

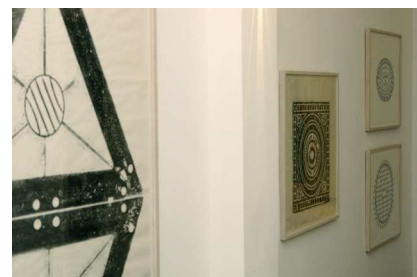


LEINEN & DERICHS ANWALTSSOZIELÄT

MANDANTENBRIEF

Ausgabe

01 | 2010



LEINEN & DERICHS ANWALTSSOZIELÄT



MANDANTENBRIEF

IN DIESER AUSGABE:

ARBEIT & PERSONAL

BAUEN & WOHNEN

FAMILIE

HANDELS- & GESELLSCHAFTSRECHT

STEUER & RECHT

VERKEHR & RECHT

WETTBEWERB & VERTRIEB

50668 KÖLN
Clever Straße 16
Telefon 0221 – 77 20 9-0
Telefax 0021 – 72 48 89
Email Koeln@leinen-derichs.de

10178 BERLIN
Rosenstraße 2
Telefon 030 – 24 310 21 53
Telefax 030 – 24 310 222
Email Berlin@leinen-derichs.de

- Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts.....4
- Keine Schichtzulage während des Urlaubs4
- EuGH kippt Kündigungsfristen in § 622 BGB5
- Schönheitsreparaturen: Ist eine Klausel wirksam, die das „Weißen“ der Wände vorsieht?5
- Mietkaution bei Gewerbemieten: Darf man mehr als drei Monatsmieten vereinbaren?6
- Gemeinschafts- oder Sondereigentum: Wem gehören die Versorgungsleitungen ab Abzweigung von der Hauptleitung?7
- Zur Wirksamkeit eines Ehevertrages8
- Auskunft über Namen und Anschriften über GbR-Mitgesellschaftern10
- Teilabzugsfähigkeit von Kosten, die beruflich veranlasst sind10
- Aufgabe der Rechtsprechung zur sogenannten finalen Betriebsaufgabe11
- Steuernachzahlungen bei Elterngeldbeziehern11
- Anrechnung der Betriebsgefahr bei einem Verkehrsunfall.....12
- Unfälle mit Kindern bis zu 10 Jahren im Straßenverkehr.....12
- Unlautere Geschäftspraktiken bei Vergabe von Treuepunkten13





MANDANTENBRIEF

- Eine politische Partei darf nicht mit angeblichem Testergebnis der Stiftung Warentest werben 14



ARBEIT & PERSONAL

■ **Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts**

BAG Ur. vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08

Ein Betriebsübergang ist trotz weitgehend übernommener sächlicher Betriebsmittel nicht anzunehmen, wenn der Betriebserwerber aufgrund eines veränderten Betriebskonzepts diese nur noch teilweise benötigt und nutzt. Nach einer aktuellen Entscheidung des BAG gilt dies jedenfalls dann, wenn der Betriebserwerber erhebliche Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur des Betriebes eingeführt hat, sodass in der Gesamtschau keine Fortführung des früheren Betriebes anzunehmen ist.

Die Beklagte bewirtschaftete bis 31. Dezember 2006 drei Betriebsrestaurants der Regionalniederlassung eines Automobilherstellers. Vertraglich war die Beklagte diesem gegenüber verpflichtet, die anzubietenden Mittagessen vor Ort frisch zuzubereiten. Die Beklagte setzte in jeder Kantine einen Koch und bis zu zwei Küchenhilfen ein. Eine dieser Küchenhilfen war die Klägerin, die sich zum Jahreswechsel 2006/2007 in Elternzeit befand. Ab dem 1. Januar 2007 übernahm die H GmbH die Bewirtschaftung der drei Betriebsrestaurants, die dort von ihr zentral vorgefertigte Speisen nur noch aufwärmen und ausgeben lässt. Köche sind in den Kantinen nicht mehr tätig; die

H GmbH beschäftigt ausschließlich Hilfskräfte. Nachdem sie eine Weiterbeschäftigung der Klägerin nach Ende ihrer Elternzeit abgelehnt hatte, nimmt die Klägerin nunmehr die Beklagte als Arbeitgeberin in Anspruch. Mangels eines Betriebsübergangs sei ihr Arbeitsverhältnis nicht auf die H GmbH übergegangen, sondern nach dem 31. Dezember 2006 bei der Beklagten verblieben.

Die Klage war in allen drei Instanzen erfolgreich. Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat erkannt, dass vorliegend nicht von einem Übergang des Betriebes auf die H GmbH auszugehen ist. Diese hat den Betrieb der Beklagten nicht fortgeführt. Der früher ausdrücklich vereinbarte Betriebszweck, die Verköstigung der Firmenmitarbeiter mit vor Ort frisch zubereiteten Speisen, ist nunmehr verändert. Die unterschiedliche Betriebs- und Arbeitsorganisation lässt die jetzige Kantinenbetreiberin Betriebsmittel wie Küche und Funktionsräume nicht mehr nutzen. Mit den Köchen sind zudem die früheren Arbeitsplätze mit prägender Funktion weggefallen. (PM des Bundesarbeitsgericht).

■ **Keine Schichtzulage während des Urlaubs**

Ein Arbeitnehmer hat während seines Urlaubs keinen Anspruch auf Weiterzahlung einer Schichtzulage. Voraussetzung für die Zulage ist, dass der Mitarbeiter während der fraglichen Zeit tatsächlich im Schichtdienst arbeitet.



Nach dem für den Kläger geltenden Tarifvertrag stand diesem eine monatliche Schichtzulage in Höhe von 40 Euro zu. Als er einen Monat Urlaub machte, stellte der Arbeitgeber für diesen Zeitraum die Zahlung ein.

Das LAG Rheinland-Pfalz (Urteil v. 13.11.2009, 6 Sa 475/09) sah dies als rechtmäßig an. Die Schichtzulage sei eine Entschädigung für Störungen im Lebensrhythmus eines Arbeitnehmers, wie sie zwangsläufig mit der Schichtarbeit verbunden seien. Während des Urlaubs bestehe diese besondere Belastungssituation jedoch nicht, so dass für eine Weiterzahlung keine Veranlassung bestehe.

■ **EuGH kippt Kündigungsfristen in § 622 BGB**

Wie bereits zu erwarten war, hat der EuGH die deutschen Kündigungsfristen gekippt. In § 622 BGB und vielen darauf Bezug nehmenden oder sich anlehnenden Tarifverträgen werden die Arbeitsjahre bis zum 25. Lebensjahr bei der Betriebszugehörigkeit und damit auch bei der Dauer der Kündigungsfristen nicht berücksichtigt. Das diskriminiert junge Menschen wegen des Alters. Die EU-Richter wiesen die deutschen Gerichte an, ab sofort die unzulässige Diskriminierung zu beenden und die Jahre vor dem vollendeten 25. Lebensjahr bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit anders als in § 622 BGB vorgesehen zu berücksichtigen. (EuGH vom 19.1.2010 Rechtssache C-555/07)

BAUEN & WOHNEN

■ **Schönheitsreparaturen: Ist eine Klausel wirksam, die das „Weißen“ der Wände vorsieht?**

BGH, 23.9.2009 – VIII ZR 344/08

Eine formularmäßige Mietvertragsklausel ist unwirksam, wenn sie zu den laufenden Renovierungen auch das „Weißen“ der Decken und Oberwände zählt.

Hintergrund: Der BGH hat bereits über folgende Klausel entschieden: Eine Klausel, die den Mieter im laufenden Mietverhältnis zur Dekoration in vorgegebenen Farben (z.B. „neutral“) verpflichtet, ist unwirksam! (BGH, 18.6.2008 – VIII ZR 224/07). Beschränkt sich die Farbvorgabe hingegen auf den Zustand bei Rückgabe der Wohnung, ist sie zulässig (BGH, 22.10.2008 – VIII ZR 283/07).

Der konkrete Fall: Eine Formular-Klausel verpflichtet den Mieter zur Vornahme von Schönheitsreparaturen. Weiter heißt es: „Die Schönheitsreparaturen umfassen insbesondere: Anstrich und Lackierungen der Fenster, (...) das Weißen der Decken und Oberwände sowie der wischfeste Anstrich bzw. das Tapezieren der Wände.“ Als der Mieter die geforderten Schönheitsreparaturen nicht ausführt, verlangt der Vermieter Schadensersatz.

Die Entscheidung des BGH: Vergeblich! Der BGH hält die Schadensersatzforderung des Vermieters für unbegründet, weil die Schönheitsreparaturklausel unwirksam ist. Grund: Sie sieht eine unzulässige Farbvorgabe im laufenden Mietverhältnis vor. Die Farbvorgabe ergibt sich aus dem Wort „Weiß“. Es mag sein, dass der Begriff früher ein Synonym für „Streichen“ war. Ein verständiger Durchschnittsmieter könnte aus dem Wort „Weiß“ jedoch auch ableiten, dass sein Vermieter den Farb-anstrich gerade in weißer Farbe verlangt (sog. „kundenfeindlichste Auslegung“). Das benachteiligt den Mieter aber unangemessen, weshalb die gesamte Klausel unwirksam ist. (BGH, 23.9.2009 – VIII ZR 344/08)

Fazit: Die Folge einer unwirksamen Formular-klausel ist, dass die gesetzliche Regelung – § 535 BGB – wieder zum Zug kommt. Konsequenz: Der Vermieter ist für die gesamte Instandhaltung – und damit auch für die Schönheitsreparaturen – zuständig! Renoviert der Mieter gleichwohl, kann er Wertersatz für die Renovierung verlangen (BGH, 27.5.2009 – VIII ZR 302/07). Bevor der Vermieter seinen Mieter also zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auffordert, sollte er die Klausel noch einmal prüfen oder vom Anwalt prüfen lassen. Sonst kann es teuer werden! Wer solche Pressionen bei Vertragsende vermeiden will, sollte frühzeitig Verhandlungen mit dem Mieter aufnehmen, um die etwa unwirksame Klausel durch gesonderte Nachtragsvereinbarung zu „heilen“. Das ist zwar nicht umsonst, schafft aber Rechtssicherheit und vermeidet unangenehme Fragen

von Käufern und Banken, wenn finanziert oder verkauft werden soll. Zur Formulierung des Nachtrags fragen Sie ihren Anwalt!

■ **Mietkaution bei Gewerbemieten:
Darf man mehr als drei
Monatsmieten vereinbaren?**

OLG Düsseldorf, 28.5.2009 – I-10 U 2/09

Im Gewerbemietrecht kann auch eine Kauti-on von 5 Monatsmieten vereinbart werden. Das gilt auch bei ganz kurzen Laufzeiten (hier: 1-3 Jahre).

Hintergrund: Bei Wohnraummietverträgen ist die vom Mieter zu erbringende Kauti-on auf drei Monatsmieten gesetzlich begrenzt (§ 551 Abs. 1 BGB). Diese gesetzliche Norm gilt bei Gewerbemietverträgen nicht. Daher ist es umstritten, ob der Vermieter von Gewerbemiet-raum eine höhere Kauti-on verlangen darf, und wenn ja, wie hoch.

Der konkrete Fall: Ein Gastronom mietet Ge-werberäume zum Betrieb einer Gaststätte an. Der auf ein Jahr befristete Formular-Mietvertrag sieht zwei Verlängerungsoptionen für je ein Jahr zugunsten des Mieters vor. Auch wird eine Kauti-on in Höhe von 5 Monatsmieten (insgesamt 16.000 EUR) vereinbart. Später ge-raten Vermieter und Mieter wegen angeblicher Mängel in Streit: Der Mieter mindert die Miete und der Vermieter zieht die Kauti-on. Der Mieter

ist der Meinung, dass die Kautionsvereinbarung sittenwidrig ist und verlangt Rückzahlung.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf: Der Vermieter gewinnt! Nach Ansicht des OLG Düsseldorf ist die Kautionsvereinbarung wirksam, insbesondere ist sie nicht wegen ihrer Höhe sittenwidrig. Grund: Im Gewerbemietrecht ist die Kautionshöhe – anders als im Wohnraummietrecht – nicht auf die dreifache Monatsmiete beschränkt. Vielmehr können die Parteien sie frei vereinbaren. Entsprechend wird eine Kautionshöhe von 6-7 Monatsmieten im Hinblick auf die Risiken des Vermieters für zulässig gehalten. Deshalb ist eine Kautionshöhe von 5 Monatsmieten unbedenklich. Das gilt insbesondere wegen der zwar kurzen, aber zweimal verlängerbaren Vertragslaufzeit und wegen der hohen Kosten eines etwa erforderlichen Gerichtsverfahrens. (OLG Düsseldorf, 28.5.2009 – I-10 U 2/09)

Fazit: Der Vermieter von Gewerberäumen befindet sich bei der Kautionshöhe in einem Dilemma: Will er seine Mietausfall-Risiken in vollem Umfang absichern, müsste er eigentlich eine Kautionshöhe von 9-12 Monatsmieten vereinbaren

(2 Monate Mietrückstand – 1 Monat Überlegungszeit für fristlose Kündigung – 6 Monate Räumungsrechtsstreit nebst Vollstreckung + 2 Monate Sicherheitszuschlag). Eine solche Kautionshöhe ist am Markt aber nicht durchsetzbar. Außerdem könnte diese – ungewöhnliche – Kautionshöhe von einem Gericht als sittenwidrig eingestuft werden. Ein Ausweg ist wirt-

schaftlich daher nur über Mietnachlässe erreichbar, also entweder

- „weniger Miete und dafür sicherer“ oder
- !mehr Miete und dafür unsicherer“.

■ **Gemeinschafts- oder Sondereigentum: Wem gehören die Versorgungsleitungen ab Abzweigung von der Hauptleitung?**

OLG München, 17.2.2009 – 32 Wx 164/08

Verlaufen die Versorgungsleitungen für eine Wohnung in dem zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Estrich, zählen sie auch dann zum Gemeinschaftseigentum, wenn sie nur der Versorgung einer bestimmten Wohnung dienen.

Der konkrete Fall: Die Wasser- und Abwasserleitungen einer Münchener Penthouse-Eigentumswohnung werden im Estrich verlegt. Die in diese Wohnung eingezogenen Mieter beschwerten sich bald über eine Geruchsbelästigung in der Wohnung. Der Verwalter lässt die im Estrich verlaufenden Versorgungsleitungen überprüfen. Die Ursache lässt sich jedoch nicht finden. Die Kosten hierfür werden dem Penthouse-Eigentümer durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung auferlegt. Dieser ficht den Beschluss an.

Hintergrund: Die Instandsetzung von Gemeinschaftseigentum ist Sache der gesamten Wohnungseigentümergeinschaft; für das

FAMILIE

Sondereigentum ist der jeweilige Sondereigentümer verantwortlich. Die Hauptleitungen der Versorgung sind in jedem Fall zwingend Gemeinschaftseigentum. Was gilt aber für die Zuleitungen ab Abzweigung von der Hauptleitung an? Vielfach wird vertreten, dass diese zum Sondereigentum der jeweils zu versorgenden Wohnung gehören.

Die Entscheidung des OLG München: Der Penthouse-Eigentümer bekommt Recht. Nach Ansicht des Gerichts handelt es sich bei den im Estrich verlegten Leitungen um Gemeinschaftseigentum. Folge: Für die Kosten der Überprüfung steht die Wohnungseigentümergeinschaft – und nicht der einzelne Wohnungseigentümer – ein. Sondereigentum kann nur sein, was ohne Beeinträchtigung fremden Sondereigentums verändert werden kann. Die Rohre können hier jedoch nur durch Eingriff in den im Gemeinschaftseigentum stehenden Estrich beseitigt oder anders verlegt werden. (OLG München, 4.9.2009 – 32 Wx 44/09).

Fazit: In vielen Teilungsordnungen ist bestimmt, dass die Versorgungsleitungen ab dem Abzweig vom Hauptstrang zum Sondereigentum der jeweiligen Wohnung gehören. Gehören sie aber – wie hier – zwingend zum Gemeinschaftseigentum, bleiben sie es auch – trotz anderslautender, insoweit nichtiger Regelung! Konsequenz: Die Gemeinschaft ist für die Instandhaltung verantwortlich.

■ **Zur Wirksamkeit eines Ehevertrages**

In einer aktuellen Entscheidung hat das Oberlandesgericht Köln die seit 2004 geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeit von Eheverträgen in den Einzelheiten aufgeführt und angewandt. Galt bis 2004 der Grundsatz der Vertragsfreiheit mit der Folge, daß in Eheverträgen alle durch das Familienrecht gegebenen Ansprüche eines geschiedenen oder getrennt lebenden Ehepartners wirksam ausgeschlossen werden konnten, unterliegen Eheverträge seitdem einer umfassenden Wirksamkeitskontrolle.

In dem vom OLG Köln zu überprüfenden Ehevertrag hatten Eheleute eine Woche vor Eheschließung sämtliche Folgeansprüche ausgeschlossen, d.h. Unterhalt nach Scheidung, Zugewinnausgleichsansprüche und den Versorgungsausgleich. Bei Abschluß des Ehevertrages war die Ehefrau bereits schwanger und gebar in der Ehe insgesamt 3 Kinder, der Ehemann war erfolgreicher Unternehmer. Nach früher geltendem Recht wäre der Ehevertrag grundsätzlich nicht angreifbar gewesen, in solchen Unternehmer-Ehen waren sie deshalb oft üblich, wenngleich extrem einseitig belastend.

Dem hat der Bundesgerichtshof zu Recht Einhalt geboten. Der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen darf nicht mehr beliebig unterlaufen werden, eine nicht gerechtfertigte einseitige Lastenverteilung ist nicht mehr hinzunehmen. Das ist um so eher der Fall je mehr in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen wird. Dabei ist im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zunächst zu prüfen, unter welchen individuellen Verhältnissen der Vertrag zustande gekommen ist, d.h. Einkommens- und Vermögensverhältnisse, geplanter oder bereits verwirklichter Zuschnitt der Ehe, Auswirkungen der Regelungen auf Ehegatten und Kinder.

Die Schwangerschaft der Ehefrau bei Vertragsabschluß begründet dabei für sich alleine noch keine Sittenwidrigkeit, subjektiv jedoch eine deutlich schwächere Verhandlungsposition, bedingt durch den Wunsch des Ehemannes ohne Vertrag nicht heiraten zu wollen, der Kurzfristigkeit des Vertrags vor geplanter Heirat, die bestehende Schwangerschaft und der große finanzielle Unterschied hinsichtlich der Einkünfte.

Das OLG stellte daher zu Gunsten der Ehefrau, die Zugewinnausgleich vom Ehemann verlangte und die Unwirksamkeit des Ehevertrages rügte, fest, daß der Vertrag deshalb bereits einer Wirksamkeitskontrolle nicht Stand halte. Zwar werde der Zugewinnausgleich nicht vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrecht

nicht umfaßt, so daß der alleinige Ausschluß des Zugewinns grundsätzlich wirksam wäre. Die Gesamtschau des vertraglichen Inhalts bedinge aber die Feststellung der Sittenwidrigkeit. Der Trennungsunterhalt sei ausgeschlossen worden, was schon von Gesetzes wegen unwirksam sei, desgleichen der nacheheliche Unterhalt, der zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zähle und auch der Versorgungsausgleich, der als Altersunterhalt grundsätzliche Bedeutung habe. Dies erst Recht dann, wenn die Eheleute noch jung seien und absehbar sei, daß die Ehefrau sich der Betreuung der gemeinsamen Kinder und der Haushaltsführung widmen solle, also keine Möglichkeit haben würde, vergleichbare Rentenanwartschaften zu erwerben wie der Ehemann.

Das Oberlandesgericht Köln gab der Ehefrau Recht und erklärte den Vertrag insgesamt für nichtig, vgl. OLG Köln, Urteil vom 30.6.2009 in FamRZ 2010, S. 29ff. Das hat zur Folge, daß der Ehemann sich sämtlichen Ansprüchen ausgesetzt sieht, die das Gesetz dem anderen Ehepartner gibt. Ein alleiniger Ausschluß des Zugewinns, meist die Folgesache, deren Ausschluß einem Unternehmer nach Scheidung am wichtigsten ist, wäre wirksam gewesen.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, daß bei Abschluß eines Ehevertrages Vorsicht zu walten hat. Auch bereits in früheren Jahren abgeschlossene Verträge sollten überprüft werden. Solange sich Eheleute gut verstehen, lassen sich – aus heutige Sicht – unwirksame Verträ-



ge sicher noch abändern, so daß das ursprüngliche Ziel des Vertrages mit angepaßten Regelungen unter Berücksichtigung der gegebenen Verhältnisse fair erreicht werden kann.

HANDELS- & GESELLSCHAFTSRECHT

- **Auskunft über Namen und Anschriften über GbR-Mitgesellschaftern**

BGH, Beschl. vom 21.09.2009 – II ZR 264/08

Der BGH hat entschieden, dass ein GbR-Gesellschafter einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Namen und Anschriften seiner GbR-Mitgesellschafter hat.

Dieser Auskunftsanspruch sei Ausschluss des Kontrollrechts eines jeden Gesellschafters, welches garantiert, dass sich jeder Gesellschafter von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten kann muss. Aus diesem Kontrollrecht ergibt sich laut Gesetz auch ein Recht, die Papiere der Gesellschaft einzusehen. Laut BGH geht dieser Auskunftsanspruch sogar soweit, dass der Gesellschafter für den Fall, dass die entsprechenden Daten bei der Gesellschaft in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind, zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die geforderten Informationen verlangen kann.

Eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, welche dieses Recht der Gesellschafter ausschließt, sei unwirksam. Es sei kein schützenswertes Interesse der Mitgesellschafter untereinander auf Anonymität anzuerkennen. Ein solches Interesse ergibt sich weder aus allgemeinen noch aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten.

Fazit:

Diese Rechtsprechung ist besonders für Gesellschafter von größeren Publikums-Gesellschaften interessant. Soweit ein GbR-Gesellschafter persönlich für Ansprüche der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, kann er im Innenverhältnis von seinen Mitgesellschaftern Ersatz verlangen. Um diese Ersatzansprüche konkretisieren zu können, ist es jedoch notwendig, Namen und Anschriften der Mitgesellschafter genau bezeichnen zu können. Durch den Beschluss des BGH ist dies nunmehr leichter als zuvor möglich.

STEUER & RECHT

- **Teilabzugsfähigkeit von Kosten, die beruflich veranlasst sind**

Der Große Senat des Bundesfinanzhofs hat in der am 13.01.2010 erschienenen Entscheidung GrS 1/06 eine frühere Entscheidung des



Bundesfinanzhofs zugunsten des Steuerpflichtigen geändert. Bei teilweise beruflich bedingt und teilweise privat bedingt vorgenommenen Aufwendungen war bislang die Auffassung vertreten, dass für die Kosten ein generelles Abzugsverbot aus § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG folgt.

Der Bundesfinanzhof lässt jetzt eine Aufteilung in beruflich und privat veranlasster Anteile einer Reise in die Vereinigten Staaten zu, wenn die beruflich veranlassten Zeitanteile feststehen und nicht von untergeordneter Bedeutung sind. Im vorliegenden Fall hatte ein Angestellter im Bereich der Informationstechnologie eine Computermesse in Las Vegas besucht. Er hatte sich insgesamt 7 Tage in den USA aufgehalten. Das Finanzamt war der Auffassung, dass nur 4 Tage dem eindeutigen beruflichen Anlass zuzuordnen seien. 4/7 der Hin- und Rückflugkosten durften abgesetzt werden.

- **Aufgabe der Rechtsprechung zur sogenannten finalen Betriebsaufgabe**

Der Bundesfinanzhof hat in einer Entscheidung vom 28.10.2009 (IR 99/08) seine frühere Rechtsprechung aufgegeben, wonach ein im Inland ansässiger Betrieb bei der Verlegung ins Ausland die stillen Reserven – wie bei einer Betriebsaufgabe – versteuern musste. Eine solche „Entstrickung“ hat der BFH jetzt verneint.

Dadurch unterliegen die stillen Reserven nicht der sofortigen Versteuerung.

Allerdings betrifft dieses Urteil nur Betriebsverlegungen bis zum Jahre 2005. Der danach eingeführte § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG soll an sich die bislang fehlende Rechtsgrundlage für die Theorie der finalen Entnahme schaffen. Danach soll der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder der Nutzung eines Wirtschaftsguts einer Entnahme für betriebsfremde Zwecke gleichstehen. Soweit ersichtlich, gibt es für diese Vorschrift noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Ich habe Zweifel, ob das Gesetz wirksam ist.

- **Steuernachzahlungen bei Elterngeldbeziehern**

Der deutsche Steuerberater-Verband warnt davor, dass Elterngeldbeziehern Steuernachzahlungen drohen könnten.

Seit dem Jahre 2007 gewährt der Staat Elterngeld. Dies betrifft vor allem den Verdienstausschlag eines Elternteils oder des Alleinerziehers. Er erhält ein Jahr lang 67 % des vorherigen Nettoeinkommens, mindestens monatlich 300,00 €. Diese Zahlung wird steuerfrei ausgezahlt. Allerdings erhöhen die Zahlungsbeiträge den Steuersatz für das weitere Einkommen im Rahmen des sogenannten „Progressionsvorbehalts“. Deswegen sind die Bezieher

von jährlich mehr als 410,00 € gesetzlich verpflichtet, eine Einkommensteuererklärung abzugeben. Dadurch können Steuernachzahlungen ausgelöst werden.

Ob das gesamte Elterngeld den Steuersatz erhöht und inwiefern das Grundgesetz einen gänzlich steuerfreien Sockelbetrag von 300,00 € gebietet, sollte einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorbehalten bleiben. Der Rat geht also dahin, gegen einen auf Nachzahlung gerichteten Einkommenssteuerbescheid Einspruch einzulegen und auf das beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfahren hinzuweisen (2 BvR 2064/09).

VERKEHR & RECHT

■ Anrechnung der Betriebsgefahr bei einem Verkehrsunfall

Bei einem Verkehrsunfall ist dem Halter bzw. der Haftpflichtversicherung die Betriebsgefahr des eigenen versicherten Fahrzeuges regelmäßig entgegenzuhalten. Dies gilt aber nicht immer gegenüber dem Fahrer des Kraftfahrzeuges, der nicht Halter ist. Diesem ist die Betriebsgefahr nur entgegenzuhalten, wenn er selber den Unfall schuldhaft herbeigeführt hat oder wenn er für das vermutete Verschulden gemäß § 18 StVG haftet. Diese Haftung gilt für den Fahrer eines PKW, nicht aber für den Fahrer eines Motorrades.

Darauf hat der BGH in seiner Entscheidung vom 17.11.2009 hingewiesen, in der dem Fahrer eines Motorrades nicht die Betriebsgefahr des auf die Polizei angemeldeten Kraftrades entgegenzuhalten ist.

Der Leasing-Firma, die auch nicht Halter des Fahrzeuges ist, kann demgemäß die Betriebsgefahr nicht entgegengehalten werden (so der BGH im Urteil vom 10.07.2007).

■ Unfälle mit Kindern bis zu 10 Jahren im Straßenverkehr

Der Gesetzgeber hat Kinder bis zur Vollendung des 10. Lebensjahrs besonders geschützt. Kinder von unter 10 Jahren haften vom Grundsatz her nicht für Schäden im Straßenverkehr, die sie verursachen. Es kann Ihnen bei eigenen Verletzungen ein Mitverschulden nicht entgegengesetzt werden (§ 828 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Allerdings hat der Bundesgerichtshof bei Zusammenstößen des Kindes mit einem ordnungsgemäß geparkten PKW die Schutzvorschrift in mehreren Entscheidungen einschränkend interpretiert. Da sich in einem solchen Fall verkehrsspezifische Gefahren nicht realisieren (das Fahrzeug könnte auch durch ein Hindernis wie ein Laternenmast ersetzt werden), haftet das unter 10jährige Kind dann doch).



Diese Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nun wie folgt modifiziert: Kommt es zu einem Unfall mit einem unter 10 Jahre alten Kind, haftet dieses vom Grundsatz her nicht. Nur dann, wenn der Autofahrer den Nachweis führt, dass keine Überforderungssituation für das Kind vorlag, kann eine Haftung des Kindes in Betracht kommen. Diesen Nachweis wird der Kraftfahrer in der Regel nicht erbringen können. Bleibt offen, ob sich nicht auch eine Überforderungssituation ausgewirkt hat, haftet jeweils der Kraftfahrer in vollem Umfang.

WETTBEWERB & VERTRIEB

■ Unlautere Geschäftspraktiken bei Vergabe von Treuepunkten

EuGH Entscheidung vom 14.01.2010 – C-304/08

Der EuGH hat entschieden, dass die Geschäftspraxis, Kunden nach einer bestimmten Anzahl von Einkäufen die Teilnahme an einer Lotterie zu ermöglichen, nicht zwangsläufig unlauter sein muss.

Gegenstand der Entscheidung war die Bonusaktion des Einzelhandelsunternehmens Plus „Ihre Millionenchance“. Um an der Bonusaktion teilnehmen zu können, musste man bei Plus einkaufen. Für jeden Einkauf erhielt man eine gewisse Anzahl von Punkten. Ab einer Ansammlung von 20 Punkten wurde es dem

Kunden ermöglicht, kostenlos an bestimmten Ziehungen des Deutschen Lottoblocks teilzunehmen.

Die deutsche Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e.V. sah darin eine unlautere Geschäftspraxis und mahnte Plus deshalb ab. Der Antrag stützte sich dabei auf eine Vorschrift im deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), wonach generell derjenige unlauter handelt, der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht.

Auf den Antrag hin wurde Plus in erster und zweiter Instanz verurteilt, diese Praxis zu unterlassen. Der BGH, der in letzter Instanz über diesen Rechtsstreit zu entscheiden hatte, legte daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob die europäische Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einem Verbot, wie dem im deutschen Gesetz UWG aufgestellten, entgegensteht.

Der EuGH hat entschieden, dass es sich nicht automatisch um eine unlautere Geschäftspraxis handelt, wenn Kunden nach einer bestimmten Zahl von Einkäufen die Teilnahme an einer Lotterie angeboten wird. Eine solche Bonusaktion dürfe vom nationalen Gesetzgeber nicht ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles verboten werden. Die Europäische Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zähle die Praktiken, die allein ohne eine Einzelfallprüfung verboten werden



dürfen, abschließend auf. Die hier einschlägige Praxis sei jedoch in dieser Form nicht erwähnt. Daher könne die Praxis auch nicht generell verboten werden, ohne dass anhand des tatsächlichen Kontexts der Einzelfall bestimmt wird.

Die nationale Regelung im UWG ist daher mit europäischem Recht nicht vereinbar.

Fazit: Die Bedeutung der Entscheidung ist erheblich. Der EuGH hat zum Ausdruck gebracht, dass er die momentane Regelung in § 4 UWG für unzulässig hält. Ein Verbot von Preisausschreiben, die an den Erwerb von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen gekoppelt sind, darf daher jedenfalls nicht ohne Prüfung des Einzelfalls erfolgen.

- **Eine politische Partei darf nicht mit angeblichem Testergebnis der Stiftung Warentest werben**

KG, Beschluss vom 10.11.2009 – 5 W 120/09,

Das Kammergericht Berlin hat entschieden, dass eine politische Partei auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs nicht mit angeblichem Testergebnis der Stiftung Warentest werben darf.

Die Stiftung Warentest testet regelmäßig Waren und Dienstleistungen und veröffentlicht ihre Ergebnisse in der Zeitschrift „Test“. Sie wendete sich als Antragstellerin gegen die Werbung

einer politischen Partei, mit der diese ihren Service als „Testsieger“ darstellte. In der beanstandeten Werbung wurde das bekannte „Test“-Logo von Stiftung Warentest sowie alle weiteren wesentlichen Merkmale der Aufmachung, mit der die Stiftung Warentest ihre Testergebnisse darstellt, verwendet. Nur die Bezeichnung „Stiftung Warentest“ wurde nicht aufgeführt, vielmehr fand sich in kleiner Schrift ein Hinweis auf eine andere Prüfstelle.

Das Kammergericht Berlin hat die beanstandete Werbung untersagt. Zwar handele es sich hier nicht um eine Werbung im „geschäftlichen Verkehr“, so dass markenrechtlichen Vorschriften nicht einschlägig seien. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich jedoch aus allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.

Durch die Aufmachung der Werbung werde der Eindruck erweckt, es handele sich um ein Testurteil der Stiftung Warentest. Diese unwahre Tatsachenbehauptung begründe die Gefahr der Kreditgefährdung oder sonstige Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen der Antragstellerin. Insbesondere können die Wertschätzungen der Stiftung Warentest durch die Person, die dieser Partei oder generell den Parteien gegenüber kritisch eingestellt sind, erheblich beeinträchtigt werden.

Zudem stellte das Gericht fest, dass die speziellen Regelungen des Markenrechts der Anwendung der allgemeinen deliktischen Vorschrift nicht entgegenstehen. Außerhalb von geschäftlichen Handlungen komme ein Schutz

von Marken nach allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften in Betracht, wenn – wie in diesem Fall – ein schwerwiegender Angriff auf die Marke vorliege. Dies sei anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln, die vorliegend zugunsten der Stiftung Waren-test ausfalle.

Fazit:

Das Urteil reiht sich in die ständige Rechtsprechung der Obergerichte ein, wonach der Markenschutz auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs durchsetzbar ist. Eine Schutzlücke, die bei der Werbung im privaten Bereich durch das Markenrecht entstehen kann, wird durch das allgemeine Deliktsrecht geschlossen. Jedoch betont das Kammergericht zu recht, dass der Rückgriff auf die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften nur in Ausnahmefällen nach einer umfassenden Abwägung zulässig ist.

— — —



Dieser Mandantenbrief ist von unseren in den behandelten Gebieten nachhaltig tätigen Rechtsanwälten gestaltet worden. Ihre redaktionellen Ansprechpartner für den LD-Mandantenbrief sind:

Rechtsanwalt Dennis Groh

Sekretariat Frau Sakautzki
Telefon 0221 - 772 09 – 47
Fax 0221 - 72 48 89
Email dennis.groh@leinen-derichs.de

Rechtsanwalt Thorsten Scheuren

Sekretariat Frau Beul
Telefon 0221 – 772 09 – 75
Fax 0221 – 72 48 89
Email thorsten.scheuren@leinen-derichs.de

Für die einzelnen Beiträge zeichnen verantwortlich

- | | |
|--|---|
| ▪ Handels- & Gesellschaftsrecht sowie Vertriebsrecht | RA Dr. Bernd Westphal - Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht - |
| ▪ Versicherungsrecht sowie Verkehrsrecht | RA Dr. Wolfgang Dunkel |
| ▪ Arbeitsrecht | RA Prof. Dr. Daniel Knickenberg - Fachanwalt für Arbeitsrecht - |
| ▪ Privates Baurecht, Mietrecht | RA Dr. Walter Müller |
| ▪ Familienrecht | RA'in Susanne Strick - Fachanwältin für Familienrecht - |
| ▪ Gewerblicher Rechtsschutz | RA Dennis Groh |
| ▪ Öffentliches Bau- & Planungsrecht | RA Thorsten Scheuren |

Bitte beachten Sie auch unsere Internet-Präsentation unter

www.leinen-derichs.de

Dort können Sie alle aktuell verfügbaren Mandantenbriefe, Praxisinfos und Publikationen abrufen.

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

10178 BERLIN
Rosenstraße 2
Telefon 030 - 24 310 2153
Telefax 030 - 24 310 222
Email berlin@leinen-derichs.de

Für die Anwendung im konkreten Fall kann aus dieser Publikation keine Haftung übernommen werden.

