Mieter akzeptieren.

### Nachweisbare Bemühungen

Zur Vornahme und Dokumentation solcher Bemühungen kommen nicht nur die klassischen Wege wie Zeitungsinserate oder Makler in Betracht, sondern natürlich auch moderne Möglichkeiten über Internetportale, Immobilienbörsen und entsprechende Netzwerke. Auch den Aspekt einer Objektaufwertung selbst spricht der BFH selbst an, obwohl hierdurch zunächst ja regelmäßig weitere Kosten verursacht werden. Trotzdem kann auch darin ein Indiz für das objektive Bemühen liegen, ein Objekt (wieder) marktgängig zu machen.

Bei all diesen Möglichkeiten ist es aber stets wichtig, dass die entsprechenden Aktivitäten vor einer entsprechenden Diskussion mit dem Finanzamt oder gar einem Finanzgerichtsverfahren beweiskräftig festgehalten werden, damit man auf sie im Notfall verweisen kann.

Ein sauber dokumentierter und von Fachleuten entsprechend begleiteter Sanierungsplan (es gibt es hierzu auch einen aktuellen Standard des Instituts für Wirtschaftsprüfer – IDW-S6) kann hingegen die steuerliche Anerkennung selbst dann absichern, wenn im Nachhinein leider doch der wirtschaftliche Erfolg ausbleibt und der Erhalt der steuerlich verrechenbaren Verluste beim Investor dazu notwendig ist, den wirtschaftlichen Schaden in Grenzen zu halten. Auch wenn das Immobilieninvestment langfristig ein voller Erfolg wird und zwischenzeitliche Schwächephasen überwunden sind, dürften Aufwand und Kosten für eine – vorsorgliche – Beweisvorsorge sicher von jedem Investor als sinnvoll empfunden werden. Denn dann können im Einzelfall sogar noch nach dem Verkauf der Immobilie entstandene Kosten geltend gemacht werden (Finanzgericht Köln, Az.: 9 K 3079/10). ■

Autor Prof. Dr. **Thomas Zacher** ist Partner der Kanzlei Zacher & Partner Rechtsanwälte in Köln und Professor an der FHDW Bergisch Gladbach.