



November 2007

MANDANTENBRIEF

Vertriebsrecht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Steuern & Finanzen

Versicherungen

Arbeit & Personal

Bauen & Wohnen

Familie

Gesundheit & Recht

50668 KÖLN

Clever Straße 16

Telefon 0221 - 77 20 9-0

Telefax 0221 - 72 48 89

Email Koeln@leinen-derichs.de

14467 POTSDAM

Kurfürstenstraße 31

Telefon 0331 - 28 999-0

Telefax 0331 - 28 999-14

Email Potsdam@leinen-derichs.de

10719 BERLIN

Meinekestraße 26

Telefon 030 - 24 37 69 - 17

Telefax 030 - 24 37 69 - 17

Email Berlin@leinen-derichs.de

www.leinen-derichs.de

Inhalt

I. Vertriebsrecht

1. Versicherungsvermittler – Erlaubnispflicht
2. Ausgleichsanspruch des Tankstellenhalters

II. Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Reform des Bilanzrechts
2. Sitzverlegung einer deutschen GmbH ins Ausland

III. Steuern & Finanzen

1. Haftung des Steuerberaters für Verzögerungsschäden
2. Formunwirksamkeit eines Angehörigenvertrages
3. Nochmals: Häusliches Arbeitszimmer

IV. Versicherungen

1. Verweisung auf Nischenarbeitsplatz bei BUZ-Versicherung
2. In-vitro-Fertilisation
3. Fingierter Unfall
4. „Schenkkreis“ als Spiel- und Spekulationsgeschäft

V. Arbeit & Personal

Piloten müssen Rente mit 60 akzeptieren

VI. Bauen & Wohnen

1. Teilungserklärung – Auf den Wortlaut kommt es an! –
2. Umstellung auf Fernwärme: Darf der Vermieter einseitig umstellen?
3. Mietmangel: Wann berechtigt die Verletzung des Konkurrenzschutzes zur Mietminderung?

VII. Familie

1. Verbot der Doppelverwertung
2. Unterhaltsansprüche sind vererblich!

VIII. Gesundheit & Recht

1. Mandantenbriefe
2. In eigener Sache
3. Expertenforen – www.medizinrecht.de

I. Vertriebsrecht

1. Versicherungsvermittler – Erlaubnispflicht

Für Versicherungsvermittler haben sich im Laufe dieses Jahres wichtige Gesetzesänderungen ergeben. Versicherungsvermittler ist nicht nur der Versicherungsvertreter, also derjenige, der für eine Versicherung vermittelnd tätig ist, sondern auch der Versicherungsmakler.

Seit Mai 2007 handelt es sich bei der Versicherungsvermittlung um ein erlaubnispflichtiges Gewerbe. Der Versicherungsvermittler muss deshalb die Erlaubnis der für ihn zuständigen Industrie- und Handelskammer einholen. Es besteht allerdings ein Rechtsanspruch auf die Erteilung, wenn der Versicherungsvermittler

- die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt,
- in geordneten Vermögensverhältnissen lebt,
- seine Sachkunde durch eine Sachkundeprüfung nachweist und
- eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens 1 Millionen EURO abgeschlossen hat.

Bestimmte Berufsqualifikationen werden der erfolgreich abgelegten Sachkundeprüfung gleichgestellt. Zu nennen sind beispielsweise das Abschlusszeugnis Versicherungskauffrau/-mann, Versicherungsfachwirt, abgeschlossenes Studium als Betriebswirt, Bachelor oder Master sowie das Abschlusszeugnis Fachberater Finanzdienstleistungen.

Der Gesetzgeber hat allerdings für Versicherungsvermittler, die bereits vor dem 01.01.2007 Versicherungen vermittelt haben, eine Übergangsfrist eingeführt. Diese müssen erst zum 01.09.2009 die Erlaubnis einholen. Diese Versicherungsvermittler müssen aber bereits jetzt die erforderliche Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen haben.

Zudem bedarf der Versicherungsvermittler, der bereits seit dem 31.08.2000 ununterbrochen als Versicherungsvermittler tätig ist, keiner Sachkundeprüfung, wenn er sich bis zum 01.01.2009 in das Vermittlerregister einer IHK hat eintragen lassen.

Weiterhin treffen dem Versicherungsvermittler nach dem Versicherungsvertragsgesetz neue Informations- und Dokumentationspflichten. So hat er dem Kunden beim ersten Geschäftskontakt verständlich in Textform bestimmte Angaben wie z.B. Name und betriebliche Anschrift, Art seiner Tätigkeit und über die zuständige Registerbehörde zu machen. Es empfiehlt sich, diese Angaben im Vertrag mit dem Kunden festzuhalten. Weist der Versicherungsvermittler auf seiner Visitenkarte auf die Pflichtangaben hin, sollte er zumindest vertraglich vereinbaren, dass er die Pflichtangaben ordnungsgemäß erteilt hat.

Zudem ist der Versicherungsvertreter verpflichtet, seine Kundengespräche und Abschlüsse zu

dokumentieren. Er hat vor Abschluss des Versicherungsvertrages anhand der vom Kunden geäußerten Wünsche und Bedürfnisse die Gründe für seinen Rat insbesondere in Bezug auf das vorgeschlagene Versicherungsprodukt schriftlich und in verständlicher Form festzuhalten.

2. Ausgleichsanspruch des Tankstellenhalters

Der Tankstellenhalter wird hinsichtlich der Vermittlung von Mineralstoffen und Ölen als Handelsvertreter im Sinne von § 84 Abs. 1 HGB angesehen. Damit kann er auch bei Beendigung seines Vertrages - wie ein Handelsvertreter gemäß § 89 b HGB – einen Ausgleich verlangen.

Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs stößt man allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten, da die Tankstelle im Regelfall von Kunden besucht wird, die der Tankstellenhalter nicht namentlich kennt. Um einen Ausgleichsanspruch zu erhalten muss der Handelsvertreter aber darlegen, welche Kunden er neu erworben hat und ob diese Kunden zu Stammkunden geworden sind.

Der BGH hat zu den schwierigen Fragen des Ausgleichsanspruchs des Tankstellenpächters sehr ausführlich mit Urteil vom 12.09.2007 (VIII ZR 194/06) Stellung genommen. Danach darf sich der Tankstellenhalter zur Darlegung und zum Beweis des auf Geschäfte mit Stammkunden entfallenden Anteils des Umsatzes und der Provisionseinnahmen auf geeignete repräsentative Umfragen stützen, soweit er keine zumutbare Möglichkeit hat, die Zahlungsvor-

Der Kunde kann auf diese Dokumentation schriftlich verzichten. Dabei hat der Vermittler ihn aber ausdrücklich darauf hinzuweisen, welche negativen Auswirkungen ein Verzicht für ihn bewirkt, insbesondere, wenn der Kunde gegen den Vermittler Schadensersatzansprüche geltend machen möchte.

gänge an der Tankstelle auszuwerten und die Stammkundenanteile auf dieser Grundlage zu schätzen.

Der BGH hat dem Mineralölunternehmen jedoch die Möglichkeit gegeben, der auf einer repräsentativen Umfrage beruhenden Schätzung des Tankstellenhalters unter Hinweis auf konkret erfasste Zahlungsvorgänge über Einzelgeschäfte entgegenzutreten. Diese Auswertung des Mineralölunternehmens müsse das Gericht jedoch durch einen Sachverständigen auf Richtigkeit und Vollständigkeit prüfen lassen, da der Tankstellenhalter nicht die Möglichkeit habe, aus eigener Sachkunde diese Unterlagen zu bewerten.

Der BGH hat in seinem Urteil zudem ausführlich zu der Frage Stellung genommen, wann ein Neukunde als Stammkunde anzusehen ist. Denn nur der neu geworbene Stammkunde wird auch bei der Ausgleichsberechnung berücksichtigt. Der BGH hat ausgeführt, dass die „Stammkundschaft“ von der nichtberücksichtigungsfähigen „Laufkundschaft“ abzugrenzen ist. Als Stammkunden sind alle Mehrfachkunden anzusehen, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes, in dem üblicherweise

mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden. Welcher Zeitraum bei dieser Prüfung zugrunde zu legen ist, hängt von dem Gegenstand des Geschäfts und den branchenüblichen Besonderheiten ab. Bei häufig wiederkehrenden Verbrauchergeschäften des täglichen Lebens sei das Wiederholungsintervall kleiner zu bemessen als bei Geschäften über langlebige Wirtschaftsgüter. Für den Tankstellenhalter hat es der BGH für erforderlich gehalten, dass kein Kunde durchschnittlich wenigstens einmal pro Quartal innerhalb eines Jahres getankt hat, damit er als Stammkunde anzusehen ist.

Eine weitere Voraussetzung für die Ausgleichsberechnung ist, dass der Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiterhin erhebliche Vorteile durch die Tätigkeit des Handelsvertreters zieht. Auch zu diesem Punkt enthält das Urteil des BGH wichtige Aussagen. Danach richtet sich die Erheblichkeit des Unternehmervorteils nicht nach dessen Verhältnis zum Gesamtgeschäft des Unternehmers. Es spielt daher keine Rolle, dass der Unternehmer aus den von einem Handelsvertreter vermittelten Geschäften mit einem einzelnen Kunden nur einen – gemessen an seinen gesamten Geschäften – verhältnismäßig geringfügigen Vorteil hat.

II. Handels- & Gesellschaftsrecht

1. Reform des Bilanzrechts

Die Bundesregierung beabsichtigt, für das Bilanzjahr 2009 eine Reform des Bilanzrechts einzuführen. Die wesentlichen Eckpunkte sind u.a. die Befreiung von der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht für Einzelkaufleute und Personengesellschaften bei einem Gewinn unter 50.000,-- € oder einem Umsatz unter 500.000,-- € sowie erhöhte Schwellenwerte für

die Publizität bei Kapitalgesellschaften. Selbst geschaffene immaterielle Anlagegüter sollen in Zukunft aktiviert werden können, unterliegen dann aber einer Ausschüttungssperre. Wertpapiere (Finanzanlagen) sollen mit dem Zeitwert angesetzt werden können und Pensionsrückstellungen sollen mit einem marktgerechten Zinssatz zu bewerten sein.

2. Sitzverlegung einer deutschen GmbH ins Ausland

.Das OLG München hat mit Beschluss vom 04.10.2007 (31 Wx 36/07) entschieden, dass die Verlegung des Sitzungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in einen anderen EU-Mitgliedsstaat nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden kann. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass sich

hieran auch durch die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nichts geändert habe. Denn, so das OLG München, es fehle weiterhin an einer Rechtsvorschrift für die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzungssitzes von Kapitalgesellschaften auf Gemeinschaftsebene.

III. Steuern & Finanzen

1. Haftung des Steuerberaters für Verzögerungsschäden

Der Steuerberater hatte für eine Gesellschaft eine Anfrage gestellt, die alternativ eine verbindliche Auskunft des Finanzamtes in zwei Alternativen herbeiführen sollte. Nach Prüfung beschied das Finanzamt, dass der Steuerberater sich auf eine Anfrage beschränken musste, um eine verbindliche Auskunft zu erhalten. Danach ist die Frage präzisiert worden. Die verbindliche Auskunft ist erteilt worden. Durch die ursprüngliche alternativ gestellte Anfrage, die bekanntermaßen nicht beschieden werden konnte, war eine Verzögerung des Bauvorhabens eingetreten.

Der BFH hat in einem Urteil vom 07.12.2006 den Steuerberater für den Verzögerungsscha-

den haften lassen, da er davon ausgegangen ist, dass der Steuerberater auch die Verpflichtung übernommen hatte, einen Nachteil durch Verzögerung der Erstellung des Bauobjektes zu vermeiden.

Ziel der Beratung war es zunächst, die Steuerbegünstigung zu erreichen. Diese ist auch verwirklicht worden. Bei der Auftragsgebung war allerdings ein konkreter Zeitplan festgehalten. Aus wirtschaftlichen Gründen war auf einen möglichst frühzeitigen Baubeginn gesetzt. Es stand fest, dass bei einer verweigerten Auskunft das Bauvorhaben nur verzögert durchgeführt werden konnte. Dies hätte vermieden werden müssen.

2. Formunwirksamkeit eines Angehörigenvertrages

Nicht jeder zivilrechtlich unwirksame Vertrag ist steuerlich bedeutungslos. Der BFH hat in seinem Urteil vom 22.02.2007 die auch schon vorher von ihm entwickelten Grundsätze bestätigt.

In jenem Fall ging es um einen Darlehensvertrag zwischen dem Vater und den durch die Ehefrau vertretenen Kindern. Dieser Vertrag ist unwirksam. Der Vertrag hätte der Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Kinder bedurft.

Der BFH bestätigt, dass die Formunwirksamkeit nur Indizwirkung dafür hat, dass das Vertragsverhältnis nicht ernsthaft gewollt ist und deswegen nicht der Besteuerung zugrunde zu legen

ist. Die Indizwirkung wird nach der Entscheidung des BFH dadurch verstärkt, dass den Vertragspartnern die Nichtbeachtung der Formvorschriften bei klarer Zivilrechtsslage angelastet werden kann.

Wären also andere Beweisanzeichen vorhanden gewesen, die die Indizwirkung des unwirksamen Vertrages und der Angehörigen ausgehebelt hätten, hätte die steuerliche Wirkung durchaus eintreten können.

3. Nochmals: Häusliches Arbeitszimmer

Die einkommenssteuerliche Behandlung von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer (§ 4 Abs. 5 1 Nr. 6 b EStG) ist bekanntlich durch das Steueränderungsgesetz 2007 vom 19.06.2006 weiter verschärft worden. Aufwendungen sind grundsätzlich – wie bisher – nicht zum Abzug zugelassen. Eine Ausnahme gibt es nur noch dann, wenn das häusliche Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet. Die bis dahin geltende begrenzte Abzugsmöglichkeit (1.250,00 € pro Jahr) für den Fall, dass die betriebliche oder berufliche Nutzung mehr als 50 % der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit beträgt oder dass für die Tätigkeit kein

anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, ist weggefallen.

Mittlerweile sind zwei höchstrichterliche Urteile zum Arbeitszimmer veröffentlicht, die zwar zur alten Rechtslage ergingen, aber durchaus Relevanz für die neue Rechtslage erlangen können. Im Übrigen gibt es ein BMF Schreiben zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer.

a) Der BFH hat in einer Entscheidung vom 09.11.2006 entschieden, dass die aus zwei Büroräumen eines Rechtsanwalts bestehende „funktionale Einheit“ nicht in die häusliche

Sphäre eingebunden ist und nicht dem Abzugsverbot für häusliche Arbeitszimmer unterliegt, wenn sie auch von familienfremden Arbeitnehmern genutzt wird. So lag es in jenem Fall. Es gab dort ein Anwaltszimmer und den Raum für die Sekretärin in dem dem Rechtsanwalt gehörenden Gebäude. Die beiden Zimmer waren nicht durch die Wohnung, sondern durch einen separaten Eingang zu betreten. Es handelte sich um das einzige Büro des Rechtsanwalts. Dort arbeitete er.

b) In der Entscheidung des BFH vom 22.11.2006 hatte der Kläger einen Raum im Keller seines Einfamilienhauses zur Lagerung des Warensortiments für einen Gewerbebetrieb sowie zur Durchführung administrativer Tätigkeiten genutzt. Er hatte die Raumkosten als Betriebskosten geltend gemacht. Das Finanzamt hatte den fraglichen Raum der häuslichen Sphäre zugerechnet und nur einen Abzug für ein häusliches Arbeitszimmer anerkannt. Der BFH geht davon aus, dass ein Arbeitszimmer

typischerweise mit Büromöbeln ausgestattet ist. Aufwendungen für einen zugleich als Büroarbeitsplatz und als Warenlager betrieblich genutzten Raum unterliegen nur dann der Abzugsbeschränkung für ein häusliches Arbeitszimmer, wenn der Raum nach dem Gesamtbild der Verhältnisse – vor allem Ausstattung und Funktion – ein typisches häusliches Büro ist und die Funktion des Raumes als Lager dahinter zurücktritt.

c) Das BMF-Schreiben zum häuslichen Arbeitszimmer vom 03.04.2007 hebt den Begriff des häuslichen Arbeitszimmers als „Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung“ hervor. Es finden sich Hinweise zur Nutzung des Arbeitszimmers zur Erzielung unterschiedlicher Einkünfte, zur Nutzung des Arbeitszimmers durch mehrere Steuerpflichtige, zur nicht ganzjährigen Nutzung des Arbeitszimmers, zur Nutzung des Arbeitszimmers zu Ausbildungszwecken. Besondere Aufzeichnungspflichten werden hervorgehoben.

IV. Versicherungen

1. Verweisung auf Nischenarbeitsplatz bei BUZ-Versicherung

Der Versicherungsnehmer unterhielt eine Kapitallebensversicherung mit zusätzlicher Berufsunfähigkeitszusatzversicherung (BUZ). Die Tätigkeit als Lokführer und Rangierer war nach einem Arbeitsunfall und der dadurch verursach-

ten Amputation des linken Beines nicht mehr auszuüben. Der Arbeitgeber schuf eine Stelle exakt für den verletzten Angestellten und zahlte einen annähernd gleich hohen Lohn. Die Tätig-

keit des Versicherungsnehmers erschöpfte sich in Hilfsarbeiten.

Das OLG Frankfurt hat in seiner Entscheidung vom 20.02.2007 der Klage auf Zahlung von Berufsunfähigkeitsrente stattgegeben. Dabei stellte es fest, dass der Kläger berufsunfähig geworden war. Er hatte nämlich die früher konkret ausgeübte Tätigkeit zu weniger als 50 % noch ausüben können. Dass er in einer eigens für ihn errichteten Stelle tätig werden konnte, ändert an der Berufsunfähigkeit nichts.

Der Versicherer hatte den Versicherungsnehmer auf den Nischen- bzw. Schonarbeitsplatz verwiesen. Häufig verstößt eine derartige Ver-

weisung gegen Treu und Glauben, da ein solcher Arbeitsplatz auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise nicht zu bekommen ist. Hier ist der Versicherungsnehmer aber tätig, so dass ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht gegeben ist.

Gleichwohl ist die BUZ-Leistung zugesprochen. Die Tätigkeit, auf die die Versicherung verwiesen hat, entsprach nämlich nicht der bisherigen Lebensstellung. Zwar lag die Vergütung in ähnlichem Rahmen. Die soziale Wertschätzung der Tätigkeit entsprach aber nicht annähernd der früher ausgeübten Arbeit. Deswegen kommt der Verweis auf diese Tätigkeit nicht in Betracht.

2. In-vitro-Fertilisation

Die privaten Krankenversicherer sind verpflichtet, eine oder mehrere In-vitro-Fertilisationen zu bezahlen. Dabei wird das Ei entnommen und mit dem Samen des Mannes außerhalb des Körpers der Frau zusammengebracht. Das befruchtete Ei wird danach in die Gebärmutter eingesetzt.

Das Landgericht Köln hatte in seiner Entscheidung vom 04.07.2007 über die Verpflichtung zur Begleichung von Kosten zu befinden in einer Fallgestaltung, in der die künstliche Befruchtung mit einer gespendeten fremden Eizelle erzielt wird. Das Landgericht hat die Verpflichtung zur Bezahlung der Kosten abgelehnt.

Die so genannte heterologe In-vitro-Fertilisation ist danach keine medizinisch notwendige Heilbehandlung wegen Krankheit. Dazu müsste es

nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung vertretbar gewesen sein, die Maßnahme des Arztes als medizinisch notwendig anzusehen.

Anders als in den Fällen der homologen In-vitro-Fertilisation zielt die vorliegende Behandlung in Form der künstlichen Befruchtung mit einer gespendeten fremden Eizelle nicht auf die Heilung oder Linderung einer Krankheit ab. Denn die Krankheit der Versicherungsnehmerin, eigene Eizellen zu produzieren, um Nachkommen zu haben, wird durch die streitgegenständliche Behandlung gerade nicht beeinflusst. Es wird nur der Wunsch nach einem Kind erfüllt, der auf der Kinderlosigkeit gründet, die selbst aber keine Krankheit darstellt.

Ob dieses Argument wirklich greift, kann auf sich beruhen. Jedenfalls scheidet ein etwaiger Anspruch gegen den Versicherer daran, dass die Befruchtung menschlicher Eizellen zu einem anderen Zweck als dem, die Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, ebenso verboten ist wie die Übertragung eines fremden Embryo auf eine dritte Frau bzw. die Übertragung einer fremden

unbefruchteten Eizelle (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 Embryonen-Schutzgesetz = ESchG). Derartige Handlungen sind sogar strafrechtlich von Bedeutung, wenn sie in Deutschland durchgeführt werden. Eine Behandlung im Ausland, wo sie nicht verboten ist, ändert nichts daran, dass eine Verpflichtung des Versicherers zur Erstattung der Kosten nicht gegeben sein kann.

3. Fingierter Unfall

Das OLG Karlsruhe hat in seinem Urteil vom 08.03.2007 über die Klage eines Versicherungsnehmers zu entscheiden, der wegen eines Unfalls aus der Vollkasko-Versicherung Forderungen geltend machte. Der Kasko-Versicherer wendete ein, dass der Unfall fingiert sei.

Diese Behauptung muss der Versicherer in vollem Umfang beweisen. Dabei ist allerdings keine mathematisch lückenlose Gewissheit vorausgesetzt. Es kann die Häufung von Beweiszeichen ausreichen, die auf eine Manipulation hindeuten.

Indizien für ein fingiertes Ereignis sind beispielsweise Umstände, die bei einem gestellten Unfall signifikant häufiger vorkommen als bei einem echten. So spielt es keine Rolle, ob der Umstand auch als unverdächtig erklärt werden kann. Ausschlaggebend ist eine Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweise, bei denen aus einer Indizienkette auf eine planmäßige Vorbereitung und Herbeiführung des vermeintli-

chen Unfalls geschlossen werden kann. Hier waren wertvolle Autos betroffen, die miteinander einen Unfall gehabt haben sollen, also ein unfreiwilliges Ereignis im Straßenverkehr. Beide hatten auf Gutachtenbasis abgerechnet. Beim Weiterverkauf waren Vorschäden verschwiegen. Ohne substantiierte Schilderung des Geschehens erklärten beide den Unfall „aus Unachtsamkeit“. Der Anspruchsteller war 1999, 2000 und 2003 an weiteren Unfällen beteiligt, die signifikante Gemeinsamkeiten untereinander und mit dem jetzt eingeklagten Unfallereignis aufwiesen. Die Häufung bietet ein erhebliches Beweiszeichen für eine Unfallmanipulation.

Kommen noch falsche Angaben in den Vorprozessen hinzu, verdichten sich die Indizien soweit, dass eine Unfallmanipulation angenommen werden kann. So hat das OLG entschieden.

4. „Schenkkreis“ als Spiel- und Spekulationsgeschäft

Das Amtsgericht Köln hat sich in seiner Entscheidung vom 13.02.2007 mit dem so genannten „Schenkkreis“ befasst. Dies ist eine nach dem Schneeballsystem organisierte Veranstaltung. Der Initiator sucht 6 Personen, die ihn mit einer bestimmten Summe Geld beschenken. Jeder dieser Personen muss nun weitere 6 Personen suchen, die ihrerseits entsprechend beschenken. Da sich die Anzahl der mitwirkungsbereiten Personen nach mathematischer Wahrscheinlichkeit schnell erschöpft, verlieren die letzten Schenker ihren Einsatz.

Der Kläger begehrte Rückzahlung seiner Schenkung von dem Beschenkten. Er hatte diesem 5.000,00 € übergeben.

Dafür begehrte er von der Rechtsschutzversicherung Deckungszusage. Der Rechtsschutzversicherer weigerte sich.

Zu Recht, wie das Amtsgericht Köln meint. Nach seiner Ansicht steht die Rückforderung

des Schenkungsbetrages in ursächlichem Zusammenhang mit einem Spielvertrag, bei dem es um ein Wagnis geht. Zweck des Spiels ist die Unterhaltung und Gewinnerzielung. Die Teilnahme an einem Schenkkreis stellt ein solches Wagnis dar, weil der Einsatz verloren ist, wenn es dem Teilnehmer nicht gelingt, weitere Personen zu werben, die ihn selber beschenken. Dieses Wagnis dient auch zur Unterhaltung.

Dass die Gewinngrenze nach der mathematischen Wahrscheinlichkeit schnell erreicht ist, ist offenkundig. In einer Gesamtschau ist von einem Spiel auszugehen.

Im Übrigen sieht das Amtsgericht auch ein Spekulationsgeschäft, das ebenfalls nicht versichert ist. Spekulieren heißt nämlich, auf eine ungewisse Hoffnung setzen, nämlich darauf, viele weitere Spieler zu werben, um damit selber zum Gewinner zu werden. Die Hoffnung ist also auf ein unsicheres Geschehen gerichtet.

V. Arbeit & Personal

Piloten müssen Rente mit 60 akzeptieren

Die Piloten der Deutschen Lufthansa müssen ihren vorgezogenen Ruhestand mit 60 akzeptieren. Das hat das Landesarbeitsgericht in

Frankfurt am Main in einem am 15.10.2007 ergangenen Urteil entschieden. Die Richter sahen keinen Verstoß gegen das Allgemeine

Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde jedoch zugelassen (Az.: 17 Sa 809/07).

Die klagenden Piloten hatten sich vor Gericht auf das seit August 2006 geltende AGG berufen und damit ihren Wunsch, bis zum 65. Lebensjahr zu fliegen, begründet. Von einem grundsätzlichen Sicherheitsrisiko und einer Gefahr, während eines Fluges akut zu erkranken, könne in Folge der regelmäßigen ärztlichen Untersuchungen keine Rede sein. Darüber hinaus flögen auch Piloten einer Lufthansa-

Tochter bis 65. Deshalb sei die im Tarifvertrag vereinbarte Altersgrenze nichtig.

Die Richter bejahten in ihrer Entscheidung zwar die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes, weil die Kläger erst nach dem Inkrafttreten das 60. Lebensjahr vollendet hätten. Gleichwohl sahen sie keine Alters-Diskriminierung, weil die Deutsche Lufthansa mit der früheren Verrentung ihrer Piloten ein «legitimes Ziel» verfolge. So seien gesundheitliche Beeinträchtigungen bei den alternden Piloten zumindest nicht völlig auszuschließen. Eine erste Entscheidung des BAG zu diesem Thema bleibt nun abzuwarten.

VI. Bauen & Wohnen

1. Teilungserklärung

– Auf den Wortlaut kommt es an! –

Laut Teilungserklärung tragen die Eigentümer die Bewirtschaftungskosten für das Gemeinschaftseigentum im Verhältnis der Miteigentumsanteile. Einschränkend heißt es:

„Dies gilt nicht, falls laufende Kosten ... einwandfrei getrennt festgestellt bzw. einem Wohnungs- bzw. Teileigentümer allein zuzuordnen sind; die so festgestellten Kosten trägt der betreffende WE bzw. TE allein.“

Einer Eigentümerin gehören Ladengeschäfte im Erdgeschoss der Wohnungseigentumsanlage. Die Treppenhäuser und Aufzugsanlagen sind für sie nicht zugänglich. Deshalb möchte sie die

anteiligen Kosten des Aufzugs und der Hausreinigung nicht tragen.

Das OLG Celle legt die Regelung in der Teilungserklärung anders aus. Für die Kostentragung kommt es nicht darauf an, ob ein Eigentümer die fragliche Einrichtung überhaupt nutzt. Der Wortlaut der Klausel ergibt: Es sollte eine Sonderregelung nur für solche Kosten geschaffen werden sollte, von denen nur ein bestimmter Eigentümer profitiert. Es sind also nur solche Kosten auszuschneiden, die nur einen einzelnen Wohnungs- bzw. Teileigentümer betreffen (Beispiel: offener Kamin). Dazu gehören die Kosten für Aufzug und Treppenhausreinigung aber nicht, weil diese Einrichtungen von mehreren Eigentümern genutzt werden. Es kommt

aber nicht darauf an, ob die Einrichtungen für alle Eigentümer nutzbar sind. Deshalb darf sich die Eigentümerin der Läden nicht darauf berufen, dass sie die Treppenhäuser und Aufzüge nicht nutzen kann. (OLG Celle, U. v. 28.11.2006 – 4 W 241/06)

2. Umstellung auf Fernwärme:

Darf der Vermieter einseitig umstellen?

Die Wohnung wird mit Zentralheizung beheizt. Im Mietvertrag vom 9.5.1984 heißt es: „*Folgende Betriebskosten (erläutert durch Anlage 3 zu § 27 II. BV) sind in der Nettomiete nicht enthalten und deshalb gesondert zu zahlen: [...] 18. Heizung [...].*“ Ende 2001 stellt der Vermieter auf Fernwärme um. In der Betriebskostenabrechnung 2002 legt er die Fernwärmekosten gemäß Fernwärmetarif um. Es ergibt sich eine Nachzahlung von 170,35 €. Da der Mieter die Zahlung verweigert, klagt der Vermieter.

Die Klage hat Erfolg. Der BGH klärt in seinem Urteil einen alten Streit:

Der Vermieter darf im laufenden Mietverhältnis auf Fern- oder Nahwärmelieferung umstellen und die Kosten der Wärmelieferung umlegen, wenn der Mieter zustimmt oder wenn der Vertrag einen ausreichenden Umstellungsvorbehalt enthält. Streitig ist, ob und wie ausführlich der Vorbehalt die Umstellung erläutern muss. Denn nach der Umstellung legt der Vermieter nicht mehr die Kosten der Eigenerzeugung um, son-

Bei Auslegung der Teilungserklärung kommt es auf eine präzise Analyse des Wortlauts an. Deshalb empfiehlt sich bei schwierigen Texten eine anwaltliche Beratung, damit man weiß, „wo der Feind steht“.

dern den Wärmepreis des Wärmelieferanten. Dieser enthält aber auch solche Kosten, die eigentlich nicht als Betriebskosten umgelegt werden dürfen: Finanzierungs-, Instandhaltungskosten und Gewinn.

Der BGH meint, dass die oben geschilderte Regelung des Mietvertrags als Umlagevereinbarung genügt. Denn die Kosten der Fernwärmelieferung gehören zu den Kosten gemäß „Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV“, die laut Mietvertrag umgelegt werden dürfen. Das gilt jedenfalls bei Mietverträgen, die nach dem 1.5.1984 geschlossen wurden. Denn an diesem Tag trat erstmals eine Fassung der II. BV in Kraft, die die Kosten der Fernwärmelieferung erfasst. (BGH, U. v. 27.6.2007 – VIII ZR 202/06)

Der BGH musste nicht über eine Umstellung auf Nahwärmelieferung entscheiden. Trotzdem ist absehbar, dass das Gericht bei Nahwärme zu demselben Ergebnis kommen wird. Es gilt dort aber ein anderer Stichtag: Die Umlage von Nahwärmekosten ist erst seit 1.3.1989 zulässig.

3. Mietmangel: Wann berechtigt die Verletzung des Konkurrenzschutzes zur Mietminderung?

In einem Ärztehaus ist eine Praxis an einen praktischen Arzt vermietet. Im Mietvertrag ist geregelt, dass der Vermieter an keinen weiteren praktischen Arzt vermieten darf. Als der Vermieter dennoch mit einem anderen praktischen Arzt einen Mietvertrag über Räume in demselben Haus abschließt, mindert der Mieter die Miete. Der Vermieter meint, eine Minderung sei nicht zulässig. Denn die Ertragslage der vom Mieter betriebenen Praxis habe sich durch die Ansiedlung des weiteren Arztes nicht verschlechtert, sondern sogar verbessert.

Das Berliner Kammergericht teilt die Ansicht des Mieters, dass die Vermietung an einen weiteren praktischen Arzt für den Erstmieter dennoch einen Mietmangel darstellt. Der Mieter ist auch dann zur Minderung berechtigt, wenn er keinen durch die Konkurrenzschutzverletzung verursachten Umsatzrückgang belegen kann. Durch den Verstoß gegen den Konkurrenzschutz weiche der tatsächliche Zustand der Mietsache in für den Mieter nachteiliger Weise von dem vertraglich vorausgesetzten Zustand ab. Das ergebe sich schon daraus, dass die Miete für eine vergleichbare Praxis mit Konkur-

renzschutz regelmäßig höher sei als die Miete für eine Praxis ohne diesen Schutz. (KG, U. v. 25.1.2007 – 8 U 140/06).

Auf demselben Grundstück muss der Konkurrenzschutz in der Regel auch ohne ausdrückliche Vereinbarung beachtet werden. Wird dieser so genannte vertragsimmanente Konkurrenzschutz verletzt, liegt ein Sachmangel vor. Ergibt sich der Konkurrenzschutz allerdings erst aus einer vertraglichen Vereinbarung (z.B. eine Pflicht des Vermieters, auch andernorts an keine Wettbewerber zu vermieten), kann ein Verstoß hiergegen zwar Schadensersatzansprüche begründen; ein Mangel der Mietsache ist darin jedoch nicht zu sehen.

Erfährt der Mieter, dass trotz des vereinbarten oder vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes die Vermietung an einen Wettbewerber bevorzugt, kann er durch einstweilige Verfügung dem Vermieter untersagen, die Räume an den Konkurrenten zu vermieten. Dem abgewiesenen Mieter bleiben dann u.U. nur Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter.

VII. Familie

1. Verbot der Doppelverwertung

Mit einem aktuellen Urteil vom 04.07.2007 - II ZR 141/05 - hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung fortgeführt, wonach Vermögenspositionen nicht doppelt verwertet werden dürfen. Ist eine Vermögensposition bereits beim Unterhalt berücksichtigt worden, kann sie nicht noch einmal beim Zugewinnausgleich angesetzt werden und umgekehrt.

Im entschiedenen Fall haben die Eheleute sowohl um Trennungs- als auch um nahehelichen Unterhalt gestritten. Der Ehefrau stand außerdem ein Anspruch auf Zugewinnausgleich zu. Während der Ehezeit hatte der Ehemann erhebliches Kapital angesammelt, die Zinseinkünfte daraus aber nicht für den Lebensunterhalt der Familie verbraucht, sondern wieder angelegt. Nach der Trennung hat der Ehemann einen Großteil seines Vermögens in thesaurierenden Fonds angelegt, so dass es zu keinen laufenden Auszahlungen kam.

Die Parteien stritten darüber, ob die Zinseinkünfte des Ehemannes beim Unterhalt zu berücksichtigen waren.

Nach der Rechtsprechung ist für die Unterhaltsbestimmung auf die für den allgemeinen Lebensbedarf genutzten Einkünfte abzustellen. Eine zu dürftige Lebensführung ist ebenso zu korrigieren wie eine verschwenderische. Im entschiedenen Fall war der Ehemann im Hinblick auf die ehelichen Lebensverhältnisse unterhaltsrechtlich gehalten, laufende Vermö-

genseinkünfte für die allgemeine Lebensführung bereitzuhalten.

Für den Trennungsunterhalt hatte er sich daher so behandeln lassen müssen, als hätte er für sein Vermögen eine Anlageform gewählt, die laufende Erträge abwarf.

Dabei hat der Bundesgerichtshof jedoch unterschieden zwischen dem Unterhalt für die Zeit der Trennung und dem Unterhalt für die Zeit nach Scheidung. Da der Ehemann durch das Ansparen der Kapitalerträge es der Ehefrau letztendlich erst ermöglicht hat, ihren Zugewinnausgleichsanspruch zu realisieren, seien die Kapitalerträge für die Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages (Stichtag für die Zugewinnausgleichsermittlung) „verbraucht“. Aufgrund des Verbots der Doppelberücksichtigung könnten Unterhaltsansprüche bis zu diesem Zeitpunkt nur aus den sonstigen Einkünften des Ehemannes errechnet werden.

Für den nahehelichen Unterhalt gilt jedoch, dass nur die Kapitaleinkünfte herangezogen werden können, die dem Ehemann nach Durchführung des Zugewinnausgleichs verblieben, während sich die Ehefrau Einkünfte aus dem Vermögen, welches ihr im Zugewinnausgleich zugeflossen ist, zurechnen lassen muss.

Der BGH hat in dieser Entscheidung zudem noch einmal bekräftigt, dass Kapitaleinkünfte

aus Zugewinnausgleichsansprüchen nach der Differenzmethode zu berücksichtigen sind, wenn solche Einkünfte – egal auf wessen Seite

sie vorher waren – bereits die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmt haben.

2. Unterhaltsansprüche sind vererblich!

Stirbt der geschiedene Ehegatte, ist es keineswegs so, dass der andere Ehepartner fortan keinen Unterhalt mehr erhielte. Die Vorschrift des § 1586 b BGB ist unter Laien kaum bekannt, hat jedoch nicht unerhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Mit dem Tod des Verpflichteten müssen die Erben nämlich die Unterhaltsverpflichtungen erfüllen, ohne dass es auf deren Leistungsfähigkeit ankäme. Allerdings haften die Erben nur bis zur Höhe des fiktiven Pflichtteils, der dem Berechtigten zustünde, wäre die Ehe nicht geschieden worden.

Beispiel:

Stirbt der unterhaltsverpflichtete Ehemann und ist zugunsten der geschiedenen Ehefrau ein Unterhaltsanspruch von monatlich 1.000,00 € titulierte, müssen die Erben die Unterhaltsverpflichtung übernehmen.

Ist Erbin die zweite Ehefrau des Verstorbenen, trifft sie nun die Unterhaltsverpflichtung.

Wäre die erste Ehe nicht geschieden worden, hätte die geschiedene Ehefrau Erbansprüche gegen den Ehemann. Angenommen, die Ehe wäre kinderlos geblieben, hätte die erste Ehefrau alles geerbt.

Der Pflichtteil berechnet sich nach den tatsächlichen erbrechtlichen Verhältnissen. Der Pflichtteil hätte $\frac{1}{2}$ betragen. Beträgt der Nachlass 100.000,00 €, muss die zweite Ehefrau mithin den Unterhalt der geschiedenen Ehefrau bis zum Betrag von 50.000,00 € erfüllen, also solange monatlich 1.000,00 € zahlen, bis der Betrag von 50.000,00 € erschöpft ist.

Wären aus der ersten Ehe zwei Kinder hervorgegangen, hätte die erste Ehefrau $\frac{1}{4}$ geerbt (Besonderheiten des Güterstandes bleiben außer Betracht). Ihr Pflichtteil hätte $\frac{1}{8}$ betragen, so dass Unterhaltsansprüche nur bis zur Höhe von 12.500,00 € hätten erfüllt werden müssen.

Die Vorschrift des § 1586 b BGB beruht auf der Erwägung, dass es dem verstorbenen Ehemann ohne weiteres möglich gewesen wäre, die berechnete Ehefrau durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen, wäre die Ehe nicht durch Scheidung aufgelöst worden. Der geschiedene Ehegatte soll beim Tod des Verpflichteten nicht mehr erhalten.

VIII. 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. Medizinische Versorgungszentren (MVZ) erneut auf dem Prüfstand
2. BAG: Beleghebamme keine arbeitnehmerähnliche Person

II. Der niedergelassene Arzt

1. BGH: Hinauskündigungsrecht bei Juniorpartnern auf drei Jahre begrenzt
2. BSG: Kein fester Punktwert für probatorische Sitzungen
3. LSG Bayern: Fortbestand der Zulassung über das 68. Lebensjahr (*m. Anm.*)
4. SG Stuttgart: Sorgfaltsmaßstab bei Abrechnungssammelerklärungen
5. Praxistipp: Überstundenregelungen

III. Pharma & Apotheke

1. LSG Hessen: Krankenkassen dürfen nicht für Versandapotheken werben
2. OLG Hamm: Zimt-Präparat ist ein Arzneimittel

IV. Heime & Pflegebetriebe

Pflegerecht: Konkretisierung der Obhutspflichten aus einem Heimvertrag (*LG Berlin*)

V. Ausgewählte Themen

1. OVG NRW: Kostendämpfungspauschale seit 2003 verfassungswidrig
2. Wettbewerb im Gesundheitswesen & rechtliche Gestaltungsaufgaben; Teil 1: Der Medikamentenmarkt

2. In eigener Sache

Aktuelle Veranstaltungen

20./21.11.2007, Köln

„IIIR-Konferenz: § 116 b SGB V - Aufwand vs. Nutzen für die Krankenhäuser“

Vorsitzender und Referent

Matthias Wallhäuser, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht,

Anwaltssozietät Leinen & Derichs

Veranstalter

17. bis 19.12.2007, München

„IIR-Konferenz: Selbstzahlerleistungen im Krankenhaus“

Referent

Matthias Wallhäuser, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht

Anwaltssozietät Leinen & Derichs

Veranstalter

IIR Deutschland GmbH

www.iir.de

3. 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 Rechtsanwälten 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

- Vertriebsrecht: RA Dr. Bernd Westphal,
- Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- Handels- & Gesellschaftsrecht: RA Dr. Bernd Westphal,
- Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- Steuerrecht RA Dr. Wolfgang Dunkel
- Versicherungsrecht RA Dr. Wolfgang Dunkel
- Arbeitsrecht: RA Prof. Dr. Daniel Knickenberg,
- Fachanwalt für Arbeitsrecht
- Bau- & Mietrecht: RA Dr. Walter Müller
- Familienrecht: 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