



LEINEN & DERICHS ANWALTSOZIELTÄT

August 2008

MANDANTENBRIEF

Handels- & Gesellschaftsrecht

Steuern & Finanzen

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

10178 **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. GmbH-Geschäftsführer muss sich anderweitigen Verdienst nicht auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen
2. Eine am Aktienkurs der Muttergesellschaftorientierte Vorstandsvergütung verstößt gegen § 87 AktG

II. Steuern & Finanzen

1. Auch Autogeschäfte als steuerbare Spekulationsgeschäfte anrechenbar
2. Zur regelmäßigen Arbeitsstätte eines Beraters im Falle des Outsourcing

III. Arbeit & Personal

1. Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen
2. Vereinbarte Sonderzahlung auch bei wirtschaftlicher Verschlechterung
3. Längere Haftstrafe: kein Grund für fristlose Kündigung

IV. Bauen & Wohnen

1. Betriebskosten: Darf man den Heizkostenanteil der Stromkosten pauschal mit etwa 3 % – 5 % schätzen?
2. Kann die Minderung formularmäßig ausgeschlossen werden?
3. Betriebskostenumlage im Gewerbemietrecht: Genügt der Begriff „Verwaltungskosten“?
4. Vergabe von großen Reparaturaufträgen: Dürfen WEG-Verwalter und Verwaltungsbeirat selbst entscheiden?

V. Familie

1. Doppelverwertungsverbot beim Zugewinnausgleich
2. Rangfolge beim Ehegattenunterhalt
3. Noch einmal: Befristung des nachehelichen Unterhalts

VI. Gesundheit & Recht

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

I. Handels- & Gesellschaftsrecht

1. GmbH-Geschäftsführer muss sich anderweitigen Verdienst nicht auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen

Der Kläger war als Geschäftsführer einer GmbH tätig. Im Anstellungsvertrag war unter anderem die Verpflichtung des Geschäftsführers geregelt, in den ersten 2 Jahren nach Ablauf des Dienstverhältnisses weder direkt noch indirekt Kunden abzuwerben oder anderen dabei behilflich zu sein. Die Gesellschaft verpflichtete sich im Gegenzug, dem Geschäftsführer dafür eine Karenzentschädigung in Höhe von 50 % des zuletzt gezahlten Grundjahresgehaltes zu gewähren. Als der Geschäftsführer nach seiner Kündigung durch die Gesellschaft eine neue Tätigkeit aufnahm, weigerte sich die Gesellschaft die Entschädigung zu zahlen. Sie war der Ansicht, auf die zu zahlende Karenzentschädigung müsse zumindest eine Anrechnung des anderweitigen Verdienstes erfolgen. Sie verlangte deshalb eine Auskunft zur Höhe des anderweitigen Verdienstes.

Der BGH stellte mit Urteil vom 28.04.2008 – Az.: II ZR 11/07 – fest, dass die Gesellschaft trotz des anderweitigen Verdienstes zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet sei. Anderweitige Verdienste des ehemaligen Geschäftsführers seien nicht anzurechnen. Die Karenzentschädigung werde dem ehemaligen Geschäftsführer regelmäßig als Entschädigung für seine Anstrengung bezahlt, die dieser unternehmen muss, um in seinem bisherigen Bereich bei Einhaltung des Wettbewerbsverbotes trotzdem noch erwerbstätig zu sein oder sich

einen neuen Tätigkeitsbereich aufbauen zu können. Überdies solle die Zahlung einer Karenzentschädigung an den ehemaligen Geschäftsführer vermeiden, dass dieser seine bisher erworbenen Kenntnisse und Geschäftsgeheimnisse anderweitig zum Nachteil der Gesellschaft einsetze.

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen; insbesondere kommt vorliegend keine analoge Anwendung des § 74c Abs. 1 HGB in Betracht: § 74c Abs. 1 HGB regelt für den Handlungsgehilfen die Anrechnung seines anderweitigen Erwerbs auf seine fällige Entschädigung. Gemäß § 74 Abs. 2 HGB hat der Handlungsgehilfe für die Dauer eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes einen Anspruch auf eine Entschädigung. Für die GmbH besteht dagegen – trotz eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes – grundsätzlich keine Verpflichtung zur Leistung einer Karenzentschädigung an den ehemaligen Geschäftsführer; diese muss zusätzlich vereinbart werden. Damit ist es auch nicht erforderlich, bereits per se einen anderweitigen Verdienst anzurechnen. Hätten die Parteien eine Anrechnung gewollt, hätten sie dies regeln können.

(BGH, Urteil vom 28.04.2008 – Az.: II ZR 11/07)

2. Eine am Aktienkurs der Muttergesellschaft orientierte Vorstandsvergütung verstößt gegen § 87 AktG

Wie das Oberlandesgericht (OLG) München mit Urteil vom 07.05.2008 – Az.: 7 U 5618/07 – klar gestellt hat, verstößt eine überwiegend am Aktienkurs der Muttergesellschaft orientierte Vorstandsvergütung gegen § 87 des Aktiengesetzes (AktG). Nach § 87 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds (Gehalt, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen. Eine Vergütungsregelung, die prinzipiell

geeignet ist, Entscheidungen zu honorieren, die den Interessen der Gesellschaft zuwider laufen, könne – so das OLG München – in der Regel die Lage der Gesellschaft nicht – wie von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gefordert – angemessen berücksichtigen. Ist die variable Vergütung des Vorstands überwiegend von dem Kurs der Muttergesellschaft abhängig, so bestehe die Gefahr, dass die Vorstände bei Unternehmensentscheidungen nicht die Lage der eigenen Gesellschaft, sondern die der Muttergesellschaft als vorrangiges Ziel vor Augen haben.

(OLG München, Urteil vom 07.05.2008 – Az.: 7 U 5618/07)

II. Steuern & Finanzen

1. Auch Autogeschäfte als steuerbare Spekulationsgeschäfte anrechenbar

Werden private Wirtschaftsgüter innerhalb eines Jahres nach ihrem Erwerb verkauft und wird dabei ein Verlust erzielt, kann dieser als Verlust eines „Spekulationsgeschäftes“ mit einem Gewinn aus anderen privaten Veräußerungsgeschäften steuermindernd verrechnet werden.

Spekulationsgeschäfte im Sinne des § 23 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sind zum

einen Veräußerungsgeschäfte, bei denen Wirtschaftsgüter innerhalb bestimmter Fristen veräußert werden und zum anderen Geschäfte, bei denen die Veräußerung früher erfolgt, als der Erwerb. Bisher wollte die Finanzverwaltung diese Regelung nicht bei der Veräußerung von so genannten Wirtschaftsgütern des täglichen Bedarfs anwenden, weil das für ein Geschäft im Sinne des § 23 EStG erforderliche Spekulationsrisiko fehle. Durch die Veräußerung von

Wirtschaftsgütern des täglichen Bedarfs könne regelmäßig kein Gewinn erzielt werden.

Der Kläger hatte ein gebrauchtes BMW-Cabrio für DM 58.500,00 erworben und es innerhalb eines Jahres für 53.800,00 DM verkauft. Den Veräußerungsverlust machte er vergeblich in seiner Einkommensteuererklärung geltend. Auch eine Klage vor dem Finanzgericht blieb erfolglos.

Der Bundesfinanzhof (BFH) gab dem Kläger mit Urteil vom 22.04.2008 – Az.: IX R 29/06 – Recht und stellte fest, dass auch Gebrauchtwagen Wirtschaftsgüter sind, die der Spekulationsbesteuerung unterliegen. Der Verlust aus dem Verkauf eines Autos binnen einer Jahresfrist könne daher sehr wohl steuerrechtlich als Ver-

lust geltend gemacht werden. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass Fahrzeuge und andere Wirtschaftsgüter des täglichen Bedarfs – anders als bisher von den Finanzämtern beurteilt – unter § 23 Absatz 1 Nr. 2 EStG als „andere Wirtschaftsgüter“ subsumiert werden könnten. An dem bisherigen ungeschriebenen Erfordernis, dass der Steuerzahler eine „besondere Spekulationsabsicht“ innehaben soll, hielt der BFH nicht mehr fest.

Künftig wird also der Verlust aus dem Verkauf eines Autos, eines Motorrades oder rollers innerhalb eines Jahres nach der Anschaffung mit Gewinnen aus anderen Geschäften verrechnet werden können.

(BFH, Urteil vom 22.04.2008, Az.: IX R 29/06).

2. Zur regelmäßigen Arbeitsstätte eines Beraters im Falle des Outsourcing

Wie das niedersächsische Finanzgericht mit Urteil vom 24.10.2007 – Az.: 12 K 611/04 – entschieden hat, befindet sich die regelmäßige Arbeitsstätte eines Beraters, der in seinem privaten Wohnhaus eine Beratungsgesellschaft betreibt und seine Dienstleistung ausschließlich in einem Büro seines einzigen Auftraggebers (Outsourcing) erbringt, in den Räumen des Auftraggebers.

Damit kann der Berater seine Fahrten zwischen dem Wohnhaus und dem Büro des Auftraggebers lediglich nach den Grundsätzen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, nicht jedoch nach den Grundsätzen für Dienstreisen steuerlich geltend machen.

Der Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte sei von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes im Rahmen einer Überprüfung des Reisekostenrechts neu definiert worden. Danach gelte folgendes: Regelmäßige Arbeitsstätte im Sinne des § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 EStG ist eine dauerhafte betriebliche Einrichtung oder Betriebsstätte des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nachhaltig, fortdauernd und immer wieder aufsucht. Ob ein Arbeitnehmer eine regelmäßige Arbeitsstätte innehatte, richte sich danach, welche Tätigkeit er an dieser Arbeitsstätte im Einzelnen wahrnehme oder wahrzunehmen habe bzw. welches konkrete Gewicht dieser Tätigkeit zukomme. Wo der Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit liege, bestimme sich nicht nach

zeitlichen oder qualitativen Merkmalen einer wie auch immer gearteten Arbeitsleistung. Entscheidend sei vielmehr, ob ein Arbeitnehmer den Betriebssitz des Arbeitgebers oder eine sonstige ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung, der er zugeordnet ist, nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, d.h. fortdauernd und immer wieder, aufsuche. Würde man in einem solchen Fall das private Wohnhaus des Beraters für seine Arbeitsstätte halten, müsse auch die Tätigkeit von

Leiharbeitnehmern in einem fremden Betrieb als Auswärtstätigkeit angesehen werden, nur weil die Ortsfesteinrichtung, an der sie tätig sind, nicht ihrem Arbeitgeber, der Leiharbeitsfirma, zuzurechnen ist. Das ließe sich jedoch nicht mit den Grundsätzen für Dienstreisen vereinbaren.

(Niedersächsisches FG, Urteil vom 24.10.2007, Az.: 12 K 611/04).

III. Arbeit & Personal

1. Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen

Der Arbeitgeber kann bei Sonderzahlungen - anders als bei laufendem Arbeitsentgelt - grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen. Er kann sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt. Für die Wirksamkeit eines solchen Freiwilligkeitsvorbehalts kommt es nicht auf den vom Arbeitgeber mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck an. Der Vorbehalt ist auch dann wirksam, wenn der Arbeitgeber mit der Sonderzahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich honoriert. Der Arbeitgeber muss auch nicht jede einzelne Sonderzahlung mit

einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbinden. Es genügt ein entsprechender Hinweis im Arbeitsvertrag. Ein solcher Hinweis in einem Formulararbeitsvertrag muss allerdings dem Transparenzgebot gerecht werden. Er muss deshalb klar und verständlich sein. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einerseits im Formulararbeitsvertrag eine Sonderzahlung in einer bestimmten Höhe ausdrücklich zusagt und eine andere Vertragsklausel in Widerspruch dazu regelt, dass der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung hat.

(BAG, Urteil vom 30. Juli 2008 - 10 AZR 606/0)

2. Vereinbarte Sonderzahlung auch bei wirtschaftlicher Verschlechterung

Der Arbeitgeber kann die mit einem außertariflich Angestellten vertraglich vereinbarten Sonderzahlungen auch bei einer verschlechterten wirtschaftlichen Lage nicht einfach einseitig verringern oder sogar streichen. Vielmehr muss in jedem Fall der Arbeitsvertrag einvernehmlich geändert werden. Das gilt selbst dann, wenn für das Unternehmen ein so genannter Standortsicherungs-Tarifvertrag und eine Betriebsvereinbarung zur Reduzierung der Sonderzahlungen abgeschlossen worden sind.

Im dem vom LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 11.07.2008 – Az.: 6 Sa 142/08) entschiedenen Fall sah der Arbeitsvertrag des Klägers vor, dass für jedes Geschäftsjahr eine ertragsabhängige Tantieme in Höhe von mindestens $\frac{1}{4}$ des Bruttomonatsgehalts - höchstens ein Monatsgehalt - gezahlt wird. Bis 2002 erhielt der

Kläger eine Tantieme abgerechnet und ausbezahlt. Wegen eines negativen wirtschaftlichen Ergebnisses in den Jahren 2004 bis 2006 wurde auf Grund eines Standortsicherungs-Tarifvertrages und einer Betriebsvereinbarung die Jahressonderzahlung der Tarifarbeitnehmer auf 20 Prozent reduziert. Mit Ausnahme des Klägers waren die außertariflichen Angestellten zu einem "Verzichtsmodus" bereit. Der Kläger fordert die Mindesttantieme von $\frac{1}{4}$ des Gehaltes pro Monat für die Jahre 2003 bis 2006. Die Klage hatte Erfolg. Nach Ansicht des LAG können die vertraglich vereinbarten Sonderzahlungen vom Arbeitgeber – auch bei einer verschlechterten wirtschaftlichen Lage – nicht einseitig verringert oder gestrichen werden.

3. Längere Haftstrafe: kein Grund für fristlose Kündigung

Eine längere Haftstrafe ist nicht ohne weiteres ein ausreichender Grund für eine außerordentliche Kündigung. Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber mit zumutbaren Maßnahmen den vorübergehenden Ausfall des Mitarbeiters überbrücken kann. Außerdem müssen die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Alter des Mitarbeiters in die Abwägung einbezogen werden.

Der Kläger war mehrfach wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis aufgefallen. Er musste daher

eine mehrmonatige Freiheitsstrafe ohne Bewährung antreten. Die Arbeitgeberin kündigte ihm daraufhin fristlos, da der Ausfall des Klägers betrieblich nicht zu verkraften sei. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers war in beiden Instanzen erfolgreich, weil die beklagte Arbeitgeberin die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers nicht hinreichend begründet habe. So hätte sie zum Beispiel einen befristeten Arbeitsvertrag mit einem neuen Mitarbeiter abschließen können. Während der Zeit der Inhaf-

tierung muss sie an den Kläger keinen Lohn oder keine Lohnersatzleistungen zahlen. Damit hätte sie keinen Schaden erlitten. Außerdem gehört der Kläger dem Betrieb seit 22 Jahren an und ist bereits 54 Jahre alt. Dies hätte auch

in die vorzunehmende Abwägung einbezogen werden müssen.

(LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 07.11.2007 - 8 Sa 461/07)

IV. Bauen & Wohnen

1. Betriebskosten: Darf man den Heizkostenanteil der Stromkosten pauschal mit etwa 3 % – 5 % schätzen?

In einem Mietshaus fehlt ein Zwischenzähler für den von der Heizung benötigten Betriebsstrom. In der Betriebskostenabrechnung zieht der Vermieter daher bei der Position „Stromkosten“ pauschal 5 % für den Betriebsstrom der Heizung ab. Der Mieter protestiert: Seiner Meinung nach müsste der Abzug viel höher ausfallen. Dann wäre seine Belastung niedriger, weil sein individueller Wärmeverbrauch viel niedriger ist als derjenige der anderen Mieter.

Zwar sind die Kosten des Heizungsstroms als Betriebskosten auf den Mieter umlegbar. Jedoch gehören sie zur Position „Heizkosten“ und nicht zum allgemeinen Hausstrom (genauer: „Beleuchtungskosten“). Die Heizkosten werden verbrauchsabhängig abgerechnet, die Beleuchtungskosten meistens nach Fläche. Wie aber ist der Betriebsstrom zu erfassen, wenn es keinen Zwischenzähler gibt? Darf er – pauschal – geschätzt werden?

Der BGH hält eine Schätzung zwar für zulässig. Jedoch muss der Vermieter „die Grundlagen seiner Schätzung“ offen legen.

Ist kein Zwischenzähler vorhanden, erlaubt der BGH zwar eine Schätzung. Jedoch muss der Vermieter in diesem Fall „die Grundlagen der Schätzung“ offenlegen. Im konkreten Fall hat der Vermieter die Grundlagen seiner Schätzung selbst dann nicht offen gelegt, nachdem der Mieter den Heizkostenanteil als zu niedrig moniert hatte. Dazu ist er jedoch nach Ansicht des Gerichts verpflichtet. Diese Angaben muss der Vermieter nun nachholen, damit Mieter (und Gericht) überprüfen können, ob der 5%-Abzug richtig ist. (BGH, U. v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07)

Anwaltsempfehlung Schätzung: In aller Regel sind bei der Schätzung folgende Faktoren zu berücksichtigen (und offen zu legen): Anschlusswerte der Verbrauchsstellen in Watt (Pumpen, Steuerungs- und Anzeigegeräte etc.),

durchschnittliche Laufzeit der einzelnen Verbrauchsstellen pro „Heizungstag“ und „Warmwassertag“, Anzahl der Heizungstage

und Warmwassertage sowie Strompreis als Einheitspreis für die ermittelte Verbrauchsmenge nach dem maßgeblichen Tarif zzgl. MWSt.

2. Kann die Minderung formularmäßig ausgeschlossen werden?

Der Gewerbemieter mindert aufgrund eines Neubauprojekts die Miete. Der Vermieter beruft sich auf folgenden, formularmäßig vereinbarten Minderungsausschluss:

„Eine Minderung der Miete ist ausgeschlossen, wenn durch Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (z.B. Verkehrsumleitung, Straßensperrungen, Bauarbeiten in der Nachbarschaft usw.) die gewerbliche Nutzung der Räume beeinträchtigt wird (z.B. Umsatz- und Geschäftsrückgang).“

Bisher wurde ganz selbstverständlich angenommen, dass bei der Gewerbemiete die Minderung sehr weitgehend formularvertraglich ausgeschlossen werden kann. Sogar ein vollständiger Minderungsausschluss für nicht vom Vermieter zu vertretende Mängel wurde für zulässig erachtet. Die Gerichte legten derartige Klauseln folgendermaßen aus: Der Mieter hat zwar die laufende Miete vollständig zu erbringen. Er darf aber später den überzahlten Betrag

– ggf. mit gesonderter Klage – zurückverlangen.

Der BGH hält den vertraglichen Minderungsausschluss für unwirksam und gibt dem mindernden Mieter Recht. Der BGH bleibt zwar bei seiner Auffassung, dass man die Mietminderung - in Gestalt des Sofortabzugs von der laufenden Mietzahlung – auch im Mustervertrag ausschließen darf. Die Ausschlussklausel muss dem Mieter jedoch ausdrücklich die Möglichkeit erhalten, bei Vorliegen eines Mangels den überzahlten Betrag zurückzufordern. Denn ein vollständiger und ersatzloser Minderungsausschluss ist unwirksam. Das gilt selbst dann, wenn – wie hier – der Minderungsausschluss allein Mängel betrifft, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.

Im vorliegenden Fall fehlt es an einem eindeutigen Rückforderungsvorbehalt. Deshalb ist die Klausel unwirksam. (BGH, U. v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06)

3. Betriebskostenumlage im Gewerbemietrecht: Genügt der Begriff „Verwaltungskosten“?

Ein Formularvertrag sieht vor, dass der Mieter die Betriebskosten zu tragen hat, insbesondere auch die „Verwaltungskosten“. In der Betriebs-

kostenabrechnung stellt der Vermieter rd. 1300 € Verwaltungskosten in Rechnung. Der Mieter

protestiert. Der Vermieter erhebt Zahlungs-
klage.

Zwar ist anerkannt, dass im Gewerbemietrecht – im Gegensatz zum Wohnungsmietrecht – auch die Kosten der Verwaltung als Betriebskosten umgelegt werden dürfen. Jedoch ist umstritten, ob eine Umlage durch den bloßen Begriff „Verwaltungskosten“ möglich ist. Dieser Begriff könnte nämlich zu unbestimmt sein, weil er dem Mieter kein klares Bild vermittelt, welche Kosten genau umfasst sind.

Das OLG Rostock hält den Begriff „Verwaltungskosten“ für zu unbestimmt. Die Vertragsklausel ist nicht transparent genug und daher unwirksam. Der Mieter muss folglich die rd. 1.300 € nicht zahlen.

Begründung: Für die Umlage der „Verwaltungskosten“ muss es eine wirksame und ausdrückliche Vereinbarung geben. Die bloße Verwendung des Begriffs „Verwaltungskosten“ genügt nach Auffassung des Gerichts nicht. Es fehlt sowohl eine nähere Umschreibung dieses Begriffs, als auch eine Begrenzung der Kostenhöhe. Der Mieter kann sich kein Bild davon machen, welche Kosten auf ihn zukommen. So könnten neben kaufmännischen Tätigkeiten auch Aufgaben der technischen Verwaltung betroffen sein. Letztlich ist auch nicht auszuschließen, dass mit dem Begriff „Verwaltungskosten“ alle Kosten aufgefangen werden sollen, die mit der Objektbewirtschaftung zusammenhängen. Damit wird dem Mieter aber ein unkalulierbares Risiko aufgebürdet. (OLG Rostock, U. v. 10.4.2008 - 3 U 158/06)

4. Vergabe von großen Reparaturaufträgen: Dürfen WEG-Verwalter und Verwaltungsbeirat selbst entscheiden?

In einer Münchener Wohnungseigentumsanlage mit rd. 200 Wohnungen sind die vorhandenen Holzdoppelfenster wegen Witterungseinflüssen sanierungsbedürftig. In einer Eigentümersammlung beschließen die Wohnungseigentümer den Austausch aller Holzfenster zugunsten von Kunststofffenstern. Als „Kostenvolumen“ werden „ca. 1,92 Mio. €“ angegeben. Der Auftrag soll vom Verwalter in Absprache mit dem Verwaltungsbeirat „an den geeigneten Anbieter“ vergeben werden. Diesen Beschluss fechten mehrere Wohnungseigentümer an.

Das LG München erklärt den Beschluss für ungültig, weil er „ordnungsgemäßer Verwaltung“ widerspricht.

Das Gericht bemängelt zunächst, dass im Vorfeld keine Kostenvoranschläge eingeholt wurden. Bei Maßnahmen dieser Größenordnung ist die Einholung verschiedener Alternativ- oder Konkurrenzangebote unerlässlich. Bloße Kostenschätzungen genügen nicht.

Des Weiteren wurde zu weitgehend auf Verwalter und Verwaltungsbeirat delegiert. Denn der Verwalter darf nicht allein entscheiden, wer der „geeignetste Anbieter“ ist. Dieses Auswähler-

messen muss die Gemeinschaft selbst ausüben, zumal sie nicht das kostengünstigste Angebot wählen muss. Eine so weitgehende Ermächtigung zur Auftragsvergabe widerspricht nach Ansicht des LG München ordnungsgemäßer Verwaltung. (LG München, Beschl. v. 28.6.2007 – 1 T 2063/07)

Anwaltskommentar WEG-Reform: Die Entscheidung betrifft zwar noch das Vor-Reform-Recht. An der maßgeblichen Rechtslage hat die WEG-Reform jedoch nichts geändert.

V. Familie

1. Doppelverwertungsverbot beim Zugewinnausgleich

Haben Parteien Vermögenspositionen bereits bei einer Unterhaltsvereinbarung berücksichtigt, dürfen sie nach neuerer Rechtsprechung des BGH beim Zugewinnausgleich nicht noch einmal angesetzt werden, vgl. BGH in FamRZ 2008, 761 ff.

Bisher wurde bei der Bewertung von freiberuflichen Praxen, insbesondere auch Arztpraxen, für die Ermittlung des Werts im Zugewinn ein sog. kalkulatorischer Unternehmerlohn in Ansatz gebracht und abgezogen. Jetzt fordert der BGH, dass nach den individuellen

Verhältnissen der konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn abgezogen wird. Das kann bei gut laufenden Praxen ein weitaus höherer Wert sein, der auf den persönlichen Fähigkeiten, der Arbeit und den Leistungen des jeweiligen Praxisinhabers beruht.

Hintergrund der Entscheidung ist, dass auch von diesem konkreten Unternehmerlohn der Unterhalt bezahlt werden muss, demgemäß diese Position bei dem Zugewinn angemessen eliminiert werden muss, soll sie nicht doppelt Berücksichtigung finden.

2. Rangfolge beim Ehegattenunterhalt

Bis zum 31.12.2007 ging die geschiedene Ehefrau einer etwaigen zweiten Ehefrau im Range vor. Das hatte zur Folge, dass bei nicht ausreichendem Einkommen des Unter-

haltsschuldners die zweite Frau leer ausgehen konnte.

Das hat sich seit der Unterhaltsreform massiv geändert. Die geschiedene Frau geht nur

dann vor, wenn sie Kinder aus der Ehe betreut und die zweite Ehe noch kinderlos ist. Ist aus der zweiten Ehe auch ein Kind hervorgegangen (oder auch aus einer nichtehelichen Beziehung), besteht unterhaltsrechtlich Gleichrang beider Mütter. Das bedeutet, dass das zur Verfügung stehende Einkommen aller Beteiligten addiert wird, durch drei geteilt wird und diese Summe den Unterhaltsbedarf dar-

stellt. Darauf angerechnet wird das jeweilige eigene Einkommen, die Differenz ist der Unterhalt.

Beispiel: 1. Ehefrau mit Kind netto 800 €, 2. Ehefrau mit Kind 1.000 €, Ehemann 3.000 €. Die 1. Ehefrau erhält $(4.800 \text{ €} : 3 = 1.600 - 800) = 800 \text{ €}$, nach früherem Recht hätte sie 943 € erhalten $(3.000 - 800 = 2.200 \times 3/7)$

3. Noch einmal: Befristung des nachehelichen Unterhalts

Der BGH hat zum neuen Unterhaltsrecht eine erstinstanzliche Entscheidung bestätigt, nach der einer geschiedenen Ehefrau trotz 14 Jahre dauernder Ehe nur ein befristeter Unterhalt zugesprochen worden. Die Ehe war kinderlos geblieben, die Parteien hatten relativ spät geheiratet (er war 60 Jahre alt, sie 45 Jahre alt). Der BGH hat keine ehebedingten Nachteile gesehen, die unbefristeten Unterhalt rechtfertigen würde. Die Ehefrau habe lediglich 2 ½ Jahre zu Anfang der Ehe nicht gearbeitet, arbeite seitdem vollschichtig in

ihrem Beruf als Küchenhilfe. Der Ehemann sei bereits Rentner. Dass die Ehefrau einen relativ geringen Rentenanspruch habe, führe nicht zu einem ehebedingten Nachteil, sondern beruhe auf ihrer vorehelich bereit bestehenden geringen beruflichen Qualifikation. Dass damit der Ehefrau auch bei Renteneintritt infolge des Wegfalls des Anspruches kein Altersunterhalt zustehe, sei hinzunehmen, da auch dieser – hier fehlende – ehebedingte Nachteile ausgleichen soll, vgl. BGH, Urteil vom 25.6.2008 – XII ZR 109/07.-..

VI. 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 regelmäßi-

gen Bezug interessiert sind, geben Sie uns bitte einen kurzen Hinweis unter Angabe Ihrer Emailadresse.

Der neue Mandantenbrief Medizinrecht - Ausgabe Mai/Juni 2008 - ist erschienen, zu folgenden Themen:

I. KRANKENHAUS & KLINIK

1. Zur Zukunft der Unikliniken: Privatisierung oder Kooperation?
2. OLG Düsseldorf: Krankenhäuser unterliegen der Fusionskontrolle

II. DER NIEDERGELASSENE ARZT

Sonderausgabe ZAHNARZT

III. PHARMA & APOTHEKE

Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln

IV. THEMA: MEDIZINISCHE VERSORGUNGSZENTREN

1. Bedeutung: Erneut erhebliche Zuwachsraten
2. Leistungsumfang: Erbringung belegärztlicher Leistungen grds. möglich

V. THEMA: AMBULANTES OPERIEREN

1. OLG Koblenz: Aufklärung auch noch kurz vor OP zulässig
2. Ambulantes Operieren im Krankenhaus – Vergütung

VI. THEMA: SEKTORGRENZEN

1. Aus der Politik
2. Verfassungsbeschwerden gegen § 116b SGB V
3. Ambulante Behandlung im KH: Vier weitere Erkrankungen erfasst

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
- Steuerrecht 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