

## Exklusiv für unsere Kunden

Dieser Infobrief erscheint zweimal jährlich - im März und September.

Sollten Sie noch aktueller über Neuerungen in der Immobilienwirtschaft informiert werden wollen, besuchen Sie einfach unsere Internetseite unter [www.immo-partner.com](http://www.immo-partner.com). Unter der Rubrik „Aktuelles“ sind tagesaktuelle Informationen zum Thema Immobilienwirtschaft. Nun viel Spaß beim Lesen.

Für Verbesserungsvorschläge, Änderungswünsche und Anregungen sind wir Ihnen weiterhin sehr dankbar. Rufen Sie uns einfach an oder senden Sie uns eine E-Mail, falls Sie künftig keinen Infobrief mehr erhalten möchten.

### In unserer aktuellen Ausgabe behandeln wir folgende Themen:

	Seite
<b>Mietrecht</b>	
1.01 Briefwechsel als Vertrag	1
1.02 Schönheitsreparaturen: Anspruch des Vermieters auf Kostenvorschuss	2
1.03 Mieter muss Gartenpflege auch bezahlen, auch wenn er das Grün nicht nutzen darf	2
1.04 Sonnabend ist als Werktag mitzuzählen	3
1.05 Nachträgliche Mieterhöhung: Verzugszinsen sind nicht rechens	3
1.06 Schlüsselverlust: Keine generelle Mieterhaftung	4
1.07 Verjährung des Abrechnungs- und Rückzahlungsanspruch des Mieters auf Kautions	4
1.08 Wer muss verklebtes Schloss ersetzen?	4
1.09 Kein Anspruch auf Mietnachzahlung bei Kündigung	5
1.10 Mieter müssen Breitbandkabel dulden	5
1.11 Mieter darf keine Wände durchbrechen	5
<b>Gewerbe</b>	
2.01 Wovon ist bei der Mietminderung von Gewerberaummierten auszugehen?	6
<b>Steuer</b>	
3.01 Viel Streit, keine Werbungskosten	7
3.02 Schönheitsreparaturen – Wie Vermieter das Finanzamt beteiligen	7
3.03 Schenkung eines Grundstücks an Schwiegerkind	7
3.04 Zuordnung von Darlehen bei Anschaffung eines gemischt genutzten Grundstücks	8
3.05 Eigenheimzulage auch bei Ferienwohnungen	9
3.06 Gewerblicher Grundstückshandel – Teil 1	9
3.07 Gewerblicher Grundstückshandel – Teil 2	10
3.08 Disagio bei Immobiliendarlehen	10
3.09 Chef als Mieter	11
3.10 Immobilienübertragung – Kettenschenkung umgeht Schenkungssteuer	11
3.11 Bei Geldschenkung steht Eigenheimzulage auf der Kippe	11
3.12 Werbungskostenabzug auch bei leerstehender Immobilie möglich	12

## Mietrecht

### 1.01 Briefwechsel als Vertrag

#### Wenn das Schreiben von beiden Parteien unterzeichnet wurde, ist die Schriftform gewahrt

Zum Schutze sowohl des Eigentümers als auch des Mieters einer Wohnung schreibt das Gesetz vor, dass Mietverträge in der Regel schriftlich ausgefertigt werden müssen. Aber was heißt eigentlich „schriftlich“? Der Bundesgerichtshof hat nach Information des Infodienstes Recht und Steuern der LBS entschieden, dass auch ein von beiden Seiten unterzeichneter Briefwechsel diese Kriterien erfüllen kann. (Bundesgerichtshof, Aktenzeichen XII ZR 68/02)

**Der Fall:** Beide Parteien hatten ursprünglich einen ordnungsgemäßen schriftlichen Vertrag über die Anmietung von Gewerberäumen abgeschlossen. Nach vier Jahren einigten sich Eigentümer und Vermieter darauf, dass der Vertrag auf zusätzliche Räume im selben Objekt ausgeweitet werden solle. Ein gesonderter Vertrag darüber kam allerdings nicht zustande. Statt dessen schrieb der Mieter dem Eigentümer einen Brief, in dem er die neuen Bedingungen festhielt. Die Gegenseite unterzeichnete dieses Schreiben zum Zeichen des Einverständnisses. Später allerdings wollte der Mieter das nicht mehr wahrhaben. Er kündigte und berief sich darauf, dass die

Ergänzung des Mietvertrages nicht in der erforderlichen Form zu Stande gekommen sei.

**Das Urteil:** Die höchsten deutschen Richter befassten sich gründlich mit dem ursprünglichen Vertrag und seiner etwas ungewöhnlichen Ergänzung. Sie kamen zu dem Ergebnis, daran sei nichts zu beanstanden. Die erforderliche Schriftform sei durch den wechselseitig unterzeichneten Brief erfüllt. In der Nachtragsvereinbarung habe man „hinreichend deutlich“ auf den Basisvertrag Bezug genommen. Man könne klar erkennen, was die geänderten Regelungen seien und dass im Übrigen die ursprünglichen Vereinbarungen gelten.

#### **Zeitmietvertrag - Mieterhöhung während der Laufzeit ausgeschlossen**

Vermieter bieten ihren Mietern oft Zeitmietverträge an. Für Mieter bringen solche Mietverträge nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile. Erstens können sie garantiert über die gesamte Zeit in der Wohnung bleiben. Zweitens darf die Miete während dieser Zeit nicht erhöht werden, wenn der Vertrag nur eine Anfangsmiete vorsieht und keine zusätzliche Vereinbarung über Mietanpassungen besteht.

Einfache Zeitmietverträge mit einer festgelegten monatlichen Kaltmiete, gelten für den gesamten vereinbarten Zeitraum. Will der Vermieter während dieser Zeit die Miete anheben, so muss er dies bei Vertragsabschluss regeln. Möglich ist zum Beispiel die Vereinbarung einer Staffelmiete. Dann steigt der Mietzins zu den vereinbarten Terminen um die festgelegte Summe, ohne dass der Mieter noch seine Zustimmung erteilen muss.

Der Vermieter kann auch bei Vertragsabschluss einen so genannten Mieterhöhungsvorbehalt mit dem Mieter vereinbaren. Oft geschieht dies gesondert zum Mietvertrag. Der Erhöhungsvorbehalt sichert dem Vermieter das Recht, auch während der Laufzeit eines befristeten Mietvertrags den Mietzins anzupassen. Allerdings muss er sich dabei im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften bewegen und der Mieter muss die Erhöhung akzeptieren. Besitzen Zeitmietverträge keine gesonderte Regelung über Mietanpassungen, dann gilt der vereinbarte Mietzins für die gesamte Laufzeit.

#### **1.02 Schönheitsreparaturen: Anspruch des Vermieters auf Kostenvorschuss gegenüber dem Mieter**

Pressestelle des Bundesgerichtshof - Urteil v. 6. April 2005, VIII ZR 192/04

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Vermieter während eines laufenden Mietverhältnisses vom Mieter Zahlung eines Kostenvorschusses für die Durchführung vertraglich übernommener Schönheitsreparaturen verlangen kann, wenn der Mieter damit in Verzug ist. Der BGH hat dies -in Fortführung seiner früheren Rechtsprechung zum Gewerberaummietrecht - bejaht.

Im Mietvertrag aus dem Jahre 1958 ist bestimmt, dass die Schönheitsreparaturen vom Mieter getragen werden. Bestimmte Fristen für die Durchführung der Arbeiten sind nicht vereinbart worden. Mit der Klage hat der Vermieter den Mieter auf Zahlung eines Kostenvorschusses von Höhe von ca. 13.000 € zur Vornahme von Schönheitsreparaturen in Anspruch genommen. Der Mieter hat bisher trotz entsprechender Aufforderungen keine Schönheitsreparaturen in der angemieteten Wohnung ausgeführt. Die Wohnung ist renovierungsbedürftig. Der BGH hat zugunsten des Vermieters geurteilt. Er hat dabei zunächst auf sein Urteil aus dem Jahre 1990 (BGHZ 111, 301) Bezug genommen. In jener Entscheidung hat der BGH für einen Fall der Gewerberaummieta ausgesprochen, dass der Vermieter – sofern der Mieter die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen übernommen hat – auch während des laufenden Mietverhältnisses die Vornahme solcher Reparaturen vom Mieter verlangen kann. In seinem gestrigen Urteil hat der BGH klargestellt, dass dies auch für die Wohnraummiete gilt und dass der Anspruch des Vermieters mangels eines Fristenplanes fällig wird, sobald die Mietwohnung bei objektiver Betrachtungsweise renovierungsbedürftig ist. Dies gilt unabhängig davon, ob infolge bislang unterlassener Renovierungen bereits die Substanz der Wohnung gefährdet ist. Damit werden verschiedentlich anders lautende Entscheidungen der Instanzgerichte nicht gebilligt. Wenn der Mieter seiner Pflicht zur Renovierung nicht rechtzeitig nachkommt, kann der Vermieter einen Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen Kosten verlangen und die Maßnahme selbst durchführen

#### **1.03 Teurer Augenschmaus - Mieter muss Gartenpflege auch bezahlen, wenn er das Grün nicht nutzen darf**

Leistung gegen Leistung, so heißt das wichtigste Prinzip im Geschäftsleben. Wenn jemand keine Leistung erhält, muss er demzufolge auch nichts bezahlen. Wie aber sieht es bei einem Mieter aus, der laut Vertrag für die Gartenpflege anteilig mitbezahlen soll, obwohl er sich dort überhaupt nicht aufhalten darf? Wie der LBS-Infodienst Recht und Steuern mitteilt, kann diese Umlage trotzdem fällig werden. (Bundesgerichtshof, Aktenzeichen VIII ZR 135/03)

**Der Fall:** Ein Mieter wohnte im ersten Stock einer Wohnanlage. Zwar hatte er bei Unterzeichnung des Vertrages auch ein Beiblatt unterschrieben, wonach unter den Nebenkosten auch die Aufwendungen für die Gartenpflege zu bezahlen waren. Doch später sah er das nicht mehr ein. Schließlich sei er weder berechtigt, die Freifläche vor dem Haus zu benutzen, noch habe er praktisch die Möglichkeit dazu. Deswegen wolle er die gut 80 Euro Umlage

pro Jahr auch nicht mehr aufbringen. Der Eigentümer ließ sich darauf nicht ein. Er beharrte auf den Vertragsbedingungen und vertrat die Meinung, auch ein nicht benutzbarer Garten müsse gepflegt und daher von den Mietern mit unterhalten werden.

**Das Urteil:** Die Richter des Bundesgerichtshofes kamen zu dem Ergebnis, es spiele überhaupt keine Rolle, ob der Mieter die Grünfläche benutzen darf. Die Umlage sei trotzdem fällig. Ein schmucker Garten, so hieß es im Urteil, beeinflusse „den Gesamteindruck des Anwesens günstig“ und komme auf diese Weise auch denen zu Gute, die ihn nie betreten. Das sei ähnlich wie bei einem Aufzug, der ja auch von allen Mietern mitbezahlt werden müsse, egal wie oft sie damit fahren. Eine Einschränkung machten die Juristen allerdings: Wenn der Garten ausschließlich zur Benutzung durch den Vermieter oder durch einen bestimmten Mieter vorgesehen sei, dann könne man die „Ausgeschlossenen“ nicht zur Mitfinanzierung zwingen.

#### **1.04 Sonnabend ist als Werktag mitzuzählen**

Der Sonnabend ist bei der so genannten Karenzzeit von drei Werktagen, die den Parteien eines Wohnraummietvertrags zur Wahrung der Kündigungsfrist zusteht, mitzuberechnen, weil er ein Werktag im Sinne der gesetzlichen Regelung ist. So hat heute der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden. (BGH, Urteil vom 27. April 2005, VIII ZR 206/04)

Die Klägerin war Mieterin einer Wohnung. Der Mietvertrag regelte, dass sich das zunächst befristete Mietverhältnis jeweils um ein Jahr verlängerte, wenn es nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten spätestens am dritten Werktag des ersten Monats der Frist schriftlich gekündigt wurde. Mit Schreiben vom 3.6.2002 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis. Das Schreiben ging am 5.6.2002, einem Mittwoch, bei der beklagten Vermieterin ein. Die Klägerin räumte die Wohnung zum 31.8.2002 und zahlte im Hinblick auf ein Schreiben der Beklagten, in dem die Kündigung erst zum 31.8.2003 bestätigt wurde, die Miete bis Januar 2003. Die Parteien streiten nun darum, ob das Mietverhältnis zum 31.8.2002 oder ein Jahr später zum 31.8.2003 endete. Dies hängt davon ab, ob der Zugang des Kündigungsschreibens am 5.6.2002 als "dritter Werktag" im Sinne der vertraglichen Bestimmung zu verstehen ist. Ist ein Sonnabend, hier der 1.6.2002, generell als Werktag anzusehen, so war der dritte Werktag des Monats Juni ein Dienstag. Dies hat zur Folge, dass die am Mittwoch, dem 5.6.2002 zugegangene Kündigung das Mietverhältnis erst zum 31.8.2003 beendet hat. Das Kündigungsschreiben der klagenden Mieterin ist damit nicht rechtzeitig spätestens am dritten Werktag des Monats Juni 2002 bei der Vermieterin eingegangen, wie es für eine fristgerechte Kündigung erforderlich gewesen wäre.

Nach der gesetzlichen Regelung in § 565 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (nunmehr § 573 c Abs. 1 Satz 1 BGB), die insoweit im Mietvertrag inhaltsgleich wiedergegeben ist, ist die Kündigung bei einem Mietverhältnis über Wohnraum spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats für den Ablauf des übernächsten Monats zulässig. Für die Rechtzeitigkeit der Kündigungserklärung kommt es grundsätzlich auf deren Zugang beim Kündigungsempfänger an. Die Kündigung war somit verspätet, wenn der 1.6.2002 ein Sonnabend bei der Berechnung der so genannten Karenzzeit von drei Werktagen mitzuzählen war.

Diese umstrittene Frage hat der Bundesgerichtshof bejaht. Er hat zunächst festgestellt, dass der Begriff des Werktags in der mietrechtlichen Kündigungsvorschrift nicht anders zu verstehen ist als in anderen gesetzlichen Bestimmungen und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch.

Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes ist der Sonnabend im Gegensatz zu Sonn- und Feiertagen als Werktag anzusehen. Dies ergibt sich aus zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen, z. B. aus § 3 Abs.

2 Bundesurlaubsgesetz. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 193 BGB, der den Sonnabend den Sonn- und Feiertagen gleichstellt, wenn dieser auf einen für die Abgabe einer Willenserklärung oder die Bewirkung einer Leistung bestimmten Tag oder den letzten Tag einer Frist fällt. Diese Bestimmung sollte nach der Gesetzesbegründung lediglich dem Umstand Rechnung tragen, dass mehr als die Hälfte der arbeitenden Bevölkerung am Sonnabend nicht mehr arbeitet, was zu Unzuträglichkeiten bei der Fristwahrung an diesem Tag führe. Am Charakter des Sonnabends als einem Werktag sollte hierdurch jedoch nichts geändert werden.

Auch der allgemeine Sprachgebrauch stellt den Sonnabend nicht den Sonn- und Feiertagen gleich. Des Weiteren hat das Gericht zutreffend angenommen, dass sich bisher keine hiervon abweichende Verkehrsauffassung durchgesetzt hat, wonach der Sonnabend den Sonn- und Feiertagen gleichgestellt ist

#### **1.05 Nachträgliche Mieterhöhung: Verzugszinsen sind nicht rechtens**

Setzt ein Vermieter rückwirkend vor Gericht eine Mieterhöhung durch, so muss der Mieter zwar den höheren Mietzins nachzahlen, eventuell in Rechnung gestellte Verzugszinsen aber nicht. Mit diesem Urteil stärkte der Bundesgerichtshof einem Mieter den Rücken (BGH, Az. VII ZR 94/04).

Im konkreten Fall wollte ein Vermieter gegen den Willen seines Mieters eine höhere Miete durchsetzen. Da der Mieter seine Zustimmung verweigerte, zog der Eigentümer vor Gericht. Die Richter bejahten grundsätzlich den Anspruch des Vermieters, da seit der letzten Mieterhöhung bereits über ein Jahr verstrichen war und die Miete trotz Erhöhung noch unterhalb des ortsüblichen Mietniveaus lag. Der Mieter musste die höhere Miete rückwirkend zahlen.

Der Vermieter gab sich damit aber nicht zufrieden. Er forderte zusätzlich zum höheren Mietzins Verzugszinsen von gut 80 Euro, schließlich sei ja die Mieterhöhung rückwirkend genehmigt worden und ihm bislang eine Verzinsung des Geldes verwehrt gewesen. Der Bundesgerichtshof wies den Anspruch des Eigentümers jedoch ab. Begründung: Die Nachzahlung sei erst mit dem Tag des Urteilspruchs der vorausgegangenen Institution (Amtsgericht) fällig gewesen. Daraus lasse sich kein Verzugsanspruch ableiten.

Max Geißler

#### **1.06 Schlüsselverlust: Keine generelle Mieterhaftung**

Kommt einem Mieter der Wohnungsschlüssel abhanden, muss er nicht in jedem Fall die Kosten für dessen Ersatz oder gar den Austausch des Schlosses übernehmen, entschied das Brandenburgische Oberlandesgericht (Az. 7 U 165/03). Hintergrund des Urteils war die Frage, ob ein Mieter auch dann die anfallenden Kosten tragen muss, wenn er für das Abhandenkommen des Schlüssels keine Schuld trägt.

Im konkreten Fall beinhaltete der Mietvertrag eine Klausel, nach der die Mieter stets dazu verpflichtet waren, den Verlust eines Haus- oder Wohnungsschlüssels zu ersetzen. Die Richter verwarfen diese Vertragsklausel.

Nach Ansicht des Gerichts dürfe der Vermieter die Kosten nur dann in Rechnung stellen, wenn der Mieter den Schlüsselverlust tatsächlich verursacht hat. Trägt er dagegen keine Schuld, etwa bei einem Diebstahl, so müsse der Mieter die Kosten auch nicht tragen. Das gleiche gelte, wenn trotz Verlusts der Missbrauch des Schlüssels ausgeschlossen ist. Das sei regelmäßig dann der Fall, wenn die Adresse weder auf dem Schlüssel noch auf dem Schlüsselbund vermerkt ist.

Max Geißler

Quelle: [www.biallo.de](http://www.biallo.de)

#### **1.07 Verjährung des Abrechnungs- und Rückzahlungsanspruch des Mieters auf Kautions**

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 22.4.2005 (24 W 16/05) darauf hingewiesen, dass sich der Verjährungsbeginn für den Rückzahlungsanspruch des Mieters auf die bei Mietbeginn eingezahlte Kautions nicht an der Beendigung des Mietverhältnisses orientiert, sondern an dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter in der Lage ist, noch offene Ansprüche aus dem Mietverhältnis, zu deren Sicherung die Kautions dient, in zumutbarer Weise abzurechnen

Im vorliegenden Fall war das Mietverhältnis im Mai 2001 beendet worden. Der Kläger und Mieter hatte einen vereinbarten Betriebskostenvorschuss für die Monate Januar bis Mai 2001 geleistet. Diesen ordnungsgemäß und zumutbar in die Endabrechnung einzustellen, war dem Beklagten und Vermieter jedoch erst im Jahre 2002 möglich. Der Verjährungsbeginn trat daher unter Berücksichtigung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit Ablauf des Jahres ein, in dem der Anspruch auf Kautionsrückzahlung – unter Berücksichtigung des Endabrechnungszeitpunkts – entstand. Daher begann die regelmäßige dreijährige Verjährung frühestens am 1.3.2003 und endet erst am 31.12.2006. Das LG Duisburg nahm in der Vorinstanz fälschlich einen Fristbeginn zum 1.1.2002 bis zum Fristende des 31.12.2004 an, da es sich an der Beendigung des Mietverhältnisses orientierte. Dieser Auffassung hat das OLG Düsseldorf eine klare Absage erteilt. Die Einreichung des Prozesskostenhilfeantrags durch den Kläger am 18.1.2005 lag daher noch innerhalb der Verjährungsfrist, so dass die Einrede der Verjährung durch den Beklagten nicht durchgriff

#### **1.08 Eigentümer und Mieter stritten, wer verklebtes Schloss ersetzen muss**

Nichts gegen kleine Streiche innerhalb einer Hausgemeinschaft, aber wenn sie zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Schäden führen, dann kann wohl niemand mehr darüber lachen. Ein „Spaßvogel“ hatte im Raum Siegburg das Türschloss eines Mieters mit Klebstoff verschmiert, so dass der Betroffene den Schlüssel nicht

mehr hineinstecken konnte. Das war natürlich kein Dauerzustand, weswegen sich der Mieter mit der Bitte um Abhilfe an den Eigentümer wandte. Doch der zeigte sich stur, wollte für den Schaden nicht aufkommen. Der Nutzer der Wohnung beauftragte daraufhin eigenmächtig einen Schlüsseldienst, anschließend stritten beide Parteien darüber, wer die Rechnung in Höhe von knapp 100 Euro bezahlen müsse. Für das Gericht war die Sache nach Information des LBS-Infodienstes Recht und Steuern relativ klar: Wenn ein Wohnungsmangel auftrete und der Verursacher nicht ermittelt werden könne, dann müsse der Eigentümer dafür einstehen. Es komme nicht in Frage, dass der betroffene Mieter oder gar alle Hausbewohner über die Nebenkostenabrechnung zur Kasse gebeten würden. (Landgericht Siegburg, Aktenzeichen 9 C 146/02)

#### **1.09 Kein Anspruch auf Mietnachzahlung bei Kündigung**

Wird einem Mieter das Mietverhältnis fristlos aufgekündigt, muss er innerhalb einer angemessenen Zeit die Wohnung verlassen. Der Deutsche Mieterbund hält eine Frist von einem Monat für angemessen. Bleibt der Mieter länger in der Wohnung, muss er mit einer Räumungsklage seitens des Vermieters rechnen.

Strittig ist in solch einem Fall immer wieder, ob für die Zeit nach der fristlosen Kündigung noch Miete zu entrichten ist. Das Oberlandesgericht Düsseldorf musste sich mit einem entsprechenden Fall befassen. Danach zog ein Mieter erst zwei Monate nach der Kündigung aus der Wohnung aus. Der Eigentümer forderte die Miete für die zwei Monate plus Schadenersatz. Seine Begründung: Der Mieter sei selbst Schuld an der Wohnungskündigung.

Die Richter sahen das nicht so. Nach ihrer Ansicht habe der Vermieter keinen Anspruch auf Mietnachzahlung und Schadenersatz. Schließlich könne er nicht einerseits die Räumung der Wohnung verlangen und andererseits auf Bezahlung der Miete dringen. Das würde daraufhin deuten, dass er einer Fortsetzung des Mietverhältnisses interessiert sei. (OLG Düsseldorf, Az. I-10 U 70/04)

Max Geißler  
Quelle: [www.biallo.de](http://www.biallo.de)

#### **1.10 Mieter müssen Breitbandkabelnetz dulden**

BGH: Verbesserung des Wohnwertes ausschlaggebend

Mieter müssen einen Anschluss ihrer Wohnung an ein Breitbandkabelnetz auch dann dulden, wenn sie bereits Digitalfernsehen über Antenne empfangen können. Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden. Das Karlsruher Gericht gab dem Eigentümer einer Berliner Wohnanlage Recht, der ein "rückkanalfähiges" - also zur interaktiven Nutzung taugliches - Breitbandkabel verlegen lassen wollte.

Urteil vom 20.07.2005, (Az.VIII ZR 253/04)

Ein Mieter verweigerte seine Zustimmung, weil er in gleicher Qualität, aber billiger das in Berlin ausgestrahlte terrestrische Digitalfernsehen empfangen könne

Laut BGH wird durch das Kabel der Wohnwert verbessert und ist deshalb von den Mietern hinzunehmen. Das gelte schon deshalb, weil über das Breitbandkabel noch mehr Programme zu empfangen seien - darunter zahlreiche ausländische Sender, was wegen des hohen Ausländeranteils in Berlin ein zusätzlicher Vorteil sei. Dem Vermieter stehe es frei, seine Wohnungen auch mit einem überdurchschnittlichen Standard auszustatten. Dem Mieter sei zudem zumutbar, die Verlegung des Kabels auch für den Anschluss der Nachbarwohnung hinzunehmen.

Der BGH verwies den Fall aber zur abschließenden Entscheidung an das Landgericht Berlin zurück. Dort muss nun geprüft werden, ob der Mieter die Verlegung des Kabels ausnahmsweise doch verweigern darf, weil ihm dadurch - etwa wegen der zu erwartenden Mieterhöhung - eine besondere Härte drohen würde

#### **1.11 Wer umbaut, fliegt - Mieter darf nicht eigenmächtig Wände durchbrechen**

Innerhalb gewisser Grenzen hat ein Mieter das Recht, seine Wohnung so zu gestalten, wie es ihm beliebt. Bricht er jedoch eigenmächtig Wände durch und reißt einen bestehenden Kachelofen ab, so muss er nach Information des LBS-Infodienstes Recht und Steuern mit einer fristlosen Kündigung rechnen.

(Amtsgericht Neukölln, Aktenzeichen 8 C 71/04)

**Der Fall:** Eine körperlich behinderte Frau lebte in einer Wohnung ohne Dusche und Bad, was für sie eine arge Zumutung war. Deswegen entschloss sie sich, trotz eindeutiger Warnungen der Eigentümer eine Mobildusche einzubauen. Zu diesem Zweck riss sie im Schlafzimmer einen seit langer Zeit nicht mehr genutzten Kachelofen ab und durchbrach die Wand, um die Wasserleitungen von der Küche herüberführen zu können. Als die Verwaltung davon erfuhr, sprach sie der Mieterin die fristlose Kündigung aus.

**Das Urteil:** Das Gericht entschied sehr differenziert. Einerseits sei es einem Mieter durchaus erlaubt, eine Mobildusche aufzustellen. Das sei schließlich auch nichts anderes, als eine Waschmaschine anzuschließen. Doch keinesfalls dürfe dafür ein solch schwerwiegender Eingriff in die bauliche Substanz erfolgen wie das Durchbrechen einer Wand und der Abriss eines Ofens. Im konkreten Fall hätte unter Umständen die Möglichkeit bestanden, die Dusche mit weit weniger Aufwand in der Küche aufzustellen. Deswegen, so das Amtsgericht Neukölln, sei die Kündigung gültig.

## Gewerbe

### 2.01 Wovon ist bei der Minderung von Gewerberaummieten auszugehen?

Von der Bruttomiete, der Nettomiete (Mietzins ohne Nebenkosten) oder von der Bruttokaltmiete (Mietzins mit allen Nebenkosten außer Heizkosten)?

Der Bundesgerichtshof hat mit seinem Urteil vom 6.4.2005, Az.: XII ZR 225/03(KG), eine lange bestehende Unsicherheit entschieden und in einem Rechtsstreit über die Minderung von Miete der Entscheidung den folgenden Leitsatz vorangestellt: Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist die Bruttomiete (einschließlich aller Nebenkosten). Dabei ist unerheblich, ob die Nebenkosten als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet werden.

Zur Begründung wird ausgeführt: Der Mieter wird, wenn ein Mangel die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gänzlich aufhebt, von der Entrichtung der Miete befreit; bei bloßer Minderung der Tauglichkeit hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu bezahlen. Was unter Miete exakt zu verstehen ist, sagt das Gesetz allerdings nicht.

Zum Meinungsstand generell: Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, des OLG Hamm und des OLG Frankfurt errechnet sich die Mietminderung aus der Bruttomiete. Nach Ansicht des OLG Koblenz ist die Mietminderung aus der Nettomiete zu rechnen. Der 8. Zivilsenat des Kammergerichts vertritt die Auffassung, dass die Bruttokaltmiete (Mietzins mit allen Nebenkosten außer Heizkosten) maßgebend für die Berechnung der Miete sei. Ferner wird - so das OLG Düsseldorf - die Auffassung vertreten, dass die Nebenkosten bei der Mietminderung überhaupt nur dann erfasst werden dürfen, wenn die jeweilige Nebenleistung durch den Mangel beeinträchtigt wird.

Nach Ansicht des BGH sprechen für die Berechnung auf der Grundlage der Bruttomiete systematische und auch rechtspraktische Gesichtspunkte: Der Gesetzgeber habe in § 556 BGB klargestellt, dass Betriebskosten vereinbart werden können. § 556 BGB findet sich im Unterkapitel „Vereinbarungen über die Miete“. Demnach sind Betriebskosten Bestandteil der Miete.

Die Leistung des Vermieters besteht in der Tat in der Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache. Dies umfasst alles, was erforderlich ist, um die vertragsgemäße Nutzung sicher zu stellen. Dazu gehören auch Nebenleistungen, ohne deren Erfüllung ein vertragsgemäßer Gebrauch nicht denkbar ist (Versorgung mit Heizung, Wasser und Energie). Die vom Mieter zu zahlenden Leistungsentgelte sind (insgesamt) die Gegenleistungen für das vom Vermieter geschuldete Gesamtpaket. Demnach sind die Betriebskosten in die Gesamtmiete einzubeziehen, aus der sich die Minderung errechnet.

Der Ansatz der Nettomiete, so der BGH, führt auch zu Wertungswidersprüchen: Nach der gesetzlichen Regelung des § 536 ist der Mieter von der Entrichtung der Miete vollständig befreit, solange die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in Folge eines Mangels aufgehoben ist. Dass der Mieter in diesem Fall keine Nebenkosten vor auszuzahlen hat, darüber besteht Einigkeit in der Rechtssprechung; es wäre nicht nachvollziehbar, wenn der Mieter, obwohl er die Mietsache nicht nutzen kann, weiterhin die Nebenkosten vor auszuzahlen hätte. Besteht aber bei 100 Prozent Nutzungsbeeinträchtigung überhaupt keine Verpflichtung zur Zahlung von Nebenkosten, wäre es nicht verständlich, wenn bei geringerer, also nicht vollständiger Nutzungsbeeinträchtigung die Nebenkosten nicht entsprechend herabgesetzt würden. § 536 BGB unterscheidet aber gerade zwischen Befreiung von Miete und der entsprechenden Herabsetzung bei Minderung der Tauglichkeit.

Für die Berechnungsgrundlage der Bruttomiete sprechen auch noch folgende praktische Umstände: Häufig vereinbaren die Parteien eine sogenannte Inklusivmiete (also ebenfalls eine Bruttomiete) ohne gesonderten Ausweis der Nebenkosten. In diesem Falle können die Nebenkosten nur mit Schwierigkeit festgestellt werden, weswegen zwingend von der Bruttomiete ausgegangen werden muss.

Bei der Vereinbarung einer Nettomiete hätte es der Vermieter i.Ü. in der Hand, das Minderungsrisiko einzudämmen, in dem er die Grundmiete niedrig und die Nebenkostenvorauszahlung oder Pauschale hoch

ansetzt. Dies wollte der Gesetzgeber aber vermeiden, was die entsprechende Regelung für das Wohnraummietrecht belegt.

Die Entscheidung des BGH schafft Klarheit in einem praktisch bedeutsamen Bereich des gewerblichen Mietrechts. Damit ist beiden Vertragsteilen geholfen.

Quelle: IVD Immobilienverband Deutschland

## Steuer

### 3.01 Viel Streit, keine Werbungskosten

Vermieter kann Schadenersatz für Mieter nicht steuerlich absetzen

Wer Wohnraum vermietet, der muss für Finanzierung, Unterhalt und sonstigen Aufwand im Zusammenhang mit der Immobilie oft viel Geld aufwenden. Der Gesetzgeber hat deswegen in der Regel die steuerliche Anrechnung dieser Werbungskosten vorgesehen. Doch nicht jede Art von Ausgaben wird vom Fiskus auch anerkannt. Der Schadenersatz nach einem Mietrechtsstreit zählt nach Auskunft des LBS-Infodienstes Recht und Steuern nicht automatisch dazu – zumindest dann nicht, wenn das vorzeitige Ende des Mietverhältnisses provoziert wurde. (Niedersächsisches Finanzgericht, Aktenzeichen IX 445/93)

**Der Fall:** Es waren harte Auseinandersetzungen zwischen Eigentümerin und Mieter einer Immobilie. Vielleicht auch deswegen, weil die Beteiligten früher einmal miteinander verheiratet gewesen waren. Am Ende verglichen sich beide Parteien jedenfalls darauf, dass die Vermieterin dem Mieter rund 90.000 Euro Schadenersatz zu bezahlen habe – für die Kosten, die ihm im Zusammenhang mit der Vertragsauflösung (unter anderem Umzug und Neueinrichtung) entstanden seien. Sie hatte dem Mieter nämlich durch ihr Verhalten den Grund zur außerordentlichen Kündigung geliefert. Später wollte die Eigentümerin ihre Ausgaben im Zusammenhang mit dem Mietrechtsstreit in der Steuererklärung als Werbungskosten geltend machen. Da weigerte sich allerdings der Fiskus, denn Ausgangspunkt für den Schadenersatz seien eher die innerfamiliären Streitigkeiten und nicht das eigentliche Mietverhältnis gewesen.

**Das Urteil:** Grundsätzlich, so stellte das niedersächsische Finanzgericht fest, könnten zwar auch die Aufwendungen im Rahmen der Aufgabe einer Einkunftsquelle, also hier der Auflösung des Mietverhältnisses, steuerlich als Werbungskosten abgesetzt werden. Doch hier liege die Sache anders als in vergleichbaren Fällen. Es stelle eindeutig „eine Überspannung des Begriffs der Werbungskosten“ dar, wenn der Vermieter das Ende eines Mietverhältnisses zuvor aus privaten Gründen provoziert habe.

### 3.02 Schönheitsreparaturen - Wie Vermieter das Finanzamt beteiligen

Lässt ein Immobilieneigner vor Einzug in die eigenen vier Wände die Wohnung gründlich renovieren, darf er die Kosten dafür nicht beim Finanzamt geltend machen. Mit einem Trick geht jedoch auch dies. Wohnt nämlich noch ein Mieter in der Immobilie, kann der Eigentümer vor Auszug des Mieters die Wohnung renovieren lassen. In diesem Fall muss das Finanzamt den Renovierungsaufwand als Werbungskosten anerkennen.

Wohnung hingegen nach der Renovierung verkauft werden, spielt der Fiskus nicht mit. Der Bundesfinanzhof begründete kürzlich in einem Urteil warum: Weil vor Verkauf ausgeführte Sanierungsarbeiten den ohnehin steuerfreien Gewinn beim Verkauf des Objekts erhöhen würden, dürften die aufgelaufenen Kosten nicht zusätzlich steuerlich geltend gemacht werden.

Im betreffenden Fall wollte der Kläger drei Immobilien nach Ablauf der zehnjährigen Spekulationsfrist erst sanieren und dann veräußern (BFH, Az. IX R 34/03). Steuerexperten raten dazu, mit einem entsprechenden zeitlichen Vorlauf die Immobilie zu modernisieren und erst später zu verkaufen.

### 3.03 Schenkung eines Grundstücks an Schwiegerkind kein schenkungsteuerrechtlich beachtlicher Durchgangserwerb (BFH, Urteil v. 10.3.05, II R 54/03 (veröffentlicht am 4.5.05))

Übertragen (Schwieger-)Eltern unter Mitwirkung ihres Kindes schenkweise Grundstückseigentum unmittelbar auf den Ehegatten ihres Kindes (Schwiegerkind), kann hierin auch dann kein schenkungsteuerrechtlich beachtlicher Durchgangserwerb des Kindes liegen, wenn die Zuwendung "auf Veranlassung des Kindes" erfolgen soll und als "ehebdingte Zuwendung" des Kindes bezeichnet wird. Eine Schenkung des Kindes an seinen Ehegatten kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht (gegen FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. Februar 1999 4 K 2011/98, EFG 1999, 617).

Die Eltern der A waren zu je 1/2 Eigentümer einer Eigentumswohnung. In einem notariellen Vertrag vom 24.8.1998 trafen sie mit A und deren Ehemann (B) eine Vereinbarung, aufgrund deren sie „ihrer Tochter ... einen

Miteigentumsanteil von 1/2 ..., und auf Veranlassung der Tochter als deren ehebedingte Zuwendung ihrem Ehemann ... einen Miteigentumsanteil von 1/2 ... übergeben.“ Die Beteiligten waren sich „darüber einig, dass das Eigentum an dem übergebenen Grundeigentum auf die Übernehmer übergeht“. Das Eigentum sei einzutragen „für ... (A) zu 1/2, und für .... (B) zu 1/2.“ - Das FA setzte gegen B Schenkungsteuer wegen eines Erwerbs von seiner Schwiegermutter im Umfang der Hälfte des auf ihn entfallenden hälftigen Miteigentumsanteils auf 21 760 DM fest. B vertrat dagegen die Auffassung, es habe sich um eine Schenkung der A gehandelt, für die wegen der entsprechenden Freibeträge keine Schenkungsteuer festzusetzen sei. Nach Ansicht des BFH ist die notarielle Vereinbarung vom 24.8.1998 zu Recht als freigebige Zuwendung der Schwiegermutter des B an diesen beurteilt worden. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Wird dem Bedachten der Schenkungsgegenstand nicht unmittelbar von dessen ursprünglichem Inhaber zugewendet, sondern noch ein Dritter zwischengeschaltet, bestehen schenkungsteuerrechtlich folgende Möglichkeiten: Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelsperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungsteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor. Wegen der Verpflichtung zur Weitergabe besteht keine Bereicherung der Mittelsperson aus dem Vermögen des Zuwendenden; eine Schenkung der Mittelsperson an den Dritten kommt nicht in Betracht (BFH, Urteil v 13.10.1993 II R 92/91, BStBl 1994 II S.128). Verfügt die Mittelsperson dagegen über eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Verwendung des Schenkungsgegenstands, so kommt ein schenkungsteuerrechtlich beachtlicher Durchgangserwerb der Mittelsperson in Betracht. Maßgeblich für die Entscheidung im Einzelfall ist die Ausgestaltung der Verträge und ihrer inhaltlichen Abstimmung sowie die mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Vertragsschließenden. Im Streitfall hat der A ein eigener Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Übertragung des auf B übergegangenen Miteigentumsanteil gefehlt. Es ist deshalb unerheblich, dass es sich bei ihr als der zwischengeschalteten Person um die Ehefrau des endgültigen Empfängers der Schenkung gehandelt hat und im Vertrag die Formulierung, die Übertragung erfolge „auf Veranlassung der Tochter als deren ehebedingte Zuwendung“, verwendet worden ist.

### **3.04 Zuordnung von Darlehenszinsen bei der Anschaffung eines gemischt genutzten Grundstücks BFH, Urteil v. 1.3.05, IX R 58/03 (veröffentlicht am 15.6.05)**

Darlehenszinsen sind als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen, wenn der Steuerpflichtige die - gesondert ausgewiesenen - Anschaffungskosten eines der Einkünfterzielung dienenden Gebäudeteils tatsächlich mit den Darlehensmitteln begleicht. Nimmt er ein höheres Darlehen auf, sind die Zinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit der Steuerpflichtige die Anschaffungskosten des betreffenden Gebäudeteils aus den Darlehensmitteln bezahlt.

A erwarb ein **Wohn- und Praxisgebäude** zum Kaufpreis von 449 000 DM. Der Kaufpreis entfiel zu 40 v. H. (179 000 DM) auf Räume, die als Arztpraxis vermietet wurden, und zu 60 v. H. (269 400 DM) auf den selbst bewohnten Gebäudeteil. Zur Finanzierung nahm A **drei Darlehen** auf. Die Darlehen 2 und 3 über 200 000 DM bzw. 43 000 DM „ordnete“ er ausschließlich dem privat genutzten Gebäudeteil zu, das Darlehen 1 über 206 000 DM überwiegend den Praxisräumen. Die Zinsen für das Darlehen 1 machte er in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend, während das FA lediglich einen Anteil von 40 v. H. berücksichtigte. Das FG bestätigte die Auffassung des FA mit der Begründung, dass die Darlehenssumme von 206 000 DM die Anschaffungskosten für die Praxisräume übersteige und damit keine eindeutige Zuordnung des Darlehens vorgenommen worden sei.

Der BFH geht hingegen davon aus, dass allein wegen der mangelnden Übereinstimmung von Darlehenssumme und Anschaffungskosten die Möglichkeit der Zuordnung eines Darlehens auf den der Einkünfterzielung dienenden Gebäudeteil nicht verneint werden darf. Hat der Käufer eines gemischt genutzten Grundstücks den zivilrechtlich einheitlichen Kaufpreis auf den selbstgenutzten und den vermieteten Gebäudeteil **aufgeteilt**, ist für die teilweise Zuordnung eines Darlehens auf den vermieteten Teil entscheidend, dass die auf diesen entfallenden Anschaffungskosten auch tatsächlich **aus den Darlehensmitteln bezahlt** worden sind. Ob A im Streitfall die auf die Praxisräume entfallenden Anschaffungskosten **gesondert** aus den Mitteln des Darlehens 1 gezahlt hat, wird das FG deshalb in einem zweiten Rechtsgang zu prüfen haben. Trifft dies zu, sind die auf den so verwendeten Teil des Darlehens 1 entfallenden Zinsen (mit diesem Anteil) als Werbungskosten zu berücksichtigen. Hat A hingegen den Gesamtbetrag des Darlehens 1 ohne Aufgliederung oder sogar den gesamten mit den drei Darlehen finanzierten Kaufpreis in einem Betrag gezahlt, fehlt es an einer gesonderten Zuordnung. Dann können die Zinsen – wie vom FA angenommen – lediglich in Höhe von 40 v. H. abgezogen werden.



### 3.05 Eigenheimzulage auch für Ferienwohnungen

Zwar steht in § 2 des Eigenheimzulagengesetzes, dass es für Ferien- oder Wochenendwohnungen keine Zulage gibt. Das stimmt jedoch nur bedingt.

Eigenheimzulage gibt es nämlich auch für Ferien- und Wochenendwohnungen, wenn diese baurechtlich zum Dauerwohnen zugelassen sind.

Keine Zulage gibt es deshalb für Eigenheime, die in Sondernutzungsgebieten für Ferien- und Wochenendhäuser liegen. Reichen Sie für eine förderfähige Immobilie einen Antrag auf Eigenheimzulage ein, müssen Sie dem Finanzamt mindestens folgende Unterlagen vorlegen:

- Notarieller Kaufvertrag
- Bescheinigung der Gemeinde, dass das Eigenheim zum Dauerwohnen zugelassen ist
- Aufzeichnungen, dass die Immobilie bei jeder sich bietenden Gelegenheit von Ihnen bewohnt wird
- Bestätigung, dass die Immobilie nicht an Feriengäste vermietet wird

#### Tipp:

Sind Sie verheiratet und beziehen bereits für eine Immobilie Eigenheimzulage, können Sie für eine zu Wohnzwecken genutzte Immobilie bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen (Unterschreitung der maximalen Einkunftsgrenzen, bisher nur einmal eine Förderung für eine selbst genutzte Immobilie erhalten) parallel ein zweites Mal Eigenheimzulage beantragen.

### 3.06 Gewerblicher Grundstückshandel durch An- und Verkauf unbebauter Grundstücke – "Erschließungsunternehmer" – Einschaltung naher Angehöriger BFH, Urteil v. 15.3.05, X R 39/03 (veröffentlicht am 29.6.05)

1. Unternehmer i. S. eines Zurechnungsobjekts gewerblicher Tätigkeit (§ 15 EStG) ist der Urheber des Handels, der Produktion oder der Dienstleistungen, mithin des Inbegriffs derjenigen Tätigkeiten, die Gegenstand des als rechtliche und/oder organisatorische Wirkungseinheit verfassten Betriebes sind.

2. Überlässt der Unternehmer eine in seinem Betrieb erwirtschaftete Erwerbschance aus privaten Gründen einem anderen zur Nutzung, verfügt er damit über bezogenes Einkommen.

3. Zur Frage der Steuerumgehung bei Einschaltung von nahen Angehörigen in einen gewerblichen Grundstückshandel.

Ein Stpfl. (A) hatte im Juni 1990 mehrere Grundstücke erworben, die er im Juli 1990 an seine drei – damals noch in Ausbildung befindlichen – Söhne weiterveräußerte. Die erworbenen Flächen wurden von den Söhnen teilweise an eine GmbH weiterveräußert, die – unter Einbeziehung des A – die Erschließung der Grundstücke übernommen hatte, während die restlichen Teilflächen an die Gemeinde X veräußert wurden. Für die veräußerten Flächen wurde von der Gemeinde X Ende 1990 ein Bebauungsplan beschlossen. – Wegen der steuerrechtlichen Beurteilung dieser Vorgänge kam es im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung 1990 zum Streit.

Der BFH sieht Anhaltspunkte dafür, dass A einen **gewerblichen Grundstückshandel** betrieben hat. Die Besonderheit des Streitfalls lag zunächst darin, dass eine – hier möglicherweise vorliegende - Gewerblichkeit nicht durch ein „händlertypisches Verhalten“ – wie z. B. beim „marktmäßigen“ Umschlag von Waren – sondern durch die „nachhaltig betriebene Erhöhung des Wertes eines zum (Weiter-)Verkauf bestimmten Wirtschaftsguts“ geprägt wurde. Der BFH sieht hierzu im Streitfall zwar noch weiteren Aufklärungsbedarf, geht aber grundsätzlich davon aus, dass A die Werterhöhung der zum Verkauf bestimmten Grundstücke insbesondere aufgrund bauplanungsrechtlicher Maßnahmen der Stadt X nachhaltig betrieben hat; damit trete „die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung ..... in den Vordergrund“. - Der BFH ist weiter der Auffassung, dass die **Grundstücksgeschäfte** und der durch die Veräußerung an die Stadt X bzw. die GmbH erzielte Gewinn dem A als Unternehmer **steuerrechtlich zuzurechnen** sein kann. Der Umstand, dass A seine Söhne „zwischengeschaltet“ hat, stehe dem jedenfalls nicht entgegen. „Unternehmer“ i. S. eines Zurechnungsobjekts gewerblicher Tätigkeit (§ 15 EStG) ist der Urheber des Handels, der Produktion oder der Dienstleistungen, mithin des Inbegriffs derjenigen Tätigkeiten, die Gegenstand des Betriebes sind. A hat seinen Söhnen die von ihm selbst unternehmerisch „unterschriftsreif“ erwirtschafteten Geschäftschancen überlassen, die von den Söhnen ohne zusätzliches unternehmerisches Wirken genutzt worden sind. Unter diesen Umständen ist A der wirtschaftliche Handlungs-

und Erfolgstatbestand der Grundstücksgeschäfte in Gestalt des endgültigen Verwertungserlöses steuerrechtlich zuzurechnen. Hat A sodann über den Gewinn in der Weise verfügt, dass er seine Söhne in die erwirtschaftete und abschließend ausgehandelte Gewinnchance einrücken ließ, so kann dies die Bemessungsgrundlage seiner Einkommensteuer nicht mindern.

### **3.07 Verkauf und anschließende Bebauung eines Grundstücks als gewerblicher Grundstückshandel? BFH, Urteil v. 28.4.05, IV R 17/04 (veröffentlicht am 6.7.05)**

1. Die Bebauung eines zuvor verkauften Grundstücks ist regelmäßig nicht mehr dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen. Tritt jedoch zwischen der Beauftragung der Bauhandwerker und dem Beginn der Bauarbeiten ein Ereignis ein, das die ursprünglich vorhandene Vermietungsabsicht vereitelt und den Verkauf des Grundbesitzes notwendig macht, so spricht das dafür, dass die Bebauung trotz der zwischenzeitlichen Veräußerung durch die ursprüngliche Vermietungsabsicht veranlasst ist.

2. Im Fall des Verkaufs eines einzigen Grundstücks kann das Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit nur in besonderen Ausnahmefällen erfüllt sein.

Im Streitfall hatte eine - im Frühjahr 1993 gegründete - GbR ein Grundstück erworben, um darauf für das Bundesland A ein Behördengebäude zu errichten. Aufgrund eines Mietvertrags vom Dezember 1993 sollte das Gebäude auf 10 Jahre an das Land vermietet werden. Da dem Bauvorhaben die Genehmigung versagt wurde, machte die GbR den Erwerb des Grundstücks rückgängig. Stattdessen erwarb sie mit Vertrag vom September 1994 ein Erbbaurecht an einem anderen Grundstück und schloss mit dem Land über das noch zu errichtende Behördengebäude einen neuen Mietvertrag. Im Dezember 1994 veräußerte sie das Erbbaurecht an eine KG. Der Kaufpreis umfasste das - noch von der GbR zu errichtende - Behördengebäude; dementsprechend übernahm die KG auch den Mietvertrag mit dem Land. - Das FA beurteilte die Vorgänge um den Ankauf, den Verkauf und die Bebauung des Erbbaurechts als **gewerbliche Tätigkeit** der GbR. Diese machte dagegen geltend, es handle sich um einen Fall **privater Vermögensverwaltung**. Das FG schloss sich der Ansicht der GbR an.

Der BFH hält die Sache wegen weiteren Aufklärungsbedarfs für noch nicht entscheidungsreif. Er geht dabei von seiner ständigen Rechtsprechung aus, nach der die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 2 EStG) überschritten wird, wenn „nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z.B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt“ (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995 GrS 1/93, BStBl 1995 II S. 617). Zur Konkretisierung dieser Unterscheidung dient dem BFH im Bereich des gewerblichen Grundstückshandels die Überschreitung der „**Drei-Objekt-Grenze**“ als Indiz. Der BFH betont allerdings, dass auch bei der Veräußerung von weniger als vier Objekten besondere Umstände auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen können. So bedarf es der „Drei-Objekt-Grenze“ nicht, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass die Tätigkeiten des Stpfl. mit **unbedingter Veräußerungsabsicht** ausgeübt worden sind (BFH, Urteil v. 9.12.2002 VIII R 40/01, BFH/NV 2003 S. 554). In derartigen Fällen wird der Veräußerer - sofern er das Grundstück für den Erwerber bebaut - wie ein Bauunternehmer, Generalübernehmer oder Baubetreuer tätig. Das gilt selbst dann, wenn der Grundbesitz ursprünglich in der Absicht erworben worden sein sollte, ihn im Wege der Vermietung oder Verpachtung zu nutzen. Im Streitfall hat sich in diesem Zusammenhang noch weiterer Aufklärungsbedarf ergeben. Der BFH hat die Sache deshalb an das FG zurückverwiesen.

### **3.08 Disagio bei Immobiliendarlehen**

**Finanzieren Sie den Kauf einer Immobilie, mit einem Darlehen, bietet Ihnen die Bank häufig ein Disagio an. Wird die Immobilie vermietet, müssen Sie einige Spielregeln beachten, damit das gesamte Disagio in voller Höhe als Werbungskosten abzugsfähig ist.**

Damit das Disagio bei Ihren Vermietungseinkünften in voller Höhe abzugsfähig ist, ist nach einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums aus dem Jahr 2003 (BStBl I S. 546) Folgendes zu beachten:

- Bei Darlehensverträgen, die ab dem 1.1.2004 abgeschlossen wurden, ist der volle Werbungskostenabzug für ein Disagio nur noch dann zulässig, wenn es nicht mehr als 5% ausmacht.
- Bei einem über 5% liegenden Disagio ist der übersteigende Teil auf die Dauer der Zinsbindung verteilt steuerlich zu berücksichtigen.
- Bei einem im Voraus bezahlten Disagio ist ein Werbungskostenabzug nur noch dann zulässig, wenn das Darlehen innerhalb von drei Monaten, nachdem das Disagio entrichtet wurde, ausbezahlt wird.

- Nach dem EU-Richtlinien-Umsetzungsgesetz sollte ein Disagio für eine Laufzeit des Darlehens von mehr als fünf Jahren eigentlich auf die Dauer der Zinsbindung verteilt als Werbungskosten berücksichtigt werden. Wird ein Disagio jedoch noch vor dem 1.1.2006 einbehalten, passiert noch gar nichts. Der volle Werbungskostenabzug im Jahr der Entrichtung des Darlehens bleibt bis zu diesem Stichtag bestehen

### 3.09 Chef als Mieter - Arbeitnehmer stellte Kellerraum zur Verfügung

Die steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten eines häuslichen Arbeitszimmers sind beschränkt. Nicht alle dabei entstehenden Kosten können in beliebiger Höhe abgesetzt werden. Deswegen empfiehlt es sich nach Auskunft des LBS-Infodienstes Recht und Steuern in manchen Fällen für einen Arbeitnehmer, wenn er seiner Firma einen Raum in der Wohnung vermietet. Dann nämlich kann er die Unkosten dafür ohne Beschränkung absetzen. (Bundesfinanzhof, Aktenzeichen VI R 25/02)

**Der Fall:** Die Forstverwaltung des Landes Niedersachsen suchte nach einem geeigneten Büro für einen ihrer Außendienstbeschäftigten. Dort sollten unter anderem die Büroarbeiten erledigt und Publikum empfangen werden. Nachdem sich kein geeignetes Objekt fand, vermietete der Beschäftigte kurzerhand einen Kellerraum in seinem Privatanwesen. Der monatliche Mietzins betrug 45 Euro. In seiner Einkommenssteuererklärung machte der Mitarbeiter Aufwendungen in Höhe von 3.000 Euro geltend. Der Fiskus wollte davon jedoch nur maximal 1.200 Euro anerkennen, weil es sich um ein häusliches Arbeitszimmer handle, das keinen höheren Werbungskostenabzug erlaube.

**Das Urteil:** Die von dem Forst-Mitarbeiter eingenommene Miete, so entschieden die Richter des Bundesfinanzhof, sei eindeutig ein Nutzungsentgelt aus der Vermietung von Gebäudeteilen und unterliege damit prinzipiell keiner Beschränkung der Werbungskosten. Es handle sich bei den monatlichen Zahlungen nicht – wie vom Fiskus vermutet – um Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit. Die Nutzung des Raums sei vorrangig im betrieblichen Interesse des Arbeitgebers gewesen, daran gebe es nach der Beweisaufnahme keine Zweifel.

### 3.10 Immobilienübertragung: Kettenschenkung umgeht Schenkungssteuer

Die Finanzbehörden gestehen Familienmitgliedern und Verwandten unterschiedlich hohe Schenkungsfreibeträge zu: Ehepartner genießen einen allgemeinen Freibetrag von 307.000 Euro, Kinder einen Betrag von 205.000 Euro. Sinkt der Verwandtschaftsgrad, werden die Finanzbeamten kleinlicher.

So verfügen Enkel, Eltern und Großeltern nur noch über einen Freibetrag von 51.200 Euro. Schlecht dran sind auch Schwiegereltern und Schwiegerkinder. Ihnen gesteht der Fiskus lediglich 10.300 Euro Freibetrag zu.

Möchten Eltern eine Immobilie auf die Kinder übertragen, ist deshalb Vorsicht geboten. Zunächst sollte der höhere Freibetrag des eigenen Kindes ausgenutzt werden. Bei 205.000 Euro könnte ein Objekt, das steuerlich nur zu etwa 60 Prozent erfasst wird, mit einem Gesamtwert von 340.000 Euro steuerunschädlich auf das leibliche Kind übertragen werden. Soll stattdessen die Schwiegertochter die Beschenkte sein, müsste sie den 60-Prozent-Anteil fast komplett versteuern müssen, da sie ja nur einen Freibetrag von 10.300 Euro gegenüber ihren Schwiegereltern genießt.

In solch einem Fall hilft eine Kettenschenkung: Das Objekt müsste zunächst auf den Sohn übertragen und später von diesem auf seine Frau, also die Schwiegertochter der Eltern, überschrieben werden. Da die Frau in diesem Fall als die Gattin des leiblichen Sohnes einen allgemeinen Freibetrag von 307.000 genießt, ginge das Finanzamt leer aus.

### 3.11 Eigenheimerwerb: Bei Geldschenkung steht Eigenheimzulage auf der Kippe

Bei der so genannten mittelbaren Grundstücksschenkung erhält der Beschenkte Geld mit der Auflage, dafür eine bestimmte Immobilie zu erwerben. Da in diesem Fall das Geldgeschenk nur zu etwa 60 Prozent steuerlich erfasst wird, bringt ein solcher Vermögensübertrag steuerliche Vorteile. Andererseits lauern finanzielle Tücken in Form der Eigenheimzulage. Eigenheimkäufer haben nämlich nur Anspruch auf staatliche Förderung, wenn sie die Anschaffungs- und Herstellungskosten aus eigener Tasche bezahlen. Bei einer Geldschenkung ist dies jedoch nicht der Fall. Hier ist der Schenker finanziell belastet, aber nicht der Käufer.

Wer die Unterstützung durch die Eigenheimzulage nicht verschenken möchte, der muss also eigenes Geld einsetzen. Anspruch auf volle Förderung haben diejenigen, die mindestens 125.000 Euro selbst finanzieren. Gegebenenfalls sollte die Schenkung entsprechend gekürzt werden.

**Tip:** Statt der Schenkung könnte ein Teil der Eigenmittel auch innerhalb der Verwandtschaft geliehen werden. Allerdings gibt es beim Familiendarlehen einiges zu beachten: Sind zum Beispiel Zinsen vereinbart, so muss der Darlehensgeber diese genau wie andere Zinseinnahmen versteuern. Außerdem muss in jedem Fall eine Tilgung der Kreditschuld erfolgen, da ansonsten das Finanzamt das Darlehen als weitere Schenkung ansieht und entsprechend Schenkungssteuer verlangt. Sicherheitshalber sollte ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt werden, der die Höhe des Darlehens, den Zinssatz und die Tilgungsmodalitäten enthält.

### 3.12 Werbungskostenabzug auch bei leerstehender Immobilie möglich

Werbungskosten für eine Immobilie können Eigentümer nur absetzen, wenn sie mit der Immobilie auch wirklich ernsthaft Geld als Vermieter verdienen wollen. Auch bei einer leerstehenden Immobilie kann dies der Fall sein. Sie müssen nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs (Az. IX R 102/00) das Finanzamt nur davon überzeugen, dass sie die Immobilie wieder vermieten wollen.

Problematisch ist das vor allem, wenn der Eigentümer unentschlossen ist und noch nicht weiß, ob er verkaufen oder vermieten will. Wird die Immobilie erstmals zum Verkauf angeboten, war das bisher für das Finanzamt stets ein Indiz dafür, dass die Einkunftserzielungsabsicht endet. Damit durften ab dem Monat der erstmaligen Verkaufsabsicht keine Werbungskosten mehr angesetzt werden. Jetzt kann der Eigentümer aber auch in einem solchen Fall Werbungskosten geltend machen: Versucht er nämlich, die Immobilie zu verkaufen und bietet diese gleichzeitig zum Verkauf an, um z. B. die Marktchancen zu testen, darf das Finanzamt die Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung nicht mehr streichen.

Wer sich mit einer Immobilie in einer ähnlichen Situation befindet, sollte besonders vorsichtig sein und den Vermietungswunsch für das Finanzamt besonders deutlich dokumentieren: Das kann etwa der Fall sein, wenn Anzeigen gesammelt oder die Namen der „Immobilienbesichtigter“ notiert werden.

#### Haftungshinweis:

Alle von uns zusammen getragenen Informationen sind aus dem Internet oder diverser Fachliteratur. Wir übernehmen für die Korrektheit oder Vollständigkeit keine Haftung. Bei Bedarf informieren Sie sich bitte bei Ihrem Steuerberater oder Rechtsanwalt.

### **Immo Partner Failer - Modernes Gebäudemanagement aus einer Hand !**

- Verwaltung von Wohn- und Gewerbeobjekten.
- Planung, Ausschreibung und Überwachung von Sanierungen und Neubauprojekten
- Bestandsaufnahme von Immobilien sowie Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes
- Überprüfung der laufenden Betriebskosten und Ermittlung des möglichen Einsparungspotentials  
- Denn Betriebskosten sind die 2. Miete! -
- Überprüfung, Standortanalyse und Beratung vor einem eventuellen Immobilienkauf
- Vermietung / Verkauf von Wohn- und Gewerbeobjekten

Für nähere Informationen oder einer individuellen Beratung stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zu Verfügung

Tel.: 08203/952930 - E-Mail: [service@immo-partner.com](mailto:service@immo-partner.com)