

### Rückabwicklung bei Immobilien (-Beteiligungen) – wer ist Herr des (Besteuerungs-) Verfahrens?

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

#### I. "Rückabwicklung" von Immobilienanlagen als zivilrechtliches (Massen-) Phänomen

Die sog. Rückabwicklung von Immobilienanlagen – sei es als Beteiligung an den (bis zur Einführung des KAGB) sog. geschlossenen Fonds, sei es als direkter Erwerb von Wohnungen oder Gewerbeeinheiten zur Vermietung – hat in den letzten Jahren in ungewöhnlich hohem Ausmaß die Zivilgerichte beschäftigt. Regelmäßig ging und geht es darum, daß sich Anleger unter Berufung auf tatsächliche oder vermeintliche Schadensersatzansprüche von wirtschaftlich enttäuschend verlaufenden Investments im Immobilienbereich trennen wollen. Die "Rückabwicklung" wird im Erfolgsfalle dadurch bewirkt, daß im Rahmen des Schadenausgleichs der Anleger einerseits sein investiertes Kapital zzgl. der Nebenaufwendungen zurückerhält, er aber – zur Vermeidung einer Überkompensation – dem Anspruchsverpflichteten die Immobilie bzw. die Beteiligung hieran übertragen muß. Hierbei ist festzustellen, daß trotz der gerade in Zeiten volatiler Finanzmärkte oft bemühten Metaphern wie "Betongold" oder dem Substanzwertgedanken auch die entsprechenden Verkehrswerte von Immobilien zum Teil eine extreme Talfahrt erlitten haben. Dem Verfasser sind durchaus bedeutsame Fälle bekannt, in denen nach Einigung über den Schadensersatzanspruch keine der Konfliktparteien die Immobilie behalten bzw. zurückerhalten wollte – weil angesichts der Erhaltungsaufwendungen sogar ein negativer Ertragswert in Rede stand!

Aus verschiedenen rechtlichen und auch wirtschaftlich-praktischen Gründen vollzieht sich eine derartige Rückabwicklung meistens nicht im Verhältnis zwischen Erwerber und Anbieter der Beteiligung bzw. Immobilie selbst; in Anspruch genommen werden häufig Finanzintermediäre und weitere Beteiligte, so etwa Banken, Vertriebe und Makler sowie sonstige Funktionsträger. Insoweit kommt es also im strengen Sinne nicht zu einer "Rückabwicklung" des ursprünglichen Erwerbsgeschäfts, sondern nur zu einer wirtschaftlichen Neutralisation. Letzteres gilt auch für "Rückabwicklungen" auf anderer rechtlicher Grundlage, wie etwa infolge der §§ 355 ff. BGB aufgrund sog. Haustürgeschäfte oder im Verbund mit Darlehensverträgen.

Unabhängig von den dabei vielgestaltig auftretenden zivilrechtlichen Fragen und streitigen Tatbestandsmerkmalen kommt das Steuerrecht regelmäßig dann ins Spiel, wenn das Thema der sog. Steuervorteile angesprochen wird. Auch wenn gerade im Immobilienbereich die Zeiten wilder "Steu-

ersparmodelle" aufgrund der sog. Bauherrenenerlasse, § 2b (alt) EStG und § 15b EStG (i.V.m. § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG) vorbei sind, so sind doch auch die "normalen" steuerlichen Verluste gerade bei unbefriedigend verlaufenden Immobilienanlagen im Laufe der Jahre stark angewachsen. Bei entsprechend hohem Einkommen des betreffenden Anlegers konnten diese bis zur "Rückabwicklung" immerhin mit anderen positiven Einkünften verrechnet oder zeitlich rück- bzw. vorgetragen werden, was im Bereich der Spitzenprogression und unter Berücksichtigung der Barwertvorteile durchaus zu den zivilrechtlich sog. "Steuervorteilen" in einer Größenordnung von annähernd 50% des ursprünglichen Aufwands führen kann.

#### II. "Steuervorteile (...) unterliegen der Einkommensteuer"<sup>1</sup> oder das schwierige Verhältnis der Zivilgerichte zum Steuerrecht

##### 1. Das Zivilrecht folgt dem Steuerrecht im Ausgangspunkt

Im Rahmen der beschriebenen typischen zivilrechtlichen "Rückabwicklungsfälle" wird dementsprechend regelmäßig vorgebracht, daß der wirtschaftlich tatsächlich für den Anleger erlittene Schaden um derartige "Steuervorteile" zu kürzen wäre. Die zivilrechtliche Rechtsprechung erkennt diesen Gedanken zwar bei dem betroffenen Anleger letztlich verbleibenden Steuervorteilen grundsätzlich an.<sup>2</sup> Sie legt aber § 287 ZPO als zivilprozessuale Norm zur vereinfachten Schadensfeststellung bei komplizierten Sachverhalten so aus, daß – generalisierend – eine Anrechnung der Steuervorteile bei der Schadensfeststellung dann unterbleiben kann, wenn die Schadensersatzleistung ihrerseits wiederum der Besteuerung unterläge.<sup>3</sup> Daß dies jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise schon im Ausgangspunkt sehr stark vergrößernd angesichts individuell und zum Teil auch gesetzlich wechselnder Steuersätze im Zeitablauf, finanzmathematisch zu berücksichtigender Barwertvorteile, etc. ist, sei hier nur angemerkt, soll aber nicht weiter vertieft werden.

Die mit ►► gekennzeichneten Entscheidungen können unter [www.steuerrecht.org](http://www.steuerrecht.org) in der Online-Variante dieses Hefts abgerufen werden.

1 Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2012 – Az. II ZR 259/11.

2 Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 06.02.2006 – Az. II ZR 329/04.

3 So etwa jüngst BGH, Urteil vom 18.12.2012 – Az. II ZR 249/11 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung.

Akzeptiert man diese Prämisse, so schien bisher auch für den lediglich mit steuerlichen Grundlagen Vertrauten die Beurteilung der Steuerfolgen – und damit auch der zivilrechtlichen Anwendbarkeit – noch überschaubar: Während bei gewerblichen Einkünften und auch bei Einkünften aus Kapitalvermögen (jedenfalls seit 2009) entsprechende Ausgleichszahlungen ihrerseits wiederum Einkünfte im Rahmen der jeweiligen Einkunftsart darstellten, war dies bei den für Immobilienanlagen typischen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 EStG regelmäßig nicht der Fall. Mit dieser steuerlichen „Grundgewißheit“ ließen sich auch die zivilrechtlichen „Ausstrahlungswirkungen“ für das Schadensersatzrecht leicht abschätzen.

## 2. Das Steuerrecht schien lange eindeutig

Tatsächlich gab es bisher eine recht eindeutige finanzgerichtliche Rechtsprechung, welche im wesentlichen unangefochten und vom Gesetzestext klar unterstützt zu sein schien. Nach Ablauf der sog. 10-Jahres-Frist war eine diesbezügliche Wertveränderung auf der Vermögensebene der Besteuerung nach den §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1, ohnehin entzogen, so daß allenfalls bei bewußt oder „verunglückt“ als gewerblich einzustufenden Immobilieninvestments eine Besteuerung der Kompensationsleistungen durch den Schädiger im Rahmen der Rückabwicklung durch den Anspruchsverpflichteten ausschied. Zwar sind vereinzelt Fälle – insbesondere beim direkten Immobilienerwerb – bekannt geworden, in denen das betreffende Finanzamt vor und auch nach der 10-Jahres-Grenze jedenfalls beim schlußendlichen Verbleib der Immobilie beim Geschädigten ein „rückwirkendes Ereignis“ sah und die Schadensersatzleistung entsprechend von der (bisherigen) AfA-Bemessungsgrundlage abzog, womit sich entsprechende steuererhöhende Effekte rückwirkend ergaben. Diese Fälle beruhten wohl oft auch von einem unklaren Verständnis über die zugrunde liegenden tatsächlichen und (zivil-) rechtlichen Vorgänge, welche nachträglich zu einem entsprechenden Zufluß beim Anleger führten.

Aber selbst innerhalb der 10-Jahres-Frist schien die Welt so lange in Ordnung, wie jedenfalls Rückabwicklungsverhältnisse innerhalb der ursprünglichen Vertragsparteien generell als nicht marktoffenbarer Vorgang gewertet und damit grundsätzlich als nicht steuerbar bewertet wurden.<sup>4</sup> Dem entsprach auch die zivilrechtliche Rechtsprechung, welche dementsprechend grundsätzlich von einer Berücksichtigung der beim Anleger dementsprechend verbleibenden „Steuervorteile“ ausging.<sup>5</sup> Sonderprobleme gab es nur „am Rande“. Soweit im Rahmen der „Rückabwicklung“ auch Ersatz für eine entgangene Alternativverzinsung oder Ersatz für als Werbungskosten bisher geltend gemachte Zinsen für die Finanzierung der streitgegenständlichen Anlage geltend gemacht und auch tatsächlich geleistet werden, liegen nach den § 21 i.V.m. § 24 Nr. 1 EStG bzw. dem Gedanken der sog. negativen Werbungskosten steuerpflich-

tige Einkünfte vor.<sup>6</sup> Dies war und ist rechtlich eindeutig. In der jedenfalls bisherigen Praxis war der Umgang mit diesen Teilproblemen durch die Finanzämter sehr heterogen. Während teilweise eine solche Differenzierung im Rahmen einer „Gesamtrückabwicklung“ überhaupt nicht thematisiert wurde – mit der Folge der faktischen Nichtbesteuerung insgesamt – ist z. B. in Großschadensfällen bei einer intensiven Befassung des entsprechenden Finanzamts auch eine sehr genaue Betrachtung zu verzeichnen – bis hin zur Frage des Quellensteuerabzugs gemäß §§ 43 Abs. 1 Nr. 7, 44, 45a EStG mit dem Steuersatz von 25% (§ 32d EStG) bei dem Ausgleich einer entgangenen Alternativverzinsung des eingesetzten Kapitals.

## 3. Der BGH entwickelt das Steuerrecht weiter ...

Seit 2012 spielt aber der BGH – im Rahmen seiner schadenersatzrechtlichen Judikate zur Rückabwicklung – eine Vorreiterrolle zur Neubewertung auch der steuerlichen Behandlung von Ausgleichs- und Kompensationsleistungen bei Immobilienanlagen im Kern. So wurde zunächst in einem Versäumnisurteil vom 26.01.2012<sup>7</sup> in einem – wenn auch prozessual untypischen – Fall anders entschieden: Dort hatten die Kläger ihre steuerlichen Belastungen aufgrund der – angestrebten – Rückabwicklung als eigenständige Schadensposition (und nicht nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung) zusätzlich geltend gemacht. Der BGH meinte zwar auch hier im Grundsatz, daß eine Anrechnung der Steuervorteile in Betracht käme – da aber bei erfolgreicher Rückabwicklung im wesentlichen Anschaffungskosten und damit Absetzungen für Abnutzung kompensiert würden, die ihrerseits wiederum als Werbungskosten steuerlich hätten geltend gemacht werden können, sei grundsätzlich auch insoweit von einer Steuerbarkeit der (Schaden-) Ersatzleistung auszugehen.<sup>8</sup> Damit nahm der BGH – wenn auch unausgesprochen – die Gedanken *Weber-Grellets* auf<sup>9</sup>, der in einem Aufsatz ausgehend von dem Problem der entgangenen Verzinsung ebenfalls die Auffassung vertreten hatte, daß „Anschaffungskosten ..... der Sache nach Werbungskosten“ seien, die lediglich nicht im Zeitpunkt ihres Abflusses abgesetzt werden könnten. Er meinte, die Rückgabe sei jedenfalls „veräußerungsähnlich“, weshalb dieselben Rechtsfolgen angemessen seien und dementsprechend die Erstattung des Kaufpreises insoweit zu „negativen Werbungskosten führen müsse.“<sup>10</sup>

4 Vgl. BFH-Urteil vom 27.06.2006, Az. IX R 47/04, m.w.N.; aus der Zivilrechtsprechung BGH, Urteil vom 17.11.2005 – Az. III 2 R 350/04, *Weber-Grellet*, DB 2007, Seite 2740, 2742.

5 Vgl. hierzu *Weber-Grellet*, a. a. O.

6 Vgl. *Weber-Grellet*, a. a. O.

7 VII ZR 54/10.

8 BGH, a. a. O.

9 Vgl. *Weber-Grellet*, a. a. O.

10 Vgl. *Weber-Grellet*, a. a. O., unter 3.

#### 4. ... um § 287 ZPO anwenden zu können?

Mit diesem Urteil wurde eine Entwicklung eingeleitet, die nicht unbeeinflusst von dem Trend zu sein scheint, „auch bei Anlagen in Immobilien keine Anrechnung von Steuervorteilen zu gewähren“.<sup>11</sup> Ohne besondere „Schützenhilfe“ aus der Finanzgerichtsrechtsprechung oder der diesbezüglichen Literatur erhob der BGH vom 18.12.2012 diesen zunächst in einem Sonderfall von der Rechtsprechung aufgenommenen Gedanken zum Prinzip.<sup>12</sup> Er prägte dabei den schönen, aber in der wortgetreuen Auslegung etwas mißlungenen Satz: „Die ... Steuervorteile ... unterliegen als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ... der Einkommensteuer“. Gemeint ist natürlich die Erstattung steuermindernder Werbungskosten, welche ihrerseits der Einkommensteuer unterliegen soll. Dieses Prinzip gelte – so der BGH – unterschiedslos bei gesellschaftsrechtlichen Immobilienbeteiligungen wie bei Direktanlagen und auch unabhängig davon, ob die Rückabwicklung zwischen denselben Personen oder mit Dritten zustandekommt.<sup>13</sup> Damit sind Schadensersatzansprüche und andere Rückabwicklungsleistungen – auch – in dem Umfang steuerbar, als sie die bis zum Zeitpunkt der Rückabwicklung geltend gemachte AfA ausgleichen.

Akzeptiert man diese steuerliche Beurteilung, bleibt als „nichtsteuerbarer Teil“ nur noch der Betrag, welcher nicht auf ohnehin sofort absetzbare Werbungskosten oder die AfA entfällt. Je nach Zeitablauf und ggf. eingreifender Sonder-AfA bleiben hier nur noch geringe Teilbeträge, welche der Besteuerung nicht unterliegen würden. Damit dürfte zivilrechtlich im Rahmen der „typisierenden Betrachtungsweise“ und § 287 ZPO – vgl. oben – der Weg dazu geebnet sein, auf die Berücksichtigung derartiger „Restbeträge“ ganz zu verzichten und dementsprechend dem lästigen Problem der Steuervorteile bei der zivilrechtlichen Schadensbemessung ganz enthoben zu sein – ein Schufft, der Böses dabei denkt. Auffallend ist jedenfalls, daß der BGH zur Frage der Feststellung der einzelnen, hierauf entfallenden Beträge die Sache nicht in die Tatsacheninstanz zurückverweist und im übrigen auch deutlich hervorhebt, daß er auch außerhalb der 10-Jahres-Frist keinen Widerspruch zum Rechtsgedanken des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG sieht.

### III. Bewertung

Wenn man mit dem OLG Karlsruhe<sup>14</sup> und vielen anderen Instanzgerichten die steuerrechtliche Lage für schwierig, unübersichtlich und unter den Finanzämtern und in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung umstritten hält, liegt es nahe, eine steuerliche Beurteilung in Anspruch zu nehmen, die möglichst einheitlich zu einer (überwiegenden) Steuerbarkeit führt, und damit der Beurteilung steuerlicher Fragen im Detail als Vorfragen der zivilrechtlichen Schadensbeurteilung enthoben zu sein. Der praktische Zweck heiligt jedoch nicht alle Mittel.

Auch wenn es natürlich die Pflicht der Zivilrechtsprechung ist, auch steuerliche Fragen als Vorfragen zivilrechtlicher Ansprüche zu beurteilen, so fällt vorliegend eine gewisse „Entscheidungsfreude“ auf, welche im Gegensatz zur bisherigen Zurückhaltung gerade bei schwierigen Fragen der steuerlichen Beurteilung steht. So ist es im übrigen oft noch häufige Praxis der Zivilgerichte, zur Frage der Steuerbarkeit Zeugenaussagen, Auskünfte der Finanzämter oder gar Sachverständigengutachten einzuholen oder die Parteien auf (vorsorgliche) Feststellungsanträge wegen möglicher künftiger Ansprüche zu verweisen. Jedenfalls sollte die steuerliche (Verwaltungs-) Praxis und die Finanzrechtsprechung nicht unbesehen „auf diesen Zug aufspringen“.

Hiergegen spricht schon der Umstand, daß – wenn auch insoweit zugunsten der Steuerpflichtigen – die Zuordnung der AfA zu den laufenden Werbungskosten ohnehin eine „Krücke“ ist, welche sich nicht ganz nahtlos in die Unterscheidung zwischen Vermögenssphäre einerseits und laufenden Einkünften bzw. Werbungskosten andererseits einfügt. Hieraus umgekehrt nun „laufende“ steuerbare Einkünfte zu konstruieren, widerspricht in jedem Fall dem Grundgedanken des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG.<sup>15</sup> Im Ergebnis würde auch hierdurch die Trennung zwischen nichtsteuerbarer Vermögenssphäre und den laufenden Einkünften völlig überspielt. Es bliebe kaum noch ein wirklich „nichtsteuerbarer Bereich“ entgegen der Intention des Gesetzgebers übrig, welcher aber – da die Steuerpraxis nicht gemäß § 278 ZPO großzügig Pauschalbetrachtungen anstellen darf – aufwendig zu sezieren wäre. So wären z. B. nicht nur die noch nicht durch (in Betracht kommende, erklärte oder schon festgesetzte?) AfA abgedeckten Bestandteile des Rückzahlungsbetrages festzustellen. Es müßte auch konsequent danach differenziert werden, inwieweit die wirtschaftliche Rückabwicklung auf Grund und Boden oder Gebäude entfielen, ob Sonderabschreibungen tatsächlich in Betracht kämen, etc. Aus diesen und anderen Gründen erscheint es angezeigt, daß die Finanzgerichte sich der Thematik nochmals unbefangen und aus originär steuerlicher Sicht annehmen. Zwar könnte es vordergründig seinen Reiz haben, in diesem Bereich einmal gleichsam umgekehrt den Zivilgerichten als Fackelträger in ein (scheinbares) steuerliches Dickicht zu folgen. Indes könnte sich herausstellen, daß man sich bei steuersystematisch konsequenter Betrachtung gleichwohl nicht auf einem leuchtenden Pfad, sondern in der Dunkelheit wiederfindet.

<sup>11</sup> So *Stackmann*, NJW 2013, Seite 341, 344.

<sup>12</sup> Urteil vom 18.12.2012 – Az. II ZR 259/11.

<sup>13</sup> Vgl. die Urteilsgründe unter Rz. 19.

<sup>14</sup> Urteil vom 14.09.2010, Az. 17 U 484/08.

<sup>15</sup> Auch *Weber-Grellet*, a. a. O., spricht sich hiergegen aus, obwohl er gedanklich diesen Zusammenhang selbst formuliert hat.