



Verzicht auf die Ausübung des Vorbehaltsnießbrauchs an Immobilien

– von StB **Bernd Meyer** und WP/StB **Jochen Ball**, beide Bad Homburg v. d. H. –

Im Rahmen vorweggenommener Erbfolge werden häufig Immobilien unter Vorbehalt des Nießbrauchs auf nahe Angehörige übertragen. Dies ist regelmäßig eine sinnvolle Maßnahme zur Regelung der Vermögensnachfolge. Der Schenker ist damit wie bisher in der Lage, aus den zurückbehaltenen Erträgen seinen Lebensunterhalt ganz oder teilweise zu bestreiten. Aus steuerlicher Sicht wiederum reduziert der Kapitalwert des Nießbrauchs eine evtl. Belastung mit Schenkungsteuer, außerdem fällt er mit dem Tod des Nießbrauchers steuerneutral weg. Ferner werden einkommensteuerlich dem Vorbehaltsnießbraucher wie bisher als Eigentümer die Vermietungseinkünfte zugerechnet. Auch eine Begrenzung seines Werbungskostenabzugs entfällt. Insbesondere ist er als früherer Eigentümer berechtigt, die Gebäude-AfA in Anspruch zu nehmen sowie den vollen Schuldzinsenabzug aus der Fremdfinanzierung der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Immobilie. Spiegelbildlich dazu entfällt natürlich beim Eigentümer ein Abzug seiner Aufwendungen, weil er bis zum Ende des Nießbrauchs keine Vermietungstätigkeit entfaltet. Im Laufe der Zeit kann sich jedoch der Nießbrauch als hinderlich erweisen. Dann gilt es, nach Alternativen zu suchen. Eine davon ist der entgeltliche oder unentgeltliche Verzicht auf das Nießbrauchsrecht, eine andere, bislang wenig beleuchtete Variante, der bloße Verzicht auf die Ausübung des fortbestehenden Nießbrauchs. Einem solchen Verzicht sind die nachfolgenden Ausführungen gewidmet, verbunden mit einem Blick auf alternative Gestaltungen.

Rechtswirksamer Verzicht auf die Ausübung des Nießbrauchs

Der Nießbrauch kann zivilrechtlich nicht auf Dritte übertragen werden (§ 1059 Satz 1 BGB). Er ist weder vererblich noch belastbar (§§ 1061, 1069 Abs. 2 BGB). Sein natürliches Schicksal besteht darin, mit Ableben des Berechtigten zu erlöschen. Der Nießbraucher kann freilich vorher auf sein Recht verzichten. Ebenso hat er die Möglichkeit, die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen zu überlassen (§ 1059 Satz 2 BGB). Dies kann schlichtweg auf formloser schuldrechtlicher Grundlage erfolgen. Das zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehende gesetzliche Schuldverhältnis bleibt bestehen. Der Nießbraucher überträgt lediglich das Recht auf Ausübung des Nießbrauchs auf einen Dritten („Ausübungsberechtigter“). Ausübungsberechtigter kann auch der Eigentümer sein.

Übergang der Vermieterstellung auf den Eigentümer

Einkommensteuerlich betrachtet muss ungeachtet der zivilrechtlichen Position des Ausübungsberechtigten auch die Einkunftsquelle vom Nießbraucher auf ihn übergehen. Dazu muss er Mietverträge im eigenen Namen abschließen bzw. durch rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme in

bestehende Mietverträge eintreten (BFH vom 26.4.1983, Az. VII R 205/80). Nur dann erfüllt er das Tatbestandsmerkmal der Einkunftserzielung des § 21 Abs. 1 EStG. Es hat also ein Parteienwechsel auf Vermieterseite zu erfolgen. Daran scheiterten die Kläger im Streitfall des obigen BFH-Urteils. Sie hatten lediglich ihr Nießbrauchsrecht an den Eigentümer vermietet. Dadurch allein geht jedoch die Position des Vermieters nicht kraft Gesetzes (§§ 577, 571 BGB) über, wie im Fall der Eigentumsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt (§ 577 BGB). Richtigerweise hat eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme zwischen Mieter und Eigentümer zu erfolgen oder durch Vereinbarung mit dem Eigentümer unter Zustimmung des Mieters (BGH vom 29.10.1957, Az. VIII ZR 292/56). Die schlichte Kenntnisnahme des Mieters von den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Nießbraucher sowie die anschließende Mietzahlung auf ein Konto des Eigentümers bewirken noch keine Vermietung im eigenen Namen und für eigene Rechnung.

Ein Vermieterwechsel tritt auch nicht unter der Annahme ein, dass derjenige, dem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen wird, die aus dem Nießbrauch fließenden Rechte im Namen des Nießbrauchers, aber für eigene Rechnung ausübt. Ein solches Vorgehen befähigt zwar zur Erzielung gewerblicher Einkünfte (§ 5 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Zur

Ihr direkter Draht zur Redaktion **steuerberater intern: 0211 6698-111** (Mo-Do 14-17 Uhr, Fr 9-12 Uhr)

▪ Fax: 0211 6698-179 ▪ E-Mail: steuerberater@markt-intern.de ▪ www.steuerberater-intern.de



Erzielung von Vermietungseinkünften reicht das aber nicht. Dazu muss der Steuerpflichtige Träger von Rechten und Pflichten des Vermieters aus dem Rechtsverhältnis der Vermietung sein. Scheitert der Vermieterwechsel, stellen die Zahlungen unbeachtliche Einkommensverwendungen i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG dar (siehe oben).

Ausübungsverzicht als Alternative zur Nießbrauchsablösung

Für den Eigentümer stellt sich nach langjährig zurückliegender Immobilienübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt die Frage, wie zu verfahren ist, wenn er als Beschenkter die Immobilie durch Investitionen oder Beseitigung eines Renovierungsstaus attraktiver gestalten will, während der Nießbraucher lediglich seine Mieterträge erhalten möchte und ihm eventuell die bisherige Verwaltungstätigkeit zur Last geworden ist. Diese Ausgangslage ist der ideale Nährboden, um die rechtlichen Beziehungen zwischen Eigentümer und Nießbraucher neu auszurichten.

Beispiel 1 (Grundfall): Vater (V) übertrug im Alter von 65 Jahren zum 1.1.2002 ein Mehrfamilienhaus (Anschaffung 1970) auf die Tochter (T). Die Mieteinnahmen betragen aktuell jährlich 40.000 € (Werbungskosten 5.000 €, davon Gebäude-AfA 2.000 €). T möchte aufgrund dringender anstehender Instandsetzungsmaßnahmen 100.000 € investieren. Sie ist an einer steuerlichen Absetzbarkeit ihrer Aufwendungen interessiert. V wiederum kann auf seine Mieteinnahmen aus Versorgungsgründen nicht gänzlich verzichten.

Sollte T die anstehenden Investitionen ohne weitere Vereinbarungen mit V und Eintritt in bestehende Mietverträge durchführen, können die Instandsetzungskosten von ihr nicht als Werbungskosten geltend gemacht werden. Sie ist zwar Eigentümerin der Immobilie. Sie verwirklicht jedoch nicht den Tatbestand der Einkunftserzielung, sondern allein V. Damit wären die betreffenden Erhaltungsaufwendungen allenfalls bei V unter dem Aspekt des sog. Drittaufwands Werbungskosten im Rahmen des fortbestehenden Nießbrauchs. Dies wäre ein unerwünschtes Ergebnis. Hinzu käme ggf., je nach vertraglicher Lastenverteilung im früheren Notarvertrag (2002), eine Schenkungsteuerbelastung (Freibetrag nur 20.000 € !), falls V durch die Instandsetzungsmaßnahmen bereichert würde. Ob T die betreffenden Aufwendungen unter dem Aspekt vorweggenommener Werbungskosten abziehen kann, falls die Gestaltungsspanne nachträglich beseitigt wird, erscheint nicht gesichert, vor allem dann, sofern inzwischen einige Zeit vergangen ist.

Da im obigen Beispiel ein unentgeltlicher Verzicht auf das Nießbrauchsrecht wegen des Versorgungsbedürfnisses des

Vaters entfällt, bietet sich an, die Ausübung des Nießbrauchs gegen laufende („Miet“-)zahlungen auf T zu übertragen. T kann anschließend die Rolle des Vermieters übernehmen und Träger der Rechte und Pflichten aus dem Rechtsverhältnis der Vermietung werden. Dabei genügt es allerdings nicht, den Mieter lediglich zu veranlassen, die Miete auf das Konto von T zu überweisen. Infolge dieser Vereinbarung kann die Tochter die Instandsetzungskosten von 100.000 € problemlos als Werbungskosten geltend machen und diese ggf. gemäß § 82b EStDV auf zwei bis fünf Jahre gleichmäßig verteilen.

Ausübungsverzicht gegen laufende Zahlungen

Erhält der Nießbraucher bei fortbestehendem Nießbrauchsrecht laufende Zahlungen vom Eigentümer dafür, dass er auf eine Ausübung seines Nießbrauchs verzichtet, erzielen fortan Nießbraucher **und** Eigentümer Mieteinnahmen i. S. d. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn der Eigentümer in die bestehenden Mietverträge eintritt. Es entsteht eine Art Kettenvermietung zwischen Nießbraucher, Eigentümer und (End-)Mieter. Damit kann der Eigentümer die betreffenden Zahlungen an den Nießbraucher als Werbungskosten abziehen, da sie zweifelsfrei durch seine Vermietungstätigkeit veranlasst sind.

Ohne Ausübungsverzicht des Nießbrauchers wäre er nicht in der Lage, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. Tritt der Eigentümer hingegen nicht in die Vermieterstellung ein und entfällt daher ein kausaler Zusammenhang seiner Zahlungen zum Ausübungsverzicht, liegen neutrale Unterhaltszahlungen vor. Als solche sind sie einerseits beim Eigentümer gem. § 12 Nr. 2 EStG nicht abzugsfähig und spiegelbildlich beim Nießbraucher gem. § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG steuerneutral. Dieses Ergebnis ist einkommensteuerlich regelmäßig äußerst unattraktiv und daher von den Beteiligten nicht gewünscht.

Zur Höhe der laufenden Zahlungen an den Nießbraucher

Werden laufende Zahlungen für den Ausübungsverzicht geleistet, sind Nießbraucher und Eigentümer hinsichtlich der Bestimmung ihrer Höhe grundsätzlich frei. Zu beachten ist lediglich, dass sie aus Sicht des Eigentümers die Höhe der bisherigen Mieteinnahmen nicht übersteigen dürfen. Ein übersteigender Betrag wäre als nicht abzugsfähige Zuwendung i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG anzusehen. Der Nießbraucher wiederum muss bedenken, dass er bei unter dem Wert der aufgegebenen Nutzungen liegenden Zahlungen ggf. eine Kürzung seiner Werbungskosten in Kauf nehmen muss. Die Werbungskostenkürzung verliert freilich bei geringen Aufwendungen an Bedeutung, wie im

obigen Beispiel 1. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass in Höhe des Minderbetrags eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung an den Eigentümer vorliegt. Wegen der Höhe des Schenkungsteuerfreibetrags von 400.000 € dürfte dies aber regelmäßig kein Gestaltungshemmnis sein.

Beispiel 2: In Fortentwicklung von Beispiel 1 vereinbaren Vater V (inzwischen 80 Jahre) und Tochter T, dass V auf die weitere Ausübung seines Nießbrauchs verzichtet und dafür von T ab 1.1.2017 jährlich 30.000 € erhält. Außerdem hat T sämtliche laufenden Erhaltungsaufwendungen zu tragen (zur Zeit 3.000 € p. a.). Ihr entstehen 2017 anlässlich der Sanierung des Gebäudes Aufwendungen in Höhe von 100.000 €. Die Mieteinnahmen betragen ab 2018 jährlich 50.000 €. T tritt in die von V abgeschlossenen Mietverträge ein bzw. schließt neue Mietverträge im eigenen Namen ab. Die Mieteinnahmen fließen auf ihr Bankkonto. Die Einkünfte verteilen sich ab 2017 wie folgt:

Vater	2017	2018
Entgelt für Ausübungsverzicht	30.000 €	30.000 €
./. Gebäude-AfA	2.000 €	2.000 €
Einkünfte aus Vermietung	28.000 €	28.000 €
Tochter	2017	2018
Miete	40.000 €	50.000 €
./. Zahlungen für Ausübungsverzicht	30.000 €	30.000 €
./. Erhaltungsaufwendungen	100.000 €	0 €
./. sonstige Werbungskosten	3.000 €	3.000 €
Einkünfte aus Vermietung	-93.000 €	17.000 €

Eine Kürzung der Werbungskosten des V (hier nur Gebäude-AfA) ist nicht vorzunehmen. V erhält von T 30.000 € und wird außerdem von sämtlichen Instandhaltungsaufwendungen befreit. Das hält einem Fremdvergleich stand.

Würde V im obigen Beispiel hingegen nur 20.000 € erhalten und damit ein teilentgeltlicher Ausübungsverzicht vorliegen, käme die 66 %-Grenze des § 21 Abs. 2 EStG nicht zur Anwendung. Denn im Falle entgeltlicher Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs fordert die Finanzverwaltung stets eine anteilige Werbungskostenkürzung (BMF vom 30.9.2013, Az. IV C1 S 2253/07/10004, BStBl. 2013 I S. 1184, Tz. 31). Das gilt wohl ebenso für den Ausübungsverzicht, der wirtschaftlich dem Zuwendungsnießbrauch entspricht. Aufgrund der geringen Werbungskosten des V ist eine Kürzung hinzunehmen.

Kein anschaffungsnaher Aufwand: Die nach Übergang der Ausübungsberechtigung auf den Eigentümer anfallenden Instandsetzungskosten unterliegen nicht dem Aktivierungsgebot des § 6 Abs. 1a EStG. Dazu gehören nur solche

Aufwendungen, die innerhalb von drei Jahren nach Anschaffung des Gebäudes entstehen. Der bloße Eintritt in die Position eines Vermieters erfüllt diese Kriterien nicht, d. h. er ist kein der Gebäudeanschaffung vergleichbarer Sachverhalt.

Dauer des Verzichts auf Nießbrauchs-ausübung

Die steuerliche Anerkennung des entgeltlichen Ausübungsverzichts verbunden mit dem Eintritt des Eigentümers in die Vermieterstellung steht nicht unter dem Erfordernis einer bestimmten Mindestlaufzeit. Diesem Ansinnen der Finanzverwaltung in vergleichbaren Nießbrauchs-fällen (siehe BMF vom 24.7.1998, BStBl. I 1998 S. 914 Tz. 7) hat der BFH mit Urteil vom 24.10.2012 (Az. IX R 24/11) eine Absage erteilt und die geforderte Mindestlaufzeit von einem Jahr verworfen. Inzwischen akzeptiert es die Finanzverwaltung, wenn das Nutzungsrecht für einen festgelegten Zeitraum vereinbart wurde (BMF vom 30.9.2013).

Um gleichwohl jeglicher Diskussion aus dem Weg zu gehen, sollte eine mehrjährige Laufzeit vereinbart werden. Denn bei allem darf nicht übersehen werden, dass der Eigentümer Vermietungsverluste nur geltend machen kann, falls er die Vermietungstätigkeit mit Einkunfts-erzielungsabsicht betreibt. Dies erfordert im obigen Beispiel 2 einen Vermietungszeitraum von mindestens sieben Jahren.

Schwankende Zahlungen an den Nießbraucher

Es spielt grundsätzlich keine Rolle, ob die Zahlungen an den Nießbraucher dem Wert des Ausübungsverzichts entsprechen oder in beliebiger Höhe darunter liegen. Damit kann in optimaler Weise dem Versorgungsbedürfnis des Nießbrauchers Rechnung getragen werden, denn mit den Zahlungen erlangt der Eigentümer die Berechtigung, anstelle des Nießbrauchers künftig Vermietungsleistungen zu erbringen. Schädlich sind nur über den Wert des Nießbrauchs hinausgehende Zahlungen, weil ihr Motiv im Bereich nicht abzugsfähiger Einkommensverwendung liegt, ohne Veranlassung durch die Einkunftserzielung.

Fraglich ist allerdings, ob die einmal festgelegte Zahlung an den Nießbraucher später beliebig nach oben oder unten angepasst werden kann, ohne die Abzugsfähigkeit beim Eigentümer zu gefährden. Von schwankenden Zahlungen ist abzuraten, weil insoweit ein außerhalb der Einkunfts-erzielung liegender Grund für die Zahlungsanpassungen vom Finanzamt vermutet werden könnte. Dies schließt freilich nicht aus, die Zahlungen zugunsten des Nießbrau-

chers entsprechend der allgemeinen Entwicklung des Mietniveaus nach oben zu korrigieren.

Ausübungsverzicht gegen Einmalzahlung

Leistet der Eigentümer anstelle laufender Zahlungen einen Einmalbetrag an den Nießbraucher dafür, dass er für einen bestimmten Zeitraum auf die Ausübung des Nießbrauchs verzichtet, liegen ebenfalls Mieteinnahmen beim Nießbraucher vor. Bei Vorauszahlungen für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren können diese in Anlehnung an die Behandlung des entgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs (BMF vom 30.9.2013) gleichmäßig auf diesen Zeitraum verteilt werden. Beim Eigentümer wiederum sind spiegelbildlich Werbungskosten gegeben. Die Einmalzahlung unterscheidet sich damit von laufenden Zahlungen nur dadurch, dass sich die Beteiligten von vorneherein auf eine bestimmte Dauer des Ausübungsverzichts festlegen müssen.

Fraglich ist, wie verfahren wird, wenn der Nießbraucher nach Vereinnahmung des Einmalbetrags verstirbt. Soweit der „überzahlte“ Betrag vom Eigentümer zurückgefordert werden kann, dürften bei ihm negative Werbungskosten, beim (verstorbenen) Nießbraucher wiederum negative Einnahmen vorliegen. Ist der Eigentümer zugleich Erbe des Nießbrauchers, heben sich die unterschiedlichen steuerlichen Wirkungen der Überzahlung gegenseitig auf.

Abfindung des Nießbrauchs als Alternative zum Ausübungsverzicht?

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, das Nießbrauchsrecht vor dem Hintergrund eines unverändert fortbestehenden Versorgungsbedürfnisses des Nießbrauchers alternativ zum Ausübungsverzicht zu beenden. Eine Variante ist die Ablösung gegen wiederkehrende Bezüge.

Beispiel 3: Sachverhalt wie in Beispiel 2. Vater V (80 Jahre) verzichtet auf seinen Nießbrauch zum 1.1.2017 (Einkünfte jährlich 30.000 €) gegen Zahlung lebenslänglicher

Bezüge in Höhe von jährlich 20.000 € durch Tochter T. Die Zahlungen orientieren sich am tatsächlichen Ertrag der Immobilie und stellen eine dauernde Last dar.

Aufgrund der Ausrichtung der wiederkehrenden Zahlungen als dauernde Last versteuert V als Berechtigter den darin enthaltenen Zinsanteil. T als Verpflichtete wiederum kann den Zinsanteil als Werbungskosten im Rahmen der Vermietungseinkünfte abziehen, außerdem erhält sie eine Mehr-AfA vom Kapitalwert des Nießbrauchs (siehe Tabelle). Dabei ist der Zinsanteil bei V und T wahlweise entweder nach der Ertragsanteilstabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) bb) EStG oder nach finanzmathematischen Grundsätzen zu ermitteln (BMF vom 11.3.2010, BStBl. I 2010 S. 227 Tz. 75).

Eine korrespondierende Wahlrechtsausübung ist nicht erforderlich. Sollte V den Zinsanteil nach der Ertragsanteilstabelle ermitteln, T hingegen die finanzmathematische Methode anwenden, ergeben sich beispielhaft für 2017 folgende Einkünfte:

Kalenderjahr 2017	Einkünfte	
	Vater	Tochter
Ertragsanteil 8 % von 20.000 €	1.600 €	
Einkünfte bisher		30.000 €
Mehr-AfA 2% von 125.960 €		- 2.519 €
Zinsanteil (20.000 € ./ . Tilgungsanteil): 20.000 € - 6.720 €		-13.280 €
Barwert 1.1.2017: 20.000 € × 6,298 = 125.960 € ./ . Barwert 31.12.2017: 20.000 € × 5,962 = -119.240 € = Tilgungsanteil 6.720 €		
Einkünfte	1.600 €	14.201 €

Damit sinken die Einkünfte kumuliert für V und T von bisher 30.000 € auf künftig 15.801 € (1.600 € + 14.201 €), ein interessantes Ergebnis. T kann nun durch weitere Investitionen ihre Mieterträge steigern und damit das eigentlich angestrebte Ziel erreichen.

Bernd Meyer ist Steuerberater in Bad Homburg. Er ist geschäftsführender Gesellschafter der **Dr. Dornbach Treuhand GmbH**. Zu seinen Spezialgebieten gehören neben der Immobilienbesteuerung Umstrukturierungen sowie die Nachfolgeberatung.



© Bernd Meyer

Jochen Ball ist Wirtschaftsprüfer/Steuerberater in Bad Homburg. Er ist geschäftsführender Gesellschafter der **Dr. Dornbach Treuhand GmbH**. Zu seinen Spezialgebieten gehört die Compliance-Management-Beratung (insbesondere interne Revision) sowie die Sanierungsberatung.



© Jochen Ball