



Mai / Juni 2006

MANDANTENBRIEF

I. Handel & Wettbewerb

1. Urteil zu Sonderrechten für Cash-Pools
2. Einlageleistung bei Treuhandvereinbarung
3. Sanierungsprivileg bei objektiver Sanierungsfähigkeit einer Gesellschaft

II. Steuern & Finanzen

1. Neues zur Betriebsaufspaltung
2. Sondervergütungen eines OHG-Gesellschafter-Geschäftsführers
3. Ordnungsmäßigkeit eines Fahrtenbuchs
4. Keine Minderung der Beteiligungsgewinne aus Beteiligungsaufwendungen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags

III. Arbeit & Personal

1. Rückzahlungsklausel - Ausbildungskosten
2. Bonuspunkte für Vielflieger

IV. Bauen & Wohnen

1. Prüfungsmaßstab für die „Unverzüglichkeit“ der Wiederaufnahme von Bauleistungen i.S.d. § 6 Nr. 3 S. 2 VOB/B nach Wegfall hindernder Umstände
2. Rodungs- und Abbruchunternehmer und Sicherheit nach § 648a BGB
3. Landgericht Berlin: Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber insolventem ARGE-Partner?

V. Verwaltung & Vergabe

1. Die Großflächigkeit des Einzelhandelsbetriebes nach Baunutzungsverordnung
2. Zum Nachbarschutz aus Gestaltungssatzung
3. Zum Fortwirken des im Zusammenhang bebauten Ortsteils
4. Zum Nachbarschutz wegen der Gefahr terroristischer Anschläge
5. Die nach den örtlichen Ausbauepflogenheiten hergestellten Erschließungsanlagen auf dem Beitrittsgebiet
6. Zulässiger Immissionsrichtwert bei Lärm vom Kindergarten
7. Geruchsbelästigung durch Krematorium als erhebliche Belästigung für die Allgemeinheit
8. Bestimmtheitsanforderungen an Bebauungspläne

VI. Familie & Erbschaft

1. Erbschaft und Unterhalt
2. Unterhalt und Hauseigentum

VII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief April/Mai 2006
2. In eigener Sache

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 26

Telefon 030 - 24 37 69 - 17

Telefax 030 - 24 37 69 - 17

Email Berlin@leinen-derichs.de

I. Handel & Wettbewerb

1. Urteil zu Sonderrechten für Cash-Pools

Mit seinen Urteilen vom 16.01.2006 (Az. II ZR 76/04 und II ZR 75/04) hat der BGH sich erstmals mit der Problematik der Kapitalaufbringung bei einer in ein Cash-Pool-System einbezogenen GmbH befasst. Derartige GmbHs sollen den gesetzlichen Kapitalaufbringungsvorschriften und den flankierenden Rechtsprechungsgrundsätzen unterliegen wie jede andere GmbH. Demnach ist eine Einlage eines GmbH-Gesellschafters im Rahmen einer Kapitalerhöhung nicht wirksam erbracht, wenn sie sofort vom Konto der GmbH auf das Zentralkonto des Cash-Pools weitergeleitet werde, das bei einer von dem selben Gesellschafter beherrschten Konzerngesellschaft geführt wird und über das nur diese Gesellschaft, nicht aber die GmbH Verfügungsberechtigt ist.

Im entschiedenen Fall verlangte der Insolvenzverwalter einer GmbH von zwei Gesellschaftern die Leistung ihrer im Rahmen einer früheren Kapitalerhöhung geschuldeten Einlage, dass diese bislang nicht wirksam erbracht worden seien. Das Geschäftskonto der GmbH, die zentral in den Konzernverbund im Rahmen eines Cash-Management-Systems eingezogen war, wurde buchungstechnisch auf Null gestellt, indem Guthaben auf das bei einer anderen Gesellschaft des Konzerns geführte Zentralkonto übertragen bzw. Debetsalden zulasten dieses Kontos ausgeglichen wurden. So wurde ein besseres Liquiditätsmanagement innerhalb des Gesamtkonzerns erreicht. Dabei beherrschten die zwei beklagten Gesellschafter sowohl die GmbH als auch die Gesellschaft, die das Zentralkonto führte. Ihre Einlagen waren nach ei-

nem Beschluss über eine Kapitalerhöhung zunächst auf ein separates Konto der GmbH geflossen, dann aber unmittelbar nach Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister von dort auf das in den Cash-Pool einbezogene Konto der GmbH transferiert worden, von wo sie entsprechend der Cash-Pool-Vereinbarung am selben Tag abgebucht und dem Zentralkonto gutgeschrieben wurden. Dadurch reduzierten sich auch aufgelaufene Verbindlichkeiten der GmbH im Verhältnis zur Zentralgesellschaft um den transferierten Betrag.

Der BGH sieht in diesem Vorgehen einen Verstoß gegen die Pflicht zur Leistung der Einlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführung. Außerdem handele es sich um ein unwirksames Umgehungsgeschäft in Form einer verdeckten Sacheinlage. Die dafür erforderliche Absprache zwischen den Gesellschaftern bei Übernahme der Einlage sei darin zu sehen, dass zwar vordergründig eine Bareinlage vereinbart worden sei, die GmbH aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einen Sachwert, nämlich die Befreiung von einem Teil ihrer Verbindlichkeiten erhalten habe. Es habe ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen der Zahlung der Einlage auf das eigens eingerichtete Sonderkonto und dem Rücklauf des Geldes einen Monat später auf dem Weg über den Cash-Pool an die von den beiden Gesellschaftern gemeinsam beherrschte Zentralgesellschaft bestanden.

Demgegenüber hat der BGH nicht gelten lassen, dass die GmbH die Möglichkeit gehabt

habe, die Befreiung von einem Teil ihrer Verbindlichkeiten gegenüber der Zentralgesellschaft dadurch wieder rückgängig zu machen, dass sie einen weiteren Debetsaldo auf ihrem in den Cash-Pool einbezogenen Geschäftskonto verursacht habe, den die Zentralgesellschaft aufgrund der Cash-Pool-Vereinbarung hätte ausgleichen müssen. Denn eine nur schuldrechtlich eingeräumte mittelbare Möglichkeit stehe nicht der für eine wirksame Einlageleistung erforderlichen uneingeschränkten freien Verfügungsmacht über die Einlage gleich.

2. Einlageleistung bei Treuhandvereinbarung

Mit Urteil vom 09.01.2006 (Az. II ZR 72/05) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Gesellschafter seine Einlageverpflichtung dann erfüllt hat, wenn der von ihm an die GmbH gezahlte Betrag zwar unmittelbar danach im Rahmen einer Treuhandvereinbarung wieder an ihn zurückfließt, er aber später den Betrag in Erfüllung der vermeintlichen Treuhandvereinbarung wieder an die GmbH leistet. Wird die GmbH in der Folge insolvent, kann der Insolvenzverwalter von dem betreffenden Gesellschafter daher nicht eine nochmalige Zahlung verlangen mit der Begründung, dieser habe seine Einlagenschuld noch nicht erfüllt.

In dem Urteil, das eine Vorratsgesellschaft betraf, argumentiert der BGH, dass die erste Zahlung zwar nicht zur Erfüllung der Einlagenschuld geführt habe, da der Betrag wegen der umgehenden Rückzahlung der GmbH nicht zur freien Verfügung gestanden habe. Wegen Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsregeln seien Vereinbarungen wie die vorliegende Treuhandkonstruktion ebenso unwirksam wie die

Die Gesellschafter sind daher zur nochmaligen Leistung der übernommenen Einlagen verurteilt worden.

Auch das Recht der verdeckten Sacheinlage befindet sich nach wie vor im Fluss. Nunmehr gilt auch für Cash-Pool-Systeme, dass die an ihnen beteiligten Kapitalgesellschaften in gleicher Weise den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln unterliegen wie jede andere Kapitalgesellschaft.

Bezeichnung der Rückzahlung als Darlehen. Die weiterhin bestehende Einlageverpflichtung sei jedoch in der Folge durch die Rückzahlung des Betrages an die GmbH erfüllt worden. Dabei soll es nach dem Urteil des BGH unerheblich sein, dass die Zahlung mit einer falschen Tilgungsbestimmung versehen worden war, weil der Gesellschafter und die GmbH irrig davon ausgingen, mit der Zahlung werde die Verpflichtung des Gesellschafters aus dem tatsächlich unwirksamen Treuhandverhältnis erfüllt.

Das Urteil klärt die zwischen den Obergerichten streitige Frage, ob der Gesellschafter zweimal zahlen muß, nämlich einmal auf die unwirksame Treuhandvereinbarung und einmal auf die Einlagenschuld, oder insgesamt nur einmal. Eine zweifache Zahlung ist laut BGH mit dem Sinn der Kapitalschutzvorschriften nicht vereinbar, da der Gesellschafter in ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt sei als derjenige Gesellschafter, der seinen Fehler bei der ersten Einlagezahlung nicht behebt und zuwartet, bis

er vom Insolvenzverwalter zwangsweise zur – dann einmaligen – Einlagezahlung veranlasst wird.

Das Urteil ist nicht nur wegen der Klärung der Streitfrage insbesondere bezüglich der Rechtsprechung des OLG Schleswig von Bedeutung. Bei Vorratsgesellschaften werden derartige

Konstruktionen häufig verwendet, so dass nunmehr klargestellt ist, dass für diese in Bezug auf die Kapitalerbringung keine Erleichterungen gegenüber anderen GmbHs bestehen. Auch gewerbsmäßige Gesellschaftsgründer schulden danach eine ordnungsgemäße Erfüllung der fälligen Einlageverpflichtung.

3. Sanierungsprivileg bei objektiver Sanierungsfähigkeit einer Gesellschaft

Mit Urteil vom 21.11.2005 (Az: II ZR 277/03) hat der BGH über die Anforderungen an ein Sanierungsprivileg höchststrichterlich entschieden. Danach sind die Regeln über den Eigenkapitalersatz, insbesondere § 32 Abs. 3 Satz 3 GmbHG (sog. Sanierungsprivileg), nicht anwendbar, wenn ein Darlehensgeber in der Krise einer Kapitalgesellschaft Geschäftsanteile zum Zwecke der Überwindung der Krise erwirbt und es so zu neu gewährten Krediten kommt. Rückzahlungsansprüche hinsichtlich in der Krise einer Gesellschaft gewährter oder stehen gelassener Darlehen haben im Insolvenzverfahren als sog. eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen Nachrang. Privilegiert sind hingegen solche Fremdkapitalgeber, die gleichzeitig Geschäftsanteile der Gesellschaft zum Zweck der Krisenüberwindung erwerben. Hinsichtlich dieses Sanierungsprivilegs gilt nach dem Urteil des BGH folgendes:

Der Kreditgeber muss subjektiv mit Sanierungswillen gehandelt haben, wobei ein solcher im Regelfall zu vermuten sein soll.

Dazu müssen nach der Einschätzung eines objektiven Dritten die Gesellschaft im Augenblick des Anteilserwerbs sanierungsfähig gewesen und die für die Sanierung konkret eingeleiteten Maßnahmen zusammen objektiv geeignet gewesen sein, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.

Erforderlich sei deshalb ein dokumentiertes Sanierungskonzept, das gleichzeitig den Nachweis für den subjektiven Sanierungszweck des Anteilserwerbs liefere.

Zu berücksichtigen sei weiter, dass die gesetzliche Formulierung des Sanierungsprivilegs, der zufolge die „Regeln über den Eigenkapitalersatz“ nicht zur Anwendung kämen, von beiden Elementen des Eigenkapitalersatzrechts befreie, nämlich von den gesetzlichen Vorschriften und den Rechtsprechungsregeln.

Nicht Voraussetzung der Privilegierung ist der tatsächliche Eintritt eines Sanierungserfolgs.

II. Steuern & Finanzen

1. Neues zur Betriebsaufspaltung

Mit Urteil vom 30.06.2005 (Az. X R 56/04) hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass ein Besitzunternehmer die Betriebskapitalgesellschaft auch dann personell beherrscht, wenn er zwar über die einfache Stimmrechtsmehrheit und nicht über die im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene qualifizierte Mehrheit verfügt, er aber als Gesellschafter-Geschäftsführer deren Geschäfte des täglichen Lebens beherrscht, sofern ihm die Geschäftsführungsbefugnis nicht gegen seinen Willen entzogen werden kann.

Im entschiedenen Fall war der Kläger Alleineigentümer eines Grundstücks, in dem sich unter anderem ein an eine GmbH vermietetes Ladengeschäft befand. Der Kläger war gleichzeitig der alleinige Geschäftsführer des Betriebs. Ende 1998 wurde die GmbH aufgelöst und der Geschäftsbetrieb eingestellt. Das Ladengeschäft wurde an Dritte entgeltlich zur Nutzung überlassen. In seiner für das Streitjahr 1997 abgegebenen Einkommensteuererklärung gab der Kläger seine im Zusammenhang mit der Vermietung des Ladengeschäfts an die GmbH erzielten Einkünfte als solche aus Vermietung und Verpachtung an. Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass eine gewerbliche Betätigung in Gestalt einer Betriebsaufspaltung vorgelegen habe. Daher setzte es die für die Überlassung des Ladengeschäfts an die GmbH erzielten Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb an. Sie überstiegen die bisher angesetzten Vermietungseinkünfte. Zudem erließ das Finanzamt

erstmalige Gewerbesteuerermessbescheide für die Jahre 1997 und 1998.

Mit seiner hiergegen erhobenen Klage machte der Kläger geltend, eine Betriebsaufspaltung habe nicht vorgelegen, da er keine gewerbliche Betätigung ausgeübt habe. Daher seien der Einkommensteuerbescheid und die Gewerbesteuerermessbescheide fehlerhaft. Er habe die GmbH nicht personell beherrscht.

Dagegen hat der Bundesfinanzhof wie bereits die Vorinstanz (FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.01.2004, Az. 2 K 1883/02) angenommen, dass die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung bis zum Ende des Jahres 1998 vorgelegen haben. Die sachliche Verflechtung war ohnehin unstrittig; eine personelle Verflechtung lag vor, da der Kläger in der GmbH in der Lage war, seinen Willen durchzusetzen und hinsichtlich des Ladengeschäfts ohnehin Alleineigentümer war. Daran ändere nichts, dass der Gesellschaftsvertrag für diejenigen Geschäfte, die nicht zur laufenden Geschäftsführung gehören (sog. Geschäfte außerhalb des täglichen Lebens) einstimmig zu fassende Gesellschafterbeschlüsse vorschreibe. Entscheidend sei vielmehr, dass der Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer vorliegend über eine Beschlussmehrheit im Sinne von § 47 Abs. 1 GmbHG verfügt und so die Geschäfte des täglichen Lebens in der Betriebsgesellschaft beherrscht habe, wobei ihm, darauf weist der BFH als Voraussetzung ausdrücklich hin, abgesehen vom Fall eines wichtigen Grundes die Ge-

schäftsführungsbefugnis nicht gegen seinen Willen entzogen werden konnte. Es bleibe bei der Voraussetzung für die personelle Beherrschung, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer über eine Stimmrechtsmehrheit, also über mehr als 50% der Stimmrechte, verfügen müsse. Bei einer zeitlich unbefristet erteilten Geschäftsführerstellung sei gewährleistet, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer die Geschäfte des täglichen Lebens auf Dauer beherrsche. Er sei bei Beschlüssen über seine Abberufung auch nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen gewesen, so dass er mit seiner einfachen Stimmrechtsmehrheit einen Beschluss über seine Abberufung als Gesellschafter-Geschäftsführer verhindern konnte. Bei dieser Sachlage könne er die von ihm an die Betriebsgesellschaft überlassene wesentliche Betriebs-

grundlage, hier das Grundstück, als Instrument der Beherrschung einsetzen. Bis zur Beendigung des Mietvertrages zum Jahresende 1998 war daher vorliegend eine personelle Beherrschung der GmbH durch den Kläger gegeben.

Das Urteil zeigt nochmals auf, dass die Annahme einer Betriebsaufspaltung nur dann vermieden werden kann, wenn unter anderem eine Einflussnahme in Besitz- und Betriebsgesellschaften nicht gleichermaßen gegeben ist. Da sich die Rechtsprechung zur Betriebsaufspaltung nach wie vor im Fluss befindet, ist eine eingehende steuerrechtliche Beratung erforderlich, da – wie im vorliegenden Fall – die Annahme der Betriebsaufspaltung regelmäßig zu erheblichen finanziellen Lasten führt.

2. Sondervergütungen eines OHG-Gesellschafter-Geschäftsführers

Mit Urteil vom 14.02.2006 (Az. VIII R 40/03) hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass im Falle der Erledigung der Geschäftsführungsaufgaben in einer OHG durch eine nicht selbst beteiligte GmbH Zahlungen der OHG an die GmbH für diese Tätigkeit Sondervergütungen des Gesellschafters der OHG sind, wenn diese als Geschäftsführer der GmbH die Geschäftsführungsaufgaben für die OHG wahrnimmt. Hat die GmbH neben der Geschäftsführung für die Personengesellschaft einen weiteren Tätigkeitsbereich, gelte dies nur dann, wenn die Tätigkeit des Gesellschafters für die OHG hinreichend von seiner Tätigkeit für den übrigen Geschäftsbereich der GmbH abgrenzbar ist. Diese Voraussetzung sei erfüllt, wenn die OHG der GmbH die Aufwendungen ersetze, die dieser

für die im Interesse der OHG erbrachten Tätigkeiten des Gesellschafters entstanden sind.

Im Jahr 1986 gründete die Klägerin, eine GmbH & Co. KG, ein Handelsgewerbe noch in der Rechtsform der fortbestehenden OHG. Es lag eine Betriebsaufspaltung mit Ergebnisabführungsvertrag zwischen der Klägerin als Organträgerin und der Vertriebs-GmbH als 100%iger Tochter der Klägerin, der Organgesellschaft, vor. Die Klägerin als Besitzgesellschaft stellte das Grundvermögen, das übrige Anlagevermögen und das Umlaufvermögen zur Verfügung; die GmbH übernahm das Personal der Klägerin. Daneben hielt die Klägerin als weitere Tochter die X-GmbH. Der Vertriebs-GmbH wurde die Führung der laufenden Geschäfte der Klägerin in deren Namen und für deren

Rechnung übertragen. Die im Rechtsstreit Beigeladenen waren als alleinige Gesellschafter der Klägerin gleichzeitig Geschäftsführer der Vertriebs-GmbH wie auch der X-GmbH. Die Klägerin erstattete der X-GmbH die an die Beigeladenen als Geschäftsführer gezahlten Beträge und errechnete einen entsprechend geringeren Gewinn. Das Ergebnis für das Jahr 1990 der Vertriebs-GmbH wurde um die Erhöhung der Pensionsrückstellung zunächst gehindert, der Aufwand im Rahmen der Kostenerstattung durch die Klägerin ausgeglichen und so ergebnismindernd für das Ergebnis 1990 der Klägerin eingesetzt.

Das Finanzamt rechnete die von der Vertriebs-GmbH an die Beigeladenen geleisteten Zahlungen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG den Einkünften der Klägerin zu. Neben der Zurechnung von Bezügen der Beigeladenen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG als Sondervergütungen wurde ein Mehrgewinn durch Nichtanerkennung der Pensionsrückstellung für einen Beigeladenen bei der Vertriebs-GmbH errechnet.

Die dagegen erhobene Klage wurde in erster Instanz (Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 25.04.2003, Az. III 14/01) als unbegründet abgewiesen. Auch im Revisionsverfahren erließ das Finanzamt geänderte Gewinnfeststellungsbescheide für 1990, mit dem die Nichtanerkennung der Pensionsrückstellung für einen Beigeladenen in der Vertriebs-GmbH rückgängig gemacht wurde.

Der BFH gab der Vorinstanz zunächst dahingehend Recht, dass die streitigen Zahlungen und Sondervergütungen § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

EStG unterfallen. Gleiches gelte für die Pensionszusage für den Beigeladenen. Sie waren daher einheitlich und gesondert festzustellen. Entscheidend für die Qualifizierung der für die Geschäftsführertätigkeit bei der GmbH gezahlten Geschäftsführergehälter gelte als Sondervergütungen sei, dass der Gesellschafter seine Geschäftsführertätigkeit letztlich im Dienste der Personengesellschaft erbringe und wirtschaftlich gesehen einen Beitrag zur Verwirklichung ihres Gesellschaftszwecks leiste. Denn zu den Sondervergütungen im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gehörten nicht nur Entgelte für Leistungen, die der Gesellschafter aufgrund eines von ihm selbst mit der Personengesellschaft abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrages an diese erbringe, sondern Sondervergütungen kämen auch dann in Betracht, wenn ein Dritter in den Leistungsaustausch zwischen dem Gesellschafter und der Personengesellschaft eingeschaltet sei, sofern die Leistungen des Gesellschafters nicht dem zwischengeschalteten Dritten, sondern der leistungsempfangenden Personengesellschaft zugute kommen solle. Der BFH verweist insoweit auf seine Rechtsprechung zu § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, der zufolge dieser auch Vergütungen erfasst, die bei einer GmbH & Co. KG der Kommanditist dafür erhalte, dass er in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Geschäfte der KG führe. Nicht maßgeblich sei, ob das Drittunternehmen, das den Aufwendungssatz erhalte, von dem Gesellschafter beherrscht werde. Es könne vielmehr einen eigenen Gesellschaftszweck verfolgen; entscheidend sei, dass eine abgrenzbare Leistung des Gesellschafters im Dienste der Gesellschaft vorliege, für die der Gesellschaft ein entsprechend abgrenzbarer

Aufwand entstanden ist. Im entschiedenen Fall waren die Gesellschafter der Klägerin zugleich Geschäftsführer der Vertriebs-GmbH, der nach Maßgabe des Betriebsführungsvertrages die Betriebsführung für die Klägerin oblag. Daher seien ihre Gehälter Sondervergütungen im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 2. Hs. EStG.

Gegen die Anwendung der Vorschrift sprächen auch keine Vertrauensschutzaspekte im Hinblick auf die Rechtsprechung des BFH, der zufolge Personengesellschaften Mitunternehmer einer Personenhandelsgesellschaft sein können, ohne dass die Gesellschafter der Obergesellschaft auch Mitunternehmer der Untergesellschaft seien, und § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG entsprechend auf Tätigkeitsvergütungen, die ein Obergesellschafter für seine Tätigkeit bei der Untergesellschaft erhält, nicht anwendbar sei.

Zutreffend sei weiter die Rückgängigmachung der Nichtanerkennung der Pensionszusage zugunsten des Beigeladenen, da jedenfalls der Gewinn der Klägerin um die hierfür getätigten Aufwendungen zu erhöhen sei. Die Klägerin habe aufgrund ihrer Verpflichtung gegenüber der Vertriebs-GmbH zum Ausgleich des dieser entstandenen Aufwands eine der Pensionsrückstellung entsprechende Rückstellung zu bilden, die bei dem begünstigten Beigeladenen zur korrespondierenden Bilanzierung eines entsprechenden Anspruchs in seiner Sonderbilanz

führe, so dass der Gesamtgewinn der Mitunternehmerschaft durch die Passivierung der Pensionsverpflichtung nicht gemindert werde.

Mit dem Urteil hat der BFH einen weiteren Fall entschieden, bei dem die Annahme einer Betriebsaufspaltung Bedeutung gewonnen hat. Das Urteil lässt schon im Ansatz erkennen, dass jeweils schwierige steuerrechtliche Fragen zu erörtern und Lösungen umzusetzen sind, die die Finanzverwaltung nicht zu einer den Gesellschaften ungünstigen Veranlagung veranlassen. Hier hatte das Finanzgericht in der Vorinstanz die Pensionszusage bei der Vertriebs-GmbH als verdeckte Gewinnausschüttung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und damit als mittelbare Zuwendung bei der Klägerin behandelt. Dies führte durch Hinzurechnung einer Entnahme bei der Klägerin zu einer ihre Ersatzleistungen neutralisierenden Gewinnerhöhung. Insgesamt konnte der Bundesfinanzhof offenlassen, ob es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung oder um eine Sondervergütung im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG handelt. Die Annahme einer Sondervergütung wie auch diejenige einer verdeckten Gewinnausschüttung war für die Klägerin gleichermaßen nachteilig – ein Ergebnis, das sich bei einer vorausschauenden steuerrechtlichen Beratung hätte vermeiden lassen.

3. Ordnungsgemäßheit eines Fahrtenbuchs

Erneut hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 16.03.2006 (Az. VI R 87/04) zur Ordnungsmäßigkeit eines Fahrtenbuchs entschieden. Da-

nach müssen die Aufzeichnungen zu den geschäftlichen Reisen Angaben enthalten, anhand derer sich die berufliche Veranlassung der

Fahrten plausibel nachvollziehen und nachprüfen lässt. Dazu müssen sich diese Angaben in hinreichender, übersichtlicher und geordneter Form aus dem Fahrtenbuch selbst entnehmen lassen. Abkürzungen oder Kürzel sind nur zulässig, solange sie aus sich heraus verständlich oder in anderen Unterlagen aufgeschlüsselt sind. Üblich sind insoweit Erläuterungsblätter zum Fahrtenbuch. Im einzelnen gehören zu den Angaben das Datum, das Reiseziel, der Zweck der Reise und der bei Abschluss der Fahrt erreichte Gesamtkilometerstand, aus dem sich die Reiseentfernung errechnen lässt. Zum Zweck der Reise muss das Fahrtenbuch den Kunden oder Geschäftspartner oder, sollte ein solcher nicht vorhanden sein, den konkreten Gegenstand der dienstlichen Verrichtung enthalten. Bloße Ortsangaben reichen nur dann aus, wenn sich das Reiseziel aus der Ortsangabe zweifelsfrei ergibt, etwa weil sich der Name des Geschäftspartners aus den sonstigen Unterlagen ermitteln lässt, die ihrerseits nicht mehr ergänzungsbedürftig sind.

4. Keine Minderung der Beteiligungsgewinne aus Beteiligungsaufwendungen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags

Mit Urteil vom 25.01.2006 (Az. I R 104/04) hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass der Gewerbeertrag um Gewinne aus Anteilen an inländischen Körperschaften zu kürzen ist (§ 9 Nr. 2a GewStG) und die mit dem Erwerb der Beteiligung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Aufwendungen.

Im Streitfall ging es um Zinsaufwendungen aus der Finanzierung der Beteiligung. Die Klägerin, eine GmbH, war mit über 50% an einer anderen inländischen GmbH beteiligt. Aus dieser fremd-

Der bei Abschluss der Fahrt erreichte Gesamtkilometerstand ist auch deshalb zu dokumentieren, um den Übergang von der beruflichen zur privaten Nutzung des Fahrzeugs kenntlich zu machen. Dabei können mehrere Teilabschnitte einer einheitlichen beruflichen Reise miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung verbunden werden, also etwa in den Fällen, in denen nacheinander mehrere Kunden an verschiedenen Orten aufgesucht worden sind. Es genügt also, wenn der erst am Ende einer solchen Reise erreichte Gesamtkilometerstand aufgezeichnet wird, wenn die einzelnen aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartner in zeitlicher Reihenfolge aufgeführt werden.

Übrigens werden keine Datensammlungen anerkannt, die im Nachhinein veränderbar sind. Daher haben etwa Excel-Dateien beim Finanzamt keine Chance.

finanzierten Beteiligung erhielt sie im Streitjahr eine Gewinnausschüttung. Entsprechend der gesetzlichen Vorschriften rechnete die Klägerin die Zinsaufwendungen für die Beteiligung der Dauerschuldzinsen zur Hälfte ihrem Gewerbeertrag hinzu und kürzte ihn um den Betrag der Gewinnausschüttung. Das Finanzamt zog dagegen den Betrag der Dauerschuldzinsen ab und kürzte in Anwendung von Abschnitt 61 Abs. 1 Satz 12 GewStR den Betrag der Gewinnausschüttung um den gesamten Betrag der Zins-

aufwendungen, so dass sich die Kürzung des Gewerbeertrages entsprechend reduzierte.

Der Bundesfinanzhof vertritt erstmalig entgegen den Gewerbesteuer Richtlinien die Auffassung, dass sich aus dem Regelungswortlaut der Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 2a GewStG nicht entnehmen lasse, dass Beteiligungserträge von inländischen Körperschaften um damit im Zusammenhang stehende Aufwandspositionen zu mindern sind, da dort nur von „Gewinnen aus Anteilen“ und nicht von „Gewinnen aus Gewinnanteilen“ die Rede sei. Daher müsse davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine entsprechend weitgehende Begünstigung mit der Kürzungsvorschrift für inländische Beteiligungen im Sinn gehabt habe, so dass für das Gewerbeertragssteuerrecht nur die Abzugsverbote einschlägig seien, die durch die Hinzurechnungsregeln im Gesetz verankert sind (§ 8 GewStG).

Außerdem seien die gewerbesteuerlichen Kürzungen von der „Summe des Gewinns und der Hinzurechnung“ vorzunehmen, was bedeute, dass die Hinzurechnungen bei der Gewerbeertragsermittlung in der systematischen Reihenfolge den Kürzungen vorgingen. Da Dauerschuldzinsen dem Gewinn hinzuzurechnen seien, schließe dies eine Berücksichtigung derselben im Rahmen der Kürzungen aus. Für den Kürzungsumfang bedeutet dies insgesamt, dass die Gewinne aus Anteilen, um die der Gewinn bei der Ermittlung des Gewerbeertrags zu kürzen sei, nicht als Saldobetrag, sondern brutto zu verstehen seien, also vor Abzug der durch die Gewinnanteile verursachten Betriebsausgaben.

III. Arbeit & Personal

1. Rückzahlungsklausel - Ausbildungskosten

Haben die Parteien in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag vereinbart, dass ein Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf einer bestimmten Frist vom Arbeitgeber übernommene Ausbildungskosten zurückzahlen muss, ohne dass es auf den Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ankommt, ist diese Rückzahlungsklausel unwirksam. Nach Auffassung des BAG (Urteil vom 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 -) benachteiligt sie den Arbeitnehmer entgegen den Ge-

boten von Treu und Glauben unangemessen und ist damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Eine Auslegung der Klausel dahingehend, dass sie nur für den Fall gilt, dass das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer selbst oder wegen eines von ihm zu vertretenden Grundes durch den Arbeitgeber beendet wird (geltungserhaltende Reduktion), scheidet aus.

2. Bonuspunkte für Vielflieger

Nach § 667 2. Alt. BGB ist der Beauftragte verpflichtet, seinem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Dieser Grundsatz findet nach einer aktuellen Entscheidung des BAG (Urteil vom 11. April 2006 - 9 AZR 500/05 -) auch im Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Herausgabepflicht gilt für alle Vorteile, soweit sie dem Arbeitnehmer von einem Dritten nicht nur bei Gelegenheit, sondern auf Grund eines inneren Zusammenhangs mit dem geführten Geschäft gewährt worden sind.

Nach diesen Grundsätzen stehen die Sonder Vorteile aus dem Miles-and-More-Programm dem Arbeitgeber als Auftraggeber und nicht dem Arbeitnehmer zu. Demjenigen, für dessen Rechnung und damit auch auf dessen Kosten ein anderer Geschäft führt, gebühren die gesamten Vorteile aus dem Geschäft. Der Arbeitgeber darf deshalb dem Arbeitnehmer untersagen, die Bonuspunkte zu privaten Zwecken zu nutzen und kann verlangen, sie in ihrem wirtschaftlichen Interesse zur Bezahlung von Dienstflügen einzusetzen.

IV. Bauen & Wohnen

1. Prüfungsmaßstab für die „Unverzüglichkeit“ der Wiederaufnahme von Bauleistungen i.S.d. § 6 Nr. 3 S. 2 VOB/B nach Wegfall hindernder Umstände

Behinderungen der Bauausführung führen nicht nur zu einer für beide Seiten belastenden Verzögerung des Bauablaufs, sondern auch zu beiderseitigen Rechtsunsicherheiten über den rechtlichen Umgang mit dieser Behinderung. Oftmals lässt sich erst im Nachhinein und durch Einschaltung eines Sachverständigen klären, in wessen Risikobereich die hindernden Umstände fielen. Unklar ist aber auch, ab wann der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Arbeiten nach Wegfall der Behinderung wieder aufzunehmen. § 6 Nr. 3 S. 2 VOB/B schreibt insoweit vor, dass die Arbeiten „ohne weiteres und unverzüglich“ nach Wegfall der hindernden Umstände wieder aufzunehmen sind, wobei dem Auftragnehmer eine gewisse Anlaufzeit zuzubilligen ist, wie sich aus § 6 Nr. 4 VOB/B ergibt.

Der auslegungsbedürftige Begriff „Unverzüglichkeit“ bedeutet dabei „ohne schuldhaftes Verzögern“ (§ 121 BGB), was die sichere Bestimmung der Wiederaufnahmefrist jedoch nicht erleichtert. In seiner Entscheidung vom 23.04.2004 hat das OLG Hamm (Az. 26 U 130/03) eine zumindest greifbarere Aussage zum Prüfungsmaßstab des „schuldhaften Verzögerns“ im vorgenannten Sinne getroffen. Die Frage, bis wann der Auftragnehmer die Wiederaufnahme der Arbeiten ohne schuldhaftes Verzögern realisiert haben muss, richtet sich demnach nicht nach dem konkreten Stand der Vorkehrungen des betreffenden Unternehmens, sondern danach, welche Zeit ein vorausschauend planendes und sorgfältig arbeitendes Unternehmen zur Disposition der Wiederaufnahme

benötigt hätte. Unter dieser Prämisse hatte sich der Auftragnehmer im entschiedenen Fall mit der Wiederaufnahme der Arbeiten in Verzug befunden, weil er versäumt hatte, das zur Arbeitsausführung benötigte Material rechtzeitig zu beschaffen und entsprechendes Personal bereitzustellen. Der Prüfungsmaßstab ist also objektiv und richtet sich nicht nach der rein subjektiven Disposition des betroffenen Unterneh-

mers. Da der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Wiederaufnahme der Arbeiten nach der vorzitierten Entscheidung zugleich eine verzugsbegründende Mahnung verbinden kann, ist dem Auftragnehmer zu raten, nach Wegfall der hindernden Umstände alles daran zu setzen, die Wiederaufnahme der Arbeiten voranzutreiben, um sich nicht der Gefahr von Ersatzansprüchen oder gar der Kündigung auszusetzen.

2. Rodungs- und Abbruchunternehmer können keine Sicherheit nach § 648 a BGB beanspruchen, wenn diese Arbeiten isoliert beauftragt wurden

In einer viel beachteten Entscheidung vom 24.02.2005 hat der BGH festgestellt, dass ein Auftragnehmer kein Unternehmer einer Außenanlage i.S. des § 648 a BGB ist, wenn lediglich mit Rodungsarbeiten und sonstigen Arbeiten beauftragt wurde, die dazu dienen, ein Baugrundstück zur Bebauung frei zu machen (BGH, Urteil vom 24.02.2005, Az. VII ZR 86/04, NJW-RR 2005, 750). In der Entscheidung argumentierte der für das Baurecht zuständige VII. Zivilsenat mit einer Entscheidung des X. Zivilsenats des BGH (Urteil vom 09.03.2004, X ZR 67/01, BauR 2004, 1798), der einen Abbruchunternehmer zum Personenkreis gezählt hatte, der nicht mit Arbeiten an einem Bauwerk beschäftigt ist. Der BGH meint deshalb, dass isoliert in Auftrag gegebene Rohdungsarbeiten – ebenso wie isoliert in Auftrag gegebene Abbrucharbeiten oder Arbeiten zur Beseitigung von Altlasten – keine Arbeiten am Bauwerk im Sinne von § 648 a BGB sind. Es liegen auch

keine Arbeiten an einer "Außenanlage" vor, also solche, die den Arbeiten am Bauwerk im weitesten Sinne vergleichbar sind. Nach Ansicht des BGH sind auch isoliert in Auftrag gegebene Arbeiten, die dazu dienen, ein Grundstück zur Bebauung frei zu machen, nicht vom Schutzzweck dieser Vorschrift erfasst. Die Entscheidung hat massive Kritik in der Literatur ausgelöst (z.B. Vogel, ZfIR 2005, 285 f.), wonach sie mit dem gesetzgeberischen Schutzzweck des § 648 a BGB nicht vereinbar sei. Danach soll der vorleistungspflichtige Unternehmer das Risiko seiner ungesicherten Leistungserbringung mindern können. Anhand dieser Entscheidung werden Auftragnehmer aber genau überprüfen müssen, ob sie tatsächlich eine Sicherheit nach § 648 a BGB verlangen können. Ist das nicht der Fall bleibt nur noch die Möglichkeit einer vertraglich zu vereinbarenden Zahlungssicherheit.

3. Landgericht Berlin: Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber insolventem ARGE-Partner?

Scheidet ein ARGE-Partner insolvenzbedingt aus der ARGE aus, stellt sich die Frage, wie die wechselseitig bestehenden Ansprüche zwischen dem ausgeschiedenen ARGE-Partner und der ARGE behandelt werden. Häufig arbeitet der ausscheidende ARGE-Partner in dem Zeitraum zwischen Insolvenzantragsstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch weiter bzw. stellt Personal und/oder Geräte zur Verfügung. Kann dann gegen die Vergütungsforderung des ausscheidenden ARGE-Partners mit Ansprüchen aus der Auseinandersetzungsbilanz aufgerechnet werden? Das Landgericht Berlin meint in seiner Entscheidung vom 23.02.2005 - 2 O 300/04 -, dass die Entgegennahme der erbrachten Leistungen des ausscheidenden ARGE-Partners in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit anfechtbar nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO und eine Aufrechnung deshalb gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig sei. Das Landgericht Frankfurt/M entschied am 06.04.2005 - 2-2 O 167/04 – ebenso: Eine insolvenzrechtlich anfechtbare Forderung finde keinen Eingang in die Auseinandersetzungsbilanz. Eine Aufrechnung scheidet aus. Das Landgericht Berlin ließ aus diesem Grunde offen, ob es sich bei Leistungen des ausscheidenden ARGE-Partners um eine Dritt- oder um eine Gesellschafterleistung handele. Das Land-

gericht Frankfurt/M sah unter Bezugnahme auf den ARGE-Vertrag in der Leistung des ausscheidenden ARGE-Partners keinen Beitrag des Gesellschafters zur ARGE, sondern eine vergütungspflichtige Drittleistung. Anders wiederum das Landgericht Bonn in seiner Entscheidung vom 04.02.2005 - 18 O 284/04 -. Dieses behandelte die Leistungen des ausscheidenden ARGE-Partners zwischen Beantragung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Leistungen eines Gesellschafters der ARGE, was eine Gesellschafterforderung begründe, der nicht isoliert geltend gemacht werden könne. Die Auseinandersetzung vollziehe sich außerhalb des Insolvenzrechts nach rein gesellschaftsrechtlichen Regeln, so dass eine Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche nicht gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO wegen einer Anfechtbarkeit unzulässig sei. Der Insolvenzverwalter könne die Vergütung der Leistungen des ausscheidenden ARGE-Partners daher nicht isoliert geltend machen. Nach dem Landgericht Bonn können also auf den Zeitpunkt des Ausschlusses des insolventen ARGE-Partners Vergütungsansprüche aus Beistellungen in der Auseinandersetzungsbilanz verrechnet werden.

V. Verwaltung & Vergabe

1. Die Großflächigkeit des Einzelhandelsbetriebes nach Baunutzungsverordnung

Nach § 12 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO sind großflächig Einzelhandelsbetriebe, außer in Kerngebieten, nur in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig. Mit Urteil vom 24.11.2005 definierte das Bundesverwaltungsgericht, dass Einzelhandelsbetriebe großflächig im Sinne der zitierten Vorschrift sind, wenn sie eine Verkaufsfläche von 800m² überschreiten (BVerwG, Urteil vom 24.11.2005, Az.: 4 C 10.04). Zur Abgrenzung, ob es sich um einen einzigen oder mehrere Betriebe handelt, konkretisiert das Bundesverwaltungsgericht mit einer weiteren Entscheidung wie folgt: Die Abgrenzung be-

stimmt sich nach baulichen und betrieblich-funktionellen Gesichtspunkten. So ist ein Einzelhandelsbetrieb nur dann als selbständig anzusehen, wenn er unabhängig von anderen Betrieben genutzt werden kann und deshalb als eigenständiges Vorhaben genehmigungsfähig wäre. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes ist dieses bei einem Betrieb zu bejahen, der über einen eigenen Eingang, eine eigene Anlieferung und eigene Personalräume verfügt (BVerwG, Entscheidung vom 24.11.2005, Az.: 4 C 8.05).

2. Zum Nachbarschutz aus Gestaltungssatzung

Verletzt der Grundstückseigentümer Gestaltungsvorschriften durch den Bau einer Garage, kann der betroffene Nachbar aus der insoweit verletzten Gestaltungssatzung keinen Nachbarschutz ableiten (OVG Sachsen-Anhalt, Entscheidung vom 18.12.2003, Az.: 2 L 7/02). Denn die Vorschriften über Dachformen und -neigungen verfolgen in der Regel nur im öffentlichen Interesse liegende Gestaltungsanliegen. Dieses auch, wenn sie in einen Bebauungsplan aufgenommen werden. Sie vermitteln deshalb

keinen Nachbarschutz. Weitergehend kann sich ein Nachbar aus dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme nur gegen solche Abweichungen wenden, die ihn unzumutbar beeinträchtigen. Dieses unterliegt der Beurteilung im Einzelfall. Bei einer Garage, die keine erdrückende Wirkung auf das Nachbargrundstück hat und den genehmigten Grenzabstand einhält, sind diese Voraussetzungen der unzumutbaren Beeinträchtigung zu verneinen.

3. Zum Fortwirken des im Zusammenhang bebauten Ortsteils

Wird die Bebauung eines Grundstückes beseitigt, kann die nicht mehr vorhandene Bebauung für eine gewisse Zeit derart fortwirken, dass das

Grundstück seine Innenbereichsqualität behält (OVG Sachsen-Anhalt, Entscheidung vom 24.02.2006, Az. 2 L 344/04). Dieses jedenfalls

für den Zeitraum, solange mit einer Wiederbebauung oder einer Wiederaufnahme der Nutzung zu rechnen ist. Nach der Verkehrsauffassung richtet sich, innerhalb welcher zeitlichen Grenzen diese Gelegenheit besteht, an die früheren Verhältnisse wieder anzuknüpfen. Bei

einer Zeitspanne von mehr als 60 Jahren ist diese zeitliche Grenze jedenfalls überschritten. Selbst wenn die zeitliche Grenze nicht überschritten ist, umfasst die nachwirkende Prägung nur den Bereich, auf dem sich der alte Bestand befunden hatte.

4. Zum Nachbarschutz wegen der Gefahr terroristischer Anschläge

Der Kläger kann gegen die dem türkischen Konsulat als seinem Nachbarn erteilte Baugenehmigung nicht mit der Begründung vorgehen, es bestehe die Gefahr terroristischer Anschläge (VGH Baden-Württemberg, Entscheidung vom 17.02.2006, Az. 5 S 1848/05).

Die Gefahr terroristischer Anschläge spricht nicht der bauplanungsrechtlich erteilten Ausnahme von den Festsetzungen des Bebauungsplanes nach § 31 Abs. 1 BauGB entgegen.

Auch ergibt sich die Unzulässigkeit nicht aus dem Rücksichtnahmegebot nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO. Ebenso wenig greift der bauordnungsrechtliche Einwand nach § 3 Abs. 1 S. 1 LBO Baden-Württemberg durch, dass bauliche Anlagen nach Maßgabe der dort definierten allgemeinen Anforderungen errichtet werden müssen. Schließlich kann der Nachbar die Aufhebung der Baugenehmigung nicht unter Berufung auf eine aus Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG abzuleitende staatliche Schutzpflicht verlangen.

5. Die nach den örtlichen Ausbauepflogenheiten hergestellten Erschließungsanlagen auf dem Beitrittsgebiet

Maßgeblich für den Begriff der Erschließungsanlagen im Sinne von § 242 Abs. 9 S. 2 BauGB ist die Definition im Sinne von § 127 Abs. 2 BauGB. Primär ist im Rahmen des § 242 Abs. 9 S. 2 BauGB zu prüfen, ob die Erschließungsanlagen auf einem technischen Ausbauprogramm beruhen und ist das Abstellen auf die örtlichen Ausbauepflogenheiten subsidiär. In diesem Rahmen ist der Begriff des technischen Ausbauprogrammes im erschließungsrechtlichen Sinne zu verstehen. Er umfasst die bautechnische Ausgestaltung der Teileinrichtungen, zum Beispiel Art der Befestigung der Fahrbahn, und kommt es nicht darauf an, wer diesen Ausbau-

plan erstellt hat. Es kommt auch nicht darauf an, in welcher Form er ausgestellt wurde oder ob er sich aus Beschlussprotokollen, Aktenvermerken, Verträgen, Anweisungen oder sonstigen Vorgaben ergibt. Das Merkmal der örtlichen Ausbauepflogenheit knüpft darüber hinaus an die Ausbauepflogenheiten in dem ganzen Ort an, der Gemeinde oder Stadt. Auf eine Differenzierung nach der Verkehrsbedeutung der Straßen (zum Beispiel Anlieger- oder Hauptverkehrsstraßen) oder auch historischen Besonderheiten kommt es nicht an. Gleichmaßen ist keine Beschränkung des zu beachtenden Umgriffs auf einzelne, wie auch immer

abgrenzbare Teile, oder eines eine optische Einheit bildenden Gebietes einer Gemeinde vorzunehmen. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Einrichtung den örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprechend fertig gestellt ist, ist der Vergleich des Ausbauzustandes dieser Einrichtung am 02.10.1990 mit dem seinerzeitigen durchschnittlichen Ausbauzustand entsprechender Einrichtungen im gesamten Gebiet der

betreffenden Gemeinde in ihrem Bestand am 02.10.1990. Die so ermittelten Ausbauzustände sind in ein Verhältnis zu setzen. Überwiegt in dieser Abwägung ein bestimmter Ausbauzustand, gibt dieser den maßgeblichen durchschnittlichen Ausbauzustand der Gemeinde wieder (vgl. insgesamt VG Meiningen, Entscheidung vom 19.12.2005, 1 K 746/99).

6. Zulässiger Immissionsrichtwert bei Lärm vom Kindergarten

Der in der TA-Lärm festgelegte Lärm von 50 dB (A) kann auch bei der Beurteilung eines vom Kindergarten ausgehenden Lärms für den zulässigen Immissionsrichtwert herangezogen werden (LG Hamburg, Entscheidung vom 08.08.2005, Az. 325 O 166/99).

Zwar liegt eine nur unwesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 906 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig dann vor, wenn die in den Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte nicht überschritten sind. Dieser Grenz- und Richtwert beträgt nach Ziff. 6.1 der

TA-Lärm im reinen Wohngebiet 50 dB (A). Allerdings ist umstritten, ob die TA-Lärm nicht nur auf technische Anlagen, sondern auch auf Lärmbeeinträchtigungen anderer Art anzuwenden ist, bei denen es auch auf das Maß der empfundenen Lästigkeit der Beeinträchtigung ankommt.

Nach Auffassung des LG Hamburg ist es gerechtfertigt, die TA-Lärm auch bei einem Kindergarten als gewissen Anhaltspunkt für die Beurteilung des Grades einer Beeinträchtigung heranzuziehen.

7. Geruchsbelästigung durch Krematorium als erhebliche Belästigung für die Allgemeinheit

Ein für sich genommen unauffälliger Geruch, der durch die Verbrennung von Tierkörpern in einem Kleintierkrematorium hervorgerufen wird, ist regelmäßig zumutbare Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG (OVG Nordrhein Westfalen, Entscheidung vom 10.02.2006, Az. 8 A 2621/04). Insbesondere wird der Geruch

nicht dadurch unzumutbar, weil er von den Anwohnern mit dem Krematorium in Verbindung gebracht und allein wegen der Kenntnis dieser möglichen Herkunft als ekelregend empfunden wird.

8. Bestimmtheitsanforderungen an Bebauungspläne

Für Bebauungspläne folgt die notwendige Bestimmtheit daraus, dass Inhalt und Schranken des grundrechtlich geschützten Eigentums durch die Festsetzungen unmittelbar berührt und ausgestaltet werden. Deshalb müssen die von den Festsetzungen Betroffenen wissen, welche Nutzungen auf den Grundstücken zulässig sind (VG Gelsenkirchen, Entscheidung vom 22.12.2005, 5 K 584/03).

Die Art der jeweiligen Festsetzungen, die Planungsziele und die Umstände des Einzelfalles –

insbesondere die örtlichen Verhältnisse – sind wesentlich für das zu fordernde Maß der Konkretisierung. Eine notwendige Auslegung steht der gebotenen Normenklarheit nicht entgegen. Stattdessen genügt es, wenn der Normeninhalt durch Auslegung ermittelt werden kann. In diesem Sinne wird die Interpretation nicht durch den formalen Wortlaut beschränkt. Entscheidend ist stattdessen der objektive Wille des Gesetzgebers, wobei dieser Wille wenigstens andeutungsweisen Niederschlag gefunden haben muss.

VI. Familie & Erbschaft

1. Erbschaft und Unterhalt

In einem neueren Urteil (23.11.2005 – XII ZR 51/03) hat der BGH entschieden, daß auch Einkünfte aus einer Erbschaft für Unterhalt an den geschiedenen Ehegatten zur Verfügung gestellt werden müssen. Das besondere an dieser Entscheidung ist, daß diese Erbschaft erst lange nach der Scheidung überhaupt anfiel, also zum Zeitpunkt der Scheidung endgültig nicht absehbar war, erst recht während des Zusammenlebens der Ehegatten zur Verfügung stand. Gleichwohl ist nach BGH so zu entscheiden, nämlich wenn zum Zeitpunkt der Ehescheidung die Erwartung einer Erbschaft die

ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt hat, d.h. die Eheleute ihren Lebenszuschnitt darauf schon einstellen konnten. Im entschiedenen Fall hatte der Ehemann vier Jahre nach Scheidung seine Mutter beerbt und aus geerbten Immobilien nicht unerhebliche Mieteinnahmen. Da er außerdem wegen Erkrankung nur noch eingeschränkt arbeiten konnte und wegen der Erwartung der Erbschaft keine angemessene anderweitige Alterssicherung betrieben hatte, sind seine Einkünfte aus der Erbschaft teilweise für den Unterhalt der geschiedenen Ehefrau mit herangezogen worden.

2. Unterhalt und Hauseigentum

Sind Eheleute im Zuge einer Scheidung – wie so oft – aus finanziellen Gründen gezwungen,

eine eheliche Immobilie zu veräußern, hat das auch unterhaltsrechtliche Konsequenzen. Hat

sich der Unterhaltsbedarf bis zu Veräußerung danach bestimmt, wie hoch der Nutzungsvorteil aus dem Bewohnen des Hauses ist, treten nach seiner Veräußerung die Vorteile, die die Ehegatten aus dem Erlös ihrer Miteigentumsanteile ziehen bzw. ziehen könnten. Bleibt ein Ehegatte in der Wohnung, hat er weiter den Nutzungsvorteil, während der andere, der ausgezahlt

wurde, das Kapital zinsbringend anlegen muß, so daß Zinsen sein Einkommen erhöhen bzw. seine Bedürftigkeit mindern. Wird Kapital „verschleudert“ werden erzielbare Zinsen fiktiv angerechnet. Das hat der BGH in ständiger Rechtsprechung erneut bekräftigt (vgl. BGH s.o.).

VI. Gesundheit & Recht

I. Mandantenbrief April/Mai 2006

Der aktuelle Mandantenbrief steht auf unserer Internetseite 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/Mai 2006 behandelt folgende Themen:

I. Krankenhaus & Klinik

1. Bundessozialgericht: Anspruch eines GKV-Patienten auf Chemotherapie mit einem in Deutschland nicht zugelassenen Zytostatikum; Kein Anspruch eines GKV-Patienten auf permanente Brachytherapie
2. Bundesgerichtshof: Zum Zielleistungsprinzip bei der Abrechnung einer Hallux-Valgus-Operation (hier: dreidimensionale Korrekturosteotomie nach Swivel-Scarf und Derotationsosteotomie der Großzehe nach Akin mit osteosynthetischer Versorgung); GOÄ § 4 Abs. 2a, GOÄ Gebührenverzeichnis Nr. 2297, GOÄ Gebührenverzeichnis Nr. 2260, GOÄ Gebührenverzeichnis Nr. 2064, GOÄ Gebührenverzeichnis Nr. 2134, GOÄ Gebührenverzeichnis Nr. 2029
3. Nordrhein-Westfalen plant neues Krankenhausgesetz

II. Der niedergelassene Arzt

1. OLG München: Zur Haftung des zufällig am Unfallort anwesenden, die Notfallbehandlung übernehmenden Arztes
2. Entwurf eines Gesetzes zur Veränderung des Vertragsarztrechts und anderer Vorschriften
3. Landgericht Köln: Zur Steigerungsfähigkeit analog angewendeter Zuschlagsziffern (LASIK-Verfahren)
4. Landgericht Lübeck: Strafbarkeit eines Arztes wegen Abrechnungsbetrug – Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung
5. Sozialgericht Düsseldorf: Die regionale Arzneimittelvereinbarung der KVNO ist rechtswidrig

III. Pharma & Apotheke

1. Ablösung der Betriebsverordnung für pharmazeutische Unternehmer
2. Bundestag hat AVWG beschlossen – Inkrafttreten zum 01. Mai 2006 – Die wesentlichen Inhalte und die Folgen für die Apotheke
3. OVG NRW: Keine Einschränkung des pauschalierten Nachzulassungsverfahrens durch Auflagen

IV. Heime & Pflegebetriebe

AG Eggenfelden: Lagerung von Arzneimitteln als Notvorrat im Seniorenzentrum

V. In eigener Sache

1. Aktuelle Veranstaltungen
2. www.medizinrecht.de

II. In eigener Sache

Aktuelle Veranstaltungen

1. Kölner Tagung für Recht und Wirtschaft in der Medizintechnologie

Veranstalter: AfU Arbeitskreis für Unternehmensrecht
Verlags- und Fortbildungsgesellschaft mbH

Ort: Köln

Datum: 13. September 2006

Anmeldung: unter www.afu-seminare.de

51. Fortbildungslehrgang der Fachgruppe Rehabilitation im Verband der Krankenhausdirektoren Deutschlands e.V. (VKD)

Vortrag zum Thema „Riskmanagementsysteme“

Veranstalter: VKD, Fachgruppe Rehabilitation

Ort: Rehasentrum Bad Frankenhausen

Datum: 29. September 2006

Anmeldung: nur für Mitglieder

www.medizinrecht.de

Unter www.medizinrecht.de finden regelmäßig mittwochs Expertenforen statt, u.a. zu den folgenden Themen:

**„Medizinische Versorgungseinrichtungen
– Krankenhaus, MVZ und integrierte Versorgung –,
und
„Unternehmen Arztpraxis“
„Recht und Steuern“**

Dort nehmen wir – ohne Kosten für die Teilnehmer – dezidiert zu den in das Forum eingestellten Fragen Stellung.



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

Sekretariat: Frau Correns

☎ 0221 – 77 20 9 – 99

Bitte beachten Sie auch unsere Internet-Präsentation unter

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