

Vermietung an Gesellschafter**Der funktionierende Mietenmarkt – ergänzende Überlegungen****Nachweispflichten eines funktionierenden Immobilienmarktes**

CHRISTIAN PRODINGER*)



Pröll¹⁾ hat erneut zum Thema „Immobilienvermietung an den Gesellschafter“ Stellung genommen. Seine Überlegungen zur Voraussetzung eines funktionierenden Immobilienmarktes sollen in diesem Beitrag gewürdigt werden.²⁾

1. Problemstellung

Der VwGH im Rahmen seiner Judikaturentwicklung zunächst judiziert, dass (jedenfalls auch³⁾) hinsichtlich der Fremdüblichkeit einer Miete auf jene Miete abzustellen sei, die sich ein fremder dritter Immobilieninvestor als Ertrag aus seiner Investition erwartet. Man spricht hier von Renditemiete.

Die entsprechende Miete wurde von der Finanzverwaltung grundsätzlich nach dem sogenannten „*umgekehrten Ertragswertverfahren*“ ermittelt. Durch Vergleich dieser mathematisch ermittelten Sollmiete mit den am Markt erzielbaren Istmieten soll festgestellt werden, ob das Renditeinteresse des Vermieters erfüllbar ist oder nicht.

Ist es erfüllbar, hätte ein fremder Dritter die Investition auch getätigt, sodass sie dem betrieblichen Bereich der Gesellschaft zuzurechnen ist. Andernfalls erklärt sich die Investition nicht aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen, sodass sie dem außerbetrieblichen Bereich der Gesellschaft⁴⁾ zuzurechnen ist.

Nach dem VwGH⁵⁾ ist jedoch dann nicht auf eine abstrakte Rechnung abzustellen, wenn es (ohnedies) einen funktionierenden Mietenmarkt gibt.

2. Funktionierender Mietenmarkt**2.1. Aussagen des VwGH**

Nach *Pröll* hätte der VwGH unmissverständlich klargestellt, dass der Nachweis eines funktionierenden Mietenmarktes dem Steuerpflichtigen obliege. Daher solle die abstrakte Renditerechnung immer erst dann zur Anwendung gelangen, wenn dem Steuerpflichtigen der Nachweis des funktionierenden Mietenmarktes nicht gelänge. *Pröll* wundert sich, dass dieses Erfordernis in der Literatur erstaunlich gelassen hingenommen werde, obwohl schon aus den Erkenntnissen nicht ableitbar sei, wie dieser Nachweis gelingen soll.⁶⁾

*) Dr. Christian Prodingler ist Steuerberater in Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind Umstrukturierungen, Immobilienbesteuerung, Leasing und Rechtsmittel sowie die Kollegenberatung.

1) *Pröll*, Eigens zur Vermietung errichtete Immobilien im (VwGH-)Licht des „funktionierenden Mietenmarktes“, BFGjournal 2017, 357.

2) Inhaltlich geht es um die Interpretation der letzten Judikatur des VwGH. Einleitende Aussagen von *Pröll*, die Privatstiftung/Kapitalgesellschaften errichteten „*der privaten Lebensführung dienende Gebäude*“ und diese dienten „*in atypischer Weise für Zwecke der Vermietung*“ tragen zur Interpretation nichts bei und werden daher nicht weiter diskutiert. Zum Anerkenntnis von „Konstruktionen“, die auf den ersten Blick nicht „üblich“ wirken könnten vgl aber VwGH 26. 7. 2017, Ra 2016/13/0025; dazu Zorn, VwGH: Vermietung an GmbH zwecks Rücküberlassung als Sachbezug zulässig, RdW 2017/530, 721.

3) Zu den Abgrenzungsfragen zwischen „Renditemiete“ und „Marktmiete“ siehe Prodingler, Vermietung an Gesellschafter, SWK 11/2017, 588.

4) Nicht aber in aller Regel dem Gesellschafter.

5) VwGH 10. 2. 2016, 2013/15/0284; 15. 9. 2016, 2013/15/0256.

6) In der Folge bringt *Pröll* Lösungsversuche des Nachweises eines derartigen Marktes; siehe dazu unten.

In seinem Erkenntnis vom 10. 2. 2016, 2013/15/0284, führt der VwGH zum Themenbereich lediglich aus: *„Abgesehen davon wäre eine abstrakte Renditeberechnung dann gerechtfertigt, wenn es für das von der Beschwerdeführerin errichtete Mietobjekt keinen funktionierenden Mietenmarkt gäbe, was von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren dezidiert bestritten worden ist.“*

In seinem Erkenntnis vom 15. 9. 2016, 2013/15/0256, lautet die entsprechende Aussage des VwGH (nach Wiederholung der Rechtsprechung zur Renditemiete): *„Eine solche abstrakte Renditeberechnung wäre allerdings dann nicht geboten, wenn es für das von der Körperschaft errichtete Mietobjekt in der gegebenen Bauart und Ausstattung einen funktionierenden Mietenmarkt gäbe, sodass ein wirtschaftlich agierender, (nur) am Mietertrag interessierter Investor Objekte vergleichbarer Gediegenheit und Exklusivität (mit vergleichbaren Kosten) errichten und am Markt gewinnbringend vermieten würde, was vom Steuerpflichtigen nachzuweisen ist.“*

Im erstgenannten Erkenntnis behauptete der Steuerpflichtige daher, es gäbe einen entsprechenden Markt, im zweiten Erkenntnis verwendete die belagte Behörde gänzlich andere Ermittlungsmaßstäbe.⁷⁾ Richtig ist, dass der VwGH den Nachweis eines derartigen Marktes dem Steuerpflichtigen zuweist. Allerdings erwähnt er mit keinem Wort, dass der Steuerpflichtige jedenfalls – so wie es *Pröll* verstanden wissen will – einen derartigen Markt nachzuweisen hätte und er bei Misslingen des Nachweises nachteilige Folgen zu tragen hätte.

2.2. Marktentscheidung und Renditemiete

Betrachtet man die beiden Erkenntnisse insbesondere vor dem Hintergrund der Entwicklung der Rechtsprechung, so wurde zunächst auf die Renditemiete abgestellt, die wiederum vom anzuwendenden Zinssatz abhängt. Man fängt demnach gedanklich an, einen bestimmten „passenden“ Zinssatz abzuleiten⁸⁾ und errechnet daraus, basierend auf den bekannten Kosten, die sich ableitende Miete.

Haben sich nun aber – unabhängig von Aussagen in der Bewertungswissenschaft oder Überlegungen der Finanzverwaltung – Immobilieninvestoren entschlossen, bestimmte Investitionen durchzuführen, führt dies zu einem nicht wegzudiskutierenden Faktum. Ein Investor hat einen bestimmten Betrag in eine Immobilie investiert und kann damit am Markt bestimmte Mieten erzielen. Im Vergleich zu einem bestimmten Projekt geht es nach dem VwGH (klarerweise) um *„Objekte vergleichbarer Gediegenheit und Exklusivität (mit vergleichbaren Kosten)“*.

Haben also Investoren gehobene Einfamilienhäuser in einer bestimmten Lage in bestimmter Ausstattung und damit zu bestimmten Kosten errichtet und werden diese ihrer Bestimmung nach vermietet, so führen (fremde dritte) Investoren derartige Investitionen durch. Daher spielt es dann keine Rolle mehr, welche konkrete Rendite die Investoren aus dem Objekt zu erzielen vermögen.

Nach dem VwGH entscheidet daher der Markt, ob bestimmte Investitionen (fremdüblich) durchgeführt werden und nicht eine Ableitung der Finanzverwaltung aus wissenschaftlichen Quellen.

Falls daher zB⁹⁾ nach fachkundiger Auffassung bei entsprechenden Investitionen¹⁰⁾ unter Beachtung des Zinsniveaus etc eine Rendite von 3,5 % zugrunde zu legen sein

⁷⁾ Vergleich mit Leasingvertrag, verlorenem Bauaufwand.

⁸⁾ Sei es aus Immobiliendurchschnittszinssätzen, sei es (auch) aus dem Geldmarkt.

⁹⁾ Die Zahlen sollen nur instruktiv sein und keine konkreten Marktgegebenheiten darstellen.

¹⁰⁾ ZB 1 Mio Euro bis 1,5 Mio Euro.

sollte, sich aber zeigt, dass die Objekte auch dann errichtet werden bzw wurden, wenn durch die Vermietung im Schnitt nur 2 % Rendite zu erzielen ist, ergibt sich, dass am Markt vergleichbare Objekte zu den erzielbaren Mieten errichtet werden, sodass die Marktmiete daher ausreichend hoch ist, auch wenn sie die abstrakte Renditemiete nicht erreicht.

In der Literatur¹¹⁾ wurde gezeigt, dass diesfalls einfach der theoretisch ermittelte Liegenschaftszins falsch gewählt wurde. Wäre nämlich mit 2 % gerechnet worden, hätte sich die Übereinstimmung von Marktmiete und Renditemiete ergeben.

2.3. Marktverhalten von Investoren

Plastisch zeigen sich die Überlegungen des VwGH am Investitionsverhalten nach der Finanz- und Wirtschaftskrise, beispielhaft an Wiener Zinshäusern. Obschon anfänglich der Kapitalmarkt noch höhere Zinsen zeigte und laut *Pröll* die Immobilienbewertungslehre einer relativ langfristigen Konstanz der Liegenschaftszinssätze das Wort redet,¹²⁾ wurden für die Immobilien laufend steigende Preise gezahlt, sodass die Liegenschaftszinssätze teils drastisch gesunken sind.

Dies erklärt sich zum einen daraus, dass die Investoren – ungeachtet anderer steuerlicher Aussagen – auch die potenzielle Wertsteigerung des Investments mitbedenken und zum anderen einfach der Sachwert in unruhigen Zeiten als sicher und daher sinnvoll angesehen wird, somit das Investment auch dann gemacht wird, wenn es eine vorübergründig „zu niedrige“ Rendite ausweist.¹³⁾

Verhält sich daher ein Steuerpflichtiger wie der Markt, kann ihm das nicht unter Verweis auf abstrakte Rechnungen verwehrt werden. Daraus folgt aber, dass immer dann, wenn die Errichtung vergleichbarer Objekte mit anschließender Vermietung am Markt nachgewiesen werden kann, der entsprechende Markt offensichtlich existiert und die gezahlten Mieten auch im Vergleich zur Investitionssumme „akzeptiert“ werden. Diesen Nachweis muss der Steuerpflichtige erbringen.

2.4. Eigener Marktbegriff für die Vermietung?

Einzugehen ist noch auf die Voraussetzungen, die der VwGH an den Markt und das Verhalten des Immobilieninvestors legt. Betrachtet man die einzelnen Formulierungen, ergibt sich

- „ein wirtschaftlich agierender,
- (nur) am Mietertrag interessierter Investor, [der]
- Objekte vergleichbarer Gedingenheit und Exklusivität (mit vergleichbaren Kosten) errichte[t] und am Markt gewinnbringend [vermietet]“.

„Wirtschaftlich agierend“ heißt also, dass der Investor unter einem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab im Sinne einer Gesamtbetrachtung sinnvolle Maßnahmen setzen wird, daher, wie auch im Anschluss vom VwGH ausgeführt, in Gewinnerzielungsabsicht handelt. Handelt der Investor aus anderen Gründen (gemeinnützig, *causa societatis* etc), liegt kein entsprechender Markt vor.

¹¹⁾ *Prodingner*, SWK 11/2017, 588.

¹²⁾ *Pröll*, BFGjournal 2017, 357 (362 FN 43 mit weiteren Verweisen).

¹³⁾ Vgl hierzu *Zorn*, VwGH zur angemessenen Miete für Wohngebäude einer Stiftung, RdW 2016/575, 773, wonach es auf einen wirtschaftlich agierenden Investor, der (nicht an der Wertsteigerung, sondern nur) am Mietertrag interessiert ist, ankommen soll. Gemeint kann hier nur sein, dass das Objekt potenziell der Vermietung und nicht der Spekulation dienen soll. Wie gezeigt, finden in die am Markt geschehene Investitionsentscheidung neben der Miete auch eine Vielzahl anderer Parameter Eingang, die in Summe unter Umständen zu einer niedrigeren Rendite führen. Der Mietmarkt kann aber in seiner Faktizität nicht steuerlich uminterpretiert werden.

Der Investor muss am Mietertrag interessiert sein. Dies ergibt sich wohl schon aus der Tatsache der Vermietung. Allerdings gibt es auch die Motivation eines Investments, bei dem nur die Spekulation bedeutsam ist und eine Zwischenvermietung zur Erreichung dieses Ziels auch durchgeführt wird. In derartigen Fällen liegt kein entsprechender Mietmarkt vor.

Der VwGH qualifiziert das Interesse am Mietmarkt durch Vorstellen des Klammerausdrucks „nur“. Offensichtlich kommt der (langfristigen) Erzielung von Mieterträgen hier eine entscheidende Bedeutung zu. Allerdings lässt sich wohl nicht der Umkehrschluss ziehen, dass andere Motive für die Akzeptanz eines bestimmten Mietertrages nicht ausschlaggebend sein dürfen. Dies zeigt sich schon durch die Verwendung eines Klammerausdrucks. Klar wird dies auch dadurch, dass der VwGH ausdrücklich auf die faktische Vermietung abstellt.

Entscheidend ist daher, dass das langfristige Erzielen von Mieterträgen eindeutig im Vordergrund steht und ausschlaggebend ist. Eine Einschränkung, dass Investoren, die langfristig am Markt vermieten, bei ihrer Investitionsentscheidung nicht auch andere Motive haben dürfen, von denen dann auch die Höhe des akzeptierten Zinses abhängt, solange dieser zu Gewinnen führt, ist dem VwGH im Gesamtkontext nicht zu entnehmen, würde sie doch auch die freie marktwirtschaftliche Entscheidung konterkarieren.

2.5. Nachweis des Marktes

Der geforderte Nachweis des Mietenmarktes wird schlicht dann möglich sein, wenn derartige Objekte errichtet¹⁴⁾ und danach auch vermietet werden.¹⁵⁾ Ist dies aber nicht möglich, etwa weil in einer bestimmten Lage keine derartigen Objekte errichtet werden, gibt es keinen existierenden Markt. Trotzdem kann eine Investition fremdüblich – nämlich unter Abstellen auf ein übliches Renditeinteresse – durchgeführt werden. Der Vergleich muss dann durch abstrakte Rechnung erfolgen, wobei *ex logo* auch der Zinssatz abstrakt zu ermitteln ist.

Es scheint daher nicht zwingend notwendig, unbedingt einen Markt nachweisen zu müssen. Gibt es einen solchen offensichtlich, wird ihn der Steuerpflichtige auch gerne und leicht nachweisen. Gibt es ihn gar nicht oder nur in nicht nachweislichen Ansätzen, kann ohne weitere Maßnahme die abstrakte Rechnung angewendet werden. Durch das Abstellen auf den funktionierenden Mietenmarkt kann es daher für den Steuerpflichtigen immer nur besser werden, gestattet doch der VwGH ausdrücklich das konkrete Abstellen auf konkretes fremdübliches Verhalten, nämlich den Markt. Genau das hat auch Zorn¹⁶⁾ in Kommentierung der Judikatur ausgeführt: „Gibt es einen solchen Mietenmarkt, ist die Marktmiete relevant.“¹⁷⁾ Gibt es keinen funktionierenden Mietenmarkt, dann ist die (Brutto-)Miete mit 3 % bis 5 % [...] zu bemessen.“ Insofern ergeben sich aus der Judikatur die von Pröll gesehene Probleme gerade nicht, weshalb das „erstauulich gelassene Hinnehmen“ wieder verständlich wird.

Nicht zu folgen ist Pröll, wenn er ausführt, dass zum Nachweis des Marktes leicht aus der Marktmiete unter sachgerechtem Ansatz eines Liegenschaftszinses auf den Ertragswert zu rechnen ist.¹⁸⁾ Dieser müsse gleich hoch oder höher als die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sein. Damit würde aber wiederum ein abstrakter Zins einge-

¹⁴⁾ Dies ist wohl schon durch Augenschein nachweisbar.

¹⁵⁾ Jedenfalls die Vermietungsabsicht wird etwa durch Zeitungsinserate, Makleraktivitäten etc nachweisbar sein.

¹⁶⁾ Zorn, RdW 2016/575, 773.

¹⁷⁾ Anmerkung: Eben nicht eine abstrakte Renditemiete.

¹⁸⁾ Pröll, BFGjournal 2017, 357 (359 Pkt 4.).

führt und allen Investoren, bei denen ein „zu niedriger“ Ertragswert resultiert, unterstellt, dass sie sich – obschon *ex definitione* fremdüblich am Markt tätig – nicht marktüblich verhalten. Ist bekannt, dass Objekte bestimmter Kosten errichtet und am Markt zu erzielbaren Mieten vermietet werden, bedarf es keiner weiteren Rechnung. Der Investor akzeptiert einen bestimmten Ertragswert und damit eine bestimmte Rendite.

3. Marktmiete – Angebotspreise

Pröll führt unter Verweis auf die Literatur aus, dass Vergleichsmieten allenfalls schwierig zu beschaffen sind. Diesfalls breche dem Ertragswertverfahren das Fundament weg, sodass der Nachweis eines funktionierenden Mietenmarktes zwangsläufig zum Scheitern verurteilt sei.

Nun wurde gerade gezeigt, dass bei einem Mietenmarkt eine bestimmte Vergleichsmiete gerade nicht entscheidend ist. Richtig ist aber, dass bei der abstrakten Ermittlung, und somit beim umgekehrten Ertragswertverfahren, der Vergleich der Renditemiete mit den Marktmieten dann scheitern muss, wenn Marktmieten nicht oder nicht präzise genug ermittelt werden können.

Pröll verweist auf die Überlegungen des Autors,¹⁹⁾ wonach mangels verfügbarer Datenbanken – im Unterschied zu Kaufpreisen – Mieten nur schwer ermittelbar sind. In der Folge lehnt er aber unter Verweis auf die Literatur und die Judikatur des BFG das Heranziehen von Angebotspreisen ab.

Zunächst ist festzuhalten, dass auf Basis der Publizität des Grundbuchs Kaufpreise leicht zu ermitteln sind und diese oftmals den tatsächlichen Werten entsprechen werden.²⁰⁾ Bestimmte Unternehmen haben sich auf die Auswertung dieser Daten spezialisiert.²¹⁾ Nachdem es für Miettransaktionen derartige Grundlagen nicht gibt, können sie auch nicht herangezogen werden.²²⁾ Es ist natürlich möglich, auf den Immobilienpreisspiegel der WKO abzustellen, der aus Befragungen der Mitglieder resultiert. Allerdings bringt dieser Mietpreise nur bei Wohnungen in den Kategorien „bis 60 m²“ und „ab 60 m²“ etwas und wird daher für die in Diskussion stehenden gehobenen Einfamilienhäuser auch nicht repräsentativ sein.

Nunmehr führt *Pröll* aus, dass das Abstellen auf Angebotspreise im Widerspruch zur Literatur und zur Rechtsprechung des BFG stünde. Richtig ist, dass etwa *Stabentheiner*²³⁾ bei der Diskussion des Vergleichswertverfahrens auf § 4 Abs 1 Liegenschaftsbewertungsgesetz (LBG) verweist, wonach tatsächlich erzielte Kaufpreise heranzuziehen seien. Dazu kann entgegnet werden, dass nach der Judikatur des VwGH²⁴⁾ das LBG im Steuerrecht ohnedies nicht (direkt) anwendbar ist, sodass allein aus dem Wortlaut des Gesetzes kein Argument ableitbar sein wird.

Nach einer anderen von *Pröll* zitierten Quelle²⁵⁾ ist keine Ablehnung abzuleiten. Zu Recht weisen die Autoren darauf hin, dass aus den Angeboten direkt kein Marktpreis abgeleitet werden kann. Nach empirischen Studien sei eine Verhandlungsspanne von 10 % bis 20 % gegeben. Die Autoren kommen zum Schluss: „Auf dieser Grundlage be-

¹⁹⁾ *Prodingler*, Immobilienvermietung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, SWK-Spezial² (2017), 71.

²⁰⁾ Allerdings wurde das Abstellen auf den gemeinen Wert respektive nunmehr den Grundstückswert statt allein auf den Kaufpreis für Zwecke der Grunderwerbsteuer gerade damit argumentiert, dass die tatsächlichen Preise manchmal höher als die in der Urkunde angegebenen sind.

²¹⁾ Vgl zB www.immounited.at.

²²⁾ Laut telefonischer Auskunft bei oa Unternehmen können derartige Werte nicht zur Verfügung gestellt werden.

²³⁾ *Stabentheiner*, LBG² (2005) 27.

²⁴⁾ Vgl die Hinweise bei *Prodingler/Ziller*, Immobilienbewertung im Steuerrecht³ (2016) 36 ff.

²⁵⁾ *Funk/Hattinger/Hübner/Stocker* in *Biener/Funk* (Hrsg), Immobilienbewertung³ (2014) 180.

reinierte Angebotspreise könnten zur Plausibilisierung von Wertansätzen herangezogen werden, sofern keine Vergleichswerterhebungen anhand tatsächlicher Transaktionen möglich sind.“

Das BFG²⁶⁾ lehnt die Angebotspreise zwar ab, kommt aber in den diesbezüglichen Ausführungen auf den Punkt: Einerseits wird auf Immobiliensachverständige und -treuhänder verwiesen. Richtig mag sein, dass hier eine bestimmte Marktkennntnis vorliegt. Der VwGH verlangt aber nicht nur eine Wiedergabe einer sachverständigen Meinung und Erfahrung, sondern auch den Nachweis im Sinne einer Begründung. Hier zeigt sich aber, dass auch Immobiliensachverständige nicht immer über tatsächlich abgeschlossene Verträge Erfahrung erlangen und außerdem dieses Wissen *in concreto* auch gar nicht Preis geben dürften. Zum anderen geht der Verweis darauf, dass selbst die vom Beschwerdeführer geforderte Auswertung der in der Finanzverwaltung vorhandenen Daten nicht zur notwendigen Gesamtschau führen würde, insofern ins Leere, als gerade die Finanzverwaltung sowohl Baukosten als auch vereinbarte Mieten verfügbar haben müsste. Es wäre daher durchaus denkbar, allenfalls unter Mithilfe der *Statistik Austria*, die ja derzeit ohnedies mit Immobilienpreisermittlungen beauftragt ist,²⁷⁾ entsprechende Daten anonymisiert zur Verfügung zu stellen und mit entsprechenden Suchabfragen auch passende Vergleichsobjekte ausfindig machen zu können.

Bedenkenswert ist auch, dass die genannten überhöhten Angebotspreise für den Immobilienverkauf diskutiert wurden. Im Bereich normaler Mieten scheint hier doch eher eine Durchsetzbarkeit der intendierten Mieten am Markt gegeben. Freilich kann man durchaus entsprechende Sicherheitsabschläge machen. Ausreißer wie etwa zum Schein gelegte Angebote können im Rahmen der Beweiswürdigung herausgefiltert werden.

Pröll ist sicherlich dahingehend zuzustimmen, dass der Vergleich mit konkreten, tatsächlich abgeschlossenen Mietverträgen zielführender ist. Allerdings macht es wenig Sinn, vom Steuerpflichtigen den Beweis bestimmter tatsächlich abgeschlossener Mieten zu fordern, Angebotspreise auch nach der von der Literatur geforderten Adaption abzulehnen, von Seiten der Finanzverwaltung keine Daten zur Verfügung zu stellen und einfach zu fordern, dass der Steuerpflichtige allenfalls vermittels Immobilitentreuhändern Zugriff auf tatsächliche Mieten zu haben habe, wenn dies in der Realität unter Umständen eben nicht möglich ist.

Der Steuerpflichtige ist – im Unterschied zur Finanzverwaltung – nicht mit *imperium* ausgestattet und kann daher an tatsächliche Daten mangels Publizität gerade nicht herankommen. Will man den Beweis derart abverlangen, wird man akzeptieren müssen, dass in der Beweisführung eine gewisse Unschärfe liegt. Will man exakte Werte auch dort, wo keine Quellen öffentlich zugänglich sind, wird man diese von Seiten der Verwaltung zur Verfügung stellen müssen. Dem Steuerpflichtigen eine nicht erfüllbare Beweislast aufzubrummen, macht unter Rechtsstaatsüberlegungen wenig Sinn.

Beiläufig kann etwa auch bei Verrechnungspreisen beim (Außen-)Vergleich mit anderen Unternehmen von Seiten des Steuerpflichtigen auch nur in Ausnahmefällen auf konkrete Geschäfte, in der Regel aber auch nur auf Angebote abgestellt werden. Wird zB auf eine Preisliste laut Website eines Unternehmens verwiesen, stellt auch diese nur ein Angebot dar, ohne dass geklärt ist, ob Vertragsabschlüsse wirklich zu diesen Werten zustande kommen bzw welcher Durchschnittswert dann realisiert wird.

²⁶⁾ BFG 4. 5. 2017, RV/6100603/2016.

²⁷⁾ Allerdings müssten dann Werte geliefert werden, die wenigstens die beauftragende Finanzverwaltung als korrekt ansehen würde.

4. Liegenschaftszinssatz

In Diskussion steht auch, ob der Renditezinssatz²⁸⁾ nach dem Investitionszeitpunkt²⁹⁾ oder dem Beginn der Vermietung zu beurteilen ist. Zu Recht hat Pröll³⁰⁾ darauf hingewiesen, dass der VwGH und folgend Zorn³¹⁾ auf den Zinssatz „*idR in Abhängigkeit von den Marktverhältnissen beim Beginn der Vermietung*“ abgestellt haben.

Betrachtet man allerdings die gesamte Aussage des VwGH, zeigt sich, dass dieser auf den „*marktüblich agierenden Immobilieninvestor*“ abstellt und jene Rendite gemeint ist, „*die üblicherweise aus dem eingesetzten Kapital durch Vermietung erzielt wird*“. Maßgeblich ist demnach jener Renditesatz, der sich bei optimaler Veranlagung des Gesamtbetrages der Anschaffungs- und Herstellungskosten in Immobilien ergibt.

Daraus lässt sich ableiten, dass auf die Investitionsentscheidung des Investors abgestellt wird. Dieser wird aber – jedenfalls bei der Herstellung eines Gebäudes, anders bei der Anschaffung – in Kauf nehmen müssen, dass er Vermietungseinkünfte nicht sofort nach der Investitionsentscheidung, sondern erst nach Fertigstellung des Objekts erzielen kann.

Insofern scheint aber genau jener Zeitpunkt, zu dem ein bestimmtes Renditeinteresse in die Investitionsentscheidung eingeht, entscheidend zu sein. Der VwGH führt wohl nur aus, dass nicht die laufende Rendite über die Mietdauer, sondern die Erwartung am Anfang ausschlaggebend ist. Richtig sind daher die Überlegungen von Pröll, wonach ein Rückbezug einer Rendite auf einen Zeitpunkt lange Jahre zuvor nicht durch die Judikatur gedeckt ist.

Darüber hinaus sollte die Wortwahl des VwGH nicht überinterpretiert werden. Oftmals mag sich auch kein großer Unterschied ergeben. Allerdings sind sicherlich Szenarien bekannt, in denen sehr rasch eine deutliche Veränderung der Zinssätze gegeben ist, sodass diesfalls die Bauphase eine Rolle spielen könnte.

5. Ausblick

Die erneute Diskussion zeigt, dass das Thema noch immer relevant ist. Der VwGH hat seine Rechtsprechung weiter entwickelt, sodass von den ursprünglichen Aussagen in der praktischen Wirkung wenig geblieben ist. Dennoch sind manche Fragen offen.³²⁾

Allerdings zeigt sich, dass gerade von Seiten der Finanzverwaltung nach wie vor versucht wird, sich unter Verweis auf wissenschaftliche Darstellungen auch in wenig problematischen Fällen durch immer neue Argumentationen gegen als „ungerecht“ empfundene Gestaltungen zu stellen, obschon die Judikatur des VwGH erkennen lässt, dass nunmehr nur in besonders krass gestalteten Fällen ein tatsächliches Problem gesehen wird. Wenn etwa unter Verweis auf Zinsentwicklungen oder angeblich bekannte Zinsbreiten versucht wird, abstrakt wirtschaftlich vernünftiger als der konkrete Markt zu sein, wird wohl über das Ziel hinausgeschossen.

Besonders deutlich zeigt sich dies im Bereich der sogenannten Wurzelausschüttung, in dem von der Finanzverwaltung laufend versucht wurde, Kapitalertragsteuer auf die gesamten Anschaffungs- oder Herstellungskosten vorzuschreiben.

Nachdem nun mehrfach von Gerichten judiziert wurde, dass die Wurzelausschüttung³³⁾ „nur“ zu einer Verschiebung in den außerbetrieblichen Bereich der Gesellschaft

²⁸⁾ Als Ausfluss der Rechtsprechung des VwGH vom 15. 9. 2016, 2013/15/0256.

²⁹⁾ Prodinge, SWK 11/2017, 588.

³⁰⁾ Pröll, BFGjournal 2017, 357 (361 Pkt 4.3.).

³¹⁾ Pröll, BFGjournal 2017, 357 (361 Pkt 4.3.).

³²⁾ Vgl hierzu Prodinge, SWK 11/2017, 588.

³³⁾ Entgegen ihrer problematischen Bezeichnung.

führt³⁴⁾ und daher Kapitalertragsteuer von den gesamten Kosten gerade nicht anfallen kann, wird – trotz einschränkender Judikatur des VwGH – in den KStR 2013 weiterhin an einer Änderung des wirtschaftlichen Eigentums festgehalten.³⁵⁾ Auf Basis der Judikatur und Literatur scheint dieses Ergebnis kaum mehr vertretbar zu sein.³⁶⁾ Es wäre daher zu hinterfragen, ob ein derartiger Bescheid noch von einem Amtswalter auf Basis einer möglichen Auffassung erlassen werden kann oder aber hier ein Überschreiten des sorgfältigen Gebrauchs der Amtsgewalt vorliegen könnte.

Insgesamt scheint unter Akzeptanz des Trennungsprinzips zu hoffen zu sein, dass sich rasch Regeln ausbilden, unter denen die Errichtung eines Gebäudes durch eine Gesellschaft samt Vermietung an den Gesellschafter im Regelfall in einer Weise abgebildet werden kann, die auf Basis des Prinzips der Rechtssicherheit ihre Annahme auch aus dem Blickwinkel der Finanzverwaltung erfährt.

i

Auf den Punkt gebracht

Hinsichtlich der Nachweisverpflichtung eines funktionierenden Mietenmarktes als Ausfluss der Judikatur des VwGH³⁷⁾ sind zur Auffassung von *Pröll*³⁸⁾ folgende Ergänzungen bedeutsam:

- Der Mietenmarkt ergibt sich aus der Tatsache, dass von fremden dritten Investoren Objekte vergleichbarer Gediegenheit und Exklusivität (mit vergleichbaren Kosten) errichtet und vermietet werden.
- Abzustellen ist daher auf Investoren, bei denen die Erzielung eines Mietertrages und damit das Streben nach Gewinnen jedenfalls im Vordergrund stehen.
- Es bedarf daher entgegen *Pröll* keiner Festlegung eines bestimmten Zinssatzes und keiner Errechnung des Ertragswertes, der dann mit den Kosten verglichen wird. Nicht die Finanzverwaltung legt fest, was fremdübliches Verhalten ist, sondern vielmehr der (sich unter fremden Dritten bildende) Markt.
- Ein entsprechender Markt ist vom Steuerpflichtigen nachzuweisen. Erfolgt kein Nachweis durch den Steuerpflichtigen, etwa weil es einen Markt nicht gibt, so ist weiterhin die (abstrakte) Renditemiete mit der Marktmiete zu vergleichen.
- Der Vergleich mit konkreten Marktmieten gestaltet sich mangels Verfügbarkeit von Daten als schwierig. Wenn aus der Finanzverwaltung trotz grundsätzlicher Verfügbarkeit keine Daten zur Verfügung gestellt werden, werden wohl schon aus Praktikabilitätsüberlegungen (allenfalls modifizierte) Angebotspreise herangezogen werden müssen.
- Dies findet in der Bewertungswissenschaft letztlich Deckung. Die von *Pröll* befürchteten Manipulationen wären im Rahmen der Beweiswürdigung zu beseitigen.
- Der Zinssatz für die Renditemiete ist nach dem VwGH nach den Verhältnissen am Beginn der Vermietung zu beurteilen. Im Gesamtzusammenhang spricht wohl trotzdem viel dafür, hier auf die Investitionsentscheidung abzustellen.

³⁴⁾ Was etwa auch von *Zorn* in der Literatur bestätigt wurde; vgl die Hinweise bei *Prodingner*, SWK 11/2017, 588.

³⁵⁾ Diese Rechtsauffassung soll dem Vernehmen nach beibehalten werden.

³⁶⁾ Dazu auch *Leyrer/Luka*, ÖStZ 2017, 523.

³⁷⁾ VwGH 10. 2. 2016, 2013/15/0284; 15. 9. 2016, 2013/15/0256.

³⁸⁾ *Pröll*, Eigens zur Vermietung errichtete Immobilien im (VwGH-)Licht des „funktionierenden Mietenmarktes“, BFGjournal 2017, 357.