



März 2008

MANDANTENBRIEF

Wir wünschen Ihnen frohe Ostern!

Handels- & Gesellschaftsrecht

Vertriebsrecht

Steuern & Finanzen

Arbeit & Personal

Bauen & Wohnen

Familien- & Erbrecht

Gesundheit & Recht



50668 KÖLN

Clever Straße 16

Telefon 0221 - 77 20 9-0

Telefax 0221 - 72 48 89

Email Koeln@leinen-derichs.de

10718 BERLIN

Rosenstr. 2

Telefon 030 - 24 3102153

Telefax 030 - 24 310222

Email Berlin@leinen-derichs.de

www.leinen-derichs.de

Inhalt

I. Handels- & Gesellschaftsrecht

1. Fristlose Kündigung des Geschäftsführers
2. Umqualifizierung einer Gebrauchsüberlassung in Eigenkapital
3. Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsregeln
4. Jahresabschluss nicht per se nichtig bei fehlender Aktivierung von Schmiergeldern

II. Vertriebsrecht

Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

III. Steuern & Finanzen

1. Buchnachweis ist keine Voraussetzung für steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung
2. Strafverteidigungskosten sind auch Erwerbsaufwendungen
3. Berücksichtigung privater Aufwendungen für einen Dienstwagen
4. Rettungsdienste und Krankentransporte nicht von der GewStG befreit
5. Rückstellungen für vereinbarten Rückkauf von Leasingfahrzeugen

IV. Arbeit & Personal

Zur Wirksamkeit einer Rückzahlungsvereinbarung von Studienkosten

V. Bauen & Wohnen

1. Darf der Vermieter das Aufstellen einer Parabolantenne verbieten?
2. Gilt die vereinbarte Betriebspflicht für den Mieter auch dann, wenn nur Verluste erwirtschaftet werden?
3. Bauliche Veränderung

VI. Familien- & Erbrecht

1. Zeitliche Grenze einer Einkommensfiktion beim Unterhalt
2. Zum Aufenthaltsbestimmungsrecht für minderjährige Kinder
3. Gesamtschuldnerausgleich zwischen Ehegatten

VII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbriefe
2. Expertenforen – www.medizinrecht.de

I. Handels- & Gesellschaftsrecht

1. Fristlose Kündigung des Geschäftsführers

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Beschluss vom 15.10.2007 (Az.: II ZR 236/06) festgestellt, dass der Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers fristlos gekündigt werden kann, wenn dieser die Insolvenzantragspflicht verletzt. Der BGH hat im Beschluss weiter festgestellt, dass der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Alter-

versorgung (BetrAVG) fällt, so dass eine ihm gegebene Versorgungszusage nicht unverfallbar ist. Zudem ist der Beschluss des BGH insofern interessant, als dass er klarstellt, dass bereits die rechnerische Überschuldung nach der Handelsbilanz indizielle Bedeutung für die insolvenzrechtliche Beurteilung der Überschuldung hat.

2. Umqualifizierung einer Gebrauchsüberlassung in Eigenkapital

Eine GmbH hatte im Jahre 2001 alle gegenwärtigen und künftigen Mietzinsforderungen zur Sicherheit an eine Bank abgetreten. Mietschuldnerin war eine Aktiengesellschaft, an der die GmbH selbst beteiligt war. Die Aktiengesellschaft geriet im Jahre 2002 in Zahlungsschwierigkeiten. Sie war mit acht Monatsmieten im Rückstand. Die GmbH verzichtete auf eine Kündigung und erließ der Aktiengesellschaft die Mietschulden. Im April 2003 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Aktiengesellschaft eröffnet. Die Bank zeigte daraufhin dem Insolvenzverwalter die Abtretung an und verlangte von diesem die Zahlung des Mietzinses für die Monate April bis August 2003. Dieser lehnte jedoch die Zahlung mit der Begründung ab, die Nutzungsüberlassung sei wie ein das

Eigenkapital ersetzendes Darlehen zu behandeln.

Grundsätzlich werden alle vermögenswerten Leistungen, die ein Gesellschafter als Fremdleistung anstelle von notwendigem Eigenkapital in der Krise der Gesellschaft zur Verfügung stellt oder belässt, wie haftendes Eigenkapital behandelt (eigenkapitalersetzendes Darlehen, §§ 32a f. GmbHG). Dies bedeutet, dass diese von dem Gesellschafter nicht mehr abgezogen werden können.

Der Bundesgerichtshof (BGH) stimmte deshalb der Ansicht des Insolvenzverwalters mit Urteil vom 05.12.2007 – Az.: XII ZR 183/05 – zu und erklärte: Auch eine ursprünglich nicht

als Kapitalersatz dienende Gebrauchsüberlassung wird nachträglich zu Eigenkapitalersatz, wenn der Gesellschafter sie der Gesellschaft bei Eintritt der Krise nicht abzieht. Danach kann ein Gesellschafter die Gesellschaft nicht auf Rückgewähr des überlassenen Vermögens in Anspruch nehmen, sondern ist im Insolvenzverfahren nachrangig zu berücksichtigen.

3. Jahresabschluss nicht per se nichtig bei fehlender Aktivierung von Schmiergeldern

Die Jahresabschlüsse einer Aktiengesellschaft sind nicht schon bei fehlender Aktivierung von Rückzahlungsforderungen, die sich aus Zahlungen an Dritte ergeben, für die es keine Rechtsgrundlage gibt (z.B. Schmiergeld- und Bestechungszahlung), nichtig.

Eine Aktiengesellschaft hatte Zahlungen in einem erheblichen Umfang getätigt, für die entweder keine hinreichende Rechtsgrundlage erkannt oder der Empfänger nicht hinreichend identifiziert werden konnte. Bei der Ermittlung des Steueraufwandes wurden die Zahlungen als steuerrechtlich abzugsfähige Betriebsausgaben berücksichtigt. Damit verstieß die Gesellschaft mit ihrer Darstellung der Vermögens- und Ertragslage gegen die Bewertungsvorschriften. Die Steuerposition war zu niedrig angesetzt.

Das Oberlandesgericht (OLG) München hatte zu prüfen, ob damit die Jahresabschlüsse der Gesellschaft nichtig waren. Gemäß § 256 Absatz 5 des Aktiengesetzes (AktG) ist ein

Diesen Einwand musste sich auch die Bank als Zessionarin nach den §§ 404 ff. BGB entgegenhalten lassen. Damit konnte die Bank den Mietzins so lange nicht fordern, wie dieser nicht aus dem ungebundenen Vermögen der Aktiengesellschaft gezahlt werden konnte.

festgestellter Jahresabschluss wegen Verstoßes gegen die Bewertungsvorschriften dann nichtig, wenn Posten überwertet oder unterbewertet sind und dadurch die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft vorsätzlich unrichtig wiedergegeben oder verschleiert wird.

Mit Beschluss vom 07.01.2008 – Az.: 7 O 3773/07 – stellte das OLG fest: Die Jahresabschlüsse der Gesellschaft sind nicht schon bei fehlender Aktivierung von Rückzahlungsforderungen nichtig, die sich aus Zahlungen an Dritte ergeben, für die es keine Rechtsgrundlage gibt (z.B. Schmiergeld- und Bestechungszahlung). Dazu sei einerseits eine wesentliche Beeinträchtigung der Darstellung der Vermögens- und Ertragslage durch die Unter- oder Überbewertung erforderlich. Andererseits seien Ansprüche nach dem bilanziellen Vorsichts- und Realisationsprinzip erst dann bilanziell zu aktivieren, wenn sie hinreichend sicher und konkretisiert sind.

In dem zur Entscheidung gestellten Fall waren weder die Beträge, die Gesellschaft an Dritte gezahlt hatte, noch das Vorliegen einer

wesentlichen Beeinträchtigung hinreichend sicher und konkretisiert.

4. Verstoß gegen Kapitalaufbringungsregeln

Wie der Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 10.12.2007 – Az.: II ZR 180/06 – entschieden hat, liegt ein Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsregeln vor, wenn eine GmbH das bei ihr eingezahlte Stammkapital als Darlehen an eine KG, bei der diese Komplementärin ist, weiterreicht. Die allgemeinen Kapitalaufbringungsregeln des GmbH-Rechts (§ 19 GmbHG) gelten nämlich auch bei der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, ohne dass unter dem Gesichtspunkt einer wirtschaftlichen Einheit der beiden Gesellschaften ein Sonderrecht für die Kapitalaufbringung bei der Komplementär-GmbH anzuerkennen wäre.

Damit ist die Einlageforderung der Komplementär-GmbH nicht erfüllt, wenn diese die an

sie gezahlten Einlagemittel umgehend als Darlehen an die KG weiterreicht. Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung hat die GmbH insoweit nicht geleistet.

Daran ändert auch eine Darlehensabrede nichts. Denn – so der BGH – die Darlehensabrede sei unwirksam und damit unbeachtlich. Eine Abrede könne nicht dazu führen, dass die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung durch eine in dieser Hinsicht schwächere Darlehensforderung ersetzt werde.

II. Vertriebsrecht

Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Grundsätzlich werden Streitigkeiten zwischen Handelsvertreter und vertretenen Unternehmen vor den ordentlichen Gerichten ent-

schieden. Ausnahmsweise kann sich jedoch gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 Arbeitsgerichtsgesetz auch die Zuständigkeit der Arbeitsgerich-

te ergeben. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn der Handelsvertreter während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000,00 € an Vergütung einschließlich Provision und Aufwendungsumsatz bezogen hat. In der Praxis herrschte häufig Streit darüber, ob bei der Ermittlung der durchschnittlichen Vergütung nur diejenigen einbezogen werden dürfen, die dem Handelsvertreter tatsächlich zugeflossen sind oder nicht vielmehr alle verdienten, ggf. aber noch nicht gezahlten Provisionen zu berücksichtigen sind.

Der BGH hat nun mit Beschluss vom 12.02.2008 (VIII ZB 3/07) klargestellt, dass es für die Beurteilung des Rechtsweges alleine darauf ankomme, in welcher Höhe der Handelsvertreter Vergütungen verdient hat. Denn ob und auf welche Weise diese erfüllt wer-

den, sei jeweils nur eine Frage der Umstände des Einzelfalls. Die auf der Grundlage der Einkommenshöhe zu beurteilende Vergleichbarkeit der Schutzbedürftigkeit eines Handelsvertreters mit derjenigen eines Arbeitnehmers könne nicht davon abhängen, ob es sich bei dem vertretenen Unternehmen um einen säumigen Schuldner handelt oder ob diesem Gegenforderungen gegenüber dem Handelsvertreter zustehen, mit dem er aufrechnen kann.

Unabhängig davon, ob der Handelsvertreter seine Vergütung erhalten hat, kommt es also für die Frage des Rechtsweges nach § 5 Arbeitsgerichtsgesetz nur darauf an, ob der Handelsvertreter Vergütungen im Durchschnitt monatlich von nicht mehr als 1.000,00 € verdient hat.

III. Steuern & Finanzen

1. Buchnachweis ist keine Voraussetzung für steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung

Ein belgischer Autohändler bestellte bei einer deutschen GmbH 20 Vorführgewagen. Der Autohändler überwies die Kaufpreise netto und holte die Fahrzeuge bei der GmbH ab. Da der GmbH aus Gebietsschutzgründen nur für Verkäufe an Abnehmer in der näheren Umgebung ein Provisionsanspruch zustand, schaltete sie einen dritten Kfz-Händler ein,

der die Fahrzeuge „auf dem Papier“ von der GmbH an- und an den belgischen Autohändler weiterverkaufen sollte.

Das Finanzamt (FA) wertete die Lieferungen der GmbH an den Dritten als Scheinlieferungen und versagte daher dem Dritten den Vor-

steuerabzug. Deshalb machte die GmbH die Verkäufe über den Dritten wieder rückgängig und berief sich selbst auf die innergemeinschaftliche steuerfreie Lieferung der Fahrzeuge.

Eine Lieferung eines neuen Fahrzeuges ist als so genannte innergemeinschaftliche steuerfreie Lieferung nach § 6a Abs. 1 S. 1 des Umsatzsteuergesetzes (UStG) steuerfrei, wenn ein Unternehmer oder sein Abnehmer das neue Fahrzeug in das übrige Gemeinschaftsgebiet befördert oder versendet und der Erwerb des Fahrzeugs beim Abnehmer in einem anderen Mitgliedstaat den Vorschriften der Umsatzbesteuerung unterliegt.

Der belgische Autohändler hatte die neuen Fahrzeuge nach Belgien und damit in das übrige Gemeinschaftsgebiet befördert. Dieser Erwerb unterlag den belgischen Vorschriften der Umsatzbesteuerung. Damit lagen die Voraussetzungen für die Annahme einer innergemeinschaftlichen steuerfreien Lieferung vor. Dennoch lehnte das FA das Vorliegen einer steuerfreien Lieferung ab. Begründet wurde die Ablehnung damit, die GmbH hätte die Voraussetzungen der Umsatzsteuerbefreiung einschließlich der USt-ID-Nr. des Abnehmers auch buchmäßig nachweisen müssen. Nach § 6a Absatz 3 Satz 1 UStG muss

2. Strafverteidigungskosten sind auch Erwerbsaufwendungen

Im streitigen Fall hatte das Finanzgericht (FG) die Frage, ob Strafverteidigungskosten

der Unternehmer das Vorliegen der o.g. Voraussetzungen nachweisen.

Der Bundesfinanzhof (BFH) gab der Klage der GmbH – nach Anhörung des Europäischen Gerichtshofes (EUGH) – mit Urteil vom 06.12.2007 statt. Nach dem Grundsatz der Neutralität müsse die Umsatzsteuerbefreiung dann gewährt werden, wenn die materiellen Anforderungen erfüllt sind, selbst wenn der Steuerpflichtige den dafür vorgeschriebenen Buchnachweis nicht geführt und damit bestimmten formellen Anforderungen nicht genügt habe. Komme der Unternehmer seinen Nachweispflichten nicht nach, sei zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass die Voraussetzungen einer innergemeinschaftlichen Lieferung nicht erfüllt sind. Etwas anderes gelte aber, wenn aufgrund der objektiven Beweislage feststehe, dass die Voraussetzungen des § 6a Abs. 1 UStG vorliegen. Dann sei dennoch die Steuerbefreiung zu gewähren.

Danach waren die streitigen Fahrzeuglieferungen auch ohne einen rechtzeitig erbrachten Buchnachweis im Sinne des § 6a Abs. 1 UStG steuerfrei.

als Werbungskosten abgesetzt werden dürfen, mit der Begründung verneint, es gehöre nicht zu den beruflichen Aufgaben eines Ge-

schäftsführers, zu Gunsten seines Arbeitgebers strafbare Handlungen zu begehen. Der Bundesfinanzhof (BFH) meinte hingegen, es komme für den Werbungskostenabzug auf die Strafbarkeit dieser Tätigkeit nicht an. Es sei für die Besteuerung unerheblich, ob ein Verhalten gegen ein gesetzliches Gebot, Verbot oder gegen die guten Sitten verstoße. Voraussetzung sei lediglich, dass die Handlung noch im Rahmen der betrieblichen oder

beruflichen Aufgabenerfüllung liege und nicht auf privaten Umständen beruhe, die den beruflichen Zusammenhang aufheben.

Damit hat der BFH anerkannt, dass Strafverteidigungskosten als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abzugsfähig sind, wenn der strafrechtliche Vorwurf, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr setzt, durch sein berufliches Verhalten veranlasst war.

3. Berücksichtigung privater Aufwendungen für einen Dienstwagen

Als geldwerten Vorteil bezeichnet man die Einnahmen, die nicht aus Geld bestehen, wie die Überlassung des Pkw zur privaten Nutzung, die aber grundsätzlich zum steuerpflichtigen Arbeitslohn gehören.

Geklärt ist die Frage, wie dieser Vorteil zu versteuern ist: Entweder pauschal nach der sog. 1 %-Regelung auf Grundlage des Listenpreises für das Fahrzeug oder ermittelt auf Einzelnachweis nach der sog. Fahrtenbuchmethode.

Unklar war bisher die Frage, ob und in welcher Weise die Aufwendungen, die oft von den Arbeitnehmern getragen werden – wie zum Beispiel Treibstoffkosten oder Versicherungen – mit den vom Arbeitnehmer zu versteuernden Vorteilen verrechnet werden können.

Nunmehr hat sich der Bundesfinanzhof (BFH) in zwei Urteilen mit dieser Frage beschäftigt. Arbeitnehmer können demnach die Ihnen im Zusammenhang mit dem überlassenen Firmenwagen entstandenen Aufwendungen im Rahmen ihrer Einkommensteuerveranlagung stets als Werbungskosten geltend machen, wenn der geldwerte Vorteil nach der sog. Fahrtenbuchmethode bewertet und einkommensteuerrechtlich angesetzt wird.

Wird der geldwerte Vorteil allerdings nach der sog. 1 %-Regelung pauschal ermittelt, bleiben die vom Arbeitnehmer selbst getragenen Aufwendungen unberücksichtigt. Ansonsten wäre der Zweck der typisierenden 1 %-Regelung verfehlt, wenn bei der pauschalen Vorteilsbewertung individuelle Aufwendungen Berücksichtigung fänden.

4. Rettungsdienste und Krankentransporte nicht von der GewStG befreit

Wie der Bundesfinanzhof (BFH) am 18.09.2007 – Az.: I R 30/06 – beschlossen hat, sind Rettungsdienste und Krankentransporte nicht gemäß § 3 Nr. 20d Gewerbesteuergesetz (GewStG) von der Gewerbesteuer befreit. § 3 Nr. 20d GewStG befreit nur Einrichtungen zur vorübergehenden Aufnahme pflegebedürftiger Personen und Einrichtungen zur ambulanten Pflege kranker und pflegebedürftiger Personen von der Gewerbesteuer, wenn die Pflegekosten in mindestens 40 % der Fälle von den gesetzlichen Trägern der Sozialversicherung oder Sozialhilfe ganz oder zum überwiegenden Teil getragen worden sind. Dabei seien Einrichtungen zur vorübergehenden Aufnahme pflegebedürftiger Personen stationäre Pflegeheime, in denen Pflegebedürftige Personen untergebracht und gepflegt werden können. Ambulante Pflege-

einrichtungen (Pflegedienste) sind solche, die pflegebedürftige Personen in deren Wohnungen pflegen und hauswirtschaftlich versorgen. Der Transport von kranken und verletzten Personen sei weder eine Einrichtung zur vorübergehenden Aufnahme pflegebedürftiger Personen noch eine Einrichtung zur ambulanten Pflege kranker oder pflegebedürftiger Personen. Eine entsprechende Anwendung des § 3 Nr. 20d GewStG komme nicht in Betracht: Da die Beförderung von kranken und verletzten Personen mit Fahrzeugen, die hierfür besonders eingerichtet sind, ausdrücklich nach § 4 Nr. 7b Umsatzsteuergesetz (UStG) von der Umsatzsteuer befreit sind, sei im Gegenteil aus dem Fehlen einer entsprechenden Regelung in § 3 GewStG abzuleiten, dass derartige Gewerbebetriebe gerade nicht von der Gewerbesteuer befreit sein sollten.

5. Rückstellungen für vereinbarten Rückkauf von Leasingfahrzeugen

Kfz-Händler müssen sich beim Verkauf von Neuwagen an Leasinggesellschaften oder Autovermietungen häufig verpflichten, die Fahrzeuge nach Ablauf der Leasingzeit oder nach einer bestimmten Vertragslaufzeit auf Verlangen des Käufers zu einem bereits beim Verkauf des Neuwagens festgelegten Preis zurückzukaufen.

Der Preis für den Rückkauf liegt oft über dem Marktwert der Fahrzeuge. Deswegen erleiden

die Kfz-Händler hier oftmals Verluste. Wegen dieser Verluste bildete eine Kfz-Händlerin eine Rückstellung. Das Finanzamt erkannte diese Rückstellung aber nicht an. Begründet wurde dies damit, seit 1997 seien Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften nicht mehr zulässig.

Der Bundesfinanzhof (BFH) entschied jedoch mit Urteil vom 11.10.2007 - Az.: IV R 52/04: Kfz-Händler haben in ihren Bilanzen Verbindlichkeiten für die von ihnen übernommene

Verpflichtung, verkaufte Fahrzeuge zu einem verbindlich festgelegten Preis zurückzukaufen, auszuweisen. Dies begründete der BFH damit, die Rückkaufverpflichtung stelle einen Teil des seinerzeitigen Kaufpreises und somit eine wirtschaftliche Belastung dar. Wirtschaftliche Belastungen seien sonst auch in der

Bilanz zu berücksichtigen. Vorliegend gelte nichts anderes.

Da die Verbindlichkeit erst bei Ausbuchung oder Verfall des Rechts zum Rückverkauf entfällt, ist diese erst zu diesem Zeitpunkt erfolgswirksam wieder auszubuchen

IV. Arbeit & Personal

Zur Wirksamkeit einer Rückzahlungsvereinbarung von Studienkosten

Arbeitnehmer sind Verbraucher i.S.v. § 13 BGB. Deshalb unterliegen vom Arbeitgeber vorformulierte Vertragsbedingungen gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann der Kontrolle nach § 307 BGB, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Dies ist inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BAG. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und verständlich darzustellen.

In einer aktuellen Entscheidung hat das BAG (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18. März 2008 - 9 AZR 186/07 -) eine Rückzahlungsvereinbarung von Studienkosten anhand der vorgenannten Maßstäbe auf ihre Wirksamkeit hin überprüft. Die Parteien des Rechtsstreites

hatten zur Förderung des Studiums einen „Volontariatsvertrag“ geschlossen. Danach erhielt der Arbeitnehmer als Darlehen seitens des Arbeitgebers für die restliche Zeit des Studiums einen monatlichen Betrag in Höhe der Vergütung eines Auszubildenden im dritten Ausbildungsjahr sowie einen monatlichen Mietzuschuss in Höhe von 190,00 Euro. Die Gesamtdarlehenssumme sollte in 60 gleichen Monatsraten durch eine Anschluss­tätigkeit des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber nach erfolgreichem Studienabschluss abgebaut werden. Nachdem der Arbeitnehmer sein Studium erfolgreich beendet hatte, bot ihm der Arbeitgeber eine Tätigkeit mit der Vergütung eines Sozialversicherungsfachwirts an. Das lehnte der Arbeitnehmer ab. Die Arbeitgeber klagte daraufhin auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 23.921,85 Euro.

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Der Arbeitgeber habe keinen Anspruch auf Rückzahlung des gewährten Darlehens. Die Darlehensvereinbarung verletze das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und benachteiligt den Beklagten unangemessen. Sie ist nicht klar und verständlich. So sei unklar geblieben, ob überhaupt und - wenn ja -

mit welcher Tätigkeit und Vergütung der Beklagte eingestellt werden sollte. Eine derartig lückenhafte Vertragsgestaltung eröffne dem Arbeitgeber ungerechtfertigt weitgehende Entscheidungsspielräume. Deren Auswirkungen seien für den Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar.

V. Bauen & Wohnen

1. Darf der Vermieter das Aufstellen einer Parabolantenne verbieten?

Ein türkischer Staatsangehöriger alevitischen Glaubens bewohnt eine Wohnung mit Kabelanschluss. Durch Installation eines zusätzlichen Decoders können damit sechs staatliche türkische Fernsehsender empfangen werden. Über Inhalte des alevitischen Glaubens berichten lediglich zwei Privatsender, die nur über Satellit zu empfangen sind. Der Mietvertrag enthält eine Formalklausel, wonach die Einrichtung einzelner Parabolantennen durch den Mieter nicht gestattet ist. Der Mieter stellt dennoch eine solche Antenne auf dem Balkon der Wohnung auf; von außen ist sie gut sichtbar. Der Vermieter fordert den Mieter vergeblich zur Beseitigung auf. Der Mieter beruft sich auf seine Informations- und Religionsfreiheit.

Nach herrschender Rechtsprechung hat der ausländische Mieter dann einen Anspruch auf Aufstellung einer Parabolantenne, wenn

- er nur hierdurch heimatssprachliche Sender empfangen kann und
- die Bausubstanz des Hauses durch die Installation nicht erheblich beeinträchtigt wird.

Der Vermieter bekommt Recht. Der Mieter muss die Parabolantenne entfernen! Dabei lässt es der BGH offen, ob der Vermieter das Aufstellen von Parabolantennen generell durch (Formular-) Mietvertrag verbieten darf. Denn auch wenn die mietvertragliche Regelung unwirksam wäre, darf der Mieter vorliegend keine Parabolantenne aufstellen. Bei Fällen wie diesen muss nämlich abgewogen

werden, welche Interessen überwiegen: die Interessen des Eigentümers oder die Interessen des ausländischen Mieters? Für den Mieter sprechen die Aspekte der Informations- und ggf. Religionsfreiheit. Für das Interesse des Eigentümers spricht der Schutz der (auch ästhetischen) Unversehrtheit seiner Immobilie. Die Abwägung ergibt hier ein Überwiegen der Interessen des Vermieters. Der BGH nutzt dabei folgende Kriterien:

- andere Empfangsmöglichkeiten für Sender aus dem Heimatland (hier: Breitbandkabelanschluss in der Wohnung mit 6 staatlichen türkischen Fernsehprogrammen),
- Inhalte und Programmzusammensetzung der Sender, die der Mieter mit der Parabolantenne empfangen möchte (hier: Pri-

vatsender mit türkischsprachigen Informationen für Aleviten),

- Möglichkeit des Mieters, aus anderen Quellen Informationen über seine Religion zu beziehen (z.B. Druckwerke, Radio, Internet),
- Lage und Größe der Parabolantenne (BGH, U. v. 10.10.2007 - VIII ZR 260/06).

Es ist anzunehmen, dass sich der BGH nicht ganz unbeeindruckt von den Photos der auf dem Balkon installierten Parabolantenne zeigte, die der Vermieter im Prozess vorlegte. Denn auch wenn durch die Installation der Antenne die Bausubstanz des Hauses an sich nicht beeinträchtigt wird, kann auch eine ästhetische Beeinträchtigung entscheidend sein. Im Streitfall können dem Vermieter also Fotos durchaus helfen.

2. Gilt die vereinbarte Betriebspflicht für den Mieter auch dann, wenn nur Verluste erwirtschaftet werden?

Der Mieter mietet einen Laden in einer Ladenzeile. Im Mustermietvertrag wird es ihm verboten, das Geschäftslokal zu schließen oder seinen Betrieb einzustellen (sog. Betriebspflicht). Bald schließt der Mieter seinen Laden, u.a. weil der Laden auch nicht genug abwirft, um rentabel zu sein. Der Vermieter besteht auf Einhaltung der vereinbarten Betriebspflicht.

Eine Betriebspflicht besteht immer (nur) dann, wenn sie mietvertraglich vereinbart wurde. Das kommt in Einkaufszentren und

anderen, ehrgeizig vermarkteten Lagen recht häufig vor.

Das OLG Celle gibt dem Vermieter Recht. Der Mieter – so das Gericht - muss seinen Laden während der vereinbarten Geschäftszeiten geöffnet halten. Im Mietvertrag wurde eine Betriebspflicht wirksam vereinbart.

Der Mieter kann sich nicht auf Erkrankung eines tätigen Gesellschafters berufen. Denn in seinem solchen Fall muss eben ein „Ersatzmann“ das Ladenlokal führen. Scheitert

auch das, muss ein Dritter mit dem Geschäftsbetrieb beauftragt werden (z.B. Angestellter). Der Mieter kann sich nicht darauf berufen, dass das wegen der unzureichenden Erträge nicht finanzierbar ist. Die (wirtschaftliche) Geschäftsentwicklung gehört nämlich allein zum unternehmerischen Risiko des Mieters und ist nicht Sache des Vermieters. Die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht entfällt also auch dann nicht, wenn die Fortführung des Betriebs zu Verlusten führt, so dass es vorteilhafter wäre, den Betrieb zu schließen (OLG Celle, Beschl. v. 3.7.2007 – 2 W 56/07).

3. Bauliche Veränderung

Es geht um eine Wohnungseigentümergeinschaft in einem Berliner Altbau. Das Haus verfügt über betagte Kastendoppelfenster aus Holz. Daher beschließen die Eigentümer, die Außenfenster zu erneuern. Für die „vordringlichsten Fenster“ sollen Kostenvorschläge eingeholt werden, wobei die Auftragserteilung in Zusammenarbeit mit dem Verwaltungsbeirat erfolgen soll.

Ein Wohnungseigentümer der Wohnung mit den „vordringlichsten Fenstern“ wartet dieses Verfahren nicht erst ab, sondern lässt in Eigenregie die Kastendoppelfenster durch neue Kunststoffenster ersetzen. Die Eigentümergemeinschaft verlangt daraufhin Rückbau, nämlich Austausch der neuen Kunststoffenster gegen Kastendoppelfenster aus Holz.

Der betreffende Wohnungseigentümer muss die Kunststoffenster nicht zurückbauen.

Betriebspflichten sind für den Mieter gefährlich. Dieser Risiken sollte sich ein Mieter vor Unterzeichnung des Mietvertrags bewusst sein.

Für den Vermieter sind Betriebspflichten wichtig, weil ein geschlossener Laden sich sehr negativ auf die Attraktivität des Standorts auswirkt. Die vereinbarte Betriebspflicht kann der Vermieter daher auch ganz schnell und effektiv mit der einstweiligen Verfügung durchsetzen.

Zunächst stellt das Kammergericht zwar fest, dass es sich beim eigenmächtigen, nicht mit Verwalter und Verwaltungsbeirat abgesprochenen Austausch der Fenster um eine unzulässige bauliche Veränderung handelt. Die Eigentümergemeinschaft hatte nämlich lediglich einen Beschluss über das „Ob“ und nicht über das „Wie“ gefasst. Daher war die Auftragserteilung und die Erneuerung der maroden Fenster allein Sache des Verwalters und des Beirats.

Aus der unzulässigen baulichen Veränderung erwächst den anderen Miteigentümern jedoch trotzdem kein Anspruch auf Rückbau, weil sie vom Fensteraustausch nicht unzumutbar beeinträchtigt sind. Es entsteht nämlich kein Nachteil für sie. Ob ein Nachteil für die anderen Miteigentümer vorliegt, bestimmt sich danach, ob aus baulichen Veränderungen

konkrete und objektive Beeinträchtigungen folgen. Das ist hier nicht der Fall, weil die Kunststofffenster

- keine optische nachteilige Beeinträchtigung nach sich ziehen,
- keinen höheren Instandhaltungsaufwand für die Gemeinschaft als Holzfenster verursachen und
- auch nicht zwingend zu Schimmelbildung führen.

Die Entscheidung ist praxisnah und zu begrüßen. Sie verhindert, dass Rückbaurechte nur „aus Prinzip“ durchgesetzt werden. Zwar ist die Entscheidung noch nach dem „alten“ WEG-Recht ergangen. Sie ist aber auch künftig aktuell, da die maßgeblichen Vorschriften insoweit unverändert sind.

VI. Familien- & Erbrecht

1. Zeitliche Grenze einer Einkommensfiktion beim Unterhalt

In der Rechtsprechung besteht schon lange der Grundsatz, dass der Unterhaltsschuldner insbesondere im Verhältnis zu minderjährigen Kindern verpflichtet ist, seiner Erwerbsobliegenheit zu genügen, d.h. im Rahmen seiner Möglichkeiten die bestbezahlte Arbeitsstelle anzunehmen bzw. beizubehalten, um seiner Unterhaltsverpflichtung nachkommen zu können. Hat ein Unterhaltsverpflichteter seine Arbeit verloren, muss er sich intensiv um den Erhalt einer neuen Stelle bemühen. Tut er das nicht, wird ihm fiktiv ein erzielbares Einkommen unterstellt und danach seine Unterhaltsverpflichtung berechnet.

Der Zeitraum der Zurechnung fiktiven Einkommen kann aber unter gewissen Umstän-

den enden. Das OLG Hamm hat bereits im Jahres 2006 entschieden, dass die Einkommensfiktion endet, wenn der Unterhaltsschuldner, dem fiktiv ein Einkommen zugerechnet wurde, innerhalb der fiktiven sechsmonatigen Probezeit einen Unfall mit nachfolgender mehrmonatiger Arbeitsunfähigkeit hat. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gem. § 622 III BGB innerhalb der 2-Wochenfrist gekündigt hätte, vgl. OLG Hamm, NJW-RR 200,1374.

Diese Rechtsprechung hat in einer neueren Entscheidung auch das OLG Frankfurt a. M. aufgegriffen. Danach dauert die Zurechnung eines fiktiven Einkommens nur so lange an,

bis sich der Unterhaltsverpflichtete (wieder) hinreichend um eine Beschäftigung bemüht. Hat also ein Unterhaltsschuldner, dem aufgrund Eigenkündigung seines früheren Einkommens ein fiktives Einkommen zugerechnet wurde, zwischenzeitlich eine ähnlich gut bezahlte Stelle gefunden, diese aber aufgrund betriebsbedingter Kündigung erneut

verloren, ist die Kausalkette für die Zurechnung fiktiven Einkommens unterbrochen gewesen und kann der erneute Verlust des Arbeitsplatzes die Zurechnung nicht wieder auslösen, vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 19.7.2007, Az. 5 WF 131/07.

2. Zum Aufenthaltsbestimmungsrecht für minderjährige Kinder

Streiten Eltern in einem Sorgerechtsverfahren über den Lebensmittelpunkt des Kindes, kann das Gericht im Wege einstweiliger Anordnung eine vorläufige Entscheidung im Interesse des Kindeswohls treffen. Diese vorläufige Entscheidung soll die voraussichtlich im Hauptsacheverfahren zu treffende Entscheidung mit berücksichtigen. Ist das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens noch völlig offen, soll dem Kind sein bisheriger Lebensmittelpunkt, sein soziales Umfeld und die bisherigen Bezugspersonen erhalten bleiben. Wur-

de das Kind daher unter Missachtung des gemeinsamen Sorgerechts von einem Elternteil eigenmächtig an einen anderen Ort gebracht, zu dem es vorher keinen Bezug hatte, z.B. in eine andere Stadt, kann es angemessen sein, diesem Elternteil per einstweiliger Anordnung aufzugeben, das Kind zu seinem bisherigen Wohnort zurückzuführen, vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.10.2007, Az. 2 WF 121/07:

3. Gesamtschuldnerausgleich zwischen Ehegatten

Es entspricht langjähriger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass es keinen Ausgleich dafür gibt, wenn ein Ehegatte während intakter Ehe Zahlungen auf eine Gesamtschuld der Eheleute leistet. Nach Trennung sollen die finanziellen Anteile der Ehegatten während der Ehe nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Die Gesamtschuld wird

durch die ehelichen Lebensverhältnisse „überlagert“. Derselbe Grundsatz gilt nach einer neueren Entscheidung der BGH selbst dann, wenn im Rahmen der Zugewinnauseinandersetzung die noch bestehende Gesamtschuld im Endvermögen des einen Ehegatten zur Hälfte, im Endvermögen des anderen aber gar nicht berücksichtigt wurde. Daraus ergä-

be sich keinesfalls die stillschweigende Absprache, dass der eine Ehegatte die Gesamtschuld im Innenverhältnis alleine abtragen

solle vgl. BGH, Urteil vom 9.1.2008, Az. XII ZR 184/05.

VII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbriefe

Die aktuellen Mandantenbriefe aus dem Bereich „Gesundheit & Recht“ stehen auf unserer Internetseite www.leinen-derichs.de zum Herunterladen zur Verfügung. Falls Sie an einem regelmäßigen Bezug interessiert sind, geben Sie uns bitte einen kurzen Hinweis unter Angabe Ihrer Emailadresse.

Der neue Mandantenbrief Medizinrecht - Ausgabe Oktober 2007 - ist erschienen, zu folgenden Themen:

I. KRANKENHAUS & KLINIK

1. Vergütung: Zulässigkeit der nachträglichen Veränderung der Codierung – Nachforderungsanspruch des KH (LSG S.-H.)
2. BAG: Angemessene Ausbildungsvergütung im Krankenpflegebereich
3. BAG: Neuvergabe von Servicedienstleistungen in einem Klinikum
4. BVerwG: Chefarzte müssen Nutzungsentgelt zahlen

II. DER NIEDERGELASSENE ARZT

1. BSG: Ausschreibung/ Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes
2. SG Dresden: Fusion des Ärztlichen Bereitschaftsdienstes rechtens
3. BSG: Anforderungen des Ausschlusses vom Notfalldienst

III. PHARMA & APOTHEKE

1. Rspr.: Pharmaindustrie darf Ärzten keine teuren Geschenke machen
2. Arzneimittelmarkt – die jüngsten Entwicklungen im Überblick

IV. THEMEN

1. BSG: BARMER erhielt zu Unrecht Förderung für Hausarztmodell
2. Aktuelle Rechtsprechung zu den Leistungspflichten der GKV

2. Expertenforen – www.medizinrecht.de

Unter www.medizinrecht.de finden regelmäßig mittwochs Expertenforen statt, u.a. zu den folgenden Themen:

„Medizinische Versorgungseinrichtungen
– Krankenhaus, MVZ und integrierte Versorgung –“
und
„Unternehmen Arztpraxis“
„Recht und Steuern“

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 Rechtsanwältinnen gestaltet worden. Redaktioneller Ansprechpartner für den LD Mandantenbrief ist

Rechtsanwältin Carolina Schletter

☎ 0221 – 77 20 90

Fax 0221 – 72 48 89

Mail Carolina.Schletter@leinen-derichs.de

Sekretariat: Frau Sakautzki

☎ 0221 – 77 20 9 – 47

Für die einzelnen Beiträge zeichnen verantwortlich

- Handels- & Gesellschaftsrecht: RA Dr. Bernd Westphal,
- Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- Vertriebsrecht: RA Dr. Bernd Westphal,
- Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- Steuerrecht: RA Dr. Wolfgang Dunkel
- Arbeitsrecht: RA Prof. Dr. Daniel Knickenberg,
- Fachanwalt für Arbeitsrecht
- Bau- & Mietrecht: RA Dr. Walter Müller
- Familien- & Erbrecht: RA'in Susanne Strick,
- Fachanwältin für Familienrecht
- Medizinrecht: RA Mathias Wallhauser,
- Fachanwalt für Medizinrecht

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 ANWALTSOZIENTAT