

INHALTSVERZEICHNIS

1	GRUND UND BODEN – NEUES AUS DEM GRUNDSTÜCKSRECHT	3
	1.1 Eintragungsfähigkeit variabler Zinsen im Grundbuch.....	3
	1.2 Berechnung des Nutzungsvorteils bei Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages.....	3
	1.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist trotz Rechtsfähigkeit nicht grundbuchfähig.....	5
2	MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE	6
	2.1 Betriebskostenabrechnung bei Mischnutzung und Anspruch auf Belegkopien im preisfreien Wohnraum	6
	2.2 Hinfälligkeit quotaler Abgeltungsklauseln bei „starrem“ Fristenplan	7
	2.3 Unwirksamkeit „starren“ Fristenplans - Änderungsschneiderei.....	7
	2.4 Optionsausübung durch anwaltliches Telefaxschreiben als Schriftformverstoß	8
	2.5 Fünfjährige Kündigungsverzichtsklausel in der Staffelmiete.....	8
	2.6 Zurückhalten der Mietkaution bei zu erwartender Betriebskostennachzahlung	9
	2.7 Nachbarschäden: Vermieter haftet nicht immer für Mieter	9
	2.8 Bereicherungsausgleich bei (Nach-) Zahlung auf befristete Betriebskostenabrechnung - keine Anwendbarkeit von Verjährungsvorschriften auf Ausschlussfrist	9
	2.9 Keine Mietminderung bei Anmietung von Gewerberaum in einem noch zu erstellenden Einkaufszentrums wegen Ausbleiben des Erfolges bei den Kunden nach Eröffnung	10
	2.10 Gesetzliches Vorkaufsrecht des Mieters	12
3	AUF PARAGRAPHEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT	12
	3.1 Grundsätze zur Abrechnung bei fehlerhaftem Aufmaß.....	12
	3.2 Kein Anspruch auf Preisanpassung im Falle von Stahlpreiserhöhungen.....	13
	3.3 Erfasst § 439 Abs. 2 BGB im Falle der Nachlieferung auch die Kosten für den Aus- und Einbau der Kaufgegenstände?	14
	3.4 Gewährleistungsbürgschaft statt Sicherheitseinbehalt auch bei Mängeln vor Abnahme?	14
	3.5 Amtshaftung bei fehlerhafter behördlicher Schlussabnahme	15
	3.6 Abbruch eines Denkmals zulässig ?	16
4	STEUERN UND KEIN ENDE.....	16
	4.1 Zum Vorliegen eines einheitlichen Angebots und seiner Indizwirkung für das Vorliegen	

	eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Kauf- und Bauvertrag im Sinne der Grundsätze zum einheitlichen Leistungsgegenstand - Änderung der Rechtsprechung	16
4.2	Grunderwerbssteuerpflicht bei vorsorglich erklärter Auflassung in einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag?	17
5	KOPIEN	17

1 GRUND UND BODEN – NEUES AUS DEM GRUNDSTÜCKSRECHT

1.1 Eintragungsfähigkeit variabler Zinsen im Grundbuch

BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 – VZB 143/05, NJW 2006, Seite 1341 f.

„Bei der Eintragung einer Grundschild muss ein Höchstzinssatz nicht angegeben werden, wenn die Parteien die Vereinbarung der Verzinsung an § 288 I BGB ausgerichtet haben.“

Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob im Fall eines in Anlehnung an § 288 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich vereinbarten gleitenden Zinssatzes die ergänzende Angabe eines Höchstzinssatzes für die Eintragung eines Grundpfandrechts erforderlich ist. Dies hängt letztlich davon ab, wie § 1191 BGB im Lichte des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes auszulegen ist. Der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass zur Eintragung in das Grundbuch neben dem Grundstück und dem Berechtigten insbesondere auch der Inhalt des jeweiligen Rechts feststehen muss. Damit soll gewährleistet werden, dass sämtliche Beteiligte, insbesondere nachrangige Gläubiger, das höchstmögliche Ausmaß der Belastung des Grundstücks anhand des Grundbuchs erkennen können. Nach Auffassung des BGH gilt dieser Grundsatz indes nicht ausnahmslos. Durch die Umstellung des Gesetzes auf den Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1, Abs. 2 BGB) sei eine weitere Ausnahme begründet worden, die es – so der BGH – rechtfertige, bei der Eintragung rechtsgeschäftlich vereinbarter variabler Zinsen in das Grundbuch nicht mehr die Angabe eines Höchstzinssatzes zu verlangen, sofern sich der variable Zinssatz aus der Bezugnahme auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße ergebe.

1.2 Berechnung des Nutzungsvorteils bei Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages

BGH, Urteil vom 31. März 2006 – V ZR 51/05, BauR 2006, Seite 983 ff.

„Der Wert der Eigennutzung eines Grundstücks ist in der Regel nach dem üblichen Miet- oder Pachtzins zu bemessen.“

Bei der Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages im Wege des großen Schadensersatzes ist die Nutzung des Grundstücks durch den Käufer im Rahmen des Vorteilsausgleichs nur insoweit zu berücksichtigen, als sie mit dem geltend gemachten Schaden in einem qualifizierten Zusammenhang steht.“

Verlangt der Käufer auch Ersatz seiner Finanzierungskosten bzw. der Kosten für die Unterhaltung des Grundstücks, muss er sich hierauf den nach den üblichen Miet- oder Pachtzins zu berechnenden Wert der Eigennutzung anrechnen lassen.“

Beschränkt der Käufer sich darauf, den Leistungsaustausch rückgängig zu machen und Ersatz der Vertragskosten zu verlangen, ist als Nutzungsvorteil nur die abnutzungsbedingte, zeitanteilig linear zu berechnende, Wertminderung der Immobilie anzurechnen.“

Die Kläger erwarben von der Beklagten ein Einfamilienhaus zur Eigennutzung. Aufgrund von Feuchtigkeitsschäden im Keller des Gebäudes, über die die Beklagten die Kläger arglistig täuschten, verlangten die Kläger großen Schadensersatz nach § 463 Satz 2 BGB a.F. Die Parteien stritten darüber, inwieweit sich die Kläger die durch die Nutzung des Gebäudes gezogenen Nutzungsvorteile anspruchsmindernd auf ihren Schadensersatzanspruch anrechnen lassen müssen.

Der BGH bestätigte in dieser Entscheidung zunächst seine bisherige Rechtsprechung, dass der Wert von Gebrauchsvorteilen bei der Eigennutzung unbeweglicher Sachen in der Regel dem objektiven Mietwert, also dem für das genutzte oder ein vergleichbares Objekt üblichen Mietzins entspreche. Es könne, anders als bei der Ermittlung des Werts der Gebrauchsvorteile bei der Eigennutzung beweglicher Sachen nicht auf die zeitanteilige lineare Wertminderung abgestellt werden (so jedoch das Berufungsgericht, OLG München; dieses ging davon aus, dass der Wert der Gebrauchsvorteile der zeitanteiligen linearen Wertminderung des Gebäudes im Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und seiner restlichen Gesamtnutzungsdauer entspreche, wobei zu berücksichtigen sei, dass lediglich die baugleichen Anlagen einer Abnutzung unterlägen, nicht aber das Grundstück).

Der BGH begründete die unterschiedliche Beurteilung des Werts von Gebrauchsvorteilen bei unbeweglichen und beweglichen Sachen damit, dass der Mietpreis für die Miete beweglicher Sachen wie z.B. Kraftfahrzeuge in der Regel einen hohen Anteil nicht unmittelbar gebrauchsbbezogener Kosten enthalte, da solche Gegenstände meist nur für den gelegentlichen kurzen Gebrauch gemietet würden. Bei der Ermittlung des Wertes von Gebrauchsvorteilen beweglicher Sachen sei deshalb nicht auf den Mietpreis abzustellen, sondern auf die Wertminderung, die die Sache durch die Abnutzung erfahren habe. Im Gegensatz dazu sei die Miete unbeweglicher Sachen regelmäßig auf einen längeren Zeitraum angelegt, so dass sich die Anmietung einer unbeweglichen Sache meist als wirtschaftlich sinnvolle Alternative zum Kauf anbiete. Aus diesem Grund sei es angemessen, den Wert, den der Gebrauch einer Immobilie gewährt, in der Regel auf der Grundlage des üblichen Miet- oder Pachtzinses für das Grundstück zu berechnen.

Im Rahmen des großen Schadensersatzanspruchs richte sich der Anspruch des Käufers auf die Herstellung des wirtschaftlichen Erfolgs, der bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung eingetreten wäre. Die Vorteilsausgleichung betreffe nur den Schadensposten, der mit dem Vorteil „kongruent“ sei. Daraus ergebe sich für die Berechnung der Nutzungsvorteile Folgendes:

- a) Für den Fall, dass der Käufer den Schadensersatz auf die Rückabwicklung des Leistungsaustausches (Immobilie gegen Kaufpreis) und auf die Erstattung der mit dem Vertragsschluss verbundenen Nebenkosten beschränke, müsse er sich als hierzu kongruenten Vorteil nur die ersparte Abnutzung eines andernfalls erworbenen gleichartigen Leistungsgegenstandes, also die durch die Nutzung eingetretene Wertminderung der Kaufsache, anrechnen lassen. Diese könne in diesem Fall auf der Grundlage der Gesamtnutzungsdauer der Wohnung oder des Hauses und des Erwerbspreises in gleichmäßigen Beträgen je abgewohntem Jahr („zeitanteilig linear“) bemessen werden. Maßgeblich hierfür sei, dass der Erwerber die Möglichkeit, die Immobilie als eigene zu nutzen, durch Zahlung des Kaufpreises erworben habe. Dieses Austauschverhältnis sei grundsätzlich auch beim Scheitern des Vertrages zu beachten und führe dazu, dass sich im Rahmen der Rückabwicklung die (zeitweilige) Überlassung des Kaufpreises als Gegenleistung für die (zeitweilige) Nutzung des Grundstücks darstelle. Einen Vorteil habe der Käufer in diesem Fall nur insoweit erlangt, als eine abnutzungsbedingte Wertminderung, die die Immobilie während seiner Nutzungsdauer erfahren habe, infolge der Rückabwicklung des Kaufvertrages mehr nicht zu seinen, sondern zu Lasten des Verkäufers gehe.
- b) Anders verhalte es sich, wenn der Käufer im Rahmen des großen Schadensersatzes nicht nur den Leistungsaustausch, sondern auch seine Investitionsentscheidung rückgängig mache, in dem er auch Ersatz seiner Aufwendungen zur Finanzierung des Kaufpreises verlange. Dadurch nehme er im wirtschaftlichen Ergebnis dem Verkäufer die Nutzungen des Kaufpreises und damit das Äquivalent für seine Nutzung des Grundstücks als Eigentümer. Dies habe zur Folge, dass sich der Käufer auf diese Schadensposition den nach dem üblichen Mietzins berechneten vollen Wert der Eigennutzung anrechnen lassen müsse. Er könne nicht einerseits die Erstattung der Kosten beanspruchen, die er aufgewendet hat, um das Grundstück als Eigentümer zu nutzen - den Kaufpreis nebst Kreditzinsen - andererseits aber verlangen, hinsichtlich der gezogenen Nutzungen wie ein

Eigentümer gestellt zu werden. Vielmehr sei es in diesem Fall sachgerecht, die Vorteile, die ihm die Nutzung des erworbenen Grundstückes gewährt habe, nach dem für eine entsprechende Immobilie zu zahlenden Mietzins zu bemessen.

Infolge dieser Entscheidung ist im Rahmen eines Schadensersatzverlangens des Käufers stets zu prüfen, ob es für diesen günstiger ist, den Schadensersatz auf die Rückabwicklung des Leistungsaustausches (Kaufpreis gegen Immobilie) und auf die Erstattung der mit dem Vertragsschluss verbundenen Nebenkosten zu beschränken, um sich nur einen linear berechneten Nutzungsvorteil anrechnen zu lassen, oder ob es günstiger ist, im Rahmen des großen Schadensersatzes auch den Ersatz der Aufwendungen zur Finanzierung des Kaufpreises zu verlangen und dafür die Anrechnung eines Nutzungsvorteils in Kauf zu nehmen, der dem üblichen Mietzins für das Objekt entspricht.

1.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist trotz Rechtsfähigkeit nicht grundbuchfähig

OLG Celle, Beschluss vom 13. März 2006 - 4 W 47/06, IBR 2006, Seite 2617

„Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann wegen ihrer fehlenden Grundbuchfähigkeit nicht unter ihrem Namen als Berechtigte einer Grundschuld im Grundbuch eingetragen werden (im Anschluss an BayObLG, IBR 2003, 106).“

Der vorliegenden Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Eigentümer eines Grundstücks bestellte an diesem eine brieflose Grundschuld zu Gunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Notar beantragte daraufhin im Auftrag sämtlicher Beteiligten die Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch. Das Grundbuchamt teilte dem Notar jedoch mit, dass nur die Gesellschafter und nicht die GbR selbst als Gläubiger der Grundschuld eingetragen werden könnten. Das Landgericht Verden wies die vom Notar eingelegte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ab. Diese Entscheidung wurde vom OLG Celle bestätigt. Das Gericht ist der Ansicht, die Eintragung der GbR als Gläubigerin einer Grundschuld scheitere an ihrer fehlenden Grundbuchfähigkeit. Nach Auffassung des Gerichts folgt aus der Rechtsfähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft nicht zwangsläufig auch deren Grundbuchfähigkeit. Auch wenn eine GbR im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen kann, ist die Befugnis, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für ihre Grundbuchfähigkeit. Der Eintragungsfähigkeit einer GbR stehe die nicht hinreichende Publizität bzw. der Verkehrsschutz entgegen. Die fehlende Eintragung der BGB-Gesellschaft in ein Register führe zu unüberwindbaren Problemen hinsichtlich der Identität der Gesellschafter und der Vertretungsbefugnis. Im Unterschied zu im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften, welche die Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 HGB gegen sich gelten lassen müssen, werde das Vertrauen in die Gesellschaftereigenschaft und in die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Vertretungsregelungen von der Rechtsordnung nicht geschützt. Dies lasse sich auch nicht durch die Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag ausgleichen, weil die daraus zu ziehenden Erkenntnisse nicht dem öffentlichen Glauben eines Registers gleichkämen. Vor allem aber gebe der Gesellschaftsvertrag nur Auskunft über Gesellschafterbestand und Vertretungsbefugnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt. Änderungen im Bestand der Gesellschafter seien in der Regel im Gesellschaftsvertrag nicht verlautbar. Außerdem vermittele auch die mit dem Eintragungsantrag verbundene Vorlage des Gesellschaftsvertrages in einer der § 29 Abs. 1 GBO entsprechenden Form dem Grundbuchamt keinen hinreichenden Aufschluss über die tatsächlichen Gesellschafter und die Vertretungsverhältnisse, so dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit und die Erklärungen der handelnden Personen nicht verlässlich beurteilen könne.

2 MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE

2.1 Betriebskostenabrechnung bei Mischnutzung und Anspruch auf Belegkopien im preisfreien Wohnraum

BGH, Urteil vom 8. März 2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, Seite 1419 ff.

- „1. *Rechnet der Vermieter preisfreien Wohnraums über die Betriebskosten in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten ab, ist – soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben – ein Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten, wenn diese Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen.*
2. *Der Mieter preisfreien Wohnraums hat grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Vermieter auf Überlassung von Fotokopien der Abrechnungsbelege zur Betriebskostenabrechnung.“*

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall erstellte die Hausverwaltung eines gemischt genutzten Gebäudes eine Betriebskostenabrechnung, ohne die auf die Gewerbeeinheiten entfallenden Anteile zu isolieren. Unter Hinweis darauf verweigerte die beklagte Wohnraummieterin die Zahlung des Betriebskostenabrechnungsergebnisses. Nach Auffassung des BGH war die Beklagte jedoch zur Zahlung verpflichtet, da eine getrennte Abrechnung der auf die Gewerbeeinheiten entfallenden Betriebskosten nicht notwendig sei. Vielmehr sei – so der BGH – ein Vorwegabzug nur dann erforderlich, wenn sonst für die Wohnungsmieter spürbare finanzielle Nachteile entstünden. Zwar bestimmt § 20 Abs. 2 Satz 2 Neubaumietenverordnung („NMVO“) für den preisgebundenen Wohnraum, dass Betriebskosten, die nicht für Wohnraum entstanden sind, bei der Umlage der Betriebskosten vorweg abzuziehen sind. Die NMVO ist jedoch nach ihrem § 1 nur auf bestimmte preisgebundene Wohnungen anzuwenden. Für Wohnraum, der nicht der Preisbindung unterliegt, fehlt eine entsprechende Regelung. Nach Ansicht des BGH kommt eine analoge Anwendung dieser Regelung nicht in Betracht. Der BGH führt wörtlich aus: *„Da die Mieter zur Entstehung der Gesamtkosten in unterschiedlichem Maße beitragen – etwa durch einen höheren oder sparsameren Wasser- und Energieverbrauch – sind gewisse Ungenauigkeiten auch bei der Verteilung von Betriebskosten in einem allein zu Wohnzwecken dienenden Gebäude im Regelfall nicht zu vermeiden. Auch bei einer ausschließlich zu Wohnzwecken dienenden Nutzung des Gebäudes muss der Mieter die Abrechnung nach einem einheitlichen, generalisierenden Maßstab trotz ggf. unterschiedlicher Verursachungsanteile der Mietparteien grundsätzlich hinnehmen. Eine andere Beurteilung ist im Verhältnis der Wohnraummieter zu den gewerblichen Mitmieter nicht angebracht. Die durch die gewerbliche Nutzung verursachten Kostenanteile müssen daher nicht vorweg abgezogen und getrennt abgerechnet werden, wenn sie sich nicht erheblich von den auf die Wohnraummieter anteilig entfallenden Kosten unterscheiden.“*

Des Weiteren führt der BGH aus, dass ein Anspruch der Mieter auf Übersendung von Fotokopien nicht besteht. Einen Anspruch des Mieters auf Überlassung von Fotokopien der Abrechnungsbelege sieht das Gesetz für den Bereich des preisfreien Wohnraums nicht vor. Die für preisgebundene Wohnraummietverhältnisse geltende Vorschrift des § 29 Abs. 2 Satz 1 NMVO, wonach der Mieter anstelle der Einsicht in die Berechnungsunterlagen Ablichtungen davon gegen Erstattung der Auslagen verlangen kann, ist – so der BGH – nicht auf den preisfreien Wohnraum analog anwendbar, da eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes nicht vorliegt. Auch ein Anspruch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bestünde nicht. Dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung werde im Regelfall bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrunde liegenden Belege verlangen und sich hierbei, soweit erforderlich, fachkundiger Hilfe bedienen könne. Der Vermieter könne vielmehr ein berechtigtes Interesse daran haben, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rech-

nungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern. Hierdurch könne Fehlverständnissen der Abrechnungen und zeitlichen Verzögerungen durch ein Verlangen des Mieters nach Übersendung weiterer Kopien von Rechnungsbelegen vorgebeugt werden. Dieses Interesse des Vermieters würde nicht hinreichend berücksichtigt, wenn er dem Mieter stets – auch gegen Kostenerstattung – auf dessen Anforderung hin Kopien zu überlassen hätte.

2.2 Hinfälligkeit quotaler Abgeltungsklauseln bei „starrem“ Fristenplan

BGH, Urteil vom 5. April 2006 - VIII ZR 178/05, NZM 2006, Seite 459

- „1. *Ein formularmäßiger Fristenplan für die vom Mieter vorzunehmenden Schönheitsreparaturen ist auch dann starr und benachteiligt einen Mieter unangemessen i.S. des § 307 BGB, wenn die Fristen allein durch die Angabe eines nach Jahren bemessenen Zeitraums ohne jeden Zusatz bezeichnet sind.*

2. *Eine Klausel über die quotenmäßige Abgeltung angefangener Renovierungsintervalle verliert ihre Grundlage, wenn die vertragliche Regelung über die Abwälzung der Schönheitsreparaturenverpflichtung auf den Mieter unwirksam ist.“*

Mit dieser Entscheidung zum Wohnraummietrecht bestätigt der BGH erneut seine Rechtsprechung, dass die formularmäßige Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei einem starren Fristenplan wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist. Erstmals stellt der BGH darüber hinaus klar, dass diese Unwirksamkeit sich auch auf eine separate Klausel erstreckt, die die quotenmäßige Abgeltung von Schönheitsreparaturen betrifft. Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Mietvertrag enthielt einerseits die Klausel, dass der Mieter in Küche, Bad und WC alle drei Jahre, in den übrigen Räumen alle 5 Jahre zu renovieren habe. Andererseits war vereinbart, dass der Mieter, wenn er nachweist, dass die letzten Schönheitsreparaturen innerhalb der genannten Fristen durchgeführt worden sind und sich die Wohnung in einem der normalen Abnutzung entsprechenden Zustand befindet, nur anteilig den Betrag an den Vermieter zahlen müsse, der aufzuwenden wäre, wenn die Wohnung im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung renoviert würde; dasselbe sollte gelten, wenn und soweit bei Vertragsbeendigung die obigen Fristen seit Beginn des Mietverhältnisses noch nicht vollendet seien. Da sich die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen an festen Fristen orientiert und die Regelung keine flexiblen Wendungen wie „in der Regel“ oder „im Allgemeinen“ enthält, ist sie nach der Rechtsprechung des BGH als starrer Fristenplan unwirksam. Diese Unwirksamkeit erstreckt sich nach der Entscheidung des BGH auch auf die Abgeltungsklausel, da diese im Zusammenhang mit dem Fristenplan zu lesen sei und für den unbefangenen Mieter insgesamt eine einheitliche Regelung darstelle. Außerdem mache die Abgeltungsklausel nach Ansicht des BGH keinen Sinn mehr, wenn der Fristenplan bereits unwirksam ist. In der Praxis ist daher darauf zu achten, dass keine Formularverträge mit starren Fristenplänen geschlossen werden, sondern die Fristenpläne durch die angesprochenen Zusätze flexibler gestaltet werden. Eine quotenmäßige Abgeltungsklausel kann jedenfalls nicht über die Unwirksamkeit des starren Fristenplanes hinweghelfen, sondern ist ebenfalls unwirksam.

2.3 Unwirksamkeit „starren“ Fristenplans - Änderungsschneiderei

OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Mai 2006 - 10 U 174/05 (nichts rechtskräftig), NZM 2006, Seite 462

- „Wie im Wohnraummietrecht enthält die Formulklausel in einem gewerblichen Mietvertrag
 ‚Schönheitsreparaturen sind mindestens in der Zeitfolge von drei Jahren in Küche, Bad und Toilette sowie von fünf Jahren in allen übrigen Räumen auszuführen‘*

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

Während die zuvor dargelegte Entscheidung des BGH erneut die Unwirksamkeit starrer Fristenpläne bei Wohnraummietverträgen bestätigt, setzt sich in der Rechtsprechung immer mehr der Trend durch, die zu den Wohnraummietverträgen ergangenen Entscheidungen auch auf gewerbliche Mietverträge zu übertragen. Beispielhaft für diese Tendenz ist das vorliegende Urteil des OLG Düsseldorf, das nun auch starre Fristenpläne in Formarklauseln bei gewerblichen Mietverträgen für unwirksam erachtet. Das OLG Düsseldorf begründet dieses Urteil mit der gleichen Schutzbedürftigkeit eines gewerblichen Mieters im Vergleich zu einem Wohnraummietler. Es sieht im vorliegenden Fall keine Unterschiede zwischen dem gewerblichen Mieter - einer Änderungsschneiderei - und einem Wohnraummietler. Auch das OLG Düsseldorf weist insofern ausdrücklich darauf hin, dass es dem Vermieter freistehe, durch die Verwendung von Formulierungen wie „in der Regel“ und „im Allgemeinen“ seinen eigenen Interessen Rechnung zu tragen. Die Verwendung solcher Klauseln ist daher dringend zu empfehlen.

2.4 Optionsausübung durch anwaltliches Telefaxschreiben als Schriftformverstoß

OLG Köln, Urteil vom 29. November 2005 - 22 U 105/05 (nicht rechtskräftig), NZM 2006, Seite 464

- „1. Enthält ein Mietvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen ist und damit der Schriftform des § 550 BGB unterliegt, eine Verlängerungsoption, so bedarf auch die Ausübung dieser Option der Schriftform.***
- 2. Da es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Schriftform handelt, kann die Verlängerungsoption nicht wirksam durch Telefax ausgeübt werden.“***

Der diesem Rechtsstreit zugrunde liegende Mietvertrag war für eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen worden und bedurfte daher kraft Gesetzes der Schriftform (§ 550 BGB). Grundsätzlich müssen in einem solchen Fall alle Änderungen, Ergänzungen oder sonstigen Nebenabreden ebenfalls der Schriftform genügen. Nach dem noch nicht rechtskräftigen Urteil des OLG Köln soll dieses Erfordernis auch für die Ausübung einer Verlängerungsoption gelten. Daher ist die Ausübung der Verlängerungsoption per Telefax nicht ausreichend und daher unwirksam. Selbst die in diesem Fall getroffene Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter, dass der gesamte Schriftverkehr mittels Fax abgewickelt werden soll, kann dieses Ergebnis nicht ändern, da das gesetzliche Schriftformerfordernis aus § 550 BGB nach Ansicht des OLG Köln nicht durch Rechtsgeschäft zwischen den Parteien abgeändert werden kann.

2.5 Fünfjährige Kündigungsverzichtsklausel in der Staffelmiete

BGH, Urteil vom 25. Januar 2006 - VIII ZR 3/05, NZM 2006, Seite 254

„Übersteigt die Dauer des in einem Staffelmietvertrag formularmäßig vereinbarten Kündigungsverzichts den in § 557a III BGB genannten Zeitraum von vier Jahren, so ist die Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters insgesamt unwirksam (§ 307 I 1 BGB). Die zu der Vorgängerbestimmung - § 10 II 6 MHRG - entwickelte Rechtsprechung, nach der ein solcher Kündigungsverzicht nur insoweit unwirksam ist, als er den Zeitraum von vier Jahren übersteigt, lässt sich auf § 557a BGB nicht übertragen.“

Der BGH hat bereits in früheren Urteilen entschieden, dass formularmäßige Kündigungsausschlüsse in Mietverträgen über Wohnraum wegen Benachteiligung des Mieters in der Regel unwirksam sind, wenn ihre Dauer mehr als vier Jahre beträgt. Diese Grundsätze ergeben sich für Staffelmietverträge auch aus dem Gesetz (§ 557a III BGB). Anders bei der Vorgängerregelung (§ 10 Abs. 2 S. 6 MHRG), bei der der BGH die Klausel nur hinsichtlich des die Dauer von vier Jahren übersteigenden Ausschlusses für unwirk-

sam hielt, erklärt er nach aktueller Rechtslage nun die gesamte Klausel für unwirksam. Aufgrund der Gesetzesänderung bestehe nunmehr kein Anlass für eine geltungserhaltende Reduktion. Dies hat zur Folge, dass die Kündigung in einem solchen Fall weder für fünf Jahre (so die vertragliche Regelung), noch für vier Jahre (so die frühere Rechtsprechung), sondern gar nicht ausgeschlossen ist.

2.6 Zurückhalten der Mietkaution bei zu erwartender Betriebskostennachzahlung

BGH, Urteil vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 71/05, NZM 2006, Seite 343

„Die Mietkaution sichert auch noch nicht fällige Ansprüche, die sich aus dem Mietverhältnis und seiner Abwicklung ergeben, und erstreckt sich damit auf Nachforderungen aus einer nach Beendigung des Mietverhältnisses noch vorzunehmenden Abrechnung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten. Deshalb darf der Vermieter einen angemessenen Teil der Mietkaution bis zum Ablauf der ihm zustehenden Abrechnungsfrist einbehalten, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist.“

2.7 Nachbarschäden: Vermieter haftet nicht immer für Mieter

BGH, Urteil vom 27. Januar 2006 - V ZR 26/05, IBR 2006, Seite 298

- „1. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB setzt - wie § 1004 Abs. 1 BGB - voraus, dass der Anspruchsgegner als Störer zu qualifizieren ist.*
- 2. Als mittelbarer Handlungsstörer kann der Eigentümer für Störungshandlungen seines Mieters nur verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter den Gebrauch seiner Sache mit der Erlaubnis zu den störenden Handlungen überlassen hat oder wenn er es unterlässt, den Mieter von dem nach dem Mietvertrag unerlaubten, fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch der Mietsache abzuhalten.“*

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall vermietete die beklagte Nachbarin eine Eigentumswohnung, in der ein Brand ausbrach. Die Rußentwicklung führte dazu, dass die Fassade des Nachbarhauses verunreinigt wurde. Ob das Feuer durch einen technischen Defekt oder durch unsachgemäßen Umgang des Mieters mit elektrischen Geräten herbeigeführt wurde, konnte nicht festgestellt werden. Die Versicherung für das Nachbarhaus hat den Schaden reguliert und nimmt die Vermieterin in ihrer Eigenschaft als Grundstücksnachbarin in Regress.

Die Klage wurde vom BGH abgewiesen. Als Anspruchsgrundlage kam nur ein Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in Betracht. Eine Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen nach § 278 BGB war dabei ausgeschlossen, da der Anspruch Ausdruck des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses ist. Vor dem Hintergrund dieser Wertung kann der Eigentümer für Störungshandlungen seines Mieters nach Ansicht des BGH gemäß § 1004 BGB nur verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter den Gebrauch seiner Sache mit der Erlaubnis zu den störenden Handlungen überlassen hat oder wenn er es unterlässt, den Mieter von dem nach dem Mietvertrag unerlaubten, fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch der Mietsache abzuhalten. Da dies im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden konnte, war die Klage abzuweisen.

2.8 Bereicherungsausgleich bei (Nach-) Zahlung auf befristete Betriebskostenabrechnung - keine Anwendbarkeit von Verjährungsvorschriften auf Ausschlussfrist

BGH, Urteil vom 18. Januar 2006 - VIII ZR 94/05, NJW 2006, Seite 903

„Der sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ergebende Bereicherungsanspruch eines Wohnungsmieters, der die wegen Versäumung der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nach § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossene Betriebskostennachforderung des Vermieters gezahlt hat, ist nicht in entsprechender Anwendung des § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen.“

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Kläger war Mieter einer Wohnung des Beklagten, für die er neben der Miete vereinbarungsgemäß Vorauszahlungen auf die Betriebskosten entrichtete. Nach Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 2003 erteilte der Beklagte mit Schreiben vom 26. Januar 2004 dem Kläger die Betriebskostenabrechnung für den Zeitraum vom 1. November 2001 bis zum 31. Dezember 2002. Eine sich daraus ergebende Nachforderung beglich der Kläger. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten nach zweimaliger vergeblicher Mahnung auf Rückzahlung des vorgenannten Betrages nebst Verzugszinsen mit der Begründung in Anspruch genommen, die Nachforderung sei wegen Versäumung der einjährigen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB ausgeschlossen gewesen, was er bei der Zahlung - unbestritten - nicht gewusst habe. Das angerufene Amtsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und die Berufung zugelassen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der BGH ist der Ansicht, dass das Berufungsgericht zu Unrecht den vom Kläger gegen den Beklagten geltend gemachten Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der von ihm beglichene Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung verneint hat. Zwar war auch das Berufungsgericht richtigerweise davon ausgegangen, dass dem Kläger ein bereicherungsrechtlicher Anspruch wegen der rechtsgrundlosen Zahlung der Nebenkosten zustand, allerdings war das Berufungsgericht der Ansicht, dass im vorliegenden Fall § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB in analoger Anwendung zum Zuge kommt, wonach das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, und somit dem Bereicherungsanspruch des Klägers entgegenstehe. Diese Auffassung teilt der BGH nicht. Eine entsprechende Heranziehung einzelner für die Verjährung geltender Bestimmungen, wie § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB eine ist, auf Ausschlussfristen wie § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB sie enthält, ist nach der Rechtsprechung des BGH von Fall zu Fall zu entscheiden. Im vorliegenden Fall kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass eine entsprechende Anwendung nicht statthaft ist. Die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und der durch § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB angeordnete Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf dienen der Abrechnungssicherheit für den Mieter und sollen Streit vermeiden. Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Daraus lässt sich nach Ansicht des BGH nicht herleiten, dass dem Mieter, der in Unkenntnis der Ausschlussfrist geleistet hat, ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch versagt ist.

2.9 Keine Mietminderung bei Anmietung von Gewerberaum in einem noch zu erstellenden Einkaufszentrums wegen Ausbleiben des Erfolges bei den Kunden nach Eröffnung

BGH, Urteil vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03, ZfIR 5-6/2006, Seite 197 ff.

- „1. **Zur Frage, ob eine Vollvermietung und eine bestimmte Mieterstruktur als zugesichert anzusehen ist, wenn die Parteien einen bestimmten Vermietungszustand in die Präambel des Mietvertrages aufgenommen haben (im Anschluss an Senatsurteil vom 26. Mai 2004 – XII ZR 149/02, ZfIR 2004, 968 (LS) = NZM 2004, 618).**

2. **Zur Anwendbarkeit der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Anmietung einer Teilfläche in einem erst zu erstellenden Zentrum für Handels- und Dienstleistungen, wenn dieses nach der Eröffnung nicht in der erwarteten Weise von den Kunden angenommen wird (im Anschluss an Senatsurteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97, ZfIR 2000, 351 = ZIP 2000, 887 = NJW 2000, 1714, dazu EWiR 2000, 469 (H.-G.**

Eckhert) und BGH, Urteil vom 19. Juli 2000 – XII ZR 176/98, ZfIR 2001, 281 = ZIP 2000, 1530 = NZM 2000, 1005 dazu EWiR 2001, 157 (Emde).“

Die Beklagte mietete Flächen zum Zwecke des Betriebs einer Spielbank in einem noch zu errichtenden Handels- und Dienstleistungszentrum. In der Präambel des Mietvertrages war die Beschreibung eines bestimmten Vermietungszustandes des Gesamtobjektes sowie eine Aufzählung von bestimmten Einzelhandels- und Gastronomiebetrieben, die dem Zentrum angehören sollten enthalten. Die in der Präambel genannten Mietverträge wurden jedoch nur teilweise realisiert. Das zu spät fertig gestellte Handels- und Dienstleistungszentrum stand teilweise leer. Einzelne Flächen wurden zum Teil an Gewerbe ohne Publikumsverkehr vermietet. Der Zwangsverwalter des Handels- und Dienstleistungszentrums verlangt die Zahlung rückständiger Mieten von der Beklagten. Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass die qualitative und quantitative Abweichung des Vermietungszustandes von der in der Präambel des Mietvertrages aufgeführten Mieterstruktur entweder einen Fehler der Mietsache im Sinne des § 537 Absatz 1 BGB a.F. oder aber das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gemäß § 537 Absatz 2 BGB a.F. darstelle. Des Weiteren beruft sich die Beklagte auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht der Beklagten nicht gefolgt. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs sei zwar kein Grund ersichtlich, warum die Präambel eines Mietvertrages keine rechtsverbindlichen Wirkungen entfalten könne. Jedoch müsse auch bei einer Präambel die Reichweite der rechtsverbindlichen Angaben durch Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsmethoden ermittelt werden.

Nach Auffassung des BGH habe vorliegend kein Mangel der Mietsache vorgelegen. Ein Mangel liege vor, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten nachteilig abweiche und wenn hierdurch eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit beziehungsweise eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erfolge. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt da selbst dann, wenn man unterstelle, dass das Handels- und Dienstleistungszentrum seinen Charakter als Einkaufs- und Vergnügungszentrum teilweise verloren habe, nur eine mittelbare Beeinträchtigung der von der Beklagten gemieteten Räume vorläge.

Der BGH führt weiter aus, dass sich die Beklagte auch nicht auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft berufen könne. Der Vermietungszustand eines Mietobjektes stelle keine zusicherungsfähige Eigenschaft dar. Als zusicherungsfähige Eigenschaften im Sinne des § 537 Absatz 2 BGB a.F. kämen neben der physischen Beschaffenheit die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Mietgegenstandes zu seiner Umwelt in Betracht, die für die Brauchbarkeit und den Wert des Mietobjektes von Bedeutung seien. Diese Beziehungen müssten jedoch ihren Grund in der Beschaffenheit des Mietobjektes selbst haben, von ihm ausgehen, ihm auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Mietsache lägen. Hiernach scheidet die Vollvermietung des Handels- und Dienstleistungszentrums, seine Mieterstruktur und somit der Charakter eines Einkaufs- und Vergnügungszentrums als zusicherungsfähige Eigenschaft der zum Betrieb einer Spielbank angemieteten Räume aus.

Schließlich sieht der BGH auch nicht die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage als erfüllt an. Der BGH führt aus, dass im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trage. Dazu gehöre bei der gewerblichen Miete vor allem die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfülle sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirkliche sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters, dass dieser nicht nachträglich auf den Vermieter verlagern könne. Allein der Umstand, dass auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Projektes ausgehe, verlagere das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für das einzelne angemietete Geschäft in dem Einkaufszentrum nicht von dem Mieter auf den Vermieter. Dieser trage seinerseits ohnehin das gesamte Vermietungsrisiko und damit die Gefahr, bei einem Scheitern des Projektes seine Investition zu verlieren. Zwar könnten die Parteien die Risikoverteilung ändern

und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters trage. Dies sei vorliegend jedoch nicht erfolgt. Eine Verlagerung des Verwendungsrisikos im vorliegendem Fall sei auch nicht durch die Widergabe des Vermietungsstandes in der Präambel erfolgt. Es verstehe sich nämlich von selbst, dass der Erbauer eines Einkaufszentrums von der Realisierbarkeit eines Objektes und einer weitgehenden Vollvermietung ausgehe, da er nur in diesem Falle seine Investition nicht verliere. Teile er diese Überzeugung seinem potentiellen Mietern mit und lege er gleichzeitig den als sicher geglaubten Vermietungszustand dar, so übernehme dieser nicht allein deswegen das Geschäftsrisiko des Mieters. Vielmehr bedürfe es hierzu einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien, an der es vorliegend mangle.

2.10 Gesetzliches Vorkaufsrecht des Mieters

BGH, Urteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 250/05, NJW 2006, Seite 1869 f.

„Das gesetzliche Vorkaufsrecht steht dem Mieter einer umgewandelten Eigentumswohnung im freien Wohnungsbau nur für den ersten Verkaufsfall nach der Umwandlung zu. Es besteht deshalb nicht, wenn die Eigentumswohnung vor dem am 1. September 1993 erfolgten Inkrafttreten des § 570b BGB a.F., der Vorgängerbestimmung des § 577 BGB, bereits einmal verkauft worden ist und nach diesem Zeitpunkt erneut verkauft wird (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 141, 194).“

§ 577 BGB räumt dem Mieter ein Vorkaufsrecht ein, wenn nach Abschluss des Mietvertrages und Überlassung der Wohnung an ihn Wohnungseigentum an dieser Wohnung begründet wird und die Eigentumswohnung sodann an einen Dritten verkauft wird. Das Gesetz geht von der zeitlichen Reihenfolge Mietvertrag und Überlassung – Umwandlung – Verkauf aus. Dass das Vorkaufsrecht dem Mieter nur für den ersten Verkaufsfall zustehen soll und nicht bei nochmaligen Veräußerungen des Wohnungseigentums, geht aus dem Gesetz selbst nicht hervor, wird aber vom Bundesgerichtshof der mit Wirkung vom 1. Januar 2002 aufgehobenen Vorschrift des § 2b WoBindG entnommen, dem § 570b BGB a.F. und nun § 577 BGB nachgebildet sind. Mit der Schaffung des § 2b WoBindG hatte der Gesetzgeber das Ziel, der Gefahr einer spekulativen Umwandlung von Sozialmietwohnungen in Eigentumswohnungen und der sich daraus ergebenden Verdrängung der Mieter entgegen zu wirken. Diese Gefahr besteht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs regelmäßig nur beim ersten Verkauf nach der Umwandlung, weil der Eigentümer, der von der Umwandlung profitieren will, sein Spekulationsinteresse typischerweise durch einen baldigen Verkauf der umgewandelten Wohnungen realisieren will. Dass § 2b WoBindG nur bei der Umwandlung von Sozialmietwohnungen Anwendung fand, während § 577 BGB auf alle Wohnungen einschließlich der im freien Wohnungsbau errichteten Anwendung findet, hält der Bundesgerichtshof für die Auslegung der Vorschrift nicht für bedeutsam.

3 AUF PARAGRAPHEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT

3.1 Grundsätze zur Abrechnung bei fehlerhaftem Aufmaß

BGH, Urteil vom 22. Dezember 2005 - VII ZR 316/03, BauR 2006, Seite 678 ff.

„Hat der Auftraggeber eines Vertrages, in dem VOB/B vereinbart worden ist, nicht binnen 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben, wird der Werklohn auch dann fällig, wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar ist. Es findet die Sachprüfung statt, ob die Forderung berechtigt ist.“

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, dass der Auftraggeber mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit der Schlussrechnung dann ausgeschlossen ist, wenn er Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Rechnung später als zwei Monate nach deren Zugang erhebt. Dies ergebe sich aus Treu und Glauben. Außerdem könne sich der Auftraggeber auch dann nicht auf die mangelnde Prüffähigkeit der Schlussrechnung seines Subunternehmers berufen, wenn er selbst gegenüber seinem eigenen Auftraggeber bereits abgerechnet hat. In diesem Fall sei seinem Kontroll- und Informationsinteresse nämlich Genüge getan.

Aus diesem Urteil ergibt sich für Auftraggeber zunächst die Notwendigkeit, Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung innerhalb von zwei Monaten geltend zu machen. Andernfalls bliebe ihnen nur die Möglichkeit nachzuweisen, dass die abgerechneten Leistungen tatsächlich nicht angefallen sind. Außerdem ergibt sich als Konsequenz dieses Urteils, dass Einwendungen gegen die Prüfbarkeit von Rechnungen von Subunternehmern zu erheben sind, bevor gegenüber dem eigenen Auftraggeber eine Schlussrechnung erteilt wird.

3.2 Kein Anspruch auf Preisanpassung im Falle von Stahlpreiserhöhungen

OLG Hamburg, Urteil vom 28. Dezember 2005 - 14 U 124/05, BauR 2006, Seite 680 ff.

- „1. *Der Auftragnehmer kann sich aufgrund der Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt weder auf eine Änderung des Leistungssolls oder andere Anordnungen des Auftraggebers (§ 2 Nr. 5 VOB/B) noch darauf berufen, mit einer nach dem Vertrag nicht vorgesehenen Leistung (§ 2 Nr. 6 VOB/B) beauftragt worden zu sein.*
2. *Da auch die Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B nicht vorliegen, steht dem Auftragnehmer auch kein Anspruch gegen den Auftraggeber auf Anpassung des Vertragspreises wegen veränderter Verhältnisse zu.*
3. *Der Auftragnehmer kann einen Anspruch auf Anpassung der Preise aufgrund der Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt nicht auf § 313 Abs. 1 BGB stützen.“*

Das OLG Hamburg hatte darüber zu entscheiden, ob dem Auftragnehmer im Falle der Erhöhung der Stahlpreise auf dem Weltmarkt ein Anspruch auf Anpassung der vereinbarten Preise gegen den Auftraggeber zusteht, wobei in dem zugrunde liegenden Vertrag eine Klausel enthalten war, dass die vereinbarten Vertragspreise Festpreise für die Dauer der Bauzeit seien.

Das OLG entschied, dass dem Auftragnehmer in einem solchen Fall weder nach der VOB noch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zusteht.

Es handele sich weder um eine (nachvertragliche) Änderung des Leistungssolls oder eine andere Anordnung der Klägerin im Sinne des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B noch um die Beauftragung einer nach dem Vertrag nicht vorgesehenen Leistung im Sinne des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 6 VOB/B. Auch sonst stehe dem Auftragnehmer kein Anspruch gegen die Klägerin auf Anpassung des Vertragspreises wegen veränderter Verhältnisse zu. Die Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B lägen ebenfalls nicht vor, da die ausgeführten Leistungen nicht von der vertraglich vorgesehenen Leistung abwichen. Die dem Auftragnehmer gegenüber seiner Kalkulation entstandenen Mehrkosten fielen allein in das von ihm übernommene Kalkulationsrisiko und rechtfertigten eine Anpassung der Vergütung nicht. Die Vertragsklausel, dass die vereinbarten Vertragspreise Festpreise für die Dauer der Bauzeit seien, sei wirksam. Sie widerspreche nicht der vertraglichen Risikoverteilung eines Werkvertrages. Eine Preisanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage komme ebenfalls nicht in Betracht. Die eingetretene Stahlpreiserhöhung falle allein in den Risikobereich des Auftragnehmers. Die Entwicklung der Stahlpreise sei nicht Vertragsgrundlage im Sinne des § 313

BGB gewesen. Vielmehr handele es sich um eine einseitige Erwartung des Auftragnehmers, sich auf dem Stahlmarkt zu auskömmlichen Preisen mit den benötigten Stahlmengen eindecken zu können.

Für die Auftraggeberseite ergibt sich aus dieser Entscheidung, dass in Bauverträgen nach Möglichkeit die Klausel aufzunehmen ist, dass die vereinbarten Vertragspreise für die Dauer der Bauzeit Festpreise sind, da der Auftraggeber dann vor Erhöhungen der Materialkosten geschützt ist.

3.3 Erfasst § 439 Abs. 2 BGB im Falle der Nachlieferung auch die Kosten für den Aus- und Einbau der Kaufgegenstände?

OLG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2005 - II U 46/05, BauR 2006, Seite 687 ff.

- „1. *Beim Kauf zum Einbau bestimmter Materialien haftet der Verkäufer zwar verschuldensunabhängig für die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache, nicht aber auch für die Kosten des Wiedereinbaus der nachgelieferten Kaufsache (entgegen OLG Karlsruhe IBR 2004, 621).*
2. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, die noch auf das alte Schuldrecht Bezug nehmen, sind insoweit schon wegen Verstößes gegen das Transparenzgebot unwirksam.“*

Die Beklagte lieferte an den Kläger Fliesen zum Einbau in ein Gebäude. Die Fliesen erwiesen sich als mangelhaft. Der Kläger verlangte von der Beklagten Nachlieferung sowie Erstattung der Aufwendungen für den Ausbau und die Neuverlegung der Fliesen. In diesem Zusammenhang hatte das OLG Köln darüber zu entscheiden, ob der Ersatzanspruch gemäß § 439 Abs. 2 BGB, wonach der Verkäufer im Falle der Nachlieferung die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat, auch die Kosten für den Aus- und Einbau bestimmungsgemäß verwendeten Baumaterials umfasst.

Das OLG Köln vertritt die Auffassung, dass sich die geschuldete Nacherfüllung auf Nachlieferung mangelfreier Fliesen und die Erstattung der Kosten für den Ausbau und die Abholung der mangelhaften Fliesen beschränke. Von § 439 Abs. 2 BGB nicht erfasst seien die Kosten für den Einbau und die Verlegung der nachgelieferten Fliesen. Die gegenteilige Auffassung des OLG Karlsruhe sei unzutreffend. Die Einbaukosten seien ein durch die mangelhafte Lieferung bedingter Schaden, der nicht im Rahmen der Nachbesserung, sondern lediglich im Wege des Schadensersatzes auszugleichen sei. Ein Schadensersatzanspruch sei jedoch nur gegeben, wenn dem Verkäufer Verschulden zur Last falle. Ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der Einbaukosten bestehe hingegen nicht. Andernfalls würde Kauf- und Werkvertragsrecht vermengt werden.

Genau die gegenteilige Auffassung zu dieser Frage hat das OLG Karlsruhe in seinem Urteil vom 2. September 2004 - 12 U 144/04, IBR 2004, S. 621, vertreten. Es ist der Ansicht, dass der Baustoffhändler auch die Kosten für den Wiedereinbau verschuldensunabhängig gemäß § 439 Abs. 2 BGB als Teil der Nacherfüllung zu tragen habe. Im konkreten Fall führte dies dazu, dass der Lieferant mangelhafter Küchenfliesen, obgleich er als Zwischenhändler den Mangel nicht verschuldet hatte, sämtliche Kosten für die Erneuerung des Fliesenbelags, der anfallenden Malerarbeiten, des Auf- und Abbaus der Küche sowie der De- und Remontage der Sanitäreinrichtungen zu tragen hatte.

Aufgrund der gegenteiligen Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des OLG Köln bleibt abzuwarten, wie diese Frage zukünftig von anderen Oberlandesgerichten sowie dem BGH entschieden wird.

3.4 Gewährleistungsbürgschaft statt Sicherheitseinbehalt auch bei Mängeln vor Abnahme?

OLG Hamm, Urteil vom 8. November 2005 - 21 U 84/05, BauR 2006, Seite 851 f.

„Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach der Auftragnehmer bei Bereitstellung der vereinbarten Gewährleistungsbürgschaft die Auskehr des Sicherheitseinbehaltes trotz aufgetretener Mängel verlangen kann (BGH BauR 2001, 1893, 1895; BauR 2002, 1543, 1544) und bei Nichtauszahlung die Bürgschaft zurückfordern kann (BGH, BauR 2000, 1501, 1502 f.), gilt auch bei Mängeln, die bereits vor Abnahme zutage getreten sind.“

Das OLG Hamm bestätigt in diesem Urteil die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach der Auftraggeber auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Überlassung eine Austauschbürgschaft durch den Auftragnehmer nach seiner Behauptung bereits Mängel aufgetreten sind, den Bareinbehalt auskehren muss. Der Auftraggeber müsse sich entscheiden, ob er den Bareinbehalt verwertet - dann dürfe er die Bürgschaft nicht entgegen nehmen - oder ob er die Bürgschaft beansprucht - dann müsse er den Bareinbehalt auszahlen -. Falls sich der Auftraggeber nicht erklärt, welche Sicherheit er beanspruchen will, könne der Auftragnehmer wählen, ob er die Auszahlung des Bareinbehaltes oder die Herausgabe der Bürgschaft verlangt. Diese Rechtsprechung des BGH erweitert das OLG dahingehend, dass dies auch dann gelte, wenn die vom Auftraggeber behaupteten Mängel schon vor der Abnahme zutage getreten seien und dennoch eine Abnahme durchgeführt wurde. In diesem Fall bestehe kein sachlicher Grund, eine Doppelsicherung des Auftraggebers zuzulassen. Insbesondere das rein formale Argument, es handle sich einerseits um ursprüngliche Erfüllungsansprüche, andererseits um eine Gewährleistungsbürgschaft, sei unzutreffend. Weiterhin könne der Auftragnehmer diese Rechtslage auch nicht dadurch umgehen, dass er die Nichtzahlung der Schlussrechnungsforderung, auch soweit der ihm vertraglich zustehende Sicherheitsbetrag betroffen ist, anstatt mit dem vertraglichen Einbehaltsrecht mit Gegenrechten wegen der konkreten Mängel begründet. Wäre dies zulässig, so stünde es im Belieben des Auftraggebers, das höchststrichterlich anerkannte Recht des Auftragnehmers auf Sicherheitenaustausch zu vereiteln.

3.5 Amtshaftung bei fehlerhafter behördlicher Schlussabnahme

LG Bonn, Urteil vom 15. März 2006 - 1 O 552/04, IBR 2006, Seite 358

- „1. Die Amtspflicht zur Durchführung einer Schlussabnahme dient dem Interesse unbeteiligter Dritter wie zum Beispiel der Nutzer des Gebäudes.**
- 2. Bei nur fahrlässiger Amtspflichtverletzung kommt eine Haftung der Anstellungskörperschaft des zuständigen Beamten nur in Betracht, wenn der Verletzte keine anderweitige Ersatzmöglichkeit hat, das heißt, wenn ihm keine anderen Schuldner wie beispielsweise Bauherr, Architekt, ausführendes Unternehmen oder Eigentümer zur Verfügung stehen.“**

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde eine zu niedrige Balkonbrüstung eines Mehrfamilienhauses ohne Beanstandungen von der Baubehörde abgenommen. Später stürzte ein Besucher, der sich auf dem Balkon des 1. Stockwerkes gegen die Brüstung gelehnt hatte, in die Tiefe und verletzte sich schwer. Das ausführende Unternehmen existierte nicht mehr, der Architekt war verstorben. Der Geschädigte machte deshalb Amtshaftungsansprüche geltend.

Das Landgericht Bonn hat Amtshaftungsansprüche bejaht. Nach Ansicht des Gerichts bestehe die Amtspflicht, eine Schlussabnahme nur bei ordnungsgemäßer Errichtung eines Gebäudes zu erteilen, insbesondere im Interesse der Nutzer des Gebäudes. Zwar scheitere im Regelfall der Anspruch an der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, demgemäß bei nur fahrlässiger Amtspflichtverletzung die Anstellungskörperschaft des seine Amtspflicht verletzten Beamten subsidiär haftet. Voraussetzung dafür sei allerdings, dass die anderweitigen Ansprüche auch tatsächlich durchsetzbar seien. Da dies im vorliegenden Fall nicht so war, hat das Landgericht einen Schadensersatzanspruch sowie einen Schmerzensgeldanspruch zuerkannt.

Diese Entscheidung entspricht der langjährigen Rechtsprechung des BGH. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Amtspflicht der Behörde zur Überwachung der ordnungsgemäßen Bauausführung nur Dritte schützt, nicht aber den Bauherrn selbst. Dieser hat keinen Anspruch darauf, dass die Behörde ihn vor unwirtschaftlichen Aufwendungen bewahrt oder bei Abweichungen von der genehmigten Bauausführung gegen ihn vorgeht.

3.6 Abbruch eines Denkmals zulässig ?

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 30. März 2006 - 1 A 10178/05, IBR 2006, Seite 361

„Wenn der Denkmaleigentümer die Erhaltungspflicht aus den aus dem Kulturdenkmal fließenden Einnahmen nicht mehr erfüllen kann, ohne sein sonstiges Vermögen anzugreifen, ist ihm die weitere Erhaltung nicht zuzumuten; in diesem Fall ist ihm die Genehmigung zum Abbruch zu erteilen.“

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall beantragte der Eigentümer eines denkmalgeschützten Fachwerkhäuses aus dem Jahre 1700 die Genehmigung zum Abriss mit der Begründung, der weitere Erhalt könne ihm nicht zugemutet werden. Die Genehmigung wurde ihm versagt und auch eine erstinstanzliche Auseinandersetzung vor dem Verwaltungsgericht blieb ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht stellte dabei fest, dass eine etwaige Sanierung mindestens €310.000,00 kosten würde. Wegen eines vorwerfbar verursachten Investitionsrückstaus von €118.235,00 berücksichtigte das Verwaltungsgericht nur den Differenzbetrag für die Zumutbarkeitsbewertung. Aus prognostizierten Mieteinnahmen nach Sanierung von €13.393,80 bei voraussichtlichen Zinslasten für die Kreditierung des Sanierungsaufwandes (ohne den „Investitionsrückstau“) von jährlich rund €10.889,90 und geschätzten Bewirtschaftungskosten von 20 % der Mieteinnahmen (€2.678,76) verblieb nach Ansicht des Verwaltungsgerichts unter Berücksichtigung einer Steuerersparnis von €904,00 ein jährlicher Überschuss von €729,14; damit rentiere sich der Erhalt, so dass der Abriss nicht gestattet werden könne. Hiergegen wendete sich der Eigentümer, der einzelne Grundannahmen der Berechnung in Zweifel zog, mit seiner Berufung.

Die Berufung hatte Erfolg. Das OVG korrigierte die Einzeldaten der Berechnung und kam damit zu einer jährlichen Unterdeckung von jedenfalls mehr als €1.000,00. Sachverständig beraten ging das Gericht zwar bezüglich der Sanierungskosten und des Investitionsrückstaus von den Annahmen der Vorinstanz aus, es korrigierte aber die Annahmen über die zu erwartenden Mieteinkünfte und klammerte den berechneten Steuervorteil aus, der sich bei dem Eigentümer mangels ausreichender steuerpflichtiger Einkünfte gar nicht auswirken würde. Zweifel meldete das Gericht außerdem bezüglich der kalkulierten Finanzierungskosten und der pauschalen Annahme, 20 % der Mieteinnahmen würden an Bewirtschaftungskosten anfallen, an. Diesem Punkt ging es allerdings nicht mehr nach, da sich bereits nach den vorgenannten Korrekturen eine Unterdeckung ergab. Nach Ansicht des Gerichts genüge dies, die Unzumutbarkeit des Erhalts zu begründen. Eine Unzumutbarkeit sei dann gegeben, wenn vom Denkmal kein vernünftiger Gebrauch mehr gemacht werden kann und sich die Rechtsposition einer Lage nähert, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdiene. Dies sei vorliegend der Fall, da für den Erhalt des Denkmals im Hinblick auf die Unterdeckung sonstiges Vermögen zugeschossen werden müsste.

4 STEUERN UND KEIN ENDE

4.1 Zum Vorliegen eines einheitlichen Angebots und seiner Indizwirkung für das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Kauf- und Bauvertrag im Sinne der Grundsätze zum einheitlichen Leistungsgegenstand - Änderung der Rechtsprechung

BFH, Urteil vom 21. September 2005 - II R 49/04, DStR 2006, Seite 272 ff.

„1. Die durch die Annahme eines einheitlichen - sowohl den Verkauf eines bestimmten Grundstücks als auch die Errichtung eines bestimmten Gebäudes umfassenden - Angebots ausgelöste Indizwirkung für das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Kauf- und Bauvertrag im Sinne der Grundsätze zum einheitlichen Leistungsgegenstand gilt auch dann, wenn auf der Veräußererseite mehrere Personen auftreten.

2. Ein einheitliches Angebot im vorbezeichneten Sinne kann auch dann gegeben sein, wenn die bis (annähernd) zur Baureife gediehene Vorplanung inhaltlich maßgebend von der Erwerberseite mit beeinflusst oder gar veranlasst worden ist (Änderung der Rechtsprechung).“

4.2 Grunderwerbssteuerpflicht bei vorsorglich erklärter Auflassung in einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag?

BFH, Beschluss vom 10. Februar 2005 – II B 115/04, Info M 2005, Seite 318.

„Schließen die Vertragsparteien einen Grundstückskaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung (hier: Genehmigung der Umwandlung in Wohnungseigentum), ist die bereits im Kaufvertrag erklärte Auflassung nicht steuerbar, wenn der Käufer von dieser Auflassung erst nach Bedingungseintritt Gebrauch machen kann.“

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Kaufvertrag der Grunderwerbsteuer. Wenn die Parteien ihn unter einer aufschiebenden Bedingung abschließen, ist die Steuerpflicht jedoch gemäß § 14 Nr. 1 GrEStG bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben. Zusätzlich unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG auch die Auflassung der Grunderwerbsteuer. Dies gilt jedoch nur dann, wenn kein Rechtsgeschäft vorangegangen ist, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Die Auflassung unterliegt damit nicht der Grunderwerbsteuer, wenn dadurch ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung erfüllt wird. Seit langem war streitig, ob eine „nicht-steuerbare Auflassung“ auch dann vorliegt, wenn sie vorsorglich im aufschiebend bedingten Kaufvertrag erklärt ist. Der BFH hat nun entschieden, dass auch ein aufschiebend bedingter Übereignungsanspruch den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt, so dass für die Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG über die Besteuerung der Auflassung kein Raum mehr ist. Das soll aber nur dann gelten, wenn der Erwerber von der Auflassung erst nach Eintritt der Bedingung Gebrauch machen kann, denn bei dieser Gestaltung steht der Erwerber nach Auffassung des BFH im Ergebnis so, als würde der Verkäufer die Auflassung ebenfalls erst nach Eintritt der Bedingung erklären. Empfehlenswert ist es daher, nunmehr in allen aufschiebend bedingten Kaufverträgen bei der Durchführungsanweisung an den Notar noch einmal klarzustellen, dass dieser den Antrag auf Eigentumsumschreibung erst stellen soll, wenn die Bedingung eingetreten ist.

5 KOPIEN

Wenn Sie Kopien der hier behandelten Entscheidungen wünschen, wenden Sie sich bitte per E-mail an

(1) Frau Christiane Stock (Christiane.Stock@lw.com)

oder

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.

ImmoInfo is published by Latham & Watkins LLP as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the attorneys listed below or the attorney whom you normally consult.

Latham & Watkins LLP

Dr. Rainer Algermissen
Dr. Stefanie Fuerst
Annette Griesbach
Dr. Antje Hoffmann
Dr. Jürgen Hübner
Dr. Michael Jani
Dr. Anne Caroline Krenz
Dr. Cord Lübke-Detring
Dr. Christoph Morgen
Dr. Christoph Priebe
Oliver Reimann
Panu Siemer
Julia Thünken

Harald Horstkotte
Dr. Inke Hülsdunk
Prof. Dr. Martin Meissner

Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel: +49 (40) 41 40 30
Fax: +49 (40) 41 40 31 30

Frankfurter Welle
Reuterweg 20
60323 Frankfurt am Main
Tel: +49 (69) 60 62 60 00
Fax: +49 (69) 60 62 60 60

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

www.lw.com