



I. Handel & Wettbewerb

1. GmbH-Recht: Nachweis der Einzahlung der Stammeinlage
2. BGH stärkt Position des Handelsvertreters

II. Steuern & Finanzen

1. § 2 EStG verstößt gegen Gebot der Normenklarheit
2. Reuegeld bei Grundstückskauf ist keine sonstige Leistung
3. Wahl getrennter Veranlagung gilt zwingend für beide Ehegatten
4. Erste Entscheidung zur Reichweite der digitalen Betriebsprüfung
5. Verwaltungsschreiben zur Entfernungspauschale ab 2007
6. Änderungen bei den Vorläufigkeitsvermerken zur Tarifbegrenzung
7. Abzugsverbot für Auslandsverluste entgegen Rechtsprechung
8. Kinderbetreuungskosten als Werbungskosten
9. Kindergeldanspruch trotz Vollzeiterwerbstätigkeit des Kindes
10. FG Saarland nochmals zu Kapitaleinnahmen bei Finanzinnovationen
11. Immobilienverkäufe in Privatvermögen und Spekulationsbesteuerung
12. Nach wie vor Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags

III. Bauen & Wohnen

1. Schönheitsreparaturen bei kurzfristiger Mietdauer
2. Fristsetzung mit Kündigungsandrohung als Verzicht auf Kündigungsrecht
3. Die 4-Jahres-Frist für den Kündigungsausschluss beginnt mit Mietvertragsabschluss
4. Anfechtung von Eigentümerbeschlüssen bei Protokollierungsfehlern
5. Renovierungspflicht des Mieters durch Verlängerungsbitte der Ausführungsfrist
6. Haftung des WEG-Verwalters bei Gebäudeschaden im Sondereigentum
7. Mängelbedingte Mieteinbehalte beim Wohnungsverkauf
8. BGH: Zur Werklohnforderung beim vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag
9. Kammergericht: Zur Abnahme beim VOB-Werkvertrag
10. OLG Schleswig: Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern
11. BGH: Vergütung nach Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber
12. Abgeschwächter und uneingeschränkter Abtretungsausschluss in AGB unbedenklich
13. Leistungsbeschreibung maßgebend für Abgrenzung vertraglich vereinbarter Vergütung
14. DIN für Prüfungs- und Hinweispflichten des Werkunternehmers nicht abschließend

IV. Verwaltung & Vergabe

1. Anwendbarkeit der Gewerbeabfallverordnung
2. Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren

V. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief zum Jahreswechsel
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 24

Telefon 030 - 886 287 - 41

Telefax 030 - 886 287 - 43

Email Berlin@leinen-derichs.de

I. Handel & Wettbewerb

1. GmbH-Recht: Nachweis der Einzahlung der Stammeinlage

Gerade im Insolvenzverfahren einer Gesellschaft mbH stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter ihre Stammeinlagen voll eingezahlt haben. Denn nicht eingezahlte Stammeinlagen werden vom Insolvenzverwalter eingefordert. Allerdings obliegt es dem jeweiligen Gesellschafter zu beweisen, dass er seine Einlageverpflichtung erbracht hat. Dieser Nachweis kann problematisch insbesondere bei Gesellschaften werden, die sehr lange Zeit bestanden haben, und bei denen die Buchhaltungsunterlagen nicht mehr vorhanden sind.

Die Rechtsprechung hat deshalb in der Vergangenheit dem Gesellschafter Beweiserleichterungen zugestanden. Soweit die Einlagenzahlung mehr als 20 Jahre zurücklag und sich keine substantiierten Anhaltspunkte ergaben, dass die Einlage nicht gezahlt worden war, ließ es die Rechtsprechung genügen, wenn sich aus Bilanzen und geprüften Jahresabschlüssen der Gesellschaft keine ausstehenden Einlageforderungen ergaben.

Das OLG Braunschweig hat jedoch mit Urteil vom 05.04.2006 (Az. 4 U 156/05) diese Be-

weiserleichterungen wieder eingeschränkt. Danach reicht die Bezugnahme allein auf Bilanzen und Jahresabschlüsse für einen Nachweis der Zahlung nicht aus. Zumindest sei zu fordern, dass der Prüfer der Gesellschaft bestätigt, sämtliche Belege der Gesellschaft bei der Aufstellung von Bilanz und Jahresabschluss geprüft zu haben.

Das OLG Braunschweig führt weiter aus, dass auch die Erklärung des Geschäftsführers bei Gesellschaftsgründung, die Stammeinlagen seien voll erbracht, nicht ausreicht. Denn der Notar überprüfe nicht die inhaltliche Richtigkeit dieser Erklärung.

Es ist dem Gesellschafter einer GmbH also dringend zu empfehlen, selbst die Unterlagen über die Einzahlung seiner Stammeinlage sorgfältig aufzubewahren und sich nicht darauf zu verlassen, dass diese Unterlagen auch nach Jahren noch bei der Gesellschaft vorhanden sind. Da jeder Gesellschafter zudem subsidiär für die Einlagenleistung seiner Mitgesellschafter haftet, sollte er diesen Nachweis auch für das übrige Stammkapital führen können.

2. BGH stärkt Position des Handelsvertreters

Einem Handelsvertreter steht zur Überprüfung seiner Provisionsansprüche u.a. das Recht zu, vom vertretenen Unternehmen einen Buchauszug gemäß § 87 c Abs. 2 HGB zu verlangen. Dieser Buchauszug wird von vielen Unternehmen gefürchtet, da seine Aufstellung mit erheblichen Kosten und Zeitaufwand verbunden sein

kann. Denn die Rechtsprechung verlangt, dass in dem Buchauszug vollständig, geordnet und übersichtlich alle Angaben dargestellt werden, die für den Provisionsanspruch des Handelsvertreters von Bedeutung sein können. Es muss also jedes einzelne Geschäft, für das der Handelsvertreter möglicherweise eine Provision

beanspruchen kann, von seiner Entstehung bis zu seiner Beendigung aufgezeigt werden. Der Buchauszug muss deshalb u.a. Datum und Umfang des abgeschlossenen Geschäfts, Datum der Auslieferung/Teilauslieferung und die Zahlungen des Kunden aufführen. Bei Nichtausführungen und Stornierungen des Geschäfts sind deren Gründe im einzelnen anzugeben.

Um sich der Lästigkeit des Buchauszuges zu entziehen, versuchen manche Unternehmer, eine Anerkennisklausel in die Handelsvertreterverträge aufzunehmen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Buchauszug nicht mehr verlangt werden, wenn sich der Handelsvertreter mit dem Unternehmer über die Abrechnung der Provision geeinigt hat.

Mit Urteil vom 20.09.2006 (VIII ZR 100/05) hat der BGH jedoch erneut entschieden, dass Anerkennisklauseln in Handelsvertreterverträgen unwirksam sind. Eine Vereinbarung, wonach die Provisionsabrechnung als anerkannt gilt, wenn der Handelsvertreter ihr nicht binnen einer bestimmten Frist widerspricht, ist mithin unwirksam. Ein Anerkenntnis könne der Handelsvertreter, so der BGH, nur durch eine eindeutige Willenserklärung erbringen. Deswegen sei allein der Umstand, dass der Handelsvertreter über mehrere Jahre hinweg die Abrechnungen widerspruchslos hinnimmt, weder ein stillschweigend erklärtes Einverständnis mit den Abrechnungen noch ein Verzicht auf weitere Provisionen zu sehen.

Eine weitere Möglichkeit den Buchauszug nicht erteilen zu müssen, wird von vertretenen Unternehmen auch darin gesehen, jeweils mit der

Provisionsabrechnung alle Angaben zu machen, die für einen Buchauszug erforderlich sind. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellen sämtliche Provisionsabrechnungen, wenn jede für sich alle Angaben für einen Buchauszug enthält, in ihrer Gesamtheit einen Buchauszug dar.

Bei dieser Vorgehensweise muss der Unternehmer aber Vorsicht walten lassen. Denn es ist erforderlich, dass in jeder Provisionsabrechnung für jedes provisionspflichtige Geschäft jeweils immer wieder sämtliche historischen Angaben erneut aufgenommen werden. Es reicht also nicht aus, zum Beispiel im Fall einer Stornierung eines Geschäfts nur diese in der Provisionsabrechnung aufzuführen. Vielmehr muss das Geschäft wieder von seinem Abschluss bis zur Stornierung dargestellt werden, da nur dann der Handelsvertreter eine vollständige und geordnete Übersicht über das Geschäft erhält.

In diesem Sinne hat der BGH in dem vorerwähnten Urteil vom 20.09.2006 entschieden, dass der Unternehmer seiner Verpflichtung zur Erteilung eines Buchauszuges nicht bereits dadurch genügt, dass er dem Handelsvertreter während der Vertragslaufzeit den Zugriff auf ein elektronisches Informationssystem ermöglicht, das jeweils nur den aktuellen Stand der provisionsrelevanten Daten wiedergibt. Erforderlich sei vielmehr, dass sich der Handelsvertreter jeweils einen Gesamtüberblick über den Zeitraum, für den der Buchauszug zu erstellen ist, verschaffen könne. Der Handelsvertreter muss sich also nicht darauf verweisen lassen, die jeweils zugänglichen aktuellen Daten zu sam-

meln, um selbst einen Buchauszug zusammenzustellen.

Letztlich bleibt damit dem Unternehmer, um sich wirksam gegen den Buchauszugsanspruch

zu schützen, nur, wirksam die Verjährung von Ansprüchen aus dem Handelsvertreterverhältnis zu verkürzen.

II. Steuern & Finanzen

1. § 2 EStG verstößt gegen Gebot der Normenklarheit

§ 2 Abs. 3 EStG schränkt für die Jahre 1999 bis 2003 den Verlustausgleich zwischen den einzelnen Einkunftsarten oberhalb von 51.500 EUR ein. Dagegen haben bereits mehrere Finanzgerichte sowie der BFH verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, da einem Steuerpflichtigen von seinem Einkommen nach Steuern so viel verbleiben muss, dass ihm die Bestreitung seines Existenzminimums möglich ist.

Mit Beschluss vom 06.09.2006 (Az. XI R 26/04) hat der BFH nun einen neuen Aspekt aufgeworfen und hierzu das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung angerufen. Er hält die Mindestbesteuerung wegen Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit aus Art. 20 Abs. 3, 19 Abs. 4 GG bereits vom Grunde her für verfassungswidrig. Die Vorschrift sei, so die Richter in überraschend deutlichen Worten, unverständlich, teilweise sogar unzutreffend, unvollständig, widersprüchlich und rechtssystematisch irreführend und dürfe daher nicht ange-

wandt werden. Schon aus rechtsstaatlichen Gründen müsse ein Steuerpflichtiger auch ohne Expertenwissen anhand der Regelung die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Das sei bei § 2 Abs. 3 EStG nicht mehr gewährleistet, da nicht einmal mehr ein Fachmann die Vorschrift noch verstehen könne.

Das Verfahren ist bei dem Bundesverfassungsgericht zu Az. 2 BvL 59/06 anhängig. Sollten die Bedenken der BFH-Richter in Karlsruhe bestätigt werden und die Vorschrift gegen die Normenklarheit im Grundgesetz verstoßen, würde sie auch bei Verlustzuweisungen und anderen unechten negativen Einkünften nicht wirken. Bescheide für 1999 bis 2003 sind daher offen zu halten. Die Verwaltung gewährt eine Aussetzung der Vollziehung derzeit nur in Hinsicht auf normale negative Einkünfte. Da insbesondere für das Jahr 1999 Verjährung droht, sind entsprechende Anträge zeitig vorzunehmen.

2. Reuegeld bei Grundstückskauf ist keine sonstige Leistung

Mit Urteil vom 24.8.06 (Az. IX R 32/04) hat der BFH einen Fall entschieden, in dem sich der

Grundstückskäufer vertraglich eine Rücktrittsklausel vorbehalten hatte, wenn die Grundstü-

cke nicht innerhalb einer bestimmten Frist durch einen Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgewiesen werden. Für diesen Fall sollte er 10 v.H. des Kaufpreises entrichten. Das Finanzamt stufte die Zahlung als Einkünfte aus sonstigen Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG ein.

Nach Auffassung des BFH liegt hier eine nicht steuerbare Leistung vor. Nicht jede Einnahme, der eine Tätigkeit gegenübersteht, führt aber zu sonstigen Einkünften, so die Münchner Richter. § 22 Nr. 3 EStG erfasst vielmehr als Ergänzung zu den übrigen Einkunftsarten das Ergebnis einer Erwerbstätigkeit oder Vermögensnutzung. Voraussetzung ist eine Einkunftserzielungsabsicht. Das trifft auf Veräußerungsvorgänge im privaten Bereich nicht zu. Hier sind Entschädigungen wie das Reugeld keine Elemente einer

erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, sondern die bloße Folgevereinbarung eines privaten Kaufvertrages.

Tritt der Erwerber vom Kaufvertrag über ein Grundstück des Privatvermögens zurück und zahlt er dafür eine Entschädigung, braucht der Verkäufer das sog. Reuegeld also nicht zu versteuern. Entscheidend ist nach Ansicht des BFH der wirtschaftliche Gehalt der Vereinbarung: Der Verkäufer erstrebt nicht das Reuegeld, sondern den nicht steuerbaren Verkauf seines Grundstücks. Die Entschädigung wäre allerdings zu versteuern, wenn der Grundbesitz innerhalb der Spekulationsfrist veräußert worden wäre. Ebenfalls steuerpflichtige sonstige Einkünfte liegen bei der entgeltlichen Einräumung eines Vorkaufsrechts vor.

3. Wahl getrennter Veranlagung gilt zwingend für beide Ehegatten

Wird auf Antrag eines Ehepartners eine getrennte Veranlagung durchgeführt, ist auch der andere Gatte zwingend getrennt zu veranlagern. Unerheblich ist, ob bei ihm die Voraussetzungen des § 46 EStG für eine Antragsveranlagung vorliegen. Im vom BFH mit Urteil vom 21.09.2006 (Az. VI R 80/04) entschiedenen Fall hatte ein Rechtsanwalt die getrennte Veranlagung gewählt, woraufhin es bei seiner Frau zu erheblichen Nachzahlungen kam.

Der BFH folgt nicht der im Schrifttum vertretenen Auffassung, wonach die Entscheidung eines Ehegatten lediglich zur Folge haben soll, dass die Veranlagungsvoraussetzungen für jeden Partner gesondert zu prüfen seien, son-

dern sieht die Veranlagung als zwingend, da das Ehepaar über § 26 Abs. 2 S. 1 EStG von Amts wegen zu veranlagern sei. Sie könne auch nicht gemäß § 46 EStG unterbleiben, wenn ein Partner nur Arbeitslohn bezieht.

Bei nicht dauernd getrennt lebenden Paaren kann die Veranlagungsart für beide Ehegatten nur einheitlich angewendet werden. Der Anspruch auf getrennte Veranlagung, die der Einzelveranlagung nahe kommt, wird jedem Ehegatten zwecks Gleichbehandlung mit nicht verheirateten Paaren zugewilligt. Dies hat aber ebenfalls zur Folge, dass beide Partner zwingend getrennt zu veranlagern sind, auch wenn es nur einer verlangt.

4. Erste Entscheidung zur Reichweite der digitalen Betriebsprüfung

Mit jetzt veröffentlichtem Urteil zur vom 20.01.2005 (Az.: 4 K 2167/04) hat sich das FG Rheinland-Pfalz erstmals zu der neuen, ab 2002 geltenden Vorschrift des § 147 Abs. 6 AO geäußert, die regelt, wie die digitale Außenprüfung des Finanzamts bei einem Betrieb mit EDV-Buchhaltung durchzuführen ist.

Die seit 2002 mögliche digitale Betriebsprüfung dient nach dem Zweck der Gesetzesänderung ausschließlich der Anpassung an aktuelle technologische Möglichkeiten unter Einsatz von neuen Auswertungsprogrammen. Da der sachliche Umfang damit jedoch nicht erweitert werden soll, unterliegen auch keine primär betriebsinternen Informationen dem Datenzugriff. Denn die Prüfung einer EDV-gestützten Buchführung stellt keinen Zugriff auf neue Informationsquellen, sondern lediglich eine veränderte Form dar. Dabei kann die Finanzverwaltung Daten selbst auswerten, vom Betrieb nach Vorgabe zusammenstellen oder auf CD-ROM speichern lassen.

Im Streitfall hatte ein mittelständisches Bankinstitut eine Buchführung auf EDV-Basis eingerichtet. Im Rahmen einer im Jahre 2004 durchgeführten Außenprüfung verlangte der Außenprüfer die Vorlage der Sachkonten für das Jahr 2002 auf einem Datenträger (CD-ROM). Dagegen war die geprüfte Bank der Ansicht, eine Überlassung der genannten Sachkonten auf Datenträger sei nicht erforderlich. Da die angeforderten Konten nicht übermäßig umfangreich seien, sei die Vorlage der Konten in Papierform für die Bank weniger belastend.

Mit der gegen diese Anforderung gerichteten Klage argumentierte die Bank, das Verlangen des Finanzamts widerspreche dem Bankgeheimnis, weil die bei den Sachkonten vorhandenen Stammnummern einen Rückschluss auf die Kundendaten zuließen.

Das FG Rheinland-Pfalz führte u.a. aus, die Datenanforderung der Außenprüfung sei nicht zu beanstanden. Da die Bank mit einer EDV-Buchführung versehen sei, habe das Finanzamt nach dem neuen Recht einen Anspruch auf Einsichtnahme in die angeforderten EDV-Daten (Sachkonten). Das Verlangen der Außenprüfung, die Daten auf einer CD-ROM zur Verfügung zu stellen, sei ermessensgerecht. Denn die nach dem Gesetz ebenfalls mögliche direkte Einsicht in die Daten (also direkt im Datenverarbeitungssystem der Bank), bzw. die Inanspruchnahme eines Bediensteten der Bank, der die angeforderten Daten nach Vorgabe des Außenprüfers auswerte, stellten eine größere Belastung für die Bank dar. Nach der neuen Gesetzesfassung könne - im Fall einer vorhandenen EDV-Buchführung – die Bank auch nicht verlangen, dass sich die Außenprüfung auf die Vorlage der Daten in Papierform beschränke.

Schließlich vermochte das FG Rheinland-Pfalz auch keinen Verstoß gegen das Bankgeheimnis zu erkennen. Soweit die Klägerin argumentiere, die den Sachkonten zugeordneten Stammnummern ließen Rückschlüsse auf Kundendaten zu, verkenne sie offensichtlich, dass es ihre Aufgabe sei, die Datenbestände so zu organisieren, dass bei einer zulässigen Einsichtnahme in die steuerlich relevanten Daten keine

geschützten Bereiche tangiert werden könnten. Wenn die Bank den Zeitraum zwischen der Gesetzesänderung (im Jahr 2000) und dem Inkrafttreten (im Jahr 2002) nicht genutzt hätte, die Daten so aufzubereiten, dass Rückschlüsse auf Kundendaten unmöglich seien, könne sie hiermit nicht Prüfungshandlungen, die zulässig seien, blockieren.

Einheitliche Datenbestände können danach in zwei Bereiche fallen. Doch anders als bei gedruckten Belegen lassen sich die EDV-Daten nicht einfach trennen. Betriebe sollten in ihrer Software und insbesondere vor Prüfungsbeginn untersuchen, inwieweit sich nicht aufbewahrungspflichtige Informationen herausfiltern lassen. Im Revisionsverfahren wird sich der BFH erstmals zu dieser Problematik äußern.

5. Verwaltungsschreiben zur Entfernungspauschale ab 2007

Im Hinblick auf die nach dem Jahreswechsel nur noch ab dem 21. Kilometer anzusetzende Entfernungspauschale hat das Bundesministerium der Finanzen am 01.12.2006 ein neues Einführungsschreiben ausgegeben (Gz. IV C 5 - S 2351 - 60/06), das die Verfügung aus dem Jahr 2001 ersetzt. Nunmehr geregelt sind neben der Anwendung der gekürzten Pauschale auch Fahrgemeinschaften, die besondere Situation von Behinderten und die Nutzung verschiedener Verkehrsmittel. Ein weiterer Aspekt sind die sich ändernden Regelungen hinsicht-

lich der Pauschalierung von Arbeitgeberzuschüssen.

Es bestehen ohnehin erhebliche steuersystematische und verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Nichtgewährung der Pauschale für die ersten zwanzig Kilometer Entfernung, da Kosten für den Weg zur Arbeit untrennbar mit der Einkunftserzielung verknüpft sind. Ob die Regelung Bestand hat, ist daher ernstlich zweifelhaft.

6. Änderungen bei den Vorläufigkeitsvermerken zur Tarifbegrenzung

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Tarifbegrenzung nach § 32c EStG für zulässig erklärt hat, ist dieser Vermerk gemäß Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 10.11.2006 (Gz. IV A 7 - S 0338 - 50/06) entfallen. Bisherige Verfahren zur Aussetzung der Vollziehung werden widerrufen und insoweit Aussetzungszinsen festgesetzt. Im Gegenzug

wird die Festsetzung des Solidaritätszuschlags hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Norm nur noch vorläufig vorgenommen. Zudem wird der Vermerk zu den Vorsorgeaufwendungen insoweit erweitert, als er auch die Frage umfasst, ob die Vorschriften aufgrund der Neuregelungen durch das Alterseinkünftegesetz verfassungswidrig sind.

7. Abzugsverbot für Auslandsverluste entgegen Rechtsprechung

Gemäß Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.11.2006, (Gz. IV B 3 - S 2118 a - 63/06) soll die EuGH-Rechtsprechung zum Abzugsverbot für Auslandsverluste nur auf die ehemalige Nutzungswertbesteuerung angewendet werden.

Dies entspricht weder der Rechtsprechung des EuGH noch der des BFH. Bisher sind die in § 2a Abs. 1 EStG aufgeführten negativen Auslandseinkünfte nur mit positiven Einkünften der jeweils selben Art und aus demselben Staat ausgleichbar. Sie werden auch nicht als negativer Progressionsvorbehalt berücksichtigt. Damit werden negative ausländische Einkünfte anders behandelt als inländische.

Dies verstößt laut EuGH (Urteil vom 21.02.2006, Az. C-152/03) gegen die Nieder-

lassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, wenn sich ausländische negative Mieteinkünfte im Inland nicht mindernd auf den Steuersatz auswirken, positive hingegen zu einer höheren Progression führen. Ähnliche Bedenken hat der BFH (BFH vom 22.08.2006, Az. I R 116/04) beim Verrechnungsverbot für Verluste ausländischer Betriebsstätten und hat hierzu den EuGH angerufen (dort anhängig unter Az. C-414/06 und 415/06).

Bei Immobilienverlusten sollte um Abhilfe er-
sucht werden. In einer ausländischen Betriebs-
stätte angefallene Verluste sollten in der Steuer-
erklärung geltend gemacht werden und bei
Nichtberücksichtigung sollte der Fall mittels
Einspruch über ein ruhendes Verfahren offen-
gehalten werden.

8. Kinderbetreuungskosten als Werbungskosten

Dem BFH liegen mehrere Revisionen zur Frage vor, ob Kinderbetreuungskosten für Alleinstehende oder ganztätig berufstätige Eltern auch vor 2006 Werbungskosten darstellen. Das FG Köln hat mit Urteil vom 01.08.2006, (Az. 8 K 4006/03) mit Verweis auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts entschieden, dass berufsbedingter Betreuungsaufwand in vollem Umfang zu den Werbungskosten zählt, da er

nicht bereits mit dem Kinderfreibetrag abgegol-
ten ist. Fallen aus beruflichen Gründen hohe
Kinderbetreuungskosten an, die sich über die
Steuerermäßigung des § 33c EStG nur teilwei-
se steuermindernd auswirken, sollte der Rest-
betrag als Werbungskosten oder Betriebsaus-
gaben abgesetzt werden. Bei abweichenden
Steuerbescheiden sollte ein ruhendes Verfah-
ren beantragt werden.

9. Kindergeldanspruch trotz Vollzeiterwerbstätigkeit des Kindes

Der BFH hat in Abweichung von seiner bisheri-
gen Rechtsprechung mit Urteil vom 16.11.2006
(Az. III R 15/06) entschieden, dass auch bei

(vorübergehend) vollzeiterwerbstätigen Kindern
ein Kindergeldanspruch für die Monate der
Vollzeiterwerbstätigkeit besteht, wenn die ge-

samten Einkünfte und Bezüge des Kindes den Jahresgrenzbetrag (7.680 €) nicht übersteigen.

Nach bisheriger Rechtsprechung durfte ein Kind - trotz Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen - in den Monaten nicht berücksichtigt werden, in denen es einer Vollzeiterwerbstätigkeit nachging. Dem lag die Auffassung zugrunde, dass ein vollzeiterwerbstätiges Kind im Normalfall selbst für seinen existenznotwendigen Unterhalt sorgen kann, so dass eine Entlastung der Eltern durch Kindergeld nicht gerechtfertigt sei.

Diese Rechtsprechung war vorteilhaft für den Kindergeldberechtigten, wenn die Einkünfte und Bezüge des Kindes einschließlich der Einkünfte aus der Vollzeiterwerbstätigkeit über dem Jahresgrenzbetrag lagen. Das Kindergeld entfiel dann nämlich nicht für das gesamte Kalenderjahr, sondern nur für die Monate der Vollzeiterwerbstätigkeit. Für die übrigen Monate blieb der Anspruch auf Kindergeld erhalten, weil in diesem Zeitraum die Einkünfte und Bezüge den anteiligen Jahresgrenzbetrag nicht überstiegen.

10. FG Saarland nochmals zu Kapitaleinnahmen bei Finanzinnovationen

Nach § 20 Abs. 2 EStG gilt bei Finanzinnovationen der Kursertrag als Kapitaleinnahme, wenn keine Emissionsrendite nachweisbar ist. Wird eine solche Anleihe notleidend, müsste ein realisierter Verlust dem Gesetzeswortlaut nach als negative Kapitaleinnahme gelten. Doch die Finanzverwaltung akzeptiert keine Kursverluste auf Vermögensebene als negative Einnahmen. Entsprechend sollte die Verwaltungsauffassung bei Gewinnen sein. Solche Kursgewinne können beispielsweise bei Rating-Anleihen entste-

Nachteilig war die Rechtsprechung, wenn die Einkünfte und Bezüge des Kindes einschließlich der Einkünfte aus der Vollzeiterwerbstätigkeit den Jahresgrenzbetrag nicht überschritten. Denn dann entfiel der Anspruch auf Kindergeld für die Monate der Vollzeiterwerbstätigkeit, obwohl an sich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kindergeld vorlagen.

Der BFH kam in seinem aktuellen Urteil zu dem Ergebnis, dass die bisherige vom Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung nicht dazu führen dürfe, dass das Existenzminimum des Kindes bezogen auf das Kalenderjahr beim Kindergeldberechtigten nicht entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben durch das Kindergeld oder den Kinderfreibetrag von der Einkommensteuer freigestellt wird. Es spielt daher nun keine Rolle mehr, ob ein Kind eine Vollzeiterwerbstätigkeit ausübt. Wenn die gesamten Einkünfte und Bezüge des Kindes in dem Zeitraum, in dem die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berücksichtigung als Kind vorliegen, den Jahresgrenzbetrag nicht übersteigen, steht den Eltern Kindergeld zu.

hen. Der Zinssatz steigt, wenn die Bonität des Eminenten schlechter eingestuft wird. Diese marktbedingten Erträge werden jedoch als Kapitaleinnahmen besteuert.

In mittlerweile mehreren Revisionen hat der Bundesfinanzhof nun zu entscheiden, inwieweit marktbedingte Kursveränderungen unter § 20 EStG zu erfassen sind. Der BFH hat mehrfach gleichheitsrechtliche Bedenken gegen die fehlende Unterscheidung zwischen Vermögens-

und Ertragsebene im Rahmen von § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG geäußert. Außerdem sei zweifelhaft, ob die Systemabweichung durch die besondere wirtschaftliche Struktur von Finanzinnovationen berechtigt ist. Unklar ist auch, ob Garantiezertifikate stets als Finanzinnovationen gelten, was das FG München bei geringer Rückzahlungsquote verneint. Auch ein Verfahren über die

Einstufung von Genuss-Scheinen als Finanzinnovationen ist anhängig.

Zuletzt hat das FG Saarland einen Fall zu diesem Themenkomplex am 23.05.2006 entschieden (Az. 1 K 420/02), die Revision beim BFH ist anhängig unter Az. VIII R 30/06. Steuerbescheide sind sowohl im Gewinn- als auch im Verlustfall offen zu halten.

11. Immobilienverkäufe in Privatvermögen und Spekulationsbesteuerung

Immobilienbesitzer, bei denen die alte Zweijahresfrist der Spekulationsbesteuerung Ende 1998 abgelaufen war, fallen 1999 unter die neue Zehnjahresfrist. Der BFH hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung solcher Grundstücksgeschäfte, die ursprünglich steuerfrei waren, wegen der Verlängerung der Spekulationsfrist von zwei auf zehn Jahre aber steuerpflichtig geworden sind.

Gegenstand mehrerer Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht (Az. 2 BvL 14/02, 2 BvL 13/05) ist die Frage, ob eine solche Rückwirkung zulässig ist. Nur sofern die alte Frist Ende 1998 noch nicht abgelaufen war, ist die Verlängerung der Frist laut BFH verfassungsgemäß.

Sollte das BVerfG die Auffassung des BFH bestätigen, können vor 1997 gekaufte private Immobilien nach Ablauf der alten Spekulationsfrist steuerfrei veräußert werden.

Die Finanzverwaltung lässt Einsprüche ruhen und gewährt Aussetzung der Vollziehung. Entschieden ist hingegen, dass die Neufassung des § 23 Abs. 1 EStG nicht auf Grundstücksentnahmen vor 1999 anzuwenden ist. Insoweit spielt dann auch die Anwendung der verlängerten Spekulationsfrist keine Rolle (BFH 18.10.06, Az. IX R 5/06; IX R 27/06; IX 32/06).

12. Nach wie vor Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags

Nach dem Urteil des FG Münster vom 27.09.2005 (Az. 12 K 6263/03) begegnet die Erhebung des Solidaritätszuschlages nach dem SolZG 1995 auch Jahre nach der Wiedervereinigung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Da das Aufkommen in den allgemeinen Haushalt einfließe, handele es sich um eine zeitlich nicht befristete Steuer in Form einer

Ergänzungsabgabe. Der BFH hat eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des FG Münster abgelehnt (BFH vom 28.06.2006, Az. VII B 324/05). Hiergegen wurde Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingelegt (Az. 2 BA 1708/06). Einkommen- und Körperschaftsteuerbescheide setzt die Verwaltung daher insoweit nur vorläufig fest (BMF-

Schreiben vom 10.11.2006, Gz. IV A 7 - S 0338 - 50/06). Die Festsetzung des SolZ bleibt so lange offen, bis das BVerfG darüber entschie-

den hat, ein Einspruch ist insoweit nicht erforderlich.

III. Bauen & Wohnen

1. Schönheitsreparaturen bei kurzfristiger Mietdauer - Abgeltungsklauseln mit jährlich ansteigenden Pauschalbeträgen sind unwirksam

Üblicherweise muss laut Mietvertrag der Mieter die erforderlichen Schönheitsreparaturen ausführen. Wenn er auszieht, bevor die für die Schönheitsreparaturen vorgesehenen Regel-fristen abgelaufen sind, muss er eine Ausgleichszahlung leisten. Diese beläuft sich auf einen bestimmten Prozentsatz der Renovierungskosten (sog. Quotenklausel). Dieser Prozentsatz steigt immer weiter, je länger der Mieter die Räume genutzt hat. Bei Auszug verweigern die Mieter die Zahlung.

Der BGH hat mit Urteil vom 18.10.2006 (Az. VIII ZR 52/06) eine darauf erfolgte Klage des Vermieters abgewiesen. Die Quotenklausel ist seiner Ansicht nach unwirksam. Deshalb hat der Vermieter auch kein Recht, irgendwelche Zahlungen zu fordern. Der BGH bezieht sich auf seine Rechtsprechung zu den „starrren“ Renovierungsfristen. Danach sind Schönheitsreparaturklauseln unwirksam, wenn sie den Mieter verpflichten, die Arbeiten innerhalb bestimmter, fest vorgegebener Fristen durchzuführen. Eine solche Regelung nimmt keine Rücksicht darauf, ob die Räume bei Fristablauf tatsächlich in so schlechtem Zustand sind, dass sie renoviert werden müssen. Deshalb wird der Mieter durch die starren Fristen unangemessen benachteiligt. Der BGH folgert: Für eine Quotenklausel,

die an starre Fristen und Prozentsätze anknüpft, gilt dasselbe. Nach dem Wortlaut der hier fraglichen Quotenklausel ist es völlig unerheblich, ob der Mieter etwa Wände und Decken der Wohnung mit besonders „langlebigen“ Materialien dekoriert oder die Wohnung oder einzelne Räume besonders wenig genutzt hat. Stattdessen wird starr auf die Nutzungsdauer seit der letzten Renovierung abgestellt. Das – so der BGH – ist unbillig.

Quotenklauseln sind auch nach diesem BGH-Urteil nicht „tot“. Sie müssen allerdings „weiche Fristen“ enthalten. Die Abmilderung erfolgt durch Zusätze wie „in der Regel“. Es muss deutlich werden, dass der Anspruch zwar regelmäßig allein wegen des Zeitablaufs entsteht, ausnahmsweise aber dann nicht, wenn die Räume nicht renovierungsbedürftig sind. Ob diese Klausel allerdings zweckmäßig ist, steht noch dahin. Denn sie ist offenkundig streitträchtig, weil viele Mieter behaupten werden, dass sie die Wohnung „nur in Handschuhen und Filzpantoffeln“ genutzt haben. Auf den Tagungen der Fachanwälte werden daher auch völlig neue Lösungen diskutiert, u.a.

- völliger Verzicht auf die Quotenklausel (mit dem Risiko, dass die Mieter immer

häufiger kurz vor Fälligkeit der Schönheitsreparaturen ausziehen!)

- Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Vermieter mit oder ohne separaten Mietzuschlag, in jedem Fall aber mit Zuschlag zur „Mietspiegelmiete“. Die Idee: Wenn die Schönheitsreparaturen fällig werden, bietet der Vermieter den Mietern an, die Wohnung selbst zu renovieren und im Gegenzug die bisher angesparte Sondermiete für Schönheitsreparaturen zu „kassieren“.
- nur noch Vermietung unrenovierter Wohnungen, d.h. Vermietung in dem Zustand, den der Vormieter zurückgelassen hat
- nur noch Vermietung von Wohnungen ohne Tapeten, die der Mieter also selbst anzubringen und bei Vertragsende wieder zu entfernen hat; Schönheitsrepara-

turen betreffen dann nur noch die Lackierarbeiten und die Decken

Wenn bisher eine starre Quotenklausel verwendet worden ist, drohen Ansprüche der ehemaligen Mieter, die aufgrund der alten Quotenklausel gezahlt haben. Sie könnten die bereits geleisteten Zahlungen zurückfordern. Das ist nicht abwegig, im Gegenteil: Die Mieter haben aufgrund einer – wie sich jetzt herausstellt – unwirksamen Vertragsklausel gezahlt und dürfen deshalb ihre Zahlungen als „ungerechtfertigte Bereicherung“ zurückverlangen. Im Einzelnen kommt es dann häufig auf Verjährung (drei Jahre), Verjährungsbeginn (Kenntnis) und Rechtskraft (wenn die Mieter aufgrund eines Urteiles gezahlt haben) an.

2. Zahlungsverzug: Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist Verzicht auf Kündigungsrecht bis zum Ablauf der Frist

Der Mieter zahlt seine Miete nicht. Der Vermieter fordert ihn deshalb auf, die Mietschulden innerhalb von 9 Tagen auszugleichen. Sonst werde er das Mietverhältnis fristlos kündigen. Schon am 8. Tag nach Zugang der Zahlungsaufforderung erhält der Mieter die fristlose Kündigung. Der Mieter gleicht den Zahlungsrückstand aus. Trotzdem will der Vermieter die Kündigung durchsetzen.

Das OLG Brandenburg hat sich mit Urteil vom 29.5.2006 auf die Seite des Mieters gestellt (Az. 3 W 7/06). Die Räumungsklage des Vermieters kann nach Ansicht des Gerichts keinen Erfolg

haben, denn die Kündigung ist unwirksam. Wenn der Vermieter eine Zahlungsfrist von 9 Tagen setzt, hat er schlüssig darauf verzichtet, innerhalb dieser 9 Tage von seinem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch zu machen. Er hat den Ausspruch der Kündigung davon abhängig gemacht, dass die Mietrückstände nicht innerhalb der Frist ausgeglichen werden. Es ist widersprüchlich, dem Mieter eine Zahlungsfrist zu gewähren und dann doch plötzlich zu kündigen. Schließlich will der Vermieter mit der Zahlungsfrist dem Mieter gerade einen Anreiz geben, den Mietrückstand alsbald auszugleichen.

Folglich war die hier ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine neue Kündigung – etwa im Räumungsverfahren – kommt auch nicht in Betracht, da jetzt ja keine Mietrückstände mehr bestehen.

Kommt der Mieter in Zahlungsverzug, sollte die Kündigung grundsätzlich so schnell wie möglich ausgesprochen werden, um den Mietausfallschaden möglichst gering zu halten. Es kann

aber auch Sinn machen, zunächst eine Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung zu setzen, etwa wenn zum ersten Mal Rückstände entstanden sind. Wer aber eine Frist setzt, muss sich auch selbst daran halten. Deshalb: Kündigung erst nach Fristablauf.

3. 4-Jahres-Frist für den Kündigungsausschluss beginnt mit Mietvertragsabschluss

Mit Urteil vom 3.5.2006 hat der BGH folgenden Fall entschieden (Az. VIII ZR 243/05): Die Parteien schließen am 6.9.2003 einen Mietvertrag. Darin heißt es: „Das Mietverhältnis beginnt am 1.10.2003. Der Mietvertrag kann erstmals zum 30.9.2007 gekündigt werden.“ Außerdem vereinbaren die Parteien eine Staffelmiete. Der Mieter kündigt schon ein Jahr später. Der Vermieter widerspricht und verlangt Zahlung der Mieten für Oktober 2004 bis Januar 2005.

Der BGH hat dem Mieter Recht gegeben. Er durfte tatsächlich schon nach einem Jahr kündigen, weil der vereinbarte Kündungsverzicht unwirksam ist. Ist nämlich im Mietvertrag eine Staffelmiete vereinbart, darf gemäß § 557a BGB nur ein Kündigungsausschluss von höchstens 4 Jahren vereinbart werden. Diese 4-Jahres-Frist beginnt nach dem Wortlaut des Gesetzes in dem Moment, in dem die Parteien den Mietvertrag abschließen. Das war hier aber schon am 6.9.2003 der Fall. Deshalb hätte ein Kündigungsausschluss wirksam nur bis zum 5.9.2007 vereinbart werden können. Die Mietvertragsparteien hatten die Frist aber ab dem

Zeitpunkt des Mietvertragsbeginns gerechnet – also ab 1.10.2003. Das hat zur Folge, dass die Frist für den vereinbarten Kündigungsausschluss um rund 20 Tage zu lang und damit insgesamt unwirksam ist.

Der Mieter kann seine Wohnung laut Gesetz immer nur zum Monatsende kündigen. Auch das muss laut BGH bei der Vereinbarung eines Kündigungsausschlusses berücksichtigt werden. Fällt das Ende der 4-Jahresfrist auf einen Tag im laufenden Kalendermonat, kann die Kündigung nicht einfach bis zum darauf folgenden Monatsende ausgeschlossen werden. Auch dann wäre die 4-Jahres-Frist ja überschritten. Stattdessen kann der Vermieter aber mit dem Mieter vereinbaren, dass die Frist zum letzten Tag des vorangehenden Monats endet.

Staffelmietverträge sind eine knifflige Sache, gerade weil üblicherweise gleichzeitig ein längerfristiger Kündigungsausschluss vereinbart wird. Die Berechnung der 4-Jahres-Frist gemäß § 557a BGB ist fehlerträchtig. Lassen Sie Ihre Vertragsentwürfe sicherheitshalber von Ihrem

Anwalt prüfen! Sonst besteht die Gefahr, dass es einem findigen Mieter gelingt, sich vorzeitig

vom Vertrag zu lösen.

4. Anfechtung von Eigentümerbeschlüssen bei Protokollierungsfehlern

Dem Beschluss des BGH vom 24.3.2006 (Az. 2 W 230/03) lag folgender Fall zugrunde: Eine Wohnanlage besteht aus nur vier Wohneinheiten. In der Teilungserklärung ist geregelt, dass ein Beschluss nur dann gültig ist, wenn er protokolliert wird. Das Protokoll muss zudem vom Verwalter und von zwei von der Versammlung bestimmten Wohnungseigentümern unterzeichnet werden. Bei einer Versammlung sind drei Eigentümer und der Verwalter anwesend. Am Ende dieser Versammlung einigen sich die Anwesenden formlos, dass das Protokoll durch den Verwalter und zwei der anwesenden Eigentümer zu unterzeichnen ist. Der nicht anwesende Eigentümer ist mit den gefassten Beschlüssen nicht einverstanden. Er klagt vor Gericht und verlangt, dass die Beschlüsse für ungültig erklärt werden. Dabei stützt er sich auf einen formellen Fehler: Die Beschlüsse seien nicht ordnungsgemäß protokolliert. Daraufhin beschließen die übrigen Eigentümer in einer weiteren Versammlung, auch diesmal ohne den Eigentümer, dass die damals formlos bestimmten Eigentümer zur Unterschrift unter das Protokoll der vorigen Versammlung berechtigt waren.

Der BGH erklärt die Eigentümerbeschlüsse für ungültig. Grundsätzlich müssen Beschlüsse zwar nicht protokolliert werden, um wirksam zu

sein. Etwas anderes gilt aber, wenn in der Teilungserklärung die Protokollierung vorgeschrieben ist. Hier mussten die Eigentümer zwei Personen aus ihrer Mitte „wählen“, die das Protokoll gemeinsam mit dem Verwalter unterzeichnen. Diese „Auswahl“ muss nach Meinung des BGH zu Beginn der Versammlung durch Mehrheitsbeschluss erfolgen und kann nicht nachgeholt werden. Außerdem handelt es sich auch bei dieser „Auswahl“ um einen Beschluss – der ebenfalls in der vorgeschriebenen Form protokolliert werden muss. Deshalb war hier also schon die „formlose Einigung“ über die unterzeichnungsberechtigten Eigentümer ungültig. Dasselbe gilt dann für alle übrigen Beschlüsse dieser Versammlung.

Auch in kleinen Eigentümergemeinschaften sind Protokollierungsfragen keine „überflüssige Förmerei“. Der Verwalter muss auf die peinlich genaue Einhaltung der Formvorschriften der Teilungserklärung achten, weil er sonst selbst schadenersatzpflichtig werden kann. Übrigens darf auch niemand zum Unterzeichnungsberechtigten bestimmt werden, der nicht an der – ganzen – Versammlung teilgenommen hat. Eine solche Person kann nämlich nicht bezeugen, dass das Protokoll die gefassten Beschlüsse zutreffend wiedergibt.

5. Erkennt der Mieter die Renovierungspflicht an, wenn er um Verlängerung der Ausführungsfrist bittet?

Der Vermieter fordert die Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses schriftlich auf, Schönheitsreparaturen durchzuführen. Er legt seinem Schreiben ein Zustandsprotokoll bei und setzt eine Frist von 14 Tagen. Der Mieter bittet um eine Verlängerung der Frist um weitere 7 Tage, da es ihm nicht möglich sei, innerhalb der Frist eine Firma mit Durchführung der Arbeiten zu beauftragen. Später stellt sich heraus, dass die von den Mietern durchgeführten Arbeiten mangelhaft sind. Der Vermieter verlangt Schadensersatz. Nunmehr stellen sich die Mieter aber auf den Standpunkt, dass schon die vereinbarte Schönheitsreparatur-Klausel unwirksam sei.

Das Kammergericht (Berlin, 6.4.2006 – 8 U 99/05) spricht dem Vermieter den verlangten Schadensersatz zu. Es kommt nach Ansicht des Gerichts gar nicht darauf an, ob die Schönheitsreparaturklausel wirksam ist oder nicht. Grund: Die Mieter haben durch die Bitte um Fristverlängerung anerkannt, dass sie Schönheitsreparaturen durchführen müssen.

Die Rechtsprechung ist häufig sehr großzügig mit der Annahme eines Schuldanerkenntnisses. Auch die Unterschrift unter ein Abnahmeprotokoll wird vielfach schon als Schuldanerkenntnis verstanden. Mit der Unterschrift wolle der Mieter seine Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen bekräftigen. Sehr lebensnah ist das nicht, weshalb diese Ansicht auch nicht unumstritten ist. Dennoch: Vor Gericht hilft die Unterschrift unter ein Abnahmeprotokoll oft über eine unwirksame oder fragwürdige Schönheitsreparatur-Klausel hinweg. Ein Ausweg also für alle Vermieter, die sich ja häufig nicht sicher sein dürfen, ob die konkrete Schönheitsreparatur-Klausel wirksam ist.

6. Vorsicht: Auch wenn der Gebäudeschaden „nur“ im Sondereigentum auftritt, kommt eine Haftung des WEG-Verwalters in Betracht

In die vermietete Wohnung eines Wohnungseigentümers dringt vom Balkon her Wasser ein. Es bilden sich Schimmelflecken in der Küche. Der Mieter mindert die Miete. Der Eigentümer informiert den Verwalter. Dieser lehnt jegliche Verantwortung der Eigentümergemeinschaft ab. Er meint, der Schaden sei auf eine vom Voreigentümer eigenmächtig angebrachte Balkon-

überdachung zurückzuführen, die nicht zum Gemeinschaftseigentum gehört. Später lässt die Eigentümergemeinschaft die Mängel und Schäden doch noch auf ihre Kosten beseitigen. Der Wohnungseigentümer ist damit aber noch nicht zufrieden. Er wendet sich an den Verwalter und verlangt Ersatz des Mietausfalls, den er

durch die (berechtigte) Minderung seines Mieters hinnehmen musste.

Das OLG München (15.5.2006 – 34 Wx 156/05) stellt sich auf die Seite des „geplagten“ Wohnungseigentümers. Der Verwalter muss also für den Schaden einstehen. Zwar ist es nach Meinung des Gerichts in erster Linie Sache der Eigentümergemeinschaft, sich um die Instandsetzung zu kümmern, wenn am gemeinschaftlichen Eigentum ein Schaden auftritt. Den Verwalter trifft aber eine Überwachungs-, Kontroll- und Hinweispflicht. Deshalb muss er Mängel und Schäden am Gemeinschaftseigentum ermitteln sowie Ursache und Umfang feststellen. Dies gilt auch für Schäden, die im Sondereigentum auftreten, wenn die Ursache im Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums liegen kann. Deshalb muss der Verwalter die Schadensur-

sache ermitteln lassen, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass diese im Gemeinschaftseigentum liegt. Verletzt der Verwalter diese Pflicht, haftet er für den Schaden des betroffenen Wohnungseigentümers auch dann, wenn die Schadensursache ungeklärt bleibt oder wenn sich nachträglich herausstellt, dass sie ausschließlich im Sondereigentum liegt.

Da der Verwalter im Normalfall nicht sicher beurteilen kann, wo die Ursache eines Wasserschadens liegt, sollte er angesichts der strengen Rechtsprechung im Zweifel einen Fachmann zur Ursachenklärung hinzuziehen. Um die Schadensbeseitigung muss er sich aber nur noch insoweit kümmern, als sie das Gemeinschaftseigentum betrifft.

7. Mängelbedingte Mieteinbehalte beim Wohnungsverkauf

In der Mietwohnung tritt ein Wasser- und Schimmelfleck oberhalb des Balkons auf. Der Mieter behält daraufhin 10 Monate lang einen Teil der Miete ein, um den Vermieter zur Beseitigung des Mangels zu bewegen. Dieser tut jedoch nichts. Einige Zeit später verkauft der Vermieter die Wohnung. Nach dem Verkauf meint er, der Mieter müsse nun den Mieteinbehalt zurückzahlen.

Der BGH (19.6.2006 – VIII ZR 284/05) gibt dem Vermieter Recht. Der Mieter darf die Miete nach dem Verkauf nicht länger einbehalten, da er jetzt kein Zurückbehaltungsrecht mehr hat. Das kann der Mieter nur so lange geltend machen, als er auch einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels hat.

Tatsächlich kann der Mieter vom früheren Vermieter aber nicht mehr die Beseitigung des Wasserflecks verlangen. Denn mit dem Eigentumswechsel auf den Erwerber schuldet nur noch der Erwerber die Mängelbeseitigung. Dieser muss alle Pflichten aus dem Mietvertrag erfüllen, die nach dem Eigentumswechsel entstehen. Dazu gehört nach Meinung des BGH der Anspruch auf Mängelbeseitigung auch dann, wenn der Mangel vor oder nach dem Verkauf entstanden ist. Das Argument: Die Pflicht des Vermieters, die Wohnung in einen mangelfreien Zustand zu bringen, ist eine Dauerverpflichtung, die immer in die Zukunft gerichtet ist.

Entscheidend ist der Unterschied zwischen einem Zurückbehaltungsrecht und einem Min-

derungsrecht: Das Zurückbehaltungsrecht darf nur als Druckmittel dienen. Der Mieter kann die Miete – vorübergehend – einbehalten, um wirtschaftlichen Druck auf den Vermieter auszuüben, damit dieser den Mangel behebt. Anders bei der Minderung: Hier muss der Mieter die Miete nur noch teilweise zahlen, weil der

Wohnwert der Wohnung durch den Mangel herabgesetzt ist. Diese Wohnwertminderung kann durch Behebung des Mangels für die Vergangenheit nicht mehr beseitigt werden. Eine berechnete Minderung kann also später unter keinen Umständen nachgefordert werden.

8. BGH: Zur Werklohnforderung beim vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag

Hat der Auftragnehmer bei einem gekündigten Pauschalpreisvertrag gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B prüfbar abgerechnet, muss das Gericht in die Sachprüfung eintreten, ob und in welcher Höhe die geltend gemachte Werklohnforderung berechnungsberechtigt ist. Dabei ist auch eine vom Auftrag-

nehmer nachträglich erstellte Kalkulation auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Bei der Ermittlung des dem Auftragnehmer zustehenden Werklohns ist § 287 ZPO anwendbar (Urteil vom 13.07.2006, VII ZR 68/05).

9. Kammergericht: Zur Abnahme beim VOB-Werkvertrag

Wird in einem VOB-Bauvertrag abweichend von § 12 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B die förmliche Abnahme für alle Fälle vertraglich vereinbart, muss keine Partei sie mehr eigens gemäß § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B verlangen. Wird innerhalb der Frist des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B kein Abnahmetermin anberaumt und die Abnahme auch nicht ausdrücklich verweigert, so ist davon

auszugehen, dass auf die förmliche Abnahme verzichtet wird, sodass nach Ablauf von 12 Werktagen nach Erhalt der Schlussrechnung gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder durch Inbenutzungnahme gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die Abnahme als erfolgt gilt (Urteil vom 04.04.2006, 7 U 247/05).

10. OLG Schleswig: Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern

Nach Zahlung auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern kann der Bürge im Rückforderungsprozess sich auf die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung über die durch die Bürgschaft gesicherte Werklohnforderung jedenfalls dann

nicht berufen, wenn er selbst die Erstellung einer prüffähigen Schlussrechnung hätte veranlassen können (Urteil vom 30.03.2006, 5 U 122/05).

11. BGH: Vergütung nach Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber

Der Auftragnehmer muss nach freier Kündigung des Auftraggebers seine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen auf der Grundlage des dafür vereinbarten Preises abzüglich anderweitigen Erwerbs und der Kosten berechnen, die bei Fortführung des Bauvertrages tatsächlich entstanden wären. Entsprechen diese Kosten seiner Kalkulation, kann er diese vortragen (BGH, Urteil vom 22.09.2005 - VII ZR 63/04). Als erspart sind die Aufwendungen anzurechnen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind (BGH, BauR 1997, 304). Nach Abschluss der Arbeiten muss sich der Auftragnehmer auf seinen Restwerk-

lohnanspruch Drittnachbesserungskosten als ersparte Aufwendungen analog § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B anrechnen lassen. Dies gilt auch dann, wenn ihm der Auftraggeber keine Frist zur Nachbesserung gesetzt hat (OLG Celle, Urteil vom 01.08.2002 - 13 U 48/02). Zwar trägt der Auftraggeber für Art und Umfang der Ersparnis nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B i. V. m. § 649 S. 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast. Der Auftraggeber kann seiner Obliegenheit, eine höhere Ersparnis als die vom Auftragnehmer angegebene darzulegen und zu beweisen, indessen in der Regel nur dann genügen, wenn der Auftragnehmer nachvollziehbar vorgetragen hat, was ihn die von ihm infolge der Kündigung nicht erbrachten Leistungen gekostet hätten, wenn er sie erbracht hätte (Urteil vom 20.01.1998 - 16 U 68/97).

12. BGH: Abgeschwächter als auch uneingeschränkter Abtretungsausschluss in AGB grundsätzlich unbedenklich

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist sowohl die Vereinbarung eines abgeschwächten als auch eines uneingeschränkten Abtretungsausschlusses grundsätzlich unbedenklich. Eine derartige Klausel ist nur dann nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an dem Abtretungsverbot nicht besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der freien Abtretbarkeit vertraglicher Ansprüche das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen (st. Rspr.,

zuletzt Urteil vom 25.11.1999 - VII ZR 22/99). Diese Voraussetzungen sind nicht allein deshalb erfüllt, weil das Abtretungsverbot die Sicherung eines Lieferanten im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts vereitelt. Daran ist auch nach Inkrafttreten des § 354 a HGB festzuhalten. Dessen entsprechende Anwendung auf Rechtsgeschäfte, die nicht für beide Vertragspartner ein Handelsgeschäft darstellen, kommt nicht in Betracht. Urteil vom 13.07.2006 - VII ZR 51/05

13. BGH: Leistungsbeschreibung maßgebend für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind

Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Ergänzung von BGH, Urteil vom 28.02.2002 - VII ZR 376/00, BauR 2002, 935 = ZfBR 2002, 482 = NZBau 2002, 324). Der Unternehmer trägt dabei nicht nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens. Urteil vom 27.07.2006 - VII ZR 202/04 OLG Köln: Deklaratorisches Schuldanerkenntnis durch Zahlung auf eine Abschlagsrechnung Die auf eine Abschlagsrechnung des Werkunter-

nehmers geleistete Zahlung darf der Unternehmer als deklaratorisches Schuldanerkenntnis des Zahlenden mit dem Inhalt verstehen, er sei Vertragspartner des Unternehmers. Damit ist zugleich anerkannt, dass ein Auftrag besteht, der über die in den Abschlagsrechnungen aufgeführten Werkleistungen hinausgeht. In diesem Fall darf sich ein aus der nachfolgend erteilten Schlussrechnung in Anspruch genommener Beklagter nicht darauf beschränken, die Erteilung eines Auftrags pauschal zu bestreiten. Er muss vielmehr konkret darlegen, welche der einzelnen Positionen der Schlussrechnung, die er nicht bezahlen möchte, nicht in Auftrag gegeben worden sind und auf welche in der Abschlagsrechnung noch nicht erfasste Leistungen sich sein – nach dem vorstehenden vorliegender – Gesamtauftrag bezogen hat (Urteil vom 11.04.2006 - 22 U 204/05).

14. Prüfungs- und Hinweispflichten des Werkunternehmers werden durch die DIN nicht abschließend beschrieben

Das Oberlandesgericht Köln beschäftigt sich in seiner Entscheidung vom 08.02.2006 mit dem Umfang der Hinweis- und Prüfpflichten des Werkunternehmers. In dem zu beurteilenden Fall war wirksam die VOB/B vereinbart. Dort formuliert § 4 Nr. 3 „Hat der Auftraggeber Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (...), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistung anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst

schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen; (...)“. Hieraus resultieren für den Unternehmer Prüf- und Hinweispflichten. Der Umfang und die Grenzen dieser Pflichten beschäftigen immer wieder Rechtsprechung und Literatur.

Das OLG Köln hatte nunmehr die Frage zu klären, ob die jeweils einschlägige DIN die Prüfpflichten des Werkunternehmers erschöpfend abhandelt.

Der Auftraggeber hatte in dem zugrundeliegenden Fall Bodenbelegarbeiten ausgeführt. Nach kurzer Zeit lösten sich die vom Auftragnehmer angebrachten Sockelleisten. Der Auftraggeber forderte den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung auf, was dieser ablehnte. Daraufhin strengte der Auftraggeber eine Mängelvor-schußklage an. In dem Verfahren stellte ein Sachverständiger fest, dass die Baustoffe vor Ort eine erhöhte Restfeuchte aufweisen. Die Feuchtigkeit aus der Wand hatte sich negativ auf die Sockelleisten ausgewirkt. Der Auftraggeber begegnete diesem Beweisergebnis mit dem Hinweis auf die ATV DIN 18365, wonach er lediglich den Boden auf Restfeuchte habe überprüfen müssen.

Dem folgte weder das Landgericht noch das Oberlandesgericht Köln in der zweiten Instanz. Die Verletzung des § 4 Nr. 3 VOB/B wird bejaht. Soweit in DIN Normen Prüfungspflichten enthalten sind, ist zu beachten, dass es sich durchweg nicht um abschließende Regelungen, sondern um beispielhafte Aufzählungen handelt. Dem Werkunternehmer obliegt für alle Faktoren, die sich direkt auf die Werkleistung auswirken können, in vollem Umfange die Prüf-pflicht.

Diese Prüfpflicht erstreckte sich vorliegend auch auf die Wandflächen, an denen die Leis-

ten angebracht waren. Das OLG führt weiter aus, dass selbst für die Annahme, dass der Auftragnehmer zu einer entsprechenden Überprüfung nicht verpflichtet gewesen wäre, er jedenfalls seine Hinweispflicht verletzt hätte. So hätte er auf die für ihn aufgrund seiner eigenen Sachkunde nahe liegenden Bedenken hinweisen müssen.

Das OLG entspricht in seinem Urteil sowohl der Rechtsprechung des BGH als auch der herrschenden Meinung in der Literatur. DIN Normen bieten Anhaltspunkte für Prüfpflichten, ihren Umfang stecken sie nicht ab. Dieser hängt viel mehr von den Umständen des Einzelfalles ab, weswegen sich immer wieder auch die Obergerichte mit diesem Thema zu befassen haben.

Als Konsequenz für die Praxis sei darauf hingewiesen, dass der in der Bauausführung regelmäßig anzutreffende Wichtigkeit der DIN ein zu großer Stellenwert eingeräumt wird. Es besteht nach Ansicht des BGH nur die Vermutung, dass die DIN die anerkannten Regeln der Technik wiedergebe. Diese Vermutung kann durch ein Sachverständigengutachten widerlegt werden. Für die Ermittlung des geschuldeten Bausolls sind laut BGH die DIN Vorschriften nicht maßgeblich. Tritt der vertraglich geschuldete Erfolg nicht ein, kann auch eine DIN gerechte Ausführung mangelhaft sein.

IV. Verwaltung & Vergabe

1. Keine Anwendbarkeit der Gewerbeabfallverordnung auf Abfälle von Campingplatznutzern

Die Verordnung über die Entsorgung von gewerblichen Siedlungsabfällen und von bestimmten Bau- und Abbruchabfällen (Gewerbeabfallverordnung) ist auf die Abfälle der Campingplatznutzer nicht anwendbar, weil sie nicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen gilt, §§ 1, 2 Nr. 1 GewAbfV (OVG Berlin-Brandenburg, Entscheidung vom 12.04.2006, 12 S 1.06).

Bei den Abfällen der Campingplatznutzer handelt es sich um Abfälle aus privaten Haushaltungen im Sinne von § 5 Abs. 1 der Entsorgungssatzung, § 13 Abs. 1 S. 1 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. Insbesondere handelt es sich nicht um gewerbliche Abfälle.

Vielmehr sind unter Abfällen aus privaten Haushaltungen solche Abfälle zu verstehen, die

in privaten Haushaltungen regelmäßig im Rahmen der üblichen privaten Lebensführung anfallen und entfernt werden müssen. Es kommt nicht auf die Beschaffenheit, sondern auf die Herkunft des Abfalls an.

In diesem Sinne ist das Wohnen auf einem Campingplatz eine private Haushalts- und Lebensführung. Denn diese ist mit dem Wohnen verbunden und setzt ein selbständiges Wirtschaften voraus, was nicht zwingend in einer Wohnung stattfinden muss. Vielmehr kann es sich dabei um einen Ort handeln, an dem der Abfallerzeuger nur vorübergehend einen privaten Haushalt führt, wie z. B. in Ferienwohnung, Ferien- oder Wochenendhäuser oder dem Campingplatz.

2. Zur Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren wegen festgelegten Vorranggebietes für Windenergie im Raumordnungs- und Landesentwicklungsplan

Legt der Raumordnungs- und Landesentwicklungsplan als Ziel der Raumordnung im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG ein Vorranggebiet für die Nutzung der Windenergie fest, so ist der Eigentümer eines Grundstückes in der Umgebung dieses festgelegten Vorranggebietes im Rahmen der Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht antragsbefugt (OVG Saarland, Entscheidung vom 18.05.2006, Az.: 2 N 3/05).

Zwar können auch Zielvorgaben in Raumordnungs- und Landesentwicklungsplänen als abstrakt-generell und mit Außenwirksamkeitsanspruch versehene Regelungen im Rahmen der Normenkontrolle angegriffen und gegebenenfalls nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO für ungültig erklärt werden. Denn anders, als lediglich Maßnahmen für nachfolgende Ermessens- und Abwägungsentscheidungen enthaltene Grundsätze der Raumordnung im Sinne von § 3 Nr. 3 ROG haben diese Zielvorgaben Letztentschei-

dungscharakter; sie können nicht im Wege (späterer) Abwägung von Planungsträgern überwunden werden, § 1 Abs. 4 BauGB.

Allerdings ist Eigentümer des Grundstückes in der Umgebung des festgelegten Vorranggebietes „Windenergie“ nicht unmittelbar betroffen und bleibt es ihm unbenommen, für den Fall einer Genehmigung von Windkraftanlagen in dem Vorranggebiet etwaige Abwehrrechte gegenüber der Genehmigungsentscheidung geltend zu machen. Dadurch ergeben sich für ihn keine Rechtsnachteile; umgekehrt auch keine

rechtlichen Vorteile durch die Unwirksamkeitserklärung im Normenkontrollverfahren.

Bezogen auf die Antragsbefugnis könnte dieses allenfalls anders bewertet werden für die durch landesplanerische Zielvorgaben unmittelbar betroffenen Standortgemeinden, möglicherweise – bei gebietsnaher Festlegung mit Blick auf § 2 Abs. 2 BauGB – auch für Nachbargemeinden, weitergehend für die durch anderweitige Standortvorgaben über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB regelmäßig an der Nutzung eigener Außenbereichsgrundstücke zur Windkraftherzeugung gehinderten Grundstückseigentümer.

VI. Gesundheit & Recht

I. Mandantenbrief Dezember 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 E-Mail-Adresse. Die Ausgabe Dezember 2006 behandelt folgende Themen:

A. Neue Möglichkeiten der Berufsausübung für den Vertragsarzt durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz

- I. Teilzulassung
- II. Tätigkeit in Krankenhaus und Praxis
- III. Anstellung von Ärzten
- IV. Die Altersgrenzen
- V. Zweigpraxis
- VI. Berufsausübungsgemeinschaften
- VII. Teilgemeinschaftspraxis
- VIII. Neuerungen im Zusammenhang mit MVZ

B. Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV WSG) - Die wichtigsten Elemente im Überblick

- I. Wahlmöglichkeiten für die Versicherten
- II. Wettbewerb innerhalb der Privaten Krankenversicherung (PKV) sowie zwischen GKV und PKV
- III. Wettbewerb der Leistungserbringer durch größere Vertragsfreiheit für Krankenkassen
- IV. Wettbewerb in der Arzneimittelversorgung
- V. Qualitäts- und Preiswettbewerb im Heil- und Hilfsmittelbereich
- VI. Ein auf mehr Wettbewerb ausgerichteter Ordnungsrahmen
- VII. Finanzierungsstrukturen, die den Kassenwettbewerb intensivieren

II. In eigener Sache

Aktuelle Veranstaltungen

„Privatkliniken in Trägerschaft von öffentlichen Krankenhäusern“

Veranstalter: rotthaus.com, Rückertstr. 10, D-50935 Köln

Ort: Köln, Rotonda Business Club

Datum: 19.03.2007

Anmeldung: unter www.rotthaus.com

Außenstände der Krankenkassen: Forderungsmanagement“

Veranstalter: rotthaus.com, Rückertstr. 10, D-50935 Köln

Ort: Köln, Rotonda Business Club

Datum: 20.03.2007

Anmeldung: unter www.rotthaus.com

Neue Kooperationen zwischen Krankenhaus und Zuweisern“

Veranstalter: rotthaus.com, Rückertstr. 10, D-50935 Köln

Ort: Berlin, Berlin Capital Club

Datum: 22.05.2007

Anmeldung: unter www.rotthaus.com



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