

## Der gesetzeswidrige Erlass bei der verbilligten Vermietung

Dr. Marcel M. Sauren RA/StB/vBP, Aachen

Nach § 21 Abs. 2 EStG ist eine Nutzungsüberlassung nicht in ein unentgeltlichen und entgeltlichen Teil aufzuteilen, wenn das Entgelt mehr als 50 v.H. (ab 01.01.2004 56 v.H.) der ortsüblichen Marktmiete beträgt. Der BFH hat mit Urteil vom 05.11.2002 (BStBI II 2003, 646 = DStR 2003, 73) eine Aufteilung auch für Mieten von mindestens 50 v.H. der Marktmiete vorgenommen, wenn die aufgrund einer verbilligten Vermietung angezeigte Überschussprognose zur Überprüfung der Einkünfteerzielungsabsicht negativ ist. Bei einer langfristigen Vermietung sei grundsätzlich nur dann von dem Vorliegen einer Einkünfteerzielungsabsicht auszugehen, so lange der Marktzins nicht weniger als 75 v.H. der ortsüblichen Marktmiete betrage. Betrage er allerdings 50 v.H. und mehr, jedoch weniger als 75 v.H., sei die Einkünfteerzielungsabsicht anhand einer Überschussprognose zu prüfen. Führt diese zu positiven Ergebnissen, so sind die mit der verbilligten Vermietung zusammenhängenden Werbungskosten in voller Höhe abziehbar. Sei die Überschussprognose indessen negativ, so müsste die Vermietungstätigkeit in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufgeteilt werden. Die anteilig auf den entgeltlichen Teil fallenden Werbungskosten seien abziehbar (BFH a.a.O., 646).

1.

Danach ergibt sich folgendes Schema:

a)

vereinbarte Kaltmiete 75 % bis 100 % von der ortsüblichen Kaltmiete	Einkünfteerzielungsabsicht wird unterstellt	voll entgeltliches Geschäft
---	--	-----------------------------

b)

vereinbarte Kaltmiete 50 % bis 75 % von der ortsüblichen Kaltmiete	da verbilligte Miete, Prüfung der Einkünfteerzielungs- absicht	positiv → voll entgeltliches Geschäft negativ → Aufteilung der Werbungskosten in Höhe der Quote der Entgeltlichkeit
--	--	---