SAARLÄNDISCHES ANWALTS BLATT

Ausgabe 1 2010

Mitteilungen des SaarländischenAnwaltVereins

Editorial

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

Save the Date ist das neue Modewort für Ankündigungen vor der eigentlichen Einladung. Darum zücken Sie bereits jetzt Ihren elektronischen oder papiernen Terminkalender und tragen Sie ein das **Sommerfest** im **Hinterhof der Justiz** am **25. Juni 2010**!
Wenn Sie schon gerade dabei sind, dann nehmen Sie doch bitte auch Ihren Fristenkalender zur Hand und tragen Sie dort als Notfrist ein den **30. April 2010** – für die Aufnahme in die Liste der beigeordneten Strafverteidiger gem. § 141 StPO. Näheres hierzu erfahren Sie ab S. 3 dieses Heftes.
Und sicherlich werden Sie in Ihrem Kalender schon vorfinden den **28. April 2010**, Wahlen zum Vorstand der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes.

Doch nun zum Inhaltlichen: Neben einigen interessanten Urteilsbesprechungen, die der Vorstand des SAV wieder für Sie zusammengestellt hat, finden Sie dieses Mal aus der saarländischen Rechtsprechung ein Urteil zum Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (S. 18) und einen Hinweis des BGH zur sogenannten Fruchtlosigkeitsbescheinigung bei obligatorischem Schlichtungsverfahren (S. 5).
Dies führt mich zu einem kurzen Resumée der Informationsveranstaltung von LG und Sozialgerichtsbarkeit zur gerichtsnahen Mediation am 25. Februar 2010. Es wird sich sicherlich nur für einige Rechtsbereiche eignen, hier sollten wir von seiten der Anwaltschaft versuchen, die Mandanten zur Teilnahme zu überzeugen, bis erste Erfahrungen vorliegen. Gesonderte Gebühren fallen (leider) nicht an, da es sich nicht um ein gesetzlich vorgeschriebenes Schlichtungsverfahren handelt, zusätzlicher Arbeitsausfwand für den Anwalt wird es gleichwohl sein. Daher „lohnt" sich der Versuch nur, wenn tatsächlich aus Sicht des jeweils begleitenden Anwalts auch Einigungschancen prognostiziert werden. Die Reaktionen vom Podium und aus dem Auditorium waren bei der Präsentation gespalten, Skepsis, Ablehnung, aber auch Offenheit gegenüber diesem neuen „Instrument" waren zu verzeichnen. Ich würde es begrüßen, wenn Kolleginnen und Kollegen mit ersten Erfahrungen eines durchgeführten derartigen Mediationsverfahrens sich an uns wenden würden mit einem kleinen Bericht.

Bis dahin – und einen guten Start in den Arbeitsalltag nach der Osterzeit – wünscht Ihnen Ihr

Olaf Jaeger
(Präsident)

Inhaltsverzeichnis

Herzlich willkommen
Seite 2

Aktuelles
Liste für beigeordnete Strafverteidiger
Seite 3

Haftungsfallen
Kein weiterer Haftungstatbestand für RAe
Seite 5

juris PraxisReport
Steuerrecht
Seite 7

juris PraxisReport
Steuerrecht
Seite 9

juris PraxisReport
Steuerrecht
Seite 10

Haftungsfallen
Scheinsozietät
Seite 14

juris PraxisReport
Familienrecht
Seite 15

juris PraxisReport
Baurecht
Seite 17

Aktuelles
Vergaberecht
Seite 18

Kleinanzeigen / impressum
Seite 19

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

Dr. Jens Artelt
Metzer Straße 33 b
66740 Saarlouis

Martina Braun
Bliespromenade 1
66538 Neunkirchen

Marcus Brausch
Bismarckstraße 37
66121 Saarbrücken

Dr. Harald Cronauer
Heinitzstraße 30
66287 Camphausen

Volker Drawe
Rückertstraße 12
66333 Völklingen

Marina Graf
Poststraße 3
66557 Illingen

Marbod Hans
Eisenbahnstraße 47
66424 Homburg

Mesut Kivrak
Kaiserstraße 3
66111 Saarbrücken

Harald Klauck
Spichererbergstraße 11
66119 Saarbrücken

Sandie Ines Kockler
Dr.- Eckener-Straße 6
66117 Saarbrücken

Jochen Lauer
Hochwaldstraße 30
66663 Merzig

Dr. Frank Lauterbach
Kaiserstraße 77
66386 St. Ingbert

Gaby Mall
St. Ingberter Straße 15
66280 Sulzbach-Neuweiler

Christof Maurer
Am Halberg 6
66121 Homburg

Markus Morsch
Am Halberg 4
66121 Saarbrücken

Martina Schröder-Teppe
Mühlenstraße 52
66773 Sulzbach

Sebastian Schweda
Mainzer Straße 131
66121 Saarbrücken

Kathrin Otto
Bahnhofstraße 45
66111 Saarbrücken

Johannes Nikolaus Viertler
Friedrich-Ebert-Platz 1
66333 Völklingen Ludweiler

Heike Wenke
Mainzer Straße 161
66121 Saarbrücken

Ingo Witte
Rickertstraße 36
66386 St. Ingbert

MAIS

AUSBILDUNG IN FAMILIENMEDIATION

(anerkannt von der Psychotherapeutenkammer& der Rechtsanwaltskammer)

Öffentliche Präsentation am 2. Juli 2010, 15-18 Uhr.
Ort wird bekanntgegeben.

Der nächste interdisziplinär geleitete Ausbildungskurs in Familienmediation gemäß der Europäischen Charta für Mediation beginnt im Herbst 2010.

Der Kurs umfasst 7 Wochenendseminare (Freitag 16 Uhr bis Sonntag 13 Uhr) mit 140 Stunden.

Der Kurs ist für Rechtsanwälte und psychologische Psychotherapeuten als Fortbildung anerkannt.
Die Kosten betragen insgesamt 3.500 € + Umsatzsteuer. Anmeldefrist: 30.09.2010
Weitere Informationen erhalten Sie unter: Michael.Antes@t-online.de | Tel.: 06831-43666

SAARLÄNDISCHES ANWALTSBLATT

Liste für beigeordnete Strafverteidiger

RA Olaf Jaeger | Saarbrücken

Mit der am 1.1.2010 in Kraft tretenden Neuregelung der §§ 140 Abs.1 Nr.4, 141 StPO hat der Gesetzgeber (Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, S. 2274 ff,) eine von der Anwaltschaft seit vielen Jahren erhobene rechtspolitische Forderung weitgehend umgesetzt. Insoweit übernehme ich nachstehend in gekürzter Form Ausführungen des Strafrechtsausschusses des DAV und der AG Strafrecht des DAV aus Dezember 2009. Danach ist künftig in allen Fällen, in denen sich Beschuldigte in Untersuchungshaft befinden, Verteidigung notwendig und zwar ab dem Zeitpunkt der Inhaftierung und nicht, wie nach dem zuvor geltenden Recht, erst dann, wenn dieser Zustand bereits drei Monate andauert. Hat der inhaftierte Beschuldigte nicht bereits einen Verteidiger und wählt er auch keinen, so ist ihm ein Pflichtverteidiger beizuordnen. Das hat nach dem neuen § 141 StPO unverzüglich nach seiner Inhaftierung zu geschehen. Die neue Rechtslage stellt die Praxis vor einige Herausforderungen, zu deren Bewältigung die nachfolgenden Empfehlungen (wiederum nur auszugsweise) durch den DAV abgeben wurden:

Auswahl des Verteidigers

Untersuchungshaft trifft den Beschuldigten in den meisten Fällen völlig unvorbereitet. Er hat daher in der Regel keinen Rechtsbeistand für diese schwierige Situation, in der qualifizierter Rat und ein stabiles Vertrauensverhältnis von erheblicher Bedeutung sind. Die Auswahl einer geeigneten Anwältin oder einer geeigneten Anwalts fällt daher schwer. Um sie, soweit möglich, zu erleichtern, ist eine möglichst breite Informationsgrundlage erforderlich, die dem betroffenen Beschuldigten die zu treffende Entscheidung ermöglicht. Dazu müssen die folgenden Voraussetzungen geschaffen werden: Die Grundsätze, die die Rechtsprechung an den Hinweis auf einen anwaltlichen Notdienst aufgestellt hat, sind weiterhin gültig und zu beachten (vgl. BGHSt 42, 15). Auf die Empfehlungen zur Durchführung eines anwaltlichen Notdienstes in Strafsachen der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins von November 2008 (abgedruckt in StraFo 2009, 56-58 und abrufbar auf www.ag-strafrecht.de) darf Bezug genommen werden. b) Es sollen Listen erstellt werden, die dem Beschuldigten spätestens dann, wenn er in Haft genommen wird, ausgehändigt werden. Auf der Liste finden sich diejenigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die zur Übernahme von Verteidigungsmandaten von Untersuchungsgefangenen und auch dazu bereit sind, sich diesen als Pflichtverteidiger beiordnen zu lassen. Die Listen sollen von der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, den örtlichen Anwaltvereinen, den Anwaltskammern oder den Strafverteidigervereinigungen erstellt werden. Sie müssen allen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten offen stehen, die darin aufgenommen werden wollen. Besondere Anforderungen an die Qualifikation der Aufgenommenen lassen sich mangels gesetzlicher Grundlage nicht formulieren. Die Liste soll neben Namen des Rechtsanwalts, seinem Kanzleisitz und den Kommunikationsdaten folgende Angaben enthalten:

- bestehende Fachanwaltschaften,
- Zusatzqualifikationen (z.B. vereidigter Buchprüfer etc.),
- Sprachkenntnisse,
- örtliches Umfeld, in dem er bereit ist, Pflichtverteidigungen zu übernehmen,
- Dauer der Zulassung,
- Erreichbarkeit auch am Wochenende (z. B. eigene Telefonnummer, Handynummer, eMail).

Der vom Inhaftierten vorgeschlagene Verteidiger soll vor der Beiordnung gefragt werden, ob er zur Übernahme der Pflichtverteidigung bereit und in der Lage ist. Die Listen sind den für den in Haft genommenen Beschuldigten zuständigen Gerichten und den Haftanstalten zuzuleiten, die sie den Inhaftierten vorlegen. Sie müssen regelmäßig aktualisiert werden und im Internet als PDF-Dateien für jedermann zugreifbar sein. Sie sollen auch den Polizeidienststellen zugänglich gemacht werden. Das kann entweder durch Übersendung von Ausdrucken oder durch Hinweis auf ihre Auffindbarkeit im Internet (als PDF-Dateien) geschehen.

Beiordnung eines Verteidigers

Für die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers gilt die Regelung in § 141 Abs.1 StPO unverändert fort. Danach bestellt der Vorsitzende den vom Beschuldigten bezeichneten Verteidiger, wenn nicht wichtige Gründe entgegenstehen (§ 141 Abs.1 S.2 StPO). Benennt der Beschuldigte keinen Verteidiger,

so soll der dann von Amts wegen beizuordnende Verteidiger durch das Gericht aus der unter 1.b genannten Liste der Anwältinnen und Anwälte ausgewählt werden. Dabei kann auch auf die oben erwähnte Internet-Seite des DAV zurückgegriffen werden, die einen breiteren Informationsquerschnitt als Informationsgrundlage eröffnet. Bei der Auswahl hat das Gericht vornehmlich die sich aus dem Einzelfall ergebende Interessenlage des Beschuldigten zu berücksichtigen. Das ergibt sich nicht nur aus der Aufgabe des Verteidigers im Allgemeinen, sondern auch daraus, dass § 142 Abs.1 Satz 2 dem Gericht aufgibt, grundsätzlich dem Vorschlag des Beschuldigten zu folgen. Die Auswahlentscheidungen dürfen dabei nicht ohne Bindung an Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG getroffen werden (vgl. BVerfG NJW 2004, 2725 ff.,). Die Auswahl unter den in Betracht kommenden Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten muss unter Berücksichtigung sachlicher und fachlicher Gesichtspunkte erfolgen.

Auf Anregung des Interessenkreises Strafrecht des Saarländischen AnwaltVereins werden wir daher eine derartige Liste erstellen und über die AG-Direktoren weiterleiten. Mit dem Präsidenten des AG Saabrücken wurde dies bereits abgesprochen. Allerdings stellt sich die Lage etwas anders dar, als vom DAV beurteilt, fast alle in U-Haft genommenen haben bereits einen (Wunsch-)Verteidiger, so die bisherigen Erhebungen.

Bitte melden Sie sich daher, wenn Sie an der Übernahme von Pflichtverteidigermandaten Interesse haben, auf unserer Vereinsgeschäftsstelle bis zum 30.04.2010.

Anmeldeformular „Strafverteidigerliste“

Ich möchte in die „Strafverteidigerliste“ zur Übernahme von Pflichtvertreidigungen gemäß der Neuregelung des § 140 StPO aufgenommen werden:

_____ _____
Name Vorname

_____
Kanzleiadresse

_____ _____ _____
Telefon Fax mobil

_____
E-Mail

Zusätzliche Qualifikationen:

Fachanwaltschaften: _____

Fremdsprachen: _____

Sonstige: _____

per Fax an: 0681-51259 (Saarländischer AnwaltVerein, Geschäftsstelle)

SAARLÄNDISCHES ANWALTSBLATT

Kein weiterer Haftungstatbestand für Rechtsanwälte

RA Dr. Christian Halm | Neunkirchen

Der Bundesgerichtshof hat sich durch Urteil vom 20.11.2009 erneut mit dem Saarländischen Nachbarrechtsgesetz beschäftigt.

Hintergrund war folgender:

Der Kläger verlangte von dem Beklagten, seinen Hund so zu halten, dass das Bellen in den Mittags- und Nachtstunden nicht zu hören sei. Mit der Klageschrift wurde eine Bescheinigung des Schiedsmannes über das Scheitern des Schiedsverfahrens vorgelegt.

Das Amtsgericht und das Landgericht haben die Klage als unzulässig abgewiesen mit der Begründung, dass die Bestimmungen über das obligatorische Schlichtungsverfahren nicht eingehalten seien.

Die Durchführung jenes Verfahrens sei eine im öffentlichen Interesse liegende, unverzichtbare Prozeßvoraussetzung, deren Vorliegen das Prozeßgericht von Amts wegen zu prüfen habe. Dabei sei eine von dem zuständigen Schiedsmann ausgestellte Erfolglosigkeitsbescheinigung (§ 37c Saarl. AGJusG) für das Prozeßgericht nicht bindend. Dieses müsse vielmehr prüfen, ob das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und die Voraussetzungen für die Erteilung der Bescheinigung vorgelegen hätten.

Vorliegend war das nicht der Fall, weil der Schiedsmann weder einen Schlichtungstermin bestimmt habe noch bei der Ausstellung der Bescheinigung drei Monate seit Beantragung des Verfahrens vergangen gewesen seien.

Der Bundesgerichtshof hat hierzu ausgeführt, dass die Klage nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EGZPO zulässig sei, weil der Kläger mit der Klageschrift eine von der nach § 37 b Abs. 1 Satz 1 Saarl. AAGJusG zu-

ständigen Schiedsperson ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch eingereicht hat. Damit sei die besondere Prozeßvoraussetzung (§ 15a Abs.1 Satz 1 EGZPO i.V.m. § 37a Abs. 1 Satz 1 Saarl. AGJusG) erfüllt. § 15a Abs. 1 EGZPO verlange von dem Kläger, wie sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe, nur, dass dieser vor der Klageerhebung den Versuch einer gütlichen Einigung mittels eines Schlichtungsverfahrens unternommen habe und dem Prozeßgericht das durch eine Bescheinigung der Gütestelle entweder über dessen Erfolglosigkeit (Satz 2) oder die Nichtdurchführung des Verfahrens innerhalb von drei Monaten nach Antragstellung (Satz 3) nachweist (vgl. Senat, Urteil vom 22.10.2004, AZ: V ZR 47/04).

Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage sei das Prozeßgericht an die vorgelegte Bescheinigung der Schiedsstelle gebunden. Die hiervon abweichende Auslegung des § 15a EGZPO durch das Berufungsgericht verletze den Kläger in seinem Anspruch auf Gewährung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, weil ihm durch diese Handhabung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift sein Anspruch auf Durchsetzung des materiellen Rechts in unzumutbarer Weise erschwert würde (vgl. BVerfGE 84, 366, 369).

Die Abweisung der Klage trotz Vorlage der Erfolglosigkeitsbescheinigung als unzulässig lege die Risiken aus der unterschiedlichen Auslegung des Verfahrensrechts durch Schiedsstelle und Prozeßgericht einseitig dem Kläger auf, der nur den Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens stellen, aber nicht die Art und Weise der Verfahrensleitung durch den Schiedsmann bestimmen kann.

Es lag nicht in der Verantwortung des Klägers, dass der Schiedsmann nach den mit beiden Parteien getrennt geführten Gesprächen von der Anberaumung eines Termins wegen erkennbarer Aussichtslosigkeit Abstand nahm und dem Kläger eine Erfolglosigkeitsbescheinigung auch ohne Schlichtungsverhandlung erteilte.

Die Verweigerung einer Sachentscheidung wegen eines Verfahrensfehlers der Schiedsperson lasse sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über das obligatorische Schlichtungsverfahren begründen, das die Justiz entlasten und eine raschere und kostengünstigere Bereinigung solcher Konflikte durch außergerichtliche Verfahren herbeiführen soll. Das Regelungsziel trage zwar eine konsequente Auslegung der Verfahrensvorschrift dahin, dass die Rechtssuchenden in den durch das jeweilige Landesgesetz vorgesehenen Fällen auch den Weg zu den Schiedsstellen beschreiten müssen, rechtfertige es aber nicht, ihnen den Zugang zu den ordentlichen Gerichten auch dann noch zu versperren, wenn sie diesen Weg gegangen sind.

Die Abweisung der Klage als unzulässig führe schließlich - bei unterschiedlicher Beurteilung der Voraussetzungen für die Feststellung der Erfolglosigkeit des Einigungsversuchs durch Schiedsstelle und Prozeßgericht – allein zu einem das Verfahren unzumutbar verzögernden Hin und Her. Die dadurch eintretende Blockade könne – wenn beide Seiten auf ihren unterschiedlichen Auffassungen beharren - von dem Rechtssuchenden nicht beseitigt werden. Das Prozeßgericht sei nämlich keine der Schiedsstelle übergeordnete Instanz, die dessen Verfahren und Entscheidungen aufheben könne. Die Schiedsstelle sei auch nicht gemäß § 563 Abs. 2 ZPO an die Rechtsansicht des Prozeßgerichts gebunden und müsse daher nicht das Schlichtungsverfahren unter Anberaumung eines Termins für eine Schlichtungsverhandlung fortsetzen.

Das Urteil wurde daher aufgehoben und an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht wiederum hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben und das Verfahren wieder an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Nach 5 Instanzenzügen wird es nunmehr eine Beweisaufnahme geben, wenn der Hund noch lebt.

Aus anwaltschaftlicher Sicht ist das Urteil zu begrüßen, da es nach dem Urteil des BGH dem Anwalt nicht obliegt, die ordnungsgemäße Durchführung des Schiedsverfahrens zu überwachen.

Für eine zulässige Klage reicht allein das Vorlegen einer Erfolglosigkeitsbescheinigung.

Rückwirkendes Ereignis: Nachträgliche Herabsetzung des Kaufpreises bei Veräußerung einbringungsgeborener Anteile

Anmerkung zu: BFH 1. Senat, Urteil vom 19.08.2009 - I R 3/09
Autor: Prof. Dr. Franz Dötsch, Vors. RiBFH

Der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile wird steuerlich rückwirkend geändert, wenn die Vertragsparteien wegen Streitigkeiten über Wirksamkeit oder Inhalt des Vertrages einen Vergleich schließen und den Veräußerungspreis rückwirkend mindern.

A. Problemstellung

Streitig war, ob die nachträgliche Herabsetzung des Kaufpreises für den Erwerb einer wesentlichen GmbH-Beteiligung (49%) gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO auf den Zeitpunkt der Übertragung der Anteile zurückwirkte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin, eine Stadt, war ursprünglich alleinige Anteilseignerin der N-GmbH. Die N-GmbH war aus der Umwandlung des ehemaligen Stadtwerke-Eigenbetriebs zum Buchwert hervorgegangen, so dass einbringungsgeborene Anteile entstanden waren.
Unternehmensgegenstand der N-GmbH war die Strom-, Gas- und Wasserversorgung. Die N-GmbH hielt Beteiligungen an zwei GmbHs (Bäder und öffentlicher Nahverkehr), die dauerhaft defizitär waren. Die beiden Tochtergesellschaften waren über Ergebnisabführungsverträge mit der N-GmbH verbunden.
Am 23.01.2002 veräußerte die Klägerin (Stadt) 49% der Geschäftsanteile an der N-GmbH an die T-KG zum Kaufpreis von 125 Mio. DM, der auch entrichtet wurde. Zugleich trafen die Kaufvertragsparteien eine abweichende Gewinnverteilungsabrede, nach der die T-KG grundsätzlich nicht an den Verlusten der beiden Tochtergesellschaften der N-GmbH partizipieren sollte. Allerdings galt dies nicht, soweit die Verluste die Durchschnittsverluste der letzten drei Jahre vor der Veräußerung überstiegen. Insoweit sollte der Verlust auch von der T-KG in entsprechender Höhe der Beteiligung getragen werden.
Da die Veräußerung der Anteile Kapitalertragsteuer auslöste, meldete die Klägerin eine Kapitalertragsteuer i.H.v. rd. 4,5 Mio. € an. Dem lag ein Gewinn aus der Veräußerung des Anteils an der N-GmbH i.H.v. 45.358.988 € zugrunde.
In der Folgezeit kam es zwischen den Kaufvertragsparteien zu Meinungsverschiedenheiten über die Gewinnverteilung in Bezug auf die beiden Tochtergesellschaften der N-GmbH. Die T-KG meinte, dass ihr die steuerlichen Verluste der Tochtergesellschaften in Höhe ihrer Beteiligungsquote (49%) zustünden. Die Klägerin beanspruchte die Möglichkeit des Verlustausgleichs dagegen in dem Umfang für sich, in dem sie die Verluste selbst tragen musste. Ursächlich für diesen Streit war folgender Ablauf im Vorfeld des Vertragsabschlusses: Die Klägerin hatte im Entwurf des Gesellschaftsvertrages unter § 13 formuliert, dass die Verluste aus dem laufenden Betrieb der beiden Tochtergesellschaften bis zu den vereinbarten Deckelungsbeträgen ihr zu 100% zugerechnet werden sollten. Dieser Vertragsentwurf war der T-KG zugeleitet worden, die den betreffenden Passus strich, ohne dass dies der Klägerin auffiel. Unterzeichnet wurde eine Vertragsfassung, die die entsprechende Passage nicht enthielt, was der Klägerin jedoch nicht bewusst war.
Zur Streitbeilegung fanden anschließend diverse Gespräche statt. Am 24.02.2005 wurde ein Vertrag geschlossen, der mit „Änderung des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages vom 23.01.2002“ überschrieben war. In der Präambel heißt es u.a.: „Um den im Rahmen dieser Regelung bestehenden Dissens hinsichtlich der Gewinnverteilung (steuerliche Verluste) zu bereinigen, haben sich die Beteiligten nunmehr darauf geeinigt, dass (die T-KG) die wirtschaftliche Verantwortung für die Tochtergesellschaften quotal unbeschränkt übernehmen soll. Diese Vereinbarung gilt mit Wirkung vom 01.01.2002, d.h. die uneingeschränkte Verlustübernahmeverpflichtung besteht bereits ab dem Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber. Dementsprechend ist der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis anzupassen.“ Der geänderte Vertrag sah eine Minderung des Kaufpreises um 13,8 Mio. € vor. Die Gewinne der N-GmbH wurden daraufhin im Verhältnis der Beteiligungen auf die Klägerin und die T-KG verteilt.
Im Anschluss an diese Verständigung reichte die Klägerin eine geänderte Kapitalertragsteueranmeldung ein, der der geminderte Kaufpreis zugrunde lag. Das Finanzamt lehnte es ab, dem gemäß § 168 AO zuzustimmen. Das Finanzgericht wies die dagegen gerichtete Klage im hier streitigen Punkt ab (FG Düsseldorf, Urt. v. 18.09.2008 - 16 K 2635/07 KE - EFG 2009, 723). Die Revision der Klägerin hatte Erfolg und führte zu Klagestattgabe.
Die Kapitalertragsteuer, so führte der BFH aus, knüpfe an den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt an. Sie erhöhe oder vermindere sich, wenn sich dieser Sachverhalt im Nachhinein ändere und die Änderung steuerliche Wirkung entfalte. Dem müsse dann durch eine entsprechende Änderung der Steuerfestsetzung Rechnung getragen werden.
Wann ein Sachverhalt in diesem Sinne steuerlich zurückwirke, werde im Gesetz nicht näher bestimmt. Es genüge aber nicht, wenn das spätere Ereignis den für die Besteuerung maßgeblichen Sachverhalt anders gestalte. Die Änderung müsse sich vielmehr auch steuerrechtlich in der Weise auswirken, dass nunmehr der geänderte anstelle des zuvor verwirklichten Sachverhalts der Besteuerung zugrunde zu legen sei. Ob diese Voraussetzung vorliege, entscheide sich nach dem im Einzelfall anzuwendenden materiellen Steuergesetz (vgl. z.B. BFH, Beschl. v. 19.07.1993 - GrS 2/92 - BStBl II 1993, 897).
Bei den laufend veranlagten Steuern wie der Einkommensteuer seien die aufgrund des Eintritts neuer Ereignisse materiell-rechtlich erforderlichen steuerlichen Anpassungen regelmäßig nicht rückwirkend, sondern in dem Besteuerungszeitraum vorzunehmen, in dem sich der maßgebliche Sachverhalt verändert habe. Dieser Grundsatz gelte jedoch nur insoweit, als die einschlägigen steuerrechtlichen Regelungen nicht bestimmten, dass eine Änderung des nach dem Steuertatbestand rechtserheblichen Sachverhalts zu einer rückwirkenden Änderung steuerlicher Rechtsfolgen führe. Eine solche Rechtslage sei insbesondere bei Steuertatbeständen gegeben, die an einen einmaligen Vorgang (z.B. Betriebsveräußerung i.S.v. § 16 EStG, Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung i.S.v. § 17 EStG) anknüpften, und bei denen nachträgliche Änderungen nicht in einer Folgebilanz oder nach den Grundsätzen des Zuflussprinzips in einem späteren Veranlagungszeitraum berücksichtigt werden könnten. Es komme für die Rückwirkung eines Ereignisses nicht

darauf an, welche Gründe rechtlicher oder tatsächlicher Art zu der rückwirkenden Sachverhaltsänderung geführt hätten.
Schlössen die Beteiligten wegen (echter) Streitigkeiten über die Wirksamkeit eines Vertrages oder dessen Inhalt einen außergerichtlichen Vergleich, so bestimme der Inhalt des Vergleichs rückwirkend die Höhe des Veräußerungspreises. Das Wesen des Vergleichs bestehe darin, durch eine einvernehmliche neue Regelung den Streit beizulegen. Es komme nicht darauf an, ob tatsächlich ein Anfechtungsrecht oder Rücktrittsrecht, ein Sachmangel usw. bestehe. Voraussetzung für die Annahme eines Ereignisses mit Rückwirkung sei nur, dass die im Vergleich getroffene rückwirkende Änderung des Vertrages durch eine ernstliche Auseinandersetzung über Wirksamkeit und Inhalt des ursprünglichen Vertrages veranlasst sei und die Vereinbarungen auch tatsächlich durchgeführt würden.
Die zivilrechtlich auf den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums der Anteile zurückwirkende Änderung des Vertrages sei danach als rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu beurteilen. Das Finanzgericht habe zutreffend entschieden, dass die von der Rechtsprechung zu § 16 und § 17 EStG entwickelten Grundsätze auf Veräußerungsgewinne i.S.v. § 21 Abs. 1 UmwStG 1995 anzuwenden seien, da auch insoweit einmalige punktuelle Ereignisse vorlägen. Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 gälte der Gewinn aus der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile als Veräußerungsgewinn i.S.d. § 16 EStG. Daneben sei, wenn es sich um die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen handele, auch der Tatbestand des § 17 Abs. 2 EStG erfüllt.
Das Finanzgericht habe jedoch zu Unrecht angenommen, es liege kein Ereignis mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit vor. Die Klägerin und die T-KG hätten darüber gestritten, ob der Klägerin die von ihr getragenen Verluste der beiden Tochtergesellschaften der N-GmbH auch für steuerliche Zwecke zuzurechnen seien. Es habe sich hierbei unstreitig um eine ernstliche Auseinandersetzung über den Inhalt des Vertrages gehandelt, der dazu geführt habe, dass der Gewinn der Jahre 2002 bis 2004 zwar festgestellt, jedoch nicht auf die Beteiligten verteilt worden sei. Zur Beilegung dieses Streits im Wege des Vergleichs hätten die Beteiligten sich darauf geeinigt, einerseits den Kaufpreis herabzusetzen, andererseits habe die T-KG die Verluste der Tochtergesellschaften nunmehr auch handelsrechtlich tragen sollen. Ausreichend für die Annahme eines Ereignisses mit steuerlicher Rückwirkung im Streitfall sei, dass sich die Klägerin und die T-KG über die Auslegung des ursprünglichen Vertrages gestritten und zur Beilegung dieses Streits einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen hätten, in dem sie den ursprünglichen Vertrag dergestalt geändert hätten, dass sich die T-KG verpflichtet habe, die Verluste der beiden Tochtergesellschaften entsprechend ihrer Beteiligung zu tragen und im Gegenzug der Kaufpreis um 13,8 Mio. DM ermäßigt worden sei.

C. Kontext der Entscheidung

Der Entscheidung ist m.E. beizupflichten. Sie setzt die Linie der bisherigen ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung fort (siehe unten). Die verfahrensrechtliche Grundlage für eine rückwirkende Änderung eines (bestandskräftigen) Steuerbescheides bietet § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Zwar findet diese Norm nach ganz überwiegender Auffassung auf die laufend veranlagten Steuern im Regelfall keine Anwendung (vgl. hierzu schon RFH, Urt. v. 09.01.1936 - III A 226/35 - RStBl 1936, 116; BFH, Urt. v. 12.10.1977 - I R 248/74 - BStBl II 1978, 191). Einigkeit besteht aber darüber, dass für die hier vorliegenden außerordentlichen Einkünfte i.S.d. §§ 16, 17, 18 Abs. 3 EStG, § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG i.V.m. § 16 EStG usw. Ausnahmen von der regelmäßigen Nichtanwendbarkeit des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO geboten sind (so schon z.B. RFH, Urt. v. 08.11.1933 - VI A 1187/33 - RStBl 1933, 1226; näher dazu Dötsch, Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach Betriebsveräußerung und Betriebsaufgabe, S. 122 ff., m.w.N.). Der maßgebliche Grund für diese Ausnahme liegt darin, dass die in den zitierten Regelungen erfassten Veräußerungs- und Aufgabegewinne auf einmaligen, punktuellen oder wenigstens zeitlich zusammengeballten Ereignissen beruhen. Diese besonderen Umstände rücken diese außerordentlichen Einkünfte in die Nähe der Einzelsteuern und ebnen den Weg zur Anwendung des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (Dötsch, a.a.O., S. 124 m.w.N.).
Inwieweit ein späteres, die Höhe des Veräußerungsgewinns beeinflussendes Ereignis Rückwirkung auf das Veräußerungsjahr entfaltet, ist eine materiell-rechtliche Frage, die sich ausschließlich nach den Normen des jeweils einschlägigen (Einzel-)Steuergesetzes und nicht etwa aus § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO beantwortet. Nach gefestigter Rechtsprechung des BFH stellt es ein rückwirkendes Ereignis dar, wenn zwischen den Kaufvertragsparteien ein Streit über die Höhe des im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreises entsteht und dieser Streit später durch einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich beigelegt und hierin der Kaufpreis neu festgelegt (etwa herauf- oder – wie im Besprechungsfall – herabgesetzt) wird (vgl. z.B. BFH, Urt. v. 07.09.1972 - IV 311/65 - BStBl II 1973, 11; BFH, Urt. v. 13.12.1961 - I 209/60 U - BStBl III 1962, 85; vgl. auch Dötsch, a.a.O., S. 129 m.w.N.). Eine solche Konstellation lag auch im hier zu beurteilenden Fall vor.

D. Auswirkungen für die Praxis

Bisweilen wird der ursprünglich vereinbarte und der Besteuerung zugrunde gelegte Veräußerungspreis (i.S.v. §§ 16, 17, 18 Abs. 3 EStG, § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG i.V.m. § 16 EStG usw.) später durch eine Vergleichsvereinbarung der Vertragsparteien, infolge Ausübung eines gesetzlichen Gestaltungsrechts (z.B. Rücktritt, Anfechtung wegen Irrtum, Täuschung oder Drohung, infolge Eintritts einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung) herauf- oder herabgesetzt oder sogar in vollem Umfang zurückgezahlt. In allen diesen Fällen kommt es regelmäßig über § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu einer rückwirkenden Korrektur des im ursprünglichen Steuer- oder Feststellungsbescheid angesetzten Veräußerungspreises (vgl. z.B. – zu einem Vergleich – BFH, Urt. v. 26.07.1984 - IV R 10/83 - BStBl II 1984, 786; BFH, Urt. v. 10.02.1994 - IV R 37/92 - BStBl II 1994, 564; BFH, Urt. v. 19.08.2003 - VIII R 67/02 - BStBl II 2004, 107; zu nachträglichen Veränderungen des Veräußerungspreises aufgrund nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschäfte vgl. z.B. RFH, Urt. v. 08.11.1933 - VI A 1187/33 - RStBl 1933, 1226; RFH, Urt. v. 29.04.1936 - IV A 424/35 - RStBl 1936, 678; BFH, Urt. v. 23.06.1988 - IV R 84/86 - BStBl II 1989, 41; zur Herabsetzung des Kaufpreises wegen Sachmängel vgl. RFH, Urt. v. 08.11.1933 - VI A 1187/33 - RStBl 1933, 1226; RFH, Urt. v. 29.04.1936 - IV A 424/35 - RStBl 1936, 678; zur Herabsetzung des Kaufpreises wegen Rechtsmängel vgl. RFH, Urt. v. 30.10.1935 - VI A 768/35 - StuW 1936 Sp. 551). Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung des BFH und der h.L. auch für den gänzlichen oder teilweisen Ausfall der Kaufpreisforderung aus der Veräußerung des Betriebes (grundlegend BFH, Beschl. v. 19.07.1993 - GrS 2/92 - BStBl II 1993, 897).

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 7/2010 Anm. 2
Erstveröffentlichung: 15.02.2010

Behinderungsbedingte Umbaumaßnahmen als außergewöhnliche Belastungen

Anmerkung zu: BFH 6. Senat, Urteil vom 22.10.2009 - VI R 7/09
Autor: Dr. Winfried Bergkemper, RiBFH

Aufwendungen für den behindertengerechten Umbau eines Hauses können als außergewöhnliche Belastungen abziehbar sein, wenn sie so stark unter dem Gebot der sich aus der Situation ergebenden Zwangsläufigkeit stehen, dass die etwaige Erlangung eines Gegenwertes in Anbetracht der Gesamtumstände des Einzelfalles in den Hintergrund tritt.

A. Problemstellung

Zu klären war, ob Aufwendungen für den behindertengerechten Umbau eines Hauses als außergewöhnliche Belastungen abziehbar sind. Bedenken ergeben sich aus der sog. Gegenwertlehre.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Kläger sind die Erben des verstorbenen A, der mit der Klägerin im Streitjahr (2000) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurde. A erlitt im Jahre 1999 einen schweren Schlaganfall, der längere Rehabilitations- und Kurmaßnahmen zur Folge hatte und zum Ausweis eines Grads der Behinderung von 100 mit den Merkzeichen G (gehbehindert), aG (außergewöhnlich gehbehindert), H (hilflos) und RF (Rundfunkgebührenbefreiung) führte.
Um A trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen weiterhin ein Leben in seiner gewohnten Umgebung zu ermöglichen und ihm den Aufenthalt in einem Pflegeheim zu ersparen, nahmen die Ehegatten im Streitjahr verschiedene Umbaumaßnahmen an ihrem Einfamilienhaus in B vor. Dabei handelte es sich um den Bau einer Rollstuhlrampe, die Einrichtung eines behindertengerechten Bades in einem Teil der bisherigen Küche, die Errichtung einer neuen Küche im verbliebenen Teil des früheren Küchenraumes sowie im Hauswirtschaftsraum und Umwandlung des Arbeitszimmers in einen Schlafraum.
Die von der Krankenkasse nicht bezuschussten Umbaukosten machten A und die Klägerin i.H.v. 139.715,34 DM in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr als außergewöhnliche Belastung geltend. Dies lehnte das Finanzamt ab, gewährte jedoch den Behinderten-Pauschbetrag i.H.v. 7.200 DM und den Pflege-Pauschbetrag von 1.800 DM.
Das Finanzgericht wies die Klage ab (Hessisches FG, Urt. v. 24.05.2007 - 9 K 1043/03). Die Revision dagegen war erfolgreich. Der BFH führte u.a. aus:
Die Beteiligten gingen zu Recht davon aus, dass es sich bei den ausschließlich behinderungsbedingten Umbaukosten um außergewöhnliche Aufwendungen i.S.d. § 33 Abs. 1 EStG handele, denn es seien größere Aufwendungen, als sie der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie gleichen Familienstandes erwüchsen. Diese Aufwendungen seien auch nicht durch den A gewährten Behinderten- und Pflege-Pauschbetrag abgegolten. Der Behinderten-Pauschbetrag nach § 33b Abs. 1 bis 3 EStG gelte nach der Rechtsprechung des BFH nur laufende und typische Mehraufwendungen des Behinderten ab, so dass „zusätzliche Krankheitskosten“ nicht von der Abgeltungswirkung des Pauschbetrags erfasst würden (BFH, Urt. v. 17.12.1965 - VI 297/65 U - BStBl III 1966, 208; BFH, Urt. v. 11.12.1987 - III R 95/85 - BStBl II 1988, 275 m.w.N.). Dies gelte erst recht für den Pauschbetrag nach § 33b Abs. 6 EStG, der nur die durch die Pflege einer Person veranlassten Aufwendungen erfasse.
Die reinen Umbaukosten seien im Streitfall aber auch zwangsläufig erwachsen (§ 33 Abs. 2 Satz 1 EStG). Aufwendungen infolge Körperbehinderung seien ebenso wie Krankheitskosten von jeher ein Anwendungsfall der Zwangsläufigkeit aus tatsächlichen Gründen. Nach Auffassung des erkennenden Senats gelte dies insbesondere auch für die streitbefangenen Umbaukosten, die nicht anders zu behandeln seien als die Aufwendungen für den Treppenlift eines Querschnittsgelähmten (BFH, Urt. v. 30.10.2008 - III R 97/06 - BFH/NV 2009, 728). Durch den nicht vorhersehbaren Schlaganfall und die dadurch eingetretene schwerwiegende Behinderung sei eine Zwangslage entstanden, die die behinderungsgerechten Umbaumaßnahmen unausweichlich gemacht habe.
Im Streitfall werde der Abzug der zwangsläufigen Aufwendungen aber auch nicht durch einen Gegenwert gehindert. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob der im Schrifttum geäußerten Fundamentalkritik an der sog. Gegenwertlehre gefolgt werden könne (Kanzler in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 EStG Rn. 37). Hier ständen die behinderungsbedingten Aufwendungen so stark unter dem Gebot der sich aus der Situation ergebenden Zwangsläufigkeit, dass die Erlangung eines etwaigen Gegenwertes in Anbetracht der Gesamtumstände in den Hintergrund trete.
Seien die durch die Behinderung veranlassten reinen Umbaukosten danach als außergewöhnliche Belastungen anzuerkennen, so folge daraus nach dem Gesetzeswortlaut der Sofortabzug der Aufwendungen.

C. Kontext der Entscheidung

Erwachsen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes (außergewöhnliche Belastung), so wird auf Antrag die Einkommensteuer in bestimmtem Umfang ermäßigt (§ 33 Abs. 1 EStG).
§ 33 EStG setzt voraus, dass der Steuerpflichtige eine (außergewöhnliche) „Belastung“ zu tragen hat. Eine solche liegt nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des BFH nicht vor, wenn der Steuerpflichtige Gegenstände anschafft, die für ihn einen Gegenwert zu den aufgewandten Kosten darstellen (sog. Gegenwertlehre). Denn dann handelt es sich um eine bloße Umschichtung von Vermögenswerten, die den Steuerpflichtigen nicht (außergewöhnlich) „belastet“. Nur soweit Werte aus seinem Vermögen oder seinem laufenden Einkommen endgültig abfließen, liegt bei ihm – anders als bei einer reinen Vermögensumschichtung – eine Belastung vor (BFH, Urt. v. 10.10.1996 - III R 209/94 - BStBl II 1997, 491; BFH, Urt. v. 02.06.2005 - III R 7/04 - BFH/NV 2006, 36; BFH, Urt. v. 15.12.2005 - III R 10/04 - BFH/NV 2006, 931). Nach diesen Grundsätzen waren u.a. Aufwendungen für den krankheitsbedingten Einbau eines Fahrstuhls in bzw. an ein Einfamilienhaus keine außergewöhnliche Belastung (BFH, Urt. v. 10.10.1996 - III R 209/94 - BStBl II 1997, 491; BFH, Urt. v. 02.06.2005 - III R 7/04 - BFH/NV 2006, 36;

BFH, Urt. v. 15.12.2005 - III R 10/04 - BFH/NV 2006, 931; BFH, Urt. v. 25.01.2007 - III R 7/06 - BFH/NV 2007, 1081). Über den Abzug eines „verlorenen Aufwands" ließ die Rechtsprechung bislang eine Korrektur der Gegenwerttheorie zu (Loschelder in: Schmidt, EStG, 28. Aufl., § 33 Rn. 10 m.w.N.).
Der seit 2009 für die außergewöhnlichen Belastungen zuständige VI. Senat des BFH hat in der Besprechungsentscheidung die Gegenwerttheorie zwar nicht ausdrücklich aufgegeben, aber doch stark in Zweifel gezogen. Die Entscheidung stellt zumindest keine Fortsetzung der zitierten Rechtsprechung des III. Senats des BFH dar. Es bleibt abzuwarten, ob sich der BFH bei passender Gelegenheit ausdrücklich von der Gegenwerttheorie verabschieden wird. Im Streitfall spielte nach seiner Auffassung der Gegenwertgedanke schon deshalb keine Rolle, weil die Maßnahmen der Steuerpflichtigen hier so stark unter dem Gebot der sich aus der Situation ergebenden Zwangsläufigkeit standen, dass die Erlangung eines Gegenwerts in Anbetracht der Gesamtumstände des Einzelfalls in den Hintergrund trat. Dieser Gedanke hätte aber in den genannten Entscheidungen des III. Senats zur steuerlichen Berücksichtigung der Kosten für den krankheitsbedingten Einbau eines Aufzugs auch bereits fruchtbar gemacht werden können.

D. Auswirkungen für die Praxis

Es spricht viel dafür, dass der Gegenwertgedanke, dem eine bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde liegt, in Zukunft keine maßgebliche Rolle mehr spielen wird. Ob in den Fällen, in denen die steuerlichen Folgen einer behindertengerechten Baumaßnahme im Streit sind, ein Abzug nach § 33 EStG in Betracht kommt, entscheidet sich allein an den Tatbestandsmerkmalen „außergewöhnlich" und „zwangsläufig". Eines Rückgriffs auf ein weiteres, ungeschriebenes Merkmal bedarf es nicht.
Im Streitfall und damit auch in vergleichbaren Fällen können die Kläger die str. Aufwendungen sofort in Abzug bringen. Der Auffassung der Finanzverwaltung (z.B. OFD Frankfurt, Verfügung v. 13.11.2008 - S 2284 A-46-St 216; BayLASt, Verfügung v. 23.10.2009 S 2284.1.1-2/2 St32/St33), wonach die Aufwendungen für die behindertengerechte Umrüstung eines Pkws auf die Nutzungsdauer des Fahrzeugs zu verteilen sind, ein Sofortabzug aber ausgeschlossen wird, ist der BFH nicht gefolgt. § 33 EStG enthält weder eine Verweisung auf die Vorschriften über die Absetzungen für Abnutzung noch eine Gesetzeslücke, die eine analoge Anwendung des § 7 EStG nahe legen würde. Der BFH hält es jedoch für denkbar, dem Steuerpflichtigen im Wege der abweichenden Festsetzung von Steuern aus Billigkeitsgründen (§ 163 AO) ein Wahlrecht auf Verteilung der Aufwendungen einzuräumen, wenn – anders als im Streitfall – ein zu geringer Gesamtbetrag der Einkünfte dem vollen Abzug der Aufwendungen entgegensteht.

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 7/2010 Anm. 4
Erstveröffentlichung: 15.02.2010

Ablaufhemmung nach Erstattung einer Selbstanzeige

Anmerkung zu: BFH 8. Senat, Urteil vom 08.07.2009 - VIII R 5/07
Autor: Dieter Steinhauff, RiBFH a.D.

1. Ermittlungen der Strafsachen- und Bußgeldstelle des Finanzamts stellen keine Ermittlungen der mit „der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden" i.S. des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO dar und führen daher nicht zur Ablaufhemmung nach dieser Vorschrift.
2. Wurde die Einleitung des Steuerstrafverfahrens wegen des Verdachts bestimmter, in der Einleitungsverfügung ausdrücklich genannter Steuerstraftaten dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben, dann ist der Ablauf der Festsetzungsfrist gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 AO nur für diejenigen Steueransprüche gehemmt, wegen deren vermeintlicher Verletzung das Strafverfahren tatsächlich eingeleitet und die Einleitung dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben wurde.
3. Der zeitlich auf ein Jahr begrenzte Umfang der Ablaufhemmung, die durch die Erstattung einer Selbstanzeige gemäß § 171 Abs. 9 AO ausgelöst wird, kann durch Steuerfahndungsermittlungen, die erst nach Ablauf der ungehemmten Festsetzungsfrist aufgenommen wurden, nicht mehr erweitert werden.

A. Problemstellung

Die Besprechungsentscheidung verdeutlicht anhand der nachgewiesenen höchstrichterlichen Rechtsprechung die unterschiedlichen Voraussetzungen der Tatbestände in § 171 Abs. 5 Sätze 1 und 2 sowie Abs. 9 AO für eine Ablaufhemmung der regulären Festsetzungsfrist und stellt insbesondere klar, dass eine vom Steuerpflichtigen vor Ablauf der Festsetzungsfrist erstattete Selbstanzeige zwar nicht zu einer Beendigung der Festsetzungsfrist vor Ablauf eines Jahres nach Eingang der Anzeige führt, jedoch Ermittlungshandlungen, die nach Ablauf der regulären Festsetzungsfrist und erst während des Einjahreszeitraumes aufgenommen werden, nicht zu einer weiter gehenden Ablaufhemmung führen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beteiligten streiten darüber, ob für das Streitjahr 1992 Festsetzungsverjährung eingetreten ist und damit das beklagte Finanzamt keinen geänderten Einkommensteuerbescheid mehr erlassen durfte. Die Kläger gaben ihre Einkommensteuererklärung 1992 beim Finanzamt in 1993 ab. Der Kläger erhielt als Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft der X-Firma im Streitjahr 1992 von Mittelsmännern eine Zahlung von ca. 1 Mio. DM. Das Geld transferierte er auf ein ausländisches Bankkonto einer ihm zuzurechnenden Liechtensteinischen Stiftung. In seiner Einkommensteuererklärung blieben der Empfang der Zahlung und der Zufluss von Kapitalerträgen auf dem Auslandskonto unerwähnt. Am 05.11.2003 offenbarte er sich gegenüber den Finanzbehörden im Rahmen einer Selbstanzeige. Am selben Tag fand außerdem eine Besprechung im Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuer-

fahndung (Strafsachen-FA) in Anwesenheit des Vorstehers, einer Mitarbeiterin der Strafsachen- und Bußgeldstelle (StraBuSt) und der Bevollmächtigten der Kläger statt. Mit Schreiben vom 12.11.2003 leitete das Strafsachen-FA gegenüber den Klägern ein Steuerstrafverfahren wegen des Verdachts der Einkommensteuerhinterziehung 1999 bis 2002 ein und forderte „zur steuerlichen Auswertung entsprechende Aufstellungen und Unterlagen ab dem Veranlagungsjahr 1992 bis 2001“ an. Am 30.01.2004 nahm die Steuerfahndung ihre Ermittlungen auf. Das Finanzamt wertete die Selbstanzeige in dem streitigen Einkommensteueränderungsbescheid 1992 vom 09.06.2005 aus.

Nach erfolglosem Einspruch gab das Finanzgericht der Klage statt (FG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2006 - 15 K 4744/05 E - EFG 2007, 735). Die Revision des Finanzamtes, wonach der Ablauf der Festsetzungsfrist gemäß § 171 Abs. 5 AO im Zusammenwirken mit § 171 Abs. 9 AO gehemmt gewesen sei, wies der BFH als unbegründet zurück. Eine Änderung der Einkommensteuerfestsetzung für 1992 sei nach Ablauf der Festsetzungsfrist unzulässig (§ 169 Abs. 1 Satz 1 AO).

Begännen die mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden vor Ablauf der Festsetzungsfrist beim Steuerpflichtigen mit Ermittlungen der Besteuerungsgrundlagen, so laufe die Festsetzungsfrist insoweit nicht ab, bevor die aufgrund der Ermittlungen zu erlassenden Steuerbescheide unanfechtbar geworden sind. Das Gleiche gelte, wenn dem Steuerpflichtigen die Einleitung des Steuerstrafverfahrens bekannt gegeben worden sei (§ 171 Abs. 5 Satz 1 und 2 AO). Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung der Fahndungsprüfung sei, dass Ermittlungshandlungen vor Ablauf der Festsetzungsfrist tatsächlich vorgenommen worden seien. Darüber hinaus müsse für den Steuerpflichtigen erkennbar sein, dass in seinen Steuerangelegenheiten ermittelt werde. Für Steueransprüche, die nicht Gegenstand der Fahndungsprüfung gewesen seien, könne keine Ablaufhemmung eintreten. Die Ablaufhemmung ende nur dann, wenn aufgrund der Prüfung Steuerbescheide ergangen und diese unanfechtbar seien. Erstatte der Steuerpflichtige vor Ablauf der Festsetzungsfrist eine Anzeige nach § 371 AO, so ende die Festsetzungsfrist nicht vor Ablauf eines Jahres nach Eingang der Anzeige (§ 171 Abs. 9 AO). Die Festsetzungsfrist sei zum Zeitpunkt des Erlasses des Einkommensteueränderungsbescheids am 09.06.2005 bereits abgelaufen gewesen. Die Einkommensteuererklärung 1992 sei im Jahr 1993 abgegeben worden. Die Festsetzungsfrist habe gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO zum Jahresende 1993 zu laufen begonnen. Die gemäß § 169 Abs. 2 Satz 2 AO zehnjährige Festsetzungsfrist habe damit regulär am 31.12.2003 geendet. Der Ablauf dieser Frist sei allein durch die Selbstanzeige vom 05.11.2003 gemäß § 171 Abs. 9 AO für die Dauer eines Jahres gehemmt und bei Erlass des Änderungsbescheids im Juni 2005 bereits abgelaufen gewesen. Andere Hemmungstatbestände seien nicht verwirklicht worden. Die Einleitung des Steuerstrafverfahrens habe den Ablauf der Festsetzungsfrist nicht gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 AO gehemmt; denn dieses habe die Einleitung des Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Einkommensteuerhinterziehung in vier rechtlich selbstständigen Fällen 1999 bis 2002 bekannt gegeben.

So wie sich die Steuerfahndungsprüfung i.S.d. § 171 Abs. 5 Satz 1 AO gegenständlich auf einen bestimmten Steueranspruch beziehen müsse, um die Frist zur Festsetzung dieses Anspruchs offen zu halten, so greife auch der Tatbestand des § 171 Abs. 5 Satz 2 AO nur in Bezug auf denjenigen konkreten Steueranspruch ein, der durch eine im Ermittlungsverfahren näher aufzuklärende Straftat verletzt worden sein solle. Auch die Steuerfahndung habe bis zum 31.12.2003 nicht mit der Ermittlung von Besteuerungsgrundlagen i.S.d. § 171 Abs. 5 Satz 1 AO begonnen. Nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des Finanzgerichts sei im Jahr 2003 allein die StraBuSt des Strafsachen-FA tätig geworden. Die von ihr ergriffenen Maßnahmen – die Anforderung von Unterlagen und vor allem die Informationsgewinnung durch Befragung des Vertreters der Kläger anlässlich des Gesprächs an Amtsstelle – stellten zwar gewichtige Ermittlungshandlungen dar, jedoch stelle § 171 Abs. 5 Satz 1 AO nach seinem eindeutigen Wortlaut auf dem Steuerpflichtigen erkennbare Ermittlungen der mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden ab, woran es vorliegend fehle.

Die Ermittlungen der StraBuSt könnten nicht der Steuerfahndung zugerechnet werden, auch wenn der Landesverordnungsgeber StraBuSt und Steuerfahndung in einem eigenständigen Strafsachen-FA organisatorisch verselbstständigt habe (Seipl in: Beermann/Gosch, AO, § 404 Rn, 7 zur Organisationsstruktur). Der Bundesgesetzgeber habe in der hier allein maßgeblichen Verjährungsvorschrift des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO die ausdrückliche Entscheidung getroffen, dass nur Ermittlungen der Steuerfahndungsdienststellen, nicht aber anderer Untergliederungen einer Finanzbehörde, wie z.B. der StraBuSt, der Betriebsprüfungsstelle, der Vollstreckungsstelle, oder Ermittlungen des Finanzamts schlechthin eine Hemmung auslösen könnten. Die danach zwingend erforderliche Abgrenzung dürfe durch eine wie auch immer geartete Zurechnung nicht unterlaufen werden. In der AO finde sich keine Norm, wonach Ermittlungen anderer Dienststellen der Landesfinanzbehörden der Steuerfahndung als eigene verjährungshemmende Ermittlungen zuzurechnen seien. Vielmehr trenne die AO, wie sich aus den Regelungen in den §§ 208 Abs. 3 und 404 AO ergebe, Aufgaben und Befugnisse der mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden streng von den Aufgaben und Befugnissen sonstiger Dienststellen oder des Finanzamts als solchem.

Die im November 2003 erstattete Selbstanzeige stelle nach h.M. keinen Antrag i.S.d. § 171 Abs. 3 AO dar und führe daher nicht zu einer Ablaufhemmung nach dieser Vorschrift. Der Gesetzgeber habe den Fall des Eingangs einer Selbstanzeige oder einer Berichtigungserklärung gemäß § 153 AO in der Sonderregelung des § 171 Abs. 9 AO erfasst. Dieser Norm käme keine Bedeutung mehr zu, wenn man jede Selbstanzeige als Antrag i.S.d. § 171 Abs. 3 AO beurteilte. Die im Januar 2004 und damit innerhalb der Jahresfrist des § 171 Abs. 9 AO begonnenen Ermittlungen der Steuerfahndung haben indes keine weitere zeitlich unbegrenzte Ablaufhemmung gemäß § 171 Abs. 5 Satz 1 AO ausgelöst. Vielmehr richte sich der zeitliche Umfang der Hemmung allein nach der Sonderregelung des § 171 Abs. 9 AO. Der dort vorgesehene zeitliche Rahmen könne durch Steuerfahndungsermittlungen, die erst nach Ablauf der ungehemmten Festsetzungsfrist aufgenommen worden seien, nicht mehr erweitert werden. Der Senat schließe sich damit der in der Literatur einhellig vertretenen Auffassung an. Die Regelung verdränge grundsätzlich nicht andere Hemmungstatbestände, deren Voraussetzungen vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist verwirklicht worden seien. Der Zweck des § 171 Abs. 9 AO bestehe allein darin, die Finanzbehörde in die Lage zu versetzen, die kürzer als

ein Jahr vor Ablauf der Festsetzungsfrist eingehende Selbstanzeige ohne Zeitdruck prüfen und eine etwaige Bescheid-Änderung innerhalb eines Jahres veranlassen zu können. Mit Rücksicht auf diesen Gesetzeszweck sei es nicht zulässig, den Tatbestand des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO, der ohne vorherigen Eingang der Selbstanzeige für sich betrachtet keine verjährungshemmende Wirkung entfalten würde, mit Abs. 9 der Vorschrift zu kombinieren. Denn die erforderliche Überprüfung und Auswertung der Selbstanzeige fände dann nicht innerhalb der vom Gesetzgeber eigens hierfür vorgesehenen und als ausreichend erachteten Auswertungsfrist des § 171 Abs. 9 AO statt.

C. Kontext der Entscheidung

1. Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung der Fahndungsprüfung ist, dass Ermittlungshandlungen vor Ablauf der Festsetzungsfrist tatsächlich vorgenommen worden sind. Darüber hinaus muss für den Steuerpflichtigen erkennbar sein, dass in seinen Steuerangelegenheiten ermittelt wird. Für Steueransprüche, die nicht Gegenstand der Fahndungsprüfung gewesen sind, kann keine Ablaufhemmung eintreten (BFH, Urt. v. 09.03.1999 - VIII R 19/97 - BFH/NV 1999, 1186; BFH, Urt. v. 13.02.2003 - X R 62/00 - BFH/NV 2003, 740). Anders als nach § 171 Abs. 4 AO richtet sich die Regelung nicht auf eine bestimmte Steuerart oder einen bestimmten Veranlagungszeitraum. Vielmehr greift § 171 Abs. 5 Satz 1 AO nur ein, soweit sich das Ergebnis der Ermittlungen auf die Besteuerungsgrundlagen auswirkt, d.h. maßgebend sind nur die Besteuerungsgrundlagen, die durch die Ermittlungen aufgedeckt worden sind (BFH, Urt. in BFH/NV 2005, 1961; BFH, Urt. v. 08.07.2009 - XI R 42/08). Wird sie nach Beginn, aber vor Ablauf der Festsetzungsfrist für den Steuerpflichtigen erkennbar auf bestimmte Steueransprüche erweitert, tritt auch insoweit die Ablaufhemmung ein.
2. Die Ablaufhemmung endet nur dann, wenn aufgrund der Prüfung Steuerbescheide ergangen und diese unanfechtbar sind. Die zeitliche Grenze für den Erlass von Änderungsbescheiden im Anschluss an Fahndungsmaßnahmen wird durch den Eintritt der Verwirkung gezogen (BFH, Urt. v. 24.04.2002 - I R 25/01 - BStBl II 2002, 586; BFH, Urt. v. 09.03.1999 - VIII R 19/97 - BFH/NV 1999, 1186).
3. So wie sich die Steuerfahndungsprüfung i.S.d. § 171 Abs. 5 Satz 1 AO gegenständlich auf einen bestimmten Steueranspruch beziehen muss, um die Frist zur Festsetzung dieses Anspruchs offen zu halten (BFH, Urt. 09.03.1999 - VIII R 19/97 - BFH/NV 1999, 1186), so greift auch der Tatbestand des § 171 Abs. 5 Satz 2 AO nur in Bezug auf denjenigen konkreten

Steueranspruch ein, der durch eine im Ermittlungsverfahren näher aufzuklärende Straftat verletzt worden sein soll (BFH, Urt. v. 14.04.2005 - XI R 83/03 - BFH/NV 2005, 1961; Frotscher in: Schwarz, AO, § 171 Rn. 65a). Verjährungsrechtlich will das Gesetz damit sicherstellen, dass die im Zuge des eingeleiteten Steuerstrafverfahrens gewonnenen Erkenntnisse bei der Festsetzung des betroffenen Steueranspruchs Berücksichtigung finden (BFH, Urt. v. 29.04.2008 - VIII R 5/06 - BStBl II 2008, 844, zu der vergleichbaren Vorschrift des § 239 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO). Erkenntnisgewinn in diesem Sinne verspricht aber nicht irgendein Steuerstrafverfahren, sondern nur ein solches, das gerade wegen der vermeintlichen Verletzung eines bestimmten Steueranspruchs eingeleitet worden ist.

4. Eine erstattete Selbstanzeige stellt nach h.M. keinen Antrag i.S.d. § 171 Abs. 3 AO dar (s.a. BFH, Beschl. v. 26.09.1996 - IV R 51/95 - BStBl II 1997, 263 zu § 170 Abs. 2 Nr. 1 AO) und führt daher nicht zu einer Ablaufhemmung nach dieser Vorschrift (Kruse in: Tipke/Kruse, AO, FGO, § 171 AO Rn. 12; Pahlke/Koenig/Cöster, AO, 2. Aufl., § 171 Rn. 27; FG Bremen, Urt. v. 07.09.2006 - 1 K 69/06 - EFG 2006, 1883; im Ergebnis gleicher Auffassung auch Ruban in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 171 AO Rn. 17; Balmes in: Kühn/v. Wedelstädt, 19. Aufl., AO, § 171 Rn. 21, jeweils zur Berichtigungserklärung nach § 153 AO). Der Gesetzgeber hat den Fall des Eingangs einer Selbstanzeige oder einer Berichtigungserklärung gemäß § 153 AO in der Sonderregelung des § 171 Abs. 9 AO erfasst. Dieser Norm käme keine Bedeutung mehr zu, wenn man jede Selbstanzeige als Antrag i.S.d. § 171 Abs. 3 AO beurteilen würde.

5. Der dort vorgesehene zeitliche Rahmen kann durch Steuerfahndungsermittlungen, die erst nach Ablauf der ungehemmten Festsetzungsfrist aufgenommen worden sind, nicht mehr erweitert werden. Der BFH schließt sich damit der in der Literatur einhellig vertretenen Auffassung an (Ruban, a.a.O., § 171 AO Rn. 100; Kruse, a.a.O., § 171 AO Rn. 84; Balmes, a.a.O., § 171 Rn. 91; Pahlke/Koenig/Cöster, a.a.O., § 171 Rn. 139; Klein/Rüsken, AO, 10. Aufl., § 171 Rn. 93). Zwar ist der Wortlaut des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO nicht eindeutig. Mit der Formulierung „vor Ablauf der Festsetzungsfrist" könnte die reguläre ungehemmte Frist (so Pahlke/ Koenig/Cöster, a.a.O., § 171 Rn. 62 und 109; Hartmann in: Beermann/Gosch, AO § 171 Rn. 33 und 57) oder auch die bereits anderweitig – hier: gemäß § 171 Abs. 9 AO – gehemmte Frist gemeint sein. Dagegen führt die Auslegung des § 171 Abs. 9 AO nach seinem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, dem Zweck und der systematischen Funktion zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber für die kurz vor Eintritt der Verjährung bei den Finanzbehörden eingehende Selbstanzeige (§ 371 AO) oder Berichtigungserklärung (§ 153 AO) eine verjährungsrechtliche Sonderregelung geschaffen hat, deren Rechtsfolgen nicht durch die Verknüpfung mit dem Hemmungstatbestand des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO unterlaufen werden dürfen.

6. Der Hemmungstatbestand des § 171 Abs. 9 AO kommt nicht zum Tragen, wenn die dort vorgesehene Jahresfrist vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist endet (BFH, Beschl. v. 22.01.1997 - II B 40/96 - BStBl II 1997, 266). Auch verdrängt diese Regelung grundsätzlich nicht andere Hemmungstatbestände, deren Voraussetzungen vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist verwirklicht wurden (BFH, Beschl. v. 22.01.1997 - II B 40/96 - BStBl II 1997, 266; BFH, Beschl. v. 14.03.2005 - II B 11/04 - BFH/NV 2005, 1340; BFH, Beschl. v. 25.07.2007 - V B 39/07 - BFH/NV 2007, 2071; BFH, Beschl. v. 14.09.2007 - VIII B 20/07 - BFH/NV 2008, 25, dort auch zu Ausnahmen). Danach besteht der Zweck des § 171 Abs. 9 AO allein darin, die Finanzbehörde in die Lage zu versetzen, die kürzer als ein Jahr vor Ablauf der Festsetzungsfrist eingehende Selbstanzeige ohne Zeitdruck prüfen und eine etwaige Bescheid-Änderung innerhalb eines Jahres veranlassen zu können. Um die erforderliche Auswertung der Selbstanzeige oder der Berichtigungserklärung gemäß § 153 AO sicherzustellen, gewährt der Gesetzgeber dem Fiskus bewusst eine Auswertungsfrist von einem Jahr (BFH, Urt. v. 28.02.2008 - VI R 62/06 - BStBl II 2008, 595; Lohmeyer in: Pump/Leibner, AO, Kommentar, § 171 Rn. 52; vgl. auch Protokoll Nr. 22/11 der Arbeitsgruppe „AO-Reform" des Finanzausschusses, Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode 1969, 6. Ausschuss). Eine zeitlich unbegrenzte Ablaufhemmung hat der Gesetzgeber hingegen gerade nicht geschaffen. Er ging vielmehr davon aus, dass die Prüfung der Berichtigungserklärungen innerhalb der Frist des § 171 Abs. 9 AO stattfindet und danach die Festsetzungsverjährung eintritt. Die Bewältigung der Auswertungsarbeiten innerhalb eines Jahres ist objektiv auch ohne weiteres möglich, da eine Selbstanzeige i.S.d. § 371 Abs. 1 AO nur vorliegt, wenn das Finanzamt durch die Angaben in der Berichtigungserklärung in die Lage versetzt wird, ohne langwierige große Nachforschungen die zutreffende Steuer – ggf. im Schätzungswege – festzusetzen (BGH, Urt. v. 05.09.1974 - 4 StR 369/74 - NJW 1974, 2293; BFH, Beschl. v. 10.06.2005 - VIII B 324/03 - StE 2005, 2149; Klein/Jäger, a.a.O., § 371 Rn. 18).

D. Auswirkungen für die Praxis

1. § 171 AO regelt nicht die Dauer der Festsetzungsfrist, sondern schiebt allein den planmäßigen Eintritt hinaus (BFH, Beschl. v. 14.09.2007 - VIII B 20/07 - BFH/NV 2008, 25).
2. Der Hemmungstatbestand des § 171 Abs. 9 AO kommt nicht zum Tragen, wenn die dort vorgesehene Jahresfrist vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist endet (BFH, Beschl. v. 22.01.1997 - II B 40/96 - BStBl II 1997, 266).
3. Auch verdrängt diese Regelung grundsätzlich nicht andere Hemmungstatbestände, deren Voraussetzungen vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist verwirklicht worden sind (BFH, Beschl. v. 25.07.2007 - V B 39/07 - BFH/NV 2007, 2071).
4. Mit Rücksicht auf den Gesetzeszweck des § 171 Abs. 9 AO ist es nicht zulässig, den Tatbestand des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO, der ohne vorherigen Eingang der Selbstanzeige für sich betrachtet keine verjährungshemmende Wirkung entfalten würde, mit Abs. 9 der Vorschrift zu kombinieren.
5. § 171 Abs. 9 AO kommt nur für Steueransprüche zum Zuge, die auf Sachverhalten beruhen, die der Steuerpflichtige offenbart hat (BFH, Beschl. v. 10.06.2005 - VIII B 324/03).
6. An die Selbstanzeige sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Eine wirksame Selbstanzeige setzt nicht voraus, dass das FA dadurch sofort ohne weitere Aufklärung die Steuer festsetzen kann (BGH, Urt. v. 05.09.1974 - 4 StR 369/74 - NJW 1974, 2293).

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 3/2010 Anm. 1
Erstveröffentlichung: 18.01.2010

Scheinsozietät – Haftungsgefahren für die Anwaltschaft

Dipl.Oec. Christian Kogler | HDI-Gerling | Hannover

In der anwaltlichen Praxis ist seit geraumer Zeit die Tendenz zu beoabachten, durch eine möglichst hohe Anzahl von Berufsträgern auf dem Briefkopf, die Nennung zusätzlicher Standorte oder die Kenntlichmachung einer interprofessionellen Zusammenarbeit mit bspw. Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Patentanwälten eine besondere Außenwirkung zu erzielen.

Insbesondere bei jüngeren Existenzgründern handelt es sich bei derartigen „Kooperationen" (§ 8 BORA) nicht zwingend um eine gemeinschaftliche Berufsausübung sondern eher um eine lose, vor allem unter werblichen Aspekten initiierte Form der Zusammenarbeit. Eine echte gemeinschaftliche Mandatsbearbeitung, die auch eine Verteilung der Gewinne auf alle Berufsträger erlaubt, findet hierbei nicht notwendigerweise statt, so dass im Regelfall die unterschiedlichen Berufsträger eigenständige Mandatsverträge schließen.

Liegt nun eine Kooperation im o.g. Umfang vor, ist die Entstehung einer sog. „Scheinsozietät" mit allen daraus erwachsenden Konsequenzen möglich.

Erscheinungsformen

Eine Schein- oder Außensozietät kann vorliegen, wenn Angehörige sozietätsfähiger Berufe durch eine gemeinsame Kundmachung nach außen hin bei einem Mandanten (auf dessen Empfängerhorizont es insoweit ankommt) den Anschein einer Sozietät erwecken, ohne dass dieser Zusammenarbeit die gesellschaftsvertraglichen Regelungen einer Sozietät zugrunde liegen. Allein durch das gemeinsame Auftreten nach außen kommt der Mandatsvertrag nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht mit allen Scheinsozien zustande. Dies bedeutet, dass eine derartige Kooperation aus Haftungssicht analog zur „echten" Sozietät zu betrachten ist.

Beispiele für Scheinsozietäten

- Der angestellte Rechtsanwalt oder freie Mitarbeiter wird in den Briefkopf aufgenommen, ohne seinen tatsächlichen Status deutlich zu machen.
- Rechtsanwälte A und B arbeiten in Bürogemeinschaft. Das Praxisschild lautet „A&B Rechtsanwälte" Es liegt kein Sozietätsvertrag zugrunde, sondern lediglich eine Vereinbarung über die Teilung der gemeinsamen Bürokosten.

Maßgeblich ist dabei immer die externe Sichtweise, d. h. wie stellt sich die Kanzlei (Kooperation) aufgrund Briefkopf, Büroschild, Kanzlei-Homepage etc. nach außen dar.

Haftung der Scheinsozien

Zivilrechtlich besteht die Gefahr, dass die Scheinsozietät gegenüber den Mandanten verpflichtet wird, dass alle – z. B. auf dem Briefkopf – auftretenden Berufsträger, analog zur „echten" Sozietät, gesamtschuldnerisch haften. Die gesamtschuldnerische Haftung ergibt sich dabei ohne Rücksicht auf das tatsächlich bestehende Innenverhältnis der (Schein-)Sozien. Interne Vereinbarungen der Scheinsozien spielen zumeist keine Rolle.

Leitsatz:
Die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Rechtsscheinhaftung bei Scheinsozietäten gelten auch dann, wenn auf dem gemeinsamen Briefkopf der Zusatz „In Kanzleigemeinschaft" angebracht ist. (OLG Köln Urt. v. 17.12.2002 – 22 U 168/02)

BiOLive

GOURMETRESTAURANT
AM TRILLER

Eine gute Nachricht für alle Feinschmecker in der Region. Küchenchef Sylvain Zapp, ein innovativer Küchenkünstler schmeichelt die Geschmacksnerven seiner Gäste mit kreativen Symbiosen der französischen und mediterranen Bioküche.

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

Versicherungsschutz

Versicherungsrechtlich können bei Vorliegen einer Scheinsozietät erhebliche Probleme auftreten, die unter Umständen zu weitreichenden finanziellen Konsequenzen führen können. Der Status als Versicherungsnehmer im Vermögensschaden-Haftpflichtvertrag setzt die freie anwaltliche Berufsausübung voraus. Angestellte Rechtsanwälte oder als freie Mitarbeiter tätige Berufsträger werden üblicherweise in den Versicherungsschutz der Sozietät mit einbezogen – sind aber nicht Versicherungsnehmer, sondern lediglich versicherte Person.

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. Wurden die Angestellten (freien Mitarbeiter) nicht als Sozien in den Versicherungsvertrag des Arbeitgebers mit aufgenommen, können sie naturgemäß auch nicht den Versicherungsschutz eines Sozius vorweisen. Die zur Verfügung stehende Deckungssumme für den einzelnen Schadenfall wäre damit entsprechend reduziert, wodurch es zu erheblichen finanziellen Folgen für alle Sozien kommen kann.

Für weitere Fragen wenden Sie sich bitte an:

Herrn Klaus Lambert
HDI-Gerling Generalagentur
Theodor-Körner-Str. 7
66125 Saarbrücken
Tel: 06897-768020
Fax: 06897-768757
E-Mail: Klaus.Lambert@HDI-Gerling.de

Girokontovertrag: Reichweite einer einem Ehepartner erteilten „transmortalen" Kontovollmacht

Anmerkung zu: BGH 11. Zivilsenat, Urteil vom 24.03.2009 - XI ZR 191/08
Autor: Julia Roglmeier, RA'in und FA'in für Erbrecht

Die einem Ehepartner erteilte „transmortale" Kontovollmacht berechtigt grundsätzlich weder zu Lebzeiten des Erblassers noch nach seinem Tod zur Umschreibung des Kontos auf den Bevollmächtigten.

A. Problemstellung

Die Entscheidung des BGH beschäftigt sich mit der Thematik der Grenzen einer transmortal eingeräumten Kontovollmacht. Insbesondere wird die Frage verneinend geklärt, ob eine über den Tod hinaus geltende Vollmacht den Bevollmächtigten auch dazu berechtigt, ein allein auf den Namen des Erblassers ausgestelltes Konto aufzulösen und auf sich selbst umschreiben zu lassen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist der Sohn und Alleinerbe des Erblassers, die Beklagte die Sparkasse, bei der der Erblasser ein Girokonto unterhielt. Zu seinen Lebzeiten hatte der Erblasser mittels eines von der Beklagten vorformulierten Formulars seiner damaligen Ehefrau transmortale Kontovollmacht erteilt und die Bevollmächtigte dazu ermächtigt, unbeschränkt über den Tod hinaus über sein Konto zu verfügen.

Nach dem Tod des Erblassers schrieb die Beklagte auf Weisung der bevollmächtigten Ehefrau das Girokonto mit einem Guthaben von 3.874,35 € zum Todestag auf deren Namen um. Sämtliche zeitlich nachfolgende Auszahlungsanträge des Klägers lehnte die Beklagte unter Hinweis auf die wirksam transmortal erteilte Kontovollmacht und unter Berufung auf ihre somit bestehende Umschreibungsberechtigung ab.
Das erstinstanzliche Amtsgericht hatte die Klage des Erben gegen die Sparkasse auf Zahlung von 3.874,35 Euro Sans abgewiesen, das LG Mönchengladbach in der Berufungsinstanz stattgegeben. Hiergegen wendete sich die beklagte Sparkasse erfolglos in der Revisionsinstanz zum BGH mit dem Ziel, das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Das Urteil beschäftigt sich mit Fragen der Reichweite einer transmortal erteilten Vollmacht und insbesondere der Möglichkeit einer Kontenumschreibung durch und auf den Bevollmächtigten.
In seiner Entscheidung bekräftigt der BGH die überwiegend in der Literatur und erstinstanzlichen Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass eine (transmortale) Vollmacht grundsätzlich

nicht zur Umwandlung eines Kontos des Vollmachtgebers in ein Konto des Bevollmächtigten ermächtigt (OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.02.1983 - 6 U 164/82 - WM 1983, 547; Heinrichs in: Palandt, BGB, 68. Aufl., § 167 Rn. 9; Palm in: Erman, BGB, 12. Aufl., § 167 Rn. 32a; Leptien in: Soergel, BGB, 13. Aufl., § 167 Rn. 43).

C. Kontext der Entscheidung

Teilweise wurde dies allerdings bei einer unter Eheleuten erteilten (transmortalen) Vollmacht mit der Begründung abgelehnt, dass andernfalls der der Widerrufsgefahr durch die (Mit-)Erben ausgesetzte längerlebende Ehegatte nicht ausreichend finanziell abgesichert werden könne. Dies entspräche jedenfalls bei einer Vollmacht, mit deren Hilfe sich Eheleute über den Tod des anderen hinaus bevollmächtigen, nicht dem Willen des Vollmachtgebers. Hier müsse eine Auslegung im Allgemeinen dahin gehend statt finden, dass unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage der Ehegatten eine Umwandlung in ein Einzelkonto des Bevollmächtigten stattfinden dürfe. Schließlich käme man wirtschaftlich zu keinem anderen Ergebnis, wenn der Bevollmächtigte das Kontoguthaben durch eine von der transmortalen Vollmacht zweifelsohne gedeckte, einfache Überweisung auf ein eigenes Konto transferiere (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 07.12.1994 - 31 U 100/94 - WM 1995, 152; Schramm in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 32 Rn. 48).
Bislang war man sich in Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.1994 - XI ZR 239/93 - NJW 1995, 250) und Literatur an sich einig, dass der Inhaber einer Kontovollmacht, ohne selbst Forderungsinhaber zu sein, nicht ohne weiteres dazu befugt ist, die vertragliche Rechtsposition des Vertretenen aufzuheben oder zu verändern. Auch die Entscheidung des OLG Hamm (Urt. v. 07.12.1994 - 31 U 100/94 - WM 1995, 152) besagt hier nur auf den ersten Blick das Gegenteil. Der Unterschied zur aktuell besprochenen Entscheidung des BGB liegt nämlich darin, dass die bevollmächtigte Ehefrau nach dem damals zugrunde liegenden Sachverhalt Miterbin war und der Erblasser so in der Tat einen Absicherungswillen zum Ausdruck brachte. Eben dieser Absicherungswille tritt im vorliegenden Fall nicht zu Tage: Alleinerbe war ausschließlich der Sohn des Erblassers. Gerade eben darauf weist der BGH auch hin, wenn er sagt, dass der Vollmachtgeber und Erblasser schließlich auch andere Möglichkeiten gehabt hätte, die bevollmächtigte Ehefrau abzusichern – z.B. über eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder einen Vertrag zu Gunsten Dritter. All diese Möglichkeiten hatte der Erblasser nicht ergriffen. Zudem enthält das bankinterne Vollmachtsformular auch lediglich die Formulierung, dass eine Berechtigung zur „unbeschränkten Verfügung" erteilt würde. Gemeint sind damit üblicherweise Geschäfte, die mit einem Bankkonto normalerweise zusammenhängen, also Abhebungen und Überweisungen. Hiervon ist die Umwandlung eines Vollmachtgeberkontos in ein eigenes Konto des Bevollmächtigten gerade nicht umfasst. Derartige Geschäfte gehören nicht zu den üblichen Kontogeschäften.
Ein Giroverhältnis ist Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen, der auch nach dem Tod des Vollmachtgebers im Verhältnis zu dem oder den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers bestehen bleibt. Ein Gläubigerwechsel wird von einer transmortalen Vollmacht dabei nicht ohne weiteres erfasst. Nachdem im vorliegenden Fall die Vollmachtsurkunde selbst keinerlei weitere Zusätze enthielt, aus denen hätte geschlossen werden können, dass die Bevollmächtigung auch eine Kontoumwandlung mitumfassen sollte, steht dem Kläger gegen die Bank ein Anspruch auf Auszahlung der geforderten Summe zu.
Der BGH stellt weiter heraus, dass eine transmortale Kontovollmacht, auf deren Bestand der Tod des Vollmachtgebers keinen Einfluss hat (§ 168 Satz 1 BGB) enormes Konfliktpotential bietet, weil der Bevollmächtigter den oder die Erben gegenüber der Bank jedenfalls bis zum Widerruf der Vollmacht vertritt. Das wohl verstandene Interesse des Erblassers an einer finanziellen Absicherung des bevollmächtigten Ehegatten kann mitunter den ebenfalls schutzwürdigen Interessen der Erben zuwiderlaufen.

D. Auswirkungen für die Praxis

In der erbrechtlichen Beratungspraxis wurde bei der Erstellung von (Vorsorge-)Vollmachten immer schon angeraten, nicht alleine auf bankinterne Formulare zu vertrauen, wenn der Mandant wünschte, dass sein Bevollmächtigter umfassend für ihn handeln kann. Nach der Entscheidung des BGH gilt es umso mehr, (Vorsorge-)Vollmachten entsprechend den Wünschen des Mandanten ausführlich zu gestalten, dabei nicht alleine auf Generalklauseln zu vertrauen, sondern Einzelbefugnisse gesondert und exemplarisch aufzuführen. Soll also auch die Kontenumwandlung zu den Befugnissen des Bevollmächtigten gehören, muss dies in der Urkunde gesondert aufgeführt werden. Zudem ist nach wie vor empfehlenswert, Rücksprache mit der jeweiligen Bank des Mandanten zu nehmen, um sicherzustellen, dass das Dokument auch tatsächlich akzeptiert wird.
Freilich besteht bei der Erteilung von (Vorsorge-)Vollmachten stets eine gewisse Missbrauchsgefahr. Bei der Vertretung eines nicht bevollmächtigten Erben ist deshalb immer darauf zu achten, dass umgehend ein Widerruf der Vollmacht gegenüber der Bank und gegebenenfalls Dritten erklärt wird, um nach Möglichkeit erst gar nicht in die soeben besprochene Konfliktsituation zu kommen. Dies hilft freilich nicht immer. Wenn nämlich der oder die Erben zu spät anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen und der Bevollmächtigte bereits entgegen den schutzwürdigen Interessen der Erben tätig war. Hier stellt das soeben besprochene Urteil klar, dass jedenfalls eine Kontoauflösung durch den Bevollmächtigten nicht ohne weiteres möglich ist.

Fundstelle: jurisPR-SteuerR 3/2010 Anm. 1
Erstveröffentlichung: 18.01.2010

Aufforderung zur „umgehenden" Mängelbeseitigung ausreichend i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB?

Anmerkung zu: BGH 8. Zivilsenat, Versäumnisurteil vom 12.08.2009 - VIII ZR 254/08
Autor: Dieter Merkens, RA und FA für Bau- und Architektenrecht

Für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.

A. Problemstellung

Die Entscheidung setzt sich mit der Frage auseinander, welche Anforderungen an die Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB zu setzen sind. Rechtsfolge einer – wirksamen – Fristsetzung ist, dass der Gläubiger unter Vorlage der übrigen Voraussetzungen Schadensersatz anstelle der Leistung verlangen kann. Die Entscheidung des BGH betrifft das Kaufrecht, ist aber auf das Werkvertragsrecht übertragbar.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Dezember 2005 hatte der Kläger von der Beklagten (Autohändlerin) einen gebrauchten Pkw gekauft. Im Frühjahr 2006 stellte der Kläger Mängel am Motor des Fahrzeugs fest. Er forderte die Beklagte, ohne ein konkretes Datum für das Fristende zu nennen, zur „umgehenden" Beseitigung der Mängel auf. Diese Erklärung verband er mit der Ankündigung, anderenfalls werde er eine andere Werkstatt mit der Reparatur beauftragen. Ein Mitarbeiter der Beklagten erteilte die Zusage, sich um die Sache zu kümmern. Die Beklagte meldete sich aber nicht mehr. Ein weiterer Versuch des Klägers, die Beklagte telefonisch zu erreichen, scheiterte. Daraufhin ließ der Kläger das Fahrzeug reparieren und verlangte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes Erstattung der Reparaturkosten (rd. 2.200 €).
Das Amtsgericht sah die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 BGB als nicht gegeben an (AG Bochum, Urt. v. 19.02.2008 - 63 C 491/07). Die dagegen gerichtete Berufung wurde vom LG Bochum mit Urteil vom 27.08.2008 (I-9 S 73/08) zurückgewiesen.
Amtsgericht und Landgericht vertraten die Auffassung, dass dem Kläger der Anspruch deshalb nicht zustehe, weil er der Beklagten keine ordnungsgemäße Frist zur Nachbesserung gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gesetzt habe und die Fristsetzung auch nicht entbehrlich gewesen wäre, § 281 Abs. 2 BGB. Die Aufforderung, die geltend gemachten Mängel „umgehend" zu beseitigen, sei als Fristsetzung i.S.v. § 281 Abs. 1 BGB nicht ausreichend. Eine Fristsetzung setze voraus, dass ein konkreter Zeitraum bestimmt wird. Erforderlich dafür sei entweder die Mitteilung eines bestimmten Termins (Datum) oder die Angabe bestimmter Zeiteinheiten (Tage, Wochen, etc.). Dies sei erforderlich, um dem Schuldner hinreichend zu verdeutlichen, dass er nach Ablauf der Frist mit der Geltendmachung anderer Ansprüche rechnen müsse. Dieser Zweck werde durch die Aufforderung, Mängel „umgehend" zu beseitigen, nicht erreicht, da durch diese Erklärung eine Unsicherheit dahin gehend bestehe, ab welchem Zeitpunkt der Gläubiger andere Rechte geltend machen werde.
Auf die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision hat der BGH die Entscheidung des LG Bochum aufgehoben. Im Ergebnis kommt der BGH zu der Einschätzung, dass die Aufforderung, Mängel „umgehend" zu beseitigen, für eine Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 BGB ausreicht, soweit dem Schuldner verdeutlicht wird, dass er für die Erfüllung nur einen begrenzten (bestimmbaren) Zeitraum zur Verfügung hat. Der Angabe eines genauen Zeitraums oder eines bestimmten (End-) Termins bedürfe es dazu nicht.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung ist ein bemerkenswertes Beispiel dafür, dass trotz über hundertjähriger Geschichte des BGB allgemeine Begrifflichkeiten, die in der Praxis tagtäglich Verwendung finden, nicht abschließend definiert sind. Das Ergebnis des BGH ist durchaus überraschend. Die überwiegende Auffassung in der Literatur fordert für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB die Bestimmung eines konkreten Zeitraums, und zwar entweder durch Mitteilung eines bestimmten Termins, an dem die Frist abläuft (Datum), oder durch die Angabe bestimmter Zeiteinheiten, kraft derer es dem Schuldner möglich ist, das Ende der Frist selber zu bestimmen. Die Aufforderung nach „sofortiger" oder „unverzüglicher" Leistung trägt dem nicht Rechnung, stellt damit keine ausreichende Fristsetzung dar (Ernst in: MünchKomm BGB, 5. Aufl., § 323 Rn. 68; Gsell in: Soergel, BGB, 13. Aufl., § 323 Rn. 79 ff.). Diese Argumentation stellt in den Vordergrund, dass bei der Bestimmung einer angemessenen Fristsetzung beide Interessen zu werten sind. Da Zweck der Fristsetzung ist, dem Schuldner zu verdeutlichen, dass für den Ablauf der Frist weitere Ansprüche drohen, müsse für entsprechende Klarheit gesorgt werden, zumal der Fristsetzung nach der Novellierung des BGB (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) eine wesentlich größere Bedeutung zukommt als zuvor, wonach zusätzlich zu der Fristsetzung die Ablehnungsandrohung dem Schuldner „den Ernst der Lage" verdeutlichen sollte (Gsell in: Soergel, BGB, § 323 Rn. 79 ff.).
Ein anderer Teil der Literatur verfolgt eine differenzierte Betrachtung und hält je nach den Umständen des Einzelfalls auch die Aufforderung zur „sofortigen" bzw. „unverzüglichen" oder „umgehenden" Leistung für ausreichend (Otto in: Staudinger, BGB, 2004, § 281 Rn. B 62, § 323 Rn. B 59; Unberath in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 281 Rn. 16). Andere stellen wiederum auf den Grad der Dringlichkeit ab (Stadler in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 281 Rn. 6).
Der BGH stellt zu der Problematik eine Reihe von Überlegungen an:
1. Zunächst geht der BGH von dem Wortlaut des Gesetzes aus. Der Begriff „Fristsetzung" bedinge nicht die Angabe konkreter Zeitangaben oder eines konkreten Enddatums. Zur Begründung dessen stellt der BGH auf § 286 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB ab, der den Verzugseintritt ohne Mahnung regelt. Allerdings sei nach allgemeiner Meinung eine Frist ein Zeitraum, der bestimmt oder bestimmbar ist (Heinrichs in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 186 Rn. 3). Die Aufforderung, die Leistung unter Nacherfüllung „umgehend" zu erledigen, setze eine zeitliche Grenze, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar sei.
2. Auch der Zweck der Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB erfordere es nicht, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen

bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt. Dem Schuldner solle mit der Fristsetzung klargemacht werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dafür eine zeitliche Grenze besteht. Dieser Zweck werde durch Aufforderungen wie „angemessen", „unverzüglich" oder „umgehend" geleistet. Es bestehe zwar eine Ungewissheit darüber, wann genau die Frist abläuft, was aber an der Warnfunktion der Erklärung nichts ändere. Der BGH stellt darauf ab, dass der Fall vergleichbar mit dem Fall sei, dass eine zu kurze Fristsetzung erfolgt, die nach herrschender Auffassung gleichwohl wirksam ist und eine angemessene (dann auch nicht bestimmte) Frist in Gang setzt (BGH, Urt. v. 21.06.1985 - V ZR 134/84 - NJW 1985, 2640, m.w.N.).
Die käuferfreundliche Entscheidung des BGH ist nicht frei von Widersprüchen. Die Ausführungen zu dem Wortlaut des Gesetzes überzeugen nicht. Das Argument, aus dem Begriff der Fristsetzung lasse sich nicht entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne bestimmt oder bestimmbar sein muss, greift nicht, wenn diese Bestimmtheit/Bestimmbarkeit dem Begriff der Fristsetzung immanent ist. Dafür spricht, dass in den §§ 186 ff. BGB die Fristen und Termine näher erläutert sind und für alle Fristen die Auslegungsvorschriften der §§ 187 ff. BGB gelten. Das Fristende regelt § 188 BGB. Dieser setzt voraus, dass für die Berechnung eines Fristendes Zeiteinheiten maßgeblich sind. Dann bedarf es für die Fristsetzung aber auch der Angabe bestimmter Zeiteinheiten. Der Vergleich mit der Problematik, wonach eine zu kurze Fristsetzung eine angemessene Fristsetzung in Lauf setzt, überzeugt ebenfalls nicht, weil in diesen Fällen zunächst einmal eine bestimmte oder bestimmbare Frist in Lauf gesetzt war.

Eine gewisse Unschärfe zeigt das Urteil mit dem Hinweis darauf, dass die Erklärung „umgehend" eine zeitliche Grenze setzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls „bestimmbar" sein soll. Damit unterliegt die Bemessung der Frist letztlich der nachträglichen Bewertung bei objektiver Betrachtung. Diese Betrachtung kann dem Zweck der Fristsetzung, die unstreitig eine Warnfunktion haben soll, nicht gerecht werden. Die Entscheidung hilft dem Käufer/Besteller im Ergebnis nicht, weil auch aus seiner Sicht die „Umstände" des Einzelfalls dazu führen können, dass eine Selbstvornahme vor Ablauf eines angemessenen Zeitraums durchgeführt wird, was zum Anspruchsverlust führt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Es kann nur davor gewarnt werden, zur Vorbereitung von Sekundäransprüchen (Schadensersatz) auf bestimmte oder zumindest bestimmbare Fristen zu verzichten. Für den Fall, dass sich eine allgemeine Erklärung im Nachhinein doch als nicht ausreichend erweist und die Selbstvornahme in einem Zeitraum vor Ablauf einer angemessenen Frist vorgenommen wird, muss der Gläubiger darauf bedacht sein, seinerseits für Rechtsklarheit zu sorgen. Geeignet dafür bleibt nach wie vor in erster Linie die Angabe eines konkreten Fristendes (Datum). Sollte sich diese Frist als zu kurz erweisen, bestünde immer noch das Hilfsargument, wonach die zu kurze Fristsetzung nicht wirkungslos ist, sondern eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird.

Fundstelle: jurisPR-PrivBauR 2/2010 Anm. 6
Erstveröffentlichung: 02.02.2010

Vergaberecht

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Ralf Thilmany, Rechtsanwälte Halm & Presser, Neunkirchen am 25.01.2010

Durch mittlerweile rechtskräftig gewordenen Beschluss des Landgerichts Saarbrücken vom 20.10.2009 (AZ 4 O 450/09) hat sich das Landgericht Saarbrücken der mittlerweile wohl herrschenden Meinung in der Rechtsprechung angeschlossen, dass ein Bieter auch Primärrechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zur Wahrung seiner Rechte unterhalb der Schwellenwerte geltend machen kann (vgl. auch OLG Jena, Urteil vom 08.12.2008 IBR 2009, 101; OLG Düsseldorf IBR 2009, 100; OLG Brandenburg Urteil vom 05.02.2008 IBR 2009, 154).
Ein Verfügungsanspruch kann sich aus § 823, 1004 BGB in Verbindung mit Artikel 3 Grundgesetz ergeben. Daneben kommen Unterlassungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach den §§ 241, 280, 311 Abs. 2 BGB in Betracht, solange die Verletzungshandlung oder der pflichtwidrig geschaffene Zustand noch andauert.
Der einstweilige Primärrechtsschutz besteht nur vor Zuschlagserteilung, wenn im Rahmen des Vergabeverfahrens gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird.
Schließlich hat das Landgericht auch zur Angabe des Gerichtsstandes sowie zur Selbstbindung der Vergabestelle nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Stellung genommen.
Das Gericht war der Auffassung, dass alleine der Angabe „Gerichtsstand: Neunkirchen" unabhängig von der Frage, ob dies überhaupt eine AGB darstelle, keine wettbewerbsverzerrende Auswirkungen zukommen.
Ein Angebotsausschluss gemäß § 25 Ziffer 1 VOB/A allein auf diesen Aspekt gestützt sei deshalb unzulässig. Die Praxis, dass die Vergabestellen den Bieter zuvor auf der Grundlage des gleichen Angebotsschreibens bereits Aufträge erteilt habe, begründe im übrigen ein entsprechendes Vertrauen, so dass sich die Vergabestelle nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im Vergaberecht gelte verwehrt, ohne eine entsprechende rechtzeitige und deutliche Vorankündigung gegenüber dem Bieterkreis sich nunmehr auf ein anderes Verständnis vom Inhalt des Begleitschreibens zu berufen und hierauf einen Ausschluss zu stützen.

Anwaltssozietät und/oder ***Sozietätsanteil*** zu verkaufen. Langjähriger, guter Mandantenstamm. Längerfristige begleitende Mitarbeit der Sozietätsmitglieder gewünscht und möglich.

Zuschriften unter
Chiffre 01/2010/1
an Brunner Werbung und Fotografie GmbH,
Kaiserslauterner Str. 40,
66123 Saarbrücken

Alteingesessene Anwaltskanzlei in unmittelbarer Nähe des Landgerichts Saarbrücken (Talstrasse/Ecke Hardenbergstrasse) mit eigenen repräsentativen Büroräumen und moderner technischer Ausstattung (ca. 140 qm) bietet RA/RA´in mit Berufserfahrung kurzfristig die Möglichkeit zu einer Bürogemeinschaft an. Es können auch 2-3 Räume (möbliert oder unmöbliert) zwischen 30 und 47 qm zuzüglich Verkehrsflächen vermietet werden. Bei Interesse bzw. ergänzenden Auskünften steht Ihnen RA Dr.Kühn unter 0681-51222 oder per E-Mail dr.kuehn@kuehn-kuehn.de zur Verfügung.

SAARLÄNDISCHES ANWALTS BLATT
Ausgabe 2 2010
Mitteilungen des SaarländischenAnwaltVereins

erscheint am 15. Juni 2010 (Redaktionsschluss: 15. Mai 2010)

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

Recht auf ...

Unschlagbare Konditionen

für Mitglieder des Saarländischen Anwaltvereins

...Raum! ...Sonne! ...Spaß!

NISSAN Qashqai		NISSAN 370 Z Roadster		NISSAN Cube	
ab	€ 19.490,-	ab	€ 41.390,-	ab	€ 18.000,-
Rabatt	€ 3.120,-	Rabatt	€ 4.100,-	Rabatt	€ 2.160,-
Unser Preis	€ 16.370,-	Unser Preis	€ 37.290,-	Unser Preis	€ 15.840,-

UNSERE GARANTIEN – MEHR SICHERHEIT FÜR SIE!

3 Jahre Garantie (bis 100.000 km) | 3 Jahre Lackgarantie | 6 oder 12 Jahre Garantie gegen Durchrostung | 1 Jahr Garantie auf eingebaute Originalteile

Abb. enthalten Sonderausstattung; Gesamtverbrauch: kombiniert von 12,3 l/100 km bis 9,6 l/100 km; CO2-Emissionen: kombiniert von 313,0 g/km bis 174,0 g/km (gem. RL 80/1268/EWG) ; zzgl. Überführungskosten 690,- und Zulassungskosten 149,-

ruffing GmbH & Co.KG
Automobile Vielfalt

Provinzialstraße 269, Ensdorf; Tel. +49 6831. 95780
An der Römerbrücke 19, Saarbrücken; Tel. +49 681. 950700
Saarbrücker Str. 30A, St. Ingbert; Tel. +49 6894. 3030
Im Wäldchen 1, Merzig; Tel. +49 6861. 793515

NISSAN
SHIFT_ the way you move

www.autohaus-ruffing.de