



MAI 2004

MANDANTENBRIEF

I. Handel & Wettbewerb

1. Erhebliche Unternehmerrisiken durch das neue Produktsicherheitsgesetz

II. Steuern & Finanzen

1. Osterweiterung der Europäischen Union zum 01.05.2004
2. Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit
3. Arbeitgeber des Geschäftsführers
4. Absetzbarkeit eines gemischt genutzten Computers
5. „Ökosteuer“ verfassungsgemäß
6. Streit um den neuen § 8a Körperschaftsteuergesetz

III. Arbeit & Personal

1. Strafanzeige gegen Arbeitgeber rechtfertigt verhaltensbedingte Kündigung
2. Wirksamkeit der Kündigung bei fehlender oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige
3. Übertragung von Teilurlaub

IV. Familie & Erbschaft

Ausweitung der Verpflichtung zur Zahlung von Elternunterhalt auch auf (Nicht)Erwerbstätige

V. Bauen & Wohnen

1. Kündigung wegen einer gesundheitsgefährdenden Schimmelpilzbildung
2. AGB-Kontrolle: Bestimmungen der VOB/B
3. Zur Berechnung der Kappungsgrenze bei einer Teilinklusive miete
4. Zum Zugang einer per Telefax übermittelten empfangsbedürftigen Willenserklärung, deren Empfänger urlaubsbedingt abwesend ist und zum Bedeutungsgehalt einer Vereinbarung, nach der die Kündigung eines Mietvertrages durch eingeschriebenen Brief erfolgen soll

VI. Verwaltung & Vergabe

1. Angebotsausschluss: spekulative Preisangaben – Einheitspreise von 0,01 €
2. Unangemessen hoher Preis als Aufhebungsgrund – Unzulässigkeit der mittelbaren Wertung ausgeschlossener Angebote für die Feststellung eines unangemessen hohen Preises

50668 **KÖLN**
Clever Straße 16
Telefon 0221 - 77 20 9-0
Telefax 0221 - 72 48 89
Email Koeln@leinen-derichs.de

VII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief „Gesundheit & Recht“
2. Medizinrecht im Internet

14467 **POTSDAM**
Kurfürstenstraße 31
Telefon 0331 - 28 999-0
Telefax 0331 - 28 999-14
Email Potsdam@leinen-derichs.de

10719 **BERLIN**
Meinekestraße 24
Telefon 030 - 88 03 28-0
Telefax 030 - 88 03 28-28
Email Berlin@leinen-derichs.de

www.leinen-derichs.de

I. Handel & Wettbewerb

1. Erhebliche Unternehmerrisiken durch das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz

Seit dem 01.05.2004 ist das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) in Kraft. Es löst das bisher geltende Gerätesicherheitsgesetz (GSG) und das bisherige Produktsicherheitsgesetz (ProdSG) ab und enthält wesentlich verschärfte Pflichten und trifft viele Unternehmen völlig unvorbereitet.

Das Gesetz gilt mit wenigen Ausnahmen für das Inverkehrbringen und Ausstellen aller Produkte (technische Arbeitmittel und Verbraucherprodukte), das selbständig im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung erfolgt. Es gilt ferner – ebenfalls mit nur wenigen Ausnahmen – für die Errichtung und den Betrieb überwachungspflichtiger Anlagen.

Die gesetzlichen Pflichten sind wesentlich verschärft worden: Unternehmer müssen in Zukunft von sich aus die zuständigen Behörden unterrichten, wenn Sie wissen oder Anhaltspunkte dafür haben, dass von ihrem Produkt eine Gefahr für den Verbraucher ausgeht. Einem Unternehmer, der dieser Verpflichtung nicht nachkommt, droht ein **Bußgeld** bis zu 3.000,00 €. Kommt es zu einer Verletzung oder gar Tötung eines Produkthanwenders infolge einer solchen Produktunsicherheit, läuft der Unternehmer die Gefahr einer **strafrechtlichen Verfolgung**.

Dieselbe Verpflichtung trifft nunmehr auch den **Händler**. Es steht zu befürchten, dass anders als bisher üblich der Händler sich nicht mehr zunächst vertrauensvoll an den Hersteller

wenden und ihn von festgestellten oder angenommenen Sicherheitsmängeln am Produkt berichten wird, sondern – aus Furcht vor Sanktionen – sofort den Weg zur Aufsichtsbehörde wählen wird. Dies erhöht für den Unternehmer ebenfalls den Anlass, sich bei einem Verdacht auf Sicherheitsmängel unmittelbar und unverzüglich an die Aufsichtsbehörde zu wenden. Manche befürchten schon einen Wettlauf zwischen Händler und Hersteller bei der Meldung von Mängeln.

Was als Verbraucherschutzvorschrift wirkungsvoll erscheint, erweist sich zugleich aber für den Hersteller als erheblich gefährlich. Was, wenn sich ein Verdacht nicht oder nur – etwa regional – begrenzt bestätigt? Dann hat die Meldung bereits Weiterungen erfahren, die die Verkauflichkeit des betroffenen Produkts erheblich einschränken oder gar gefährden können. Die Aufsichtsbehörde meldet ihr bekannt gewordene (Verdachts-)Mängel nämlich an ein europaweites Frühwarnsystem namens RAPEX – eine Art **schwarze Liste**, die in ganz Europa von Jedermann einzusehen ist.

Die Grenzziehung zwischen Unterrichtspflicht und berechtigtem Unternehmensinteresse ist im Einzelfall schwierig und sehr sorgfältig zu treffen. Entscheidend dürfte eine hinreichend umfassende Kenntnis von den die verschiedenen Produkte betreffenden Sicherheitsaspekten sein. Eine möglichst genaue Überwachung und Beobachtung der eigenen Produkte erscheint hier sinnvoll. Genau dies hat

der Gesetzgeber nun auch als Pflicht eingeführt: Hersteller und Händler müssen die eigenen und vertriebenen Produkte beobachten und ein **effektives Rückruf-Management** installieren. Die Effektivität dieses Managements entscheidet dabei über die zukünftige Eigenverantwortung bei der Produktbeobachtung: Funktioniert es nicht, sind die **Behörden befugt, Rückrufaktionen selbst einzuleiten**. Hier dürfte sich ein erhebliches Konfliktpotential zwischen Unternehmen, Handel und Aufsichtsbehörde entwickeln. Denn die Aufsichtsbehörde kann hinsichtlich der Überwachungs- und Rückrufpflichten auch den Handel in die Pflicht nehmen. Für den Händler kann sich der Rückruf allerdings als sehr schwierig erweisen, da er häufig nicht weiß, wer die als gefährlich eingestuften Produkte besitzt. Der Handel hat daher ein ureigenes Interesse daran, die Gefahrenbeobachtung nicht dem Hersteller alleine zu überlassen. Der Hersteller wiederum sollte sich nicht alleine auf den Handel verlassen, sondern sich selbst um die

Erfüllung der Anforderungen aus dem neuen Gesetz sorgen. Denn es lauert eine **weitere Gefahr**: Werden von dem Hersteller die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten, kann der Industrierversicherer sich hierauf berufen und die Regulierung im Haftpflichtfall ablehnen.

Das Inverkehrbringen und die inverkehrgebrachten Produkte werden von den zuständigen Aufsichtsbehörden überwacht. **Die Behördenbefugnisse sind dabei erheblich weitreichender als bisher**. Nicht nur nachträgliche Sanktionen stellen eine Belastung für den Unternehmer dar. Zu erwarten ist ferner eine Zunahme präventiver Kontrollen und Sanktionen. Werden bei stichprobenartigen Überwachungen Mängel festgestellt, können diese Sanktionen ebenfalls ganz erheblich belasten. Die Befugnisse der Behörde reichen von der Anordnung des – vorübergehenden – Produktionsstopps bis zur Anordnung der Warenvernichtung.

II. Steuern & Finanzen

1. Osterweiterung der Europäischen Union zum 01.05.2004

Mit Wirkung zum 01.05.2004 werden Polen, die Tschechische Republik, die Slowakische Republik, Ungarn, Slowenien, Estland, Lettland, Litauen, Zypern und Malta Mitglieder der Europäischen Union. Aus dem Beitritt ergeben sich zollrechtliche Änderungen. Hinsichtlich der Umsatzsteuer ist folgendes zu beachten:

- Das besondere Vorsteuervergütungsverfahren ist nur auch in den neuen

Mitgliedsstaaten vorgeschrieben, in denen es bisher nicht galt. Dies betrifft die tschechische und die slowakische Republik, Lettland und Litauen sowie Zypern und Malta.

- Bei einigen sonstigen Leistungen, den so genannten „Katalogleistungen“, richtet sich der Ort der Steuerpflicht nach dem Sitz des leistenden Unternehmers,

wenn der Kunde kein Unternehmer ist, nicht mehr nach dem Sitz des Kunden. Bei derartigen Leistungen an Unternehmen kann unter Umständen eine umsatzsteuerliche Registrierung erforderlich sein.

Lieferungen aus den Beitrittsstaaten und in diese Staaten sind fortan als innergemeinschaftlicher Erwerb und innergemeinschaftliche Lieferungen zu behandeln und nicht mehr als Ein- und Ausfuhrlieferungen.

2. Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit

Der Bundestag hat am 6. Mai 2004 das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung in 2. und 3. Lesung verabschiedet. Der Bundesrat muss dem Gesetz noch zustimmen.

Das Gesetz enthält folgende Kernpunkte:

- Der Begriff der Schwarzarbeit wird dem allgemeinen Sprachgebrauch angepasst, Fälle der bloßen handwerks- und gewerblichen Eintragungs- und Anzeigepflichtverletzungen fallen nicht mehr hierunter. Maßgeblich sind fiskalische Gesichtspunkte, also eine Verletzung von Melde, Aufzeichnungs- und Zahlungspflichten nach Steuer- und Sozialrecht. Bloße Gefälligkeiten, etwa im Bereich der Nachbarschaftshilfe, sind weiterhin zulässig.
- Die Kontrollregelungen aus den verschiedenen Vorschriften, insbesondere des Sozialgesetzbuches, werden zusammengeführt.
- Die Kontrollrechte der Zollverwaltung werden erweitert. Insbesondere können

mitgeführte Unterlagen eingesehen werden. In Zukunft soll zudem vermehrt bei Generalunternehmern nachgeforscht werden. Aus der Zuständigkeit heraus fällt der Bereich der geringfügigen Beschäftigung in Privathaushalten.

- Straftatbestände werden ergänzt, um Strafbarkeitslücken zu schließen. So ist fortan auch das Nichtabführen der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung nach § 266 a StGB nF strafbar. Ein den § 263 StGB ergänzender Straftatbestand soll Erschleichen von Sozialversicherungsleistungen erfassen.
- Eine Pflicht zur Erteilung von Rechnungen des Unternehmers bei Werklieferungs- oder sonstigen Leistungen an einen privaten Leistungsempfänger wird geschaffen, die die gesetzesgemäße Leistungserbringung nachprüfbar machen soll. Der private Leistungsempfänger soll die Rechnung zwei Jahre lang aufbewahren müssen.

Der Regress des Unfallversicherungsträgers gegen den Unternehmer bei Unfällen im Zusammenhang mit Schwarzarbeiten soll

ermöglicht werden, da sich der Auftraggeber von Schwarzarbeit regelmäßig der Beitrags-

pflicht für die gesetzliche Unfallversicherung entziehe.

3. Arbeitgeber des Geschäftsführers

Mit Urteil vom 19.2.2004 hat der Bundesfinanzhof entschieden (BFH, Urteil vom 19.02.2004, Az.: VI R 122/00), dass eine GmbH nicht Arbeitgeberin ihrer von einer Obergesellschaft entlohnten Geschäftsführer ist, wenn diese vorübergehend entsandt sind und nur im Rahmen ihres mit der Obergesellschaft abgeschlossenen Anstellungsvertrages tätig werden

Die Klägerin führte als Komplementär-GmbH die Geschäfte einer inländischen KG. Alleinige Anteilseignerin der Klägerin war eine inländische GmbH, die zugleich auch die Kommanditanteile an der KG hielt. Die Anteile an dieser GmbH hielt eine österreichische GmbH (Obergesellschaft).

Im Streitjahr 1990 wurden zwei Geschäftsführer der Klägerin von ihrer österreichischen Obergesellschaft entsandt. Die Klägerin wies keine Ausgaben für die Geschäftsführung aus.

Das beklagte Finanzamt vertrat die Auffassung, dass die österreichische Obergesellschaft die KG mit Personalkosten der Klägerin belastet habe, so dass eine Lohnzahlung durch Dritte erfolgt sei. Die Klägerin sei als Arbeitgeberin ihrer Geschäftsführer zum Lohnsteuerabzug verpflichtet gewesen. Da sie keine Angaben über Umfang und Kosten der Tätigkeit machte, schätzte das FA die Höhe des Arbeitslohnes und erließ einen Lohnsteuer-Haftungsbescheid.

Die hiergegen gerichtete Klage hatte in allen Instanzen Erfolg (in der Vorinstanz FG Nürnberg vom 6.6.2000, I 280/97, EFG 2000, 939).

Nach Auffassung der Richter haftet die Klägerin nicht für die Lohnsteuer ihrer Geschäftsführer, da sie nicht Arbeitgeberin der von der Obergesellschaft entsendeten Geschäftsführer ist.

Der gesetzlichen Regelung des § 42d Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) zufolge hafte der Arbeitgeber für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat. Das gelte auch, wenn er bei Zahlung des Arbeitslohns durch Dritte Lohnsteuer einzubehalten hatte (BFH-Urteil in BFHE 146, 253, BStBl II 1986, 768). Arbeitgeber im steuerlichen Sinne sei derjenige, dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, unter dessen Leitung er tätig wird oder dessen Weisungen er zu folgen verpflichtet ist. Dies ist im Regelfall derjenige, mit dem der Arbeitnehmer den Dienstvertrag geschlossen hat (BFH-Urteil in BFHE 177, 105, BStBl II 1995, 390).

Grundsätzlich sei der Geschäftsführer einer GmbH Arbeitnehmer. Hieraus folge jedoch nicht, dass dessen Arbeitgeber ausnahmslos die Gesellschaft sein muss, zu deren Organ er bestellt ist. Denn zivilrechtlich sei zwischen der Organstellung und dem Anstellungsverhältnis

des Geschäftsführers zu unterscheiden. So sei die Tochtergesellschaft im steuerrechtlichen Sinn nicht Arbeitgeberin ihres Geschäftsführers, wenn dieser im Rahmen eines fortbestehenden Anstellungsverhältnisses mit der Obergesellschaft tätig werde. Arbeitgeber in einem Konzern sei derjenige, mit dem der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen

habe; nur dieses Unternehmen könne unmittelbar Weisungsbefugnisse ausüben und habe andererseits die Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen. Allein die organschaftliche Stellung des Arbeitnehmers rechtfertige eine von der zivilrechtlichen Ausgangslage abweichende Beurteilung nicht.

4. Absetzbarkeit eines gemischt genutzten Computers

Mit Urteil vom 19.2.2004 hat der Bundesfinanzhof zu der Absetzbarkeit eines gemischt genutzten Computers Stellung genommen (Urteil vom 19.02.2004, VI R 135/01). Dem BFH zufolge kann ein privat angeschaffter und in der privaten Wohnung aufgestellter PC Arbeitsmittel im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 EStG sein. Eine private Mitbenutzung ist unschädlich, soweit sie einen Nutzungsanteil von etwa 10 v.H. nicht übersteigt. Die Kosten eines gemischt genutzten PC sind aufzuteilen. Sie sind daher anteilig als Werbungskosten absetzbar.

Im Streitfall hatte der bei einem Telekommunikationsunternehmen als Technischer Angestellter beschäftigte Kläger einen PC erworben und die Aufwendungen als Werbungskosten geltend gemacht. Das Finanzamt lehnte die steuerliche Berücksichtigung mit der Begründung ab, der Computer sei nicht ausschließlich beruflich genutzt worden. Das Finanzgericht (FG Rheinland-Pfalz vom 24.9.2001, Az. 5 K 1249/00, EFG 2001, 1595) gab der Klage teilweise statt und schätzte den beruflichen Nutzungsanteil auf 35% der Anschaffungskosten.

Auf die Revision des Finanzamtes hob der BFH das Urteil auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurück.

Nach Auffassung der BFH-Richter gibt es keine generelle Vermutung dafür, dass ein privat angeschaffter und in der privaten Wohnung aufgestellter PC überwiegend privat genutzt wird. Sofern der Steuerpflichtige eine nicht unwesentliche berufliche Nutzung des Gerätes nachweisen oder zumindest glaubhaft machen könne, seien die Aufwendungen anteilig zu berücksichtigen.

Bei einer privaten Mitbenutzung von nicht mehr als 10% sei der PC ein Arbeitsmittel und könne insgesamt steuerlich berücksichtigt werden. Gegebenenfalls sei der berücksichtigungsfähige Umfang der beruflichen Nutzung zu schätzen. Dabei könne unter bestimmten Voraussetzungen von einer hälftigen privaten bzw. beruflichen Nutzung ausgegangen werden.

Der BFH hat ferner entschieden, dass die Peripheriegeräte einer PC-Anlage (Monitor, Drucker, Scanner etc.) in der Regel keine

geringwertigen Wirtschaftsgüter i. S. des § 6 Abs. 2 Satz 1 EStG sind, sodass die Anschaffungskosten nicht im Jahr der

5. „Ökosteuer“ verfassungsgemäß

Am 20.4.2004 hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden von zwei gewerblichen Kühlhausunternehmen und fünf Spediteuren gegen die so genannte Ökosteuer zurückgewiesen (BVerfG, Urteil vom 20.4.2004, Az.: 1 BvR 1748/99 und 1 BvR 905/00).

Die Kühlhausunternehmen hatten sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde dagegen gewandt, dass Strom, den ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes entnimmt, ermäßigt besteuert wird, wohingegen Strom für Dienstleistungsunternehmen dem steuerlichen Regelsatz unterworfen ist. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde der Spediteure war die Erhöhung der Mineralölsteuer auf Kraftstoffe zum 01.04.1999 sowie jeweils zum 01.01.2000, 2001, 2002 und 2003 um jeweils 6 Pfennig (3,07 Cent) je Liter im Rahmen der sogenannten ökologischen Steuerreform. Die Beschwerdeführer rügten eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG).

Nach Auffassung der Verfassungsrichter berührt die Erhebung der Ökosteuer weder das Grundrecht der Berufsfreiheit noch die Eigentumsgarantie. Insofern seien die diesbezüglichen Rügen bereits unzulässig. Auch sei der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt. Denn der

Anschaffung in voller Höhe geltend gemacht werden können.

Grundsatz der steuerlichen Gleichbehandlung hindere den Gesetzgeber nicht, besonders problematische Wettbewerbssituationen der durch die Steuer betroffenen Unternehmen durch Steuerverschonung zu berücksichtigen und diese so zu entlasten. Die Begünstigung des produzierenden Gewerbes habe der Gesetzgeber nicht willkürlich gewählt, da dieses - im Gegensatz zum Dienstleistungssektor - stärker im internationalen Wettbewerb stehe. Aus der Steuervergünstigung einer bestimmten Gruppe folge grundsätzlich kein Anspruch der anderen Gruppe auf eine wirtschaftlich vergleichbare Entlastung. Umstände, die vorliegend eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sahen die Richter nicht.

Auch das umstrittene Ziel, mit der Ökosteuer die Rentenversicherungsbeiträge zu senken, sei mit dem Grundgesetz vereinbar, da eine zu weitgehende Zweckbindung in dem Gesetz nicht erkennbar sei.

Schließlich dürfe der Gesetzgeber seine Steuergesetzgebungskompetenz grundsätzlich auch ausüben, um Lenkungswirkungen, hier die Verringerung des Energieverbrauchs, zu erzielen. Er dürfe nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Der Gesetzgeber verpflichte dabei den Bürger nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Ver-

halten, gebe ihm aber durch Sonderbelastung eines unerwünschten oder durch steuerliche Verschonung eines erwünschten Verhaltens ein finanzwirtschaftliches Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) kritisierte, das Gericht lasse die

Unternehmen mit ihren Wettbewerbsnachteilen allein. Wenigstens die Ermäßigungsregeln müssten geändert werden. Der Branchenverband BGL des Speditionsgewerbes befürchtet nun den Verlust von 120 000 deutschen Lkw binnen fünf Jahren, was einen Abbau von 180 000 Stellen und Steuerausfälle von bis zu zehn Milliarden Euro bedeute.

6. Streit um den neuen § 8a Körperschaftsteuergesetz

Die Neuregelung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung in § 8a KStG hat in der Presse hohe Wellen geschlagen. Dort hieß es, die Neuregelung stelle eine erhebliche Gefahr für den Mittelstand dar. Der neu gefasste § 8a KStG könne innerhalb kurzer Zeit Unternehmen, auf die die Bedingungen der Neuregelung zutreffen, in die Insolvenz treiben.

Hintergrund ist der folgende: Seit über zehn Jahren regelt § 8a KStG den steuerlich zulässigen Umfang der Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch Gesellschafterdarlehen. Ursprünglich war § 8a KStG nur für Sachverhalte mit Auslandsberührung konzipiert. Im Rahmen der sog. Lankhorst-Hohorst-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Dezember 2002 wurde die bisherige Regelung für europarechtswidrig erklärt. Seit dem 1. Januar 2004 gilt eine erweiterte Neuregelung, die auch auf Fälle ohne Auslandsberührung anwendbar ist.

Zinsaufwendungen sind nun nicht mehr steuerlich abzugsfähig. Stattdessen erhöhen die abfließenden Zinsen rein rechnerisch den Unternehmensgewinn. So entstehen voll zu

versteuernde fiktive Gewinne. Außerdem gelten Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttungen und sind beim Gesellschafter der GmbH grundsätzlich einkommensteuerpflichtig, wenn eine GmbH Fremdkapital von einem wesentlich am Stammkapital beteiligten Gesellschafter oder einer diesem nahe stehenden Person oder aber, verbunden mit einer Bürgschaft, von einem fremden Dritten erhält. Zusätzlich muss die Zinsvergütung für dieses Kapital mehr als 250.000 Euro im Jahr betragen und es darf nicht nur kurzfristig zur Verfügung gestellt sein.

Ein Beispiel: Um diese Freigrenze von 250.000 Euro zu überschreiten, muss ein Gesellschafter bei einem Zinssatz von 5% seiner GmbH aus eigenen Mitteln (oder durch eigene Bürgschaft gesichert) Kredite von nahezu 5 Millionen Euro zur Verfügung gestellt haben.

Zudem ist auf die Zinsen ebenfalls beim Gesellschafter noch Kapitalertragssteuer fällig. Dies führt unter Berücksichtigung der Versteuerung der Zinsen auch bei der kreditgebenden Bank, dass Zinszahlungen, die unter den neuen § 8a fallen, einer Doppelt- oder gar Dreifachbesteuerung unterliegen.

Das Bundesfinanzministerium hat am 31. März 2004 im Finanzausschuss zugestanden, dass die gesetzliche Neuregelung zu Problemfällen geführt hat. Insbesondere die Belastung von Gesellschaftern, die für ein Darlehen bürgen, das ihr Unternehmen bei einer Bank aufgenommen hat, solle gemäß der Zielsetzung des Bundesfinanzministeriums daher entschärft werden. Gesellschafter-Bürgschaften sollen bei der Zinsregelung zukünftig nicht mitgerechnet werden, ebenso ausländische Konzernfinanzierungs-Gesellschaften. Mit dem Entwurf und der Abfassung eines BMF-Schreibens zu Anwendungsfragen des § 8a KStG ist eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe beauftragt worden. Mit der Veröffentlichung dieses Schreibens rechnet das Bundesfinanzministerium für Juli 2004.

Zur Abwehr der nachteiligen Folgen der Neuregelung werden verschiedene Gestaltungen vorgeschlagen. Denkbar ist die Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft. Dabei ist ein Erfolg jedoch nicht sichergestellt, denn § 8a KStG kann unter Umständen auch bei der GmbH & Co. KG

und anderen Personengesellschaften Anwendung finden. Ein sicherer Weg soll über die Organschaft nach den §§ 14ff. KStG führen. Aber auch diese Gestaltung hat den Nachteil, dass über den Ergebnisabführungsvertrag die Haftungsbegrenzung der GmbH hinfällig wird. Wird das betroffene Gesellschafter-Darlehen durch eine Kapitalerhöhung in Eigenkapital umgewandelt, bewirkt dies im Gegenzug eine langfristige Kapitalbindung, weil eine Rückzahlung nur über den umständlichen Weg einer Kapitalerhöhung möglich ist.

Alle denkbaren Maßnahmen bergen Nachteile in sich und können noch nicht das BMF-Schreiben von Juli diesen Jahres berücksichtigen. Da die Neuregelung erstmals in dem Wirtschaftsjahr anzuwenden ist, das nach dem 31.12.2003 beginnt, sollte zunächst etwas Zeit damit gewonnen werden, die GmbH auf eine andere Gesellschaft zu verschmelzen, welche ein abweichendes Wirtschaftsjahr hat. So ist Zeit gewonnen für eine Beratung nach Maßgabe der konkreten Erfordernisse der betroffenen Gesellschaft und ihrer Gesellschafter.

III. Arbeit & Personal

1. Strafanzeige gegen Arbeitgeber rechtfertigt verhaltensbedingte Kündigung

Mit Urteil vom 03. Juli 2003 (Aktenzeichen 2 AZR 235/02) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) konkretisiert, wann ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne von § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG), der

zur Kündigung berechtigt, vorliegt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 02. Juli 2001 ist von dem BAG umgesetzt worden. Danach liegt eine zur Kündigung berechtigende

arbeitsvertragliche Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers nicht nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer in einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber oder einen seiner Repräsentanten wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat. Eine kündigungswidrig relevante erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten kann sich auch aus anderen Umständen ergeben (amtlicher Leitsatz des BAG).

Das BAG hat dabei klargestellt, dass nicht nur wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben in einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber diesen berechtigen, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer durch verhaltensbedingte Kündigung zu beenden. Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft seine vertraglichen Pflichten erheblich verletzt hat (vgl. insoweit auch BAG, NZA 1997, S. 487). Zwar sei es mit dem Rechtsstaatsprinzip regelmäßig unvereinbar, wenn eine Anzeige und Aussage im Ermittlungsverfahren zu zivilrechtlichen Nachteilen für den anzeigenden Arbeitnehmer führen würde. Jedoch kann sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, dass dennoch eine Kündigung gerechtfertigt ist. Zu den Nebenpflichten eines Arbeitnehmers gehört namentlich auch die vertragliche Rücksichtnahmepflicht (vgl. § 241 Abs. 2 BGB n. F.). Danach ist der Arbeitnehmer verpflichtet, auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und sie in zumutbarem Umfang zu wahren. Durch die mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundene negative öffentliche Publizität kann ein Unternehmer sogar in seiner Existenzgrundlage gefährdet

werden. Aus diesem Grunde darf sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder eines Repräsentanten darstellen.

Erfolgt die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen, kann hierin eine solche unverhältnismäßige Reaktion liegen, die zur Kündigung berechtigt. Zwar gebührt der innerbetrieblichen Klärung nach Ansicht des BAG nicht generell der Vorrang vor Erstattung einer Strafanzeige. Insoweit komme es darauf an, ob dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige ohne weiteres zumutbar ist und ein Unterlassen ein pflichtwidriges Verhalten darstellt. Jedenfalls, wenn ein Mitarbeiter seine Pflichten verletzt oder strafbar handelt, sei es dem Arbeitnehmer zumutbar, vor Erstattung einer Strafanzeige den Arbeitgeber zu informieren.

Vor einer verhaltensbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers wegen einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber bzw. einen Repräsentanten muss zukünftig nicht nur geprüft werden, ob die Strafanzeige wissentliche falsche oder leichtfertige Angaben enthält. Auch aus den besonderen Umständen des Einzelfalls kann sich eine Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten des Arbeitnehmers ergeben, die zur Kündigung berechtigt. So ist stets zu prüfen, ob es dem Arbeitnehmer zumutbar gewesen ist, den Sachverhalt zunächst dem Arbeitgeber zu einer innerbetrieblichen Klärung mitzuteilen oder ob die Strafanzeige aus rechtsmissbräuchlichen Gründen erfolgte. Dabei dürften letztlich entscheidend sein, ob der Arbeitgeber der Darlegungs- und Beweislast für

diese besonderen Umstände des Einzelfalls genügen kann.

2. Wirksamkeit der Kündigung bei fehlender oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BAG mit Urteil vom 18. September 2003 (Aktenzeichen 2 AZR 79/02) festgestellt, dass bei fehlender oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige nach §§ 17, 18 KSchG nur die Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers unzulässig ist. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 17 KSchG führe jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (amtlicher Leitsatz des BAG).

Liegt im vorgesehenen Entlassungszeitpunkt die erforderliche Zustimmung der Arbeitsverwaltung nicht vor, so trete unabhängig von der privatrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung lediglich eine Entlassungssperre ein (§ 18 KSchG).

Die Kündigung wird damit erst mit Ablauf der Entlassungssperre wirksam. Auch aus europarechtlichen Erwägungen lasse sich nicht die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes des Arbeitgebers gegen seine Unterrichtungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 KSchG und seine Beratungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG begründen. Ist die Kündigung gemäß § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt und damit wirksam, führe

bei fehlender oder fehlerhafter

eine fehlende oder fehlerhafte Massenentlassungsanzeige nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Zwar spreche nach Ansicht des BAG bereits einiges dafür, dass die Unterrichtungs- und Beratungspflicht nach § 17 Abs. 2 KSchG nicht Voraussetzung für eine wirksame Massenentlassungsanzeige ist, da § 17 Abs. 3 KSchG nicht auf § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 KSchG Bezug nimmt. Nach dem Wortlaut betreffe § 18 Abs. 1 KSchG nur die Wirksamkeit der anzeigepflichtigen Entlassung, nicht jedoch die Wirksamkeit der Kündigung.

In der Konsequenz bedeutet eine fehlerhafte Massenentlassungsanzeige lediglich, dass der Arbeitgeber für die Dauer der Entlassungssperre verpflichtet bleibt, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen und ihm aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges den Lohn weiter zu zahlen. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Sanktion ist nach Ansicht der Bundesarbeitsrichter hinreichend wirksam, verhältnismäßig und abschreckend. Fehler in der Anzeige können geheilt und eine fehlende Anzeige nachgeholt werden. Einer gesonderten, nochmaligen Kündigung bedürfe es nicht.

3. Übertragung von Teilurlaub

Der Verzicht eines Arbeitnehmers im Urlaubsjahr, einen Urlaubsantrag zu stellen, führt nicht automatisch zu einer Übertragung des Teilurlaubes auf das nächste Kalenderjahr. Erforderlich ist ein entsprechendes Verlangen des Arbeitnehmers im Urlaubsjahr. So wird jedoch jede Handlung ausreichen, mit der für den Arbeitgeber deutlich wird, dass der Teilurlaub erst im nächsten Jahr genommen werden soll.

Mit dieser Entscheidung gibt das BAG seine bisherige Rechtsprechung auf. Das Urteil vom 19. Juli 2003 (Aktenzeichen 9 AZR 270/02) führt in der Konsequenz dazu, dass bei Fehlen einer entsprechenden Handlung der Anspruch auf Teilurlaub mit Ende des Kalenderjahres untergeht. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn im Arbeitsvertrag keine entsprechende Regelung getroffen worden ist und daher die gesetzlichen Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) Anwendung finden. Gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG gilt, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genom-

men werden muss. Nur wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen, ist eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr statthaft. Jedenfalls insoweit bedarf es keines Verlangens des Arbeitnehmers für die wirksame Übertragung. Ein mit dem Ablauf des Urlaubsjahres nicht genommener und nicht gewährter Urlaub geht nach gesetzlicher Systematik unter. Eine Übertragung scheidet aus.

Bisher hatte das BAG angenommen, dass in der Nichtgeltendmachung von Teilurlaub ein stillschweigendes Verlangen liege, den Urlaub auf das folgende Kalenderjahr zu übertragen. Das BAG folgt nunmehr dem gesetzlichen Wortlaut, dass ein Verlangen, also ein aktives Tun, vorsieht. Für das Verlangen ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

IV. Familie & Erbschaft

Ausweitung der Verpflichtung zur Zahlung von Elternunterhalt auch auf (Nicht) Erwerbstätige

Nachdem sich der Bundesgerichtshof im vergangenen Jahr zunächst der Frage angenommen hatte, inwieweit der Ernährer der Familie auf Elternunterhalt haftet, strebt der Bundesgerichtshof nunmehr auch die Verpflichtung zur Zahlung auf den nicht oder

nicht voll erwerbstätigen Ehegatten. Der Bundesgerichtshof vertritt dabei die Auffassung, dass selbst dann Kinder auf Unterhalt für ihre Eltern haften können, wenn sie über keine eigenen Einkünfte verfügen. Zur Erbringung des Unterhaltes ist dann der sog. Taschen-

geldanspruch gegen den verdienenden Ehegatten heranzuziehen. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass sich der Unterhaltsschuldner nicht auf den Selbstbehalt in diesen Fällen berufen kann, soweit dieser durch den Ehepartner gedeckt ist. Wie hoch der Bedarf der gesamten Familie ist, richtet sich nach dem Verhältnis der beiderseitigen Nettoeinkommen. Belegt diese Gegenüberstellung, dass ein Unterhaltsschuldner seiner Erwerbseinkünfte nicht zur Bestreitung des angemessenen Lebensstandards bedarf, sind diese zu Unterhaltszwecken einzusetzen. Gleiches gilt auch, wenn bei guten finanziellen Verhältnissen ein Taschengeldanspruch des Unterhaltsschuldners gegen seinen Ehepartner besteht.

In einer weiteren aktuellen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof ferner die Auffassung vertreten, dass der schlechter verdienende Ehegatte sich im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung gegenüber seinen Eltern nicht auf die - schlechtere - Lohnsteuerklasse V berufen könne. Es sei so zu behandeln, als habe er die

Lohnsteuerklasse I. Er wird behandelt, als wäre er nicht verheiratet.

Wie der angemessene Familienunterhalt zu ermitteln ist und in welchem Umfang der gering verdienende Ehegatten hierzu beizutragen hat, richtet sich auch nach dem Einzelfall. In der zugrunde liegenden Fallgestaltung verdienten beide Ehegatten zusammen ca. 3.000,00 €. Bei solchen Einkommensverhältnissen geht der BGH ohne weitere Darlegungen nicht davon aus, dass das gesamte Einkommen für den Familienunterhalt verbraucht ist. Er beruft sich insoweit darauf, dass die Sparquote in Deutschland rund 10 % des verfügbaren Einkommens beträgt.

Konsequenz dieser neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, dass nunmehr auch vermehrt das Schwiegerkind in der sog. indirekten Schwiegerkindhaftung herangezogen wird. Dies war bislang von den Gerichten strikt abgelehnt worden.

V. Bauen & Wohnen

1. Kündigung wegen einer gesundheitsgefährdenden Schimmelpilzbildung

Ob Schimmelpilzbildung in Mieträumen eine Gesundheitsgefährdung im Sinne des § 544 BGB (alte Fassung) darstellt, ist nicht allgemein zu beantworten, sondern jeweils eine Frage des Einzelfalls. Der Mieter ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die festgestellten Schimmelpilze tatsächlich toxinbildend sind und

zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung seiner Mitarbeiter geführt haben. Dieser Beweis wird nicht durch Vorlage von ärztlichen Bescheinigungen geführt, die ohne Laboruntersuchung erstellt wurden (KG Urteil vom 26.02.2004, 12 U 1439/00).

2. AGB-Kontrolle: Bestimmungen der VOB/B

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschied der BGH mit Urteil vom 22.01.2004, dass jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Dabei kommt es nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.

In dem zu entscheidenden Fall war neben der VOB/B im Werkvertrag zusätzlich von der Auftraggeberin, im Fall die Beklagte, die Klausel gestellt, wonach der Auftragnehmer für sämtliche Personen-, Sach- und Vermögensschäden, die schuldhaft aus Anlass seiner Arbeiten oder aus deren Folgen entstehen, haften solle. Als der Unternehmer den Werklohn einforderte, berief sich die Beklagte sodann auf die Schlusszahlungseinrede gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B, weswegen die Klage auch abgewiesen wurde. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben. Da die Beklagte das Vertragswerk gestellt habe, greife auch zu ihren Lasten die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B halte dieser Prüfung gemäß § 9 AGBG nicht Stand, so dass die Beklagte sich eben nicht auf die Schlusszahlungseinrede habe berufen dürfen. Nach Ansicht des BGH stehe

der Inhaltskontrolle nämlich nicht entgegen, dass die Beklagte die VOB/B möglicherweise ohne ins Gewicht fallenden Einschränkungen vereinbart habe. Aufgrund der Privilegierung der VOB/B sei nach bisheriger Rechtsprechung in solchen Fällen zwar die Inhaltskontrolle nicht eröffnet, diese Rechtsprechung müsse jedoch aufgegeben werden. Es mangle nämlich an Kriterien für die Abgrenzung zwischen Kerneingriffen, die zur Inhaltskontrolle führen, und unwesentlichen Eingriffen, die die Privilegierung der VOB unberührt lassen. Zumindest habe der Senat solche Kriterien nicht entwickeln können. Vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit müsse daher jeder Eingriff in der VOB dazu führen, dass die Inhaltskontrolle der einzelnen Vorschriften eröffnet sei.

(Anmerkung: Die Entscheidung betrifft die Privilegierung der VOB allein für Verträge, die vor dem 01.01.2002 geschlossen worden sind. Inwiefern dies auch auf die Rechtslage nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Geltung hat, lässt der Senat offen.

(BGH Urteil vom 22.01.2004 – XII ZR 419/02)

3. Zur Berechnung der Kappungsgrenze bei einer Teilinklusivmiete

Im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung, zu dem in wesentlichen Teilen übereinstimmenden früheren § 2 MHG, hat auch der BGH entschieden, dass bei der Berechnung der Kappungsgrenze bei einer Teilinklusivmiete nicht von der so genannten

Nettomiete auszugehen ist. Dafür spreche allein der Wortlaut des § 558 BGB, in dem nur die Erhöhung der „Miete“ geregelt wird. Es bestehen keine Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber die Begriffe Miete in §558 BGB nur als Nettomiete habe verstehen wollen und

somit eine Inklusivmiete in ein Grundmietzins in einen Betriebskostenanteil aufgeteilt werden müsse. Bei der Fassung des § 558 war dem Gesetzgeber bekannt, dass in der Praxis der Wohnungswirtschaft unterschiedliche Mietzinsstrukturen bestehen. Trotzdem hat er in § 558 BGB nicht ausdrücklich zwischen Nettomiete

und Inklusivmiete unterschieden, so dass der Begriff Miete in § 558 BGB entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch als vom Mieter zu zahlender Betrag ohne zusätzlich vereinbarten Nebenkostenvorauszahlung zu verstehen ist. (BGH Urteil vom 19.11.2003 - VIII ZR 160/03)

4. Zum Zugang einer per Telefax übermittelten empfangsbedürftigen Willenserklärung, deren Empfänger urlaubsbedingt abwesend ist und zum Bedeutungsgehalt einer Vereinbarung, nach der die Kündigung eines Mietvertrages durch eingeschriebenen Brief erfolgen soll

In dem im BGH zur Entscheidung vorliegenden Fall stritten die Parteien um die Kündigung eines gewerblichen Mietverhältnisses. Nach § 2 Abs. 2 des Mietvertrages war das Mietverhältnis jeweils zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres unter Einhaltung einer Frist von 12 Monaten kündbar. Zusätzlich vereinbarten die Parteien unter § 2 Abs. 6 des Mietvertrages, dass die Kündigung durch einen eingeschriebenen Brief zu erfolgen hat. Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 22.06.95 das Mietverhältnis zum 30.06.96 per Telefax am 29.06.95. Am darauf folgenden Tag, 30.06.95, wurde das Original-Kündigungsschreiben zusätzlich gegen 10.00 Uhr in den Hausbriefkasten des Klägers eingeworfen. Nach der Ansicht des OLG war die Kündigung per Telefax nicht fristgerecht zugegangen. Sie habe zwar den vertraglich festgelegten Form-erfordernissen genügt, da eine solche Übermittlung zur Wahrung der gewillkürten Schriftform im Sinne von § 127 BGB ausreiche, allerdings fehle es am Zugang der Willenserklärung. Denn diese läge nur dann vor, wenn die Willenserklärung so in dem Bereich des Empfängers gelangt sei, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit habe,

von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Dies sei hier wegen des Urlaubs des Klägers erst nach dem 30.06.95 möglich gewesen. Weiter verneint das OLG auch den fristgerechten Zugang der Kündigung durch den am 30.06.95 getätigten Einwurf des Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten des Klägers. Zwar sehe es in dem vereinbarten Kündigungserfordernis per eingeschriebenen Brief keine Formvoraussetzung im Sinne des § 125 BGB, sondern mutete diesem lediglich Beweisfunktion zu. Auch habe der Beklagte bewiesen, dass das Kündigungsschreiben am 30.06.95 gegen 10.00 Uhr eingeworfen worden sei. Allerdings habe die Kündigung den Hausbriefkasten des Klägers zu einer Tageszeit erreicht, zu der mit ihrer Entnahme nicht mehr zu rechnen gewesen sei. Denn der Kläger habe bewiesen, dass zwischen ihm und dem Postzusteller eine Vereinbarung bestanden habe, nach der er seine Post regelmäßig zwischen 8.00 Uhr und 9.30 Uhr zugestellt worden sei. Innerhalb dieses Zeitraumes sei dem Kläger das Kündigungsschreiben jedoch unstrittig nicht zugegangen, so dass es am Zugang fehle.

Nach Ansicht des BGH halten diese Ausführungen des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des OLG, dass die in dem Mietvertrag vereinbarte Kündigungsform keine Wirksamkeitserfordernis darstellt. Die in § 2 Abs. 4 des Mietvertrages enthaltene Vertragsklausel, dass die Kündigung durch einen eingeschriebenen Brief zu erfolgen habe, hat zwar für die Schriftform konstitutive Bedeutung im Sinne von § 125 Abs. 2 BGB, die Versendung als Einschreibebrief sollte jedoch nur den Zugang der Kündigungserklärung absichern. Deswegen ist bei einer solchen Klausel regelmäßig nur die Schriftform als Wirksamkeitserfordernis für die Kündigungserklärung vereinbart, dagegen kann der Zugang auch in anderer Weise als durch ein Einschreibebrief wirksam erfolgen. Diesen Voraussetzungen hat die Beklagte sowohl mit der Kündigungserklärung durch Telefax als auch mit dem eingeworfenen Original-Schreiben genügt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Kündigung der Beklagten vom 22.06.95 dem Kläger jedoch am 29.06.95 durch Telefax wirksam zugegangen. Denn eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber in dessen Abwesenheit abzugeben ist, wird in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Willenserklärung dann zugegangen, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Dabei gehen Willenserklärung, die durch Fernschreiben oder durch ein Telefax übermittelt

werden, grundsätzlich mit Abschluss des Druckvorganges am Empfangsgerät des Adressaten diesem zu. Vollendet ist nach Ansicht des BGH dieser Zugang erst dann, wenn die Kenntnisnahme durch den Empfänger möglich und nach der Verkehrsanschauung zu erwarten ist. D.h., auch bei einer Übermittlung per Telefax ist auf dem Zeitpunkt abzustellen, in dem sich der Empfänger nach der Verkehrsanschauung Kenntnis vom Inhalt der Willenserklärung verschaffen konnte. Unstreitig ist das Telefax der Beklagten am 29.06.95 um 10.39 Uhr von dem Empfangsgerät des Klägers ausgedruckt worden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist für die Wirksamkeit des Zuganges unbeachtlich, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Ausdruckes wegen desurlaubes nicht anwesend war. Für den Zugang der Kündigung ist nämlich nicht die tatsächliche Kenntnisnahme des Klägers erforderlich, sondern es genügt, dass die Willenserklärung in den Bereich des Empfängers gelangt ist, und zwar so, dass üblicherweise und nicht zufällig alsbald wahrgenommen werden kann. Hierbei trägt der Empfänger die Risiken seines räumlichen Machtbereiches; d.h. führen diese dazu, dass er vom Inhalt der Willenserklärung entweder verspätet oder gar nicht Kenntnis nimmt, sind sie ihm zuzurechnen, sofern die Erklärung in seinen Machtbereich gelangt ist. Das gilt auch, wenn er sich im Urlaub befindet, da ihm dann die Pflicht obliegt, die nötigen Vorkehrungen zu treffen. Zwar kommt es wegen wirksamen Kündigung per Telefax nicht mehr darauf an, ob auch die Kündigung durch den Einwurf in den Briefkasten fristgerecht zugegangen ist. Aber auch insoweit kann dem OLG nicht gefolgt werden, das für den Zugang der Kündigung auf die mit dem Postzusteller

individuell vereinbarte Abrede abstellt. Für den Zugang der Kündigung ist allein entscheidend, ob die Willenserklärung den Briefkasten des Empfängers zu einer Tageszeit erreicht, zu der nach den Gepflogenheiten des Verkehrs eine Entnahme durch den Adressaten erwartet werden kann oder nicht. Dabei ist keinesfalls auf die individuellen Verhältnisse des

Empfängers, sondern im Interesse der Rechtssicherheit auf die Verkehrsanschauung abzustellen. Demzufolge ist hier auch diese Kündigung am 30.06.95 bewirkt worden.

(BGH Urteil vom 21.01.2004, 12. Zivilsenat – 214/00)

VI. Verwaltung & Vergabe

1. Angebotsausschluss: spekulative Preisangaben – Einheitspreise von 0,01 €

In unserer Aprilausgabe des Mandantenbriefes, Bauen & Wohnen, berichteten wir über eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 26. November 2003, Az.: VII Verg 53/03, die sich mit der Zulässigkeit von Einheitspreisangaben befasste. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf sei ein Angebot unvollständig und daher zwingend gem. §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A auszuschließen, welches unter einzelnen Leistungspositionen Preisangaben enthält, die nicht den tatsächlich kalkulierten Kosten entsprechen (hier: 1,00 €), diese jedoch in andere Leistungspositionen eingeflossen sind.

Nunmehr hatte sich auch das Kammergericht (vgl. Beschluss vom 26. Februar 2004, Az.: 2 Verg 16/03) in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt, mit der Frage der Zulässigkeit von Einheitspreisen in einzelnen Leistungspositionen des Angebotes zu befassen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Vergabeverfahren erfolgte der Ausschluss eines Angebotes, welches z. B. unter der Position „Baustelle räumen“ die Preisangabe von 0,01 €

enthielt und den dafür tatsächlich anfallenden Aufwand bereits in der Preisangabe zur Leistungsposition „Baustelleneinrichtung“ berücksichtigte.

Entgegen den Ausführungen des OLG Düsseldorf vertritt das Kammergericht die Auffassung, der Angebotsausschluss sei unzulässig gewesen. Der Senat hat daher die Sache dem BGH gem. § 124 Abs. 2 GWB zur Entscheidung vorgelegt. Der Senat führte hierzu aus, ohne eine weitere Prüfung des Angebots und der einzelnen Positionen sei ein Ausschluss nicht gerechtfertigt. Grundsätzlich wäre der Bieter in seiner Kalkulation relativ frei. Darüber hinaus berühre die Angebotskalkulation den Kernbereich unternehmerischen Handelns bei öffentlichen Aufträgen und damit die Freiheit des Wettbewerbs in diesem Marktgeschehen schlechthin. Vorschriften, auf welche Weise der Unternehmer zu kalkulieren hat, könne es in einer freien Wirtschaftsordnung nicht geben. Angebote mit sog. spekulativen Auf- und Abpreisungen könnten daher ohne eine

sachliche Prüfung nicht von der Wertung ausgeschlossen werden.

Die schützenswerten Interessen der öffentlichen Auftraggeber seien erst dann erheblich berührt, wenn die Gefahr bestünde, dass sich das bei der Wertung vermeintlich wirtschaftlichste Angebot infolge der Aufpreisungen im Nachhinein aufgrund von abrechnungsfähigen Mehrmengen als nachteilig und letztlich teurer erweisen könnte, als ein Angebot mit einem höheren Submissionspreis. Mutmaßungen wären hierfür jedoch nicht ausreichend. Vielmehr müssten Umstände festgestellt werden können, die mit einiger Wahrscheinlichkeit die Annahme rechtfertigen, dass es bei diesen Positionen zu erheblichen Nachforderungen kommen kann. Die mit der Erstellung einer solchen Prognoseentscheidung verbundenen Aufwendungen des öffentlichen Auftraggebers würden diesen auch nicht über Gebühr belasten.

2. Unangemessen hoher Preis als Aufhebungsgrund – Unzulässigkeit der mittelbaren Wertung ausgeschlossener Angebote für die Feststellung eines unangemessen hohen Preises

Das OLG Koblenz hat mit Beschluss vom 23. Dezember 2003, Az.: 1 Verg 8/03, entschieden, dass die Aufhebung einer Ausschreibung nicht allein deshalb gerechtfertigt wäre, weil nur eines von mehreren Angeboten die zweite Wertungsstufe erreicht habe. Nennt die Vergabestelle als Aufhebungsgrund die Unwirtschaftlichkeit des einzig verbliebenen Angebotes i.S.d. § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A, genüge es zur Begründung der Unwirtschaftlichkeit nicht, wenn der in diesem Angebot enthaltene Preis, innerhalb der Bandbreite

Im Übrigen sei ein zwingender Ausschluss eines Angebotes mit spekulativen Einheitspreisen in der ersten Wertungsstufe auch nicht notwendig, weil dem Auftraggeber die Möglichkeit verbleibe, Einheitspreise gem. § 25 Nr. 3 Abs. 1 oder Abs. 2 VOB/A zu werten bzw. Aufklärung hierüber zu verlangen.

Es bleibt nunmehr abzuwarten, ob der BGH sich der durchaus überzeugenden Auffassung des Kammergerichtes anschließen wird. Bis dahin sollten jedoch die Bieter in einem Vergabeverfahren auf die Verwendung von Einheitspreisen verzichten. In einzelnen Fällen haben öffentliche Auftraggeber unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf bereits Bieter aufgefordert, von einer Umverlagerung der Preise einzelner Positionen abzusehen.

mehrerer marktorientierter Kostenschätzungen der Vergabestellen liegt. Zur Feststellung der Unwirtschaftlichkeit des verbliebenen Angebotes dürfe insbesondere nicht ein Anbot, welches bereits in der ersten Wertungsstufe ausgeschlossen wurde, herangezogen werden.

Dieser Entscheidung lag ein aufgehobenes Ausschreibungsverfahren zugrunde, wobei bereits vier von fünf Bietern wegen mangelhafter Nachunternehmererklärungen in der

ersten Wertungsstufe ausgeschlossen wurden. Das verbleibende Angebot lag preislich im Rahmen der vor der Ausschreibung erfolgten Schätzung der Vergabestelle hinsichtlich der zu erwartenden Kosten. Gleichwohl erachtete die Vergabestelle dieses Angebot für unangemessen hoch i.S.v. § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A. Zur Begründung berief sich die Vergabestelle darauf, dass das verbliebene Angebot 8 % teurer als das günstigste ausgeschlossene Angebot wäre. Aus diesem Grund ging die Vergabestelle vom Vorliegen eines Aufhebungsgrundes i.S.v. § 26 Nr. 1 VOB/A aus.

Im Einzelnen führte der Senat aus, dass das Verbot der mittelbaren Bewertung der ausgeschlossenen Angebote im Rahmen der Feststellung über die Unwirtschaftlichkeit des verbleibenden Angebotes sich bereits daraus ergäbe, weil durch den Ausschluss inzident die kalkulationserhebliche und auf die Wettbewerbstellung der Bieter sich auswirkende Bedeutung bejaht wurde. Folgerichtig sei dann von der Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Preis der ausgeschlossenen Angebote und ihrer Mängel auszugehen. Damit entfielen die Eignung jener Angebote nicht nur für eine Zuschlagserteilung,

sondern für jegliche wertende Berücksichtigung im Vergabeverfahren.

Der Senat weist darüber hinaus darauf hin, dass die Gestaltung der Ausschreibung allein im Verantwortungsbereich des Auftraggebers läge. Stellt dieser formale Anforderungen auf, wie Erklärungen über den Nachunternehmerinsatz, und wird diesen Anforderungen nur ein Bieter gerecht, wäre die Nichterfüllung der Hoffnung der Vergabestelle, man werde den Auftrag zu einem deutlich unter den eigenen Schätzungen liegenden Preis vergeben können, kein zulässiger Aufhebungsgrund. Insbesondere auch nicht in „Zeiten leerer Kassen“ der öffentlichen Auftraggeber.

Im Rahmen dieser Entscheidung stellte der Senat auch grundsätzlich klar, dass eine Nachprüfung der Aufhebungsentscheidung nur anhand des Vergabevermerks bzw. der darin genannten Gründe der Vergabestelle erfolgen könne. Unbeachtlich seien theoretisch denkbare Aufhebungsgründe, die von einem anderen Verfahrensbeteiligten in den Raum gestellt werden, ohne dass sich die Vergabestelle hierauf beruft.

VI. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbrief „Gesundheit & Recht“

zu finden auf unserer Homepage www.leinen-derichs.de unter Publikationen / Aktuelles

Die nächste Ausgabe MAI / JUNI 2004 erscheint Mitte Juni 2004

2. **Medizinrecht im Internet**

Unter www.medizinrecht.de sind regelmäßige Expertenforen eingerichtet, u.a. zu den folgenden Themen:

**„Medizinische Versorgungseinrichtungen
– Krankenhaus, MVZ und integrierte Versorgung -„**

und

„Unternehmen Arztpraxis“

„Recht und Steuern“

Die nächsten Termine sind am **26.05.2004, 09.06.2004, 16.06.2004, 23.06.2004 und 30.06.2004.**

Dort nehmen wir – ohne Kosten für die Teilnehmer – dezidiert zu den in das Forum eingestellten Fragen Stellung.



Dieser Mandantenbrief ist von unseren in den behandelten Gebieten nachhaltig tätigen Rechtsanwälten gestaltet worden. Redaktioneller Ansprechpartner für den LD Mandantenbrief ist

Rechtsanwalt Matthias Wallhäuser

☎ 0221 – 77 20 90

Fax 0221 – 72 48 89

mail matthias.wallhaeuser@leinen-derichs.de

Sekretariat: Frau Broich

☎ 0221 – 77 20 9 – 36

Bitte beachten Sie auch unsere Internet-Präsentation unter

www.leinen-derichs.de

Dort können Sie auch **unsere weiteren Mandantenbriefe bestellen**
und die bisherigen Ausgaben als pdf-Datei herunterladen

Für die Anwendung im konkreten Fall kann aus diesem Mandantenbrief eine Haftung nicht übernommen werden.



LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIEGAT