



Editorial

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

Sie werden es teilweise sicherlich der überregionalen Presse entnommen haben, dass zum Festakt 60 Jahre Grundgesetz am 22. Mai die Repräsentanten der deutschen Anwaltschaft (also auch der DAV) nicht eingeladen worden sind.

Zu Recht ist dies als ein Affront kritisiert worden, denn die Auslegung und Fortentwicklung unserer Verfassung liegt nicht nur in den Händen der „Hüterin des Grundgesetzes“, also des Bundesverfassungsgerichtes, und der Parlamentarier des deutschen Bundestages sowie den Bundesratsvertretern; insbesondere Verfassungsbeschwerden, die erst zu den wichtigen Urteilen und Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts führen/geführt haben, werden nicht unmaßgeblich von engagierten Anwältinnen und Anwälten betrieben und vorangetrieben. (Diese besondere Rolle der Anwaltschaft wurde immerhin am Rande des Festaktes zu 50 Jahre Verfassungsgerichtshof des Saarlandes am 05. Juni erwähnt.)

Frau Bundesjustizministerin Zypries erklärte diesen Fauxpas später mit einem mangelhaften Bewusstsein (vielleicht auch ein Kompetenzkonflikt?) des für die Organisation zuständigen Bundesinnenministeriums.

Dieser Festakt in Berlin am Tage vor der Bundespräsidentenwahl hatte

jedoch erhebliche weiterreichende Konsequenzen, denn er lag mitten im deutschen Anwaltstag (DAT) in Braunschweig. In vorausseilender Erwartung, eingeladen zu werden, hatte der DAV deshalb die zunächst veröffentlichte Tagesordnung zum Teil erheblich umgeschmissen; der Festvortrag auf dem DAT, der traditionell am Freitagvormittag stattfindet, wurde auf den Donnerstag vorverlegt. Dies hatte wiederum zur Folge, dass die Mitgliederversammlung ihrerseits von Donnerstag auf Mittwoch (also vor den eigentlichen DAT) verlegt wurde. Über den Verlauf und die Ergebnisse dieser Mitgliederversammlung finden Sie im Innenteil des Heftes einen ausführlichen Bericht. Diesem können Sie entnehmen, dass aufgrund eben dieser Verschiebungen die MV unter einem unglücklichen Zeitdruck stand. Am Mittwoch wurden nur die wichtigen Vorstandswahlen durchgeführt und ebenfalls nicht unwichtige Satzungsänderungen. Das brisante Thema der Beitragserhöhung aus Gründen der Fortführung der Werbekampagne konnte jedoch noch nicht einmal andiskutiert werden und wurde sodann verschoben auf den Donnerstag, an dem üblicherweise nach der Mit-

Fortsetzung auf Seite 3 ...

Inhaltsverzeichnis

Herzlich willkommen

Seite 2

Mietrecht

Schönheitsreparaturklauseln

Seite 3

Aktuelles

Bericht vom Deutschen Anwaltstag

Seite 5

juris PraxisReport

Familienrecht

Seite 6

juris PraxisReport

Familienrecht

Seite 8

Anwaltshaftung

Risiko einer Scheinsozietät

Seite 10

juris PraxisReport

Zivilrecht

Seite 11

juris PraxisReport

Steuerrecht

Seite 12

juris PraxisReport

Baurecht

Seite 16

Kleinanzeigen / Impressum

Seite 19

Beilage zu dieser Ausgabe

Deutsche Radiophilharmonie

Wir freuen uns, weitere Kolleginnen und Kollegen begrüßen zu dürfen:



Nadine Gemmel
Marktstraße 5
66333 Völklingen



Tilmann Lahann
Großwaldstraße 31
66571 Eppelborn



Jannine Anton-Spies
Kaiserstraße 25a
66111 Saarbrücken



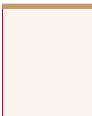
Dr. Karolin Hartmann
Rotenbühlerweg 15
66123 Saarbrücken



Tobias Lechner
Saargemünder Straße 136
66130 Saarbrücken



Dr. Daniel Thimig
In der Kolling 10
66450 Bexbach



Jochen Hell
Neikestraße 3
66111 Saarbrücken



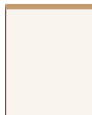
Barbara Saul
Sulzbachstraße 26
66111 Saarbrücken



Nicole Thirion
Großer Markt 22a
66740 Saarlouis



Thomas Knop
Ilseplatz 2
66123 Saarbrücken



Timo Schöpfer
Beethovenstraße 28
66606 St. Wendel



Kerstin Weishaar
An der Stadtmauer 3
66440 Blieskastel



Michael Kühn
Juchem-Straße 24
66571 Eppelborn



Nicole Sikora
Beethovenstraße 28
66606 St. Wendel



Ihr neutraler Partner bei allen Transfermaßnahmen

DEKRA Personaldienste ist seit vielen Jahren regional sowie überregional der erfahrene und neutrale Ansprechpartner in Sachen **Outplacement und Transfer**. Unsere modular aufgebauten Dienstleistungen erbringen wir branchenübergreifend und lösungsorientiert – stets zum vollen Nutzen unserer Kunden.

Wir eröffnen Perspektiven

- Transferagentur
- Transfergesellschaft
- Karriereberatung
- Einzeloutplacement
- Coaching
- HR Consulting
- u. v. m.

Gerne informieren wir Sie im Rahmen eines unverbindlichen Gesprächs oder fordern Sie unsere Broschüren an!

Unsere Erfolgsfaktoren...

- **schnelle Vermittlung** durch eigenes, exklusives Stellenportal mit derzeit insgesamt ca. 430.000 offenen Stellen
- **zielsichere Qualifizierung** und passgenaue Neupositionierung durch Einsatz anerkannter, personaldiagnostischer Beurteilungsverfahren
- **starke Service-Orientierung** u. a. durch eigene Lohnabrechnung für Transfergesellschaften
- **günstige Konditionen** für Qualifizierungen durch Konzernbackground
- **reibungslose Kommunikation** mit französischen Behörden und Grenzgängern durch projekterfahrene, zweisprachige Berater

Personalmanagement bei übertragender Sanierung

- Konzeptionierung einer neuen Aufbau- und Ablauforganisation
- Durchführung aller damit verbundenen notwendigen personalrelevanten Restrukturierungsmaßnahmen

Ihr Ansprechpartner:

Thomas Gramm • Lebacher Straße 4 • 66113 Saarbrücken
Telefon: 06 81.98 90 77-22 • Telefax: 06 81.98 90 77-30
E-Mail: thomas.gramm@dekra-pd.de • Web: www.dekra-pd.de

Fortsetzung von Seite 1:

gliederversammlung das Gespräch des DAV-Präsidenten mit den Vorsitzenden der örtlichen Vereine durchgeführt wird.

Nicht zuletzt aufgrund dieser Zeitnot, aber auch aufgrund des massiven Protestes der örtlichen Vereine wurde letztlich kein Beschluss gefasst über die vom DAV-Vorstand vorgeschlagene Fortführung der Werbekampagne und eine dauerhafte Beitragserhöhung, will heißen, dass jedenfalls derzeit keine Beitragsänderung bevorsteht.

Daher wurde für den 14. September eine weitere Mitgliederversammlung einberufen, noch hat also der DAV-Vorstand den Protest und die Anregungen aus der Mitgliedschaft nicht zum Anlass, sein Vorhaben zu überdenken und – wie von zahlreichen Anwaltvereinen vorgeschlagen – die Finanzierung mit Eigenmitteln durchzuführen. Weitere Einzelheiten zum DAT finden Sie im Heft im Innenteil. Wir werden daher unsere Mitgliederversammlung erst für einen Zeitraum nach dieser DAV-MV einberufen, um die Ergebnisse zu diskutieren. Vielleicht ändert

sich schon dadurch etwas, dass der DAV-Vorstand – wie geplant – Herrn Prof. Dr. Wolfgang Ewer aus Kiel zum neuen Präsidenten gewählt hat. Anlässlich seiner Amtseinführung in Berlin am 16. Juni erwähnte er jedenfalls die Werbekampagne nicht als eines seiner zentralen Anliegen.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen, Ihr

Olaf Jaeger
(Präsident)

Mietrecht

Mietrecht: Schönheitsreparaturklauseln – Ende der Diskussion?

**Dr. Ralf Heydrich | Neunkirchen
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**

Nachdem der BGH mit seiner neueren Rechtsprechung zur Wirksamkeit von formularmäßigen Schönheitsreparaturklauseln auf Seiten der Vermieter verbrannte Erde hinterlassen hat, weil ihr alle frist- bzw. endrenovierungsbezogenen Klauseln zum Opfer gefallen sind (zusammenfassend: BGH, Urteil vom 08.10.2008 – XII ZR 84/06), stellt sich auf Vermieterseite die Frage nach Regelungsalternativen.

Die von enttäuschten Vermietern geschwind entwickelte Idee, an-

stelle der unwirksamen Schönheitsreparatur-Klausel von dem Mieter eine Mieterhöhung in Form eines Zuschlages zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu verlangen, wurde vom BGH genauso schnell wieder grundsätzlich verworfen (BGH, Urteil vom 11.02.2009, Az. VIII ZR 118/07 und 09.07.2008 – VIII ZR 181/07).

Für alle Altmietverhältnisse, die solche unwirksamen Klauseln enthalten, gibt es somit keine Rettungsmöglichkeit, die Schönheitsreparaturen bleiben Sache des Vermieters, obwohl er die damit verbundenen, teilweise erheblichen Kosten bei der Mietkalkulation im Vertrauen auf seinen Formularymietvertrag nicht berücksichtigt hat.

Natürlich kann er mit seinen Mietern nachverhandeln und diese bitten, anstelle der unwirksamen Klausel mit ihm zu vereinbaren, daß nunmehr ohne starre Fristen, abhängig vom jeweiligen Grad der Abnutzung der Mietsache, der Mieter die Schönheitsreparaturen doch auf eigene Kosten durchführt. Dies kann sogar noch im Rahmen der Rückgabe der Mietsache nachträglich vereinbart werden (BGH, Urteil vom 14.01.2009, Az. VIII ZR 71/08). Der Mieter kann dies akzeptieren, muß es aber nicht.

Dem Vermieter bleibt deshalb im Grunde nur, aus Schaden klug zu werden, d.h. beim Abschluß neuer Mietverträge entweder eine ausschließlich verschleissabhängi-

ge Schönheitsreparaturklausel zu vereinbaren oder aber den gesetzlicherseits unterstellten „Normalfall“, wonach die Durchführung der Schönheitsreparaturen Sache des Vermieters ist und bleibt, zu akzeptieren.

Letzteres klingt nur scheinbar schicksalsergeben:

Der Vermieter kann in diesem Falle mit dem Mieter neben der Kaltmiete und den Nebenkostenvoraus-

zahlungen einen Zuschlag für die Übernahme der Schönheitsreparaturen in angemessener Höhe vereinbaren. Orientierung für die Zulässigkeit einer solchen Regelung bietet dabei § 28 Absatz IV der II. Berechnungsverordnung, der u.a. für geförderten Wohnraum eine Zulage von maximal 8,50 € im Jahr pro qm Wohnraum – für eine 70 qm Wohnung also immerhin 595 € pro Jahr – vorsieht.

Für eine solche Regelung sprechen sowohl praktische als auch rechtliche Umstände:

Zum einen erspart sich der Vermieter mit dieser Regelung eine Auseinandersetzung mit dem Mieter, der bei Beendigung des Mietverhältnisses die Schönheitsreparaturen nicht durchgeführt hat. Neben den bereits erwähnten Rechtsproblemen hinsichtlich der Wirksamkeit der Schönheitsreparaturklauseln führt dies im Regelfall zu zeitlichen Verzögerungen bei der Weitervermietung der Wohnung, da zunächst der ehemalige Mieter unter Fristsetzung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen aufzufordern ist. Im Übrigen trägt der Vermieter das Risiko, daß er die im Falle der Inaktivität des Mieters von ihm aufzuwendenden Kosten wegen der Einkommensverhältnisse des Mieters bei diesen möglicherweise nicht regressieren kann. Auch erspart sich der Vermieter einen Streit darüber, ob ihm eventuell sogar wegen unüblicher Farbgestaltung der Mietwohnung Schadenersatzansprüche zustehen, die dann innerhalb der kurzen Verjährungsfrist gerichtlich geltend zu machen wären. Überdies hat es

bei dieser Regelung der Vermieter in der Hand, die fachgerechte Ausführung der Arbeiten durch entsprechende Auftragsvergabe zu steuern.

In rechtlicher Hinsicht entgeht der Vermieter der nunmehr in der Literatur aufgekommenen Problemdiskussion, ob der Vermieter überhaupt und grundsätzlich die Verpflichtung zur Durchführung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter abwälzen kann: Mit durchaus ernstzunehmenden Argumenten wird mittlerweile sogar die Auffassung vertreten, daß eine solche Formulklausel generell unwirksam wäre, da sie dem gesetzlichen Leitbild, wonach Schönheitsreparaturen Sache des Vermieters seien, nicht entspricht (hierzu: Emmerich, NZM 2009, 16).

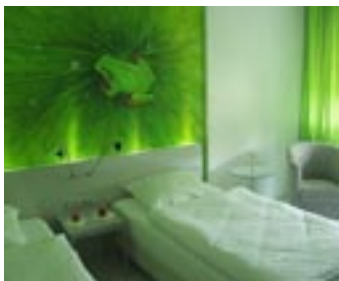
Gegen eine solche Regelung kann auch nicht eingewandt werden, daß sie zu einer Erschwerung der Vermietbarkeit insbesondere an SGB II-Leistungsempfänger (Hartz 4) führt. Hierzu hat das Bundessozialgericht letztinstanzlich entschieden, daß ein neben der Grundmiete vereinbarter Zuschlag für Schönheitsreparaturen grundsätzlich zu den Kosten der Unterkunft gehört und deshalb von der Arge zu übernehmen sind (Bundessozialgericht, Urteil v. 19.03.2009, B 11b AS 31/06 R).

Fazit: Bei Neuvermietungen sollte der Vermieter erwägen, es bei seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Ausführung der Schönheitsreparaturen zu belassen und statt der Übertragung auf den Mieter neben der Grundmiete einen Zuschlag zu vereinbaren.



HOTEL AM TRILLER
Designhotel im Grünen

die freundlichsten Gastgeber
tolle Themenzimmer
feine mediterrane **Bio**-Küche
aufregende Arrangements
Hallenbad und Sauna
Solarium und Fitnessraum



Trillerweg 57, 66117 Saarbrücken,
Tel. +49 681-58000-0, Fax 58000-303
www.hotel-am-triller.de,
info@hotel-am-triller.de

**HotSpot – WLAN kostenfrei
für unsere Gäste**

Bericht vom Deutschen Anwaltstag Braunschweig 2009

RA Olaf Jaeger | Saarbrücken

Die Mitgliederversammlung auf dem DAT (vgl. hierzu auch das Editorial dieses Heftes) hat zu einer deutlichen Veränderung des DAV-Vorstandes geführt. Zum einen schieden aus dem DAV-Vorstand aufgrund der Satzungsbestimmung, dass maximal drei Wahlperioden (also nur zweimalige Wiederwahl) möglich sind, aus die Kollegen Beckmann, Dr. Brieske, Dr. Kleine-Cosack, Dr. Lühn, Schmalzer und Dr. Streck.

Außerdem stellten sich nicht zur Wiederwahl die Kollegen Prof. Dr. Dr. Gross sowie Potthast.

Aber auch diejenigen amtierenden Vortandsmitglieder, die sich zu einer Wiederwahl stellten, wurden nicht sämtlich wieder in den DAV-Vorstand gewählt, so erhielt nicht genügend Stimmen Frau Rechtsanwältin Mechthild Düsing aus Münster.

Wiedergewählt wurden Herr Ulrich Schellenberg aus Berlin (nur bis 2011), Frau Verena Mittendorf aus Hildesheim, Herr Dr. Rainer Spatscheck aus München, Frau Dr. Ute Döpfer aus Oberursel, Herr Oskar Riedmeyer aus München, Herr Michael Eckert aus Heidelberg. Neu gewählt wurden Frau Edith Kindermann aus Bremen, Herr Horst Piepenburg aus Düsseldorf, Frau Dr. Astrid Auer-Reinsdorff aus Berlin, Herr Herbert Peter Schons aus Duisburg, Frau Dr. Claudia Seibel aus Frankfurt, Herr Prof. Dr. Volkert Vorwerk aus Karlsruhe, Frau Anke Haug aus Stuttgart, Herr Dr. Thilo Wagner aus Ravensburg und Herr Andreas Schulte aus Hamburg.

Insgesamt stand die Durchführung der Wahl ebenfalls unter dem Diktat der Zeitnot, so war den 21 Kandidatinnen und Kandidaten aufgegeben worden, sich jeweils nicht länger als drei Minuten vorzustellen, eine Aussprache fand nach der Vorstellungs-

runde nicht statt, ebenso wenig eine Diskussion über die Kandidatinnen oder Kandidaten oder über die Zusammensetzung des DAV-Vorstandes. So wäre es sicherlich durchaus diskussionswürdig gewesen, aufgrund des Ausscheidens des BGH-Anwaltes Prof. Dr. Gross darüber zu diskutieren, ob es nicht wünschenswert wäre, dass auch ein BGH-Anwalt dem DAV-Vorstand angehört; Herr Kollege Prof. Dr. Vorwerk hatte sich zur Wahl gestellt und erhielt nur knapp ausreichend Stimmen als 12. von 15 zu Wählenden.

Ferner wurde auf Antrag mehrerer der großen Vereine (München, Hamburg, Frankfurt, Stuttgart) mit großer Mehrheit beschlossen, dass zukünftig turnusgemäß zwei Mitgliederversammlungen pro Jahr stattzufinden haben. Denn zu Recht wurde kritisiert, dass die traditionell anlässlich des jährlichen DAT stattfindende Mitgliederversammlung immer unter Zeitdruck steht, es nie genügend Zeit zu einer Aussprache gibt, ferner ist diese immer Mitglieder-öffentlich, so dass auch deshalb nicht immer alles in der erforderlichen Tiefe zu Sprache gebracht werden kann.

Zwar hatten sich mehrere kleinere Vereine gegen diese Satzungsänderung in der Aussprache positioniert, auch mit der Begründung, dass dies ihre personellen und finanziellen Kapazitäten übersteigen würde, zweimal zu einer MV anzureisen, zumal doch ohnehin die antragsstellenden großen Vereine auch eine außerordentliche MV aufgrund ihrer Stimmenanzahl würden beantragen können.

Doch es ist sicherlich sinnvoll, durch diese Satzungsänderungen den DAV-Vorstand insgesamt dazu zu verpflichten, sich häufiger auszutauschen mit den örtlichen Vereinen in einer dann fest in der Satzung verankerten

zweiten MV. Nur durch eine Institutionalisierung wird dies dann auch verpflichtend gelebt werden.

Schließlich wurde in der MV zur Diskussion und Abstimmung gestellt der Antrag des DAV-Vorstandes, die Sonderumlage für die Werbekampagne von 30,00 € jährlich pro Mitglied (welche zeitlich befristet war) in eine dauerhafte Beitragserhöhung „umzuwandeln“.

Hiergegen hatte sich von zahlreichen Vereinen Protest erhoben, nicht zuletzt hatte der Saarländische Anwaltverein in einem offenen Rundschreiben an den DAV-Vorstand und die örtlichen Vereine die Diskussion auf breite Füße gestellt.

Nach unserem Rundschreiben gingen zahlreiche unterstützende Stellungnahmen ein, so hat der große Verein Stuttgart sich voll inhaltlich auf unseren Antrag bezogen, auch andere Vereine in NRW (Landesversammlung) und Berlin waren entweder nur für 15,00 € jährlich an Beitragserhöhung oder – ebenfalls eine große Mehrheit – dafür, dass insgesamt der DAV aus seinem Vermögen die Fortführung der Werbekampagne alleine finanziert. So war es m.E. nicht nur dem Zeitdruck geschuldet, dass letztlich nicht entschieden wurde, sondern taktisch gesehen ist es dem DAV-Vorstand gelungen, einer sicheren Niederlage zu entgehen durch die Vertagung. Es bleibt abzuwarten, mit welchen Entscheidungsvorschlägen zur weiteren DAV-MV am 14. September der Vorstand aufwarten wird.

Zum Ausklang des DAT wurde u.a. als weitere Arbeitsgemeinschaft die AG Argrarrecht gegründet. 2. Vorsitzender wurde Herr Kollege Dr. Christian Halm, Neunkirchen, Mitglied des Vorstandes des SAV. Von dieser Stelle die besten Glückwünsche und viel Erfolg im neuen Amt.

Erbschaftsteuerfreie Grundstücksübertragung einer gemischt genutzten Immobilie unter Eheleuten

Anmerkung zu: BFH 2. Senat, Urteil vom 26.02.2009 - II R 69/06
Autor: Franz Linnartz, RA, FA für Erbrecht und Steuerrecht

1. Nutzen Eheleute nur einen Teil des Hauses zu eigenen Wohnzwecken, während der andere Teil von Dritten bewohnt wird oder anderen als Wohnzwecken dient, und wendet der eine Ehegatte dem anderen freigiebig das Eigentum oder Miteigentum an dem Haus zu, ist die Zuwendung nur hinsichtlich der von den Ehegatten selbst bewohnten Flächen steuerfrei.
2. Zu den von den Ehegatten selbst bewohnten Flächen zählen auch von nahen Angehörigen der Ehegatten zu Wohnzwecken benutzte Räume, wenn diese Personen einen gemeinsamen Hausstand mit den Ehegatten führen.
3. Ein von einem der Ehegatten genutztes häusliches Arbeitszimmer, das im Wohnbereich belegen ist, ist auch dann der Wohnnutzung der Ehegatten zuzurechnen, wenn es an den Arbeitgeber des Ehegatten vermietet ist.
4. Das Finanzamt ist grundsätzlich befugt, einen Duldungsbescheid, den es wegen Fehlerhaftigkeit im Einspruchsverfahren aufgehoben hat, durch einen weiteren Duldungsbescheid zu ersetzen.
5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung muss nicht gegenüber einem vom Kläger zu vertretenden Irrtum zurückschreiten. Haben sowohl der Steuerpflichtige als auch das Finanzamt in etwa gleichschwere Pflichtverletzungen begangen, so ist für die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben kein Raum.
6. Ein Freistellungsbescheid mit dem Inhalt der Verneinung eines Duldungstatbestandes i.S.d. § 191 Abs. 1 Satz 1 AO ist nicht denkbar.

A. Problemstellung

Problematisch war in diesem Fall, wie § 13 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 ErbStG anzuwenden ist, wenn ein Haus von Eheleuten teils zu eigenen Wohnzwecken und teils anders genutzt wird.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Eheleute hoben ihren Güterstand der Zugewinnngemeinschaft auf und vereinbarten den Güterstand der Gütertrennung. Zum Ausgleich erhielt die Ehefrau und Klägerin den hälftigen Miteigentumsanteil an einem mit einem Wohnhaus bebauten Grundstück. Die Auflassung wurde erklärt.

Bei Abschluss des notariell beurkundeten Vertrages am 22.11.1999 zwischen den Eheleuten wurde das Wohnhaus des übertragenen Grundstücks wie folgt genutzt: Die 135 m² und 80 m² großen Wohnungen im Erd- und im Untergeschoss des Hauses nutzten die Eheleute und ihre Kinder als Hauptwohnsitz. Ein Raum im Untergeschoss war an eine GmbH vermietet, deren Geschäftsführer der Ehemann war. Die dritte Wohnung im Dachgeschoss wurde aufgrund eines dinglichen Rechts von der Mutter der Klägerin bewohnt. Später, im Kalenderjahr 2000 oder 2001, verlegte der Ehemann seinen Wohnsitz in das Ausland.

Die Finanzverwaltung unterwarf die Übertragung des Miteigentumsanteils der Schenkungsteuer. Nach ihrer Ansicht steht der Steuerfreiheit einer Grundstücksübertragung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG die Vermietung des Raumes im Untergeschoss der Wohnung an die GmbH entgegen. Während das Finanzgericht urteilte, dass der Steuerfreiheit die Nutzung des Obergeschosses durch die Mutter der Ehefrau und die Vermietung des Raumes im Untergeschoss an die GmbH nicht entgegenstehen, wies der BFH die Revision mit einer anderen Begründung zurück: Es ist nicht auf ein „Alles oder Nichts“ abzustellen (R 43 Abs. 1 Satz 5 ff. EStR), sondern eine Aufteilung vorzunehmen.

Zuwendungen unter Lebenden, mit denen der eine Ehegatte dem anderen Ehegatten Eigentum oder Miteigentum an einer

im Inland gelegenen, zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie (Familienwohnheim) überträgt, bleiben nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 ErbStG schenkungsteuerfrei. Dabei bezieht sich die Steuerbefreiung ihrem Sinn und Zweck nach nicht nur auf das Haus, verstanden als Gebäude, sondern auch auf das Grundstück, dessen wesentlicher Bestandteil das Gebäude ist (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BGB).

§ 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 ErbStG sieht keine Regelung für den Fall vor, dass ein Haus von Eheleuten teils zu eigenen und teils zu anderen Zwecken genutzt wird. Beispielsweise kann eine Nutzung für eigene gewerbliche, sonstige berufliche Zwecke oder Vermietung vorliegen. In den Fällen, in denen keine ausschließliche Nutzung zu eigenen Wohnzwecken gegeben ist, ist nach Ansicht des BFH eine Aufteilung des zivilrechtlich einheitlichen Eigentums nach dem Funktions- und Nutzungszusammenhang vorzunehmen. Es ist daher die Steuerbefreiung für die von den Eheleuten zu eigenen Wohnzwecken genutzten Flächen nur anteilig zu gewähren. Für die nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzten Flächen ist, unabhängig von ihrer Art und ihrem Umfang, die Steuerbefreiung zu versagen. Für die vorzunehmende Aufteilung des Grundstückswertes ist dabei auf das Verhältnis der Nutzflächen zueinander abzustellen. Maßgeblich sind dabei die tatsächliche Nutzung und deren Umfang.

Im vorliegenden Fall war die dritte Wohnung aufgrund eines dinglichen Wohnrechts einer nahen Verwandten zugewiesen. Da diese mit den Eheleuten jedoch keinen gemeinsamen Hausstand bildete, kann diese Fläche für die Steuerbefreiung nicht anteilig berücksichtigt werden. Ob die Nutzung aufgrund eines dinglichen Wohnrechts oder einer Vermietung erfolgt, darauf kommt es nicht an. Entscheidend ist ausschließlich die tatsächliche Nutzung der Wohnfläche.

Das beruflich genutzte Arbeitszimmer im Wohnbereich der Eheleute ist daher der Wohnnutzung zuzurechnen. Es ist ausschließlich auf die tatsächliche Nutzung des Arbeitszimmers in dem Familienwohnheim abzustellen. Das vereinbarte Mietverhältnis war für die Beurteilung der Nutzung unerheblich. Im vorliegenden Fall war daher die Fläche der von der nahe-

stehenden Person genutzten dritten Wohnung in das Verhältnis zur Gesamtwohnfläche des Hauses zu setzen. Der als Büro an die GmbH vermietete Raum war steuerunschädlich. Der BFH wies die Revision letztendlich zurück, weil der erb-schaftsteuerliche Wert unter dem Freibetrag (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) lag.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rechtsprechung des BFH zur Zurechnung eines häuslichen Arbeitszimmers im Wohnbereich der Wohnbenutzung (BFH, Urt. v. 07.11.2000 - II R 68/98 - BFH/NV 2001, 749).

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis ist zu sehen, was nunmehr klargestellt ist, dass bei gemischt genutzten Immobilien eine Aufteilung vorzuneh-

men ist. Sofern die Finanzverwaltung noch nach dem „Alles oder Nichts“ verfährt und R 43 Abs. 1 Satz 5 ff. ErbStR abwen-det, ist mit Hinweis auf diese Entscheidung des BFH Einspruch einzulegen.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die Verlegung des Wohnsitzes des Ehemannes in das Ausland ist unerheblich. Für die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 ErbStG reicht es aus, wenn die Immobilie bei Getrennt-leben der Ehegatten von dem Empfänger der Zuwendung gegebenenfalls mit den Kindern bewohnt wird (FG Berlin, Urt. v. 28.01.2003 - 5 K 5267/01 - ZEV 2006, 235; Schwender/Geiß-ler, DStR 2006, 260).

Fundstelle: jurisPR-FamR 10/2009 Anm. 6
Erstveröffentlichung: 19.05.2009

Bis 31.08.09 auf sparkasse.de:
Gewinnen Sie 2 MINI Cooper
und tolle Musikdownloads*.
*Solange Vorrat reicht. Bundesweites Gewinnspiel.

Sparkassen-Finanzgruppe:
Sparkassen, SaarLB, LBS und
SAARLAND Versicherungen

Lässt Wünsche schneller wahr werden: der Sparkassen-Privatkredit.

Günstige Zinsen. Flexible Laufzeiten. Faire Beratung.

Machen Sie Ihren Wunsch zur Wirklichkeit. Der Sparkassen-Privatkredit ist die clevere Finanzierung für Autos, Möbel, Reisen und vieles mehr. Mit günstigen Zinsen, kleinen Raten und einer schnellen Bearbeitung gehen Ihre Träume leichter in Erfüllung. Infos in Ihrer Geschäftsstelle und unter www.sparkasse.de. **Wenn's um Geld geht – Sparkasse.**

Rechtliche Stellung des Ersatzerben bei Anfechtung eines Grundstücksübertragungsvertrages durch Finanzamt

Anmerkung zu: FG Kassel 5. Senat, Urteil vom 02.12.2008 - 5 K 1509/07

Autor: Dr. Tobias Steffen Spanke, RA und FA für Erbrecht

1. Für den Eintritt des testamentarisch vorgesehenen Ersatzerbfalls ist der Wegfall des zunächst berufenen Erben erforderlich. Dieser kann nur auf einem Umstand beruhen, der dazu führt, dass der zunächst Berufene zu keinem Zeitpunkt Erbe war. Kann der Ersatzerbfall nicht eintreten, so hat der Ersatzerbe keinerlei Einflussmöglichkeit auf Geschäfte, die den Nachlass betreffen.
2. § 4 AnfG verfolgt den Zweck, die Gläubiger entgeltlich begründeter Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners zu schützen. Das Interesse des durch eine unentgeltliche Verfügung Begünstigten, das Empfangene zu behalten, soll dem Recht des Gläubigers auf Befriedigung seiner vollstreckbaren Forderung weichen. Der Begriff „unentgeltlich“ ist deshalb weit auszulegen.
3. Gibt ein Schuldner etwas weg, muss er aus der maßgeblichen Sicht der Gläubiger im Austausch gegen das Weggegebene etwas erhalten haben, das die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger gleichwertig erhält.
4. Das Finanzamt ist grundsätzlich befugt, einen Duldungsbescheid, den es wegen Fehlerhaftigkeit im Einspruchsverfahren aufgehoben hat, durch einen weiteren Duldungsbescheid zu ersetzen.
5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung muss nicht gegenüber einem vom Kläger zu vertretenden Irrtum zurücktreten. Haben sowohl der Steuerpflichtige als auch das Finanzamt in etwa gleichschwere Pflichtverletzungen begangen, so ist für die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben kein Raum.
6. Ein Freistellungsbescheid mit dem Inhalt der Verneinung eines Duldungstatbestandes i.S.d. § 191 Abs. 1 Satz 1 AO ist nicht denkbar.

A. Problemstellung

Vorliegende Entscheidung behandelt die Frage, welche Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal einer „unentgeltlichen Leistung“ i.S.v. § 4 AnfG bei dem Erlass eines Duldungsbescheides nach § 191 Abs.1 Satz 1 AO zu stellen sind. Zusätzlich legt das Finanzgericht dar, unter welchen Voraussetzungen ein Betroffener gegenüber der Finanzverwaltung auf die Unanfechtbarkeit einer Grundstücksübertragung vertrauen darf. Die Anordnung einer Ersatzerbschaft bleibt auch im Rahmen der Anfechtung nach § 4 AnfG unberücksichtigt, wenn der Ersatzerbfall nicht eingetreten ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Zwischen den Beteiligten war streitig, ob der Kläger für Schulden seiner Ehefrau durch Duldungsbescheid gemäß § 191 Abs. 1 Satz 1 AO in Anspruch genommen werden konnte. In einem Testament hatten die Eltern der Ehefrau des Klägers diese als Vorerbin des Letztversterbenden eingesetzt und die Enkeltochter, also die Tochter des Klägers und seiner Ehefrau, zur Nacherbin bestimmt. Zusätzlich war Testamentsvollstreckung bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres der Enkeltochter angeordnet worden, um den Bestand des Vermögens zu erhalten. In einem späteren Testament nahmen die Eltern der Ehefrau des Klägers eine Änderung dahin gehend vor, dass die Ehefrau des Klägers zur alleinigen Erbin des letztversterbenden Elternteils eingesetzt und die Enkeltochter zur Ersatzerbin bestimmt wurde. Die Testamentsvollstreckung wurde bis zum 30. Lebensjahr der Enkeltochter verlängert, wobei der Testamentsvollstrecker berechtigt sein sollte, mit Zustimmung der Enkeltochter auch über Grundvermögen zu verfügen. Zum Nachlass des Längerlebenden zählten drei Grundstücke. Mit notariellem Vertrag übertrug die Ehefrau des Klägers diese Grundstücke auf den Kläger im Wege „vorweggenommener Erbfolge“. In der Urkunde wurde festgestellt, dass als Testamentsvollstrecker der Notar X bestellt ist, der Kläger in Vollmacht seiner Tochter die Zustimmung zur Grundstücksübertragung

erklärt und der Testamentsvollstrecker seine Zustimmung in einer gesonderten Urkunde nachreichen wird. Die Zustimmung wurde an die Vereinbarung bestimmter Erwerbsrechte zugunsten der Tochter des Klägers geknüpft. Der Kläger wurde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Da die Ehefrau des Klägers für Steuerschulden einer GmbH haftete, erließ das beklagte Finanzamt gegenüber dem Kläger einen (ersten) Duldungsbescheid, wobei es den Übertragungsvertrag als Schenkungsvertrag ansah, der nach dem Anfechtungsgesetz (AnfG) angefochten werde. Hiergegen legte der Kläger Einspruch ein und begründete diesen in einem Satz mit den Besonderheiten des Übertragungsvertrages.

Das Finanzamt hob daraufhin den Duldungsbescheid ohne Begründung ersatzlos auf. Aus einem Aktenvermerk ergab sich später, dass das Finanzamt die Ehefrau des Klägers nur als Vorerbin angesehen hatte und die Aufhebung aus diesem Grund erfolgt war. Nachdem das Finanzamt vom Nachlassgericht das Testament nebst Testamentsänderung angefordert hatte, erkannte es seinen Irrtum und gelangte zu dem Ergebnis, dass gegen den Kläger ein neuer Duldungsbescheid ergehen könne.

Der Kläger veräußerte sodann zwei der drei Nachlassgrundstücke.

In der Folge erließ das Finanzamt gegen den Kläger einen (zweiten) Duldungsbescheid wegen Einkommensteuer, welche seine Ehefrau nach bestandskräftiger Festsetzung zu zahlen hatte. Auf seinen Einspruch wurde der Kläger nur noch verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das nicht veräußerte Grundstück zu dulden.

In der mündlichen Verhandlung brachte der Kläger erstmals vor, das streitige Grundstück sei ihm von seiner Ehefrau entgeltlich übertragen worden. Deshalb sei § 4 AnfG nicht anwendbar. Der Kläger habe nämlich für seine Ehefrau den landwirtschaftlichen Betrieb seiner Schwiegereltern seit 1976 bewirtschaftet. Hierfür habe diese ihm die Übertragung der drei Grundstücke zugesagt, wenn der Erbfall (Tod der Schwiegereltern) eingetreten sei. Diese Tatsache könne durch Zeugenaussagen bewiesen werden. Eine Rechtspflicht seiner Ehefrau, auf dem Hof der Eltern Dienst-

leistungen zu übernehmen, konnte er nicht angeben. Er habe sich gegenüber seiner Ehefrau „moralisch“ verpflichtet gefühlt, Dienstleistungen für diese auf dem Hof zu erbringen und den Hof schließlich zu pachten.

Das Finanzgericht hielt die Klage für unbegründet, das Finanzamt habe den angefochtenen Duldungsbescheid zu Recht erlassen. Eine Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 4 AnfG sei vorliegend zu bejahen.

Dass die Tochter des Klägers mit Testamentsänderung seiner Schwiegereltern als Ersatzerbin eingesetzt und Testamentsvollstreckung angeordnet worden war, stehe einer Gläubigerbenachteiligung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Da der Ersatzerbfall nicht eintrat, hätten der Tochter des Klägers keinerlei Rechte im Hinblick auf das streitige Grundstück zugestanden. Dies folge aus der Legaldefinition des Ersatzerben in § 2096 BGB, wonach ein Erblasser für den Fall, dass ein Erbe vor oder nach Eintritt des Erbfalls wegfällt, einen anderen als Erben einsetzen kann (nämlich den „Ersatzerben“). Der für den Eintritt des Ersatzerbfalls erforderliche Wegfall des zunächst berufenen Erben könne hierbei nur auf einem Umstand beruhen, der dazu führt, dass der zunächst Berufene zu keinem Zeitpunkt Erbe war. Beispielhaft sei hier der Tod des zunächst eingesetzten Erben vor dem Erbfall, ein Erbverzicht, eine Ausschlagung durch den zunächst berufenen Erben oder auch eine Erbnunwürdigkeitserklärung desselben i.S.d. § 2344 BGB zu nennen. Solche Umstände wirken auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurück und schließen den zunächst berufenen Erben von Anfang an schon mit dem Erbfall aus.

Bei der Abgrenzung, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung vorliegt, sei grundsätzlich auf die Leistungsbeziehungen zwischen dem zuwendenden Schuldner und dem Empfänger der Zuwendung abzustellen. Hierbei sei es für die Annahme einer Entgeltlichkeit einer Leistung entscheidend, ob eine Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. § 4 AnfG verfolge den Zweck, die Gläubiger entgeltlich begründeter Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners zu schützen. Das Interesse des durch eine unentgeltliche Verfügung Begünstigten, das Empfangene zu behalten, solle dem Recht des Gläubigers auf Befriedigung seiner vollstreckbaren Forderung weichen. Der Begriff „unentgeltlich“ sei deshalb weit auszulegen. Wenn – wie vorliegend – der Empfänger der Leistung (der Kläger) mit Einwilligung des Zuwendenden (der Ehefrau) die Gegenleistung für die Grundstücksübertragung an einen Dritten (die Schwiegereltern) erbracht haben soll, so müsse sich dies gleichwohl in einer Vermögensmehrung bei der übertragenden Ehefrau ausgewirkt haben (z.B. durch Tilgung einer Schuld der Ehefrau).

Es sei deshalb zumindest Voraussetzung der vom Kläger behaupteten Entgeltlichkeit, dass die Ehefrau gegenüber ihren Eltern eine Rechtspflicht zur Bewirtschaftung des Hofes traf, von der sie durch die Leistung des Klägers unter Vermehrung ihres Vermögens hätte befreit werden können. Eine solche sei nicht ersichtlich. Es reiche nicht jedes beliebige (hier: moralische, familiäre) Interesse an einer Gegenleistung aus, um deren Werthaltigkeit i.S.d. § 4 AnfG zu begründen. Vielmehr müsse der Schuldner aus der maßgeblichen Sicht der Gläubiger im Austausch gegen das Weggegebene etwas erhalten haben, das die Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger gleichwertig erhält.

Schließlich sei der angefochtene Bescheid auch nicht in Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben rechtswidrig. Das Finanzamt sei grundsätzlich befugt, einen Duldungsbescheid, den es wegen (irrtümlich angenommener) Fehlerhaftigkeit im

Einspruchsverfahren aufgehoben hat, durch einen weiteren Duldungsbescheid zu ersetzen. Dies gebiete schon der gesetzliche Auftrag der Behörde, im Allgemeininteresse die Erhebung geschuldeter Steuerbeträge sicherzustellen. Auch wenn bei der behördeninternen Bildung einer Rechtsauffassung vorübergehend unterschiedliche Ansichten vertreten werden, zeuge dies allenfalls von einer angemessenen nachhaltigen Bearbeitung des im vorliegenden Fall weder tatsächlich noch rechtlich einfach gelagerten Streitstoffes.

Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben könne der Erlass eines weiteren Duldungsbescheides zwar ausgeschlossen sein, wenn das Finanzamt dem Betroffenen verbindlich zu verstehen gegeben hat, es werde künftig vom Erlass solcher Bescheide absehen. Dies könne im Einzelfall auch angenommen werden, wenn das Finanzamt einen Duldungsbescheid ersatzlos aufhebt, ohne hierfür konkrete Gründe anzugeben. Vorliegend habe der Kläger jedoch nicht darauf vertrauen können, dass das Finanzamt von einer Vollstreckung in das Grundstück auch wegen anderer Steuerschulden der Ehefrau für immer absehen werde. Im Übrigen hätte der Kläger im Rahmen des von ihm behaupteten Vertrauens Dispositionen tätigen müssen, die sich nicht mehr hätten rückgängig machen lassen oder deren Rückgängigmachung unzumutbar gewesen wäre, so das Finanzgericht. Solche seien vorliegend nicht ersichtlich.

C. Kontext der Entscheidung

Das Gericht geht zutreffend davon aus, dass ein „Wegfall“ eines Erben i.S.v. § 2096 BGB nur vorliegt, wenn der Wegfall vor dem Erbfall eintritt oder zwar nach dem Erbfall eintritt, aber auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückwirkt. Dies entspricht allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur (vgl. Schlichting in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2004, § 2094 Rn. 3 m.w.N.).

Der Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung entspricht auch die Rechtsansicht des Gerichts, wonach eine unentgeltliche Leistung im Zusammenhang mit einer Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung voraussetzt, dass dem Verfügenden oder einem Dritten ein entsprechender Gegenwert zufließen soll (de Bra in: Braun, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2007, § 134 Rn. 9 ff. m.w.N.).

D. Auswirkungen für die Praxis

Vorliegend hielt das Finanzgericht dem Kläger vor, durch das Unterlassen der Einsicht in die Testamente eine in etwa gleichschwere Pflichtverletzung wie das Finanzamt begangen zu haben, so dass für die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben auch unter diesem Gesichtspunkt kein Raum sei. Hätte der Kläger im vorliegenden Fall, vertreten durch seinen Bevollmächtigten, Einsicht in die Testamente genommen, wäre die Anordnung der Ersatzerbschaft und damit die sich hieraus ergebende Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Duldungsbescheides offenbart worden, so das Finanzgericht. Die Entscheidung zeigt daher, dass sich ein Berater, dessen Kenntnisse sich der Steuerpflichtige zurechnen lassen muss, bei dem Verfassen, z.B. einer Einspruchsbegründung, nicht auf Verfügungen von Todes wegen beziehen sollte, ohne diese auch eingesehen zu haben.

Fundstelle: jurisPR-FamR 10/2009 Anm. 5
Erstveröffentlichung: 19.05.2009

Scheinsozietät – ein nicht zu unterschätzendes Risiko in der Anwaltschaft

Marion Mahlstedt | Hannover
HDI Gerling

Rechtsanwälte gehen immer stärker dazu über, durch eine möglichst hohe Anzahl von Berufsträgern auf dem Briefkopf, die Nennung zusätzlicher Standorte oder die Kenntlichmachung einer interprofessionellen Zusammenarbeit, eine besondere Außenwirkung zu erzielen, um hierdurch Marktvorteile zu erlangen.

Da insbesondere bei kleineren Kanzleien die Notwendigkeit und auch die Bereitschaft zu einem echten Zusammenschluss mit allen Konsequenzen nur sehr bedingt vorhanden ist, treten zunehmend Sozietäten auf den Markt, die im Innenverhältnis betrachtet, allenfalls Kooperationen darstellen. Hier handelt es sich also um sog. Außen- oder Scheinsozietäten.

Erscheinungsformen

Eine Scheinsozietät liegt vor, wenn Angehörige sozietätsfähiger Berufe durch eine gemeinsame Kundmachung den Anschein einer Sozietät erwecken, ohne dass dieser Zusammenarbeit die gesellschaftsvertraglichen Regelungen einer Sozietät zugrunde liegen. Allein durch die gemeinsame Kundmachung (beispielsweise auf Briefbogen, Stempel, Kanzleischild, Internetauftritt) wird der Rechtsschein der vertraglichen Vereinbarung einer Sozietät mit der Folge der

gesamtschuldnerischen Haftung ersetzt.

Beispiele für Scheinsozietäten

1. Der angestellte Steuerberater oder freie Mitarbeiter wird in den Briefkopf aufgenommen, ohne seinen tatsächlichen Status deutlich zu machen. Dies erweckt den Anschein des Sozistenstatus.
2. Steuerberater A und B arbeiten in Bürogemeinschaft. Das Praxisschild lautet „A&B Steuerberater und Rechtsanwälte“. Es liegt kein Sozietätsvertrag zugrunde, sondern lediglich eine Vereinbarung über die Teilung der gemeinsamen Bürokosten.

Die Haftung der Außensozien

Zivilrechtlich wird die Scheinsozietät in aller Regel gegenüber den Mandanten verpflichtet, dass alle – z. B. auf dem Briefkopf – auftretenden Berufsträger gesamtschuldnerisch haften. Die gesamtschuldnerische Haftung geschieht ohne Rücksicht auf das tatsächlich bestehende Innenverhältnis der Sozien.

Leitsatz:

Die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Rechtsscheinhaftung bei Scheinsozietäten gelten auch dann, wenn auf dem gemeinsamen Briefkopf der Zusatz „In Kanzleigemein-

schaft“ angebracht ist.

(OLG Köln Urt. v. 17.12.2002 – 22 U 168/02)

Versicherungsschutz

Der Versicherungsschutz als Versicherungsnehmer setzt grundsätzlich freie Berufsausübung voraus. Dementsprechend werden Angestellte oder als freie Mitarbeiter tätige Berufsträger in den Versicherungsschutz der Sozietät als versichert mit einbezogen – sind aber keinesfalls Versicherungsnehmer.

Werden diese Angestellten oder freien Mitarbeiter aber nach außen als Sozien geführt (Briefkopf, Kanzleischild etc.), dann haften sie auch wie „echte“ Sozien. Hierdurch kann im Schadenfall eine gravierende Unterdeckung auftreten, da der Scheinsozietät nicht den Versicherungsschutz eines Sozietäten vorweisen kann. Die zur Verfügung stehende Deckungssumme für den einzelnen Schadenfall wäre entsprechend reduziert. Bei Schadenfällen mit hohen Schadensersatzforderungen kann dies zu erheblichen finanziellen Folgen für alle Sozien führen.

Weitere Informationen:

HDI-Gerling Generalagentur
Klaus Lambert
Theodor-Körner-Str. 7
66125 Saarbrücken
Tel.06897/768020
Mail: klaus.lambert@hdi-gerling.de

Keine Anfechtung der Anordnung eines Auslagenvorschusses im selbstständigen Beweisverfahren

Anmerkung zu: BGH 8. Zivilsenat, Beschluss vom 03.03.2009 - VIII ZB 56/08

Autor: Dr. Herbert Geisler, RA BGH

Gegen die gerichtliche Anforderung eines Kostenvorschusses ist auch im selbstständigen Beweisverfahren kein Rechtsmittel gegeben.

Die Anordnung des Gerichts im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens zur Einzahlung eines Auslagenvorschusses ist erst im Hauptsacheverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfbar.

A. Problemstellung

Ebenso wie im Hauptverfahren müssen auch im selbstständigen Beweisverfahren Gebühren und Auslagen des Gerichts durch Vorschüsse des Antragstellers nach den §§ 12, 17 GKG abgedeckt werden. Ein Kostenausgleich unter den Parteien findet grundsätzlich erst im Hauptverfahren statt (§ 91 ZPO). Kommt es zu keinem Hauptverfahren, sind dem Antragsteller nach abgelaufener Frist zur Einreichung der Hauptsacheklage (§ 494a Abs. 1 ZPO) die dem Gegner entstandenen Kosten aufzuerlegen (§ 494a Abs. 2 ZPO). Ist der Antragsteller vermögenslos, bleibt der Antragsgegner auf den unrechtmäßig angeforderten Kosten „sitzen“. Deshalb ist es für ihn von erheblicher Bedeutung, ob und in welcher Höhe er den Vorschuss an das Gericht zu zahlen hat und er sich diese Auslagen im Rahmen eines Kostenerstattungsanspruchs vom Gegner wiederbeschaffen muss. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die fehlerhafte Anordnung eines Vorschusses angefochten werden kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Nach Erstellung eines Sachverständigengutachtens im selbstständigen Beweisverfahren beantragten die Antragsgegner die Ergänzung des Gutachtens, Durchführung weiterer Erhebungen sowie die mündliche Erläuterung. Nach Anordnung eines Ortstermins und Anforderung eines Vorschusses i.H.v. 600 € hat das Amtsgericht den Antragsgegnern durch Beschluss aufgegeben, einen weiteren Kostenvorschuss i.H.v. 1.900 € einzuzahlen, nachdem der Sachverständige seine voraussichtlichen Kosten mit 2.500 € angegeben hatte. Die Antragsgegner legten gegen den Beschluss des Amtsgerichts sofortige Beschwerde ein mit dem Ziel, der Antragstellerin die Einzahlung des Kostenvorschusses i.H.v. 1.900 € aufzugeben. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde der Antragsgegner als unzulässig verworfen. Der BGH hat die zugelassene Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH hat die in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung streitige Frage, ob die Anforderung eines Auslagenvorschusses im selbstständigen Beweisverfahren mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist, verneint. Gegen die Anforderung eines Auslagenvorschusses im selbstständigen Beweisverfahren gemäß § 379 Satz 2 ZPO sei – ebenso wie im Erkenntnisverfahren – eine sofortige Beschwerde weder im Gesetz ausdrücklich bestimmt (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) noch sei durch die angegriffene Entscheidung ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Einer Zulassung der sofortigen Beschwerde über die von § 567 ZPO erfassten Fälle hinaus stehe der Grund-

satz der Rechtsmittelklarheit entgegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 - 1 PBvU 1/02 - BVerfGE 107, 395).

Es sei kein Grund vorhanden, die Beweismöglichkeiten im selbstständigen Beweisverfahren abweichend zum Erkenntnisverfahren zu regeln und den Antragsgegnern ein Rechtsmittel an die Hand zu geben, welches ihnen bei einer Beweiserhebung in der Hauptsache nicht zur Verfügung stünde. Dies sei auch hinnehmbar, da die Entscheidung zur Anforderung eines weiteren Kostenvorschusses nicht jeglicher Überprüfung entzogen sei. Vielmehr seien Verfahrensfehler hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren im Hauptsacheverfahren vom Prozessgericht auf Beweiseinrede zu berücksichtigen. Auch wenn im Anschluss an das selbstständige Beweisverfahren kein Hauptsacheverfahren stattfindet, sei die Zulassung einer sofortigen Beschwerde gegen die Anforderung eines Kostenvorschusses nicht geboten, weil Art. 19 Abs. 4 GG keinen Instanzenzug garantiere. Auch aus § 67 Abs. 1 Satz 1 GKG lasse sich kein Rechtsmittel herleiten, denn die Anforderung eines Auslagenvorschusses für die Beweiserhebung stütze sich nicht auf das Gerichtskostengesetz, sondern sei abschließend in § 492 Abs. 1, §§ 402, 379 ZPO geregelt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Da die Anforderung eines Auslagenvorschusses nicht anfechtbar ist, hat die betroffene Partei keine andere Möglichkeit als der Beschlussauflage nachzukommen. Verfahrensfehler im selbstständigen Beweisverfahren sind erst vom Prozessgericht bei der Benutzung des Gutachtens durch eine der Parteien im Hauptsacheverfahren zu berücksichtigen. Sie können eine Fortsetzung oder eine Wiederholung der Beweisaufnahme gebieten. Die Auffassung des BGH ist formaljuristisch zwar zutreffend, vermeidet eine Verzögerung des selbstständigen Beweisverfahrens, verlagert aber die Überprüfung von Verfahrensfehlern in das Hauptsacheverfahren. Die Beweissicherung war dann unnötig und führt möglicherweise zu einem Verlust des Beweismittels oder der Erschwerung seiner Benutzung. Um einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung vorzubeugen, ist den Beteiligten anzuraten, bereits bei der Antragstellung oder im Laufe des Beweisverfahrens zur Frage der Beweislast und der Kostenvorschusspflicht Stellung zu nehmen. Eine unzutreffende Entscheidung sollte zumindest im Wege einer Gegenvorstellung gerügt werden (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.06.2004 - 4 W 34/04). Ist die Nichtverwertbarkeit der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren zu befürchten, verbleibt noch die jederzeitige Möglichkeit, vor Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens ins Klageverfahren überzugehen.

Fundstelle: jurisPR-BGHZivilR 10/2009 Anm. 3
Erstveröffentlichung: 15.05.2009

Freiberufliche Einkünfte einer Mitunternehmerschaft

Anmerkung zu: BFH 8. Senat, Urteil vom 28.10.2008 - VIII R 69/06

Autor: Dieter Steinhilber, RiBFH a.D.

1. Ist an einer Personengesellschaft (Untergesellschaft) eine andere Personengesellschaft (Obergesellschaft) beteiligt, dann entfaltet die Untergesellschaft nur dann eine freiberufliche Tätigkeit, wenn neben den unmittelbar beteiligten Gesellschaftern auch sämtliche mittelbar beteiligten Gesellschafter der Obergesellschaft die Merkmale eines freien Berufs erfüllen.
2. Eine sogenannte interprofessionelle Freiberufler-Personengesellschaft zwischen einem Diplom-Kaufmann und Ingenieuren ist nur dann anzuerkennen, wenn auch der Kaufmann-Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufs in eigener Person erfüllt. Der Kaufmann-Gesellschafter ist aber weder als beratender Betriebswirt noch sonst freiberuflich tätig, wenn er lediglich kaufmännische Leitungsaufgaben und sonstige Managementaufgaben innerhalb des Unternehmens, an dem er beteiligt ist, wahrnimmt und die Ingenieur-Gesellschafter insoweit von diesen Aufgaben entlastet.
3. Gilt wegen der Beteiligung eines Berufsfremden an einer im Übrigen aus Freiberuflern bestehenden Personengesellschaft diese Gesellschaft gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG als Gewerbebetrieb, ist der relativ geringe Beteiligungsumfang des Berufsfremden (hier: 3,35%) kein Grund, von dieser Rechtsfolge im Wege einschränkender Auslegung abzusehen.

A. Problemstellung

Der BFH nimmt erstmals zu der Rechtsfrage Stellung, unter welchen Voraussetzungen eine doppelstöckige Personengesellschaft freiberufliche Einkünfte erzielt. Entsprechend der besonderen Eigenart des Einkünftebestands in § 18 EStG erzielt die Untergesellschaft nur dann freiberufliche Einkünfte, wenn nicht nur die an ihr unmittelbar beteiligten Gesellschafter, sondern auch die über die Obergesellschaft mittelbar beteiligten Gesellschafter insgesamt die Merkmale eines Freien Berufes erfüllen. Des Weiteren stellt der BFH klar, dass bei so genannten interprofessionellen Freiberufler-Personengesellschaften zwar die kaufmännischen und organisatorischen Aufgaben einem Gesellschafter übertragen werden dürfen, es jedoch unerlässlich ist, dass auch dieser Gesellschafter mindestens in geringfügigem Umfang freiberuflich tätig ist.

Schließlich grenzt der BFH den im Streitfall gegebenen Sachverhalt, bei dem jeder unmittelbar und jeder nur mittelbar beteiligte Gesellschafter auch bei einer nur geringfügigen Beteiligung zumindest in geringfügigem Umfang freiberuflich in der Untergesellschaft tätig sein muss, von den in der Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gebilligten Ausnahmen ab, dass die Abfärbewirkung zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei nur sehr geringfügigen gewerblichen Einkünften eines Gesellschafters nicht eingreifen soll.

In mehreren nicht amtlich veröffentlichten Entscheidungen vom gleichen Tage zu den Az. VIII R 70, 71 und 72/06, hat der BFH zu den bislang ebenfalls noch nicht eindeutig geklärten und verfahrensrechtlichen Rechtsfragen bei der Auslegung und Anwendung des § 48 FGO Stellung genommen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Klägerin ist die X GmbH und Co. KG als erst während des Revisionsverfahrens gegründete Rechtsnachfolgerin der im Streitjahr 1998 bestehenden E GbR mbH, die ein Ingenieurbüro betrieb. An mehreren anderen Standorten in der Bundesrepublik Deutschland unterhielten rechtlich selbstständige Schwestergesellschaften ebenfalls Ingenieurbüros. Über diesen so genannten Standortgesellschaften, die zum Teil als Personen-, zum Teil als Kapitalgesellschaften organisiert waren, war die Holding A und Partner als Konzernspitze angesiedelt (dazu die Urteile vom gleichen Tage zu VIII R 73-75/06). Die Holding ist eine im Partnerschaftsregister eingetragene Partnerschaftsgesellschaft, die in den Streitjahren 1998 bis 2002 mehrheitlich an den 8 Standortgesellschaften beteiligt war. Ihre Beteiligung an der E GbR betrug im Streitjahr 1998 67 v.H.

Zwischen der Partnerschaftsgesellschaft und den Standortgesellschaften besteht eine Dienstleistungsvereinbarung, die die Leistungsbeziehungen zwischen der Holding und den verschiedenen operativen Standortgesellschaften regelt. Danach übernimmt die Holding ohne besonderen Auftrag fortlaufend bestimmte, im Einzelnen aufgelistete Leistungen für die Gesellschaften gegen Kostenerstattung im Wege einer Umlage.

An der E GbR waren neben der Partnerschaftsgesellschaft sieben natürliche Personen als Gesellschafter beteiligt. Fünf von ihnen waren Ingenieure, einer war unstrittig ingenieurähnlich tätig. Der mit 2 v.H. beteiligte Gesellschafter B war Diplom-Volkswirt. Als einer der geschäftsführenden Gesellschafter war er zugleich Fachgruppenleiter für kaufmännische Verwaltung und Controlling. Vor der Neustrukturierung der Unternehmensgruppe war er als Angestellter bereits kaufmännischer Leiter. Gesellschafter der Partnerschaftsgesellschaft waren insgesamt sechs natürliche Personen. Fünf von ihnen waren Ingenieure, der sechste war der mit 5 v.H. beteiligte Gesellschafter und Diplom-Kaufmann S (im Einzelnen Besprechung zu VIII R 73/06). Die Ingenieur-Gesellschafter waren sowohl auf der Ebene der Partnerschaft tätig als auch bei den operativ tätigen Standortgesellschaften, wo sie diesen Gesellschaften erteilte Planungsaufträge bearbeiteten. S war kaufmännischer Leiter der Holding und wurde zudem auf der Grundlage der Dienstleistungsvereinbarung für diese tätig. Er war an der Klägerin nicht unmittelbar beteiligt und wurde für diese auch nicht gegenüber Dritten tätig.

Das Finanzamt vertrat die Auffassung, die E GbR sei gewerblich tätig gewesen, weil B nur im Innenverhältnis für die E GbR und die Standortgesellschaften eingesetzt gewesen sei, mithin nicht freiberuflich nach außen hin beratend in Erscheinung getreten sei. Das Finanzgericht folgte im Wesentlichen der rechtlichen Beurteilung des Finanzamts, sah aber die Beteiligung der Partnerschaftsgesellschaft an der E GbR als unschädlich an, weil es für die Frage, ob die Partnerschaftsgesellschaft als Obergesellschaft im Rahmen der E GbR als Untergesellschaft freiberuflich tätig sei, nur auf diejenige Obergesellschaft ankomme, die in der Untergesellschaft auch tatsächlich tätig geworden sei (FG Nürnberg, Urt. v. 22.02.2006 - V 279/2004). Der BFH hat das Urteil des FG nach § 126 Abs. 4 FGO nur im Ergebnis bestätigt. Er führte aus:

Eine Personengesellschaft entfalte nur dann eine Tätigkeit, die die Ausübung eines freien Berufs i.S.v. § 18 EStG darstelle, wenn sämtliche Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufs erfüllten. Denn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Freiberuflichkeit können nicht von der Personengesellschaft selbst, sondern nur von natürlichen Personen erfüllt werden. Jeder Gesellschafter müsse die Hauptmerkmale des freien Berufs in eigener

Person positiv erfüllen. Er müsse über die persönliche Berufsqualifikation verfügen und eine freiberufliche Tätigkeit, zu deren Ausübung er persönlich qualifiziert sei, auch tatsächlich entfalten. Bei Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte müsse er aufgrund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig sein, § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG. Die freiberufliche Tätigkeit müsse durch die unmittelbare persönliche und individuelle Arbeitsleistung des Berufsträgers geprägt sein. Die bloße Zugehörigkeit zu einer der in § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG genannten Berufsgruppen reiche nicht aus.

Allerdings setze die persönliche Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit nicht voraus, dass jeder Gesellschafter in allen Unternehmensbereichen leitend tätig sei und an jedem Auftrag mitarbeite. Grundsätzlich reiche auch „Teamarbeit“ oder Mitarbeit aus. Allerdings bleibe es auch dann notwendig, dass sich jeder Gesellschafter kraft seiner persönlichen Berufsqualifikation an der „Teamarbeit“ beteilige. Die Gesellschafter müssten an der Bearbeitung der erteilten Aufträge mindestens in der Weise mitwirken, dass die Berufsträger die damit verbundenen Aufgaben untereinander aufteilen und jeder den ihm zugewiesenen Aufgabenbereich aufgrund seiner Sachkenntnis eigenverantwortlich leite. Ein Gesellschafter sei u.a. „berufsfremd“, wenn er trotz Zugehörigkeit zu einer der in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG genannten Berufsgruppen den freien Beruf nicht tatsächlich selbst ausübe. Deshalb sei Inaktivität in dem Sinne, dass qualifizierte (Mit-)Arbeit tatsächlich nicht stattfindet, sowohl bei Einzelunternehmerischer als auch bei Mitunternehmerischer Marktteilnahme schädlich. Diesen Voraussetzungen, dass nämlich freie Berufstätigkeit durch die persönliche, qualifizierte Arbeitsleistung des Berufsträgers geprägt sein müsse, sei auch Rechnung zu tragen, wenn sich eine Personengesellschaft (Obergesellschaft) an einer anderen Personengesellschaft (Untergesellschaft) beteilige. Deshalb müssten sowohl sämtliche Gesellschafter-Mitunternehmer der Untergesellschaft als auch – da die Obergesellschaft selbst diese Merkmale ebenso wenig erfüllen könne – sämtliche mittelbar an der Untergesellschaft beteiligten Gesellschafter der Obergesellschaft die Merkmale des freien Berufs erfüllen. Freiberufliche Einkünfte könnten nicht allein durch das Halten einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung, sondern immer nur dadurch erzielt werden, dass der Steuerpflichtige durch eigene Tätigkeit die Merkmale des freien Berufes in seiner Person erfülle. Deshalb müssten sämtliche Obergesellschaftler zumindest in geringfügigem Umfang in der Untergesellschaft leitend und eigenverantwortlich mitarbeiten.

Empfänger freiberuflicher Leistungen könnten auch konzernangehörige Schwergesellschaften sein, sofern die Leistungen an den Auftraggeber fremdüblich vergütet würden.

Das Finanzgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, die Tätigkeit der Partnerschaftsgesellschaft (Obergesellschaft) und ihrer Gesellschafter sei im Streitfall ohne Einfluss auf die Qualifikation der Einkünfte der E GbR (Untergesellschaft). Im Streitfall sei S als berufsfremde Person anzusehen, weshalb die E GbR insgesamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt habe. Es könne dahinstehen, ob auch der unmittelbar beteiligte Gesellschafter B die Kriterien einer freien Berufstätigkeit erfüllt habe. S sei nicht Ingenieur, sondern Diplom-Kaufmann. Er sei indes nicht als beratender Betriebswirt tätig geworden. Vielmehr hätten sich seine beruflichen Aktivitäten auf die Erledigung kaufmännischer Aufgaben beschränkt. Überdies spreche einiges dafür, dass einige Ingenieur-Obergesellschaftler als Geschäftsführer von Standortkapitalgesellschaften nicht zugleich im Ingenieurbüro der E GbR mitgearbeitet hätten. In diesem Fall wären sie selbst nicht eigenverantwortlich und leitend freiberuflich, sondern nur als weisungsabhängige Angestellte der Ingenieurkapitalgesellschaften tätig gewesen und damit zusätzlich neben S als berufsfremde Personen anzusehen, die aus ihrer mittelbaren Beteiligung an

der E GbR ebenfalls keine freiberuflichen Einkünfte hätten beziehen können. Da jedenfalls S keinen freien Beruf ausgeübt habe, gälte nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG die gesamte, mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit der Personengesellschaft als Gewerbebetrieb. Die mit 3,35 v.H. recht geringe mittelbare Beteiligung des S an der E GbR führe schließlich auch nicht dazu, § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG wegen „äußerster Geringfügigkeit“ der gewerblichen Betätigung nicht anzuwenden. Die § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG einschränkende Auslegung dieser Vorschrift durch die Rechtsprechung in Fällen, in denen neben freiberuflichen in quantifizierbarer Weise auch gewerbliche Tätigkeiten, z.B. Warenverkäufe, entfaltet würden, sei im Streitfall nicht einschlägig. Denn hier gehe es um die Frage, ob die Tätigkeit der Personengesellschaft als solche abweichend vom Grundtatbestand des § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG angesichts der Beteiligung eines Berufsfremden und seiner tätigen Mitwirkung innerhalb der Gesellschaft noch als freiberuflich qualifiziert werden könne.

C. Kontext der Entscheidung

Der BFH hatte erstmals Veranlassung, die Voraussetzungen für die Anerkennung einer doppelstöckigen Freiberufler-Personengesellschaft zu klären. Er stellt klar, dass die Notwendigkeit, dass die freie Berufstätigkeit durch die persönliche, qualifizierte Arbeitsleistung des Berufsträgers geprägt wird, in gleicher Weise bestehe, wenn sich eine Personengesellschaft (Obergesellschaft) an einer anderen Personengesellschaft (Untergesellschaft) beteiligt. Auch wenn die Obergesellschaft die Merkmale des freien Berufes ebenso wenig wie die Untergesellschaft selbst erfüllen kann, wird deshalb die Möglichkeit einer Beteiligung keineswegs ausgeschlossen und ebenso wenig, dass auch auf der Ebene der Untergesellschaft eine freiberufliche Tätigkeit trotz Beteiligung der Obergesellschaft entfaltet wird. Der Gesetzgeber ist, wie sich aus der Verweisung in § 18 Abs. 4 EStG auch auf die Regelung zur doppelstöckigen gewerblichen Personengesellschaft in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG ergibt, erkennbar davon ausgegangen, dass es auch im Rahmen des § 18 EStG zu mittelbaren Beteiligungen von Angehörigen eines freien Berufes kommen kann, (vgl. Brandt in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 18 EStG Anm. 464). Indes setzt die Erzielung freiberuflicher Einkünfte durch die Untergesellschaft dann zwingend voraus, dass sämtliche Gesellschafter-Mitunternehmer sowohl der Unter- als auch der Obergesellschaft mindestens in geringem Umfang im Rahmen der Untergesellschaft freiberuflich, also leitend und eigenverantwortlich, tätig werden (Korn, Freiberuflerpersonengesellschaften und -kapitalgesellschaften, Rn. 35).

Zu den in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für die Anerkennung einer freiberuflichen Personengesellschaft kann auf die Besprechung des BFH-Urteils vom 28.10.2008 (VIII R 73/06 - BFH/NV 2009, 657) Bezug genommen werden (Steinhauff, jurisPR-SteuerR 17/2009 Anm. 2).

Der BFH sieht es als unerheblich an, ob man, sofern ein Obergesellschaftler nach diesen Maßstäben berufsfremd ist, weil er tatsächlich keine freiberufliche Tätigkeit ausgeübt hat, auf die dann gewerblich tätige Obergesellschaft als solche oder auf die mittelbar beteiligten Obergesellschaftler als mittelbare Mitunternehmer der Untergesellschaft abstellt. Jedenfalls vermittelt die berufsfremde Tätigkeit des Obergesellschaftlers der Untergesellschaft ein schädliches Element der Nichtfreiberuflichkeit (im Ergebnis ebenso Wacker in: Schmidt, EStG, 27. Aufl., § 18 Rn. 43, zur Unterbeteiligung an einem freiberuflichen Mitunternehmeranteil; Güroff in: Littmann/Bitz/Pust, § 18 EStG Rn. 282; ferner Korn, Freiberuflerpersonengesellschaften und -kapitalgesellschaften, Rn. 34).

Der BFH weist, wie bereits im Urteil vom 08.04.2008 (VIII R 73/05

- BStBl II 2008, 681), darauf hin, dass er mit seiner rechtlichen Beurteilung der doppelstöckigen Freiberufler-Personengesellschaft ebenfalls nicht von der Rechtsprechung des Großen Senats des BFH (Beschl. v. 25.06.1984 - GrS 4/82 - BStBl II 1984, 751; BFH, Beschl. v. 11.04.2005 - GrS 2/02 - BStBl II 2005, 679, zur Zebragesellschaft) abweicht. Die Regel, dass die Verhältnisse der Gesellschafter keinen Einfluss auf die Qualifikation der Einkünfte der Gesellschaft ausüben, muss dann – neben weiteren Ausnahmen – eine wesentliche Durchbrechung erfahren, wenn persönliche Eigenschaften, die nur natürliche Personen besitzen können, zu den Merkmalen des gesetzlichen Tatbestandes gehören, wie dies in § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG der Fall ist (BFH, Urte. v. 11.06.1985 - VIII R 254/80 - BStBl II 1985, 584; BFH, Urte. v. 08.04.2008 - VIII R 73/05 - BStBl II 2008, 681). Auch die Gesellschafter einer Oberpersonengesellschaft können nur durch ihre persönliche, qualifizierte Arbeitsleistung, nicht indes allein durch das Halten einer mittelbaren Beteiligung an einer anderen Freiberufler-Personengesellschaft, freiberufliche Einkünfte erzielen. Die Gesellschafter der Untergesellschaft können umgekehrt keine freiberuflichen Einkünfte erzielen, wenn Berufsfremde un mittelbaren oder über eine mitunternehmerisch beteiligte Obergesellschaft mittelbaren Einfluss auf die Tätigkeit der Untergesellschaft nehmen (können). Der BFH lässt offen, ob die von ihm festgestellten Anforderungen auch zusätzlich durch die bei Freiberufler-Personengesellschaften entsprechend anwendbare Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG gerechtfertigt werden. Der BFH (Urte. v. 06.09.2000 - IV R 69/99 - BStBl II 2001, 731; BFH, Beschl. v. 31.08.1999 - VIII B 74/99 - BStBl II 1999, 794) hat nämlich den Anwendungsbereich dieser Regelung auf den Sonderbereich der Gesellschafter beschränkt.

D. Auswirkungen für die Praxis

1. Der BFH wendet konsequent die für die „normale“ Freiberufler-Personengesellschaft (vgl. zuletzt das zur Konzernspitze (Holding) ergangene Urteil vom 28.10.2008 - VIII R 73/06 - BFH/NV 2009, 657; hierzu Steinhauff, jurisPR-SteuerR 17/2009 Anm. 2) entwickelten Maßstäbe auch auf die doppelstöckige Freiberufler-Personengesellschaft an. Würde insoweit für die nur mittelbar beteiligten Gesellschafter der Obergesellschaft anderes zugelassen, dürften diese also auch gewerblich tätig sein, so hätten sich weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten ergeben, indem sie die freiberuflichkeitsschädlichen Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich der Abfärberegelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ausgliedern könnten. Einer solchen Lösung steht indes die Eigenart freiberuflicher Einkünfte entgegen, die neben der besonderen persönlichen Berufsqualifikation zusätzlich eine entsprechende persönliche qualifizierte Ausübung, zumindest den geringfügigen Umfang, zwingend verlangt.
2. Der BFH sieht es auch nicht als zulässig an, zwischen den Gesellschaftergruppen der Obergesellschaft danach zu unterscheiden, ob sie konkret in der Untergesellschaft tätig sind. Beide Gesellschaftergruppen haben als mittelbare Mitunternehmer nämlich dieselben Einflussmöglichkeiten in der Untergesellschaft. Auch ein unmittelbar beteiligter Gesellschafter, der nur kapitalistisch beteiligt ist und somit inaktiv bleibt, würde in seiner Person nicht die Merkmale einer freien Berufstätigkeit erfüllen. Seine Untätigkeit wäre schädlich für die Qualifikation der Einkünfte der Untergesellschaft. Nichts anderes kann aber für die mitunternehmerische Beteiligung des mittelbaren, jedoch ebenfalls inaktiv bleibenden Gesellschafters gelten.
3. Das schließt weder interprofessionelle Personengesellschaften aus noch eine in den jeweiligen Personenzusammenschlüssen den konkreten Anforderungen entsprechende Ausgestaltung der Mitwirkung der einzelnen Gesellschafter. Die Rechtsprechung lässt es zu, dass nicht jeder Gesellschafter in allen Unternehmens-

bereichen leitend tätig sein muss und an jedem Auftrag mitarbeitet (BFH, Urte. v. 23.11.2000 - IV R 48/99 - BStBl II 2001, 241). Es genügt, wenn die Gesellschafter an der Bearbeitung der erteilten Aufträge zumindest in der Weise mitwirken, dass die Berufsträger die mit dem übernommenen Auftrag verbundenen Aufgaben untereinander aufteilen und jeder den ihm zugewiesenen Aufgabenbereich aufgrund seiner Sachkenntnis eigenverantwortlich leitet.

4. Überdies können die Aufgaben auch in der Weise aufgeteilt werden, dass ein Gesellschafter nur mit besonders wichtigen und schwierigen, ein anderer nur mit einfachen und weniger bedeutsamen Aufträgen beschäftigt ist (BFH, Urte. v. 04.07.2007 - VIII R 77/05 - BFH/NV 2008, 53, m.w.N.).

5. Entscheidend ist allerdings, dass in keinem Fall, weder bei einer einzelunternehmerischen noch bei einer mitunternehmerischen Marktteilnahme eine Inaktivität in dem Sinne stattfinden darf, dass überhaupt keine, zumindest qualifizierte (Mit-)Arbeit tatsächlich ausgeübt wird.

6. Der BFH setzt sich auch ausdrücklich mit den Argumenten auseinander, dass zumal bei interprofessionellen Freiberufler-Personengesellschaften häufig ein Bedürfnis dafür besteht, dass ein Gesellschafter die organisatorischen und kaufmännischen Aufgaben bei der Abwicklung, etwa von Ingenieuraufträgen, übernimmt oder bei Anwaltskanzleien die anfallenden kaufmännischen Tätigkeiten von einem Diplom-Kaufmann erledigt werden. Indes sieht er für Ausnahmen von dem Grundsatz, dass jeder Gesellschafter die Hauptmerkmale des freien Berufs (persönliche Berufsqualifikation und ein aktives Entfalten dieser Qualifikation am Markt in seiner Person) verwirklichen muss, keinen Raum.

7. Lediglich im Binnenbereich der Gesellschaft unentgeltlich erbrachte Leistungen ebenso wie zum Selbstkostenpreis erbrachte Leistungen gegenüber anderen Schwestergesellschaften sind isoliert betrachtet neutral und führen überdies bereits wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht nicht zu gewerblichen Einkünften (BFH, Urte. v. 18.05.1995 - IV R 31/94 - BStBl II 1995, 718). Die fehlende Steuerbarkeit führt dann dazu, dass insoweit auch keine gewerbliche Abfärbung stattfindet. Stets bleibt jedoch eine mindestens freiberufliche Tätigkeit in geringfügigem Umfang erforderlich.

8. Schließlich grenzt der BFH den Fall einer geringfügigen Beteiligung, bei der gleichwohl eine mindestens in geringem Umfang ausgeübte freiberufliche Tätigkeit unerlässlich ist, von dem Fall ab, bei dem neben freiberuflichen auch nur geringfügige gewerbliche Tätigkeiten entfaltet werden und der BFH aus Verhältnismäßigkeitswägungen den Anwendungsbereich der Abfärberegelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG einschränkt (BFH, Urte. v. 11.08.1999 - XI R 12/98 - BStBl II 2000, 229; BFH, Urte. v. 14.06.2005 - VIII R 3/03 - BStBl II 2005, 778; BFH, Urte. v. 10.06.2008 - VIII R 101/04 - BFH/NV 2008, 1824; BFH, Urte. v. 29.11.2001 - IV R 91/99 - BStBl II 2002, 221; ebenfalls BVerfG, Beschl. v. 15.01.2008 - 1 BvL 2/04 - DB 2008, 1243).

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Verfahrensrechtlich nimmt der BFH in der Besprechungsentscheidung und den nicht amtlich veröffentlichten Entscheidungen vom gleichen Tag zu VIII R 70-72/06 zu einigen interessanten Rechtsfragen Stellung.

1. Im Streitfall ist die Klägerin aufgrund einer übertragenden Umwandlung als Rechtsnachfolgerin befugt, das Verfahren gegen den streitigen Gewerbesteuermessbescheid fortzusetzen (BFH, Urte. v. 17.02.1994 - VIII R 13/94 - BStBl II 1994, 809). Da die ursprüngliche Klägerin durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war, trat gemäß § 246 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 155 FGO keine Unterbrechung des Verfahrens ein (BFH, Urte. v. 25.04.2006 - VIII R 52/04 - BStBl II 2006, 847).

2. In den Revisionsverfahren VIII R 71/06 und VIII R 72/06 war Verfahrensgegenstand die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung für die E GbR. Infolge der Umwandlung auf die X GmbH Co. KG wurde die E GbR vollbeendet (BFH, Urt. v. 28.11.1991 - XI R 40/88 - BStBl II 1992, 741). Mit Vollbeendigung entfällt die in § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO für Fälle der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung eigenständig geregelte Klagebefugnis der Gesellschaft als Prozessstandschafterin. Sie geht auch nicht auf die Gesamtrechtsnachfolgerin über. Vielmehr kann die Gewinnfeststellung nur noch von den früheren Gesellschaftern angefochten werden, § 48 Abs. 1 Nr. 2 FGO. Dies sind die prozessualen Rechtsnachfolger der ursprünglichen Klägerin (BFH, Urt. v. 25.02.2006 - VIII R 52/04 - BStBl II 2006, 847, m.w.N.; BFH, Beschl. v. 24.01.2006 - VIII B 90/05 - BFH/NV 2006, 966, m.w.N.; BFH, Beschl. v. 16.01.1996 - VIII B 128/95 - BStBl II 1996, 426).

3. Schließlich hatte der BFH erstmals zu klären, in welche Verfahrensstellung die ausgeschiedenen Gesellschafter, die das Finanzgericht zutreffend zum Verfahren der E GbR notwendig beigegeben hatte, infolge der Vollbeendigung der Personengesellschaft einrücken. Der BFH stellt klar, dass die Beigeladenen nicht zu den prozessualen Rechtsnachfolgern der ursprünglich klagenden Personengesellschaft gehören und deshalb auch keinen Klägerstatus erlangen. Nach der Rechtsprechung erstreckt sich nämlich die Klagebefugnis der Gesellschaft gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO nicht auch auf ausgeschiedene Gesellschafter (BFH,

Urt. v. 26.10.1989 - IV R 23/89 - BStBl II 1990, 333; BFH, Beschl. v. 19.06.1990 - VIII B 3/89 - BStBl II 1990, 1068). Die Tatsache der Vollbeendigung der Personengesellschaft kann danach zwingend nur die zunächst nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter betreffen, weil deren eigenständige Klagebefugnis, solange die Gesellschaft noch besteht, durch § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO ausgeschlossen ist und nunmehr erst im Zuge der Vollbeendigung der Gesellschaft wiederauflebt (BFH, Urt. v. 22.11.1988 - VIII R 90/84 - BStBl II 1989, 326), so dass der Rechtsstreit nunmehr von den gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 2 FGO klagebefugten Feststellungsbeteiligten fortgesetzt wird. Die ausgeschiedenen Gesellschafter besaßen hingegen stets eine eigene Klagebefugnis gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 3 FGO.

4. Trotz der Vollbeendigung der E GbR ist das Verfahren auch insoweit nicht unterbrochen worden, weil die Gesellschaft durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war (§ 246 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 155 FGO) und die früheren Gesellschafter als prozessuale Rechtsnachfolger der ursprünglichen Klägerin die Prozesshandlungen des Prozessbevollmächtigten auch gegen sich gelten lassen müssen, obwohl sie den Bevollmächtigten nicht selbst mit ihrer Vertretung beauftragt haben (BFH, Urt. v. 25.04.2006 - VIII R 52/04 - BStBl II 2006, 847).

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 20/2009 Anm. 2
Erstveröffentlichung: 18.05.2009

DIE CLEVERE ERGÄNZUNG: WWW.BLAUE-BRANCHEN.DE

Das Online-Portal der BLAUEN Telefonbücher-
deutschlandweit!

- 5 Mio. Unternehmen und Behörden inkl. Umkreissuche
- 32 Mio. private Telefoneinträge inkl. Rückwärtssuche (nach Tel.-Nr.)
- Persönliches Adressbuch
- Schnellzugriff auf Hotels, Banken, Geldautomaten etc.



Haben Sie Fragen?

Tel. (06 81) 5 02-48 40 oder telemedia@sz-sb.de

Einfach gut finden:

TeleMedia

Saarbrücker Zeitung

Verjährungsfragen bei baubedingten Nachbarschäden

Anmerkung zu: OLG Zweibrücken 4. Zivilsenat, Urteil vom 04.12.2008 - 4 U 137/07

Autor: Wolfgang Zepp, RA, Vors. RiOLG a.D.

1. Wird der Besteller von einem Dritten im Zusammenhang mit der Bauausführung auf Schadensersatz in Anspruch genommen, ist davon auszugehen, dass der darin liegende Schaden des Bestellers allein auf der Verletzung einer reinen Nebenpflicht beruht. Denn nicht der Mangel als solcher hat den Schaden verursacht, sondern die Tatsache, dass der Unternehmer seine Leistung nicht so erbracht hat, dass dadurch Rechtsgüter Dritter nicht beeinträchtigt wurden.
2. In diesem Fall gilt die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB und nicht die Frist von 5 Jahren nach § 634a BGB. fremden (hier: 3,35%) kein Grund, von dieser Rechtsfolge im Wege einschränkender Auslegung abzugehen.

A. Problemstellung

Kommt es bei Dritten (insbes. Nachbarn) zu Schäden aufgrund der Bauausführung des Bauunternehmers und wird der Besteller deshalb von diesem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen, stellt sich die Frage, innerhalb welcher Frist der Regressanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer verjährt. Wie bei einem Bauwerk in 5 Jahren (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) oder wie regelmäßig in 3 Jahren?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Klägerin des Rechtsstreits war eine Bauherren-Haftpflichtversicherung, die aus übergegangenem Recht geklagt hat. Zur Vereinfachung der Darstellung wird diese Tatsache vernachlässigt und nur vom Bauherrn als Kläger gesprochen. Die Parteien hatten einen Bauvertrag geschlossen, wonach eine Doppelhaushälfte abgerissen und neu errichtet werden sollte. Der Beklagte hatte u.a. „die Gewähr für eine fehlerfreie, den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Planung“ übernommen. Die Ausführung sollte ausschließlich nach den Festlegungen der Bau- und Leistungsbeschreibung erfolgen. Die Gewährleistungsfrist war mit 5 Jahren vereinbart.

In einem selbstständigen Beweisverfahren stellte dann ein Sachverständiger fest, dass es infolge der Abrissarbeiten und späteren Setzungen nach Neuerrichtung der Doppelhaushälfte mit Unterfangung des früheren Fundaments der Doppelhaushälfte des Nachbarn an dessen Haus zu Rissbildungen an der Straßenfront und an weiteren Wänden gekommen war. Außerdem traten Durchfeuchtungen einer Wand infolge eines fehlerhaften Wandanschlusses der Dachfläche der neu errichteten Doppelhaushälfte an dem Nachbarhaus ein. Der Nachbar erhob Klage gegen den Kläger auf Ersatz der eingetretenen Schäden. Der Rechtsstreit wurde mit einem Vergleich beendet, wonach der Kläger 13.500 € zu zahlen hatte. Diesen Betrag hat der Kläger nunmehr gegen den Beklagten klageweise geltend gemacht und Zahlung weiterer 10.245,45 € begehrt.

Der Kläger hat unter Hinweis auf das Sachverständigengutachten geltend gemacht, dass der vom Nachbarn verfolgte Schadensersatzanspruch auf nachbarrechtlicher Grundlage begründet gewesen sei. Er habe dem Nachbarn noch weitere Kosten ersetzt, die diesem entstanden seien. Gegenüber der vom Beklagten erhobenen Verjährungseinrede hat der Kläger eingewandt, maßgebend sei die im Bauvertrag ausdrücklich geregelte Verjährungsfrist von 5 Jahren. Der Beklagte hat demgegenüber die Ansicht vertreten, es gel-

te die allgemeine Verjährungsfrist von 3 Jahren, die schon abgelaufen sei.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Der Kläger könne seinen Anspruch lediglich auf § 280 BGB bzw. § 426 BGB (Gesamtschuldnerausgleich) stützen. Dafür gelte die allgemeine Verjährungsfrist. Die vereinbarte Frist von fünf Jahren gelte nur für die Bauausführung als solche, nicht aber für Schäden, die in der Inanspruchnahme des Bauherrn durch den Nachbarn liegen.

Mit der Berufung wiederholt der Kläger seine Ansicht zur Verjährung. Die Gewährleistungsregelung im Bauvertrag umfasse sämtliche vom Beklagten übernommenen Hauptpflichten, wozu namentlich die ordnungsgemäße Ausführung der Abrissarbeiten, der Unterfangung der verbleibenden Mauerteile und des Neubaus gehörten. Diese Hauptpflicht habe der Beklagte verletzt, wodurch es zu den Schäden am Nachbarhaus gekommen sei.

Die Berufung hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht verweist zunächst darauf, dass das BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung zur Anwendung komme. Danach seien Schäden, die in der Inanspruchnahme durch einen Dritten lägen, als sog. entferntere Mangelfolgeschäden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen gewesen, wobei eine Verjährungsfrist von 30 Jahren gegolten habe. Maßgebend für die Verjährungsfrist sei jetzt aber nach der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB ein Vergleich der Verjährungsfrist nach altem und neuem Recht. Maßgebend sei dann eine kürzere Verjährungsfrist nach neuem Recht. Nunmehr komme die Regelverjährung von 3 Jahren nach §§ 195, 199 BGB oder aber die fünfjährige Verjährungsfrist nach §§ 634, 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bei Bauwerken in Betracht. Die fünfjährige Frist komme dann zum Tragen, wenn es um Gewährleistungsansprüche im Rahmen eines Bauvertrags gehe. Das Werk müsse mangelhaft sein. Davon abzugrenzen seien Schäden, die durch Verletzung einer reinen Nebenpflicht i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB verursacht worden seien. Für sie gelte die allgemeine Verjährungsfrist von 3 Jahren. Werde der Besteller von einem Dritten auf Schadensersatzleistung in Anspruch genommen, die ihren Grund in der Bauausführung habe, sei der Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Ersatz allein in der Verletzung einer reinen Nebenpflicht begründet. Denn nicht der Mangel als solcher habe den Schaden des Bestellers herbeigeführt, sondern allein die Tatsache, dass der Unternehmer seine Leistung nicht so erbracht habe, dass dadurch Rechtsgüter Dritter nicht beschädigt wurden. Die Pflicht, Rechtsgüter Dritter nicht zu beschädigen, beziehe sich nicht unmittelbar auf das Werk, so dass ihre Verletzung

keinen Mangel darstelle. Die vertragliche Regelung zur Gewährleistungsfrist sei schon deshalb unerheblich, weil sie sich nur auf Gewährleistungsansprüche und eben nicht auf die Verletzung von Nebenpflichten beziehe.

Sodann führt das Oberlandesgericht aus, dass die Verjährungsfrist von 3 Jahren bereits abgelaufen sei.

C. Kontext der Entscheidung

Richtig ist, dass nach der bis 31.12.2001 geltenden Fassung des BGB anerkannt war, dass entferntere Mangelfolgeschäden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen waren und für sie dann grundsätzlich die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren galt. Nur folgt schon aus dem Wort „Mangelfolgeschaden“, dass es sich in diesem Fall um Schäden handelte, die auf einem Mangel beruhten. Ein Mangel lag nach § 633 Abs. 1 BGB a.F. vor, wenn das Werk mit Fehlern behaftet war, die den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Deshalb ist aus dem Hinweis auf einen Mangelfolgeschaden zu folgern, dass das OLG Zweibrücken davon ausgegangen ist, dass die Bauausführung, die zu den Schäden an der anderen Doppelhaushälfte geführt hatte, nach altem Recht als fehlerhaft und damit mangelhaft anzusehen war. An anderer Stelle wird auch ausdrücklich von einem Mangel gesprochen, was auch durchaus richtig ist. Ohne richtige Begründung wird dann aber festgestellt, dass dies nach neuem Recht anders sein soll. Die Mangelbeschreibung in § 633 Abs. 2 BGB unterscheidet sich jedoch nur unwesentlich von § 633 Abs. 1 BGB a.F. Ein Sachmangel liegt danach vor, wenn das Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht oder sonst, wenn es sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei einem Werk der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann. Es hätte schon einer näheren Begründung bedurft, warum die Planung und Bauausführung danach nicht mangelhaft war, sondern nur eine „reine“ Nebenpflicht verletzt worden sein soll. Immerhin hatte der Beklagte ausdrücklich die Gewähr für eine fehlerfreie, den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Planung übernommen und sich verpflichtet, danach zu bauen. Dazu gehörte doch wohl eine Ausführung, die zu keinen Schäden an der anderen Doppelhaushälfte führte. Das ist auch üblich und muss der Bauherr erwarten. Zur Rechtfertigung, dass dennoch nur eine Nebenpflichtverletzung angenommen wird, verweist das OLG Zweibrücken lediglich auf eine Entscheidung des OLG Naumburg (OLGR 2007, 679) und den diese Entscheidung kommentierenden Aufsatz von Voellmecke (jurisPR-PrivBauR 4/2007 Anm. 1, Voellmecke).

Nur ist es mit solchen bloßen Verweisungen immer so eine Sache. Bei näherem Hinsehen ergibt sich nämlich hier, dass Gegenstand der Entscheidung des OLG Naumburg ein etwas anders gelagerter Fall war. Die Werkleistung des Unternehmers selbst war mangelfrei. Was ihm angelastet wurde, war eine fehlende Absicherung des Werks und eine deshalb vom OLG Naumburg angenommene Verletzung einer Erhaltungs- und Schutzpflicht als Nebenpflicht (so auch jurisPR-PrivBauR 4/2007 Anm. 1, Voellmecke, der zu Recht darauf verweist, dass die Montagearbeiten als solche mangelfrei waren, weshalb es nicht um eine Sachmängelhaftung gegangen sei). Hier aber waren die Abriss- und Neubauarbeiten mangelhaft ausgeführt worden, wie das OLG Zweibrücken selbst feststellt. Deshalb hätte man schon eine Begründung erwarten dürfen, warum danach kein Gewährleistungsrecht gelten soll, zumal nunmehr kein Unterschied mehr zwischen unmittelbaren und entfernteren Mangelfolgeschäden gemacht wird (vgl. z.B. Erman/Schwenker, BGB, 12. Aufl., § 634 Rn. 13). In diesem Zusammenhang stellt sich dann die Frage, ob bei der Verjährung Unterschiede zu machen sind. Eine solche Problematisierung hat das OLG Zweibrücken jedoch nicht angestellt. Stattdessen hat es zahlreiche Nachweise dafür aufgeführt, dass für die Verletzung einer Neben- oder Obhutspflicht kein Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt und daher die allgemeine Verjährungsfrist gilt. Das aber ist unproblematisch und dürfte am Kern der Problematik vorbeigehen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Angesichts der Tatsache, dass noch keine Entscheidung des BGH zu der vom OLG Zweibrücken entschiedenen Verjährungsfrage vorliegt, muss die kürzere Verjährungsfrist in Rechnung gestellt werden, die mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Besteller von den den Anspruch begründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Da es ausreicht, wenn der Gläubiger aufgrund der ihm bekannten oder erkennbaren Tatsachen eine hinreichend erfolgversprechende Feststellungsklage erheben kann, dürfte es sich empfehlen, innerhalb von 3 Jahren nach Eintritt oder Kenntnis des Schadens diesen Weg zu beschreiten oder aber mit dem Unternehmer einen Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede zu vereinbaren.

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 20/2009 Anm. 2
Erstveröffentlichung: 18.05.2009

Kreativ denkender Prädikatsjurist (30) mit schneller Auffassungsgabe, Tatendrang und Liebe zur deutschen Sprache sucht Festanstellung in Vollzeit. Nach dem universitären Ausbildungsschwerpunkt im Arbeits- und Sozialrecht wird zur Zeit die wirtschaftsrechtliche Kompetenz durch die Teilnahme an einem Fachanwaltslehrgang für Handels- und Gesellschaftsrecht erweitert.

Die hervorragenden Englischkenntnisse wurden während eines Studiums in Großbritannien optimiert. Das Referendariat fand in Saarbrücken und Hamburg statt.

Kontakt: assessor@gmx.net

Terminsvertretungen in Berlin bei den Amtsgerichten sowie Land- und Kammergericht einschließlich Arbeits.- Sozial.- und Verwaltungsgericht.

RA Herbert Butter
Badstr. 30, 13357 Berlin
Tel.: 030/4936055
Fax: 030/4938383



erscheint am **15. September 2009** (Redaktionsschluss: 15. August 2009)

Impressum des Saarländischen Anwaltsblatt

Herausgeber: SaarländischerAnwaltVerein | Franz-Josef-Röder-Straße 15 | 66119 Saarbrücken

Postanschrift: SaarländischerAnwaltVerein | Franz-Josef-Röder-Straße 15 | 66119 Saarbrücken
Tel.: 0681/51202 | Fax: 0681/51259
E-Mail: info@saaranwalt.de | www.saaranwalt.de

Redaktion: Thomas Berscheid, Olaf Jaeger, Saskia Hölzer (ViSdP)

Fotos: alle: privat

Anzeigenleitung Brunner Werbung und Fotografie GmbH
und Gesamt- Kaiserslauterer Straße 40 | 66123 Saarbrücken
herstellung: Telefon 06 81 / 3 6530 | Fax: 0681 / 375899
info@brunner-werbung.de

Sie können SyncFrame bereits ab 80,- Euro zzgl. MwSt. pro Monat und Nutzer inkl. Service und Updates mieten!

Das Komplettsystem ...



**Sync
Frame
XML**

Kanzlei-Informations- und Abrechnungssystem

**Software für Anwälte und Notariate
grafisches 32- und 64-Bit-Client-
Server-Datenbanksystem**

für Windows/Vista, Mac und Linux

- Akten- und Beteiligtenverwaltung, Kollisionsprüfung
- Termin-/Fristen- und Wiedervorlagenverwaltung
- Zeitwirtschaft und Zeitmanagement, Projektverwaltung
- Personalzeiterfassung sowie Personalzeitüberwachung
- Marken- und Geschmacksmusterverwaltung
- Zwangsvollstreckung und Forderungsabrechnung
- BRAGO / RVG-Abrechnungssystem mit autom. Fakturierung
- Urkunden- und Anderkontenverwaltung incl. Festgelder
- KOSTO-Abrechnungssystem mit autom. Fakturierung
- Buchhaltung mit offener Postenverwaltung und Kostenstellen
- Kreditorensystem mit Banken-Clearing, Soll-Ist-Vergleich
- Büromaterial-, Literatur- und Anlagenverwaltung
- Textintegration (Office 2000 - 2007; Office:mac 2004; OpenOffice.org),
Dokumentenmanagementsystem, automatische Verschlagwortung
- Überörtliche Anbindung via ISDN / GSM / UMTS über VPN möglich
- Elektronische Signatur und Zeitstempel über Signaturportal
- XJustiz(XNotar)-, EDA-, OSCI/EGVP-Integration

SyncLine GmbH

info@syncframe.de • www.syncframe.de

Boelkestr. 26 B
55252 Mainz-Kastel
☎ (06134) 64 04 90
📠 (06134) 64 04 91

Wilh.-Theodor-Röhmheld-Str. 14
55130 Mainz
☎ (06131) 921 294
📠 (06131) 921 295

Lohmeyerstr. 10
10587 Berlin
☎ (030) 343 89 530
📠 (030) 343 89 531