

1 / 2019

## Immobilien & Bau

*Newsletter zu Recht, Steuern und Wirtschaftsprüfung*



/ Geschäftsveräußerung im Ganzen trotz neuem Mietvertrag

/ Gewerberaummietverträge können auch per Fax verlängert werden

/ Bauüberwachender Architekt muss auch „handwerkliche Selbstverständlichkeiten“ überwachen



## Liebe Leserin, lieber Leser,

das manager-magazin hat SCHOMERUS wiederholt ausgezeichnet. Unter der wissenschaftlichen Leitung der WGMB ([www.wgmb.org](http://www.wgmb.org)) hat das manager-magazin abermals die besten Wirtschaftsprüfer Deutschlands ermittelt. SCHOMERUS hat sich in diesem Jahr einen Platz im exklusiven Kreis der ausgezeichneten Firmen in der Kategorie »Mittelstand« gesichert und beweist damit nach der Auszeichnung in der Kategorie »Challenger« (in 2018) dauerhaft hohe Leistungsqualität und Kundenorientierung.

Eine interessante Lektüre wünschen Ihnen

### **Dr. Mario Wagner**

Steuerberater · Partner

[mario.wagner@schomerus.de](mailto:mario.wagner@schomerus.de)

Tel. Sekretariat:

040 / 37 601 24 14

### **Jens Kindt**

Rechtsanwalt · Partner

[jens.kindt@schomerus.de](mailto:jens.kindt@schomerus.de)

Tel. Sekretariat:

040 / 37 601 22 65

### **Dr. Gunnar Matschernus**

Rechtsanwalt · Partner

[gunnar.matschernus@schomerus.de](mailto:gunnar.matschernus@schomerus.de)

Tel. Sekretariat:

040 / 37 601 22 65

## Inhalt

### **UMSATZSTEUER**

- 3 /** Berichtigung des Vorsteuerabzugs bei Mietlerstand?
- 3 /** Geschäftsveräußerung im Ganzen trotz neuem Mietvertrag
- 4 /** Ermäßigter Steuersatz für das Legen eines Hauswasseranschlusses
- 5 /** Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit vorzeitiger Vertragsbeendigung

### **IMMOBILIENRECHT**

- 5 /** Gewerberaummietverträge können auch per Fax verlängert werden

### **BAURECHT**

- 6 /** Begleitschäden dürfen weiterhin fiktiv berechnet werden
- 7 /** Bauüberwachender Architekt muss auch „handwerkliche Selbstverständlichkeiten“ überwachen

## UMSATZSTEUER

## Berichtigung des Vorsteuerabzugs bei Mietleerstand?

Der EuGH hatte in seinem Urteil vom 28.02.2018 zu entscheiden, ob ein aufgrund der Optionsregelung gewährter Vorsteuerabzug bei einer gewerblichen Vermietung zu korrigieren ist, wenn das Mietobjekt zu einem späteren Zeitpunkt über einen längeren Zeitraum – im Urteilsfall zwei Jahre – leer steht.

**D**ie entsprechende Vorschrift im portugiesischen Umsatzsteuerrecht hielt der EuGH für unionsrechtswidrig. Nach Ansicht des Gerichts bleibt dem Steuerpflichtigen das einmal entstandene Vorsteuerabzugsrecht erhalten, selbst wenn er den betreffenden Gegenstand aufgrund von seinem Willen unabhängiger Umstände später nicht für steuerpflichtige Umsätze verwenden kann. Eine andere Auslegung verstoße nach Ansicht des EuGH gegen den Grundsatz der Neutralität der Mehrwertsteuer und führe zu nicht gerechtfertigten Unterschieden zwischen Unternehmen. Eine Ausnahme gelte nur in Fällen von Betrug oder Missbrauch.

Eine dem portugiesischem Recht entsprechende Regelung kennt das deutsche Umsatzsteuerrecht zwar nicht. Allerdings stellt sich auch hier die Frage, ob der (spätere) Leerstand einer zunächst gewerblich und aufgrund der Optionsausübung steuerpflichtig vermieteten Immobilie eine Vorsteuerkorrektur auslöst.

Nach Ansicht des BFH stellt der Leerstand einer Immobilie grundsätzlich keine für die Vorsteuerkorrektur maßgebende tatsächliche Verwendung dar (Ausnahme bei bewusster und dauerhafter Nichtnutzung), so dass hinsichtlich der Vorsteuerkorrektur auf die beabsichtigte Verwendung abzustellen ist. Nach deutschem Umsatzsteuerrecht ist daher beim Mietleerstand auf die beabsichtigte Verwendung des Mietobjekts durch den Steuerpflichtigen nach dem Leerstand abzustellen. Besteht daher wie im Urteilsfall aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine beabsichtigte unternehmerische Nutzung, scheidet eine Vorsteuerberichtigung aus.

### PRAXISTIPP

*Hinreichende Dokumentation der weitreichenden Maßnahmen zur gewerblichen Vermietung der Immobilie, Anzeigenschaltung etc.*

## UMSATZSTEUER

## Geschäftsveräußerung im Ganzen trotz neuem Mietvertrag

Eine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen liegt auch dann vor, wenn der Erwerber des Inventars eines in gemieteten Räumen geführten Gastronomiebetriebs nicht in den zuvor bestehenden Mietvertrag eintritt, sondern ein neues Mietverhältnis mit dem Eigentümer der Räumlichkeiten zum Zweck der Fortführung des Gastronomiebetriebes begründet.

**D**er Kläger hatte mit Kaufvertrag vom 20. Februar 2015 Inventar vom ehemaligen Pächter des Gastronomiebetriebes erworben. Beide gingen von einem steuerbaren und steuerpflichtigen Verkauf aus. Dementsprechend wurde im Kaufvertrag Umsatzsteuer ausgewiesen, die vom Käufer im Rahmen der Umsatzsteuer-Voranmeldung in Abzug gebracht wurde.

Das Finanzamt versagte den Vorsteuerabzug mit der Begründung, es läge eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor, da nicht nur einzelne Gegenstände, sondern die gesamte Einrichtung des Gastronomiebetriebes erworben wurde. Es sei nicht erkennbar, dass der Verkäufer irgendwelche Gegenstände zurückbehalten habe.

Der Kläger habe zudem den übertragenen Geschäftsbetrieb tatsächlich fortgeführt und den Gastronomiebetrieb auch weiter betrieben. Er hat ferner sowohl den Namen als auch den Standort unverändert übernommen. Das nicht der alte Mietvertrag fortgeführt wurde, sondern ein neuer Mietvertrag abgeschlossen worden sei, sei nicht entscheidungserheblich.

Gegen das Urteil ist zwar Revision eingelegt worden. In seiner Entscheidung vom 29. August 2018 hat der BFH (XI R 37/17) jedoch die Rechtsauffassung des Finanzamts/Finanzgerichts bestätigt.

### PRAXISTIPP

*Die Checkliste bei betrieblichen Übergängen ist damit um einen Punkt länger.*

## UMSATZSTEUER

## Ermäßigter Steuersatz für das Legen eines Hauswasseranschlusses

Das Legen eines Hauswasseranschlusses gilt umsatzsteuerlich als „Lieferung von Wasser“, unabhängig davon ob der Leistenden später auch die Wasserlieferungen vornimmt.

In seiner Entscheidung vom 7.2.2018 bestätigte der Bundesfinanzhof (BFH) die weite Auslegung des Anwendungsbereichs des ermäßigten Steuersatzes auf der eigentlichen Wasserlieferung nahe Tätigkeiten. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das zuständige Finanzamt sich geweigert, den ermäßigten Steuersatz von 7 % für das Legen eines Hauswasseranschlusses durch ein Bauunternehmen anzuwenden. Die Begründung lautete, dass die Steuerbegünstigung auf das Legen des Hausanschlusses durch das Wasserversorgungsunternehmen beschränkt sei. Die Erstellung des Hauswasseranschlusses und die Wasserlieferungen müssten durch ein und denselben Unternehmer erfolgen.

Der BFH trat der Auslegung der Finanzverwaltung entgegen und schloss sich der Vorinstanz an. Demnach sei der ermäßigte Steuersatz anzuwenden. Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) falle unter den Begriff „Lieferungen von Wasser“ auch das Legen eines Hausanschlusses, das (nur) in der Verlegung einer Leitung bestehe, die die – für die späteren Wasserlieferungen unentbehrliche – Verbindung des Wassernetzes mit der Wasseranlage eines Grundstücks ermögliche. Es komme nicht darauf an, ob es sich bei der Leistung um eine Lieferung

eines Gegenstands oder um eine sonstige (Dienst-)Leistung handle. Unerheblich sei auch, ob der Leistungsempfänger der Verlegung des Hausanschlusses identisch mit dem Leistungsempfänger der Wasserlieferungen sei. Folglich fielen nicht nur das erstmalige Legen eines Hausanschlusses, sondern auch Arbeiten zur Erneuerung oder zur Reduzierung von Wasseranschlüssen unter die Steuerermäßigung. Vielmehr komme es bei der Beurteilung des Sachverhaltes auf die vertraglichen Beziehungen an. Die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes scheidet jedenfalls nicht deswegen aus, weil der Leistende kein Wasserversorgungsunternehmen sei.

### ERGEBNIS

*Im Ergebnis ist damit das Legen eines Hauswasseranschlusses auch dann als "Lieferung von Wasser" anzusehen und mit dem ermäßigten Steuersatz zu besteuern, wenn diese Leistung nicht von dem Wasserversorgungsunternehmen erbracht wird, das das Wasser liefert.*

## UMSATZSTEUER

## Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit vorzeitiger Vertragsbeendigung

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 13.12.2017 zur Frage des Vorsteuerabzugs bei Auflösung eines langfristigen Pachtvertrags gegen Entgelt und der nachfolgenden steuerfreien Grundstücksveräußerung entschieden.

**D**er Verpächter ist bei vorzeitiger Auflösung einer steuerpflichtigen Verpachtung zum Abzug der ihm vom Pächter in Rechnung gestellten Steuer für dessen entgeltlichen Verzicht auf die Rechte aus einem langfristigen Pachtvertrag dann berechtigt, wenn die vorzeitige Auflösung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem das Pachtverhältnis noch besteht und eine beabsichtigte (steuerfreie) Grundstücksveräußerung noch nicht festgestellt werden kann. Ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang der Eingangsleistungen besteht nach der Urteilsbegründung des BFH zwar nicht mit zukünftigen besteuerten Ausgangsumsätzen, wohl aber mit der Beendigung der bisherigen steuerpflichtigen Verpachtungstätigkeit. Dieser Zusammenhang gehe einem möglichen Zusammenhang mit einer künftigen Verwendung vor.

### PRAXISTIPP

*Im Ergebnis kommt es auf die Sachverhaltslage und die Absichten im Zeitpunkt der Beendigung des Pachtvertrags an. In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere für den Empfänger der Leistung zur Sicherstellung des Vorsteuerabzugs Beweisvorsorge zu betreiben, um bei späteren Rückfragen der Finanzverwaltung die damalige Absicht nachweisen zu können. Das Urteil ist in allen noch offenen Fällen anwendbar.*

## IMMOBILIENRECHT

## Gewerberaummietverträge können auch per Fax verlängert werden

Der BGH hat mit Urteil vom 21.11.2018 (Az. XII ZR 78/17) entschieden, dass die Ausübung einer Verlängerungsoption bei einem Gewerberaummietvertrag nicht schriftformbedürftig ist. Es reicht ein Fax ohne Unterschrift aus.

**I**n dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt streiten Vermieter und Mieter über den Fortbestand des Mietverhältnisses. Der Mietvertrag sah eine Laufzeit bis zum 31.01.2015 vor. Weiterhin wurde vereinbart, dass der Mieter eine Verlängerung des Mietverhältnisses um zehn Jahre verlangen kann, wenn er das Optionsrecht spätestens fünf Monate vor Ablauf der Mietzeit ausübt. Der Mieter machte dieses Optionsrecht zwar geltend, allerdings mit einem Computerfax ohne Unterschrift. Der Vermieter kündigte das Mietverhältnis im September 2015 zum 31.03.2016. Der Vermieter ist der Ansicht, dass das Optionsrecht nicht wirksam ausgeübt worden sei.

Der BGH trat dem entgegen. Der Mieter nehme ein Gestaltungsrecht wahr, das im Vertrag vereinbart wurde und schließe keinen neuen Vertrag ab. Die Ausübung des Optionsrechts sei daher formfrei möglich. Nur vertragliche Vereinbarungen unterliegen dem Schriftformerfordernis, nicht jedoch die einseitige Ausübung von Gestaltungsrechten. Dies gelte beispielsweise auch dann, wenn der Vermieter die Betriebskostenvorauszahlung einseitig anpassen kann oder er dem Mieter bestimmte Stellplätze zuweist. Daher reiche es aus, wenn die ursprüngliche Vereinbarung des Optionsrechts im Mietvertrag der Schriftform entspreche. Die Ausübung des Optionsrechts könne hingegen auch auf anderen Wege geltend gemacht werden.

### PRAXISTIPP

*Die Klarstellung des BGH, dass die Ausübung eines Optionsrechts grundsätzlich formfrei möglich ist, ist richtig und zu begrüßen. Zu berücksichtigen ist aber, dass unabhängig davon natürlich vertraglich ein Optionsrecht unter Einhaltung der Schriftform vereinbart werden kann. Vor Ausübung eines Optionsrechts ist daher die sorgfältige Prüfung der vertraglichen Regelungen empfehlenswert.*

## BAURECHT

## Begleitschäden dürfen weiterhin fiktiv berechnet werden

Das Landgericht München I hat mit Urteil vom 09.11.2018 (Az. 2 O 11810/16) entschieden, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit einer fiktiven Schadensberechnung beim werkvertraglichen Schadensersatzanspruch (vgl. I&B 1/18) auf sog. "Begleitschäden" nicht anwendbar ist.

In seinem Urteil vom 22.02.2018 (Az. VII ZR 46/17) hatte der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gegen den Unternehmer seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann. Das Landgericht München I hatte nun zu entscheiden, ob dies auch für Schäden gilt, die weder einen Mangel der Leistung des Werkunternehmers noch einen Mangelgeschaden darstellen.

Der Besteller hatte den Auftragnehmer, der den Auftrag an einen Nachunternehmer weitergab, auf der Basis der VOB/B mit der Reinigung von Glasfassaden beauftragt. Der Nachunternehmer führte die Reinigung unsachgemäß aus und zerkratzte durch die Verwendung ungeeigneter Instrumente und Reinigungsmittel großflächig die Fensterfassaden des Gebäudes. Der Besteller verlangte daraufhin Schadensersatz für die beschädigten Glasfassadenflächen, ohne diese tatsächlich auszutauschen. Das LG München I gab der Klage weitgehend statt und führte aus, es ginge in diesem Fall nicht um eine mangelhafte Leistung, sondern um eine Verletzung von Schutzpflichten. Vertraglich sei ein Reinigungserfolg geschuldet gewesen, der auch erreicht wurde. Die dabei erfolgte Beschädigung der Fenster sei ein Begleitschaden, der gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu ersetzen sei. Die neue BGH-Rechtsprechung beziehe sich auf Schadensersatzansprüche

statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 281 BGB. Um Schadensersatz statt der Leistung ginge es aber gerade nicht, wenn die Leistung selbst mangelfrei ist, so dass die vom BGH entwickelten Grundsätze auf Begleitschäden nicht anwendbar seien. Folglich sei eine fiktive Schadensberechnung für Begleitschäden weiterhin zulässig.

### PRAXISTIPP

*Auch wenn die Erwägungen des Bundesgerichtshofs zur Vermeidung einer „Überkompensation“ gleichermaßen bei „Begleitschäden“ gelten, dürfte das Urteil des LG München I richtig sein. Der Schadensersatzanspruch beurteilt sich nämlich nicht nach Werkvertragsrecht, sondern nach allgemeinem Schuldrecht. Da für Begleitschäden kein Kostenvorschuss gemäß § 637 Abs. 3 BGB verlangt werden kann, ist der Anspruch auf Ersatz des fiktiven Schadens auch die einzige Möglichkeit für den Besteller, nicht mit den Kosten der Schadensbeseitigung in Vorleistung treten zu müssen. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich einer fiktiven Schadensberechnung bei Schäden, die keinen Werkmangel darstellen, bleibt zu abzuwarten.*

## BAURECHT

## Bauüberwachender Architekt muss auch „handwerkliche Selbstverständlichkeiten“ überwachen

Das Kammergericht hat mit Urteil vom 16.12.2015 (Az. 21 U 81/14) klargestellt, dass den mit der Bauüberwachung beauftragten Architekten auch bei sogenannten „handwerklichen Selbstverständlichkeiten“, deren Beherrschung durch den Handwerksunternehmer vorausgesetzt werden kann, Überwachungspflichten treffen. Die gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegte Beschwerde hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 31.07.2018 (Az. VII ZR 24/16) zurückgewiesen.

**I**n dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall nahm der Bauherr eines Sanierungsbauvorhabens den Generalplaner und dieser seinen Subplaner wegen einer unzureichenden Bauüberwachung in Anspruch. Anstelle der in der Funktionalausschreibung vorgesehenen Magnetheizungsventile baute der Generalunternehmer andere Ventile ein, die sich als für den vorgesehenen Verwendungszweck ungeeignet erwiesen. Sie mussten daher ausgetauscht werden. Der Subplaner verteidigte sich unter anderem mit dem Argument, er habe hinsichtlich der Ventile keine Prüfungspflicht gehabt.

Das Kammergericht folgte dieser Argumentation nicht. Vielmehr habe der mit der Objektüberwachung betraute Architekt dafür zu sorgen, dass der Bau plangerecht und frei von Mängeln errichtet wird. Dies gelte auch für Arbeiten, die als handwerkliche Selbstverständlichkeiten einzustufen sind, also allgemein übliche, gängige und einfache Bauarbeiten. Insoweit schulde der Bauüberwacher eine Einweisung, die Entnahme von Stichproben und eine Endkontrolle. Die Intensität der Überwachungspflicht eines Architekten steige, wenn es um schwierige Arbeiten von großer Bedeutung geht oder wenn sich im Verlauf der Bauausführung Anhaltspunkte für eine Ungeeignetheit der Handwerker zeigen. Besondere Aufmerksamkeit des Architekten sei geboten, wenn sich im Zuge der Ausführung Anhaltspunkte für Mängel zeigen oder wenn die Bauausführung geändert und abweichend von vorheriger Planung gebaut wird.

### PRAXISTIPP

*Die Anforderungen an den bauüberwachenden Architekten sind hoch. Er muss letztlich alles überwachen. Hinsichtlich „handwerklicher Selbstverständlichkeiten“ schuldet er zumindest eine Einweisung, stichprobenhafte Überprüfungen an Ort und Stelle sowie eine Prüfung nach Abschluss der Leistungen. Bei schwierigen Arbeiten von großer Bedeutung oder wenn sich im Verlauf der Ausführung Anhaltspunkte für die Ungeeignetheit der Handwerker oder Mängel zeigen, steigen die Anforderungen an die Intensität der Überwachungspflicht. Wichtig ist die Dokumentation der Bauüberwachung, da im Streitfall regelmäßig ein Anscheinsbeweis für eine mangelhafte Bauüberwachung streitet und der Architekt daher im Einzelnen darlegen muss, welche Überwachungsmaßnahmen er geleistet hat.*

## Kontakt & Anfragen

Sprechen Sie uns bei Fragen oder weiterem Beratungsbedarf gern an – wir freuen uns über Ihre Nachricht.

### UMSATZSTEUER



#### **Dr. Mario Wagner**

Steuerberater, Partner  
[mario.wagner@schomerus.de](mailto:mario.wagner@schomerus.de)

### BAURECHT



#### **Jens Kindt**

Rechtsanwalt, Partner  
[jens.kindt@schomerus.de](mailto:jens.kindt@schomerus.de)

### IMMOBILIENRECHT



#### **Dr. Gunnar Matschernus**

Rechtsanwalt, Partner  
[gunnar.matschernus@schomerus.de](mailto:gunnar.matschernus@schomerus.de)

## Veranstaltungshinweise

### Deutscher Immobilitag 2019

Es wird das Branchenevent des Jahres: Der Deutsche Immobilitag 2019 steht dieses Jahr unter dem Motto „Wir leben Immobilien“! Im bcc Berlin Congress Center im Herzen der Hauptstadt erwarten Sie am 6. und 7. Juni 2019 über 40 Vorträge, Workshops und Seminare. SCHOMERUS ist als Fachaussteller vor Ort! Treffen Sie unsere Experten auf Stand Nr. 53.

Was? Deutscher Immobilitag 2019  
Wann? 6. und 7. Juni 2019  
Wo? bcc Berlin, Alexanderstraße 11, 10178 Berlin

Weitere Informationen und Online-Anmeldung unter  
<https://deutscher-immobilitag.de/>

### FORUM Immobilienwirtschaft

„Was beschäftigt die Immobilienbranche 2019?“ – Dieser Frage gehen Steuerberater Dr. Mario Wagner und WP/StB Kai Comberg in der Herbstveranstaltung des FORUMs Immobilienwirtschaft am 26. November 2019 nach.

Auf dieser jährlich stattfindenden Veranstaltung referieren unsere Experten zu aktuellen Themen aus den Bereichen Steuern, Recht und Wirtschaft. Das Programm wird Anfang Oktober zusammengestellt und dann veröffentlicht.

Bereits jetzt können Sie sich unverbindlich zu dieser kostenlosen Veranstaltung anmelden.

Was? Frische Impulse für Immobilienprofis  
Wann? 26. November 2019  
Wo? Schomerus, Deichstraße 1, 20459 Hamburg

Weitere Informationen und Online-Anmeldung unter  
[www.schomerus.de/veranstaltungen](http://www.schomerus.de/veranstaltungen)

**Schomerus & Partner mbB**  
Steuerberater · Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer  
Deichstraße 1 · 20459 Hamburg  
[www.schomerus.de](http://www.schomerus.de)



WE ARE AN INDEPENDENT MEMBER OF  
THE GLOBAL AUDIT, TAX AND ADVISORY NETWORK

Alle Informationen und Angaben in diesem Rundschreiben haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Die Informationen in diesem Rundschreiben sind als alleinige Handlungsgrundlage nicht geeignet und können eine konkrete Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Wir bitten Sie, sich für eine verbindliche Beratung bei Bedarf direkt mit uns in Verbindung zu setzen. Durch das Abonnement dieses Rundschreibens entsteht kein Mandatsverhältnis. Redaktionsschluss: 18. 03. 2019