

Aktuelle VwGH-Judikatur**Liebhaberei durch vorzeitige Fremdmitteltilgung bei Vermietungseinkünften****Zulässigkeit von planmäßigen/außerplanmäßigen Tilgungen?**

VON DR. CHRISTIAN PRODINGER*)

Bei der Erzielung von Vermietungseinkünften, sei es aus der Vermietung von Gebäuden, sei es aus der Vermietung von einzelnen Wohnungen, werden oftmals bedeutende Fremdmittel aufgenommen. Denkbar ist nun, dass zur Vermeidung einer schlechten Ertragssituation, die zur Liebhabereibeurteilung führt, Fremdmittel vorzeitig getilgt werden. Die Auswirkungen einer derartigen Tilgung sollen unter Beachtung der jüngsten Judikatur des VwGH (VwGH 28. 3. 2001, 98/13/0032) und der ergangenen Vorjudikatur beleuchtet werden. Weiters erfolgt eine kurze Auseinandersetzung mit der Eignung von Wohnungen zur Nutzung im Rahmen der Lebensführung.

1. Rechtsentwicklung

Die Frage der Behandlung von Fremdkapitaltilgungen hat schon bisher in die Judikatur der Höchstgerichte sowie in die Verordnungen und Erlässe des BMF Eingang gefunden¹⁾. Zunächst hat der VfGH²⁾ den Fall zu beurteilen gehabt, dass eine Hotelvermietungsgesellschaft bereits vier Jahre nach Aufnahme der Tätigkeit vorzeitige Kredittilgungen vorgenommen hatte. Der VfGH hat eindeutig ausgeführt, dass ein positives Ergebnis auch dann anzuerkennen ist, wenn es nur durch die Tilgungsmaßnahmen erreicht wird. Eine Teilung der Tätigkeit in eine unbeachtliche verlustbringende Periode und einen der Besteuerung zu unterziehenden Abschnitt der Erzielung von Überschüssen lässt nämlich die Aufwendungen außer Acht, die zur Erzielung dieser Einnahmen beitragen.

Der VwGH hat in seinem mit verstärktem Senat ergangenen Erkenntnis³⁾ ausgeführt, dass er die Rechtsfrage der Auswirkungen, falls ein Gesamtüberschuss unter gedanklicher Ausklammerung der Zurückzahlung des Kredites hätte erwirtschaftet werden können, nicht zu beantworten hat, da ohnedies Rechtswidrigkeit des Bescheides vorliege.

2. Judikatur zur Fremdmitteltilgung

Im bereits zitierten Erkenntnis vom 28. 3. 2001⁴⁾ hat der VwGH ausgeführt, dass eine nicht planmäßige Tilgung der Fremdmittel bei der Liebhabereibeurteilung gedanklich auszuklammern sei, was er bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht hätte⁵⁾.

Eine andere Beurteilung wäre nur dann möglich, wenn der Fremdmittelabbau Teil eines von Anfang an bestandenen Planes der wirtschaftlichen Tätigkeit gewesen wäre⁶⁾.

Eine weitere inhaltliche Begründung hinsichtlich der Ausklammerung der „Sondertilgung“ erfolgt nicht. Bedeutsam anzumerken ist noch, dass offensichtlich zunächst Beschwerde an den VfGH erhoben wurde, der diese jedoch mit Beschluss⁷⁾ abgelehnt hat.

*) Dr. Christian *Prodinger* ist Steuerberater in Wien.

¹⁾ Vgl. hiezu *Prodinger*, *Liegenschaften*², 253 ff. (257, 258, 260, 265) m. w. N.

²⁾ VfGH 7. 3. 1995, B 301/94.

³⁾ VwGH 3. 7. 1996, 93/13/0171.

⁴⁾ VwGH 28. 3. 2001, 98/13/0032.

⁵⁾ Verweis auf VwGH 24. 3. 1998, 93/14/0028.

⁶⁾ Verweis auf VwGH 21. 12. 1999, 95/14/0116; 31. 1. 2001, 95/13/0032, 0033.

⁷⁾ VfGH 30. 9. 1997, B 1251/97.

Im vom VwGH zitierten Erkenntnis vom 24. 3. 1998⁸⁾ führt der VwGH wiederum aus, dass eine „Sondertilgung“ bei der Liebhabereibeurteilung nach der Judikatur des VwGH auszuklammern sei und beruft sich auf ein weiteres Vorerkenntnis⁹⁾. Weitere inhaltliche Ausführungen werden in diesem Erkenntnis zu dieser Frage nicht getätigt.

Im Erkenntnis vom 17. 12. 1996¹⁰⁾ zitiert der Gerichtshof zunächst das mit verstärktem Senat ergangene, bereits dargestellte Erkenntnis und führt aus, dass die in jenem Fall belangte Behörde ausgehend von der vom VwGH aufgegebenen Rechtsansicht (zwölf-jähriger Zeitraum) keine Feststellung darüber getroffen hätte, ob ein Gesamtüberschuss unter gedanklicher Ausklammerung der außerordentlichen Fremdmitteltilgungen hätte erwirtschaftet werden können. Gleiches gelte aber auch für den im Erkenntnis vom 17. 12. 1996 gegebenen Sachverhalt.

Daraus ergibt sich nun ein bedeutsames Zwischenresultat:

Im mit verstärktem Senat ergangenen Erkenntnis hat der VwGH – wiederholend – nur ausgeführt, dass die Rechtsfrage, ob in einer vorzeitigen Tilgung eine Änderung der Bewirtschaftung zu sehen sei, von ihm gar nicht zu beantworten wäre. Im Erkenntnis vom 17. 12. 1996 wird letztlich nur auf diese Aussage des VwGH Bezug genommen. Zwar ist einzuräumen, dass im letztgenannten Erkenntnis vielmehr der Eindruck entsteht, dass eine außerordentliche Tilgung liebhabereischädlich wäre, jedoch mokiert sich der VwGH zunächst nur über mangelnde Sachverhaltsermittlungen in diese Richtung, beantwortet die Rechtsfrage jedoch nicht und begründet sie schon gar nicht.

In den weiteren Erkenntnissen vom 24. 3. 1998 und 28. 3. 2001¹¹⁾ wird aber nun schon als gesicherte Rechtsprechung dargestellt, dass eine Sondertilgung einkunftsquellenschädlich sei.

Daraus folgt also, dass sich durch die laufende Zitierungspraxis des VwGH eine „laufende Rechtsprechung“ zu einer bestimmten Rechtsfrage ergeben hat, die tatsächlich noch niemals beantwortet wurde und auch keiner Begründung zugeführt wurde.

3. Judikatur zum planmäßigen Handeln

In weiterer Folge sind daher jene Erkenntnisse zu untersuchen, die der VwGH im Letzterkenntnis vom 28. 3. 2001 als der Liebhabereiannahme entgegenstehend beurteilt hatte, da der Fremdmittelabbau Teil eines von Anfang an bestandenen Planes der wirtschaftlichen Tätigkeit gewesen wäre.

Im ersten Erkenntnis¹²⁾ ging es jedoch nur um die Frage, ob im Zukauf eines weiteren Appartements eine Änderung der Bewirtschaftung gelegen wäre. Der VwGH hat ausgeführt, dass die Frage der Änderung der Bewirtschaftungsart anhand eines „von vornherein erstellten Planes“ zu beurteilen wäre.

Weitere Ausführungen, insbesondere zu einer Fremdmitteltilgung, trägt das Erkenntnis jedoch nicht, da eine Fremdmitteltilgung nicht Sachverhaltsbestandteil war.

Im zweiten Erkenntnis¹³⁾ ging es um die Frage, ob in einer (deutlichen) Erhöhung der Miete eine Änderung der Bewirtschaftung gegeben sei. Der VwGH führt zunächst aus, dass in einer wesentlichen Erhöhung der Zinse¹⁴⁾ sehr wohl eine Änderung der Bewirtschaftungsart vorliegen könne. Ebenso hätte der VwGH jedoch zum Ausdruck gebracht, dass es für die Beurteilung einer auf die Ertragsfähigkeit einer Betätigung Ein-

⁸⁾ VwGH 24. 3. 1998, 93/14/0028.

⁹⁾ VwGH 17. 12. 1996, 92/14/0230.

¹⁰⁾ VwGH 17. 12. 1996, 92/14/0230.

¹¹⁾ Vgl. die Zitate oben.

¹²⁾ VwGH 21. 12. 1999, 95/14/0116.

¹³⁾ VwGH 31. 1. 2001, 95/13/0032.

¹⁴⁾ Gemeint sind hier die Mietzinse und nicht etwa Fremdmittelzinsen.

fluss nehmenden wirtschaftlichen Maßnahme als Änderung der Bewirtschaftungsart regelmäßig darauf ankomme, ob die gesetzte Bewirtschaftungsmaßnahme Teil eines von Anfang an bestandenen Planes sei.

4. Würdigung

Der Linie des VwGH, die – wie erwähnt – hinsichtlich der Sondertilgungen auch nie fundiert wurde, ist im Ergebnis nicht zu folgen. Zunächst ist sicher richtig, dass in einer völligen Änderung des Betätigungsgegenstandes auch eine neue Beurteilung auslösende Modifikation gesehen werden muss. Eine solche Änderung kann allenfalls dann anerkannt werden, wenn sie schon von allem Anfang an vorgesehen war.

Jede wirtschaftliche Betätigung lässt sich aber als Vielzahl von wirtschaftlichen Entscheidungen ansehen, die zwar einer im Vorhinein festgelegten Generalplanung unterliegen, im Einzelnen jedoch – und insbesondere in einem modernen und dynamischen Wirtschaftsleben – eine laufende Reaktion auf äußere Einflüsse notwendig machen. Der VwGH erkennt die Notwendigkeit von wirtschaftlichen Reaktionen auf Schwierigkeiten an, ja setzt sie geradezu zur Abwendung der Annahme von Liebhaberei voraus. Betrachtet man etwa die Erkenntnisse zur Beendigung der Betätigung¹⁵⁾, so zeigt sich, dass bei einer Betätigung, die auf Grund wirtschaftlicher Schwierigkeiten einen Totalgewinn nicht erwirtschaften kann, selbst eine Einstellung dieser Tätigkeit nicht zur automatischen Annahme von Liebhaberei führt, wenn die erforderlichen Versuche zur wirtschaftlichen Gesundung gesetzt worden sind bzw. eine Weiterführung der Tätigkeit nach dem Versuch von Rationalisierungsmaßnahmen wirtschaftlich nicht sinnvoll war.

Nun ist aber gerade der Fremdmiteinsatz einer jener Bereiche, mit dem wirtschaftliche Ergebnisse durchaus beeinflusst werden. Es ist im Wirtschaftsleben nur zu üblich und bedarf keiner weiteren Begründung, dass Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten eben Eigenkapital zugeführt wird, um die Fremdkapitalkosten zu senken. Dadurch ändert sich jedoch nichts an der Art der wirtschaftlichen Betätigung.

Es ist daher sicherlich richtig, dass eine planmäßige, schon von allem Anfang an vorgesehene Fremdmitteltilgung jedenfalls zu keiner Änderung der Bewirtschaftung führen kann. Umgekehrt muss jedoch gelten, dass eine Fremdmitteltilgung, die als Reaktion auf eingetretene wirtschaftliche Schwierigkeiten erfolgt, als sinnvolle wirtschaftliche – und durchaus auch übliche – Reaktion ebenfalls nicht die Art der Betätigung ändert. Andernfalls wäre man ja letztlich wieder bei der früheren Judikaturlinie angelangt, wonach es nicht auf die objektive Ertragseignung, sondern vielmehr nur auf den tatsächlich eingetretenen Erfolg ankäme. Einzuräumen ist jedoch, dass eine Fremdmitteltilgung, die nicht in Reaktion auf wirtschaftliche Schwierigkeiten erfolgt, sondern vielmehr, um einen als zu lang erkannten Kalkulationszeitraum zu verkürzen, die ihre Begründung also nicht in wirtschaftlichen Überlegungen, sondern rein in steuerlichen Darstellungen findet, wohl nicht anzuerkennen ist.

Da jedoch in der ganz überwiegenden Anzahl von Fällen eine vorzeitige Fremdmitteltilgung eine wirtschaftliche Reaktion auf eingetretene Schwierigkeiten (Mieterausfälle, Reduktionen der Miete, technische Schwierigkeiten) sein wird, sollte in diesen Fällen eine vorzeitige Tilgung durchaus anerkannt werden.

Wie erwähnt, steht diese Überlegung auch im Einklang mit der Judikatur des VwGH zur Beendigung der Betätigung aus wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Ebenso wird der Gleichklang mit jenen Judikaturlinien erreicht, die ausführen, dass man Aufwände nicht von jenen Erträgen trennen darf, die erst durch die Aufwände wirtschaftlich ermöglicht werden¹⁶⁾.

¹⁵⁾ Vgl. z. B. VwGH 3. 7. 1996, 92/13/0188; 3. 7. 1996, 92/13/0139; 28. 4. 1999, 94/13/0100; siehe weiters *Prodingner*, Liegenschaften², 269 f. m. w. N.

¹⁶⁾ Vgl. VfGH 7. 3. 1995, B 301/94; VwGH 28. 4. 1999, 94/13/0100.

Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang, dass der VfGH die Behandlung der Beschwerde abgelehnt hat, obwohl offensichtlich ein sehr ähnlicher Sachverhalt vorlag wie in dem der zitierten Beschwerde zu Grunde liegenden. Es wäre daher wünschenswert, dass die Höchstgerichte hier zu einer einheitlichen und klaren Linie kommen. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass nach den zitierten Grundlinien der Rechtsprechung vorgenommene wirtschaftliche Verbesserungs- und Gesundungsmaßnahmen nicht zur Ignorierung von wirtschaftlichen Aufwendungen der Vergangenheit führen dürfen. Dies steht letztlich auch im Einklang mit der Auffassung des BMF zu dieser Problematik, jedenfalls hinsichtlich der Bewirtschaftung nach § 1 Abs. 1 LiebVO¹⁷⁾.

5. Befriedigung des persönlichen Wohnbedürfnisses

Kurz soll noch auf die Judikatur des VwGH, wonach eine Eigentumswohnung ein Wirtschaftsgut ist, das der Befriedigung des persönlichen Wohnbedürfnisses dient und sich deshalb nach der Verkehrsauffassung in einem besonderen Maß für die Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignet, eingegangen werden. Der VwGH¹⁸⁾ hat nämlich zunächst unter Bezug auf die damals anzuwendende Liebhabereiverordnung ausgeführt, dass sich die Eigentumswohnung auf Grund der Befriedigung des persönlichen Wohnbedürfnisses für die Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignet. Dies ist zunächst ja wohl auch richtig.

Der VwGH führt jedoch weiter aus, dass der Verordnungsgeber nicht die Befriedigung des persönlichen Wohnbedürfnisses des sich Betätigenden gemeint haben kann. Der Verordnungsgeber trage nämlich dem Gesetzgeber insofern Rechnung, die für die Einkunftsquelleneigenschaft entscheidende Absicht der Erzielung eines Gesamtgewinnes in Fällen nicht anzunehmen, in denen nach der Lebenserfahrung deshalb kein Totalgewinn bezweckt werde, weil die Wirtschaftsgüter im engen Zusammenhang mit bestimmten Lebensbereichen stehen, die nicht in erster Linie der Erzielung einkommensteuerbarer Erträge dienen. Der VwGH folgert daraus, dass es daher auch kein Hindernis für die Einstufung als Wirtschaftsgut, das der persönlichen Bedürfnisbefriedigung dient, darstellen kann, wenn die Wohnung vom Eigentümer nicht selbst bewohnt wird und auch nicht beabsichtigt wird, diese in Zukunft selbst zu bewohnen. „Eine Eigentumswohnung, die als Zweitwohnung gehalten wird, um dadurch eine wertsichere langfristige Kapitalanlage zu besitzen, entspricht aber auch typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung. Daran ändert es nichts, dass die Kapitalanlage, gerade um sie allenfalls noch günstiger zu gestalten, mittel- oder langfristig vermietet wird.“

Ebenso hat der VwGH¹⁹⁾ ausgeführt, dass der Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht beabsichtige, die Wohnungen für eigene Wohnzwecke zu benützen, weil er selbst ein Haus mit einer wesentlich größeren Wohnfläche zur Verfügung habe, einer Beurteilung der entsprechenden Tätigkeit als Liebhaberei nicht entgegenstehe. Auch eine Kapitalanlage entspricht typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung.

Diese Auffassung des VwGH ist nun ganz offensichtlich irrig.

Die grundlegenden Wurzeln der Liebhabereirechtsprechung gingen ja – völlig zu Recht – darauf zurück, dass jemand eine rein private Tätigkeit nur äußerlich in das Bild einer ertragsgeeigneten Tätigkeit kleiden will, um Verluste, die aus der nur im Rahmen der persönlichen Lebensführung resultierenden Tätigkeit entstehen, steuerlich verwerten zu können. Man denke also an den klassischen Fall des Reitstalles des gut verdienenden Freiberuflers. Der Freiberufler betreibt den Reitstall nur aus dem Grund, damit er bzw. seine Familie dem Hobby des Reitens auf Pferden frönen können, und ist an daraus resultierenden Erträgen nicht interessiert. Es ist nämlich ein Phänomen des privaten Lebensbereiches, dass in vielen Bereichen Kosten entstehen, ohne dass man damit auch nur in irgendeiner Form Erträge erzielen kann. Man denke

¹⁷⁾ Vgl. hierzu auch *Prödinger*, Liegenschaften², 263 m. w. N.

¹⁸⁾ VwGH 5. 5. 1992, 92/14/0006.

¹⁹⁾ VwGH 24. 3. 1998, 93/14/0028.

etwa auch an eine Mietwohnung oder Eigentumswohnung, die tatsächlich ausschließlich zur persönlichen Bedürfnisbefriedigung, also zu Wohnzwecken, dient. Es ist evident, dass jeder Steuerpflichtige hier weiß, dass er mit dieser Wohnung nur Aufwendungen haben kann, ohne jemals Erträge erzielen zu können. Trotzdem werden die Aufwendungen in Kauf genommen, da sie eben aus der persönlichen Bedürfnisbefriedigung heraus notwendig oder eben doch erwünscht sind.

Völlig anders ist jedoch das Bild bei einem Wirtschaftsgut, das ausschließlich als Kapitalanlage dient. Steht nämlich sachverhaltsgemäß fest, dass tatsächlich nur die Kapitalanlage erwünscht ist und niemals die (insofern direkte) persönliche Bedürfnisbefriedigung, also die eigenen Wohnzwecke, beabsichtigt sind, so mag man zwar argumentieren, dass auch die Veranlagung von Kapital in irgendeiner Form dem „persönlichen“ Bereich des Steuerpflichtigen zuzuordnen ist. Der entscheidende Punkt ist jedoch, ob bei einer Kapitalanlage der Steuerpflichtige entstehende Aufwendungen in das Bild einer ertragsgeeigneten Tätigkeit kleiden will. Anders gefragt ist also entscheidend, ob der Steuerpflichtige bewusst einen Totalverlust (aus den oben geschilderten Gründen) akzeptiert.

Es ist evident, dass dies – unterstellt man das Bild des Homo oeconomicus, also des wirtschaftlich denkenden und handelnden Menschen – nicht der Fall ist. Kein wirtschaftlich denkender Mensch erwirbt eine Eigentumswohnung als Kapitalanlage, also zu reinen Vermietungszwecken, in der Absicht, damit einen Verlust zu erzielen. Die Gewinnerzielungsabsicht, sohin das subjektive Ertragsstreben, ist also einer Kapitalveranlagung immanent. Wenn auch trotzdem zu prüfen ist, ob die konkrete Kapitalanlage objektiv ertragsgeeignet ist, steht doch fest, dass die Kapitalveranlagung niemals der persönlichen Lebensführung in jenem Sinne dient, der zur ursprünglichen Annahme von Liebhaberei geführt hat. Eine als Kapitalanlage erworbene Eigentumswohnung dient daher ebenso wenig wie eine Vielzahl von als Kapitalanlage erworbenen Eigentumswohnungen und ebenso wenig wie ein als Kapitalanlage erworbenes Haus der persönlichen Bedürfnisbefriedigung²⁰⁾.

6. Zusammenfassung

Der VwGH²¹⁾ hat unter Berufung auf die Vorjudikatur judiziert, dass in einer vorzeitigen Fremdkapitaltilgung eine Änderung der Bewirtschaftung zu erblicken sei, sodass die Tilgung bei der Liebhabereibeurteilung auszuklammern sei. Dies gelte für den Fall, dass die Tilgung ohne einen vorzeitigen Plan durchgeführt wurde.

Im Falle der ursprünglichen Planung einer derartigen Tilgung ist diese jedoch anzuerkennen.

Es wurde zunächst gezeigt, dass eine derartige Rechtsprechungslinie des VwGH in Wirklichkeit gar nicht existiert.

Darüber hinaus scheint eine derartige Judikatur insofern auch inhaltlich problematisch, als eine Fremdmitteltilgung als sinnvolle Reaktion auf eingetretene wirtschaftliche Schwierigkeiten nicht nur üblich, sondern geradezu indiziert ist. Sie sollte daher – unter Beachtung der grundsätzlichen Judikaturlinien des VwGH zur Beendigung von Verlustbetätigungen und der Judikatur des VfGH, wonach eine Trennung in eine Verlust- und eine Gewinnphase bei vorzeitigen Fremdmitteltilgungen nicht zulässig ist, auch dementsprechend anerkannt werden.

Weiters ist der Judikatur des VwGH, wonach Eigentumswohnungen, die als reine Kapitalanlage erworben werden, trotzdem der persönlichen Bedürfnisbefriedigung dienen und daher liebhabereiverdächtig sind, nicht zu folgen. Eine Kapitalveranlagung wird nämlich stets im subjektiven Ertragsstreben vorgenommen, während eine Wohnung zu Wohnzwecken durchaus unter Akzeptanz der notwendigen Ausgaben ohne die Erzielung von Erträgen angeschafft wird.

²⁰⁾ Vgl. daher auch die verfassungsrechtlichen Bedenken zur Unterscheidung zwischen der Vermietung von Häusern und Wohnungen bei *Prodingner*, Liegenschaften², 266 ff.

²¹⁾ VwGH 28. 3. 2001, 98/13/0032.