

- Einkommensteuer** ▾
- Grundstück ◀
- Verluste ◀
- Gewerbebetrieb ◀
- Vermietung und Verpachtung ◀

Erfolgloser Grundstückshandel und Anlaufverluste beim gewerblichen Grundstückshandel

– Die teilweise missverständene Drei-Objekt-Grenze –

RA/FASrStB Dr. Ulrich Koops, MDS-Möhrle & Partner, Hamburg / RIFG Dr. Birger Brandt, Kiel

So hartnäckig die Finanzverwaltung teilweise versucht, Gewinne aus der Veräußerung von Immobilien unter allen Umständen als solche aus einem gewerblichen Grundstückshandel zu berücksichtigen, so zurückhaltend agiert sie bei der Anerkennung von Verlusten aus einem vom Steuerpflichtigen erklärten „erfolglosen“ gewerblichen Grundstückshandel bzw. von „Anlaufverlusten“ beim gewerblichen Grundstückshandel.

I. Der „erfolglose“ gewerbliche Grundstückshandel

Zur Verdeutlichung dieser Fallvariante des gewerblichen Grundstückshandels soll folgendes Beispiel aus der gerichtlichen Praxis dienen.

► **Beispiel:** Der Steuerpflichtige, ein Architekt, erwarb ein Grundstück und beabsichtigte, dieses mit einem Doppelhaus zu bebauen und die Doppelhäuser zu verkaufen. Eine entsprechende Baugenehmigung unter Beifügung der Planungsunterlagen hatte er beantragt und war ihm von der Baubehörde auch erteilt worden. Die Teilung des Grundstücks wurde genehmigt. Um Bauherren zu gewinnen, annoncierte er die geplanten Doppelhaushälften. Mangels Nachfrage konnte das Bauvorhaben jedoch nicht verwirklicht werden. Das FA verweigerte die Anerkennung von Verlusten aus dem erklärten gewerblichen Grundstückshandel. Ein gewerblicher Grundstückshandel sei nicht gegeben, weil der Steuerpflichtige lediglich beabsichtigt habe, nur zwei Objekte zu veräußern. Es lägen auch keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vor, weil eine Vermietungsabsicht nicht erkennbar sei.

Entgegen der Auffassung der Finanzbehörde dürfte der Steuerpflichtige allerdings in dem geschilderten Sachverhalt einen gewerblichen Grundstückshandel und keine private Vermögensverwaltung betrieben haben.

Dabei ist zunächst unerheblich, dass der Steuerpflichtige keine Immobilien verkauft hat. Auch der „erfolglose“ gewerbliche Grundstückshandel führt (wie jede andere erfolglose gewerbliche Betätigung, sofern sie mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird) zu gewerblichen Einkünften (vgl. BFH, Urteil v. 7.4.1992 – VIII R 34/91, BFH/NV 1992 S. 797 und v. 27.11.2002 – X R 53/01, BFH/NV 2003 S. 1291).

Ob ein gewerblicher Grundstückshandel begründet worden ist, beantwortet sich – wie auch ansonsten bei der Frage, ob ein Gewerbebetrieb eröffnet worden ist – nach den allgemeinen Grundsätzen. Entscheidend ist, ob die Tätigkeiten des Steuerpflichtigen objektiv erkennbar auf den Betrieb eines gewerblichen Grundstückshandels gerichtet sind.

Ein gewerblicher Grundstückshandel liegt nach Maßgabe des § 15 Abs. 2 EStG vor, wenn er selbstständig, nachhaltig sowie mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, betrieben wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und nicht der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen ist (st. Rspr. des BFH, vgl. z.B. BFH, Urteil v. 18.9.2002 – X R 5/00, sj 0401 1421).

1. Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung

Für die Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb einerseits und Vermögensverwaltung andererseits stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung auf

steuer-journal Nr.

 sj 0425 0015

Mehr zum Thema:

- Behlau, Gewerblicher Grundstückshandel
- BMF, Schreiben v. 26.3.2004 – IV A 6 – S 2240 – 26/03
- BFH, Urteil v. 18.9.2002 – X R 5/00
- BFH, Beschluss v. 10.12.2001 – GrS 1/98

das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung ab. Nach st. Rspr. des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz i.S. einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z.B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (BFH, Beschluss v. 10.12.2001 – GrS 1/98, sj 0401 1670).

2. Drei-Objekt-Grenze

Indiz für einen gewerblichen Grundstückshandel ist die Veräußerung von mehr als drei Objekten innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs (sog. Drei-Objekt-Grenze). Allerdings können auch bei einer Veräußerung von weniger als vier Objekten besondere Umstände auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen. Die Drei-Objekt-Grenze darf nicht als Freigrenze oder Mindestgrenze verstanden werden. Ihr kommt lediglich indizielle Bedeutung zu (BFH, Beschluss v. 10.12.2001 – GrS 1/98, a.a.O.; BFH, Urteil v. 18.9.2002 – X R 108/96, BFH/NV 2003 S. 455). Letzteres wird von der Finanzverwaltung (aber auch von den Steuerpflichtigen) häufig übersehen. FA und Steuerpflichtige klammern sich teilweise schematisch an die von der BFH-Rechtsprechung entwickelte Drei-Objekt-Theorie. Im o.g. Beispielsfall wurde vernachlässigt, dass es sich bei der Drei-Objekt-Grenze nicht um eine Mindestgrenze handelt. Ebensowenig kann sich der Steuerpflichtige darauf berufen, dass diese eine Freigrenze darstelle.

3. Unbedingte Veräußerungsabsicht

Obwohl der Steuerpflichtige im o.g. Streitfall nicht beabsichtigte, mehr als drei Objekte zu veräußern, dürften besondere Umstände gegeben sein, die für eine gewerbliche Tätigkeit des Steuerpflichtigen sprechen. Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BFH kann auf eine gewerbliche Betätigung geschlossen werden, wenn das im zeitlichen Zusammenhang mit der Bebauung und Veräußerung erworbene Grundstück schon vor seiner Bebauung verkauft worden ist oder wenn ein solches Grundstück von vornherein auf Rechnung oder nach Wünschen des Erwerbers bebaut wird (BFH, Beschluss v. 10.12.2001 – GrS 1/98, a.a.O.). Genau hierauf war die Tätigkeit des Steuerpflichtigen gerichtet. Der Steuerpflichtige beabsichtigte, unmittelbar nach Kauf, Überplanung und Teilung des Grundstücks die Grundstückshälften zu verkaufen, und zwar zusammen mit einer an ihn als Architekten gebundenen und nach den Wünschen der Käufer ausgerichteten

Bebauung (im Rahmen der Vorgaben der Baugenehmigung).

Auch unter Berücksichtigung der Fortentwicklung der Rechtsprechung des Großen Senats (s. dazu z.B. BFH, Urteil v. 18.9.2000 – X R 5/00, a.a.O. und X R 108/96, a.a.O.), wonach ein gewerblicher Grundstückshandel bei einem An- und Verkauf von weniger als vier Objekten dann vorliegt, wenn nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zweifelsfrei von vornherein eine unbedingte Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen bestanden hat (wobei damit nicht gesagt ist, dass nur dann von der Drei-Objekt-Grenze abgewichen werden kann, denn nach dem Wortlaut der Entscheidung des Großen Senats reichen „besondere Umstände“ aus), ist im o.g. Sachverhalt unbedingte Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen anzunehmen.

Für eine unbedingte Veräußerungsabsicht spricht nach der Rechtsprechung des BFH, wenn der Steuerpflichtige das Bauvorhaben nur kurzfristig finanziert, bereits während der Bauzeit eine Maklerfirma mit dem Verkauf des Objekts beauftragt oder selbst Veräußerungsannoncen schaltet, vor Fertigstellung des Objekts einen Vorvertrag mit dem künftigen Erwerber schließt oder Gewährleistungspflichten über das bei Privatverkäufen übliche Maß hinaus übernimmt; umso mehr gilt dies, wenn der Steuerpflichtige die unbedingte Veräußerungsabsicht zweifelsfrei bekundet oder in sonstiger Weise dokumentiert (BFH, Urteil v. 18.9.2000 – X R 5/00, a.a.O.). Im o.g. Sachverhalt hatte der Steuerpflichtige Veräußerungsannoncen geschaltet und im Übrigen in den Streitjahren seine Einkünfte aus dem Grundstück ausdrücklich als solche aus Gewerbebetrieb erklärt.

Die Auffassung des FA, es seien im o.g. Sachverhalt weder Einkünfte aus Gewerbebetrieb noch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anzunehmen, geht im Übrigen an der Lebenswirklichkeit vorbei. Sie würde letztlich bedeuten, dass der Steuerpflichtige sein Grundstück in den Streitjahren im Privatvermögen nur hätte „halten“ wollen. Hierfür lagen aber gerade keine objektiven Anhaltspunkte vor. Vielmehr zeigen die Aktivitäten des Steuerpflichtigen hinsichtlich der Vermarktung des Grundstücks, dass er gerade Einkünfte aus dem Grundstück erzielen wollte. Die Entscheidung des FA folgt letztlich aus einer schematischen und zu engen Anwendung der Drei-Objekt-Theorie des BFH.

4. Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

Auch eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr war im o.g. Streitfall gegeben. Der Steuerpflichtige hatte das Grundstück mit den geplanten Doppelhaushälften durch Inserate zum Verkauf am allgemeinen Immobilienmarkt ange-

boten (vgl. BFH, Urteil v. 7.4.1992 – VIII R 34/91, BFH/NV 1992 S. 797).

5. Nachhaltigkeit

Ein gewerblicher Grundstückshandel scheidet auch nicht an der für einen Gewerbebetrieb erforderlichen Nachhaltigkeit der Betätigung. Die Tätigkeit des Steuerpflichtigen war auf Nachhaltigkeit gerichtet. Die (geplante) Veräußerung von zwei Objekten in zwei verschiedenen Kaufverträgen ist hierfür in jedem Fall ausreichend (BFH, Urteil v. 27.11.2002 – X R 53/01, BFH/NV 2003 S. 1291). Im Übrigen kann bereits die Errichtung auch nur eines einzigen Gebäudes nachhaltig i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG sein. Es reicht dafür aus, dass die Erledigung des Bauauftrags mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert (z.B. BFH, Urteil v. 14.1.1998 – X R 1/96, BStBl. II 1998 S. 346 = DB 1998 S. 1379).

6. Beginn der gewerblichen Tätigkeit

Schließlich hatte der Steuerpflichtige auch bereits eine gewerbliche Tätigkeit aufgenommen. Bei einem gewerblichen Grundstückshandel beginnt der Gewerbebetrieb i.d.R. zu dem Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige Tätigkeiten aufnimmt, die objektiv erkennbar auf die Vorbereitung der Grundstücksgeschäfte gerichtet sind. I.d.R. ist dies bei einem gewerblichen Grundstückshandel der Zeitpunkt des Erwerbs des ersten in den Grundstückshandel einzubeziehenden Grundstücks (BFH, Beschluss v. 24.7.2003 – X B 123/02, BFH/NV 2003 S. 1571 m.w.N.). Im o.g. Sachverhalt begann der vom Steuerpflichtigen erklärte gewerbliche Grundstückshandel dementsprechend bereits mit dem Erwerb des streitbefangenen Grundstücks.

II. Anlaufverluste aus einem erklärten gewerblichen Grundstückshandel

Zur Verdeutlichung dieser Fallvariante soll wiederum ein Sachverhalt aus der Praxis herangezogen werden.

► **Beispiel:** In einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren war zwischen dem Steuerpflichtigen und dem FA streitig, ob der Steuerpflichtige seit Dezember 2003 einen gewerblichen Grundstückshandel betreibt. Der Steuerpflichtige erzielte im Streitjahr als StB Einkünfte aus selbstständiger Arbeit. Im Dezember 2003 erwarb er für 340 000 € ein Grundstück, welches mit einem Mehrfamilienhaus bebaut ist. Die Wohnungen waren vermietet. Mit Anfang 2004 beim FA eingereichter ESt-Erklärung für 2003 erklärte er einen Verlust aus einem gewerblichen Grundstückshandel i.H.d. Kaufpreises des Objekts. Der Steuerpflichtige hatte seinen Gewinn durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG ermittelt und dementsprechend den Grundstückskauf als sofort abzugsfähige Betriebsausgabe (Wareneinkauf) verbucht. Er trug vor, dass er beabsichtige, das Mehrfamilienhaus als Gan-

zes oder nach Teilungserklärung einzeln an die Mieter, ggf. als Renditeobjekt und Altersvorsorge an Kapitalanleger, auch aus eigener Mandantschaft, zu veräußern. Im Übrigen sei der Erwerb und die Veräußerung weiterer Immobilien geplant. Das FA berücksichtigte mit ESt-Bescheid für 2003 den geltend gemachten Verlust aus einem gewerblichen Grundstückshandel nicht. Einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des ESt-Bescheides lehnte es ab. Indizien für einen gewerblichen Grundstückshandel lägen nicht vor. Es sei nicht auszuschließen, dass der Steuerpflichtige das Mehrfamilienhaus lediglich als Ganzes veräußern wolle. Dann hätte er nur ein einziges Objekt verkauft. Im Übrigen sei das Objekt noch nicht am allgemeinen Markt angeboten worden. Der Steuerpflichtige erfülle mit dem Erwerb und der Vermietung des Mehrfamilienhauses den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung.

Entgegen der Auffassung des FA dürfte ernstlich zweifelhaft sein, ob der Antragsteller nicht doch mit dem Erwerb des streitbefangenen Grundstücks einen gewerblichen Grundstückshandel begründet hat und der geltend gemachte Verlust dementsprechend steuermindernd zu berücksichtigen ist.

1. Beginn des gewerblichen Grundstückshandels

Wie bereits oben dargestellt, beginnt bei einem gewerblichen Grundstückshandel der Gewerbebetrieb i.d.R. zu dem Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige Tätigkeiten aufnimmt, die objektiv erkennbar auf die Vorbereitung der Grundstücksgeschäfte gerichtet sind. Dies ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Erwerbs des ersten in den Grundstückshandel einzubeziehenden Grundstücks (BFH, Beschluss v. 24.7.2003 – X B 123/02, a.a.O.), d.h. vorliegend des streitbefangenen Grundstücks im Dezember 2003.

Ob ein gewerblicher Grundstückshandel begründet worden ist, beantwortet sich wiederum – wie auch ansonsten bei der Frage, ob ein Gewerbebetrieb eröffnet wurde – nach allgemeinen Grundsätzen. D.h. auch in dieser Sachverhaltsvariante ist entscheidend, ob die Tätigkeiten des Steuerpflichtigen objektiv erkennbar auf den Betrieb eines gewerblichen Grundstückshandels gerichtet sind. Das dürfte im o.g. Sachverhalt der Fall gewesen sein.

2. Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung

Im Streitfall war das FA der Auffassung, dass die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb noch nicht überschritten sei. Vielmehr habe der Steuerpflichtige Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Es sei nicht auszuschließen, dass der Steuerpflichtige das

Mehrfamilienhaus lediglich als Ganzes veräußern wolle. Dann hätte er nur ein einziges Objekt verkauft. Auch hier dürfte die Argumentation der Finanzverwaltung, die wiederum ersichtlich auf einer schematischen Anwendung der Drei-Objekt-Theorie des BFH beruht, zu kurz greifen.

Wie bereits dargestellt, hat die Drei-Objekt-Grenze, d.h. die Veräußerung von mehr als drei Objekten innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs, nur Indizwirkung. Auf die Drei-Objekt-Grenze kommt es dann nicht an, wenn sich bereits aus anderen besonderen Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht ergibt. Ein solcher Umstand ist in jedem Fall dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige eine solche unbedingte Veräußerungsabsicht zweifelsfrei nach außen – etwa gegenüber dem FA – bekundet oder in sonstiger Weise dokumentiert hat (BFH, Urteil v. 18.9.2002 – X R 183/96, sj 0401 1419). So liegt es im oben dargestellten Streitfall. Der Steuerpflichtige hatte gegenüber dem FA mehrmals geäußert, dass es bei Erwerb des Grundstücks (ausschließlich) seine Absicht gewesen sei, das Grundstück mit Gewinn wieder zu veräußern. Dementsprechend hatte der Steuerpflichtige den Erwerb des streitbefangenen Grundstücks auch in seiner „Buchführung“ ausdrücklich als gewerblichen Grundstückshandel dokumentiert und das Grundstück folgerichtig dem Umlaufvermögen des Gewerbebetriebs zugeordnet (vgl. dazu BFH, Urteil v. 21.6.2001 – III R 27/98, sj 0401 1841). In Anbetracht dieser schon bei Erwerb des streitbefangenen Grundstücks bestehenden unbedingten Veräußerungsabsicht kommt es für die Frage, ob ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, nicht darauf an, ob der Antragsteller das Grundstück als Ganzes (d.h. als ein Objekt) veräußern oder das Mehrfamilienhaus zunächst in fünf Eigentumswohnungen aufteilen und diese anschließend verkaufen oder zusätzlich noch weitere Objekte erwerben und wieder veräußern will.

3. Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

Die Betätigung des Steuerpflichtigen war nach seinen Planungen auch auf Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gerichtet. Das Objekt sollte als Ganzes oder aber in Eigentumswohnungen geteilt zum Verkauf am allgemeinen Immobilienmarkt angeboten werden. Die Anforderungen an dieses Tatbestandsmerkmal sind bei einem (geplanten) gewerblichen Grundstückshandel nicht hoch. Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr setzt lediglich voraus, dass sich der Verkäufer mit seiner Verkaufsabsicht an den allgemeinen Markt wendet. Dafür ist weder eine besondere Werbung noch eine Bekanntgabe der Veräußerungsabsicht an einen größeren Personenkreis erforderlich. Es reicht bereits aus, wenn der

Eigentümer Wohnungen nur an bestimmte Personen auf deren Wunsch veräußert (BFH, Urteil v. 20.2.2003 – III R 10/01, sj 0401 1250).

Entgegen der Auffassung des FA scheidet ein gewerblicher Grundstückshandel auch nicht deswegen aus, weil der Antragsteller das Grundstück unmittelbar nach Abschluss des Kaufvertrags am 30.12.2003 (noch) nicht im Streitjahr 2003 am allgemeinen Immobilienmarkt angeboten und sich daher nach Meinung des FA nicht in ausreichendem Maße am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt hat (vgl. auch BFH, Urteil v. 7.4.1992 – VIII R 34/91, BFH/NV 1992 S. 797). Der Steuerpflichtige hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es ihm vor Eintragung seines Eigentumserwerbs im Grundbuch (erst dann ist er zivilrechtlich Eigentümer des Grundstücks) rechtlich überhaupt nicht möglich ist, das Grundstück zu veräußern bzw. das Gebäude in Eigentumswohnungen zu teilen, und daher sinnvollerweise von ihm – bevor er weitere Aktivitäten am Immobilienmarkt unternimmt – die Umschreibung im Grundbuch noch abgewartet werden muss. Im Übrigen stellt sich hier die Situation nicht anders dar, als auch sonst in der Gründungs- und Aufbauphase eines Gewerbebetriebes, wo der Gewerbetreibende zunächst den Wareneinkauf organisiert und in einem zweiten Schritt den Verkauf.

4. Nachhaltigkeit

Ein gewerblicher Grundstückshandel scheitert im Streitfall auch nicht an der für einen Gewerbebetrieb erforderlichen Nachhaltigkeit. Der Steuerpflichtige plante den Erwerb und die Veräußerung weiterer Objekte. Auch bei einer Veräußerung von weniger als vier Objekten können besondere Umstände auf eine Anschaffung in unbedingter Veräußerungsabsicht und damit auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen (vgl. BFH, Urteil v. 27.11.2002 – X R 53/01, BFH/NV 2003 S. 1291).

►► Beratungskonsequenzen:

Eine schematische Anwendung der vom BFH zur Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel entwickelten Drei-Objekt-Theorie führt nicht immer zu zutreffenden Ergebnissen. Der BFH hat die Drei-Objekt-Grenze zwar im Interesse der Rechtssicherheit entwickelt. Sie hat aber – wie gerade die Beispielfälle zeigen – lediglich Indizwirkung. Daher ist von der Rechtsprechung auch eine umfangreiche Kasuistik zum gewerblichen Grundstückshandel entwickelt worden. Gerade der Umstand, dass die Drei-Objekt-Grenze nur indizielle Wirkung hat, führt (leider) dazu, dass sowohl Finanzverwaltung als auch StB die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls sorgfältig prüfen müssen.