



### I. Handel & Wettbewerb

1. Außerbezirkliche Geschäfte des Handelsvertreters
2. BGH stärkt Stellung des Vertragshändlers beim Ausgleichsanspruch

### II. Steuern & Finanzen

1. Haftung des Geschäftsführers bei Einschaltung einer Steuerberatungsgesellschaft
2. Steuerberechnung bei einem mit nicht abziehbarer Belastung beschwerten Vorerwerb
3. Erlass der Säumniszuschläge von mehr als 50 v.H. nur in Ausnahmefällen
4. Kontaktpflege als außergewöhnliche Belastung
5. Steuerbefreiung bei einer Betriebsaufspaltung
6. Keine Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer bei Selbstnutzung
7. Beiträge zur privaten Krankenversicherung

### III. Arbeit & Personal

1. Kündigung bei nicht rechtzeitiger Massenentlassungsanzeige
2. Zweistufige Ausschlussfristen in Formulararbeitsverträgen

### IV. Bauen & Wohnen

1. OLG Naumburg: Präzise Fristsetzung bei der Anforderung einer Sicherheit nach § 648 a BGB erforderlich!
2. BGH: Die Klausel in einem Architektenvertrag, die Abschlagszahlungen auf 95 % beschränkt, ist unwirksam
3. OLG Köln: Zum Umfang von Hinweis- und Prüfungspflichten im Bauvertrag
4. Kammergericht: Abnahmefiktion auch bei vereinbarter förmlicher Abnahme
5. „Quasiunterbrechung“ der Verjährung i.S.v. § 13 Nr. 5 S. 2 VOB/B ist unwirksam!
6. Verrechnung gegen Werklohnansprüche ist unzulässig. AG muss aufrechnen!
7. Nachbesserung oder Minderung?

### V. Verwaltung & Vergabe

1. Übertragung der Entsorgungsüberwachung trotz Funktionsvorbehaltes für Beamte
2. Bundes-Bodenschutzgesetz: Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers
3. Ermächtigungsgrundlage: Bundes-Bodenschutzgesetz oder Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

### VI. Familie & Erbschaft

1. Sonderbedarf und Kindesunterhalt
2. Das vereinfachte Scheidungsverfahren

50668 **KÖLN**

Clever Straße 16

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

**Telefax** 0221 - 72 48 89

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

### VII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief Juni/Juli 2006
2. In eigener Sache

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

# I. Handel & Wettbewerb

## 1. Außerbezirkliche Geschäfte des Handelsvertreters

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 05.04.2006 (VIII ZR 384/04) zu den Provisionsansprüchen eines Bezirksvertreters Stellung genommen. Nach dem Gesetz (§ 87 Abs. 2 HGB) steht einem Handelsvertreter, dem ein Bezirk oder Kundenkreis übertragen worden ist, ein Provisionsanspruch zu für alle Geschäfte, die der Unternehmer mit Kunden in diesem Bezirk oder aus diesem Kundenkreis abschließt. Dieser Bezirksprovisionsanspruch ist nicht davon abhängig, ob der Handelsvertreter für das Zustandekommen des Geschäfts gesorgt hat. Selbst direkte Geschäfte zwischen Unternehmen und Kunden, von denen der Handelsvertreter keine Kenntnis hat, sind mithin dem Bezirksvertreter zu verprovisionieren.

Aus Sicht des Unternehmers bedeutet dies, dass er sich bereits bei der Vertragsgestaltung fragen muss, ob er dieses Ergebnis will. Denn der Bezirksprovisionsanspruch kann vertraglich abbedungen werden. Es kommt u. a. in Betracht, den Bezirksprovisionsanspruch auszuschließen oder aber für Bezirksgeschäfte einen verringerten Provisionssatz vorzusehen, um für den Handelsvertreter Tätigkeitsanreize zu schaffen.

Der BGH hatte nun die Frage zu klären, ob auch Geschäfte, die der Bezirksvertreter an Kunden vermittelt hatte, die nicht zu seinem Bezirk gehörten, ihm zu verprovisionieren sind. Der BGH geht davon aus, dass einem Bezirksvertreter eine Betätigung außerhalb seines Bezirks nicht ohne weiters verwehrt werden kann. Etwas anderes könne allerdings gelten, wenn durch die außerbezirkliche Tätigkeit die Gefahr einer Kollision mit der Tätigkeit und den Provisionsansprüchen anderer Repräsentanten besteht.

Damit ist dem Unternehmer dringend zu raten, auch die Frage der Verprovisionierung und des Tätigwerdens des Bezirksvertreters außerhalb des ihm zugewiesenen Bezirks vertraglich zu regeln. Es dürfte nicht zu beanstanden sein, ihm die außerbezirkliche Tätigkeit von vornherein zu untersagen.

Wird der Bezirksvertreter aber – so der BGH in seinem Urteil weiter – auch noch mit Wissen und der Unterstützung des Unternehmers außerhalb seines Bezirks tätig, so gebühre ihm in der Regel auch für die Geschäfte, die er an Kunden außerhalb seines Bezirks vermittelt, der volle vertragliche Provisionsanspruch zu.

## 2. BGH stärkt Stellung des Vertragshändlers beim Ausgleichsanspruch

Ein Vertragshändler, der eng in die Vertriebsorganisation des Lieferanten eingebunden ist, kann bei Vertragsbeendigung wie ein Handelsvertreter entsprechend § 89b HGB berechtigt sein, einen Ausgleichsanspruch zu verlangen. Voraussetzung für diesen Ausgleichsanspruch

ist jedoch, dass der Vertragshändler vertraglich verpflichtet ist, spätestens bei Vertragsbeendigung seinen Kundenstamm auf den Lieferanten zu übertragen. Denn anders als bei einem Handelsvertreterverhältnis erhält der Lieferant in der Regel bei einem Vertrieb über Händler

nicht automatisch Kenntnis von dessen Kundenbeziehungen. Denn der Händler schließt seine Geschäfte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab.

Was ist aber nun, wenn der Händler zwar entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung den Kundenstamm auf den Lieferanten überträgt, gleichzeitig den Kundenstamm aber nochmals verwertet, indem er ihn an einen Dritten veräußert?

Das Oberlandesgericht München vertrat hierzu die Auffassung, dass damit der Ausgleichsanspruch ausgeschlossen sei. Nach seiner Auffassung solle die Ausgleichszahlung nämlich dem Unternehmer die Möglichkeit geben, den Kundenstamm ohne störende Einflüsse nutzen zu können. Dies sei ihm aber auf grund der anderweitigen Veräußerung des Kundenstammes nicht mehr möglich gewesen.

Der BGH hat hingegen mit Urteil vom 28.06.2006 (VIII ZR 350/04) das Urteil des Oberlandesgerichts München aufgehoben und dem Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch zugesprochen. Für ihn ist der Ausgleichsanspruch eine Gegenleistung für den vom Handelsvertreter vorgenommenen Aufbau des Kundenstammes. Es sei nicht richtig, dass der Lieferant durch die Zahlung des Ausgleichs die Möglichkeit erwerben solle, den Kundenstamm ohne störende Einflüsse durch den Händler weiterzunutzen. Denn selbst bei einer Konkurrenzfähigkeit eines ausgeschiedenen Händlers oder Handelsvertreters unter Ausnutzung der während des Bestehens des Vertragsverhältnisses gewonnenen Kundenstammes sei der Ausgleichsanspruch nicht von vornherein ausgeschlossen. Grundsätzlich sei der Handelsvertreter, aber auch der Vertragshändler, berechtigt, nach Vertragsbeendigung

einer Konkurrenzfähigkeit nachzugehen. Ausgleichsrechtlich, so der BGH weiter, mache es aber keinen Unterschied, ob der ausgeschiedene Vertriebsmittler selbst oder ob ein Dritter sich nach Vertragsbeendigung den geschaffenen Kundenstamm in den Grenzen des Zulässigen für eine Konkurrenzfähigkeit nutzbar macht.

Damit kann der Handelsvertreter und auch der Vertragshändler den von ihm geschaffenen Kundenstamm grundsätzlich zweimal verwerten, indem er einmal einen Ausgleichsanspruch vom Unternehmer verlangt und auf der anderen Seite diesen entweder für eine eigene Konkurrenzfähigkeit nach Vertragsbeendigung nutzt bzw. an einen Dritten weiterveräußert. Allerdings weist der BGH darauf hin, dass die anderweitige Verwertung des Kundenstammes nach Vertragsbeendigung sich auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs auswirken könne. Denn bei der Ausgleichsberechnung ist eine Prognose vorzunehmen, welche Unternehmer Vorteile durch die Schaffung des Kundenstammes gegeben sind. Diese könnten sich durch die anderweitige Nutzung des Kundenstammes reduzieren. Zudem könne die Rechtsprechung dem Umstand der anderweitigen Verwertung des Kundenstammes durch einen Billigkeitsabzug Rechnung tragen. Der Ausgleichsanspruch ist allerdings nicht von vornherein insgesamt ausgeschlossen.

Das Urteil des BGH vom 28.06.2006 ist aber auch interessant, da es deutlich macht, dass der Ausgleichsanspruch auch nicht deshalb ausgeschlossen ist, wenn das Vertragsverhältnis durch die Insolvenz des Händlers bzw. Handelsvertreters zu Ende geht. Zwar rechtfertigte die Insolvenz in aller Regel eine Beendigung des Vertriebsvertrages fristlos aus wichti-

gem Grund. Eine fristlose Kündigung schließt den Ausgleichsanspruch aber nur aus, wenn er auf einem Verschulden des Handelsvertreters beruht. Dies sei jedoch bei einer Insolvenz

meist nicht der Fall. Also auch die Insolvenz des Vertriebsmittlers schützt den Unternehmer nicht vor der Zahlung des Ausgleichsanspruchs.

## II. Steuern & Finanzen

### 1. Haftung des Geschäftsführers bei Einschaltung einer Steuerberatungsgesellschaft

Mit Beschluss vom 20.04.2006 (Az. VII B 163/05) hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass allein der Umstand, dass eine Gesellschaft von einer Steuerberatungsgesellschaft mangelhaft beraten worden ist, den Geschäftsführer nicht vom Vorwurf grobfahrlässiger Nichtabführung von Umsatzsteuer entlastet, wenn er sich nicht in einem diesen Vorwurf ausschließenden Maße aktiv darum bemüht hat, sich über seine umsatzsteuerlichen Erklärungspflichten zu informieren.

Der Kläger wurde als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft niederländischen Rechts für Schulden der Gesellschaft im Wege der Haftung in Anspruch genommen. Die Steuerschulden resultierten daraus, dass die Gesellschaft einem inländischen Auftraggeberin Abschlagsrechnungen mit offen ausgewiesener Umsatzsteuer erteilt hatte, ohne in Deutschland Umsatzsteuer-Voranmeldungen oder Jahreserklärungen einzureichen und die berechneten Beträge an den deutschen Fiskus abzuführen. Der gegen den Haftungsbescheid gerichtete Einspruch und die nachfolgende Klage blieben erfolglos.

Im Beschluss führt der BFH aus, dass der Kläger als verantwortlicher Geschäftsführer die Verletzung steuerlicher Erklärungspflichten nicht mit dem Hinweis auf mangelhafte Bera-

tung der für die Steuerschuldnerin tätigen WP-Gesellschaft entschuldigen könne. Der Kläger habe sich nicht in einem den Vorwurf groben Verschuldens ausschließenden Maße aktiv darum bemüht, sich über seine umsatzsteuerlichen Erklärungspflichten zu informieren. Er berief sich erfolglos auf die Komplexität der steuerlichen Materie und darauf, keine umfassenden Kenntnisse in Bezug auf den internationalen Waren- und Dienstleistungsverkehr zu haben, andererseits aber darauf, dass er durch eine der größten europäischen Steuerberatungsgesellschaften beraten worden sei.

Nach Ansicht der Bundesrichter kann ein mögliches Verschulden der Beratungsgesellschaft – über das nicht zu befinden war – das Finanzamt jedoch ebenfalls nicht zwingend hindern können, den Kläger wegen grobfahrlässiger Nichtabführung von Umsatzsteuer zur Haftung heranzuziehen. Zwar könne dem Geschäftsführer einer GmbH als Haftungsschuldner ein Verschulden des steuerlichen Beraters der GmbH bei der Fertigung von Steuererklärungen nicht zugerechnet werden (vgl. dazu BFH, Urt. v. 30.08.1994 - VII R 101/92 - BStBl II 1995, 278). Es sei aber weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sich der Kläger im Streitfall der Beratergesellschaft zur Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten gegenüber dem Finanzamt bedient

habe; allein die Diskussion der umsatzsteuerlichen Problematik mit den mit der Buchführung der Gesellschaft betrauten Beratern entlaste den Geschäftsführer schon deshalb nicht, weil dem Kläger nach den insoweit unangefochtenen Feststellungen des Finanzgerichts die Pflicht zur Abführung der Umsatzsteuer grundsätzlich bekannt gewesen sei.

Die Entscheidung beleuchtet ein in letzter Zeit immer wieder aktuelles Thema bei dem Erlaß von Haftungsbescheiden wegen Gesellschaftsschulden gegen die Geschäftsführer. Die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen müssen nach § 34 Abs. 1 AO 1977 die steuerlichen Pflichten des Vertretenen, also der Gesellschaft, erfüllen. Verletzen sie diese Pflicht schuldhaft, haften sie nach § 69 AO 1977, gegebenenfalls auch nach § 71 AO 1977 für den beim Fiskus infolge der schuldhaften Pflichtverletzung eingetretenen Schaden. Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Frage, inwieweit ein gesetzlicher Vertreter die Haftung

abwehren kann, wenn er sich eines Steuerberaters zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten bedient.

Vielfach wird in Haftungsverfahren vorgetragen, der gesetzliche Vertreter habe seine Pflichten aus § 34 Abs. 1 AO 1977 ordnungsgemäß erfüllt, indem er mangels eigener Sachkunde einen Steuerberater mit der Erledigung der steuerlichen Belange des Vertretenen beauftragt habe; ihn treffe daher auch kein Verschulden. Daher scheitern solchermaßen begründete Einsprüche und Klagen gegen Haftungsbescheide regelmäßig. Aus den oben stehenden Ausführungen folgt nämlich, dass ein solcher Vortrag nicht annähernd ausreicht, um die Haftung abzuwenden. Vielmehr muss der Haftungsschuldner substantiiert darlegen, dass und wie er im Einzelnen seine Pflicht zur Überwachung des Steuerberaters erfüllt hat. Nur so hat die Anfechtung des Haftungsbescheids Aussicht auf Erfolg.

## **2. Steuerberechnung für späteren Erwerb unter Berücksichtigung eines mit einer nicht abziehbaren Belastung beschwerten Vorerwerbs**

In seinem Urteil vom 08.03.2006 (Az. II R 10/05) hat der BFH entschieden, dass für den Fall, dass ein mit einer nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG nicht abziehbaren Belastung beschwerter Erwerb nach § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG mit einem späteren Erwerb zusammenzurechnen ist, der Bruttowert des Vorerwerbs sowohl dieser Zusammenrechnung als auch der Berechnung der nach § 14 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ErbStG abzuziehenden Steuer zugrunde zu legen ist. Soweit diese Berechnung zur Festsetzung einer höheren Steuer für den Letzter-

werb führt als bei einer Berücksichtigung der Belastung des Vorerwerbs, ist der Mehrbetrag auch dann nicht nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG zu stunden, wenn die Belastung bei der Entstehung der Steuer für den Letzterwerb noch nicht erloschen ist.

Im Streitfall ging es um die Frage, wie die Schenkungsteuer für einen Letzterwerb zu berechnen und ob ein Teil der Steuer zu stunden ist, wenn ein innerhalb von zehn Jahren erfolgter und damit gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG mit dem Letzterwerb zusammenzurechnender

Vorerwerb mit einem Nießbrauchsvorbehalt als nicht abziehbarer Belastung verbunden ist.

Die Klägerin erhielt von ihrer Mutter 1989 Bargeld i.H.v. 45.000 DM und 1994 einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück unter Vorbehalt des lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauchs geschenkt. Da diese Zuwendungen den der Klägerin seinerzeit zustehenden Freibetrag von 90.000 DM (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a.F.) nicht erreichten, wurde dafür keine Schenkungsteuer festgesetzt. 1997 verzichtete die Mutter gegenüber der Klägerin auf die Rückzahlung von Darlehen i.H.v. 350.000 DM. Das Finanzamt setzte dafür unter Hinzurechnung der Vorerwerbe ohne Berücksichtigung des vereinbarten Nießbrauchs Schenkungsteuer i.H.v. 2.443 DM fest. Eine teilweise zinslose Stundung der Steuer bis zum Erlöschen des Nießbrauchs nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG lehnte das Finanzamt ab. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg (vgl. Schleswig-Holsteinisches FG, Ur. v. 20.12.2004 - 3 K 218/02 - EFG 2005, 966). Das Finanzgericht stundete die Schenkungsteuer i.H.v. 1.372 DM mit der Begründung, die Steuer für den Letzterwerb sei aufgrund des Abzugsverbots des § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG um diesen Betrag höher festgesetzt worden als bei einem Abzug des Werts der Belastung durch den Nießbrauch von der Bemessungsgrundlage der Steuer. Dies müsse durch eine entsprechende zinslose Stundung nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG ausgeglichen werden.

Auf die Revision des Finanzamtes hob der BFH die Entscheidung des Finanzgerichtes auf und wies die Klage ab.

Sei ein Erwerb nach § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG – so führt der BFH aus – mit einem früheren Erwerb zusammenzurechnen, der mit einer

nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG nicht abziehbaren Belastung beschwert sei, sei der Vorerwerb mit dem Bruttowert, d.h. ohne die Berücksichtigung der Belastung, anzusetzen. Dieser Bruttowert sei auch bei der Berechnung sowohl der nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG abziehbaren fiktiven Steuer als auch der nach § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbStG statt der fiktiven Steuer abzuziehenden tatsächlich für den Vorerwerb zu entrichtenden Steuer zugrunde zu legen. Die Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. H 85 Abs. 3 ErbStR 2003), wonach die für den Vorerwerb tatsächlich zu entrichtende Steuer i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbStG lediglich die für den Vorerwerb nach § 25 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG sofort zu entrichtende Steuer zuzüglich des Ablösebetrags nach § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG sei, und zwar auch dann, wenn der Erwerber die Ablösung nach § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG nicht beantragt habe (Erlass der FinBehörde Hamburg v. 06.09.2004 - ZEV 2004, 504), sei mit § 14 Abs. 1 Satz 3 und § 25 Abs. 1 ErbStG nicht vereinbar. Diese Berechnungsweise führe dazu, dass dem Erwerber der Vorteil aus einer Steuerstundung für den Vorerwerb nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG oder aus einer Ablösung der zu stundenden Steuer mit dem Barwert nach § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG bei einer Zusammenrechnung dieses Erwerbs mit einem späteren Erwerb wieder entzogen werde, ohne dass es dafür einen sachlichen Grund gebe. Die Regelungen in § 25 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ErbStG über die Stundung der Mehrsteuer, die sich aufgrund des Abzugsverbots des § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ergebe, und die Ablösung des zu stundenden Betrages seien ein (teilweiser) Ausgleich für die Wirkungen des Abzugsverbots, das systemwidrig in die Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs nach § 10 ErbStG

eingreife. Diese Milderung der Folgen des Abzugsverbots für die Besteuerung des früheren Erwerbs dürfe dem Erwerber auch nicht im Rahmen der Besteuerung eines späteren Erwerbs nach § 14 Abs. 1 ErbStG wieder entzogen werden.

Soweit die Berechnung der Steuer für den Letzterwerb nach diesen Grundsätzen zu einer höheren Festsetzung als bei einem Ansatz des Vorerwerbs mit dem Nettowert führe, sei der Mehrbetrag entgegen der vom Finanzgericht vertretenen Ansicht nicht nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG zu stunden. Das Abzugsverbot nach § 25 Abs. 1 ErbStG sei nur im Rahmen der Ermittlung der steuerrechtlichen Bereicherung nach § 10 ErbStG bei dem Erwerb zu berücksichtigen, der mit einer Nutzungs- oder Rentelast belastet sei. Mit der Berücksichtigung von Vorerwerben treffe § 14 Abs. 1 ErbStG lediglich eine besondere Anordnung für die Berechnung der Steuer, die für den jeweils letzten Erwerb innerhalb des Zehnjahreszeitraums festzusetzen sei. Weder würden die früheren Steuerfestsetzungen mit der Steuerfestsetzung für den letzten Erwerb zusammengefasst noch würden die einzelnen Erwerbe innerhalb eines Zehnjahreszeitraums zu einem einheitlichen Erwerb verbunden. Die Vorschrift ändere nichts daran,

dass die einzelnen Erwerbe als selbstständige steuerpflichtige Vorgänge jeweils für sich der Besteuerung unterlägen (BFH, Urte. v. 02.03.2005 - II R 43/03 - BStBl II 2005, 728). Lügen daher beim Letzterwerb selbst die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 ErbStG nicht vor, so scheidet eine Steuerstundung auch dann aus, wenn die Belastung des Vorerwerbs bei Entstehen der Steuer für den Letzterwerb noch nicht erloschen sei.

Der Fall behandelt die Konstellation, in der der Nutzungsvorhalt beim Vorerwerb stattfindet. Die steuerlichen Folgen der vorzeitigen Ablösung eines solchen Nutzungsvorhalts ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, gegen das bisher dazu vorliegende Urteil des FG Köln vom 14.03.2006 (Az. 9 K 4735/05 - EFG 2006, 912) ist derzeit eine Revision beim BFH anhängig (Az. II R 34/06). Ist von mehreren innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums vollzogenen freigebigen Zuwendungen nur die letzte mit einem Nutzungsvorbehalt zu Gunsten des Vermögensübergebers oder seines Ehegatten verbunden, so richtet sich die Besteuerung des Letzterwerbs nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Der Nutzungsvorbehalt unterliegt dem dortigen Abzugsverbot. Die Nutzungslast ist nur durch zinslose Stundung zu berücksichtigen

### **3. Erlass der Säumniszuschläge von mehr als 50 v.H. nur in Ausnahmefällen**

Gleich drei neuere Entscheidungen betreffen den Erlass von Säumniszuschlägen und damit § 240 AO 1977, nämlich BFH vom 30.03.2006 (Az. V R 2/04, DStR 06, 943) und FG München vom 26.04.2006 (Az. 9 K 4149/05) und 11.05.2006 (Az. 6 K 4029/04). Die Höhe eines Säumniszuschlags beträgt 1 v.H. des abgerun-

deten rückständigen Steuerbetrags für jeden angefangenen Monat der Säumnis. Spätere Änderungen der Bemessungsgrundlage bleiben unberücksichtigt. Maßgebend ist allein die Höhe der festgesetzten Steuer, die bei Fälligkeit nicht bezahlt worden ist. Nachträgliche höhere Steuerfestsetzungen bleiben deshalb genauso

unberücksichtigt wie Ermäßigungen oder wenn sich die Steuerfestsetzung später als falsch erweist. Deshalb kommt ein Erlass aus sachlichen Billigkeitsgründen nicht in Betracht, nur weil die Steuerfestsetzung herabgesetzt wird. Ein solcher Billigkeitsgrund liegt nach der BFH-Rechtsprechung aber vor, wenn dem Steuerpflichtigen die rechtzeitige Zahlung der Steuer wegen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit unmöglich ist und deshalb Säumniszuschläge

als Druckmittel zur Zahlung ihren Sinn verlieren.

Säumniszuschläge dienen aber auch zur Abgeltung des Verwaltungsaufwands. Daher kommt regelmäßig nur ein Teilerlass von 50 v.H. in Betracht. Doch bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ist auch noch ein weiter gehender Erlass der Säumniszuschläge möglich. Hierzu bedarf es dann allerdings zusätzlicher besonderer persönlicher oder sachlicher Gründe.

#### **4. Kontaktpflege als außergewöhnliche Belastung**

Mit Urteil vom 20.02.2006 (Az. 2 K 3058/04) hat das Hessische FG zu § 33 EStG Stellung genommen.

Danach können Aufwendungen eines Elternteils für Besuche von beim anderen Elternteil lebenden Kindern grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung steuermindernd berücksichtigt werden. Da der nicht sorgeberechtigte Elternteil zum Umgang mit den Kindern gesetz-

lich verpflichtet sei, so die Richter, erwachsen zwangsläufig Aufwendungen für die Kontaktpflege. Diese fallen immer dann unter § 33 Abs. 1 EStG, wenn erhebliche Reisekosten für die Erfüllung der Umgangspflicht notwendig sind, die sich auch nicht durch eine Minderung der Unterhaltsleistung ausgleichen lassen. Das Urteil ist nicht rechtskräftig, eine Revision ist bei dem BFH unter Az. III R 30/06 anhängig.

#### **5. Zweifache Steuerbefreiung bei einer Betriebsaufspaltung**

Nach dem Urteil des BFH vom 29.03.2006 (Az. X R 59/00, DStR 06, 1129) erstreckt sich die Befreiung der Betriebsgesellschaft von der Gewerbesteuer bei einer Betriebsaufspaltung auch auf die Vermietungstätigkeit des Besitzunternehmens. Der BFH ändert – hier zu § 3 GewStG – seine Rechtsprechung und ist nunmehr der Auffassung, dass Besitz- und Be-

triebsunternehmen auch hinsichtlich der Gewerbesteuerbefreiung miteinander verflochten sind. Durch eine Betriebsaufspaltung soll die Umgehung der Gewerbesteuerpflicht durch eine Aufteilung des Vermögens auf zwei eigenständige Rechtsträger vermieden werden. Wo aber eine Gewerbesteuerpflicht gar nicht besteht, kann sie auch nicht umgangen werden.

## **6. Keine Verfassungswidrigkeit der Grundsteuer bei Selbstnutzung**

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit Beschluß vom 21.06.2006 (Az. 1 BvR 1644/05) eine Beschwerde gegen die Festsetzung der Grundsteuer bei selbst genutzten Immobilien nicht zur Entscheidung angenommen. Damit werden sowohl Gemeinden als auch Finanzämter Rechtsbehelfe gegen Grundsteuer- und Grundsteuermessbescheide sowie Anträge auf Aufhebung der Einheitswerte nun abweisen.

Bereits zuvor hatte das Gericht eine weitere Beschwerde nicht angenommen. Dabei ging es um die Frage, ob die Grundsteuer eine unzulässige Sondervermögensteuer für Grundbesitzer ist. Zwar ist noch ein Fall beim BFH anhängig. Ein Erfolg ist aber eher unwahrscheinlich, da sich diese Revision auf das Verfahren in Karlsruhe bezieht.

## **7. Beiträge zur privaten Krankenversicherung**

Die Oberfinanzdirektion Koblenz hat mit Verlautbarung vom 08.05.2006 (Gz. S 2282 A - St 32 3) die derzeitige Rechtslage zur steuerlichen Erfassung der Beiträge zur privaten Krankenversicherung zusammengefasst. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 11.01.2005 (Az. 2 BvR 167/02) entschieden, dass die Einbeziehung von gesetzlichen Pflichtbeiträgen des Kindes zur Sozialversicherung in die Bemessungsgrundlage für den Jahresgrenzbetrag gemäß § 32 Abs. 4 S. 2 EStG zu Lasten der unterhaltsverpflichteten Eltern gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Bei der Prüfung, ob der Jahresgrenzbetrag überschritten ist, sind bei der Ermittlung

der Bemessungsgrundlage die Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung von den Einkünften und Bezügen des Kindes abzuziehen (so schon BMF-Schreiben 18.11.2005). Gleiches gilt für die Ermittlung der anrechenbaren Einkünfte nach § 33a Abs. 1 S. 4 und Abs. 2 S. 2 EStG im Hinblick auf die Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung. Zur Frage des Abzugs freiwilliger Beiträge von Beamtenanwärtern zur privaten Krankenversicherung sind zwei Revisionsverfahren vor dem BFH anhängig (Az. III R 72/05 und Az. III R 74/05). Gleichgelagerte Rechtsbehelfe sind daher gemäß § 363 Abs. 2 AO entsprechend ruhen zu lassen.

# **III. Arbeit & Personal**

## **1. Kündigung bei nicht rechtzeitiger Massenentlassungsanzeige**

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteil vom 23. März 2006 (- 2 AZR 343/05 -) die Regelung des § 17 Abs. 1

Satz 1 KSchG richtlinienkonform ausgelegt und entschieden, dass die Anzeige bei der Agentur für Arbeit rechtzeitig vor Erklärung der Kündigungen erfolgen muss. Mit Urteil vom 27. Janu-

ar 2005 hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Massentlassungsrichtlinie 98/59/EG (MERL), die durch die §§ 17 ff. KSchG in das deutsche Arbeitsrecht umgesetzt worden ist, dahin ausgelegt, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers als "Entlassung" im Sinne der MERL anzusehen sei. Zumindest bis zum Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH hätten die Arbeitgeber jedoch auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die durchgängige Verwaltungspraxis der Agenturen für Arbeit vertrauen dürfen, wonach die Anzeige auch noch nach Erklärung der Kündigungen erfolgen konnte. Zur zeitlichen Grenze des zu gewährenden Vertrauensschutzes hat nun der Sechste Senat

des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 13. Juli 2006 - 6 AZR 198/06 -) entschieden, das schutzwürdige Vertrauen sei angesichts der noch im Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 18. September 2003 (- 2 AZR 79/02 -) vertretenen Auffassung, § 17 KSchG könne nicht richtlinienkonform ausgelegt werden, nicht bereits mit Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH entfallen. Allerdings sei das Vertrauen des Arbeitgebers dann nicht mehr schutzwürdig, wenn die für die Anwendung und Ausführung der §§ 17 ff. KSchG zuständige Arbeitsverwaltung ihre frühere Rechtsauffassung geändert hat und dies dem Arbeitgeber bekannt sein musste.

## 2. Zweistufige Ausschlussfristen in Formulararbeitsverträgen

Das BAG hat in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung mit Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04 – entschieden, dass eine AGB-Klausel, die eine 4-wöchige Ausschlussfrist für die Erhebung einer Klage zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis vorsieht, unwirksam ist. Es handelte sich in dem konkreten Fall um eine zweistufige Ausschlussfrist:

Eine außergerichtliche Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche sollte gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner nur innerhalb von 6 Wochen ab Fälligkeit möglich sein. Darüber hinaus war vorgesehen, dass die gerichtliche Verfolgung der Ansprüche nach Ablauf weiterer 4 Wochen ab der schriftlichen Ablehnung ausgeschlossen sein sollte.

Das BAG führt zu der allein streitgegenständlichen Ausschlussklausel auf der zweiten Stufe

aus, es sei zwischen einer Verwendung der Ausschlussklausel in AGB und vorformulierten Vertragsbedingungen auf der einen Seite und einer individualvertraglichen Vereinbarung auf der anderen Seite zu differenzieren.

Eine 4-wöchige Ausschlussfrist zur Klageerhebung in AGB oder in einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen sei zu kurz bemessen, da die Frist mit dem wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar sei und deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners führe. Soweit die Vertragspartner die Möglichkeit hätten, die Vertragsbedingungen im Einzelnen auszuhandeln, sei die Vereinbarung einer 4-wöchigen Ausschlussfrist zur Erhebung einer Klage hingegen zulässig.

## IV. Bauen & Wohnen

### 1. OLG Naumburg: Präzise Fristsetzung bei der Anforderung einer Sicherheit nach § 648 a BGB erforderlich!

Wieder einmal hatte ein Oberlandesgericht (OLG Naumburg, Urteil vom 08.06.2005 – 12 U 90/03, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen am 30.03.2006 – VII ZR 192/05) über die Voraussetzungen der Anforderung einer Sicherheit nach § 648 a BGB zu entscheiden. In diesem Fall ging es um die ordnungsgemäße Nachfristsetzung einer Sicherheitsanforderung, nachdem der Schuldner die geforderte Sicherheit nicht in einer angemessenen ersten Frist geleistet hatte. Darauf hatte der Auftragnehmer mit der bloßen Ankündigung geantwortet, nach der er, nach Ablauf einer weiteren Frist, vom Recht zur Erfüllungsverweigerung Gebrauch machen würde. Das genügte zur Aufhebung des Vertrages und damit zur Herbeiführung eines Abrechnungsverhältnisses nicht. Mit der Verweisung in § 648a Abs. 5 S. 1 BGB und dem nachfolgenden Satz 2 dieser Vorschrift wird klargestellt, dass dem Auftragnehmer ein Wahlrecht zusteht. Um eine Kürzung seines Werklohnanspruchs nach § 645

BGB nicht hinnehmen zu müssen, und es bei seinem aus § 648a Abs. 1 S. 1 BGB folgenden Leistungsverweigerungsrecht verbleiben zu lassen, kann der Auftragnehmer die weitere Vertragsdurchführung in der Schwebe halten. Er kann auch durch eine Erklärung nach § 643 S. 1 BGB die Beendigung der Vertragsbeziehungen herbeiführen mit der Folge, dass ihm ein Vergütungsanspruch zusteht, der gegebenenfalls um den Minderwert zu kürzen ist, der infolge eines etwaigen Mangels entstanden ist. Allerdings muss für den Besteller zweifelsfrei erkennbar sein, welche Rechtsfolge der Auftragnehmer will. Aus diesem Grunde muss der Auftragnehmer, wenn er ein Abrechnungsverhältnis herbeiführen will, die Nachfrist mit einer ausdrücklichen Kündigungsandrohung oder einer sonstigen Erklärung verbinden, die erkennen lässt, dass die Aufhebung des Vertrags für die Zukunft nur noch vom fruchtlosen Fristablauf abhängt.

### 2. BGH: Die Klausel in einem Architektenvertrag, die Abschlagszahlungen auf 95 % beschränkt, ist unwirksam

In einer erst jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 22.12.2005 - VII ZB 84/05 hatte der BGH festgestellt, dass die (übliche) Beschränkung der Auszahlung von Abschlagszahlungen auf 95 % des Honorars für die nachgewiesenen Leistungen unwirksam ist, wenn sie formular-

mäßig verwendet wird. Diese Klausel ist jedenfalls dann wegen unangemessener Benachteiligung des Architekten unwirksam, wenn sie in einem Vertrag verwendet wird, der die Leistungen aller Leistungsphasen des § 15 Abs. 2 HOAI enthält, eine Teilschlusszahlung lediglich

nach Genehmigung der bis zur Leistungsphase 4 erbrachten Leistungen vereinbart ist und die Schlusszahlung für die Leistungsphasen 5-9 erst fällig wird, wenn der Architekt sämtliche Leistungen aus dem Vertrag erfüllt hat. Damit – so der BGH – bestünde der Einbehalt fünf Jah-

re lang, nämlich bis zur Abrechenbarkeit der Leistungsphase 9, wodurch der Architekt Liquiditätsnachteile erleide und mit dem Insolvenzrisiko des Auftraggebers unangemessen belasten würde.

### **3. OLG Köln: Zum Umfang von Hinweis- und Prüfungspflichten im Bauvertrag**

Am 08.02.2006 hatte das OLG Köln (Az. 11 U 93/04) zum Umfang von Hinweis- und Prüfungspflichten eines Bauunternehmers bei der Abwicklung eines Bauvorhabens Stellung genommen. Nach einem VOB/B-Vertrag führte der Auftragnehmer Bodenbelagsarbeiten durch. Nach einiger Zeit wölbten sich die aufgetragenen Fußbodenleisten. Der Auftraggeber verlangte vom Auftragnehmer Mängelbeseitigung und klagte nach dessen Weigerung Kostenvorschuss ein. Ein gerichtlicher bestellter Sachverständiger stellte im Rahmen der Beweisaufnahme fest, dass die Auswölbungen auf eine überhöhte Restfeuchtigkeit in den Wänden des Gebäudes zurückzuführen waren. Der Auftragnehmer verwies auf die ATV DIN 18365 und meinte, er habe nur den Boden, nicht aber die Wände auf Restfeuchtigkeit überprüfen müssen. Das OLG Köln verurteilte ihn dennoch, weil er seine Prüf- und Hinweispflichten aus § 4 Nr. 3 VOB/B verletzt habe. Die DIN 18365 sehe zwar keine ausdrückliche Prüfung von Restfeuchtigkeit in den Wänden vor. Der Umfang einer Prüfpflicht werde durch die DIN aber nicht

abschließend, sondern nur beispielhaft umschrieben. Für alle Faktoren, die sich unmittelbar auf die Qualität der Werkleistung auswirken können, obliege dem Auftragnehmer in vollem Umfang die Prüfpflicht. Da die Fußbodenleisten an den Wandflächen angebracht werden mussten, würden diese auch von der Prüfpflicht umfasst. Das OLG Köln geht aber noch einen Schritt weiter und meint, dass der Auftragnehmer aufgrund seiner Sachkunde zumindest auf die nahe liegenden Bedenken hätte hinweisen müssen, wenn er zur Prüfung der Feuchtigkeit nicht verpflichtet gewesen wäre. DIN-Normen sind für die Ermittlung der vertraglich geschuldeten Leistung nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht maßgebend. DIN-Normen sind auch nicht mit den in § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B und § 13 Nr. 1 VOB/B genannten anerkannten Regeln der Technik identisch. Auftragnehmer sollten sich deshalb nicht allein auf die Einhaltung von DIN-Vorschriften verlassen, wenn das Leistungssoll eindeutig oder durch die anerkannten Regeln der Technik bestimmt ist.

#### **4. Kammergericht: Abnahmefiktion auch bei vereinbarter förmlicher Abnahme**

Am 04.04.2006 hat das Kammergericht (7 U 247/05) zur Abnahme nach § 12 Nr. 4 und 5 VOB/B entschieden, dass bei Vereinbarung einer förmlichen Abnahme im VOB/B-Vertrag keine Partei eigens eine Abnahme „verlangen“ muss. Darüber hinaus wirkt der Abnahmetermin auf den 12. Werktag nach Schlussrechnungsstellung zurück, wenn sich aus der darauf folgenden Zeit ergibt, dass die Parteien auf eine förmliche Abnahme verzichtet haben. Das Kammergericht bringt mit seiner Entscheidung zwar keine spektakulären Neuigkeiten, jedoch bestätigt es in erfreulicher Weise die praxisnahe Anwendung vom Umgang mit vereinbarten förmlichen Abnahmen. Die Parteien hatten in einem VOB/B-Vertrag abweichend von § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOB/B eine förmliche Abnahme vereinbart und gleichzeitig die Abnahme durch Ingebrauchnahme ausgeschlossen. Der Auftragnehmer hatte die Schlussrechnung gestellt, nicht aber um Abnahme gebeten. Der Auftraggeber wiederum äusserte ebenfalls nicht den Wunsch auf eine förmliche Abnahme. Der Auftraggeber wandte dann aber fehlende Fälligkeit wegen fehlender Abnahme ein, weil der Auftragnehmer die förmliche Abnahme nicht ausdrücklich „verlangt“ habe. Durch die vertraglich

vereinbarte förmliche Abnahme war ein solches „Verlangen“ aber bereits ausgesprochen und musste somit nicht ausdrücklich erfolgen. Das entspricht der BGH-Rechtsprechung (etwa BauR 1989, 727). Den Zeitpunkt der Abnahme bestimmte das Gericht konsequent auf den Ablauf von 12 Werktagen nach Anzeige der Fertigstellung der Bauleistung. Letztere erfolgte durch Übersendung der Schlussrechnung im August 2004. Nachdem weder Auftraggeber noch Auftragnehmer bis Ende 2004 die förmliche Abnahme verlangten, war von einem Verzicht beider Parteien hierauf auszugehen. Der Abnahmezeitpunkt war zum Ende des Ablaufes des 12. Werktages nach Zugang der Schlussrechnung festzustellen. Die vom Kammergericht hier mit Leichtigkeit festgestellte fiktive Abnahme mahnt Auftragnehmer und Auftraggeber, mit förmlichen Abnahmen sorgfältig umzugehen, wenn sie vereinbart sind. Bei einer Vereinbarung einer förmlichen Abnahme empfiehlt sich daher immer auch deren Durchführung, um Mängelansprüche ebenso wie Vertragsstrafen zu sichern, bzw. einen genauen Termin für den Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche und den Gefahrenübergang zu festzulegen.

#### **5. „Quasiunterbrechung“ der Verjährung i.S.v. § 13 Nr. 5 S. 2 VOB/B ist unwirksam!**

Das Landgericht Halle entschied am 08.07.2005 - 1 S 68/05 -, dass § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B unwirksam sei, wenn die Parteien anstelle der zweijährigen Regelfrist des § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B 1996 eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren und zwei Monaten vereinbart haben. Die Verjährung von Mängelansprüchen

kann gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B durch schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen und ohne gerichtliche Hilfe verlängert werden, was als „Quasiunterbrechung“ der Verjährung bezeichnet wird. Sie soll einen Ausgleich für die kurze Regelfrist von zwei Jahren des § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B schaffen. Nach Ansicht

des Landgerichts Halle hält § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B allerdings dann einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG (§ 307 Abs. 2 BGB n. F.) nicht stand, wenn die Regelfrist vertraglich auf gut fünf Jahre verlängert wurde und es der Auftraggeber (AG) so in der Hand habe, die regelmäßige Maximalfrist von vier Jahren (zwei Jahre Regelfrist plus zwei Jahre Verlängerung) auf sieben Jahre (fünf Jahre Gewährleistungsfrist plus zwei Jahre Verlängerung) auszudehnen, also fast zu verdoppeln. In dem dem Urteil des Landgerichts Halle zugrunde liegenden Fall waren somit etwaige Mängelbeseitigungsansprüche des AG verjährt, obwohl die betreffenden Mängel vor Ablauf der Gewährleistungsfrist schriftlich gerügt und deren Beseitigung verlangt wurde.

Das Landgericht Halle hielt den Auftragnehmer (AN) aber auch deswegen für unangemessen benachteiligt, weil die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen nach dem BGB nicht durch eine schriftliche Mängelrüge des AG un-

terbrochen oder gehemmt werden könne. Das hatte der BGH bislang anders beurteilt und § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B für wirksam erachtet, weil der AG auch nach dem Gesetz die Möglichkeit habe, die Gewährleistungsfrist von fünf Jahren etwa durch Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens zu verlängern (BGH, BauR 1989, 322). In einer neueren Entscheidung vom 13.01.2005 (NZBau 2005, 282) scheint jedoch auch der BGH diese Rechtsprechung aufgeben zu wollen, so dass der Entscheidung des Landgerichts Halle besondere Bedeutung zukommt. Es kann zukünftig nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass durch eine schriftliche Mängelrüge die „Quasiunterbrechung“ eintritt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der AG Verwender der Klausel ist und der Vertrag - wie regelmäßig - Abweichungen von der VOB/B enthält. Momentan muss davon ausgegangen werden, dass eine schriftliche Mängelrüge nicht mehr ausreicht, um die Verjährung von Mängelansprüchen zu verlängern.

## **6. Verrechnung gegen Werklohnansprüche ist unzulässig. AG muss aufrechnen!**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 23.06.2005 - VII ZR 197/03 - zur Frage Stellung genommen, ob eine Verrechnung von Vergütungsansprüchen des AN mit Schadenersatzansprüchen des AG wegen Nicht- oder Schlechtleistung möglich ist oder ob insoweit eine Aufrechnung erfolgen muss. Im Gegensatz zur Aufrechnung, die ausdrücklich erklärt werden muss, erfolgt die Verrechnung durch bloße Saldierung von Forderungen. Die Unterscheidung ist für die Praxis von Bedeutung, weil häufig Aufrechnungsverbote vertraglich vereinbart werden, welche durch das Institut der Verrech-

nung nicht zu beachten sind. Gegenstand des Verfahrens war eine Werklohnklage. Der AG hielt dem Anspruch Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung entgegen. Der BGH hat nunmehr klargestellt, dass im Bereich des Werk- und Bauvertragsrechts die Verrechnung gesetzlich nicht vorgesehen ist, so dass die sich selbständig gegenüberstehenden Forderungen der Bauvertragsparteien ausschließlich den vertraglichen oder gesetzlichen Regeln der Aufrechnung unterliegen. Eine Behandlung der Forderungen als bloße Verrechnungsposten lehnt der BGH mit der Begründung ab, Auf-

rechnungsverbote dürften nicht dadurch umgangen werden, dass den Aufrechnungsregeln unterliegende Ansprüche dem gesetzlich nicht anerkannten Rechtsinstitut der Verrechnung unterstellt würden. Das Urteil dürfte somit - jedenfalls für den Bereich des Werkvertragsrechts - als generelle Abkehr von der Verrechnung zu verstehen sein, weil der BGH weiterhin klargestellt hat, an seiner früheren Entscheidung (VII ZR 6161/00, BauR 2001, 1928) nicht mehr festhalten zu wollen. Damals hatte der BGH zum sog. „kleinen Schadenersatz“ gemäß § 635 BGB entschieden, dass eine Verrech-

nung von Werklohn und Gegenforderung zulässig sei (BGHZ 70, 240). Für die Bauvertragspraxis bedeutet die Entscheidung, dass eine automatische Verrechnung von Vergütungs- und Schadensersatzansprüchen nicht mehr wirksam erfolgen kann. Der AG müsste demnach auch bei Vorliegen von berechtigten Schadensersatzansprüchen wegen Nicht- oder Schlechterfüllung den Werklohn zunächst zahlen und wäre mit seinen Gegenansprüchen auf einen separaten Prozess verwiesen. Die Frage der Wirksamkeit von Aufrechnungsverboten muss aber zukünftig sorgfältig geprüft werden.

## **7. Nachbesserung oder Minderung?**

In einer sehr interessanten Entscheidung zum Straßenbau hat der BGH am 10.11.2005 - VII ZR 137/04 - erneut die Abgrenzung von Nachbesserung und Minderung behandelt. Der Auftragnehmer hatte eine Asphaltdecke mit Kornverletzungen eingebaut. Die Mängel waren aber nicht so gravierend, dass sie eine sofortige Sanierung der Straße erforderlich machten. Ungeklärt blieb, ob die Kornverletzung tatsächlich zur Reduzierung einer Nutzungsdauer führt. Die übliche Lebensdauer eines solchen Asphaltbelages wurde mit 16 Jahren angegeben. Der BGH stellt in seiner Entscheidung aber fest, dass der AG keine Nachbesserung oder die Zahlung der Nachbesserungskosten, sondern

nur Minderung verlangen kann, wenn der Unterschied zwischen der mangelbedingten und der vertraglichen Nutzungsdauer gering ist. Wird z.B. die Sanierung erst nach ca. 15 Jahren erforderlich, könnte sich nach Ansicht des BGH der Auftraggeber wohl nur auf Minderung berufen. Den Beweis für den geringen Unterschied zwischen vertraglicher und tatsächlicher Nutzungsdauer müsste allerdings der AN führen. So setzt sich die Rechtsprechung der letzten Jahre fort, wonach die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung zwar nicht ausgeschlossen, aber doch die Ausnahme ist.

## V. Verwaltung & Vergabe

### 1. Übertragung der Entsorgungsüberwachung trotz Funktionsvorbehaltes für Beamte

Auf gesetzlicher Grundlage darf die Überwachung der Entsorgung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle auf eine juristische Person des Privatrechts (GmbH) übertragen werden. Der Funktionsvorbehalt für Beamte nach Artikel 33 Abs. 4 GG steht dem nicht entgegen (BVerwG, Entscheidung vom 29.09.2005, Az. 7 BN 2.05).

Die funktionale Privatisierung der Hoheitsaufgabe ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Sie stellt das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Artikel 33 Abs. 4 GG der grundsätzlichen Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse durch Angehörige des öffentlichen Dienstes nicht in Frage. Diese Beurteilung folgt aus dem Zwecke des Artikel 34 Abs. 4 GG, die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates mittels des Prinzips ihrer Wahrnehmung durch Beamte zu sichern, im Wege der verhältnismäßigen Zuordnung des die Privatisierung rechtfertigenden Sachgrundes und der Intensität der damit verbundenen Beeinträchtigung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Strukturprinzips. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Die Beleihung der juristischen Person des Privatrechts (GmbH) erfolgte auf gesetzlicher Ermächtigung. In diesem Sinne ist der Landesgesetzgeber befugt, die für die Überwachung der Entsorgung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle zuständige Stelle zu bestimmen, § 63 i. V. m. § 40 Abs. 1 und § 41 Abs. 1, 3 und 4 KrW-/AbfG.

Die Aufgabenübertragung erfasst einen eng begrenzten Ausschnitt aus den Vollzugsaufga-

ben nach dem KrW-/AbfG. Denn Gegenstand der Beleihung sind Überwachungsaufgaben und die Erteilung der Verbringungsgenehmigung im Bereich der Entsorgung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle. Diese Aufgaben betreffen im Wesentlichen die Kontrolle der in der Nachweisverordnung vorgeschriebenen Führung von Entsorgungsnachweisen. Sie sind im Vergleich zu sonstigen hoheitlichen Tätigkeiten von eher untergeordneter Bedeutung. Die Überwachung begründet keinen verstärkten Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen. Es macht keinen erheblichen Unterschied, ob die Kontrollaufgaben durch staatliche Behörden oder in der Form materiellöffentlicher Verwaltung durch Private erfüllt wird.

Die funktionale Privatisierung ist sachlich gerechtfertigt. Die GmbH verfügt seit Jahren über spezielle Erfahrungen im Umgang mit besonders überwachungsbedürftigen Abfällen. Sie besitzt in Folge dessen eine besondere Eignung. Diese Sachkompetenz ist ein hinreichender sachlicher Grund. Es kommt nicht darauf an, ob die GmbH auch für die Lenkung der Abfallströme zuständig ist. Denn ein Rechtssatz, das im Bereich der Abfallentsorgung nur solche Aufgaben privatisiert werden dürften, die nach der Konzeption des KrW-/AbfG durch die Entsorgungsverantwortung der privaten Abfallerzeuger und – Besitzer geprägt sind, existiert nicht.

## 2. Bundes-Bodenschutzgesetz: Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers

Die Bestimmung über die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) beansprucht auch für die Zeit vor dessen Inkrafttreten Geltung (BVerwG, Entscheidung vom 16.03.2006, Az. 7 C 3.05).

Nach § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG ist unter anderem der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung verpflichtet, den Boden und Altlasten sowie durch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern zu sanieren, dass dauerhaft keine

Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen.

Insbesondere verstößt diese Sanierungspflicht nicht gegen das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung von Gesetzen. Stattdessen ist sie normativer Ausdruck eines seit langem anerkannten allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsrechtes, wonach öffentlich-rechtliche Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen.

## 3. Ermächtigungsgrundlage: Bundes-Bodenschutzgesetz oder Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

Der ehemalige Inhaber einer stillgelegten Deponie kann sowohl nach § 4 Abs. 3 BBodSchG als auch nach § 36 Abs. 2 KrW-/AbfG in Anspruch genommen werden (Bayerischer VGH, Entscheidung vom 05.04.2006, Az. 23 BV 05.1433).

Ob es sich bei der Verweisung auf das Bundes-Bodenschutzgesetz in § 36 Abs. 2 S. 3 KrW-/AbfG um eine Rechtsgrund- oder eine bloße Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des Bundes-Bodenschutzgesetzes handelt, bleibt offen.

Die Bestimmung über die Sanierungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) beansprucht auch für die Zeit vor dessen Inkraft-

treten Geltung (BVerwG, Entscheidung vom 16.03.2006, Az. 7 C 3.05).

Nach § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG ist unter anderem der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung verpflichtet, den Boden und Altlasten sowie durch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern zu sanieren, dass dauerhaft keine Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen für den einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen.

Insbesondere verstößt diese Sanierungspflicht nicht gegen das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung von Gesetzen. Stattdessen ist sie normativer Ausdruck eines seit langem anerkannten allgemeinen Grundsatzes des Verwal-

tungsrechtes, wonach öffentlich-rechtliche Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen.

Ermächtigungsgrundlage: Bundes-Bodenschutzgesetz oder Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

Der ehemalige Inhaber einer stillgelegten Deponie kann sowohl nach § 4 Abs. 3 BBodSchG als auch nach § 36 Abs. 2 KrW-/AbfG in An-

spruch genommen werden (Bayerischer VGH, Entscheidung vom 05.04.2006, Az. 23 BV 05.1433).

Ob es sich bei der Verweisung auf das Bundes-Bodenschutzgesetz in § 36 Abs. 2 S. 3 KrW-/AbfG um eine Rechtsgrund- oder eine bloße Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des Bundes-Bodenschutzgesetzes handelt, bleibt offen.

## VI. Familie & Erbschaft

### 1. Sonderbedarf und Kindesunterhalt

Neben dem laufenden Kindesunterhalt kann für Kinder unter bestimmten Voraussetzungen Sonderbedarf geltend gemacht werden. Sonderbedarf liegt nur dann vor, wenn es sich um einen „unregelmäßigen außergewöhnlich hohen Bedarf handelt, der mit Wahrscheinlichkeit nicht vorzusehen war und deshalb bei Festsetzung der laufenden Unterhaltshöhe nicht berücksichtigt wurde.

Für Konfirmationskosten hat der BGH jetzt klargestellt, daß diese keinen Sonderbedarf darstellen, vgl. BGH, Urteil vom 15.2.2006 – Az. XII ZR 4/04.

Konfirmationskosten seien spätestens mit Beginn des Konfirmandenunterrichts absehbar und deshalb nicht überraschend – also voraus-

sehbar. Die den Sonderbedarf regelnde Vorschrift des § 1613 Abs. 1 BGB räume dem Schuldner vorrangig Schutz vor Ansprüchen ein, mit deren Geltendmachung er nicht mehr rechnen mußte. Demgegenüber sei der Schutz des Bedürftigen geringer zu bewerten, der seinen Unterhaltsbedarf ja vorausschauend kalkulieren, und damit rechtzeitig zum laufenden Bedarf geltend machen könne, wenn dafür die Voraussetzungen gegeben seien. Ob im entschiedenen Fall die weitere Vorgabe „außergewöhnlich hoher Bedarf“ vorlag, brauchte der BGH nicht mehr entscheiden. Maßgebend dafür sind einerseits die Höhe der laufenden Unterhaltsrente sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien.

### 2. Das vereinfachte Scheidungsverfahren

Im Jahre 2007 soll es eine Reform des Familienrechts geben. Geplant ist u.a. die Erleichterung des einverständlichen Scheidungsverfah-

rens. Danach sollen scheidungswillige Ehegatten ohne Kinder die Möglichkeit haben, durch übereinstimmende, notariell beurkundete Erklärung dieses vereinfachte Verfahren zu wählen, wenn sie sich – ebenfalls notariell beurkundet –

gleichzeitig über den Ehegattenunterhalt geeignet haben sowie über den Hausrat und die Ehewohnung einigen, dieses allerdings formfrei. Ein anschließendes Scheidungsverfahren soll dann mit nur einem Anwalt möglich sein.

Die Anwaltschaft und mit ihr die Bundesrechtsanwaltskammer und andere gewichtige Stimmen lehnen dieses Verfahren ab, dies im Interesse der Parteien auch völlig zu Recht. Von einer einverständlichen Scheidung nur unter Beteiligung eines Notars ohne anwaltlichen Beistand ist in den meisten Fällen dringend abzuraten. Um einverständliche – faire - Regelungen zu erzielen, muß „Waffengleichheit“ herrschen. Das ist schon dann nicht mehr der Fall, wenn eine Partei durch Trennung und Scheidung psychisch stark belastet ist. Auch

die Verhandlungsstärke beider Parteien ist unterschiedlich, weshalb anwaltlicher Beistand erforderlich wird.

Der Notar kann und darf das nicht leisten, da er zur Neutralität verpflichtet ist. Er darf auf Vorteile und Nachteile einer Regelung hinweisen, aber nicht eine Partei einseitig beraten. Ein notarieller Ehevertrag bzw. eine Folgenvereinbarung über den Unterhalt, Hausrat und Ehewohnung bedarf daher der einseitigen anwaltlichen Beratung, anderenfalls künftige Streitigkeiten über deren Wirksamkeit oder Auslegung vorprogrammiert sind, nämlich dann, wenn sich eine der Parteien „über den Tisch gezogen“ fühlt. Vorherige anwaltliche Beratung ist daher im Zweifel die kostengünstigere Variante!

## **VI. Gesundheit & Recht**

### **I. Mandantenbrief Juni/Juli 2006**

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 Juni/Juli 2006 behandelt folgende Themen:

#### **I. Krankenhaus & Klinik**

1. SG Gotha: BEK-Hausarztvertrag ist kein Integrationsversorgungsvertrag
2. BGH: Abrechnung von Schönheitsoperationen nach der GOÄ
3. BGH: Entscheidung über Schadensersatzklage nach Robodoc-Operation
4. BAG: Zum Entgelt einer MTA aus der für eine Privatbehandlung bezogenen Chefarztvergütung
5. LSG Schleswig-Holstein: Zur Entscheidung des Krankenhausarztes über die fortdauernde Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit

#### **II. Der niedergelassene Arzt**

1. SG Nürnberg: Zur Zulässigkeit einer überörtlichen Gemeinschaftspraxis zwischen Zahnärzten
2. SG Düsseldorf: HVM-Regelung zur Reduzierung der Abschlagszahlungen nach Arzneikostenregress ist unwirksam
3. LSG Bayern: Keine Anfechtung der Dialysegenehmigung eines Arztes durch den Konkurrenten
4. LSG NRW: Zur privaten Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen
5. SG Berlin: Inhalte eines Nutzungsüberlassungsvertrags können gegen das Gebot der Niederlassung in freier Praxis verstoßen

#### **III. Heimeinrichtungen & Pflegebetriebe**

1. BGH: Ärztliche Maßnahmen bei Zwangsunterbringung auch gegen den Willen des Betreuten

#### **IV. Pharma & Apotheken**

1. Diverse Sozialgerichte zur Erstattungsfähigkeit der Behandlung mit Herceptin
2. SG Berlin: Keine Erstattung des Herstellerrabatts für niederländische Versandhandelsapotheke
3. OLG Naumburg: Werbung einer Internetapotheke für Reiseapotheke ist unzulässig

## **II. In eigener Sache**

### **Aktuelle Veröffentlichung**

#### **„Innovatives Beschaffungsmanagement im Krankenhaus“**

Verlag P.C.O., Bayreuth 2006, Reihe: Gesundheitsrecht in der Praxis/Frankfurter Musterverträge, 12.99 €, ISBN 3-9362-9961-7

Darin von Rechtsanwalt Matthias Wallhäuser:

- Miteinkauf für ambulante Leistungserbringer
- Risikomanagement in der Klinikbeschaffung



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**