

EDITORIAL

AGB - Alles Geht Bestens?

Bei der Überprüfung von Vertragsformularen stellen wir immer wieder fest, dass etliche Klauseln von der Rechtsprechung überholt und damit unwirksam sind. Dies gilt nicht nur für Bauverträge, sondern auch für Allgemeine Einkaufs- oder Lieferbedingungen. Worauf man bei der Erstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen achten muss, erläutert Ihnen unsere Kollegin Octavia Hertel in einem Aufsatz auf Seite 3. Dort



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

wird auch der Umgang mit dem bevorstehenden SEPA-Verfahren beschrieben.

Ansonsten kommentieren wir wieder für Sie die interessantesten baurechtlichen Entscheidungen aus jüngster Zeit. Dabei haben wir uns auch mit dem Bauinsolvenzrecht (Seite 2) und dem Widerruf von Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen (Seite 4) befasst. Wir stellen unser Seminarangebot für das Winterhalbjahr 2013/2014 vor und beschließen den Newsletter mit einem Rückblick auf das von uns durchgeführte WRD-Forum zum Thema „Verschärfte Mängelhaftung“ (S. 8)

AUS DEM INHALT:

Hinweise für die Erstellung von AGB **Seite 3**

Rückblick WRD-Forum zur Mängelhaftung **Seite 8**

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG EINKOMMENSTEUER

Erstreckung der Vertragsstrafe auf neuen Fertigstellungstermin

1. Für die Beurteilung der Frage, ob die Parteien eines Bauvertrags mit der wegen verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren verbundenen Verschiebung des ursprünglichen Fertigstellungstermins auch die Vertragsstrafenregelung auf den neuen Termin erstreckt haben, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

2. Für eine Fortgeltung der Vertragsstrafenvereinbarung spricht, wenn die Regelung selbst terminneutral formuliert ist, und der neu vereinbarte Fertigstellungstermin zum Vertragsbestandteil gemacht wird.

OLG Naumburg, Urteil vom 14.03.2013
- 2 U 44/12 -

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall erhielt der Auftragnehmer im Vergabeverfahren den Zuschlag für die Ausführung von Straßenbauarbeiten. Da es während des Vergabeverfahrens zu Verzögerungen gekommen war, benannte der Auftraggeber als neue Ausführungsfrist den Zeitraum vom 17.10.2005 bis 03.03.2006. Zwischen den Parteien wurde eine Vertragsstrafe gemäß § 11 VOB/B für jeden Werktag des Verzuges in Höhe von 0,1 % des Endbetrags der Abrechnungssumme vereinbart, insgesamt auf 5 % der Abrechnungssumme begrenzt. Während der Baudurchführung kam es zu einer witterungsbedingten Behinderung des Auftragnehmers in der Zeit vom 15.12.2005 bis 26.03.2006. Die Parteien einigten sich daraufhin auf den 10.07.2006 als neuen Fertigstellungstermin. Die tatsächliche Fertigstellung der Straßenbauarbeiten erfolgte jedoch erst zum 19.08.2006. Mit der Klage begehrte der Auftragnehmer Zahlung des Schlussrechnungsbetrages in Höhe von € 12.268,01. Der Auftraggeber hat diesen Betrag unter Verweis auf die Vertragsstrafenregelung einbehalten.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Naumburg hat die Klage des Auftragnehmers abgewiesen, da die Klageforderung durch wirksame Aufrechnung mit dem Vertragsstrafenanspruch des Auftraggebers erloschen sei. Das Gericht stellt zunächst fest, dass die Vertragsstrafenregelung wirksam vereinbart wurde, da sie nicht verschuldensunabhängig vereinbart worden sei und eine Obergrenze von 5 % der Auftragssumme vorsehe. Das Gericht führt weiter aus, die Vertragsstrafenvereinbarung habe nach dem Willen der Parteien auch für den neuen Fertigstellungstermin gelten sollen. Da über eine Erstreckung der Vertragsstrafe auch auf den neu vereinbarten Fertigstellungstermin zwischen den Parteien nicht ausdrücklich gesprochen wurde, stellt das Gericht auf die Umstände des Einzelfalls ab. Hier seien zwei Punkte maßgeblich: Zunächst hätten die Parteien eine terminneutrale Vertragsstrafenregelung getroffen, die gerade nicht an einen kalendermäßig bestimmbareren Fertigstellungstermin anknüpfte. Zudem sei durch die Vertragsparteien der neue Endfertigstellungstermin ausdrücklich zum Vertragsbestandteil gemacht worden. Dies rechtfertige die Annahme der

Fortgeltung der Vertragsstrafe in diesem Fall.

Die Umstände
des Einzelfalls
sind
entscheidend

Fortgeltung der Vertragsstrafe in diesem Fall.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Zwar hat das OLG Naumburg für den entschiedenen Fall die Fortgeltung der Vertragsstrafe bejaht. Gleichwohl sollte der Auftraggeber stets darauf achten, in Bezug auf Vertragsstrafenversprechen eine eindeutige Regelung zu treffen. Nicht selten verliert ein Vertragsstrafenversprechen seine Wirksamkeit. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Vertragsstrafe an einen kalendermäßig zu bestimmenden Termin anknüpft, der Auftragnehmer eine Bauzeitverzögerung jedoch nicht zu vertreten hat. ■

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:
RA Dr. Ulrich Dieckert
WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT

WRD Berlin

Leipziger Platz 15
10117 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@wrd.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Stephan Becker, RA
Dr. Annette Funk, StB
Rebekka Friedrich, RAin
Octavia Hertel, RAin

Niederlassungen WRD:

WRD Hamburg

Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 180401-0
Telefax: 040 180401-150
E-Mail: hamburg@wrd.de

WRD Schwerin

Dr. Hans-Wolf-Straße 15
19056 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@wrd.de

WRD Dresden

Königstraße 4
01097 Dresden
Telefon: 0351 21117-60
Telefax: 0351 21117-77
E-Mail: dresden@wrd.de

WRD Frankfurt a. M.

Friedrich-Ebert-Anlage 56
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069 75699-0
Telefax: 069 75699-105
E-Mail: frankfurt@wrd.de

www.wrd.de

www.bauleiterschulung.de

www.baurecht-wrd.de

WICHTIGSTE ENTSCHEIDUNGEN

Kündigungen wegen Insolvenz des AN künftig unwirksam

Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind unwirksam.

BGH,

Urteil vom 15.11.2012 - 9 ZR 169/11 -

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es um die Frage, ob das Vertragsverhältnis des Stromlieferanten mit dem Kunden automatisch beendet ist, wenn der Kunde in Insolvenz fällt. Die streitgegenständliche Vertragsklausel lautete: „Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrages das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird“. Der Kunde, vertreten durch den Insolvenzverwalter, vertrat die Auffassung, dass diese Klausel gegen § 119 Insolvenzordnung verstößt und damit unwirksam ist.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der Bundesgerichtshof gab dem Insolvenzverwalter Recht und stützte sich dabei ebenfalls auf § 119 InsO. Danach sind Vereinbarungen, durch die im voraus das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, unwirksam. Dieses Wahlrecht ermöglicht es dem Insolvenzverwalter, die weitere Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages zu verlangen, der zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von den Parteien noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Mit Ausübung des Wahlrechts wird dem Insolvenzverwalter die gesetzlich geschützte Möglichkeit eingeräumt, den Betrieb des insolventen Unternehmens einstweilen fortzuführen und damit die Masse sowie die vorhandenen Arbeitsplätze zu sichern. Dieses Ziel würde vereitelt, wenn sich die Vertragspartner des Unternehmens aufgrund insolvenzbedingter Lösungsklauseln ihrer laufenden vertraglichen Verpflichtungen entledigen können. Dabei hält der BGH bereits solche Lö-

sungsklauseln für unzulässig, die nicht nur an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen, sondern bereits an den zeitlich vorgelagerten Insolvenzantrag. Wenn man eine Vertragsauflösung zu diesem Zeitpunkt zulassen würde, stünde der Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens gewissermaßen mit leeren Händen dar.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Diese Grundsatzentscheidung des BGH hat auch für das Bauvertragsrecht erhebliche Auswirkungen. Denn die Vereinbarung von insolvenzbedingten Lösungsklauseln gehört zum Standard in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrages die Geltung der VOB/B, dann steht in diesem Falle die Kündigungsklausel des § 8 Abs. 2 Nr. 1 auf dem Prüfstand. Danach kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, „wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gesetzliches

Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird“. Bereits vor der Entscheidung des BGH war im baurechtlichen Schrifttum umstritten, ob diese Klausel im Hinblick auf § 119 InsO wirksam ist. Wir empfehlen

**Lösungsklauseln
schränken
Wahlrecht des
Insolvenzverwalters ein**

schon seit längerer Zeit, die Kündigung des Auftragnehmers nicht alleine auf diesen Punkt zu stützen, sondern im Falle drohender Insolvenz Kündigungsgründe wegen Leistungsstörungen „herbeizuschreiben“. Nach der vorliegenden Grundsatzentscheidung des BGH sollte man auf Kündigungen gemäß § 8 Abs. 2 VOB/B gänzlich verzichten. Der Auftraggeber sollte vielmehr prüfen, inwieweit der Auftragnehmer mit der Leistungserbringung oder mit der Mangelbeseitigung aufgrund insolvenzbedingter Ausfallerscheinungen in Verzug ist. Kündigungen aus diesen Gründen gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Abs. 7 bzw. § 5 Abs. 4 VOB/B dürften weiterhin zulässig sein. ■

AKTUELLES

Beratung bei der Überprüfung und Gestaltung von AGB

Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern sind AGB kaum wegzudenken. Jeder Warenlieferant benötigt Lieferbedingungen, jedes größere Unternehmen benötigt beim Bezug von Waren Einkaufsbedingungen.

Anders als bei AGB gegenüber Verbrauchern, begrenzt § 310 Abs. 1 die Anwendung einzelner Vorschriften des AGB-Rechts gegenüber Unternehmern. Der Gesetzgeber geht bei Unternehmern von einem geringeren Schutzbedürfnis sowie von einer größeren Geschäftsgewandtheit und Erfahrung aus.

Die Unternehmer werden aber nicht schutzlos gestellt. Im Rechtsverkehr zwischen zwei Unternehmern findet eine beschränkte Inhaltskontrolle anhand des allgemeinen Maßstabes des § 307 BGB statt. Es gilt: Fällt eine Klausel in AGB bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm der §§ 308, 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB führt.

Auch bei AGB gegenüber Unternehmern bedarf es einer vertraglichen Einbeziehung. Ausreichend ist jedoch, wenn der Unternehmer in seinem Angebot und in seiner Auftragsbestätigung darauf hinweist, dass die AGB auf der Internetpräsenz unter Nennung der Internetadresse zur Einsicht veröffentlicht sind und heruntergeladen werden können. Es reicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme, eine tatsächliche Kenntnisnahme – wie bei Verbrauchern – ist nicht erforderlich.

Bei der Überprüfung einer Vielzahl von Lieferbedingungen sind uns immer wieder AGB-widrige Klauseln aufgefallen. Eine häufige Fehlerquelle stellt der Haftungsausschluss des AGB-Verwenders dar. Oft wird jeglicher Schadensersatz pauschal ausgeschlossen. Das ist nicht zulässig. Eine umfassende Freizeichnung in AGB, nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden ausgeschlossen ist, ist nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern ebenso

im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam.

Aber auch der Ausschluss von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen bei einfacher Fahrlässigkeit ist nicht immer zulässig. Die Haftung für die Verletzung von sog. Kardinalpflichten kann nicht ausgeschlossen werden. Dabei handelt es sich um wesentliche Vertragspflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf. Kurz: Pflichten, mit denen die Durchführung des Vertrags steht oder fällt.

Auch bei der Überprüfung von Allgemeinen Einkaufsbedingungen stoßen wir oft auf unzulässige Klauseln. So ist beispielsweise die Klausel „Für im Wege der Nachlieferung durch den Lieferanten neu gelieferte oder nachgebesserte Teile beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen“ nach § 307 BGB unwirksam. Entscheidend ist hier der genaue Wortlaut einer derartigen Klausel.

Auch die Klausel „In dringenden Fällen sind wir auch berechtigt, die Mängel auf Kosten des Lieferanten selbst zu beseitigen, beseitigen zu lassen oder Ersatz zu beschaffen“ hält einer Inhaltskontrolle nach § 307

BGB nicht stand. Eine Selbstvornahme ohne eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung widerspricht den gesetzlichen Regelungen und ist daher unwirksam.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass auch Unternehmer bei der Gestaltung von AGB zur Verwendung gegenüber anderen Unternehmern keine freie Hand haben. Es gilt bei der Ausarbeitung von AGB im unternehmerischen Verkehr das Bedürfnis nach größerer Flexibilität und Gestaltungsfreiheit mit den gesetzlichen Anforderungen in Einklang zu bringen.

Gerne erarbeiten wir gemeinsam mit Ihnen für Ihr Unternehmen maßgeschneiderte Allgemeine Geschäftsbedingungen. ■

Autor: RAin Octavia Hertel

AKTUELLES

Einführung des SEPA-Verfahrens im Zahlungsverkehr

Ab dem 01.02.2014 wird das SEPA-Verfahren für Überweisungen und Lastschriften eingeführt. Das kann auch Auswirkungen auf eine AGB-rechtliche Gestaltung haben.

Künftig werden bei Überweisungen und Lastschriften nicht mehr die Kontonummer und die Bankleitzahl angegeben, sondern die IBAN und BIC. Für Euro-Lastschritteinzüge ist im Verkehr mit Geschäftskunden ausschließlich die SEPA-Firmenlastschrift zulässig und ähnelt dem bisherigen Abbuchungsauftragsverfahren.

Rechtliche Legitimation für den Einzug von Lastschriften ist das Mandat.

Weitere Voraussetzungen für das SEPA-Verfahren sind das Vorliegen einer Gläubiger-Identifikationsnummer und einer Mandatsreferenznummer (für Deutschland übernimmt die Bundesbank die Ausgabe der Gläubiger-ID in Abstimmung mit der Deutschen Kreditwirtschaft), eine Vorabinformation sowie die Einhaltung einer Vorlauffrist. Dem Zahler ist spätestens 14 Kalendertage vor dem Fälligkeitstag einer SEPA-Lastschrift eine formlose Vorabinformation (pre-notification) zuzuleiten, die den Lastschriftbetrag und den Fälligkeitstag enthält. Die Vorankündigung muss zudem die Gläubiger-ID und die Mandatsreferenz enthalten. Diese Frist kann jedoch durch *individualvertragliche Vereinbarung* zwischen Zahlungsempfänger und Zahler, wie z. B. in AGB, in jede andere Frist, mindestens jedoch in Zugang einen Tag vor Fälligkeit, verändert werden. Eine vertragliche Abbedingung der Vorankündigungspflicht ist nicht vorgesehen. Bei wiederkehrenden Leistungen mit gleichem Fälligkeitstermin und gleicher Betragshöhe reicht eine einmalige Vorabinformation.

Gerne stehen wir Ihnen für Fragen zum SEPA-Verfahren zur Verfügung. Wir bieten auch eine Beratung bei der entsprechenden Gestaltung der AGB an.

WICHTIGSTE ENTSCHEIDUNGEN

Widerruf von Zuwendungen bei Vergabe-rechtsverstößen des Zuwendungsempfängers

1. Zuwendungen der öffentlichen Hand werden regelmäßig mit einer Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur öffentlichen Ausschreibung der subventionierten Bauleistungen verbunden, weil auf diesem Wege gewährleistet werden kann, dass bei der Verwendung der Zuwendungen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten wird.

2. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen über die Vergabeart ist wegen der damit regelmäßig verbundenen Gefährdung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Regelfall als schwerwiegend einzuordnen..

BVerwG Beschluss vom 13.02.2013

Eine in privater Rechtsform gegründete Tochtergesellschaft der Stadtwerke erhielt im Jahr 1996 einen Zuschuss in Höhe von damals 1.065.000,00 DM zur Errichtung einer Fernwärme-Übernahmestation mit Transportleistung. Nach den Vorgaben des Zuwendungsbescheides waren die „Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung“ des Landes Nordrhein-Westfalen zu beachten. Diese sahen für die Vergabe von Aufträgen u. a. die Beachtung der VOB/A bzw. VOL/A vor. Im Jahr 2005 stellten die Aufsichtsbehörden fest, dass die Zuwendungsempfängerin insgesamt zwölf Aufträge im Wege der beschränkten Ausschreibung und weitere vier Aufträge im Wege der freihändigen Vergabe beauftragt hatte. Daraufhin wurde die Gesellschaft wegen Verstoßes gegen die Zuwendungsbestimmungen zur Rückzahlung in Höhe von insgesamt € 362.403,00 aufgefordert. Die von der Gesellschaft dagegen eingelegte Klage wurde vom zuständigen Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen. In dem daraufhin eingeleiteten Revisionsverfahren vor dem BVerwG ging es um die Frage, ob sich die Vorgaben in den Zuwendungsbestimmungen, wonach die Wahl eines falschen Vergabeverfahrens als schwerer Verstoß im Regelfall zum Widerruf der

Zuwendung führt, noch im Ermessensrahmen des § 49 VwVfG NRW halten.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das BVerwG bejahte diese Frage und wies den Revisionsantrag zurück. Das Land habe in seinen Zuwendungsbestimmungen einen zulässigen „Regelfall“ vorgegeben, wonach die Zuwendungsempfänger bei der Vergabe von Aufträgen die Bestimmungen der VOB/A bzw. VOL/A zu beachten haben. Dies betrifft insbesondere die Wahl der öffentlichen Ausschreibung als „Regelvergabeart“. Ihr Vorrang vor anderen Vergabearten verfolgt den Zweck, einen möglichst breiten und transparenten Wettbewerb zu schaffen und damit sicherzustellen, dass der im Sinne der Ausschreibung günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Ausgehend davon liegt es nahe, einen Verstoß gegen die Bestimmungen über die Vergabeart wegen der damit regelmäßig verbundenen Gefährdung des haushaltsrechtlichen Gebotes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Regelfall als schwerwiegend einzuordnen. Zwar sind die erkennenden Gerichte nicht davon entbunden, auch die Einzelumstände des Falles zu würdigen. Inwieweit dies ermessensfehlerhaft erfolgt ist, war vom BVerwG im Revisionsverfahren aber nicht zu prüfen.

Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist zu beachten

erst kürzlich bestätigt, dass die fehlerhafte Wahl der Vergabeart regelmäßig als schwerwiegender Verstoß gegen das zu beachtende Vergaberecht einzustufen ist, was zum Widerruf der Zuwendung und Rückforderung der Fördermittel berechtigt. Auch das OVG

Berlin-Brandenburg hat in einer Entscheidung vom 27.02.2013 festgehalten, dass eine Verwaltungspraxis, der zufolge eine Zuwendung wegen Vergabeverstößen abgelehnt wird, jedenfalls dann nicht ermessensfehlerhaft ist, wenn die Verstöße geeignet sind, sich auf die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwendung der Zuwendung auszuwirken. In diesem Fall hatte das Land Brandenburg einem Auftraggeber die Gewährung der Zuwendungen für den Rückbau ehemals militärisch genutzter Anlagen verweigert, weil dieser die hierfür nötigen Leistungen vergaberechtswidrig ausgeschrieben hatte. Nach Auffassung des Gerichts war nicht auszuschließen, dass ohne diese Verstöße möglicherweise günstigere Angebote eingegangen wären. Dabei reichte bereits diese Ver-

Rückzahlung kann auch Jahre später verlangt werden

mutung aus, einen Beweis hierüber brauchte das Land nach der Entscheidung des Gerichts nicht zu führen!

Zuwendungsempfängern ist vor diesem Hintergrund zu raten, bei der Vergabe von Aufträgen die Vorgaben im Zuwendungsbescheid peinlich genau zu beachten. Wird hiervon eine Abweichung im Einzelfall beabsichtigt, sollte sich der Zuwendungsempfänger in jedem Fall hierüber mit der zuständigen Behörde verbindlich abstimmen. Ansonsten kann es – wie im vorliegenden Fall – auch sieben Jahre nach Empfang der Zuwendung immer noch zu einer Rückzahlung kommen! ■

KOMPAKTSCHULUNG VERGABERECHT Typische Fragen und Probleme bei Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Bauaufträge

Datum: 06. März 2014 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Seminarunterlagen: Die Teilnehmer erhalten ein ausführliches Skript und eine Sammlung aktueller Gerichtsentscheidungen. Darüber hinaus liegen die wichtigsten Gesetzes- und Verordnungstexte in aktueller Fassung vor (GWB, VgV, VOB/A etc.).*

Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG EINKOMMENSTEUER

Teilabzugsverbot für laufende Kosten bei Pachtverzicht

1. Aufwendungen, die dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft durch die Nutzungsüberlassung eines Wirtschaftsguts an die Gesellschaft entstehen, sind nicht vorrangig durch die Beteiligung-, sondern durch die Miet- und Pachtekünfte veranlasst und daher ungeachtet des § 3 c Abs. 2 EStG (Einkommensteuergesetz) in vollem Umfang abziehbar, wenn die Nutzungsüberlassung zu Konditionen erfolgt, die einem Fremdvergleich standhalten.

2. Bei einem Verzicht auf vertraglich vereinbarte Pachtzahlungen steht § 3 c Abs. 2 EStG der Abziehbarkeit der durch die Nutzungsüberlassung entstehenden Aufwendungen nur entgegen, wenn der Verzicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist und daher einem Fremdvergleich nicht standhält.

3. Auch wenn grundsätzlich das Finanzamt die Feststellungslast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 c Abs. 2 EStG trägt, ist der Steuerpflichtige unter dem Gesichtspunkt des Fremdvergleichs jedenfalls bei einem Pachtverzicht, der endgültig und nicht lediglich für einen kurzen Zeitraum ausgesprochen wird, gehalten, dem Finanzamt ein Mindestmaß an substantiierten Darlegungen sowohl zur regionalen Marktlage im Bereich der Gewerbeimmobilien als auch zu seiner Einschätzung der wirtschaftlichen Zukunftsaussichten der Pächterin zu unterbreiten.

Bundesfinanzhof (BFH), Urteil vom 17.07.2013 - X R 17/11 - I

Der Bundesfinanzhof hatte zu entscheiden, ob bei einem Verzicht auf Pachteinahmen Grundstücksaufwendungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung nur zum Teil als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. Hintergrund ist insbesondere die gesetzliche Regelung, wonach Betriebsausgaben, die mit zum

Teil steuerfreien Einnahmen (z. B. Gewinnausschüttungen) zusammenhängen, nicht vollumfänglich abziehbar sind (§ 3 Nr. 40 EStG). Maßgeblich sei, so der BFH, ob die Betriebsausgaben in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Beteiligungserträgen aus der Betriebs-GmbH oder allein in Zusammenhang mit den Pachteinahmen stehen.

Damit folgt der BFH dem Urteil vom 28.2.2013 (IV R 49/11), in dem bereits deutlich gemacht wurde, dass das Abzugsverbot nicht für Ausgaben gilt, die sich auf die Substanz der überlas-

senen Wirtschaftsgüter (Abschreibungen und Erhaltungsaufwendungen) beziehen. Soweit Wertsteigerungen der Wirtschaftsgüter der vollen Besteuerung unterliegen, müssen die der Substanzerhaltung geschuldeten Betriebsausgaben voll abzugsfähig sein.

Fortentwicklung der Rechtsprechung

WIRTSCHAFTLICHE VERANLASSUNG

Bei anderen Betriebsausgaben (z. B. Zinsen) soll es für die Anwendung des Teilabzugsverbots darauf ankommen, wodurch die Ausgabe primär veranlasst ist: Durch die Erzielung von Beteiligungseinkünften im Teileinkünfteverfahren oder aber von voll steuerpflichtigen Betriebsgewinn. Es ist also zu ermitteln, ob der Pachtverzicht aus gesellschaftsrechtlichen oder anderen vorzugsweise wirtschaftlichen Gründen veranlasst ist. Nur wenn letztere vorliegen, ist ein ungekürzter Abzug der Aufwendungen zulässig. Da der Steuerpflichtige die Beweislast für ihn begünstigende Tatbestände trägt, gilt dies auch für den Betriebsausgabenabzug.

Davon abzugrenzen ist eine Nutzungsüberlassung zu fremdüblichen Konditionen. In diesen Fällen kommt es nicht zum Abzugsverbot.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Dokumentieren Sie die wirtschaftliche Notwendigkeit eines (temporären) Pachtverzichts, um den vollen Abzug von Betriebsausgaben zu gewährleisten. ■

AKTUELLES

Einkommensteuer: Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses zwischen nahen Angehörigen

BFH, Urteil vom 17.07.2013 - X-R-32/12
Pressemitteilung Nr. 74/13

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 17. Juli 2013 die Maßstäbe präzisiert, die für den steuermindernden Abzug von Betriebsausgaben für die Vergütung von Arbeitsleistungen naher Angehöriger gelten.

Der Kläger betrieb als Einzelunternehmer eine in den Streitjahren stetig wachsende Werbeagentur. Er schloss zunächst mit seinem in Frührente befindlichen Vater, später auch mit seiner Mutter einen Arbeitsvertrag ab. Die Eltern sollten für den Kläger Bürohilfstätigkeiten im Umfang von 10 bzw. 20 Wochenstunden erbringen. Das Finanzamt versagte den Betriebsausgabenabzug mit der Begründung, es seien keine Aufzeichnungen über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden geführt worden. Das Finanzgericht bestätigte diese Auffassung und führte aus, die Arbeitsverträge seien nicht entsprechend der Vereinbarung durchgeführt worden, weil beide Elternteile tatsächlich mehr als die vertraglich festgelegten Wochenstunden gearbeitet hätten. Darauf hätten sich fremde Arbeitnehmer nicht eingelassen. Dem ist der BFH nicht gefolgt. Ob ein Vertrag zwischen nahen Angehörigen steuerlich anzuerkennen ist, wird anhand eines Fremdvergleichs beurteilt. Dabei hängt die Intensität der Prüfung auch vom Anlass des Vertragschlusses ab. Hätte der Steuerpflichtige im Falle der Nichtbeschäftigung seines Angehörigen einen fremden Dritten einstellen müssen, ist der Fremdvergleich weniger strikt durchzuführen. Vor allem aber ist der Umstand, dass beide Elternteile „unbezahlte Mehrarbeit“ geleistet haben, für die steuerrechtliche Beurteilung nicht von wesentlicher Bedeutung. ■

AKTUELLES

Eigenüberschrift: Eignungsnachweis in Bezug auf Baugeräte

Zum Eignungsnachweis bei öffentlichen Ausschreibungen gehört in der Regel auch die Pflicht des Auftragnehmers, zum Beleg seiner Leistungsfähigkeit auch das Vorhandensein der erforderlichen Baugeräte zu belegen. Diese stehen den Bietern zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht immer in erforderlichem Maße zur Verfügung. Nach zwei aktuellen Entscheidungen können die Bieter hier Erleichterungen in Anspruch nehmen. Wird für die Leistungserbringung spezielles Gerät verlangt, so ist es nach einer Entscheidung des OLG München ausreichend, wenn der Bieter durch Eigenerklärung versichert zu Leistungsbeginn über eine entsprechende Maschine zu verfügen, es sei denn, die Vergabeunterlagen verlangen ausdrücklich, dass die Gerätschaften bereits bei Angebotsabgabe vorhanden sein müssen (Beschluss vom 17.01.2013). Nach einer Entscheidung des OLG Saarbrücken (02.04.2013) reicht eine Erklärung aus, wonach der Bieter zur Durchführung der Arbeiten auf die Ressourcen seines Mutterkonzerns und auf sämtliche zur Ausführung der Arbeiten notwendigen Geräte zugreifen kann. Denn die Nutzung von Maschinen des Mutterkonzerns stellt keinen gesondert anzeigepflichtigen Nachunternehmerereinsatz dar.

Werden in Ausschreibungen Anforderungen an den Geräteinsatz gestellt, sollte der Bieter daher gründlich prüfen, ob er deren Vorhandensein zum Zeitpunkt der Ausführung versprechen kann oder ob er für den Fall, dass der Nachweis bereits zur Angebotsabgabe zu erbringen ist, auf Ressourcen auf von mit ihm verbundenen Unternehmen zurückgreifen kann.

WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Zur Wirksamkeit von Nachträgen bei Anscheinsvollmacht des Fachbauleiters

1. Sendet der Auftraggeber einen mit dem Bauvorhaben befassten und sachkundigen Mitarbeiter zu Verhandlungen auf die Baustelle, darf dieser als bevollmächtigter Vertreter des Auftraggebers angesehen werden.

2. Auch bei Vereinbarung einer förmlichen Abnahme reicht es für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs aus, wenn die Leistung abnahmereif ist.

OLG München, Urteil vom 24.05.2011

Der Auftraggeber hatte das klagende Bauunternehmen mit der Durchführung von Werkleistungen an einem Bauvorhaben in München beauftragt. Aufgrund von zusätzlichen Leistungen und Änderungen kam es im Rahmen der Baudurchführung zur Beauftragung diverser Nachträge. Ein Großteil dieser Nachträge wurde von dem Gesamtprojektleiter in Auftrag gegeben. Teilweise erfolgte die Beauftragung aber auch durch den von dem Auftraggeber eingesetzten Fachbauleiter. Zwar war dieser für die Klärung von technischen Einzelheiten und täglichen Notwendigkeiten auf der Baustelle zuständig und prüfte und verhandelte auch die vom Auftragnehmer vorgelegten Angebote. Zur Beauftragung von Nachträgen besaß er jedoch keine Vollmacht. Die endgültige Beauftragung erfolgte durch Gegenzeichnung der jeweils bevollmächtigten Mitarbeiter des Bauherrn. Nach Kündigung des Bauauftrages wurde eine förmliche Abnahme durch die Parteien nicht durchgeführt. Der Auftragnehmer legte Rechnung über die von ihm erbrachten Werkleistungen aus dem Hauptvertrag sowie über die ausgeführten Nachträge und verlangte vom Bauherrn Zahlung der Schlussrechnungssumme.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG München hat den Bauherrn zur Zahlung des Werklohnanspruchs des Bauunternehmers verurteilt. Zur Begründung führt das Ge-

richt zunächst aus, dass zwar eine förmliche Abnahme vereinbart war, für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs jedoch alternativ zur Abnahme auch die Abnahmereife genüge. Da die Leistung des Bauunternehmers zum Zeitpunkt der Abrechnung abnahmereif fertiggestellt war, sei der Werklohnanspruch fällig. Das OLG München geht weiter davon aus, dass auch die durch den Fachbauleiter des Bauherrn beauftragten Nachträge wirksam beauftragt wurden. Da dieser hauptsächlich Ansprech- und Verhandlungspartner für das Bauunternehmen war und zahlreiche Nachträge unter großem Zeitdruck abgewickelt werden mussten, habe der Bauherr hier den Rechtsschein einer Bevollmächtigung des Fachbauleiters geschaffen. Schließlich habe dieser 90 % der Nachträge mit dem Bauunternehmen verhandelt. Das Gericht führt hierzu aus: „Wer einen mit der Sache befassten und sachkundigen Mitarbeiter zu Verhandlungen auf die Baustelle schickt, erzeugt regelmäßig einen solchen Anschein (...)“. Die interne Regelung, dass nur der Gesamtprojektleiter des Bauherrn wirksam Nachträge beauftragen konnte, war für den Bauunternehmer dagegen nicht ersichtlich.

Anscheinsvollmacht durch Verhandlungsbefugnis begründet

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das Urteil wird den Bedürfnissen der Praxis nach einer schnellen Abwicklung von Nachträgen gerecht, denn nicht selten muss mit der Ausführung der Nachtragsleistungen vor schriftlicher Beauftragung begonnen werden. Die Rechtsprechung stellt jedoch regelmäßig hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, was für den Auftragnehmer im Streitfall mit erheblichen finanziellen Einbußen verbunden sein kann. In der Praxis empfiehlt es sich daher, die vertraglichen Regelungen zur Beauftragung von Nachträgen genau zu prüfen und dieses Reglement einzuhalten.

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Seminarangebot 2013/2014

Auch im 4. Quartal 2013 und 1. Quartal 2014 führen wir wieder baurechtliche Schulungen für Sie durch. Nähere Einzelheiten zu den angebotenen Schulungen entnehmen Sie bitte unserer Internetseite www.bauleiterschulung.de. Dort können Sie sich auch anmelden. Für inhaltliche Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Referenten in unserem Berliner Büro gerne zur Verfügung. Sollten Sie Interesse an einer Inhouse-Schulung haben, wenden Sie sich bitte an unsere zuständige Mitarbeiterin, Frau Goltz (030 278707).

20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Loslösung vom Pauschalpreis, Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen, Wirksamkeit vertraglicher Klauseln, Abwehr der Vertragsstrafe, Beweislastumkehr beim Aufmaß und mehr

Datum: 07. November 2013 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: umfangreiches Skript
Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (HAMBURG)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 14./15. November 2013 **Dauer:** 2 Tage
Referent: RA Bernd Kimmich,
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 480,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB FÜR POLIERE

Basiswissen bei der Dokumentation des Bauablaufes (Nachträge, Behinderungen, Stundenlohnarbeiten, Abnahme und Mängel, Aufmaß und Abrechnung)

Datum: 22. November 2013 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAUZEIT, BEHINDERUNG UND DOKUMENTATION

Vertrags- und Ausführungsfristen/Konsequenzen des Leistungsverzuges/Rechtsfolgen aus Behinderungen/Anforderungen an die Dokumentation zur Geltendmachung von Mehrkosten/Voraussetzungen für die Durchführung von Beschleunigungen

Datum: 02. Dezember 2013 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (BERLIN)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 16./17. Januar 2014 **Dauer:** 2 Tage
Referent: RA Bernd Kimmich, RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 480,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB FÜR KAUFLEUTE

Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben (Vertragstypen und Risikoverteilung, Vertragsabschluss, Nachträge, Stundenlohnarbeiten, Behinderungen, Abrechnung und Zahlung, Sicherheiten für Auftragnehmer und -geber)

Datum: 21. Februar 2014 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAURECHT FÜR ARCHITEKTEN UND INGENIEURE

Rechtssicherheit bei der Betreuung von Bauvorhaben

Datum: 17. Januar 2014 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Hendrik Bach,
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

Störungen im Bauablauf

Referent: Bernd Kimmich
Termin/Ort: Leipzig, 04.11.2013
Veranstalter: AHL Akademie Hermann Leipzig

Gestörter Bauablauf aus baubetrieblicher und baurechtlicher Sicht

Referent: Bernd Kimmich
Termin/Ort: Berlin, 05.11.2013
Veranstalter: IBR-Seminare

Privates Baurecht im Eisenbahnwesen

Referent: Hendrik Bach
Termin/Ort: Wuppertal, 07.11.2013
Veranstalter: TAW Akademie

Öffentliches Baurecht für Eisenbahningenieure

Referent: Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: Berlin, 11./12.11.2013
Veranstalter: TAW Akademie

Rechtsgrundlagen der Videoüberwachung

Referent: Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: Fulda, 14.11.2013
Veranstalter: BHE-Akademie

ANKÜNDIGUNG

WRD-Unternehmergespräche Recht + Steuern

am 21.11.2013 in Berlin zum Thema:
Erbfolge und Testamentsgestaltung

Einladung folgt gesondert!

RUBRIKENTITEL

WRD-Forum am 24.09.2013 zum Thema “Verschärfte Mängelhaftung”

Das von unserer Kanzlei veranstaltete Forum zur Mängelhaftung war ein voller Erfolg. Rund 100 Teilnehmer waren gekommen, um sich über die Entwicklungen in Rechtsprechung und Praxis zum funktionalen Mangelbegriff, zur Tauglichkeit von DIN-Normen als allgemein anerkannte Regeln der Technik und zum merkantilen Minderwert zu informieren.

Unter der Moderation von RA Dr. Dieckert ging es zunächst um den **funktionalen Mangelbegriff** und die hierzu provokant aufgeworfene Frage, ob die von der Rechtsprechung angenommene stillschweigende Vereinbarung einer umfassenden Funktionstauglichkeit eine juristische Fiktion ist. Hierzu erläuterte Prof. Stefan Leupertz, der bis Ende letzten Jahres dem für das Baurecht zuständigen VII. Zivilsenat angehörte, die Beweggründe der letzten BGH-Entscheidungen und seine persönliche Auffassung zu dieser Rechtsentwicklung. Eine juristisch “Gegenrede” hielt dann unser Kollege RA Bach, bevor Herr Prof. Bötzel (Vorstand DUDiederichs) eine lebhafte Diskussion mit Beispielen aus der Praxis einleitete. Dabei machte er deutlich, dass die Frage, was an Bausoll-



Das gut gefüllte Auditorium

geschuldet ist von Juristen und Sachverständigen häufig unterschiedlich beantwortet wird. Insofern sollten Planer größte Sorgfalt bei der Beschreibung der Leistung und Bauunternehmer bei der Auslegung derselben walten lassen, wobei letzteren die frühe Klärung von Zweifelsfragen, ggf. durch Hinweise und/oder Be-

denkenanzeigen zu raten ist.

Sodann stand der sog. **merkantile Minderwert** von Gebäuden im Mittelgrund, die aufgrund des “Makels” einer zuvor durchgeführten Mangelbeseitigung möglicherweise an Wert verlieren. Wie man dies berechnet und was die Voraussetzungen eines entsprechenden Anspruches sind, legte Robert R. Vogel (Gebäudesachverständiger und langjähriger Präsident des Bundesverbandes öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger



Prof. Leupertz beim Vortrag

e. V.) in seinem Kurzreferat anschaulich dar. Dabei machte er deutlich, dass die anzunehmende Wertminderung in dem Maße abnimmt, je mehr Zeit seit der Mangelbeseitigung verstrichen ist. Unser Kollege RA Kimmich stellte daraufhin die Frage, wie mit Fällen zu verfahren sei, in denen sich die angenommene Wertminderung später (etwa im Fall eines Verkaufs des Objekts) gar nicht realisieren würde. In der anschließenden Diskussion zwischen Teilnehmern und Podium wurde deutlich, dass hier möglicherweise ein Umdenken in der Rechtsprechung ansteht.

Schließlich wurde die Frage diskutiert, ob angesichts der heutigen Normenflut immer noch die von der Rechtsprechung aufgestellte Vermutung gilt, dass **DIN-Normen anerkannte Regeln der Technik** (aRdT) darstellen. Dem widersprach Herr Dipl.-Ing. Heide (Zentralverband des Deutschen Baugewerbes), der über die aktuelle Entwicklung im Bereich der

Baunormung berichtete und hierzu Initiativen seines Verbandes darstellte. Danach sollte man sich auf einen Kernbestand von Regeln konzentrieren, die nicht nur wissenschaftlich anerkannt sind, sondern sich in der Praxis nachhaltig bewährt haben.

Im Anschluss daran nahm Herr Dipl.-Jur. Mikosch (Unit Versicherungsmakler GmbH) zur gesamtschuldnerischen Haftung bei der Nichteinhaltung der aRdT aus Sicht der Berufshaftpflichtversicherungen Stellung und legte die Schwierigkeiten dar, die heute für jeden Architekten und Ingenieur bei der Suche nach auskömmlichen Versicherungsschutz bestehen. Danach machen Versicherungsgesellschaften immer häufiger davon Gebrauch, sich nach den Regelungen von Versicherungsfällen aus den Verträgen aufgrund der befürchteten „Wiederholungsgefahr“ zu verabschieden.

Alle Referenten standen den Teilnehmern sowohl auf dem Podium als auch in den Pausen als Gesprächspartner zur Verfügung. Dabei führte die Zusammensetzung des Publikums aus Bauunternehmern, Architekten und Ingenieuren sowie Sachverständigen und Baujuristen zu lebhaften und qualifizierten Diskussionen. Die Veranstaltung nahm dann gegen 18.30 Uhr bei frisch gezapften Bier und Laugengebäck einen geselligen Ausklang. ■

Autor: RA Dr. Ulrich Dieckert



Unsere Kolleginnen Hertel und Friedrich sowie Kollege Dr. Overbuschmann