

Recht Aktuell

www.winter-jansen-lamsfuss.de

Ausgabe 03 | 2010



Auf ein Wort

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir freuen uns, dass ein renommierter Experte des Steuerrechtes, Dr. Hartmut Klein, Dozent an der Bundesfinanzakademie, in einem Beitrag zu den steuerlichen Auswirkungen der Nachfolgeregelungen in Unternehmen Stellung nimmt.

Mit den Herrn Rechtsanwälten Dr. Thomas Engeländer, Mario Jorberg und Carsten Schwettmann stellen wir Ihnen drei erfahrene Kollegen vor, die unser Team verstärken und das Spektrum unseres Beratungsangebotes erweitern.

Eine ausführliche Rechtsberatung kann und will diese Publikation nicht ersetzen; wenn es uns aber gelingt, die eine oder andere Frage zu beantworten oder Sie einfach für bestehende Probleme zu sensibilisieren, haben wir unser Ziel erreicht.

Ihre Anwaltskanzlei
Winter Jansen Lamsfuß

Die Koffer Ihres Mieters sollte dieser besser selbst packen

„Kalte“ Räumung – eine verbotene Selbsthilfe. Wenn der Vermieter die Räumung der Mietwohnung in die eigene Hand nimmt.

TEXT: Carsten Krug, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht



Der Bundesgerichtshof hat am 14. Juli 2010 eine Grundsatzentscheidung zur Haftung des Vermieters bei eigenmächtiger Räumung der Mietwohnung getroffen.

» Der Ausgangsfall der Entscheidung ist hierbei folgender gewesen:

Der Mieter einer Wohnung in Wiesbaden war für mehrere Monate mit unbekanntem Aufenthalt ortsabwesend und wurde von seinen Verwandten als vermisst gemeldet. Nachdem der Mieter für zwei Monate keine Miete gezahlt hatte, **kündigte der Vermieter den Mietvertrag fristlos – außerordentlich**. Ohne eine Räumungsklage zu erheben und ohne im Besitz eines Räumungsurteils zu sein, öffnete der Vermieter eigenmächtig

die Mietwohnung und nahm sie in Besitz. Hierbei **entsorgte er einen Teil der Wohnungseinrichtung** des Mieters, einen anderen Teil der vorgefundenen Sachen lagerte er bei sich ein.

Nachdem der zunächst verschwundene Mieter wieder aufgetaucht war, verlangte er, gestützt auf ein Sachverständigengutachten, für die nach seiner Behauptung im Zuge der Räumung abhanden gekommenen, beschädigten oder verschmutzten Inventargegenstände **Schadensersatz in Höhe von 62.000,00 Euro** zuzüglich der ihm entstandenen Gutachterkosten.

Lesen Sie weiter auf Seite 2



→ Fortsetzung von Seite 1 **Das Urteil:**

Während das Amtsgericht Wiesbaden und das Landgericht Wiesbaden die Klage des Mieters noch als unbegründet angesehen hatten, hob der **Bundesgerichtshof** die Entscheidung des Landgerichts Wiesbaden auf und **erklärte die Schadensersatzansprüche des Mieters dem Grunde nach für berechtigt**.

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass der Vermieter für die Folgen einer eigenmächtigen Räumung haftet. Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellt **eine unerlaubte Selbsthilfe** dar. Dies gilt selbst dann, wenn der aktuelle Aufenthaltsort des Mieters unbekannt ist und ein vertragliches Besitzrecht des Mieters infolge der vermierterseitig ausgesprochenen Kündigung entfallen ist. Auch in diesen Fällen muss der Vermieter – **ggf. nach öffentlicher Zustellung einer Räumungsklage – sich einen Räumungstitel beschaffen und aus diesem vorgehen**.

Übt ein Vermieter statt dessen im Wege einer sogenannten kalten Räumung eine verbotene Selbsthilfe aus, ist er gemäß § 231 BGB verschuldensunabhängig **zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens des Mieters verpflichtet**. Von dieser



Unerlaubte Selbsthilfe. Ein eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellt eine unerlaubte Selbsthilfe dar.

Ersatzpflicht wird insbesondere eine **eigenmächtige Entsorgung** der in der Wohnung vorgefundenen Gegenstände des Mieters erfasst.

Dies deshalb, weil der Vermieter, der eine Wohnung ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels in Besitz nimmt, für die in der Wohnung befindlichen Gegenstände eine Obhutspflicht übernimmt. Da der Mieter von der eigenmächtigen Inbesitznahme seiner Wohnung nichts wusste und deshalb auch nicht in der Lage war, seine Rechte selbst wahrzunehmen, gehörte zur **Obhutspflicht des Vermieters** weiter, dass er **ein Bestandsverzeichnis aufstellt und den Wert der darin ausgenommenen Gegenstände feststellt**. Kommt er dieser Pflicht nicht in ausreichendem Maße nach, muss er die Behauptung des Mieters widerlegen, dass bestimmte Gegenstände bei der Räumung abhandengekommen oder beschädigt worden seien, und beweisen, dass sie einen geringeren Wert hatten als vom Mieter behauptet.

Dies hatte das Landgericht Wiesbaden übersehen und dem Mieter fälschlicherweise die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich Bestand und Zustand der in der geräumten Wohnung vorhandenen Gegenstände auferlegt. Der Bundesgerichtshof hat auch kritisiert, dass das Landgericht Wiesbaden nicht von der Möglichkeit der Schätzung des Schadens Gebrauch gemacht hat. **Da der Schadensersatzanspruch des Mieters dem Grunde nach feststehe** und nur in seiner Höhe fraglich sei, hätte das Gericht von der Möglichkeit **der Schätzung eines Mindestschadens** Gebrauch machen müssen. Der Rechtsstreit ist daher an das Landgericht Wiesbaden zurückverwiesen worden, damit von dort aus die erforderlichen Feststellungen zum Bestand und zum Wert der im Zuge der Wohnungsraumung bei dem Kläger abhandengekommenen oder beschädigten Gegenstände getroffen werden können.

Fazit: Ein Vermieter, der, ohne ein Räumungsurteil zu haben, eigenmächtig eine Mietwohnung räumt, begibt sich auf sehr dünnes Eis. Neben den aufgezeigten zivilrechtlichen Konsequenzen in Form einer möglicherweise sehr hohen Schadensersatzforderung des Mieters ist das Verhalten des Vermieters auch von strafrechtlicher Relevanz. So hat bereits das Oberlandesgericht Köln in einem Strafurteil vom 25.07.1995 festgehalten, dass das eigenmächtige Ausräumen einer Mietwohnung durch den **Vermieter ohne Räumungstitel den Tatbestand der Nötigung** nach § 240 StGB und den des **Hausfriedensbruchs** nach § 123 StGB verwirklichen kann.

Das ewige Hin und Her: Ist der Samstag ein Werktag oder nicht?

Mietrecht. Die Antwort ist nicht einfach, denn im Mietrecht ist der Samstag mal ein Werktag und mal nicht.

TEXT: Carsten Krug, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht



Unser Experte: Carsten Krug, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

In fast jedem Wohnraummietvertrag befindet sich die Regelung, dass die Miete im Voraus, spätestens am 3. Werktag eines jeden Monats an den Vermieter zu zahlen ist. Der Bundesgerichtshof hat durch Urteil vom 13.07.2010 nunmehr klargestellt, dass bei **der Frist zur Zahlung der Miete bis zum 3. Werktag eines jeden Monats der Samstag nicht mitzählt**.

Hintergrund des Rechtsstreits ist der Fall gewesen, dass ein Mieter nach vorangegangenen unpünktlichen Mietzahlungen durch den Vermieter abgemahnt worden war. Nachdem er die Abmahnung erhalten hatte, zahlte der Mieter die Miete für den Monat Februar 2008 erst am 05.02.2008, einem Dienstag, auf das Konto des Vermieters ein. Daraufhin kün-

digte der Vermieter dem Mieter das Mietverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht wegen unpünktlicher Mietzahlung. **Die Räumungsklage des Vermieters hatte in allen Instanzen keinen Erfolg**.

Der Bundesgerichtshof hat im erwähnten Urteil entschieden, dass der Mieter durch die Zahlung der Miete am Dienstag, den 05.02.2008, die Mietzahlung innerhalb der ersten drei Werktage des Monats Februar 2008 erbracht hatte. Der Bundesgerichtshof hat hierbei klargestellt, dass der **Samstag hinsichtlich der Zahlungsfrist für die Miete nicht als Werktag** anzusehen ist.

Begründet wurde dies damit, dass im Regelfall die Miete durch Banküberweisung bezahlt wird. Ausgehend davon, dass weite Teile der Bevölkerung ihr Gehalt bzw. ihren Lohn erst am letzten Tag eines Monats erhalten und danach erst die Miete für den Folgemonat anweisen, sollen die Mieter durch die Frist der 3 Werktage vor Zahlungsverzug bei der Mietzahlung geschützt werden. Bankgeschäftstage waren und sind jedoch nur die Tage von Montag bis Freitag, Überweisungen werden am Wochenende nicht vorgenommen, sodass eine am Samstag in Auftrag

gegebene Überweisung erst am Montag der Folgeweche von der Bank ausgeführt wird. Angesichts dieser Situation hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Samstag nicht als Werktag bei der Berechnung der Zahlungsfrist für die Miete mitzählt. Etwas **anderes gilt** jedoch für **die Frage der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen**. Hier hat der BGH durch Urteil vom 27.04.2005 entschieden, dass bei der **Einhaltung der Kündigungsfrist der Samstag als Werktag mitzählt**. Dies deshalb, weil die Deutsche Post AG oder private Zustelldienste auch am Samstag arbeiten und daher ein Kündigungsschreiben auch an diesem Tag zugestellt werden kann.

Randnotiz

Die entscheidenden Vorschriften zum Samstag

§ 556 b Abs. 1 BGB:

Die Miete ist zu Beginn, spätestens bis zum 3. Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist.

§ 573 c Abs. 1 BGB:

Die Kündigung ist spätestens am 3. Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats zulässig.

Fazit: Der Samstag ist zwar für weite Teile der Bevölkerung ein arbeitsfreier Tag, er gilt aber dennoch als Werktag. Im Mietrecht muss differenziert werden, ob der Samstag innerhalb der Zahlungsfrist für die Miete liegt, dann gilt er nicht als Werktag; liegt er innerhalb der Frist für den Zugang einer Kündigung, gilt er wiederum als Werktag.



In eigener Sache: Neue Rechtsanwälte erweitern unsere Fach-Kompetenzen

Kanzlei-News. Wir freuen uns, Ihnen mit Herrn Rechtsanwalt Mario Jorberg und Carsten Schwettmann zwei neue Kollegen vorstellen zu dürfen.

TEXT: Christiane Jansen, Chefredaktion Recht Aktuell



Unser Experte: Mario Jorberg, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Seit dem 01.07.2010 verstärkt Herr Jorberg unser Team. Er ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Er verfügt in diesem Spezialgebiet über eine nahezu 20-jährige Berufserfahrung.

Herr Jorberg berät Mandanten in allen Fragen des Bau- und Architektenrechts, insbesondere bei der Vertragsgestaltung, dem Mängelmanagement und in Abrechnungsfragen. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die baubegleitende Rechtsberatung von Bauherren und/oder (Bau-)Unternehmern. Gerichtlich vertritt Herr Jorberg unsere Mandanten erstinstanzlich bei allen Amts- und Landgerichten. Auch die Prüfung und Durchführung von Berufungsverfahren vor den Oberlandesgerichten gehört seit vielen Jahren zu seinem Aufgabenbereich. Herr Jorberg war zuletzt in der renommierten Baurechtskanzlei Jagenburg Rechtsanwälte tätig. Im Rahmen des Projekts Anwaltmediation Köln – gerichtsnahe Mediation – durch Anwaltmediatoren wirkt Herr Jorberg als Mediator bei gerichtsanhängigen Bauprozessen mit.



Unser Experte: Dr. Thomas Engeländer, Rechtsanwalt für Markenrecht, Wettbewerbsrecht und Designrecht

Dr. Thomas Engeländer ist seit dem 01.10.2010 mit an Bord. Seine Beratungsschwerpunkte bilden das Markenrecht, das Designrecht, das Wettbewerbsrecht und das Vertragsrecht einschließlich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Seit Anfang Juni 2010 ist Carsten Schwettmann mit von der Partie. Er verfügt über eine hervorragende Expertise im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, im Vergaberecht sowie im Verwaltungsprozessrecht. Er wird sich in erster Linie zusammen mit einem interdisziplinären Team der Beratung von Kommunen sowie kommunalen Unternehmen widmen.

Darüber hinaus steht er der Privatwirtschaft als kompetenter Ansprechpartner zur Verfügung. Carsten Schwettmann verfügt über eine 17-jährige Berufserfahrung. Er ist seit vier Jahren als Rechtsanwalt u. a. für die international ausgerichtete Sozietät Bird & Bird in seinen Spezialgebieten tätig und war von 1993 bis 2001 als Richter am Verwaltungsgericht Oldenburg sowie von 2001 bis 2006 als Oberbürgermeister der Stadt Delmenhorst beschäftigt.



Unser Experte: Carsten Schwettmann, Rechtsanwalt für Öffentliches Wirtschaftsrecht, Vergaberecht und Verwaltungsprozessrecht

Nach seinem rechtswissenschaftlichen Studium an der Universität Bochum, Auslandsaufenthalten in Südafrika und den USA sowie dem Referendariat am Landgericht Wuppertal begann Herr Dr. Engeländer seinen beruflichen Werdegang 1999 in der Rechtsabteilung der Basell Polyolefine GmbH in Wesseling, wo er vor allem mit der Prüfung und Erstellung verschiedenster Vertragstypen befasst war. Im Jahre 2001 wechselte Herr Rechtsanwalt Dr. Thomas Engeländer zum Kölner Standort von Norton Rose, einer internationalen Kanzlei mit Sitz in London. Dort wurde seine Begeisterung für den Gewerblichen Rechtsschutz geweckt, als er hauptsächlich in den Bereichen „Markenrecht, Wettbewerbsrecht und Designrecht“ tätig war. Nebenher arbeitete Herr Dr. Engeländer an seiner Promotion im Bereich „Marken- und Wettbewerbsrecht“, die er wenig später erfolgreich abschloss. Herr Rechtsanwalt Dr. Thomas Engeländer ließ sich 2003 als selbstständiger Rechtsanwalt in Köln nieder.

Frühzeitige Nachfolgeplanung in der Familie

Neues zum Erbrecht. Wie Sie das wertvolle Vermögen Ihrer Familie vor Einkommen- und Erbschaftsteuer schützen können.

Dr. Hartmut Klein, Dozent an der Bundesfinanzakademie im BMF



Dr. Hartmut Klein ist hauptberuflicher Dozent an der Bundesfinanzakademie und betreut die Fächer Einkommensteuerrecht, Körperschaftssteuerrecht, Unternehmensumstrukturierung, Einwirkung des Europarechts auf direkte Steuern, Gewinnermittlung, Bilanz- und Gesellschaftsrecht, Abgabenordnung, Vollstreckung, Umsatzsteuer, Grunderwerbssteuer, Erbschaft- und Schenkungssteuer.

Darüber hinaus engagiert er sich durch rege Vortragstätigkeiten und Seminaren in der Fortbildung, u. a. zu den Themen Rechtsnachfolge, Betriebsübertragungen, Unternehmensumwandlungen, Kapitalanlage auf dem Immobiliensektor, Übertragungen in der Familie und Ehegattenrecht.

Alleinerbenvermächtnismodelle und die jüngste Rechtsprechung zur Betriebsverpachtung in Betriebsübertragungsfällen innerhalb von Familien können das wertvolle Vermögen vor Einkommen- und Erbschaftsteuer schützen, wenn eine richtige und frühzeitige Nachfolgeplanung erfolgt.

» Beispiel:

A ist zu 50% Gesellschafter der AB OHG, die eine KFZ-Werkstatt betreibt. A ist Eigentümer des Betriebsgrundstücks mit 1,5 Mio. Euro stiller Reserven und vermietet dieses an die OHG.

A hat mit seiner Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament geschlossen, wonach der überlebende Ehegatte und der gemeinsame Sohn Erben werden. Der Gesellschaftsvertrag enthält eine qualifizierte Nachfolgeklausel zugunsten des Sohn A verstirbt.

Führt dieser Erbfall zu einer Auflösung der stillen Reserven des Betriebsgrundstücks?

Ehefrau A wird nicht Mitunternehmerin. Infolgedessen verliert das Grundstück insoweit den Status als Sonderbetriebsvermögen mit der Folge, dass es entnommen sein könnte.

Die jüngere Rechtsprechung hat die Aufdeckung stiller Reserven dann verneint, wenn ein Betriebsgrundstück die einzige wesentliche Betriebsgrundlage darstellt und ein Fall der Betriebsverpach-

tung vorliegt. Es reicht für die Anerkennung der gewerblichen Verpachtung aus, dass die wesentlichen, dem Betrieb das Gepräge gebenden Betriebsgegenstände verpachtet werden. Bei Einzelhandelsunternehmen ist das wertvolle Betriebsgrundstück die einzige wesentliche Betriebsgrundlage. Die Einstellung der eigenen bisherigen unternehmerischen Tätigkeit ist damit nicht in jedem Fall eine Betriebsaufgabe, die erheblich Steuerkosten kann.

Bei einer Betriebsverpachtung werden die **stillen Reserven nicht aufgedeckt**, wenn der Betriebsinhaber alle wesentlichen Betriebsgrundlagen einem anderen zur betrieblichen Nutzung überlässt und gegenüber dem Finanzamt keine Betriebsaufgabeerklärung abgibt bzw. sich nicht in einer Weise verhält, aus der man einen eindeutigen Betriebsaufgabewillen ableiten kann. Das kann bei frühzeitigem Rückzug aus dem Beruf



Erbfolge. Eine frühzeitige Nachfolgeplanung ist unabdingbar.

eines Einzelunternehmens oder für Erben eines Familienunternehmens günstig sein. Sie können die Besteuerung erheblich stiller Reserven, die auf Betriebsgrundstücken lasten, vermeiden, wenn Sie eine Unternehmensnachfolge und Unternehmensfortführung mit Hilfe einer guten Beratung gestalten.

In der nächsten Ausgabe von Recht Aktuell zeigt Ihnen Herr Dr. Hartmut Klein – anhand von zwei Fällen – die einkommenssteuer- und erbschaftsteuerrechtlichen Auswirkungen eines frühzeitigen Rückzuges aus einem Einzelunternehmen auf.



Den vollständigen Beitrag stellen wir Ihnen auch auf unsere Homepage: www.winter-jansen-lamsfuss.de/ unter der Rubrik „Recht Aktuell“



Ein Menschenrecht: Mehr Sorgerecht für nicht eheliche Väter!

Familienrecht. Europäischer Gerichtshof hält deutsche Regelung für europarechtswidrig und diskriminierend.

TEXT: Astrid Conrad-Schneiders, Fachanwältin für Familienrecht



Unsere Expertin:

Astrid Conrad-Schneiders,
Fachanwältin für Familienrecht

Wie mittlerweile durch die Medien hinreichend bekannt, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil vom 03.12.2009 entschieden, dass die **deutsche Regelung die elterliche Sorge nicht ehelicher Eltern betreffend diskriminierend ist.**

Nach dem bis dato geltendem Recht haben nur verheiratete Eltern die gemeinsame elterliche Sorge. Wird ein nicht eheliches Kind geboren, hat nach der

Gesetzeslage die Kindesmutter die alleinige elterliche Sorge. Eine Partizipation des nicht ehelichen Vaters war bislang nur dann möglich, wenn die Kindesmutter ihr Einverständnis erklärte, die sogenannte „**gemeinsame Sorgerechtsklärung**“. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hält **diese Gesetzeslage für europarechtswidrig**, da dem nicht ehelichen Vater gegenüber diskriminierend. Aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

würden gleiche Sachverhalte durch den Gesetzgeber ungleich behandelt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sieht in der **Beziehung zwischen nicht ehelichem Vater und Kind keinerlei Unterschied zu der Beziehung zwischen ehelichem Vater und Kind.**

Die Feststellung der Diskriminierung führte im Weiteren zu der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, welches sich der Wertung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anschloss. Das Bundesverfassungsgericht hat damit die bestehende Gesetzeslage für verfassungswidrig erklärt, da ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliege.

Die gegenwärtige Regelung werde auch dem Elternrecht des nicht ehelichen Vaters nicht gerecht, sodass ein Verstoß gegen Art. 6 GG ebenfalls festgestellt wurde. Die Konsequenz dieser Entscheidungen ist, dass bereits jetzt – obgleich die Gesetzeslage noch nicht geändert ist – nicht eheliche Väter bei dem zuständigen Familiengericht Antrag auf Teilhabe an der elterlichen Sorge für ihr Kind stellen können. **Dem Antrag ist grundsätzlich stattzugeben, wenn dieses dem Kindeswohl entspricht.**

Nach der Wertung des Gesetzgebers im Rahmen der Gesetzgebung zur Regelung der ehelichen Verhältnisse dient es grundsätzlich dem Kindeswohl, wenn **beide Elternteile an wichtigen Entscheidungen das Kind betreffend beteiligt werden.** Insofern dürfte ein entsprechender Antrag regelmäßig Erfolg haben.

Dieses sollte im Einzelnen durch Ihren fachkundigen Rechtsanwalt geprüft werden.



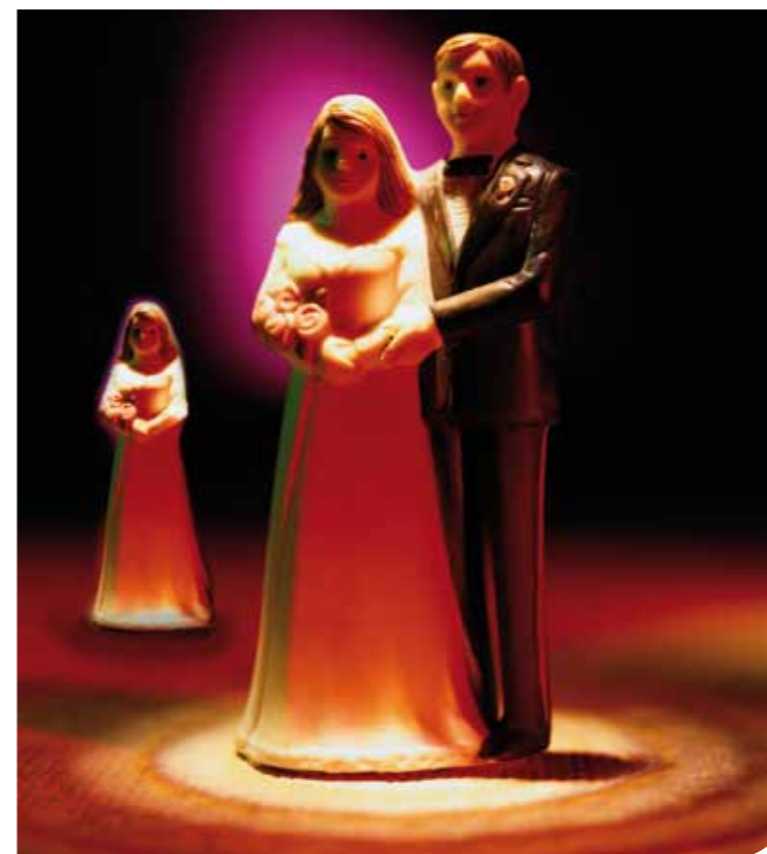
Zum Wohle des Kindes.

In so manches muss die Deutsche Rechtsprechung eben erst hineinwachsen.

Die Reform des Unterhaltsrechts hat viele Neuerungen mit sich gebracht

Unterhaltsrechtsreform. Gleichrang der Ehefrau mit der geschiedenen Ehefrau – die „Drittelmethode“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

TEXT: Astrid Conrad-Schneiders, Fachanwältin für Familienrecht



In der zweiten Reihe. Dennoch eine rechnerische Gleichbehandlung für die Ehefrau und die geschiedene Ehefrau

Nach dem seit dem 01.01.2008 geltenden Unterhaltsrecht hat sich die frühere Rangfolge der Unterhaltsberechtigten geändert. Minderjährige sowie diesen gleichstehende volljährige Kinder genießen unterhaltsrechtlich Vorrang. **„In der zweiten Reihe“ stehen heute Ehegatten sowie geschiedene Ehegatten**, welche gemeinsame Kinder betreuen. Ebenfalls gleichen Rang haben nicht kinderbetreuender Ehegatte sowie nicht betreuender geschiedener Ehegatte.

Die **Unterhaltsansprüche des Ehegatten** sowie des **geschiedenen Ehegatten werden nach den selben Maßstäben berechnet.** Insbesondere ist das Augenmerk darauf zu richten, dass die **Ehefrau die gleiche Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit** (theoretisch) trifft **wie die geschiedene Ehefrau.** Ist die Ehefrau erwerbsfähig und betreut keine gemeinsamen Kinder, muss sie unterhaltsrechtlich einer vollzeitigen Berufstätigkeit nachgehen. Tut sie dieses nach der gemeinsamen Lebensplanung mit dem unterhaltspflichtigen

(in der Regel) Ehemann nicht, werden ihr im Rahmen der sogenannten „Drittelmethode“ nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fiktive Einkünfte zugerechnet.

Wiederverheiratete Unterhaltspflichtige, die Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehefrau zu bewältigen haben, sollten diese Rechtsprechung **in die gemeinsame Lebensplanung** mit dem neuen Ehepartner **einbeziehen** und berücksichtigen, da ansonsten eine „finanzielle Bruchlandung“ durchaus möglich ist.

Wie sich der Unterhaltsbedarf der Ehefrau, des Unterhaltspflichtigen und der geschiedenen Ehefrau errechnet, entnehmen Sie bitte unserer Randnotiz.

Randnotiz

Grundlage für die Berechnung von Unterhaltsansprüchen

Der Unterhaltsbedarf der Ehefrau, des Unterhaltspflichtigen und der geschiedenen Ehefrau errechnet sich aus der Summe der (fiktiven) Einkünfte der Beteiligten. Ist das insoweit relevante Gesamteinkommen ermittelt, ist Unterhaltsbedarf **grundsätzlich in Höhe von jeweils einem Drittel der Summe** anzunehmen, wobei tatsächliche Einkünfte bzw. fiktive Einkünfte anzurechnen sind.

Durch diese Rechtsprechung möchte der Bundesgerichtshof **die Ehefrau und die geschiedene Ehefrau rechnerisch gleich behandeln**, was der gesetzlichen Vorgabe auch entspricht. Entsprechendes hat er in seiner Entscheidung vom 01.10.2008 bereits judiziert.



Für einen weiteren anwaltlichen Rat wenden Sie sich gerne an uns.

Bildung von Altersgruppen in Sozialplänen

LAG Hamm. Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur durch Altersgruppen bei der Sozialauswahl ist in manchen Unternehmen unverzichtbar.

TEXT: Frank Neumann, Fachanwalt für Arbeitsrecht

» Der Fall

Die Pflicht zur Sozialauswahl führt in enger Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes zu einer Überalterung der Belegschaft. Um eine ausgewogene Altersstruktur zu gewährleisten, hat das BAG auch unter Geltung des AGG entschieden, dass die **Bildung von Altersgruppen durch legitime Ziele gerechtfertigt** sei. Das LAG Hamm, gefürchtet wegen seiner abweichenden Meinungen, zweifelt, ob die **Wettbewerbsinteressen** eines einzelnen Unternehmens **legitime Ziele** im Sinne des § 10 AGG sein können.

» Ein Beispiel:

Sollte sich die Auffassung des LAG Hamm durchsetzen, hätte dies gravierende Auswirkungen. Der Tiefbauunternehmer X hat 9 Mitarbeiter, 3 AN im Alter von bis zu 30 Jahren, 3 AN im Alter bis zu 40 Jahren und 3 AN im Alter bis zu 65 Jahren. Er muss wegen der wirtschaftlichen Situation 3 Mitarbeiter entlassen. Würde dieser Arbeitgeber eine „normale“ Sozialauswahl betreiben,

würde dies dazu führen, dass die 3 Mitarbeiter unter 30 Jahren zu entlassen wären, also die leistungsstärksten Mitarbeiter. Bei einer Bildung von Altersgruppen hingegen müsste die **Sozialauswahl innerhalb der Altersgruppen** durchgeführt werden, sodass im Zweifel 1 Mitarbeiter unter 30 Jahren, 1 Mitarbeiter unter 40 Jahren und 1 Mitarbeiter bis 65 Jahre entlassen werden könnten. Auf diese Weise wäre gewährleistet, dass die Altersstruktur weiterhin ausgewogen und homogen wäre.

Fazit: Gerade in Unternehmen, in denen es auf die körperliche Leistungsfähigkeit ankommt, ist die Altersgruppenbildung bei der Sozialauswahl unverzichtbar. Die Risiken dürften hier auch überschaubar sein, da der EuGH ebenfalls Altersgruppen als zulässig angesehen hat (vgl. EuGH, Urt. v. 05.03.2009 – C 388/07). Jeder Arbeitgeber, der an eine tief greifende oder partielle Umstrukturierung denkt, sollte die **Bildung von Altersgruppen in Erwägung ziehen und hierüber anwaltlichen Rat einholen.**

» Arbeitsrecht Aktuell: „Eyjafjalla im Arbeitsrecht“

TEXT: Frank Neumann, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Der Ausbruch des isländischen Vulkans hat dazu geführt, dass viele Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht pünktlich erreichen konnten. Muss der Arbeitgeber trotzdem zahlen?

Der Arbeitgeber schuldet grundsätzlich nur für geleistete Arbeit das Entgelt. Dieser Grundsatz wird durch einige Ausnahmen durchbrochen (siehe nebenstehenden Artikel). Dieser Grundsatz gilt auch hier. Der Arbeitnehmer, der aus objektiven Gründen seinen Urlaubsort nicht verlassen kann und an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert ist, kann sich nicht auf eine vorübergehende Dienstverhinderung oder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung berufen. Die Begründung ist einleuchtend: Eine solche Verhinderung liegt nicht im „Betriebsrisiko“. Anders ist die Rechtslage für die Mitarbeiter, die zur Arbeitsleistung bereit sind, aber das notwendige Material nicht vorhanden ist. Hier hat der Arbeitgeber zu zahlen.

RA-Praxistipp: Es bleiben jedoch vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, so kommt der Abbau von Überstunden und der Ausgleich von Zeitkonten durch Freistellung der Arbeitnehmer für das angesammelte Zeitguthaben im entsprechenden Zeitraum

in Betracht. Schließlich können Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Urlaubsverlängerung vereinbaren.

„Lohn ohne Arbeit“

In folgenden Fällen muss der Arbeitgeber auch ohne geleistete Arbeit Lohn zahlen:

- » Erholungsurlaub, § 1 BurlG
- » Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 EfZG
- » nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess § 615 BGB
- » bei vorübergehender Dienstverhinderung (z. B. Tod oder Krankheit naher Angehöriger, Eheschließung, Geburt, Freistellung zur Stellensuche).



Wann verfällt Ihr Mindesturlaub?

Neues zum Arbeitsrecht: Dringender Änderungsbedarf in arbeitsvertraglichen Urlaubsregelungen!

TEXT: Sören Riebenstahl, Fachanwalt für Arbeitsrecht



Sören Riebenstahl,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Zweifel der vertragliche Mehrurlaub zuerst gewährt!

» Der Fall

A hat 30 Tage Urlaub. In der ersten Jahreshälfte 2010 hat er 14 Tage genommen. Vom 01.07.2010 bis 30.04.2011 ist er arbeitsunfähig. Nach seiner Rückkehr macht A 16 Tage Resturlaub aus 2010 geltend. Er meint, dass er in 2010 10 Tage Mehrurlaub und vier Tage Mindesturlaub genommen habe, sodass ihm von seinem nicht verfallenen Mindesturlaub noch 16 Tage zustehen.

RA-Praxistipp: Hier besteht dringender Regelungsbedarf. Durch **arbeitsvertragliche Verfalls- und Tilgungsbestimmungen** kann vereinbart werden, dass mit der Urlaubserteilung zunächst der gesetzliche Mindesturlaub gewährt wird. Dies hätte im vorstehenden Beispielfall zur Folge gehabt, dass A in 2010 14 Tage seines Mindesturlaubs genommen hätte und ihm dann nach seiner Rückkehr „nur“ noch ein Anspruch auf sechs Tage nicht verfallenen Mindesturlaubs zugestanden hätte. **Bei der Formulierung derartiger Vertragsklauseln sind wir Ihnen gerne behilflich!**

Aufgrund der Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 20.01.2009 und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 24.03.2009 **verfällt der gesetzliche Mindesturlaub** nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) sowie der gesetzliche Zusatzurlaub (z. B. für Schwerbehinderte) **nicht mehr bei Langzeiterkrankung.** Nach dem BUrlG verfällt der Urlaub am Schluss des Jahres, spätestens am 31.03. des Folgejahres ersatzlos. Der EuGH und ihm bedingungslos folgend das BAG haben dieser Regelung unter Verweis auf eine europäische Richtlinie eine Absage erteilt. **Langzeitkranke können nun unter Umständen schrankenlos über Jahre hinweg den gesetzlichen Mindesturlaub sammeln** und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Abgeltung verlangen. Hierüber hatten wir Sie bereits in Recht Aktuell informiert.

Diese Rechtsprechung betrifft jedoch nur den gesetzlichen Mindesturlaub von **20 Tagen bei einer 5-Tage-Woche** und von **24 Tagen bei einer 6-Tage-Woche.** Darüber hinaus regelmäßig vereinbarter Mehrurlaub verfällt. Dabei entsteht folgende Problematik: **Welcher Urlaub wird zuerst gewährt?** Der gesetzliche Mindesturlaub oder der vertragliche Mehrurlaub? Nach dem BAG wird im

Randnotiz

Neuregelungen bei Auslandsentsendung

In Zeiten der Globalisierung werden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vermehrt ins Europäische Ausland entsendet. Auch bei einer solchen Entsendung gilt für diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das Deutsche Sozialversicherungsrecht weiter! War ein solches bislang nur für einen auf 12 Monate befristeten Entsendezeitraum der Fall, ist das **seit dem 1. Mai 2010** mit Inkrafttreten der neuen EG-Verordnung Nr. 883/04 (zunächst nur gültig für EU-Mitgliedstaaten!) anders. Jetzt umfasst der **Entsendezeitraum**, in dem weiter „Heimatrecht“ gilt, **24 Monate**, wobei dieser nun **nicht mehr verlängerbar** ist. Die bislang für Arbeitgeber bestehende Möglichkeit, sich für Entsendezeiträume von bis zu **drei Monaten Blanko-Vordrucke** ausstellen zu lassen, **entfällt ganz.** Sie benötigen jetzt für jeden einzelnen Entsendezeitraum den Vordruck A 1.

Weitere Informationen erhalten Sie z.B. über www.barmer-gek.de/entsendung

Gesetzlicher Mindesturlaub.

Langzeitkranke können unter Umständen ihren Mindesturlaub sammeln.



Ostdeutsche sind keine eigene Ethnie

Arbeitsgericht Stuttgart: Die Klage einer Buchhalterin wurde abgelehnt, die sich wegen ihrer ostdeutschen Herkunft bei einer Bewerbung diskriminiert sah.

TEXT: Frank Neumann, Fachanwalt für Arbeitsrecht



Wahl-Ossis Goethe und Schiller. Wie würden sie sich wohl über solche Vermerke wundern ...

Wird die Einstellung eines Ostdeutschen unter Hinweis auf seine Herkunft abgelehnt, liegt keine Diskriminierung im Sinne des AGG vor.

Damit scheiden Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG aus. Dieser Rechtsstreit läuft durch alle Gazetten: Die aus Ostberlin stammende und vor der Wende in die Bundesrepublik übergesiedelte Klägerin beansprucht die Zahlung einer Entschädigung. Die Klägerin hatte sich bei der Beklagten erfolglos auf ein Stellenangebot beworben. Auf dem zurückgesendeten Lebenslauf befand sich u. a. der Vermerk „(-) Ossi“.

Rechtliche Wertung Das Arbeitsgericht Stuttgart hat **die Klage abgewiesen**. Nach seiner Ansicht sind **Ostdeutsche keine eigene Ethnie**, weil sie sich in Tradition, Sprache, Religion, Kleidung und Ernährung **kaum von Westdeutschen unterscheiden**. Unter ethnischer Herkunft sei mehr zu verstehen als nur regionale Herkunft.

RA-Praxistipp: Es steht zu befürchten, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts Stuttgart gegebenenfalls von den **Berufungs- und Revisionsinstanzen** anders gesehen werden kann. Die **Rechtslage** ist jedenfalls **alles andere als eindeutig**. Das Merkmal der eth-

nischen Herkunft ist der Oberbegriff zum Merkmal „Rasse“. Maßgeblich sind also zum einen äußerliche Merkmale, die einen Bezug zu einer bestimmten Herkunft oder einer bestimmten Volksgruppe aufweisen, wie etwa Haut- oder Haarfarbe, aber auch (vermeintlich) typische Merkmale wie Nasen- oder Lippenform, Form der Augen etc. Sicherlich ist **die Herkunft aus einem bestimmten Bundesland** oder einer bestimmten Region innerhalb eines Bundeslandes **grundsätzlich keine ethnische Herkunft**. Sucht also etwa eine Kölner Anwaltssozietät einen „Jung-anwalt (m/w) mit Lokalkolorit“, so liegt hierin keine Benachteiligung Dritter wegen der ethnischen Herkunft vor (vgl. BAG, Urteil vom 05.02.2004 – 8 AZR 112/03).

Lassen sich allerdings bestimmte Zusammenghörigkeitsmerkmale wie z. B. **ein gemeinsamer Dialekt** oder bestimmte gemeinsame Traditionen objektiv feststellen, so kann nach meiner Auffassung auch die Herkunft aus einem bestimmten Bundesland oder einer bestimmten Region innerhalb eines Bundeslandes ausnahmsweise eine ethnische Herkunft darstellen. **Anerkannt ist dies für die Benachteiligung eines Schwaben durch einen Alemannen.**

Sollte allerdings rechtskräftig zugunsten von Bewerbern von einem weiten Begriff der „ethnischen Herkunft“ auszugehen sein, dann gibt es **kaum Zweifel an der Berechtigung des Entschädigungsanspruches** in Höhe von maximal drei Monatsgehältern, weil der Vermerk ein klares Indiz im Sinne des § 22 AGG ist. Ob der dortige Beklagte gut beraten gewesen ist, den „billigen“ Vergleichsvorschlag des Arbeitsgerichts (Entschädigung in Höhe von einem Monatsgehalt) nicht zu akzeptieren, bleibt abzuwarten. Denn – unabhängig von der rechtlichen Lage – **der „(-) Ossi“-Vermerk war alles andere als angemessen.**

Randnotiz

§ 1 AGG lautet:

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

§ 3 Abs. 2 AGG lautet:

„Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Jede vierte Firma fordert eine online-Bewerbung

TEXT: Frank Neumann, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Bereits jedes vierte Unternehmen erhält Bewerbungen am liebsten elektronisch. Das ergibt eine aktuelle Erhebung des Bundesverbandes BITKOM. Im Hightech-Sektor bevorzugen bereits 38 % der Verantwortlichen elektronische Verfahren. „Interessenten sind daher gut beraten, wenn sie solche Angebote nutzen“, erklärt der BITKOM-Präsident Prof. Dr. August-Wilhelm Scheer.



RA-Praxistipp: „Schöne heile (Internet-)Welt“. Der Arbeitgeber, der eine Bewerbung über das Internet

fordert, kann allerdings **eine Diskriminierung** aufgrund des allgemeinen **Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)** provozieren. Die Forderung, papierlose Bewerbungen einzureichen, könnte eine sog. mittelbare Diskriminierung wegen des Alters bedeuten. Nach Auffassung ernst zu nehmender Meinungen in der Literatur könnten durch diese Forderung ältere Arbeitnehmer diskriminiert sein, weil diese nicht in der Lage wären, Bewerbungen online abzugeben. Es ist Arbeitgebern also anzuraten, gleichwohl in **Stellenannoncen sowohl die papierlose als auch die „normale“ Bewerbung zuzulassen.**



GbR muss Gesellschafterdaten offenlegen

Einzelne Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) haben das Recht, sich durch Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft „über deren Angelegenheiten zu unterrichten“.

Bei den Namen und Anschriften der (Mit-)Gesellschafter handelt es sich um eine „Angelegenheit“ der GbR. Eine Regelung in einem Gesellschaftsvertrag, die das Recht der Gesellschafter, Auskunft über die Namen und Anschriften ihrer Mitgesellschafter zu verlangen, ausschließt, ist unwirksam. **Jedem Gesellschafter steht daher ein Anspruch auf Offenlegung der (Mit-)Gesellschafter-Namen und -Anschriften zu.**

(BGH, Beschluss vom 21.09.2009, II ZR 264/08)

Störfaktor quietschende Bremsen

TEXT: Dirk Torsten Keller, Fachanwalt für Verkehrsrecht und Versicherungsrecht



Dirk Torsten Keller, Fachanwalt für Verkehrsrecht und Versicherungsrecht

das Auto von der üblichen Beschaffenheit abweiche. Dabei sei auf die Erwartungen eines Durchschnittskäufers abzustellen. Quietschende Bremsen entsprächen nicht den Anforderungen, die an ein Fahrzeug dieser Preisklasse zu stellen seien. Dabei sei es **unerheblich, ob dabei die Funktionsfähigkeit der Bremsen beeinträchtigt sei**. Denn auch ein sogenannter **Komfortmangel** stelle einen Mangel dar, wenn die Komforteinbuße beträchtlich sei. Da die Geräusche auch bei geschlossenen Fenstern zu hören waren, stelle das Quietschen einen erheblichen Mangel dar. **Der Kläger sei nach den vergeblichen Nachbesserungsversuchen berechtigt, den Kauf rückgängig zu machen.**

Wiederholt **quietschende Bremsgeräusche** während einer längeren Fahrt bei feuchter Witterung stellen bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie einen **erheblichen Komfortmangel** dar. Der Autokauf kann rückgängig gemacht werden, wenn das Quietschen auch bei geschlossenen Fenstern zu hören ist und das Auto der gehobenen Preisklasse angehört; OLG Schleswig vom 25. Juli 2008 – AZ: 14 U 125/07.

Der Kläger leaste einen Pkw Mercedes-Benz für rund 75.000 Euro. Nach einer Laufleistung von weniger als 10.000 Kilometern kam es zu einem Quietschen der Bremsen, das auch ein Gerichtsgutachter bestätigte. Als mehrere Versuche, das Quietschen zu beseitigen, scheiterten, wollte **der Kläger den Kauf rückgängig machen**. Sowohl **in der ersten als auch in der zweiten Instanz bekam er Recht**. Ein Fahrzeugmangel liege dann vor, wenn



Service schreiben wir groß!

Was wir unter Service und Dienstleistung verstehen, ist ganz eindeutig zu definieren: kompetente Beratung durch unsere Fachanwaltschaften mit Spezialkompetenz.

Unsere Rechtsanwälte und Mitarbeiter sind für Sie erreichbar:

**Montag bis Donnerstag:
7.30 bis 19.00 Uhr,
Freitag: 7.30 bis 17.30 Uhr.**

Wir gewährleisten, dass Sie Ihren Rechtsanwalt auch vor oder nach Ihrem Arbeitstag noch sprechen und wichtige und eilige Informationen mitteilen können.

Sollte Ihr Anwalt einmal nicht zur Verfügung stehen, können Sie unseren Mitarbeiterinnen am Empfang jederzeit eine

Nachricht hinterlassen. Ihre Information gelangt auf dem schnellsten Weg zu Ihrem Rechtsanwalt.

Nutzen Sie diesen besonderen Service unserer Kanzlei in eilbedürftigen Fällen, wenn Fristabläufe drohen oder sonst schnelle anwaltliche Hilfe vonnöten ist.

Telefon: 0 22 02 / 9330-0

E-Mail:

kontakt@winter-jansen-lamsfuss.de



Internet:

www.winter-jansen-lamsfuss.de

Impressum

Recht Aktuell – Newsletter der Rechtsanwaltskanzlei Winter Jansen Lamsfuß
Odenthaler Str. 213–215 51467 Berg, Gladbach
Herausgeber: Winter Jansen Lamsfuß
Chefredaktion: Christiane Jansen
Autoren: Astrid Conrad-Schneiders, Dirk Torsten Keller, Dr. Hartmut Klein, Carsten Krug, Frank Neumann, Sören Riebenstahl
Lektorat: Lydia M. Behnke, Köln
Art Direktion, Bildredaktion, Layout: Monika Schmitt, www.fachwerkdesign.de
Druck: GHS Druck GmbH, 51149 Köln
Auflage: 3.000
Bildnachweis: Fotolia (s. S. 3,10), Photocase (s. S. 1, 2, 11), Photodisc (s. S. 6, 7, 8, 9) iStockphoto (s. S. 5) TOM-FOTO Studios GmbH



Unsere Rechtsanwälte

Falko Winter im Ruhestand
Rechtsanwalt a. D.

Horst Hermann Jansen
Fachanwalt Steuerrecht und
vereidigter Buchprüfer

Elmar Ernst Lamsfuß bis 02/2010

Wolfgang Bosbach

Frank Neumann
Fachanwalt Arbeitsrecht

Dirk Torsten Keller
Fachanwalt Verkehrsrecht und
Versicherungsrecht

Sören Riebenstahl
Fachanwalt Arbeitsrecht

Oliver Titze
Fachanwalt Steuerrecht und
Verkehrsrecht

Astrid Conrads-Schneider
Fachanwältin Familienrecht

Carsten Krug
Fachanwalt Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Dr. Andreas Künne
Fachanwalt Familienrecht

Mario Jorberg Fachanwalt für
Bau- und Architektenrecht

Dr. Hans-Joachim Franke
Stadtdirektor a. D.

Konrad Heimes
Bürgermeister a. D.

Michael Heckmann
Bürgermeister a. D.

Dr. Reinhard Göbel
Diethelm Schroeder

Vors. Richter am Landes-
arbeitsgericht a. D.

Carsten Schwettmann
Oberbürgermeister a. D.,
Richter am Verwaltungsgericht a. D.

Dr. Thomas Engländer
Christiane Jansen

Refik I. Kakmaci Rechtsanwalt
in Bürogemeinschaft mit
Winter Jansen Lamsfuß



51467 Bergisch Gladbach

Odenthaler Straße 213 – 215

Telefon 0 22 02 / 9330-0

Telefax 0 22 02 / 9330-20

**Auch in Overath, Rösrath, Köln und Berlin
beraten wir Sie gerne!**

51491 Overath

Hauptstraße 58

Telefon 0 22 06 / 29 28

Telefax 0 22 06 / 8 29 75

Neu ab 1. Oktober 2010!

50931 Köln

Stadtwaldgürtel 10

Telefon 0 22 1/27 22 55 42

Telefax 0 22 34/4 009 600

51503 Rösrath

Hauptstraße 23 – 25

Telefon 0 22 05 / 90 87 10

Telefax 0 22 05 / 90 87 11

10405 Berlin

Prenzlauer Allee 36

Telefon 0 30 / 44 01 53-15

Telefax 0 30 / 44 01 53-20