



März / April 2007

MANDANTENBRIEF

## I. Steuern & Finanzen

1. Verfassungswidrigkeit der teilweisen Streichung der Entfernungspauschale bestätigt sich
2. Gewinne aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften
3. Neues zum häuslichen Arbeitszimmer
4. BFH gegen Finanzverwaltung zur Aufteilung einer gemischten Schenkung
5. Verbindliche Auskunft nun kostenpflichtig
6. Auswirkungen von EuGH-Urteilen auf Steuerbescheide
7. Ungleichbehandlung in- und ausländischer Dividenden verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheit

## II. Bauen & Wohnen

1. Umgang mit Mängelrechten: Fristsetzung, Ablehnungsandrohung und Beweissicherung
2. Informierter Bauherr muß nicht auf Mängelrisiko hingewiesen werden
3. Staat fördert klimafreundliche Gebäudesanierung jetzt auch mit Baukostenzuschüssen
4. Vorbehaltlose Mietzahlung führt nicht mehr automatisch zur Verwirkung von Kündigungs- und Minderungsrechten

## III. Familie & Erbschaft

Scheidung per Mausklick – empfehlenswert?

## IV. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief April 2007
2. Mandantenbrief März 2007

50668 **KÖLN**

Clever Straße 16

**Telefon** 0221 - 77 20 9-0

**Telefax** 0221 - 72 48 89

**Email** Koeln@leinen-derichs.de

14467 **POTSDAM**

Kurfürstenstraße 31

**Telefon** 0331 - 28 999-0

**Telefax** 0331 - 28 999-14

**Email** Potsdam@leinen-derichs.de

10719 **BERLIN**

Meinekestraße 24

**Telefon** 030 - 886 287 - 41

**Telefax** 030 - 886 287 - 43

**Email** Berlin@leinen-derichs.de

[www.leinen-derichs.de](http://www.leinen-derichs.de)

# I. Steuern & Finanzen

## 1. Verfassungswidrigkeit der teilweisen Streichung der Entfernungspauschale bestätigt sich

Mit dem Steueränderungsgesetz 2007 sind die Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte gemäß § 9 Abs. 2 EStG grundsätzlich der Privatsphäre zugeordnet worden. Daher wird die Entfernungspauschale seit diesem Jahr erst ab dem 21. Kilometer gewährt, wobei es sich dabei lediglich um eine Härteregelung für diejenigen Pendler handeln soll, die einen besonders weiten Anfahrtsweg zur Arbeitsstätte haben.

Das Finanzgericht Baden-Württemberg hält diese Zuordnung mit dem Grundgesetz für vereinbar, da es sich bei den Aufwendungen für den Arbeitsweg nicht um originäre Werbungskosten handele (FG Baden-Württemberg vom 07.03.2007, Az. 13 K 283/06). Anders beurteilen dies das Finanzgericht Niedersachsen (Beschluss vom 02.03.2007, Az. 7 V 21/07, und Beschluss vom 27.02.2007, Az. 8 K 549/06) und das Finanzgericht des Saarlandes (Beschluss vom 22.03.2007, Az. 2 K 2442/06). Beide Gerichte haben die Streitfrage dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt (Az. 2 BvL 1/07 und 2 BvL 2/07). Zur Klärung stehen die folgenden drei Streitfragen an:

- Zunächst geht es darum, ob der Wegfall der ersten zwanzig Kilometer bei der Entfernungspauschale einen Verstoß gegen das im Steuerrecht geltende subjektive und objektive Nettoprinzip darstellt. Danach wird nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen besteuert, so

dass nur das nach Abzug der beruflichen Aufwendungen verbleibende Einkommen zu erfassen ist.

- Weiter ist zu klären, ob die Änderung des § 9 Abs. 2 EStG mit Art. 6 GG vereinbar ist, wonach die Ehe besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Dieser Schutz könnte beeinträchtigt sein, wenn beide Ehegatten erwerbstätig sind und die Wohnsitzwahl nicht allein durch private Erwägungen beeinflusst wird, sondern – so auch in einem der Streitfälle – die Steuerpflichtigen sich bewusst für einen Wohnort nahe des Arbeitsplatzes des einen Ehepartners entschieden haben, was für den anderen weite Arbeitswege unausweichlich macht.
- Schließlich ist in steuersystematischer Hinsicht zu erörtern, ob die Entscheidung des Steuerpflichtigen über den eigenen Wohnort dazu führen kann, dass lediglich gemischte Aufwendungen vorliegen, die der Gesetzgeber über § 12 EStG vollständig oder teilweise nicht zum Abzug zulassen darf.

Erste Hinweise auf einen Ausgang der Verfahren in Karlsruhe ergeben sich aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2002, in der es ausführte, dass die steuerrechtlich erhebliche Berufssphäre traditionell nicht erst am Werkstor beginnt, sondern – so wird für die hier interessierende Rechtsfrage

zu ergänzen sein – der Arbeitsweg dazugehört. Dies kann nicht nur für den Hinweg zur Arbeitsstätte gelten, sondern gleichermaßen für den Rückweg, da auch dieser beruflich veranlasst ist.

Die Finanzverwaltung hat sich bisher nicht zu einem generellen Vorläufigkeitsvermerk entschließen können. Aufgrund des bei dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfahrens sind die künftigen Steuerbescheide ab 2007 jedenfalls offenzuhalten. Die Verwaltung lässt Ansprüche mit Verweis auf das Verfahren beim Bundesverfassungsgericht ruhen, gewährt aber trotz des gegenteiligen Beschlusses des Finanzgerichts Niedersachsen keine Aussetzung der Vollziehung. Stattdessen stuft sie den Rechtsbehelf als Massenverfahren ein, so dass später eine Erledigung durch öffentliche Bekanntgabe nach § 367 Abs. 2b AO erfolgen kann. Noch unerledigte Einsprüche ruhen nun kraft Gesetzes gem. § 363 Abs. 2 Satz 2 AO.

Hierbei wird unterstellt, dass sich die Einspruchsführer auf das o.g. Verfahren beim Bundesverfassungsgericht stützen. (OFD Rheinland und OFD Münster vom 15.03.2007, Kurzinformation Verfahrensrecht Nr. 6/2007; OFD Koblenz vom 02.04.2007, Gz. S 2351 A - St 32 2; ).

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird nicht nur Bedeutung für die Entfernungspauschale haben. In Frage steht der Abzug tatsächlicher Aufwendungen insgesamt, etwa der Abzug von Fahrkarten oder von Unfallkosten. Seit Jahresbeginn sind diese Kosten nicht mehr abziehbar. Darüberhinaus ist auch die Lohnsteuerpauschalierung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 EStG mit 15 % betroffen, die um die ersten 20 Kilometer gemindert wurde. Auch insoweit ist eine Anfechtung der Lohnsteueranmeldung erforderlich, zumal bisher nicht feststeht, ob die Verwaltung auch hinsichtlich dieser Fragen die Veranlagung offen hält.

## **2. Gewinne aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften**

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schreiben vom 07.02.2007 zu der Steuerpflicht von privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften Stellung genommen, bei denen zwischen Anschaffung und Verkauf nicht mehr als zehn Jahre liegen (BMF-Schreiben vom 07.02.07, Gz. IV C 3 – S 2256 – 11/07).

Der Gesetzgeber hatte erst im März 1999 im Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl. I 1999, S. 402) bestimmt, dass die Entnahme die zehnjährige Spekulationsfrist neu in Gang setzt. Nach Ansicht des

Bundesfinanzhofs gilt die Änderung nicht für Entnahmen vor dem 01.01.1999 (Urteil vom 18.10.2006, Az. IX R 5/06).

Auch die Überführung eines Grundstücks aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen durch Entnahme gilt als Anschaffung. Wird das Grundstück innerhalb von zehn Jahren nach der Entnahme verkauft, liegt auch hier ein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft vor. Bisher war umstritten, ob das auch gilt, wenn die Entnahme aus dem Betriebsvermögen vor dem 01.01.1999 erfolgt ist. Mit dem eingangs ge-

nannten Schreiben hat die Finanzverwaltung nun ihre bisherige Ansicht revidiert und das BMF-Schreiben vom 05.10.2000 (Gz. IV C 3 - S 2256 - 263/00) geändert. Nur für Entnahmen aus dem Betriebsvermögen, die nach dem

### **3. Neues zum häuslichen Arbeitszimmer**

Die Abziehbarkeit von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ist in den vergangenen Jahren immer mehr eingeschränkt worden. Das Bundesministerium der Finanzen hat nun einen neuen Erlass herausgegeben, der die beiden bisherigen Grundsatzschreiben aus dem Jahr 2004 ersetzt (BMF-Schreiben vom 03.04.2007, Geschäftszeichen IV B 2 - S 2145/07/0002). Danach können Aufwendungen für ein häufiges Arbeitszimmer seit diesem Jahr nur noch als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden, wenn das Büro den Mittelpunkt der Betätigung bildet.

Maßgeblich sein soll ein inhaltlich qualitativer Schwerpunkt, nicht der zeitliche Umfang. Zwar schließt eine überwiegende außerhäusliche Tätigkeit den Kostenabzug nicht von vornherein aus. Bei verschiedenen Betätigungen genügt es jedoch regelmäßig nicht, wenn das häusliche Arbeitszimmer lediglich den qualitativen Mittelpunkt einer Einzeltätigkeit bildet. So werden in Zukunft beispielsweise Aufwendungen für Heimarbeitsplätze und Aufwendungen von Unternehmensberatern absetzbar bleiben, selbst wenn sie zeitlich einen Teil im Außendienst verbringen. Anderes gilt für Handelsvertreter, Ärzte mit heimischer Gutachtertätigkeit und Lehrer.

31.12.1998 erfolgen, gilt, dass ein Verkauf innerhalb von zehn Jahren nach dem Zeitpunkt der Entnahme zu einem privaten Veräußerungsgeschäft führt.

Ein häusliches Arbeitszimmer ist ein Raum, der in die häusliche Sphäre eingebunden ist, also zur Privatwohnung oder zum Eigenheim gehört. Ob die Wohnung Eigentum des Steuerpflichtigen oder dieser lediglich Mieter ist, spielt keine Rolle. Als außerhäuslich gelten nur solche Räume, die keine direkte innere Verbindung zur Wohnung haben. Nicht unter die Abzugsbeschränkung fallen auch Betriebs-, Lager- und Ausstellungsräume, selbst wenn diese an die Wohnung angrenzen, ebenso wenig betrieblich genutzte Räume wie Freiberuflerpraxen, Verkaufs- und Aufenthaltsräume für Personal sowie Kellerlager mit Waren- und Werbematerialien.

Stellt danach das heimische Büro den Mittelpunkt der Tätigkeit dar, sind laufende Kosten anteilig abziehbar. Luxusgegenstände zur Ausschmückung des Arbeitszimmers gehören jedoch zu den Kosten der Lebensführung.

Erst jüngst hatte der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 22.01.2006 (Az. X R 1/05) nochmals zur Abziehbarkeit von Aufwendungen für das Arbeitszimmer Stellung genommen. In dem entschiedenen Fall nutzte der Handelsvertreter einen Kellerraum zur Lagerung von Werbe- und Dekorationsmitteln und für administrative Tätigkeiten. Der Bundesfinanzhof entschied, dass

dies den Voraussetzungen für ein häusliches Arbeitszimmer genüge, wenn der Raum aufgrund von Ausstattung und Funktion ein typisches Büro darstellt und die Funktion als Lager dahinter zurücktritt. Ist dies hingegen nicht der Fall, ist für die Berechnung der abziehbaren Aufwendungen der betriebliche Nutzungsanteil

zu ermitteln, der sich aus dem Verhältnis der Fläche des Kellerraums zur Gesamtfläche aller Räume des Gebäudes inklusive aller Nebenräume ergibt. Die Abzugsbeschränkung nach § 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG gelte lediglich für Räume, die nach Ausstattung und Funktion nicht als Arbeitszimmer einzustufen sind.

#### **4. BFH gegen Finanzverwaltung zur Aufteilung einer gemischten Schenkung**

Mit Schreiben vom 26.02.2007 hat das Bundesministerium der Finanzen seine Auffassung zur steuerlichen Wertung einer gemischten Schenkung geändert (BMF-Schreiben vom 26.02.2007, Gz. IV C 2 -S 2230- 46/06 und IV C 3 – S 2190 - 18/06). Bereits mit Urteilen vom 27.07.2004 und 18.01.2006 hatte der Bundesfinanzhof entschieden, dass für eine gemischte Schenkung grundsätzlich die Preisaufteilung der Vertragsparteien maßgeblich ist, wenn sie den Kaufpreis einzelnen Wirtschaftsgütern zuordnen (Urteil vom 27.07.2004, Az. IX R 54/02; Urteil vom 18.01.2006, Az. IIX R 34/05).

Die Finanzverwaltung hat sich nunmehr der Auffassung des Bundesfinanzhofs angeschlossen. Sie unterscheidet nunmehr drei Fälle:

- Handelt es sich um einzelnes Wirtschaftsgut, wird der verbilligte Preis im Verhältnis zum Verkehrswert in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgeteilt.
- Stehen mehrere Wirtschaftsgüter in Frage, folgt nun auch die Finanzverwaltung der Zuordnung der Anschaffungskosten nach Vereinbarung der Parteien, wenn sie nach außen hin erkennbar ist. Für Fälle, in de-

nen die Finanzverwaltung jedoch einen Gestaltungsmissbrauch zu erkennen glaubt, in den etwa eine unangemessene wertmäßige Berücksichtigung erfolgt, sollen die Anschaffungskosten nach dem Verhältnis der Verkehrswerte anteilig zuzurechnen sein. Letztlich behält sich damit die Finanzverwaltung eine Überprüfung vor.

- Bei Mischvermögen, also Privat- und Betriebsvermögen, werden die vertraglich vereinbarten Einzelpreise in Zukunft bis zur Höhe der jeweiligen Verkehrswerte nicht beanstandet. Ansonsten erfolgt eine Kaufpreisaufteilung im Verhältnis der Verkehrswerte.

Bedeutung hat die geänderte Auffassung für die Höhe der AfA. Wird der insgesamt gezahlte Kaufpreis gezielt einem Wirtschaftsgut bis zur Höhe des Verkehrswertes zugeordnet, liegt insoweit keine gemischte Schenkung vor, sondern ein vollentgeltlicher Erwerb. Damit steigt das AfA-Volumen. Für die übrigen Wirtschaftsgüter sind dann die Anschaffungskosten gering und der Schenkungsanteil entsprechend hoch.

## 5. Verbindliche Auskunft nun kostenpflichtig

Mit Schreiben vom 12.03.2007 hat das Bundesministerium der Finanzen bestätigt, dass Anträge auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft, die ab dem 19.12.2006 beim Finanzamt eingehen, gebührenpflichtig sind (BMF-Schreiben vom 12.03.2007, Gz. IV A 4 – S 0224/07/0001). Die Gebühr richtet sich nach dem Gegenstandswert, für den die steuerliche Auswirkung des vom Antragsteller dargelegten Sachverhalts maßgeblich ist. Dauersachverhalte werden mit dem Jahresdurchschnitt berechnet. Der Wert beträgt mindestens 5000,- Euro und maximal 30 Mio. Euro, so dass sich Gebühren zwischen 121,- Euro und 91.456,- Euro ergeben können.

Der Anfragende ist danach verpflichtet, bereits im Auskunftsantrag den Gegenstandswert nachvollziehbar darzulegen. Fehlen solche Angaben oder sind die Angaben nicht ausreichend, berechnet das Finanzamt die Gebühr

nach Anhörung des Antragstellers. Das Gebührenhebungsverfahren erfolgt zeitlich vor Bearbeitung des Auskunftsantrags, so dass zu erwarten ist, dass sich die Erteilung verbindlicher Auskünfte weiter verzögern wird. Die Gebührensatzung ist mit dem Einspruch angreifbar, Änderungen erfolgen nach §§ 129 – 131 AO.

Ausgenommen von der Gebührenpflicht sind Anträge auf verbindliche Zusagen im Zusammenhang mit einer Außenprüfung, Anrufungsauskünfte zu Lohnsteuerfragen nach § 42e EStG und allgemeine Anfragen, die auf keine verbindliche Auskunft abzielen.

Die Gebühr geht vollständig zulasten des Anfragenden, da sie als steuerliche Nebenleistung nach § 3 Abs. 4 AO über § 12 Nr. 3 EStG nicht als Betriebsausgabe oder Werbungskosten absetzbar ist.

## 6. Auswirkungen von EuGH-Urteilen auf Steuerbescheide

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 23.11.2006 (Az. V R 67/05) entschieden, dass Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs nicht die Änderung bestandskräftiger Steuerbescheide rechtfertigen. In dem vom BFH entschiedenen Fall ging es um ein Urteil des EuGH zur Steuerfreiheit bei privaten Glücksspielen. Die Finanzverwaltung hatte die Änderung bestandskräftiger Umsatzsteuerbescheide abgelehnt, da sich das Begehren der Steuerpflichtigen nicht auf eine AO-Vorschrift stützen ließe. Eine Entscheidung des EuGH sei

auch kein Grund für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der Bundesfinanzhof bestätigt diese Auffassung der Finanzverwaltung mit der Erwägung, dass keine vorsätzliche Nichtumsetzung von Europarecht vorliege, wenn die Rechtslage bis zum Urteil ungeklärt war. Geändert werden könnten bestandskräftige Steuerbescheide nur dann, wenn die Finanzverwaltung nach nationalem Recht dazu befugt sei. Eine nachträglich festgestellte Unvereinbarkeit mit Europarecht

rechtfertige nicht automatisch eine Durchbrechung der Bestandskraft des Steuerbescheids. Anderes könne nur bei vorsätzlichen Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht gelten. Solche können regelmäßig bei einer nachträglichen Klärung der Rechtsfrage jedoch nicht angenommen werden.

Ähnlich hat nun auch das Finanzgericht Köln entschieden (Urteil vom 07.12.2006, Az. X K 3795/06, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter Az. IV B 5/07). Danach muss die Finanzverwaltung auch keinen generellen Vorläufigkeitsvermerk in Steuerbescheide aufnehmen,

wonach der Bescheid hinsichtlich aller beim Bundesverfassungsgericht, beim Bundesfinanzhof und beim Europäischen Gerichtshof anhängigen steuerlichen Rechtsfragen für vorläufig erklärt wird. Es sei vielmehr ermessensgerecht, den Vorläufigkeitsvermerk nach § 165 AO von der Breitenwirkung der Verfahren abhängig zu machen.

Die Urteile zeigen nochmals, dass der Steuerpflichtige nicht umhin kommt, anhängige Verfahren bei Bundes- und europäischen Gerichten zu verfolgen und durch einen Antrag auf Ruhen des Verfahrens offenzuhalten.

## **7. Ungleichbehandlung in- und ausländischer Dividenden verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheit**

Am 06.03.2007 hat der EuGH seine Entscheidung in der Rechtssache Meilicke (Rs. C-292/04) verkündet und die in Deutschland bis Ende 2001 geltende steuerliche Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Dividenden als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit eingestuft.

Hintergrund ist die frühere Besteuerung von Dividenden. Anders als bei Dividenden von inländischen Kapitalgesellschaften versagte die Finanzverwaltung eine Steuergutschrift für Dividenden von ausländischen Gesellschaften. Drei Siebtel der erhaltenen inländischen Dividenden waren zusätzlich zu versteuern, und in gleicher Höhe wurde die gezahlte Steuer angerechnet.

Der Europäische Gerichtshof hat nun die von vielen Experten geäußerten europarechtlichen Bedenken dieser Regelung bestätigt. Sie ver-

stößt gegen den Grundsatz der Kapitalfreiheit, weil sie Investitionen im Ausland gegenüber Inlandsinvestitionen benachteiligt.

Da das Anrechnungsverfahren im Inland durch das die Auslandsdividenden nicht benachteiligende Halbeinkünfteverfahren ersetzt worden ist, kommen diejenigen Aktionäre in den Genuss des EuGH-Urteils, die ausländische Ausschüttungen vor 2001 erhalten haben. Dann sind im Hinblick auf die vorstehend kommentierte Entscheidung Erstattungen in den Veranlagungsverfahren möglich, in denen die entsprechenden Einkommensteuerbescheide offengehalten worden sind. Das Bundesministerium der Finanzen befürchtet nun eine Mehrbelastungen von bis zu 5 Mrd. Euro.

## II. Bauen & Wohnen

### 1. Der gebotene Umgang mit Mängelrechten: Fristsetzung, Ablehnungsandrohung und Beweissicherung

I.

Auch wenn es das Erfordernis der Ablehnungsandrohung als Voraussetzung der Selbstvornahme sowie der Erstattung der dafür anfallenden Kosten im BGB seit der Schuldrechtsreform nicht mehr gibt, so ist sie doch im VOB Vertrag im Rahmen der Mängelrechte vor der Abnahme relevant (§ 4 Nr. 7 VOB/B).

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte über einen Fall zu entscheiden, an welchem lehrbuchartig typische Fehlerquellen der Auftraggeber im Umgang mit ihren Mängelrechten aufgezeigt werden konnten.

Dem Auftraggeber mußten die Mängelrechte versagt werden, da er zum einen „die neben der Fristsetzung erforderliche Ablehnungs- bzw. Kündigungsandrohung nicht in derselben Erklärung ausgesprochen“ hat. Zum anderen hatte er von den mangelhaften Bauteilen lediglich Photos angefertigt. Jedoch sind „bloße Photos von vermeintlich mangelhaften Bauteilen in der Regel keine brauchbare Beweisgrundlage“ (OLG Frankfurt, Urteil vom 29.03.2006, 4 U 136/04)

II.

In dem Fall hatte der Auftragnehmer für den Auftraggeber Werkleistungen im Keller- und Hofbereich ausgeführt. Der Auftraggeber nahm die Leistungen nicht ab, da seiner Ansicht nach Mängel an der Unterkellerung, dem Treppenzugang und der Hofbepflasterung existierten. Zunächst forderte er den Auftragnehmer dar-

aufhin unter Fristsetzung auf, die Mängel zu beseitigen. Erst in seiner zweiten schriftlichen Mängelbeseitigungsaufforderung erklärte er mit einer Nachfristsetzung auch die Ablehnungsandrohung. Beide Fristen verstrichen fruchtlos.

Der Auftraggeber ließ die Mängelbeseitigungsarbeiten sodann unmittelbar nach dem Ablauf der Nachfrist durchführen. Zuvor hatte er die aus seiner Sicht mangelbehafteten Bauteile photographisch dokumentiert. Gegen die Werkklage des Unternehmers versucht er, sich mit der Geltendmachung eines Minderungsrechtes in Höhe der Beseitigungskosten zur Wehr zu setzen.

III.

Ohne Erfolg! Das OLG sieht die Voraussetzungen für das Recht auf Minderung nicht erfüllt. Da in der ersten Mängelbeseitigungsaufforderung keine Ablehnungs- bzw. Entziehungsandrohung (vgl. § 4 Nr. 7 VOB/B) enthalten war, seien die erforderlichen Voraussetzungen hiermit nicht geschaffen. In dem zweiten Schreiben ist zwar sowohl die Ablehnungsandrohung als auch eine Fristsetzung enthalten, jedoch sei die dort angesetzte Frist von nur einer Woche – auch unter der Berücksichtigung von Postlaufzeiten – unangemessen kurz.

Überdies sei es dem Auftraggeber auch in der zweiten Instanz nicht gelungen, die behaupteten Mängel zu beweisen. Anhand der Photos seien die Mängel nicht zweifelsfrei nachzuvoll-

ziehen gewesen. Die hierzu eingeholten Gutachten seien unergiebig.

IV.

Das Urteil stößt in Hinblick auf die Versagung des Minderungsrechts auf keinerlei Bedenken. Der Fall und seine Beurteilung illustrieren vielmehr eindrücklich, daß der Umgang mit Mängelrechten nach wie vor nicht sorgfältig genug betrieben wird. Der Auftraggeber wäre besser beraten gewesen, sich zunächst Klarheit über die Durchsetzung und Durchsetzbarkeit seiner Mängelrechte zu verschaffen. Auch die nicht immer ohne weiteres zu beantwortende Frage nach der Beweislastverteilung wäre hätte gestellt werden müssen.

Was die Angemessenheit der Fristsetzung anbelangt, kann nur vor Beschleunigungsbemühungen gewarnt werden. Das Gericht hat bei der Bewertung der Angemessenheit einen nicht

unerheblichen Beurteilungsspielraum, so daß starre Vorgaben verbieten. Letztlich kann über die Angemessenheit einer Frist auch nur anhand jedes Einzelfalles entschieden werden.

Fahrlässig ist es, an der Beweissicherung sparen zu wollen. Selbst angefertigte Photos, die ja letztlich auch immer nur den Teil dokumentieren, welchen derjenige für relevant erachtet, der die Mängel behauptet, dürften selten eine auskömmliche Beweisgrundlage darstellen.

Insgesamt kann und muß daher zur Vorsicht und Bedacht im Zusammenhang mit Mängelrechten geraten werden. Wer sich hier Säumnisse zu Schulden kommen läßt, verliert regelmäßig bereits seine Ansprüche dem Grunde nach.

## **2. Ein informierter Bauherr muß nicht auf Mängelrisiko hingewiesen werden**

I.

Das Oberlandesgericht Köln hatte sich kürzlich mit der Erforderlichkeit der Bedenkenanmeldung nach § 4 Nr. 3 VOB/B zu befassen. Und zwar in dem Falle, in welchem der fachkundige Auftraggeber bzw. sein bauleitender Architekt selbst hinreichend über die technische Situation und die möglichen Konsequenzen bescheid wußte.

Das OLG hat wie folgt entschieden: Die Prüfungs- und Hinweispflicht entfällt, wenn sich der Auftragnehmer darauf verlassen kann, daß der fachkundige Auftraggeber selbst oder durch

seinen bauleitenden Vertreter (Architekt bzw. Sonderfachmann) ein bestimmtes Risiko erkannt und bewußt in Kauf genommen hat. (OLG Köln, Urteil vom 16.01.2007- 3 U 214/05)

II.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt erkannte der Auftragnehmer während der Ausführung von Putzarbeiten, daß die Wände mit Feuchtigkeit und Salz belastet sind. Der Architekt, welcher von dem Bauherrn mit der Bauleitung beauftragt worden war, kannte die Problematik ebenfalls und dies auch bereits vor Beauftragung des Putzers. Gleichwohl ließ er den

Auftragnehmer die Ausführung fortsetzen. Dieser meldete daraufhin seine Bedenken nicht bei dem Bauherrn bzw. Auftraggeber an.

Innerhalb der Gewährleistungsfrist zeitigten Feuchtigkeit und Salz die ersten Schäden an der Fassade- der Putz platzte ab.

Der Auftraggeber möchte nun Schadensersatz vom Auftragnehmer, der seine Einstandspflicht ablehnt.

### III.

Bereits das Landgericht hat den geltend gemachten Schadensersatzanspruch verneint. Im Ergebnis schließt sich das OLG dieser Entscheidung an.

Zunächst wird hierzu festgestellt, daß sich der Auftraggeber das Wissen seines Architekten nach dem Rechtsgedanken des § 166 BGB zurechnen lassen müsse. Es handele sich vorliegend um den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung. Ohne ausdrücklich zum rechtsgeschäftlichen Vertreter bestellt zu sein, sei derjenige „Wissensvertreter“, welcher nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und dabei die angefallenen Informationen nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern auch weiter zu geben. So verhalte es sich in dem zu beurteilenden Fall. Der Architekt war als Bauleiter tätig geworden, so daß der Auftraggeber sich dessen Wissen zurechnen lassen müsse.

Der bauleitende Architekt war über den Wandaufbau und deren Salz- sowie Feuchtigkeitsbe-

lastung bereits vor der Vergabe umfassend informiert und hatte in Kenntnis der damit verbundenen Probleme die Putzarbeiten vergeben. Daraus könne nichts anderes geschlossen werden, als daß das Risiko eines Schadens durch Abplatzen des Putzes bewußt in Kauf genommen worden sei. Durch diese stillschweigende Risikoübernahme des Auftraggebers entfalle die Pflicht des Auftragnehmers, seine Bedenken nach § 4 Nr. 3 VOB/B anzu-melden.

### IV.

Dem Urteil des OLG Köln ist zwar zuzustimmen, denn auch im übrigen ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß eine Bedenkenanmeldung ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn der Auftraggeber ohnehin auskömmlich über das Mängelrisikos informiert ist.

Jedoch ist der Unternehmer schlecht beraten, der sich allzu leicht auf das vermeintliche Wissen des Auftraggebers verlassen möchte und den Bedenkenhinweis unterläßt. Denn er sieht sich im Prozeß mit dem Problem, die erforderliche Kenntnis dem Auftraggeber nachzuweisen, konfrontiert. Der Nachweis dürfte häufig nicht gelingen; zumal die Anforderungen an eine lückenlose Kenntnis sehr einzelfallsbezogen gestellt werden müssen.

Außerdem muß beachtet werden, daß der Bundesgerichtshof die Prüf- und Hinweispflicht nicht schon entfallen läßt, wenn der bauleitende Architekt eine Anordnung trifft, welche zu einem Mangel führen könnte. Allein die Kenntnis reicht hierfür nicht aus. Dem Wissensvertreter müssen auch die Konsequenzen und Risiken klar sein, damit die Hinweispflicht des Auftragnehmers entfällt.

Aufgrund dessen ist dem Auftragnehmer auch weiterhin nachdrücklich zu empfehlen, unabhängig von einer möglichen Kenntnis des Auf-

traggebers Bedenken schriftlich anzumelden. Entspricht er dem § 4 Nr. 3 VOB/B ist er jedenfalls auf der sichereren Seite.

### **3. Staat fördert klimafreundliche Gebäudesanierung jetzt auch mit Baukostenzuschüssen**

I.

Seit dem 01.01.2007 gelten neue Förderbedingungen im CO<sub>2</sub> – Gebäudesanierungsprogramm!

Im Rahmen der „Förderinitiative Wohnen, Umwelt, Wachstum“ stehen bis 2009 jährlich Bundesmittel in Höhe von 1 Mrd. € für die entsprechenden Förderprogramme der Kreditanstalt für Wiederaufbau Förderbank zur Verfügung. Der Staat betreibt somit nicht unerheblichen finanziellen Aufwand, um den Energieverbrauch der Privathaushalte zu senken.

Besonders interessant ist hierbei das CO<sub>2</sub> Gebäudesanierungsprogramm.

II.

Bei den Maßnahmen, die gefördert werden, wird nach dem Jahr unterschieden, in welchem das zu sanierende Gebäude fertig gestellt wurde. Solche, die bis zum 31.12.1983 fertig gestellt worden sind, müssen derart effektiv saniert werden, daß der Höchstwert für Neubauten erreicht oder unterschritten wird (Jahresprimärenergiebedarf und Transmissionswärmeverlust). Hierbei kommt es nicht darauf an, mit welchen Maßnahmen der Gebäudeeigentümer dieses Ziel erreicht.

Anders verhält es sich bei Objekten, die bis zum 31.12.1994 fertig gestellt wurden. Der Eigentümer muß hier ein sogenanntes Maßnahmenpaket durchführen. Dafür muß er wiederum keine bestimmte CO<sub>2</sub> Einsparungen nachweisen. Insgesamt gibt es fünf verschiedene Maßnahmenpakete, die jeweils unterschiedliche Baumaßnahmen vorschreiben. Großer Beliebtheit erfreut sich z.B. das Paket Nr. 3, welches die Wärmedämmung der Außenwände und den Austausch der Fenster oder die Erneuerung der Heizung beinhaltet.

III.

Bisher gewährte die KfW Bank lediglich zinsgünstige Kredite, die gegebenenfalls um einen Tilgungszuschuß ergänzt wurden. Das gilt zwar auch weiterhin, hinzu kommt jedoch noch, daß jetzt auch Baukostenzuschüsse gewährt werden.

Eigentümer von selbstgenutzten oder vermieteten Ein- oder Mehrparteien Häusern oder Eigentumswohnungen können für alle geförderten Sanierungsmaßnahmen einen Zuschuß zu den Kosten beantragen. Die Höhe ist nach Wirksamkeit der Maßnahme gestaffelt (von 5 % bis 17,5 % oder aber von 2.500 € bis max. 8.759 € pro Wohnung).

IV.

Förderbedingungen und Antragsformulare sind unter [www.kfw-foerderbank.de](http://www.kfw-foerderbank.de) zu finden. Es kann nicht abgeschätzt werden, wie lange der

Fördertopf noch Zuschüsse hergibt. Daher kann nur angeraten werden, die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen möglichst zügig zu planen. Der Beitrag des Staates hierzu ist beachtlich.

#### **4. Die vorbehaltlose Mietzahlung führt nicht mehr automatisch zur Verwirkung von Kündigungs- und Minderungsrechten**

Der Bundesgerichtshof entschied im Oktober letzten Jahres aufgrund der durch die Mietrechtsreform im Jahr 2001 geänderten Rechtslage zugunsten eines Mieters und lehnte eine Verwirkung des Kündigungsrechts ab:

„An der Rechtsprechung zur Verwirkung eines Rechts zur fristlosen Kündigung wegen eines Sachmangels in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. wird unter dem seit 1.9.2001 geltenden Mietrecht nicht mehr festgehalten. Mit dem Mietrechtsreformgesetz ist die Grundlage für eine analoge Anwendung des § 539 BGB a.F./§ 536 b BGB entfallen“ (BGH, Urteil vom 18.10.2006, XII ZR 33/04).

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien schlossen einen Gewerberaummietvertrag, wobei bekannt war, daß das Dach einer mitvermieteten Lagerhalle undicht war. Der Vermieter sagte indes mehrfach zu, den Schaden zu beheben. Gleichwohl verstrichen sechs Jahre, ohne daß Reparaturen in Angriff genommen wurden. Im sechsten Jahr vermeldet der Mieter, daß die Situation der Lagerhalle nach wie vor unverändert sei, was scheinbar ungehört verhallte, da sich auch in den folgenden Monaten abermals nichts tat. Nach acht Monaten hatte die Geduld des Mieters ihr Ende. Er kündigte fristlos. Der Vermieter zeigt sich hiervon wenig erfreut. Er ist der Auf-

fassung, daß der Mieter sein Kündigungsrecht wegen Zeitablaufs und vorbehaltloser Mietzahlung verwirkt habe.

Der BGH ist anderer Auffassung. Der Mieter habe sein Kündigungsrecht nicht verloren. Die Verwirkung des Kündigungsrechtes setze kumulativ voraus, daß der Mieter sein Kündigungsrecht über längere Zeit nicht geltend macht, und der Vermieter aufgrund besonderer Umstände darauf vertrauen durfte, daß der Mieter nicht mehr kündigen wird.

In dem vorliegenden Falle, hatte der Mieter zwar längere Zeit nicht gekündigt. Er habe aber darauf vertrauen dürfen, daß der Vermieter den Schaden beseitigen würde, nachdem selbiger ihm das wiederholt versprochen hatte. Der Vermieter wiederum sei nicht schutzwürdig in seinem Vertrauen, daß der Mieter nicht kündigen würde. Anhaltspunkte hierfür wären jedenfalls nicht gegeben.

Des weiteren stünde der Kündigung auch nicht entgegen, daß der Mieter stets vorbehaltlos die Miete geleistet hat. Diesbezüglich habe sich die Rechtslage durch die Mietrechtsreform 2001 geändert: Die Mängelrechte des Mieters sind nun in dem § 536c BGB abschließend geregelt. Dort findet sich kein Hinweis auf das Erfordernis der Zahlung unter Vorbehalt.

Die Verwirkung von Kündigungs- und Minderungsrecht kommt seit der Mietrechtsreform nur noch unter den zuvor genannten Grundsätzen in Betracht. Besondere Umstände, nach welchem der Vermieter darauf vertrauen darf, daß

der Mieter nicht kündigen wird, sind beispielsweise dann gegeben, wenn der Mieter seinerseits Investitionen tätigt oder aber durch Äußerungen zu erkennen gibt, daß er auf sein Kündigungsrecht nicht nur vorübergehend, sondern auch dauerhaft verzichten wolle.

### III. Familie & Erbschaft

#### 1. Scheidung per Mausklick – empfehlenswert?

Angebote zur „Online-Scheidung“ suggerieren die schnelle und preiswerte Scheidung per Mausklick. Das ist ein Irrtum!

Scheidungen erfolgen immer noch durch den Amtsrichter in Anwesenheit der Eheleute vor dem Amtsgericht und zumindest ein Anwalt ist nötig. Der darf nur die Interessen „seiner“ Partei vertreten. Die Gefahr ist groß, dass die andere Partei – wenn nicht anwaltlich beraten – ihr ungünstigen Regelungen zustimmt.

Auch eine einvernehmliche Scheidung bedarf der sorgfältigen Beratung beider Eheleute. So ist z.B. der bei jeder Scheidung durchzuführende Versorgungsausgleich, d.h. der Ausgleich der während der Ehe erworbenen Rentenanwartschaften, ein kompliziertes rechtliches Gebiet mit großen Auswirkungen für beide Eheleute. Noch sind Unterhaltsvereinbarungen für die

Zeit nach Scheidung formlos möglich (die geplante Reform des Unterhaltsrechts schreibt dafür in Zukunft zu Recht die notarielle Beurkundung vor!). Unter Druck sind da schnell Regelungen getroffen, die später bereut werden. Bereits die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Scheidungsverfahren eingeleitet werden sollte, bedarf oft eingehender Prüfung.

All das läßt sich „online“ nicht bewerkstelligen, obwohl der Anwalt für die „Scheidung per Mausklick“ von seiner Partei exakt dieselben Gebühren kassieren darf wie für eine Scheidung nach ausführlicher Beratung. Teuer wird es, muß eine – ohne anwaltlichen Beistand – zustanden gekommene Vereinbarung später angefochten und auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden. Das Geld für vorherige anwaltliche Beratung ist besser angelegt.

## **IV. Gesundheit & Recht**

### **I. Mandantenbrief April 2007**

Der aktuelle Mandantenbrief steht auf unserer Internetseite [www.leinen-derichs.de](http://www.leinen-derichs.de) zum Herunterladen zur Verfügung. Falls Sie an einem regelmäßigen Bezug interessiert sind, geben Sie uns bitte einen kurzen Hinweis unter Angabe Ihrer Emailadresse. Die Ausgabe April 2007 behandelt

**Änderungen zur Integrierten Versorgung nach §§ 140 a ff. SGB V  
infolge der Gesundheitsreform 2007.**

### **II. Mandantenbrief März 2007**

Der Mandantenbrief März 2007 steht ebenfalls auf unserer Internetseite [www.leinen-derichs.de](http://www.leinen-derichs.de) zum Herunterladen zur Verfügung. Diese Ausgabe behandelt

**Gesundheitsreform 2007 - Änderungen für Krankenhäuser**

- 1. Sanierungsbeitrag**
- 2. § 116 b SGB V – ambulante Behandlung durch Krankenhäuser insb. im Bereich der Onkologie**



Dieser Mandantenbrief ist von unseren in den behandelten Gebieten nachhaltig tätigen Rechtsanwälten gestaltet worden. Redaktioneller Ansprechpartner für den LD Mandantenbrief ist

Rechtsanwalt Lutz Schade



0221 – 77 20 90

Fax

0221 – 72 48 89

mail

[lutz.schade@leinen-derichs.de](mailto:lutz.schade@leinen-derichs.de)

Sekretariat: Frau Correns



0221 – 77 20 9 – 99

Bitte beachten Sie auch unsere Internet-Präsentation unter

**[www.leinen-derichs.de](http://www.leinen-derichs.de)**

Dort können Sie auch **unsere weiteren Mandantenbriefe bestellen**  
und die bisherigen Ausgaben als pdf-Datei herunterladen

Für die Anwendung im konkreten Fall kann aus diesem Mandantenbrief eine Haftung nicht übernommen werden.



**LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIELTÄT**