

# ImmoInfo

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE .....</b>	<b>1</b>
1.1	Mieter von Gewerbeflächen darf Kautions wegen Mängeln nicht zurückbehalten .....	2
1.2	Betriebskostenabrechnung bei Mischnutzung und Anspruch auf Belegkopien im preisfreien Wohnraum .....	2
1.3	Starrer Fristenplan in Schönheitsreparaturklausel .....	3
1.4	Ausführung von Schönheitsreparaturen bei Wohnraummietverträgen .....	4
1.5	„Haushaltsnahe Leistungen“ im Mietrecht - Die Betriebskostenabrechnung als „steuerlicher Ernstfall“ .....	5
<b>2</b>	<b>AUF PARAGRAFEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT.....</b>	<b>5</b>
2.1	Bauwerklohnzahlung als Schuldanerkenntnis? .....	5
2.2	Hemmung eines Anspruchs durch Verhandeln .....	5
2.3	Klage gegen den Bürgen trotz Einbehalt der Barsicherheit .....	6
2.4	Fehlende Sachverständigenbescheinigung bei Baubeginn .....	7
2.5	Denkmalschutz bei Ensembles städtebaulicher Bedeutung .....	7
<b>3</b>	<b>NEUES ZUM FINANZIERUNGS- UND BÜRGSCHAFTSRECHT .....</b>	<b>8</b>
3.1	Bankgeheimnis und Bundesdatenschutzgesetz hindern nicht die wirksame Abtretung von Darlehensforderungen .....	8
3.2	Keine Inkongruenzanfechtung von Globalzessionen .....	8
3.3	Kreditinstitute: Die Einschaltung einer „Vorgesellschaft“ bei Erstellung eines Gebäudes kann zur Versagung des Vorsteuerabzugs führen .....	8
<b>4</b>	<b>KOPIEN .....</b>	<b>10</b>

## MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE

### Mieter von Gewerbeflächen darf Kaution wegen Mängeln nicht zurückbehalten

BGH, Urteil vom 21. März 2007 - VII ZR 255/04, NZM 2007, Seite 401 f.

- „1. Der Mieter von Geschäftsräumen hat in der Regel kein Zurückbehaltungsrecht an der Kaution.
2. Ob allein die Nichtzahlung der Kaution den Vermieter bereits vor Übergabe des Mietobjekts zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB berechtigt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatten Vermieter und Mieter eines gewerblichen Mietverhältnisses im Mietvertrag vereinbart, dass der Mieter vor Beginn des Mietverhältnisses eine Mietsicherheit zu übergeben habe. Der Mieter erbrachte die Mietsicherheit jedoch nicht, da die vom Vermieter vor Beginn des Mietverhältnisses geschuldete Renovierung der Mietflächen nicht vereinbarungsgemäß erfolgte und die Mietflächen Mängel aufwiesen. Daraufhin kündigte der Vermieter unter Berufung auf die nicht erbrachte Mietsicherheit das Mietverhältnis. Nach Auffassung des BGH war der Mieter verpflichtet, trotz der bestehenden Mängel die Mietsicherheit zu erbringen. Die Mietsicherheit habe den Zweck, die Zahlung der Miete durch den Mieter abzusichern. Dieses Sicherungsinteresse bestehe - so der BGH - auch schon vor Beginn des Mietverhältnisses und dürfe nicht durch etwaige Zurückbehaltungsrechte des Mieters verwässert werden. Wörtlich führt der BGH aus: „Die Sicherheitsleistung soll den Vermieter ohne Rücksicht auf einen Streit der Parteien über die Berechtigung von Gegenrechten des Mieters in Bezug auf dessen Vertragspflicht zur Zahlung der vereinbarten Miete schützen und ihm während und nach Beendigung des Mietverhältnisses eine erleichterte Durchset-

zung seiner berechtigten Ansprüche aus dem konkreten Mietverhältnis gegen den Mieter ermöglichen. [...] Mit dem Sicherungszweck der Kaution ist ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters an der Kaution nach § 273 BGB in der Regel nicht zu vereinbaren.“

Ob dagegen die Nichterbringung der Kaution dem Vermieter auch das Recht eröffnet, das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen, hängt laut dem BGH von den Umständen des Einzelfalls ab. Entscheidend sei, ob unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien, die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar sei. Im vorliegenden Fall lehnte der BGH ein Kündigungsrecht ab, da der Vermieter die Beseitigung der Mängel abgelehnt und sich damit selbst vertragswidrig verhalten habe.

### Betriebskostenabrechnung bei Mischnutzung und Anspruch auf Belegkopien im preisfreien Wohnraum

BGH, Urteil vom 15. November 2006 - XII ZR 92/04, ZMR 2007, Seite 184 f.

- „1. Zum Umfang der Auskunft, die der gewerbliche Vermieter vom Mieter verlangen kann, wenn dieser um die Erlaubnis zur Untervermietung nachsucht.
2. Fehlt der zur Individualisierung des Mietobjekts erforderliche Lageplan, so ist die Schriftform nicht eingehalten.“

In diesem Fall stritten die Parteien, ob der Mieter ein gewerbliches Mietverhältnis wegen der Versagung der Zustimmung zur Untervermietung außerordentlich kündigen könne. Nach der gesetzlichen Regelung des § 540 Abs. 1 Satz BGB ist der Mieter zur außerordentlichen Kündigung eines Mietverhältnisses berechtigt, wenn der Vermieter seine Zustimmung zur Untervermietung verweigert, ohne dass in der Person des Dritten hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Ein Mieter hat keinen Anspruch auf generelle Erlaubnis der Untervermietung, er muss die Erlaub-

nis vielmehr für jeden potentiellen Untermieter einholen. Damit der Vermieter in die Lage versetzt wird, eine Entscheidung über die Person des Dritten zu treffen, muss der Mieter dem Vermieter verschiedene Angaben zum etwaigen Untermieter machen. So muss der etwaige Untermieter persönlich benannt werden und - auf Nachfrage - nähere Angaben zur Person gemacht werden (insbesondere zu den persönlichen Verhältnissen). Weiterhin ist erforderlich, dass das Gewerbe des potentiellen Untermieters wegen etwaiger Konkurrenz für den Vermieter oder andere Mieter mitgeteilt wird. Ferner darf der Vermieter erwarten, dass ihm persönliche Angaben über die wirtschaftliche Situation des künftigen Untermieters - insbesondere dessen Kreditwürdigkeit - gemacht werden. Die Solvenz des Mieters sei für den Vermieter jedenfalls dann von besonderem Interesse, wenn der Hauptmieter - wie im vorliegenden Fall - eine Betriebspflicht übernommen habe. Dann habe der Vermieter - so der BGH - ein besonderes Interesse, dass das Objekt nicht leer stehe und die Wertschätzung der Anlage leide. In diesem Zusammenhang ist der Vermieter nach der Entscheidung des BGH auch berechtigt, die wesentlichen Bedingungen, insbesondere die Miethöhe und die Laufzeit, in Erfahrung zu bringen. Andernfalls könne der Vermieter nicht beurteilen, ob der Untermieter das Geschäft wirtschaftlich betreiben könne.

Im zweiten Teil der Entscheidung befasst sich der BGH mit dem Erfordernis der Schriftform gemäß § 550 BGB. Die Parteien hatten im Mietvertrag vereinbart, dass die Mietfläche in einem Lageplan markiert sein sollte, der dem Mietvertrag jedoch nicht beigelegt wurde. Der Lageplan hatte nicht lediglich eine veranschaulichende Funktion, da das Mietobjekt im Vertrag selber nicht hinreichend individualisiert war und sich Lage und Individualisierung erst im Zusammenspiel mit dem Lageplan ergaben. Der BGH bestätigt in diesem Urteil erneut, dass in Fällen, in denen die Vertragsparteien wesentliche Bestandteile des Mietvertrages (hier Bezeichnung des Mietobjekts) nicht in die Vertragsurkunde selbst auf-

nehmen, sondern in andere Schriftstücke auslagern, so dass sich der Gesamthalt der mietvertraglichen Vereinbarung erst aus dem Zusammenspiel dieser verstreuten Bestimmungen ergibt, zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise zweifelsfrei kenntlich gemacht werden muss. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen das gesetzliche Schriftformerfordernis vor, der zur Kündigung berechtigt.

### **Starrer Fristenplan in Schönheitsreparaturklausel**

OLG Düsseldorf, Urteil vom  
18. Januar 2007 - 10 U 102/06, NZM  
2007, Seite 215 f.

- „1. Die Formularklausel in einem Mietvertrag über gewerbliche Räume zum Betrieb einer Schilder- und Gravurwerkstatt,

„die Schönheitsreparaturen sind ab Mietbeginn in den gewerblich oder freiberuflich genutzten Räumen spätestens nach vier Jahren und in sonstigen Räumlichkeiten/Nebenräumen/Balkonen/Loggien nach sieben Jahren auszuführen bzw. ausführen zu lassen“

enthält einen starren Fristenplan, der den Mieter i.S. des § 307 BGB unangemessen benachteiligt und insgesamt zur Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel führt.

2. Die den Vermieter zur Ausführung von Schönheitsreparaturen verpflichtende dispositive gesetzliche Bestimmung des § 535 I 2 BGB tritt nach § 306 II BGB an die Stelle der unzulässigen Schönheitsreparaturklausel. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht.
3. Die Unwirksamkeit der Schönheitsreparaturklausel entzieht der vertraglichen Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand die Grundlage.“

Das OLG Düsseldorf bestätigt mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit „starrer“ Fristenpläne auch im Gewerbemietrecht. Der gewerbliche Mieter sei bei vergleichbarer Vertragsgestaltung nicht weniger schutzbedürftig als ein Wohnraummietter. Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Frage, da dies voraussetze, dass dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung stehe. An dieser Voraussetzung fehle es vorliegend, da § 535 I 2 BGB die Pflicht zur Instandhaltung dem Vermieter auferlege. Dass auch eine für den Verwender günstigere Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf die Abwälzung der Instandhaltungspflicht bestünde, ändere daran nichts.

Darüber hinaus entzieht die Unwirksamkeit der Klausel der vertraglichen Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mieträume in bezugsfertigem Zustand die Grundlage. Die Rückgabeklausel knüpft an die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter an und verpflichtet ihn zur Erfüllung eines vorzeitigen bzw. künftigen Renovierungsbedarfs des Vermieters. Obliegen die Schönheitsreparaturen wie im vorliegenden Fall dem Vermieter, so lasse sich nicht feststellen, ob der Renovierungsbedarf auf einer vertragsgemäßen bzw. einer übermäßigen Nutzung des Mieters oder auf der von dem Vermieter zu vertretenen Nichterfüllung der Pflicht zur turnusmäßigen Ausführung von Schönheitsreparaturen (welche dieser im Vertrauen auf eine wirksame Übertragung auf den Mieter unterlassen hat) beruhe. Dann aber laufe die Verpflichtung zur Rückgabe in bezugsfertigem Zustand ins Leere bzw. könne sich der Vermieter nach Treu und Glauben nicht auf die Rückgabeklausel berufen.

Auch das OLG München (Urteil vom 22. 9. 2006 - 19 U 2964/06, NZM 2007, Seite 215) hat vor kurzem geurteilt, dass in einem gewerblichen Mietverhältnis „starre“ Fristenpläne über auszuführende Schönheitsreparaturen nicht formularmäßig wirksam vereinbar seien, weil die Renovierung eines nicht renovierungsbedürftigen Gewerbemietraums - wie eines Wohnraums - sinnlos sei.

## Ausführung von Schönheitsreparaturen bei Wohnraummietverträgen

BGH, Urteil vom 28. März 2007 - VIII ZR 199/06, NJW 2007, Seite 1743 f.

„Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Wohnraummietvertrages enthaltene Regelung, die dem Mieter die Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen auferlegt und bestimmt, dass der Mieter nur mit Zustimmung des Wohnungsunternehmens von der „bisherigen Ausführungsart abweichen darf, ist auch dann insgesamt - und nicht nur hinsichtlich der Ausführungsart - wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn die Verpflichtung als solche und ihre inhaltliche Ausgestaltung in zwei verschiedenen Klauseln enthalten sind.“

In dem der Entscheidung zugrunde liegende Fall regelte der Mietvertrag der beklagten Mieterin, dass der Mieter nach Maßgabe der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) der klagenden Vermieterin, welche Bestandteil des Mietvertrages waren, die Schönheitsreparaturen auszuführen hat. Diese Bestimmungen führten aus, dass Schönheitsreparaturen fachgerecht auszuführen sind und der Mieter nur mit Zustimmung des Wohnungsunternehmens von der bisherigen Ausführungsart abweichen darf. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Klausel der AVB unwirksam sei, da die Klausel unklar (§ 305c Abs. 2 BGB) sei und den Mieter in ihrer ungünstigsten Auslegung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Unklar sei die Klausel, da nicht eindeutig ist, was unter „Ausführung“ zu verstehen sei und ein Zustimmungsvorbehalt für jegliche Abweichung von der bisherigen „Ausführungsart“ den Mieter unangemessen in der Möglichkeit beschränken würde, sich in der Mietwohnung einzurichten, ohne dass für eine so weitgehende Beschränkung ein anerkanntes Interesse des Vermieters gegeben sei. Weiter führt der BGH aus, dass dies zu einer Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur

Vornahme von Schönheitsreparaturen insgesamt führe. Eine Streichung lediglich der Klausel in den AVB wäre der Sache nach eine geltungserhaltende Reduktion der unangemessenen Formularvertragsregelung, die auch dann nicht zulässig ist, wenn die Verpflichtung und ihre Ausgestaltung in zwei verschiedenen Klauseln enthalten sind.

### **„Haushaltsnahe Leistungen“ im Mietrecht - Die Betriebskostenabrechnung als „steuerlicher Ernstfall“**

Aufsatz von Dr. Marcel M. Sauren in NZM 2007, Seite 231 ff.

In diesem instruktiven Beitrag wird die Möglichkeit des Mieters dargestellt, „haushaltsnahe Leistungen“ in seiner Steuererklärung geltend zu machen, obwohl er diese nicht selbst in Auftrag gegeben hat, sondern lediglich anteilig über die Betriebskosten bezahlt. Dabei wird insbesondere auch auf die Pflichten des Vermieters in diesem Zusammenhang eingegangen. Dem Vermieter steht demnach grundsätzlich die Möglichkeit offen, die entsprechenden Beträge in der Betriebskostenabrechnung darzustellen oder dem Mieter eine gesonderte Bescheinigung auszustellen.

Des Weiteren können zu diesem Thema das Anwendungsschreiben zu § 35a EStG („haushaltsnahe Leistungen“) des Bundesministeriums der Finanzen (Schreiben vom 3.11.2006 - IV C 4 - S 2296b - 60/06 - NZM 2007, Seite 31) sowie ein Muster für § 35a EStG-Bescheinigungen der Oberfinanzdirektion Münster (Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 006/2007 vom 28. 2. 2007 - NZM 2007, Seite 240) von Interesse sein.

## **AUF PARAGRAFEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT**

### **Bauwerklohnzahlung als Schuld- anerkenntnis?**

BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - 7 ZR 165/05, NJW-RR 2007, Seite 530

„Allein die Zahlung des Werklohns auf eine geprüfte Rechnung rechtfertigt nicht die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses.“

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob dem Auftraggeber eines Bauvertrages ein Rückforderungsanspruch wegen Überzahlung zusteht, obwohl die Schlussrechnung vorbehaltlos und vollständig bezahlt worden war.

Der BGH hat den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers bejaht. Das Gericht bestätigt in diesem Urteil seine gefestigte Rechtsprechung, nach welcher ein so genanntes deklaratorisches oder „bestätigendes“ Schuldanerkenntnis nicht allein in der Prüfung einer Rechnung, der Bezahlung einer Rechnung oder auch der Bezahlung nach Prüfung zu sehen ist. Ein solches Schuldanerkenntnis setzt nämlich voraus, dass die Vertragsparteien das Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien entziehen wollen und sich dahingehend einigen. Die erforderliche Einigung kann nur angenommen werden, wenn sich ein entsprechendes Angebot sowie dessen Annahme feststellen lassen. Dies lässt die Prüfung und Bezahlung einer Rechnung gerade nicht erkennen.

Infolge dieser Entscheidung ist der Auftraggeber bei „voreiliger“ Zahlung auf die Schlussrechnung geschützt. Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass es zu Überzahlungen gekommen ist, kann der Auftraggeber diese vom Auftragnehmer grundsätzlich zurückfordern. Hiergegen spricht auch nicht der Prüfvermerk des

Architekten auf der Schlussrechnung „fachlich und rechnerisch richtig“, da es sich hierbei nicht um eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Architekten, sondern lediglich um eine Wissenserklärung des Architekten gegenüber seinem Auftraggeber handelt.

### **Hemmung eines Anspruchs durch Verhandeln**

BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 194/05, NJW 2007, Seite 587 f.

„Für ein Verhandeln genügt jeder Meinungs-austausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird.“

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, was unter dem Begriff der „Verhandlungen“ im Sinne von § 203 Satz 1 BGB zu verstehen ist. Hiernach ist die Verjährung für die Dauer von Verhandlungen gehemmt. Im zu entscheidenden Fall ging es um einen Schadensersatzanspruch eines Bauherren gegen seinen Architekten. Nachdem Schäden am Bauwerk aufgetreten waren, verlangte der Bauherr vom Architekten Schadensersatz. Nach telefonischer Voranmeldung besichtigte der Architekt den Schaden und riet zu einer Überprüfung durch einen Sachverständigen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Schadensersatzansprüche gegen den Architekten noch nicht verjährt. Zwei Monate später wurde ein selbständiges Beweisverfahren gegen den Architekten beantragt. Zu diesem Zeitpunkt wäre der Anspruch des Bauherrn bereits verjährt gewesen. Im folgenden Rechtsstreit erhob der Architekt demgemäß die Einrede der Verjährung.

Der BGH hat entschieden, dass der Begriff der Verhandlungen im Sinne von § 203 Satz 1 BGB weit auszulegen ist. Es genügt jeder Meinungs-austausch über den Schadensfall zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, wenn nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Verhandlungen schwe-

ben schon dann, wenn der Inanspruchgenommene Erklärungen abgibt, die dem Geschädigten die Annahme gestatten, der Verpflichtete lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung ein. Nicht erforderlich ist, das dabei eine Vergleichsbereitschaft oder eine Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird. Demgemäß war der Schadensersatzanspruch gegen den Architekten im vorliegenden Fall nicht verjährt, da das Verhalten des Architekten dahingehend zu verstehen war, dass er sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Schadensersatzanspruches einlasse.

Infolge dieses Urteils ist bei jeder Inanspruchnahme durch einen Gläubiger zunächst zu prüfen, ob es aufgrund eines etwaigen Verjährungseintrittes nicht unter Umständen ratsamer wäre, keine Reaktion auf die Inanspruchnahme zu zeigen. Nach dem weiten Verhandlungsbegriff des BGH kann bereits ein Fax mit der Aussage, „dass man sich um die Angelegenheit kümmern werde“ eine Hemmung im Sinne des § 203 BGB herbeiführen.

### **Klage gegen den Bürgen trotz Einbehalt der Barsicherheit**

OLG München, Urteil vom 27. Juni 2006 - 9 U 2032/06, NZBau 2007, Seite 103 f.

„Der Auftraggeber eines Bauvorhabens kann die Bank, die im Auftrag des Auftragnehmers eine Bürgschaft zur Ablösung eines Sicherheitseinbehaltes gegeben hat, nicht mit Erfolg aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen, wenn er den Sicherheitseinbehalt nicht alsbald ausgezahlt hat und deshalb die Bürgschaft nicht behalten durfte.“

Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob der Auftraggeber eines Werkvertrages aus einer Gewährleistungsbürgschaft vorgehen konnte, obwohl er den Bareinbehalt, zu dessen Ablöse die Gewährleistungsbürgschaft gegeben worden war, aufgrund einer Überzahlung nicht ausgezahlt hatte. Das OLG verneint einen Anspruch des Auftraggebers aus

der Bürgschaft. Es kommt nicht darauf an, wie der gesamte Bauvertrag abzurechnen ist und für welche Seite ein positiver Saldo bleibt. Eine Verrechnung des Auszahlungsanspruches hinsichtlich des Bareinbehalts mit dem Überzahlungsanspruch ist nicht möglich. Das Austauschrecht schließt aus, dass der Auftraggeber eine ordentlich ersetzte Sicherheit behält. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die ersetzte Sicherheit herauszugeben. Eine Barsicherheit hat er deshalb alsbald effektiv auszuzahlen, wenn er die Bürgschaft als zum Austausch gestellte und geeignete Sicherheit entgegengenommen hat. Verletzt er diese Pflicht, darf er die Bürgschaft nicht behalten.

Aufgrund dieses Urteils haben Auftraggeber bei der Ablösung von Bareinbehalten als Sicherheit durch eine Gewährleistungsbürgschaft darauf zu achten, den Bareinbehalt unabhängig von etwaigen Gegenrechten an den Auftragnehmer auszuzahlen. Kommt ein Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach, ist eine Inanspruchnahme des Bürgen aus der Bürgschaft ausgeschlossen.

### **Fehlende Sachverständigenbescheinigung bei Baubeginn**

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. Juli 2006 - 10 B 695/06, BauR 2007, Seite 91

„Liegt bei Baubeginn entgegen § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BauO NRW die Bescheinigung eines staatlich anerkannten Brandschutzsachverständigen gem. § 16 Abs. 1 SV-VO nicht vor, ist die Bauaufsichtsbehörde allein aufgrund dieses Rechtsverstößes berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen (Stilllegung, Nutzungsuntersagung) zu treffen. Einer Prüfung, ob das Vorhaben den brandschutzrechtlichen Vorschriften tatsächlich genügt, bedarf es nicht.“

Der Antragsteller wandte sich gegen die Nutzungsuntersagungsverfügung der Bauaufsichtsbehörde. Die Behörde begründete den Bescheid damit, dass die

gesetzlichen Anforderungen an einen zweiten Rettungsweg nicht erfüllt seien. Darüber hinaus habe der Antragsteller keine Bescheinigung eines staatlich anerkannten Sachverständigen vorgelegt, wonach das Bauvorhaben den Anforderungen an den Brandschutz entspricht. Das Gericht bestätigte die Verfügung der Behörde. Bereits das Fehlen der Sachverständigenbescheinigung rechtfertige die Nutzungsuntersagung, ohne dass es darauf ankomme, ob das Vorhaben den brandschutzrechtlichen Vorschriften tatsächlich genüge.

Damit folgt das Gericht der überwiegenden Auffassung, dass bereits die formelle Illegalität eines Vorhabens eine Nutzungsuntersagung rechtfertigen kann. Steht ein Bauvorhaben im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften oder im Widerspruch zu aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen, kann die Bauaufsichtsbehörde die erforderlichen Maßnahmen veranlassen. Die Bauaufsichtsbehörde kann somit eine Nutzungsuntersagung schon dann verfügen, wenn der Bauherr abweichend von der Baugenehmigung baut oder nicht alle erforderlichen Genehmigungen oder Bescheinigungen vollständig vorliegen.

### **Denkmalschutz bei Ensembles städtebaulicher Bedeutung**

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8. November 2006 - 2 B 13/04, BeckRS 2007, Seite 20640

„Bei einem Denkmalbereich in Form eines Ensembles von städtebaulicher Bedeutung ist es für die Prüfung der denkmalschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit unerlässlich, die Frage einer etwaigen Minderung der Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte Veränderungen nicht nur „kategorienadäquat“, sondern auch beschränkt auf die durch die beabsichtigten baulichen Maßnahmen betroffenen Bauteile zu beantworten. Schutzmindernde Vorbelastungen durch andere Bestandteile des Bauwerks sind dabei nicht zu berücksichtigen.“

sichtigen, solange sie sich nicht auf die von den beabsichtigten Änderungen betroffenen Bauteile auswirken.“

Die Kläger beehrten eine Baugenehmigung für den Anbau einer 20m hohen Außenaufzugsanlage an ein Gebäude, dass sich im Denkmalbereich (Ensemble) „Spandauer Vorstadt“ befindet. Das Gebäude hatte bereits mehrfach Veränderungen durch Baumaßnahmen erfahren.

Das Gericht versagte die Genehmigung: Gerade bei einem Denkmalbereich in Form eines Ensembles von städtebaulicher Bedeutung sei die Frage einer etwaigen Minderung der Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte Veränderungen nicht nur „kategorienadäquat“, sondern auch auf die durch die beabsichtigten baulichen Maßnahmen betroffenen Bauteile beschränkt zu beantworten. Es komme nicht darauf an, ob wegen bereits erfolgter Umbauten „ohnehin nichts mehr zu retten“ sei.

Festzuhalten ist also, dass die Maßstäbe, die an bauliche Veränderungen bei einem denkmalgeschützten Gebäude angelegt werden, für die schützenswerten Elemente des Gebäudes nicht dadurch geringer werden, dass es bereits durch vorhergehende Baumaßnahmen nachteilige Veränderungen gegeben hat. Zu beachten ist außerdem, dass im Bereich von Ensembles neben den denkmalschutzrechtlichen Vorschriften häufig auch städtebauliche Regelungen des BauGB über die Erhaltung baulicher Anlagen zu beachten sind. Auch kann eine bauliche Anlage, ohne ein Baudenkmal zu sein, aus städtebaulichen Gründen erhaltenswert sein.

## NEUES ZUM FINANZIERUNGS- UND BÜRGSCHAFTSRECHT

### Bankgeheimnis und Bundesdatenschutzgesetz hindern nicht die wirksame Abtretung von Darlehensforderungen

BGH, Urteil vom 27. Februar 2007 - Az.: XI ZR 195/05, BKR 2007, Seite 194 ff.

„Der wirksamen Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts stehen weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegen.“

Die Entscheidung dürfte die Veräußerung älterer notleidender Kredite erheblich vereinfachen, die oft keine ausdrückliche Ermächtigung zur Weiterübertragung enthalten. Allerdings kann die aus dem Bankgeheimnis folgende Verschwiegenheitspflicht mit der Auskunftspflicht des Zedenten, die Bestandteil des der Zession zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts ist, in Konflikt geraten. Danach ist der Zedent verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu erteilen. Ein hiermit verbundener Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann jedoch lediglich auf schuldrechtlicher Ebene eine Schadensersatzpflicht auslösen, berührt aber die Wirksamkeit des dinglichen Verfügungsgeschäfts der Forderungsabtretung nicht.



## Keine Inkongruenzanfechtung von Globalzessionen

LG Berlin, Urteil vom 26. Januar 2007 - Az.: 23 O 32/06 (nicht rechtskräftig), NZI 2007, Seite 247 ff.

„Entsteht eine dem Kreditinstitut im Rahmen einer Globalzession sicherungshalber abgetretene künftige Forderung in den letzten drei Monaten vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so unterliegt der Erwerb der Forderung nicht der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO, da das Kreditinstitut aufgrund der Globalzession bereits einen hinreichend bestimmten Anspruch auf die Abtretung hat.“

Im Ergebnis bejaht das LG also die Bestimmtheit der Globalzession und lehnt eine insolvenzrechtliche Anfechtung wegen Inkongruenz ab, wenn bereits im Kreditvertrag die Auszahlung des Darlehens von der Vereinbarung der Globalzession abhängig gemacht wurde. Damit stellt es sich gegen die heftig kritisierten Entscheidungen des OLG Karlsruhe ZIP 2005, 1248 = NZI 2006, 103 (m. abl. Bespr. Himmelsbach/Achsnick) und des OLG München ZIP 2006, 2277 = NZI 2006, 530 (m. abl. Bespr. Leithaus/Riewe). Dr. Gero Fischer (Vorsitzender Richter des IX. Senats am BGH) hatte auf der WM-Tagung zum Kreditsicherungsrecht dazu vertreten, dass wohl (in Abkehr zu OLG Karlsruhe) wegen ausreichender Bestimmtheit Kongruenz vorläge. Nicht abschließend äußern wollte er sich zur Frage, ob ggf. sogar ein Bargeschäft vorliegt. Und selbstredend sind dies alles nur seine persönlichen Ansichten. Es bleibt also spannend.

## Kreditinstitute: Die Einschaltung einer „Vorgesellschaft“ bei Erstellung eines Gebäudes kann zur Versagung des Vorsteuerabzugs führen

Bundesfinanzhof, Urteil vom 9. November 2006 - Az.: V R 43/04, DStR 2007, 67 ff.

Unternehmer, die nach § 4 Nr. 8 UStG steuerfreie Umsätze ausführen (insbesondere Kreditinstitute), sind insoweit vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen. Dies gilt auch hinsichtlich der Leistungsbezüge beim Erwerb oder der Errichtung von Betriebsgebäuden. Der Ausschluss vom Vorsteuerabzug tritt hingegen nicht ein, wenn ein Unternehmer ein von ihm angeschafftes oder errichtetes Gebäude unter Verzicht auf die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 12 a UStG an einen anderen Unternehmer vermietet. Diese Gestaltung haben sich insbesondere Kreditinstitute Anfang der neunziger Jahre zu Nutzen gemacht, indem sie bei Errichtung von selbst genutzten Gebäuden wie folgt vorgehen:

Typischerweise wurde zunächst eine Personengesellschaft (sog. Vorgesellschaft) gegründet, an der die jeweilige Bank alleine oder im Verbund mit anderen Banken beteiligt war. Im Anschluss daran wurde ein im Eigentum der Bank stehendes Grundstück im Wege einer Sacheinlage in die Personengesellschaft eingelegt. Die notwendigen Geldmittel zur Errichtung eines Gebäudes wurden der Personengesellschaft im Wege einer Einlage oder durch Gesellschafterdarlehen zur Verfügung gestellt. Die Personengesellschaft plante und baute daraufhin ein speziell auf die Bedürfnisse ihres Gesellschafters (der Bank) zugeschnittenes Gebäude. Dieses wurde dann unter Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung - also

umsatzsteuerpflichtig im Wege der Option - an die Bank vermietet. Der Vorteil einer solchen Konstellation lag darin, dass die Personengesellschaft die im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung des Gebäudes entstandene Vorsteuer vollumfänglich abziehen konnte. Nicht selten überstieg die abziehbare Vorsteuer dabei die im Rahmen des zehnjährigen Berichtszeitraumes entstehende Umsatzsteuer für die Vermietungsleistungen an das Kreditinstitut.

Das Bundesfinanzministerium versuchte dieser Fallgestaltung bereits mit einem Schreiben aus dem Jahr 1992 zu begegnen (BMF v. 29. Mai 1992, BStBl. I S. 378). Allerdings ist es erst im November 2006 zu einer höchstrichterlichen Entscheidung durch den BFH gekommen (BFH, Urt. v. 9. November 2006, V R 43/04). Der BFH hat nunmehr unter Verweis auf die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO entschieden, dass die Zwischenschaltung einer Vorgesellschaft rechtsmissbräuchlich und damit steuerlich unbeachtlich ist, sofern keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen nichtsteuerlichen Gründe für eine solche Gestaltung bestehen. Gemeint sind hierbei ausschließlich andere Gründe als der Erlangung von Steuervorteilen. Als ein solcher nichtsteuerlicher Grund kam früher die Vorschrift des § 12 KWG a.F. in Betracht, wonach die nach Buchwerten berechneten dauernden Anlagen eines Kreditinstituts (u.a. auch Anlagen an Grundstücken und Gebäuden) insgesamt das haftende Eigenkapital nicht übersteigen durften (sofern keine Ausnahmegenehmigung vorlag). Diese Vorschrift ist inzwischen jedoch abgeschafft worden, so dass heute praktisch kaum noch eine wirtschaftliche Rechtfertigung für die „Vorschaltung“ einer Personengesellschaft mehr denkbar ist.

Als Rechtsfolge einer missbräuchlichen Gestaltung sieht § 42 AO vor, dass der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstehen würde. Diesem Rechtsgedanken ist der BFH auch in dem vorliegenden Fall gefolgt. Einerseits hat er damit der Finanzverwaltung zugebilligt, dass diese die Erstattung der als Vorsteuer abgezogenen Beträge verlangen kann. Andererseits muss sie jedoch auch alle Steuern auf Ausgangsumsätze abziehen, die der betroffene Steuerpflichtige im Rahmen des Steuersparplanes wirklich geschuldet hat. Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die zwischengeschaltete Personengesellschaft die geltend gemachte Vorsteuer zurück zu erstatten hat, gleichzeitig aber die aufgrund der Option zur Steuerpflicht auf die Mieten angefallene Umsatzsteuer zurück verlangen kann. Denn wenn das Kreditinstitut das Betriebsgebäude selbst gebaut hätte, wäre es einerseits überwiegend nicht zum Vorteuerauszug berechtigt, andererseits wären keine umsatzsteuerpflichtigen Mietzahlungen angefallen.

## KOPIEN

Wenn Sie Kopien der hier behandelten Entscheidungen wünschen, wenden Sie sich bitte per Email an

- (1) Frau Stock (christiane.stock@lw.com)
- oder
- (2) Frau Wurzer (annette.wurzer@lw.com)

**Barcelona**  
**Brüssel**  
**Chicago**  
**Frankfurt**  
**Hamburg**  
**Hongkong**  
**London**  
**Los Angeles**  
**Madrid**  
**Mailand**  
**Moskau**  
**München**  
**New Jersey**  
**New York**  
**Northern Virginia**  
**Orange County**  
**Paris**  
**San Diego**  
**San Francisco**  
**Shanghai**  
**Silicon Valley**  
**Singapur**  
**Tokio**  
**Washington, D.C.**

*ImmoInfo* wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierungen Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite [www.lw.com/GlobalContacts.aspx](http://www.lw.com/GlobalContacts.aspx) für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

**Constantin Alfes**  
**Dr. Rainer Algermissen**  
**Dominik Demisch**  
**Caroline Diestel**  
**Thilo Franke**  
**Dr. Stefanie Fuerst**  
**Frank Grell**  
**Annette Griesbach**  
**Dr. Jürgen Hübner**  
**Dr. Fabian Hülk**  
**Dr. Holger Iversen**  
**Dr. Michael Jani**  
**Jörn Kowalewski**  
**Dr. Anne Caroline Krenz**  
**Dr. Nikolaus Lorenz**  
**Dr. Cord Lübke-Detring**  
**Dr. Christoph Priebe**  
**Oliver Reimann**  
**Dr. Anne Schöning**  
**Dr. Stefan Seel**  
**Panu Siemer**  
**Julia Thünken**  
**Torsten Volkholz**  
**Harald Horstkotte**  
**Prof. Dr. Martin Meissner**  
**Sabine Wieduwilt**

**Hamburg**  
 Latham & Watkins LLP  
 Warburgstraße 50  
 20354 Hamburg  
 Tel +49.40.4140.30  
 Fax +49.40.4140.3130

**Frankfurt**  
 Latham & Watkins LLP  
 Reuterweg 20  
 60323 Frankfurt  
 Tel +49.69.6062.6000  
 Fax +49.69.6062.6060

**München**  
 Latham & Watkins LLP  
 Maximilianstraße 11  
 80539 München  
 Tel +49.89.2080.3.8000  
 Fax +49.89.2080.3.8080