

7

ESt

Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ab 2021

EStG §§ 9, 21

Wird eine Wohnung zu Wohnzwecken verbilligt vermietet, kann es zu einer Kürzung der angefallenen Werbungskosten kommen. Dies hängt davon ab, wie hoch die vereinbarte (verbilligte) Miete ist. Beträgt die Miete mindestens 50 %, aber weniger als 66 % der ortsüblichen Marktmiete, ist ab 2021 darüber hinaus wieder die Einkünfteerzielungsabsicht zu prüfen, von der es dann abhängt, ob die Werbungskosten voll oder nur anteilig abziehbar sind.

Sachverhalt

A hat 2021 eine Eigentumswohnung zu fremdüblichen Bedingungen an seinen Sohn B langfristig für 8 Euro im Monat pro m² Wohnfläche einschließlich Umlagen vermietet. Die ortsübliche Marktmiete zuzüglich der umlagefähigen Nebenkosten beträgt monatlich 10 Euro pro m². Die im Jahr 2021 angefallenen Werbungskosten (AfA, Schuldzinsen, Reparaturkosten usw.) belaufen sich auf 20.000 Euro.

Frage

1. In welcher Höhe kann A die Werbungskosten abziehen?
2. In welcher Höhe kann A die Werbungskosten abziehen, wenn er von B eine Miete von monatlich 6 Euro pro m² verlangt hat und die sog. Totalüberschussprognose positiv ist?
3. Wie 2., aber die Totalüberschussprognose ist negativ.
4. In welcher Höhe kann A die Werbungskosten abziehen, wenn er von B eine Miete von monatlich 4 Euro pro m² verlangt?

Antwort

1. A kann die Werbungskosten i. H. von 20.000 Euro zu 100 % abziehen.
2. A kann die Werbungskosten ebenfalls zu 100 % abziehen.
3. A kann die Werbungskosten i. H. von (60 % von 20.000 Euro =) 12.000 Euro abziehen.
4. A kann die Werbungskosten i. H. von (40 % von 20.000 Euro =) 8.000 Euro abziehen.

Begründung

Überschuss-
erzielungsabsicht ...

Zu 1: Eine Vermietungstätigkeit ist nur der Einkunftsart „Vermietung und Verpachtung“ zuzuordnen, wenn der Vermieter die Absicht hat, auf die Dauer der Vermögensnutzung einen Totalüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen. Eine Vermietungstätigkeit fällt also nur dann unter § 21 EStG, wenn die sog. Einkünfteerzielungsabsicht gegeben ist. Sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände gegen das Vorliegen einer Überschusserzielungsabsicht sprechen (z. B. bei Ferienwohnungen, bei Mietkaufmodellen oder bei Bauherrenmodellen mit Rückkaufangebot oder Verkaufsgarantie), ist bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich davon auszugehen, dass der Stpfl. beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften, auch wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben.¹

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG beruht nach Auffassung des BFH auf der typisierenden Annahme, dass die langfristige Vermietung und Verpachtung trotz über längere Zeiträume anfallender Werbungskostenüberschüsse in der Regel letztlich zu positiven Einkünften führt. Nach der genannten Entscheidung des BFH verhält sich derjenige normgerecht, der seine Vermietungstätigkeit auf Dauer ausrichtet. Es besteht in diesem Fall keine Möglichkeit, die Einkünfteerzielungsabsicht zu widerlegen.²

... bei verbilligter
Vermietung

Einer Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht bedarf es jedoch, wenn der Vermieter sich nicht normgerecht verhält. Dazu gehören die Fälle, in denen der Stpfl. seine Vermietungstätigkeit nicht auf Dauer oder nicht marktgerecht ausrichtet.³ Die gegenüber der ortsüblichen Miete verbilligte Vermietung bildet nach Ansicht des BFH ein Beweisanzeichen gegen die Einkünfteerzielungsabsicht des Vermieters. Der Vermieter verzichtet dann auf einen Teil der Einnahmen, die er bei marktgerechtem Verhalten erzielen könnte.⁴

Marktgerecht und damit normgerecht verhält sich ein Vermieter prinzipiell nur, wenn er die ortsübliche Miete verlangt. Maßstab für die Berechnung der Entgeltlichkeitsquote im Rahmen des § 21 Abs. 2 EStG ist die ortsübliche Marktmiete. Darunter ist die ortsübliche Kaltmiete für Wohnungen vergleichbarer Art, Lage und Ausstattung unter Einbeziehung der Spannen des örtlichen Mietspiegels zuzüglich

1 BFH vom 30.09.1997 IX R 80/94 (BStBl 1998 II S. 771).

2 Heuermann (StuW 2003 S. 101, 105).

3 Heuermann (Fußnote 2) S. 106.

4 Heuermann (Fußnote 2) S. 109.

der nach der Betriebskostenverordnung (BetrKV) umlagefähigen Kosten zu verstehen.⁵

Diese Betrachtung des BFH steht allerdings teilweise im Widerspruch zu § 21 Abs. 2 Satz 2 EStG, wonach die Vermietungstätigkeit nicht in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen ist, wenn das Entgelt für die Überlassung einer Wohnung zu Wohnzwecken mindestens 66 % der ortsüblichen Miete beträgt; in diesem Fall gilt die Wohnungsvermietung als entgeltlich. Handelt es sich um eine auf Dauer angelegte Wohnungsvermietung, ist sowohl die Einkünfteerzielungsabsicht zu unterstellen – dies folgt aus § 21 Abs. 2 Satz 2 EStG – als auch der ungekürzte Werbungskostenabzug zu gewähren.⁶ Da die Vertragsmiete vorliegend 80 % der ortsüblichen Marktmiete beträgt, kann A die Werbungskosten ohne ausdrückliche Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht zu 100 % bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

Miete 66 % der Marktmiete

Zu 2: Beträgt die Miethöhe mindestens 50 %, aber weniger als 66 % der ortsüblichen Marktmiete, ist die Einkünfteerzielungsabsicht anhand einer Überschussprognose zu prüfen. Denn der Verzicht des Stpfl. auf die mögliche Marktmiete bildet unbeschadet der für ihn maßgebenden Gründe ein Beweisanzeichen, das gegen die Absicht spricht, einen Totalüberschuss zu erzielen. Muss die Einkünfteerzielungsabsicht überprüft werden, so geschieht dies durch eine den Zeitraum der voraussichtlichen Vermögensnutzung umfassenden Totalüberschussprognose nach den Grundsätzen, die der BFH⁷ und die Finanzverwaltung⁸ dazu aufgestellt haben.

Miete 50 % und ...

Ist die Ertragsprognose – wie hier – positiv, sind die mit den Einnahmen aus der (verbilligten) Vermietung zusammenhängenden Werbungskosten in voller Höhe abziehbar. In diesem Fall ist also (anders als bis Veranlagungszeitraum 2020) der Werbungskostenabzug nicht zu kürzen. Bei positiver Überschussprognose sind sämtliche Werbungskosten abziehbar.⁶ A kann daher seine Werbungskosten von 20.000 Euro zu 100 % bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

... positive Überschussprognose ...

Zu 3: Ist die Ertragsprognose – wie hier – negativ, hätte dies an sich wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht zur Folge, dass die gesamten Werbungskosten nicht abziehbar wären. Das steht aber

... oder negative Überschussprognose

5 BFH vom 10.05.2016 IX R 44/15 (BStBl 2016 II S. 835), Rz. 11, und vom 06.02.2018 IX R 14/17 (BStBl 2018 II S. 522), Rz. 15.

6 So Kulosa/Schmidt, EStG 2021, § 21 Rz. 158 f.

7 BFH vom 06.11.2001 IX R 97/00 (BStBl 2002 II S. 726) und vom 09.07.2002 IX R 57/00 (BStBl 2003 II S. 695).

8 BMF vom 08.10.2004 (BStBl 2004 I S. 933); dieses Schreiben ist unverändert einschlägig; vgl. BT-Drucksache 19/22850 vom 25.09.2020 S. 89.

dem Sinn und Zweck des § 21 Abs. 2 Satz 1 EStG entgegen, wonach bei einer Miete unter 50 % der Marktmiete und damit bei einem Verhalten, das weniger marktgerecht ist, der Werbungskostenabzug in Bezug auf den entgeltlichen Teil des Rechtsgeschäfts erhalten bleibt. Wenn § 21 Abs. 2 Satz 1 EStG in Fällen, in denen das Entgelt für das Überlassen einer Wohnung weniger als 50 % der ortsüblichen Marktmiete beträgt, die Nutzungsüberlassung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufteilt, so verdeutlicht dies nach Auffassung des BFH die Intention des Gesetzes, den Werbungskostenabzug für den entgeltlichen Teil zu erhalten.

Aufteilung

Beträgt die Miethöhe 50 % und mehr, jedoch weniger als 66 % der ortsüblichen Marktmiete und ist die Überschussprognose negativ, ist die Vermietungstätigkeit in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen.⁹ Für den entgeltlichen Teil ist die Einkünfteerzielungsabsicht zu unterstellen. Die anteilig auf den entgeltlichen Teil entfallenden Werbungskosten sind abziehbar. Da vorliegend die Vertragsmiete 60 % der ortsüblichen Marktmiete beträgt, kann A die Werbungskosten i. H. von (60 % von 20.000 Euro =) 12.000 Euro bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.¹⁰

Miete < 50 %

Zu 4: Der Fall, dass die Vertragsmiete weniger als 50 % der ortsüblichen Marktmiete beträgt, fällt unter § 21 Abs. 2 Satz 1 EStG. Die Vermietungstätigkeit ist ebenfalls in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Die mit der Vermietungstätigkeit zusammenhängenden Werbungskosten sind gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 EStG insoweit abziehbar, als sie anteilig auf den entgeltlichen Teil der Vermietung entfallen.¹¹ A kann die Werbungskosten i. H. von (40 % von 20.000 Euro =) 8.000 Euro bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

Aufteilung

Die steuerliche Aufteilung des Mietverhältnisses in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil hat auch Konsequenzen für die Einkünfteerzielungsabsicht. Das nicht marktgerechte Verhalten des Stpfl. führt dann (nur) dazu, dass die zivilrechtlich einheitliche Nutzungsüberlassung steuerrechtlich in einen steuerbaren entgeltlichen und in einen nicht steuerbaren unentgeltlichen Teil aufgespalten wird.¹² Soweit der Stpfl. seine Immobilie unentgeltlich überlässt, wird er von vornherein nicht steuerbar tätig und kann daher auch seine damit zusammenhängenden Aufwendungen nicht als Werbungskosten abziehen.¹²

⁹ BT-Drucksache vom 25.09.2020 (Fußnote 8).

¹⁰ BFH vom 04.06.1986 IX R 80/85 (BStBl 1986 II S. 839).

¹¹ BFH vom 05.11.2002 IX R 48/01 (BStBl 2003 II S. 646).

¹² Heuermann (Stbg 2003 S. 565, 568).

Soweit der Stpfl. seine Immobilie entgeltlich überlässt, ist die Einkünfteerzielungsabsicht in Bezug auf den entgeltlich überlassenen Teil des Rechtsgeschäfts ebenso wenig zu prüfen wie bei jeder anderen auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit;¹¹ Probleme der Einkünfteerzielungsabsicht stellen sich insoweit nicht. Der unentgeltliche Teil fällt schon im Wege der Aufteilung aus der Steuerbarkeit heraus, weil damit zusammenhängende Werbungskosten nicht abziehbar sind.¹³ Das Gesetz sondert den steuerrechtlich nicht relevanten Teil der Vermietung durch die Aufteilung von vornherein aus, übrig bleibt ein entgeltliches Geschäft, dem die ortsübliche Miete zugrunde liegt.¹⁴

Verfasser: Hans Walter Schoor, Steuerberater, Kemmenau

13 BFH vom 22.07.2003 IX R 59/02 (BStBl 2003 II S. 806).

14 Heuermann (DB 2003 S. 112, 114).