

# Mandanteninfo

Frühjahr 2012

Ehlers & Feldmeier

Rechtsanwälte  
Notare  
Fachanwälte

**Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Mandantinnen und Mandanten,**

nach längerer Zeit halten Sie ein Mandanteninfo der Sozietät Ehlers & Feldmeier in gedruckter Form in den Händen. Seit wir auf unserer Internetseite aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung und Gesetzgebung sowie interne Neuigkeiten jeweils kurzfristig bekannt geben, erscheint die gedruckte Ausgabe unserer Mandanteninformation in größeren Abständen.

Mit dem vorliegenden Heft informieren wir Sie über aktuelle gerichtliche Entscheidungen, die aus unserer Sicht praxisrelevant sind. Darüber hinaus enthält diese Mandanteninformation einen internen Teil, der sich unserem bevorstehenden Umzug zum 01.05.2012 in die Elisabethstraße 6 in Dortmund und einem Rückblick auf 11 Jahre Rechtsanwälte Ehlers & Feldmeier widmet.

Viel Spaß beim Lesen wünschen  
Ihre Rechtsanwälte und Notare  
Ehlers & Feldmeier

<b>01</b>	<b>Vorwort</b>	
<b>02</b>	<b>Entscheidungen aus der Praxis</b>	
	Alleinerziehend und Betreuungsunterhalt – Künftig kein Thema mehr?	05
	24 Stunden – oder doch etwas mehr?	06
	Fehlverhalten ohne Folgen – Unwirksamkeit von Regelungen über die Verletzung vertraglicher Obliegenheiten	08
	Wie Du mir, so ich Dir!	
	§ 648 a BGB – Eine viel zu wenig genutzte Möglichkeit	11
	Der „Run“ auf die Studienplätze wird härter	13
	Änderungen im Bereich der Vertragsärztlichen Versorgung durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz	15
	„Mauern“ in Bußgeldverfahren nicht ohne Risiko: Die Fahrtenbuchauflage nach § 31 a StVZO	19
	Wer's genau nimmt – Einbau von modernen Ablesegeräten in Mietwohnungen	21
	Upgrade leicht(er) gemacht	22
<b>03</b>	<b>Vermischtes</b>	
	Gute Noten für das deutsche Rechtssystem	25
	Sachgrundlose Befristung trotz Zuvor-Beschäftigung	25
	Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Teilbetriebsübergang	26
	Kautionszahlung erst nach Benennung insolvenzfesten Kontos	26
	Keine Renovierungspflicht bei zu enger Farbvorgabe	27
	Renovierung infolge von Modernisierungsmaßnahmen umlagefähig	27
	Gaststätten als Raucherclub unzulässig	28
<b>04</b>	<b>Internes</b>	
	Rückblick: 11 Jahre Rechtsanwälte Ehlers & Feldmeier	29
	Umzug zum 01.05.2012	29
	Neues Design	31
	Verstärkung unseres Teams durch Dr. Marcus Karge	31
<b>05</b>	<b>Impressum</b>	
	Impressum	33

## Alleinerziehend und Betreuungsunterhalt – Künftig kein Thema mehr?

von Rechtsanwältin Dr. Dorothee Höcker  
Fachanwältin für Familienrecht/Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Mit Urteil vom 15.06.2011 (VII ZR 94/09) gab der Bundesgerichtshof die Richtung vor: Sobald das Kind 3 Jahre alt und eine Betreuungsmöglichkeit gegeben ist, müssen geschiedene Alleinerziehende in der Regel eine Vollzeitstätigkeit aufnehmen. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass der betreuende Elternteil wegen konkret nachgewiesener Umstände nicht in vollem Umfang arbeiten kann. Grundlage dieser Entscheidung ist § 1570 BGB, wonach Geschiedene seit der Unterhaltsrechtsreform Anfang 2008 „für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen“ können. Eine Verlängerungsmöglichkeit besteht nur, „solange und soweit dies der Billigkeit entspricht“.

Konkret war der Fall einer alleinerziehenden Mutter einer 7-jährigen Tochter zu entscheiden. Diese hatte vom Kindesvater sog. „Betreuungsunterhalt“ gefordert. Sie ging bislang einer Halbtagsstätigkeit nach und erhielt monatlich 440,00 EUR nachehelichen Unterhalt. Nach geänderter Gesetzeslage Anfang 2008 beantragte der Kindesvater abändernd, keinen Betreuungsunterhalt an die Kindesmutter mehr zahlen zu müssen. Während die unteren Instanzen (Amtsgericht Grevenbroich/Oberlandesgericht Düsseldorf) die Abänderungsklage abwiesen, verwies der Bundesgerichtshof den Fall an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung zurück. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass „keine durchgreifenden individuellen Einzelumstände angeführt“ worden seien, warum die Kindesmutter das Kind nachmittags persönlich betreuen müsse. Es sei nicht ersichtlich, warum eine Vollzeiterwerbstätigkeit zu einer „überobligatorischen Belastung“ der Mutter führen könnte. Eine derartige Belastung könne „nicht pauschal, sondern nur auf der Grundlage der individuellen Verhältnisse“ begründet sein.

Der Unterhaltsgläubiger, in diesem Fall die Frau, trägt danach die Beweislast dafür, dass ihm kein Vollzeitjob zugemutet werden kann. Bleibt er den Beweis schuldig, hat er ebenso umfangreich zu arbeiten wie der andere Elternteil ohne Betreuungspflicht. Noch vor der Unterhaltsreform galt die sog. „Null-Acht-Fünfzehn-Regel“, wonach der betreuende Elternteil bis zum 8. Lebensjahr des Kindes gar nicht erwerbstätig sein musste und anschließend bis zum 15. Lebensjahr nur in Teilzeit.

Ob die Neuregelung der „Billigkeit“ entspricht, hängt danach heute entscheidend von der richterlichen Würdigung des Einzelfalls und den Anfor-

derungen ab, die das Gericht an die Beweislast und die Zumutbarkeit einer Vollzeittätigkeit stellt.

Nach oben dargestellter, neuer Gesetzeslage hat das Gericht dabei zunächst von dem Grundsatz auszugehen, dass ab dem 3. Lebensjahr des Kindes eine sog. „Erwerbsobliegenheit“ des betreuenden Elternteils besteht. Die Regelungen in § 1570 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB geben sodann Anhaltspunkte dafür, unter welchen Umständen eine Abweichung von diesem Grundsatz der „Billigkeit“ entspricht. Danach sind „die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung“ ebenso wie die Rollenverteilung, d. h. die „Erwerbstätigkeit in der Ehe“, und die „Dauer der Ehe“ zu berücksichtigen. Diese besonderen Umstände sind von dem Unterhaltsberechtigten zu beweisen. Dies kann etwa derart geschehen, dass ein psychologisches Gutachten darüber erstellt wird, dass das Kind mehr Zeit mit der Mutter/dem Vater verbringen muss. Dieser Beweis dürfte jedoch in den seltensten Fällen gelingen. Denn es gilt der Grundsatz, dass die Betreuung in Ganztagschulen o. ä. Einrichtungen gleichwertig zur Betreuung durch die Kindesmutter/den Kindsvater ist. Erfolgversprechender ist es daher, einen Nachweis darüber zu führen, dass es im konkreten Einzelfall in der näheren, erreichbaren Umgebung keine Nachmittagsbetreuung gibt. Mit steigender Anzahl an Kindertageseinrichtungen und Ähnlichem, wird aber auch dies zunehmend schwerer.

Festzuhalten ist, dass das Gericht nach „Billigkeit“ entscheidet. Eine sichere Prognose über den Ausgang eines Unterhaltsverfahrens ist damit in den meisten Fällen ausgeschlossen. Umso mehr bedarf es einer guten Rechtsberatung, um auch alle einschlägigen Argumente für sich ins Feld führen zu können. Ob dabei letztlich eine auch im Sinne des Unterhaltsgläubigers oder -schuldners „billige“ Entscheidung getroffen wird, kann an dieser Stelle nur offen bleiben.

## 24 Stunden – oder doch etwas mehr?

von **Rechtsanwalt Bernd Dörre**  
**Fachanwalt für Arbeitsrecht/Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 12.05.2011 (1 ZR 119/10 – „Innerhalb 24 Stunden“) bedeutsame Feststellungen zum wettbewerbsrechtlichen Verbraucherleitbild getroffen, welche unmittelbare Bedeutung für die Frage besitzen, ob eine Werbung irreführend und damit wettbewerbsverletzend ist.

Ein Anbieter von Druckerzubehör hat im Internet mit der Aussage „Original-Druckerpatronen innerhalb 24 Stunden: günstig – schnell – zuverlässig“ geworben. Bei Anklicken der Adwords-Anzeige erschien auf der Internetseite des Anbieters der Hinweis, dass eine Lieferung innerhalb von 24 Stunden nur dann erfolge, wenn die Bestellung bis 16:45 Uhr des Vortages eingeht bzw. wenn es sich bei dem Folgetag nicht um einen Sonntag handelt.

Der Kläger hat das Verschweigen dieser Einschränkungen in der Adwords-Anzeige als Verstoß gegen das Irreführungsverbot gemäß § 5 Abs. 1 Ziff. 1 UWG beanstandet und Unterlassung verlangt.

Der BGH hat die Klage – ebenso wie die Vorinstanzen – abgewiesen.

Eine wettbewerbsverletzende Irreführung im Sinne von § 5 Abs. 1 Ziff. 1 UWG liegt vor, wenn in einer Werbung unwahre Angaben enthalten und diese aus Sicht der „angesprochenen Verkehrskreise“, in der Regel also aus Sicht der Verbraucher, zur Täuschung geeignet sind. Die Eignung zur Täuschung der Verbraucher ist in der Vergangenheit häufig auch dann angenommen worden, wenn bei objektiver Betrachtung eine Werbeaussage offensichtlich nicht ernst gemeint bzw. verkürzt war. Dies hat zu der Kritik geführt, dass die Gerichte bei der Beurteilung der Sichtweise der „angesprochenen Verkehrskreise“ zunehmend das Leitbild eines unerfahrenen und unmündigen Bürgers zugrunde legen, welchen es zu schützen gelte. Die Entscheidung des BGH vom 12.05.2011 bedeutet eine Korrektur dieser Rechtsprechung.

Der BGH hat festgestellt, dass bei schlagwortartigen Werbeaussagen keine Pflicht zur Aufklärung über Selbstverständlichkeiten besteht.

Dabei geht der BGH davon aus, dass der aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher weiß, dass Warenlieferungen am nächsten Tag und damit „innerhalb von 24 Stunden“ ausgeschlossen sind, wenn die Bestellung erst abends oder gar am Samstag aufgegeben wird. In solchen Fällen rechne der Verbraucher nicht mit einer Lieferung am nächsten Tag, so dass ein Irrtum und damit auch eine Irreführung ausgeschlossen ist.

Ergänzend weist der BGH auf die Möglichkeit des Verbrauchers hin, durch Anklicken der Adwords-Anzeige die Einschränkungen unmittelbar wahrzunehmen. Durch diese Ergänzung des BGH bleibt leider offen, ob eine Irreführung auch dann zu verneinen ist, wenn kein ausdrücklicher Hinweis vorliegt, die Einschränkungen aber offensichtlich sind.

Unabhängig hiervon besitzt das Urteil des BGH über den Tatbestand der verbotenen Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Ziff. 1 UWG hinaus Bedeutung für das wettbewerbsrechtliche Verbraucherleitbild. Dies ist bei allen Werbeformen von Bedeutung, bei denen aufgrund der konkreten Art der Werbung nicht ausreichend Platz besteht, alle Bedingungen der Werbeaussage unmittelbar mitzuteilen.

Auch in Zukunft wird allerdings zu beachten sein, dass unerwartete Bedingungen oder Beschränkungen der Werbeaussage sofort erkennbar sein müssen, um den Vorwurf der irreführenden Werbung zu vermeiden.

### **Fehlverhalten ohne Folgen – Unwirksamkeit von Regelungen über die Verletzung vertraglicher Obliegenheiten**

von Rechtsanwalt Dr. Hendrik Zeiß  
Fachanwalt für Medizinrecht/Fachanwalt für Versicherungsrecht

Versicherungsverträge beinhalten sogenannte vertragliche Obliegenheiten. Es handelt sich hierbei um Handlungspflichten, die der Versicherungsnehmer im eigenen Interesse zu erfüllen hat, um einen Versicherungsfall möglichst zu vermeiden. Nur wenn der Versicherungsnehmer diese Obliegenheiten erfüllt, kann er im Falle des Eintritts eines Versicherungsfalles auf eine volle Versicherungsleistung hoffen.

Die Möglichkeiten zur Sanktion im Falle der Verletzung vertraglicher Obliegenheiten wurde im Zuge der Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes zum 01.01.2008 grundlegend umgestaltet. § 6 VVG in der alten Fassung sah vor, dass die Versicherungsgesellschaft im Falle der Verletzung einer vor Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheit von der Erbringung der Versicherungsleistung befreit war, sofern der Versicherungsnehmer nicht seinerseits nachwies, dass die Verletzung der Obliegenheit unverschuldet war. Dieses sogenannte „Alles- oder -Nichts-Prinzip“ wurde abgelöst durch eine differenzierte Regelung in § 28 VVG neuer Fassung. Hiernach kommt es nunmehr darauf an, ob der Versicherungsnehmer die Obliegenheit vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt. Nur im Falle einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung ist die Versicherungsgesellschaft weiterhin leistungsfrei. Im Falle einer grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung ist die Versicherungsgesellschaft dazu berechtigt, die zu erbringende Versicherungsleistung in einem der Schwere des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen. Gelingt es dem Versicherungsnehmer, nachzuweisen, dass er nicht grob fahrlässig gehandelt hat, so hat er einen Anspruch auf die volle Versicherungsleistung.

Den Versicherungsgesellschaften wurde im Zusammenhang mit der Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes für einen Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 31.12.2008 die Möglichkeit eingeräumt, ihre Versicherungsbedingungen einseitig an die eingetretenen gesetzlichen Änderungen anzupassen. Die meisten Versicherungsgesellschaften haben von dieser Anpassungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Dies dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, dass der damit verbundene Verwaltungsaufwand und die erforderlichen Kosten für die nachweisbare Zustellung der Änderungen den Versicherungsgesellschaften zu hoch erschienen.

Das Landgericht Köln, das Oberlandesgericht Köln und – drittinstanzlich – der Bundesgerichtshof hatten nunmehr über folgenden Fall zu entscheiden:

Der Versicherungsnehmer unterließ es, in einem nicht genutzten Gebäude in der kalten Jahreszeit die wasserführenden Anlagen und Einrichtungen zu entleeren. Eine solche Obliegenheit bestand jedoch nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen des geltenden Gebäudeversicherungsvertrages. Im Januar des Jahres 2009 kam es zum Eintritt eines Leitungswasserschadens. Die Versicherungsgesellschaft wies darauf hin, dass eine vor Eintritt des Versicherungsfalles zu beachtende Obliegenheit verletzt worden sei. Hinsichtlich der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen verwies die Gesellschaft auf die nunmehr geltende Vorschrift des § 28 Abs. 2 VVG n.F. und nahm eine Leistungskürzung um die Hälfte vor. Der Versicherungsnehmer berief sich darauf, dass seine nicht angepassten Versicherungsbedingungen aus dem Jahre 1988 einen Hinweis auf den nicht mehr gültigen § 6 VVG a.F. enthielten. Die Regelung in den allgemeinen Versicherungsbedingungen über die Verletzung vertraglicher Obliegenheiten sei deshalb unwirksam und er habe einen vollen Leistungsanspruch.

Nachdem bereits das Landgericht und das Oberlandesgericht Köln dem Versicherungsnehmer Recht gaben, entschied der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 12.10.2011, dass die unterlassene Anpassung der Versicherungsbedingungen durch die Versicherungsgesellschaft tatsächlich zu der Konsequenz führt, dass die Regelungen über die Verletzung der vertraglichen Obliegenheiten unwirksam ist.

Der Bundesgerichtshof führte in seiner Entscheidung aus, dass die sich aus den Versicherungsbedingungen ergebende vollständige Leistungsfreiheit im Falle einer grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung zu Lasten des Versicherungsnehmers von der gesetzlichen Regelung des § 28 Abs. 2 VVG abweicht, da dort für den Fall der grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung nur eine dem Verschulden des Versicherungsnehmers entsprechende Leistungskürzung vorgesehen ist. Es sei auch nicht möglich, die bisherige Regelung mit dem Ergebnis der vollständigen Leistungsfreiheit

durch die nunmehr gültige gesetzliche Regelung zur Leistungskürzung zu ersetzen. Die Versicherungsgesellschaft habe über den Zeitraum eines Jahres hinweg die Möglichkeit gehabt, die Versicherungsbedingungen anzupassen. Das von der Versicherungsgesellschaft ins Feld geführte Argument, die Vertragsumstellung sei mit hohen Kosten verbunden und aufgrund vieler unterschiedlicher allgemeiner Versicherungsbedingungen faktisch unmöglich gewesen, ließ der Bundesgerichtshof nicht gelten.

Somit bleibt im Ergebnis die Obliegenheitsverletzung aufgrund der nicht erfolgten Vertragsanpassung unabhängig vom Maß des Verschuldens des Versicherungsnehmers folgenlos. Dies gilt nicht nur für Gebäudeversicherungsverträge, sondern für alle Versicherungsverträge, in deren allgemeinen Versicherungsbedingungen bisher die Verletzung vertraglicher Obliegenheiten zur Rechtsfolge des § 6 VVG a.F. führt und zwar entweder durch einen Verweis auf die ehemalige gesetzliche Regelung oder durch deren Wiedergabe in den Versicherungsbedingungen.

Zu beachten ist allerdings, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung klar gestellt hat, dass eine Leistungsfreiheit der Versicherungsgesellschaft weiterhin deshalb in Betracht kommen kann, weil der Versicherungsnehmer möglicherweise den Versicherungsfall im Sinne des § 81 VVG grob fahrlässig herbeigeführt hat. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalls in diesem Sinne von der Versicherungsgesellschaft nachzuweisen ist, während die grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung nach § 28 VVG zunächst einmal vermutet wird und vom Versicherungsnehmer widerlegt werden muss.

Die Versicherungsgesellschaft kann sich darüber hinaus auf die Verletzung gesetzlicher Obliegenheiten im Sinne des § 82 VVG berufen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat einen seit der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes bestehenden Streit der juristischen Literatur und Rechtsprechung beendet. Das sich aus der Entscheidung ergebende Problem für Versicherungsgesellschaften dürfte jedoch überschaubar sein, da aufgrund von Vertragsanpassungen nach und nach alte Versicherungsbedingungen verschwinden werden.

### Wie Du mir, so ich Dir!

#### § 648 a BGB – Eine viel zu wenig genutzte Möglichkeit

von Rechtsanwalt und Notar Dr. Michael Kalle  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Es gibt sie noch: Bauverträge die problemlos abgewickelt werden. Dies ist nicht immer so. Viele Auftragnehmer können „ein Lied davon singen“, wie Auftraggeber auf allen möglichen und unmöglichen Wegen versuchen, die Zahlung von Werklohnansprüchen zu vermeiden. Gerade Nachunternehmer, die für marktstarke Generalunternehmer tätig sind, klagen hierüber häufig.

In einer solchen Situation sollte der Auftragnehmer immer daran denken, welche Möglichkeiten das Gesetz ihm mit § 648 a BGB in der durch das Forderungssicherungsgesetz novellierten Fassung einräumt. Diese Vorschrift ist ein durchaus scharfes Schwert und sollte vom Auftragnehmer genutzt werden, wenn er aufgrund der Entwicklung des Vertragsverhältnisses „so und so“ nicht mehr damit rechnen kann, zukünftig Aufträge von seinem Vertragspartner zu erhalten.

Folgende Eckpunkte sind zu beachten und zu beherzigen:

1. Die Vorschrift findet keine Anwendung gegenüber
    - juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich rechtlichen Sondervermögen, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist und
    - natürlichen Personen, wenn die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung dienen.
- Im Übrigen ist die Vorschrift uneingeschränkt anwendbar und kann durch vertragliche Bestimmungen nicht beschränkt werden, § 648 a BGB Abs. 7.
2. Anspruchsberechtigt ist der Unternehmer eines Bauwerks. Hierzu zählt nicht nur der bauüberwachende, sondern auch der bauplanende Architekt.
  3. Sicherbar sind
    - Ansprüche auf Werklohn aus dem ursprünglichen Vertrag und aus Zusatzaufträgen, soweit die Vergütung noch nicht bezahlt worden ist,

- zzgl. 10 % für Nebenforderungen, wobei umstritten ist, ob diese Nebenforderungen tatsächlich bestehen müssen oder ob diese Sicherung pauschal begehrt werden kann (letzteres dürfte richtig sein),
  - Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten, wie beispielsweise diese ersetzende Schadenersatzansprüche.
4. Obwohl das Landgericht Hamburg dies vor einiger Zeit anders entschied ist § 648 a BGB solange anwendbar, wie noch ein entsprechender Vergütungsanspruch besteht, ohne dass es darauf ankäme, ob der Auftragnehmer noch vorleistungspflichtig ist (insbesondere greift § 648 a) BGB auch noch nach Abnahme der Werkleistung ein). Dies ist deshalb von besonderer Bedeutung, da es dem Auftragnehmer zumeist noch gelingt, eine Abnahme zu erreichen; danach sieht er sich jedoch häufig vielfältigen Mängelrügen ausgesetzt, wenn er seine Schlusszahlung einfordert.
  5. Dem Besteller muss durch den Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung gesetzt worden sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers und nach Auffassung des Oberlandesgerichts in Hamm ist eine Frist von 7 bis 10 (Kalender-)Tagen ausreichend (Bundestags-Drucksache 12/1836, S. 9; OLG Hamm IBR 2010, 83).
  6. Die Sicherheit muss in bestimmter Höhe verlangt werden. Wenn der Auftragnehmer sich insoweit „verhauen“ hat, muss der Besteller die Sicherheit in angemessener Höhe anbieten. Tut er dies nicht, so ist das Verlangen nach Sicherheitsleistung ausreichend gewesen.
  7. Dem Verlangen nach Sicherheitsleistung können Gegenansprüche – einschließlich Mängelansprüche und -rechte (!) – nicht entgegengesetzt werden. Sie führen also nicht zur Reduzierung der begehrten Sicherheit. Damit bleiben Einwendungen und Einreden des Bestellers wegen Mängeln vollständig außen vor. Gerade dies war ein nachhaltiges Anliegen des Gesetzgebers. Er wollte ausdrücklich nicht, dass die Sicherheitsleistung aufgrund der entsprechenden, durch den Besteller behaupteten Rechte reduziert wird. Anders ist dies nur dann, wenn die durch den Besteller geltend gemachten Ansprüche unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

Sind die vorgenannten Voraussetzungen eingehalten, so hat der Auftragnehmer die Rechte

- die Leistung zu verweigern (also insbesondere nach Ablauf der angemessenen Frist), so dass er auch nicht verpflichtet ist, Mängel zu beseitigen,

- den Vertrag zu kündigen.

Kündigt der Auftragnehmer den Vertrag, hat er einen Anspruch auf

- klageweise Durchsetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung,
- Zahlung des Werklohnanspruches im Hinblick auf die erbrachten Leistungen, wobei rechtlich unklar ist, wie mit Mängeln der erbrachten Leistungen umzugehen ist (hierbei kommt es auf den Einzelfall an; die Darlegung der Rechtslage würde den Umfang dieses Beitrages sprengen),
- den Werklohn für die nicht erbrachte Leistung abzüglich des durch die Kündigung des Vertrages ersparten Aufwandes oder des aufgrund anderweitiger Verwendung der Arbeitskraft Erworbenen oder böswillig nicht Erworbenen.

Im Hinblick auf den Anspruch auf Werklohn für nicht erbrachte Leistung vermutet das Gesetz, dass der Anspruch sich auf 5 % der hierauf entfallenden Vergütung stellt.

Auch wenn nicht alles Gold ist, was glänzt, so ist doch festzuhalten, dass es dem Gesetzgeber erstmalig gelungen ist, dem Auftragnehmer ein Instrument an die Hand zu geben, dass ihn davor schützt, immer weiter Leistungen für einen zahlungsunwilligen Besteller zu erbringen – es sei denn Auftraggeber sind die öffentliche Hand oder der Bauherr eines Einfamilienhauses.

Auch Besteller führen häufig nicht unberechtigt Klage über mangelhafte Werkleistungen und ihre Schwierigkeiten, die entsprechenden Rechte und Ansprüche durchzusetzen. Das ist aber eine andere Geschichte.

### Der „Run“ auf die Studienplätze wird härter

von Rechtsanwältin Dr. Dorothee Höcker  
 Fachanwältin für Verwaltungsrecht/Fachanwältin für Familienrecht

In Zeiten steigender Studienanfängerzahlen werden die begehrten Studienplätze ohnehin schon immer knapper. Erschwerend kommt nun noch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 23.03.2011 – 6 CN 3.10) hinzu.



Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 23.03.2011 entschieden, dass die baden-württembergische Regelung über die Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazitäten mit Bundesrecht vereinbar ist.

§ 24 der Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die zentrale Vergabe von Studienplätzen (VergabeVO ZVS BW) erhielt 2009 folgenden Wortlaut:

„Zulassung außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen

Ein Antrag, mit dem ein Anspruch auf Zulassung außerhalb der festgesetzten Zulassungszahl geltend gemacht wird, muss

1. für das Sommersemester bis zum 15. Januar,
2. für das Wintersemester bis zum 15. Juli

bei der Hochschule eingegangen sein (Ausschlussfristen). Voraussetzung für die Zulassung außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen ist ferner ein Antrag auf Zulassung nach § 3 im zentralen Vergabeverfahren in dem betreffenden Studiengang für den betreffenden Studienort. Sind Zulassungen außerhalb der festgesetzten Kapazität auszusprechen, hat sich die Vergabe an den Vergabekriterien im zentralen Vergabeverfahren zu orientieren, wenn die Hochschule für die Bewerber um diese Zulassungen entsprechende Ranglisten erstellt.“

Zuvor war es jedem Studienplatzbewerber möglich, im Falle eines Ablehnungsbescheides der Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen – ZVS (heute: Stiftung für Hochschulzulassung) –, alle Universitäten, die den betreffenden Studiengang anboten, auf der Suche nach Restkapazitäten beliebig in Anspruch zu nehmen und im Eilverfahren klageweise zu verlangen, ihm einen Studienplatz außerhalb der bereits zugewiesenen Kapazitäten zuzuweisen. Sobald das Verwaltungsgericht feststellte, dass die beklagte Hochschule ihre Kapazitäten für Studienplätze nicht voll ausgeschöpft hatte, wurden die zusätzlich ermittelten Studienplätze per Losverfahren unter den gerichtlich beteiligten Antragstellern verteilt.

Mit der o. g. Neuregelung wird diese Möglichkeit weitreichend beschnitten. Jeder abgelehnte Studienplatzbewerber kann danach in Baden-Württemberg nur noch diejenige Universität in Anspruch nehmen, die er bereits im zentralen Vergabeverfahren vorab mit vorrangiger Priorität benannt hat.

In dem vom Bundesverwaltungsgericht am 23.03.2011 entschiedenen Fall hatte sich der Antragsteller im zentralen Vergabeverfahren um einen

Medizinstudienplatz beworben. Er stellte vor dem Verwaltungsgericht Mannheim einen Normkontrollantrag zur Überprüfung, ob das baden-württembergische Wissenschaftsministerium durch den Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen zum Erlass der angefochtenen Bestimmungen ermächtigt war und ob die neuen Vergabevorschriften gegen die in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Grundrechte der Berufsfreiheit und der freien Wahl der Ausbildungsstätte verstoßen.

Das Bundesverwaltungsgericht bejahte Ersteres und verneinte Letzteres mit der Folge, dass der Normkontrollantrag in letzter Instanz scheiterte. Die landesrechtliche Bindung der Vergabe von Studienplätzen außerhalb der festgesetzten Kapazitäten an die Kriterien des für die innerkapazitäre Vergabe vorgesehenen Auswahlverfahrens der Hochschulen ist danach bundesrechtskonform.

Dies erschwert künftige Studienplatzklagen, lässt sie jedoch gleichwohl nicht vollkommen aussichtslos erscheinen. Es bedarf lediglich des frühzeitigen unterstützenden Rechtsrates und der Kenntnis darüber, in welchen Bundesländern derzeit die Chancen für eine Studienplatzklage höher sind als in anderen. Denn nicht alle Bundesländer haben die baden-württembergische Regelung bislang übernommen.

## Änderungen im Bereich der Vertragsärztlichen Versorgung durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz

von Rechtsanwalt Dr. Hendrik Zeiß  
Fachanwalt für Medizinrecht/Fachanwalt für Versicherungsrecht

Am 01.01.2012 ist das Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) in Kraft getreten. Dieses Gesetz wurde vom Bundestag am 22.12.2011 beschlossen.

Mit dem GKV-VStG werden die Ziele der aktuellen Bundesregierung auf dem Gebiet des Gesundheitswesens umgesetzt. Neben zahlreichen weiteren Änderungen bringt das Gesetz auch Änderungen auf dem Gebiet der vertragsärztlichen Versorgung.

1. Eine Änderung betrifft Medizinische Versorgungszentren.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung verfolgte die damalige Bundesregierung im Jahre 2003 das Ziel, die vertragsärztliche Versorgung grundlegend zu reformieren. Bereits im Rahmen

der seinerzeitigen Konsensverhandlungen wurden die ursprünglichen Pläne der Bundesregierung „abgespeckt“. Übrig blieb jedoch unter anderem die Möglichkeit zur Errichtung von medizinischen Versorgungszentren, die an der vertragsärztlichen ambulanten Versorgung der Versicherten teilnehmen (siehe hierzu näher Zeiß, Die ärztliche Praxis aus Berufs- und Vertragsarztrechtlicher Sicht, Seite 31 ff.).

Ein wesentliches Strukturmerkmal medizinischer Versorgungszentren war nach bisherigem Recht, dass diese nicht nur von Ärzten, sondern auch von anderen Leistungserbringern im System der gesetzlichen Krankenversicherung betrieben werden konnten. Auch die Wahl der Rechtsform, in der diese medizinischen Versorgungszentren betrieben werden konnten, war liberal formuliert.

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP wurde unter Ziffer 9.1. zum Thema Gesundheit bereits formuliert, dass diese erst im Jahre 2004 eingeführten Möglichkeiten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung über medizinische Versorgungszentren „zurückgedreht“ werden sollten. So heißt es hierzu wörtlich im Koalitionsvertrag:

„Die Freiberuflichkeit der ärztlichen Tätigkeit ist ein tragendes Prinzip unserer Gesundheitsversorgung und sichert die Therapiefreiheit. Die freie Arztwahl durch die Patientinnen und Patienten ist dabei Ausdruck eines freiheitlichen Gesundheitswesens und die Basis für das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Ärztin und Arzt und Patientin und Patient. Diese Struktur der ambulanten Versorgung wollen wir aufrecht erhalten. Die Besonderheiten einer wohnortnahen Versorgung in ländlichen Bereichen werden dabei Berücksichtigung finden.“

Medizinische Versorgungszentren (MVZ) sollen nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen werden. Geschäftsanteile können nur von zugelassenen Ärztinnen und Ärzten so wie Krankenhäusern gehalten werden. Wesentlich ist dabei vor allem, dass die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte Ärztinnen und Ärzten zustehen und das MVZ von Ärztinnen und Ärzten verantwortlich geführt wird. Für den Bereich unterversorgter Gebiete soll eine Öffnungsklausel für Krankenhäuser vorgesehen werden, wenn keine Interessenten aus dem Bereich der Ärztinnen und Ärzte zur Verfügung stehen“.

Diese Überlegungen haben Niederschlag im GKV-VStG gefunden. So wurde § 95 SGB V wie folgt geändert:

- a) Festgelegt ist, dass Medizinische Versorgungszentren nur noch von zugelassenen Ärzten, zugelassenen Krankenhäusern, Erbringern nicht ärztlicher Dialysenleistungen oder von gemeinnützigen Trägern, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, gegründet werden können.
- b) Geregelt ist nunmehr weiterhin, dass die Gründung nur in der Rechtsform einer Personengesellschaft, einer eingetragenen Genossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich ist.
- c) Der ärztliche Leiter des Medizinischen Versorgungszentrums muss in diesem selbst als Angestellter oder Vertragsarzt tätig sein.
- d) Es wurden Übergangsregelungen eingeführt für solche Medizinische Versorgungszentren, die bereits am 01.01.2012 zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen waren. Diese können unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform weiter betrieben werden. Diesen Medizinischen Versorgungszentren ist die Zulassung jedoch zu entziehen, wenn die neuen Gründungsvoraussetzungen für einen Zeitraum von mehr als 6 Monaten nicht mehr vorliegen. Ferner müssen auch solche Medizinischen Versorgungszentren dem Zulassungsausschuss bis zum 30.06.2012 nachweisen, dass der ärztliche Leiter selbst im Versorgungszentrum als angestellter Arzt oder Vertragsarzt tätig ist.

Auch bei der Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen werden Medizinische Versorgungszentren in Zukunft teilweise benachteiligt sein. So können Medizinische Versorgungszentren zwar weiterhin Vertragsarztsitze übernehmen. Befindet sich die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte jedoch in der Hand von Ärzten, die nicht im Medizinischen Versorgungszentrum tätig sind, so sind diese Medizinischen Versorgungszentren bei der Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen gegenüber übrigen Bewerbern nachrangig zu berücksichtigen. Dies gilt nur dann nicht, wenn das MVZ bereits am 31.12.2011 zugelassen war und bereits zu diesem Zeitpunkt die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte in der Hand von nicht im MVZ tätigen Ärzten lag.

2. Ein weiteres Ziel der Bundesregierung war es, eine flächendeckende und bedarfsgerechte medizinische Versorgung im Bundesgebiet sicherzustellen. Hierzu heißt es im Koalitionsvertrag:

„Die Sicherstellung der flächendeckenden und bedarfsgerechten medizinischen Versorgung ist uns ein zentrales gesundheitspolitisches Anliegen, dass im Hinblick auf die demographische und gesellschaftliche Entwicklung noch an Bedeutung gewinnt.“

Der in manchen Regionen sich abzeichnenden Unterversorgung durch Ärztemangel und zunehmend längeren Wartezeiten muss wirksam begegnet werden. Dazu werden wir die Voraussetzungen schaffen, damit die gemeinsame Selbstverwaltung die Bedarfsplanung zielgerichtet weiter entwickeln kann“.

Die vorstehenden Ziele der Bundesregierung wurden wie folgt umgesetzt:

- a) Besonders bemerkenswert ist eine Neuregelung, welche der Überversorgung in einzelnen Gebieten entgegen wirken soll. Der Zulassungsausschuss hat zukünftig die Möglichkeit, den Antrag eines Vertragsarztes auf Nachbesetzung seines Vertragsarztsitzes abzulehnen. In diesem Fall hat die kassenärztliche Vereinigung dem ausscheidendem Vertragsarzt oder seinen Erben eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes der Arztpraxis zu zahlen. Die Kassenärztliche Vereinigung soll also über den Zulassungsausschuss die Möglichkeit haben, Arztpraxen „anzukaufen“, um so in überversorgten Gebieten Vertragsarztsitze „einzuziehen“. Diese Möglichkeit soll nur dann nicht bestehen, wenn ein konkreter Bewerber auf den Vertragsarztsitz vorhanden ist und es sich bei diesem Bewerber um den Ehegatten, Lebenspartner oder ein Kind des bisherigen Vertragsarztes handelt oder der Bewerber angestellter Arzt des bisherigen Vertragsarztes war oder mit dem bisherigen Vertragsarzt die Praxis gemeinschaftlich betrieben hat.
- b) Zur Bekämpfung der Unterversorgung haben die Kassenärztlichen Vereinigungen die Möglichkeit, zukünftig einen sogenannten Strukturfond zu bilden. Aus diesem Fond sollen unter anderem Zuschüsse zu den Investitionskosten bei der neuen Niederlassung oder Gründung von Zweigpraxen in unterversorgten Gebieten finanziert werden.

Darüber hinaus sollen Kommunen die Möglichkeit haben, mit Zustimmung der Kassenärztlichen Vereinigung eigene Einrichtungen zur unmittelbaren medizinischen Versorgung der Versicherten zu betreiben. Kommunen erhalten damit erstmalig die Möglichkeit, unmittelbar Einrichtungen der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung zu betreiben.

3. Eine weitere Veränderung durch das GKV-VStG betrifft die Vergütung der Ärzte auf dem Gebiet der Versorgung der gesetzlich Versicherten. Mit dieser Änderung erweist sich erneut, dass Regelungen auf diesem Gebiet nur eine sehr geringe Halbwertszeit haben. Die jüngste Änderung, welche die Einführung von Regelleistungsvolumina brachte, liegt erst 3 Jahre zurück.

Im Koalitionsvertrag heißt es hierzu:

„Die Ärztinnen und Ärzte brauchen einen gesicherten Rahmen für ihre Arbeit. Eine Grundvoraussetzung ist ein einfaches, verständliches Vergütungssystem, das die Leistungen adäquat abbildet. Dabei werden regionale Besonderheiten Berücksichtigungen finden. Nach kritischer Überprüfung wird die Honorarreform unter dieser Zielsetzung zusammen mit den Beteiligten den erforderlichen Kurskorrekturen unterzogen“.

Im Ergebnis wurde nun vorgesehen, dass die Vergütung der Ärzte über arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina nicht mehr durch Bundesgesetz vorgeschrieben ist. Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben die Möglichkeit, den Verteilungsmaßstab im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen selbst festzulegen. Bis eine solche Festlegung erfolgt, bleiben bisherige Bestimmungen, insbesondere die Zuweisung von arzt- und praxisbezogenen Regelleistungsvolumina in Kraft.

Hier bleibt abzuwarten, ob und durch welche Instrumente die Kassenärztlichen Vereinigungen zukünftig von der neueröffneten Möglichkeit, das Vergütungssystem selbst festzulegen, Gebrauch machen werden.

### „Mauern“ in Bußgeldverfahren nicht ohne Risiko: Die Fahrtenbuchauflage nach § 31 a StVZO

von Rechtsanwalt und Notar Thorsten Ehlers  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Häufig werden Verkehrsordnungswidrigkeiten von Personen begangen, die mit einem fremden Auto unterwegs sind. Den Halter trifft dann grundsätzlich die Pflicht, dazu beizutragen, den Fahrer zu ermitteln. Diese Situation ist insbesondere gegeben, wenn Mitarbeiter mit dem Fahrzeug ihres Arbeitgebers fahren oder Fahrzeuge von Familienmitgliedern geführt werden. Während Mietwagensgesellschaften regelmäßig unverzüglich die jeweiligen Mieter als Fahrer benennen, so ist bei den zuvor genannten beiden Personengruppen häufig keine große Bereitschaft gegeben, die Fahrer zu „outen“. Teilweise bestehen sogar Zeugnisverweigerungsrechte, insbesondere, wenn etwa ein Geschäftsführer einer GmbH sich selbst als Fahrer benennen müsste, oder in den Familienfällen.

Wenn man auf entsprechende Zeugenfragebögen der Bußgeldstellen nicht oder nur verzögernd reagiert, kann dies nach § 31 a StVZO eine

Fahrtenbuchauflage nach sich ziehen, und zwar für alle Fahrzeuge des Halters. Die Dauer kann dabei liegen zwischen sechs Monaten und sogar unbestimmter Zeit, wenn es um schwerwiegende Verstöße geht. Die Anordnung der Fahrtenbuchauflage kann vorgenommen werden, wenn die Feststellung eines Fahrzeugführers nach einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften nicht möglich war.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat in einem Beschluss vom 09.06.2011 den Anwendungsbereich der Vorschrift konkretisiert: Die Feststellung des Fahrzeugführer im Sinne der Vorschrift ist dann unmöglich, wenn die Behörde nach den Umständen des Einzelfalls nicht in der Lage war, den Täter einer Zuwiderhandlung gegen Verkehrsvorschriften zu ermitteln, obwohl sie alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen getroffen hat. Ungeachtet der behördlichen Ermittlungspflicht dahin, den Halter unverzüglich von dem begangenen Verkehrsverstoß zu unterrichten, bleibt es Sache des Halters, Angaben zu der Person zu machen, die im fraglichen Zeitpunkt sein Fahrzeug geführt hat. Dabei obliegt es dem Halter insbesondere, dass er den (bekannten oder auf einem vorgelegten Radarfoto erkannten) Fahrer benennt oder zumindest den möglichen Täterkreis eingrenzt und die Täterfeststellung durch Nachfragen im Kreis der Nutzungsberechtigten fördert.

Die Berufung auf ein Aussageverweigerungsrecht steht der Auflage nicht entgegen. Das Aussageverweigerungsrecht betrifft nämlich nur das reine Bußgeldverfahren, jedoch nicht die daneben bestehende öffentlich-rechtliche Pflicht des Halters zur Aufklärung von Verkehrsverstößen, die mit seinem Fahrzeug begangen worden sind. Die Fahrtenbuchauflage soll nach dem Willen des Gesetzgebers sicherstellen, dass bei künftigen Verkehrsverstößen mit dem Fahrzeug die Feststellung des Fahrers anders als im Anlassfall ohne Schwierigkeiten möglich ist. Letztlich sollen andere Verkehrsteilnehmer vor Gefährdungen geschützt werden.

Die Reaktion auf den Empfang eines Zeugenfragebogens im Rahmen eines Bußgeldverfahrens sollte also wohlüberlegt und gegebenenfalls mit einem Rechtsanwalt abgestimmt sein.

Abschließend sei noch auf Folgendes hingewiesen: Gelegentlich „übernehmen“ andere Personen die Punkte des eigentlichen Fahrers, indem man eine falsche Person als Fahrer angibt. Dies ist nicht unproblematisch, sondern eine Straftat (§ 164 StGB – falsche Verdächtigung)!

## Wer's genau nimmt – Einbau von modernen Ablesegeräten in Mietwohnungen ist zu dulden

von Rechtsanwalt Dr. Marcus Karge

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 28. September 2011 – Az. VIII ZR 326/10 – entschieden, dass sich Mieter nicht gegen die Modernisierung der Erfassungsgeräte für Kaltwasser, Warmwasser und Heizwärme zur Wehr setzen dürfen.

Gebäudeeigentümer sind nach § 4 Abs. 1 Heizkostenverordnung verpflichtet, den anteiligen Verbrauch der Nutzer an Wärme und Warmwasser zu erfassen.

Dementsprechend hatte eine Vermieterin den Verbrauch von Wärme, Warmwasser, aber auch von Kaltwasser in einem Mehrfamilienhaus mit Zentralheizung durch funktionstüchtige herkömmliche Ablesegeräte erfasst. Sie teilte ihren Mietern im Mai 2009 mit, dass sie die funktionstüchtigen Ablesegeräte durch ein funkbasiertes Ablesesystem ersetzen werde. Ein solches System ermöglicht dem Vermieter die Erfassung des Verbrauchs, ohne die jeweilige Mietwohnung betreten zu müssen. Dazu werden Funksignale von den in der Wohnung angebrachten Geräten übermittelt.

Eine Mieterin verweigerte den beabsichtigten Austausch der Ableseeinrichtungen mit der Begründung, in ihrer Wohnung kein mit Funk arbeitendes System dulden zu wollen.

Bisher war streitig, ob Mieter verpflichtet sind, das Ersetzen von bestehenden und funktionierenden Ablesegeräte allein wegen einer beabsichtigten Modernisierung zu dulden. Teilweise wurde vertreten, eine solche Duldungspflicht ergebe sich für Wärme und Warmwasser nicht aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 1 Heizkostenverordnung, wonach der Mieter die Ausstattung mit Erfassungsgeräten in seinen Räumen zu dulden hat. Es sei damit nur eine Duldungspflicht für den erstmaligen Einbau der Geräte festgeschrieben. Dem trat der Bundesgerichtshof a.a.O. jedoch entgegen:

„Schon nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 1 Heizkostenverordnung ist die Duldungspflicht des Mieters nicht auf die Fälle der erstmaligen Installation einer Messeinrichtung (und des Austauschs defekter Geräte) beschränkt.“

Damit spricht der Bundesgerichtshof dem Eigentümer das Recht zu, über die Art und Weise der Verbrauchserfassung selbst zu entscheiden und

die Verbrauchserfassung durch Modernisierung des Erfassungssystems neu zu regeln. Der Mieter sei nicht allein verpflichtet, den erstmaligen Einbau zu dulden, sondern müsse auch die Modernisierung der Erfassungssysteme und die Ausstattung der Räume mit den entsprechenden Messgeräten dulden.

Entsprechend schließt sich der Bundesgerichtshof auch der Auffassung an, die Erfassungsgeräte für den Verbrauch von Kaltwasser hätte der Mieter zu dulden. Dies begründet er mit § 554 Abs. 2 S. 1 BGB, wonach der Mieter Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache zu dulden hat. Es sei wohnwerterhöhend und damit nach § 554 Abs. 2 S. 1 BGB zu dulden, wenn das neue Erfassungsgerät das Ablesen des Verbrauchs ohne das Betreten der Mietwohnung ermögliche. In diesem Zusammenhang verwirft der Bundesgerichtshof auch das Argument, Funktechnik sei gesundheitsschädlich und deshalb sei der Einbau nicht zu dulden. Dies sei wissenschaftlich nicht belegt.

Die Entscheidung dürfte Eigentümer von Mietwohnungen aufatmen lassen. Der Bundesgerichtshof hat damit die bestehende Rechtsunsicherheit aufgrund der unterschiedlichen Instanzrechtsprechung zur Frage der Duldungspflicht beseitigt. Rechtsunsicherheit steht dem Einbau neuer und moderner Messgeräte damit nicht mehr entgegen. Sicher werden einige Mieter dennoch einen Austausch ablehnen. Um das Mietverhältnis nicht unnötig zu belasten, sollte die Umstellung auf ein modernes System daher wie im zugrunde liegenden Fall des Bundesgerichtshofes für alle Messpunkte (Heizung, Warm- und Kaltwasser) erfolgen.

### Upgrade leicht(er) gemacht

von Rechtsanwalt Dr. Hendrik Zeiß  
Fachanwalt für Medizinrecht/Fachanwalt für Versicherungsrecht

Bereits seit einiger Zeit besteht die Möglichkeit, anstelle der Gründung einer normalen GmbH, die ein Mindeststammkapital von 25.000,00 EUR vorausieht, eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zu gründen. Diese erfordert nur ein Mindeststammkapital von 1,00 EUR.

Aufgrund des bekanntermaßen geringen Stammkapitals leidet die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder UG (haftungsbeschränkt) unter einem schlechten Image. Deshalb ist es für Gesellschafter einer solchen UG (haftungsbeschränkt) interessant, diese in eine echte GmbH umzuwandeln. Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht Hamm haben in zwei Urteilen vom 19.04.2011 (BGH II ZB 25/10) und 05.05.2011

(OLG Hamm I-27 W 24/11) klar gestellt, dass dabei die gleichen Voraussetzungen gelten, wie bei der Neugründung einer GmbH.

§ 5 a GmbHG enthält Sonderregelungen für die UG (haftungsbeschränkt) im Verhältnis zur GmbH. So sieht § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ein Sacheinlageverbot für die UG (haftungsbeschränkt) vor. § 5 a Abs. 1 Satz 1 GmbHG besagt, dass die Anmeldung der UG (haftungsbeschränkt) zum Handelsregister erst erfolgen darf, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Bei der „normalen“ GmbH dagegen ist eine Gründung und eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen möglich, sofern diese werthaltig sind. Bei Gründung oder Kapitalerhöhungen muss mindestens die Hälfte des Stammkapitals eingezahlt sein.

Nach § 5 a Abs. 4 GmbHG gelten für die UG (haftungsbeschränkt) die Einschränkungen der Absätze 1 – 4 des § 5 a GmbHG nicht, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital so erhöht, dass es den Betrag des Mindeststammkapitals von 25.000,00 EUR erreicht oder übersteigt. Angesichts der Verwendung des Wortes „erhöht“ war bislang umstritten, ob die Sonderregeln u.a. des § 5 a Abs. 2 GmbHG erst dann nicht mehr gelten, wenn bereits das Stammkapital auf 25.000,00 EUR erhöht wurde, oder ob die Vorschriften schon dann keine Anwendung mehr finden, wenn das Stammkapital auf diesen Mindestbetrag erhöht wird.

Mit dem Beschluss vom 19.04.2011 hat der Bundesgerichtshof klar gestellt, dass das Sacheinlageverbot nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG bereits für eine den Betrag des Mindestkapitals erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals nicht mehr gilt. Dies bedeutet, dass für die Kapitalerhöhung, die erst zum Erreichen des Mindeststammkapitals führt, Sacheinlagen möglich sind.

Zur Begründung verweist der Bundesgerichtshof u. a. darauf, dass die UG (haftungsbeschränkt) im Falle einer Kapitalerhöhung nicht schlechter gestellt werden darf, als eine GmbH bei ihrer Neugründung. Der Gesetzgeber habe die UG (haftungsbeschränkt) bewusst für Existenzgründer eingeführt. Die Verpflichtung zur Rücklagenbildung gemäß § 5 a Abs. 3 GmbHG soll dazu führen, dass die Gesellschaft innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht und so typischerweise in eine normale GmbH übergeht. Dieser Zielsetzung des Gesetzes widerspreche es, den Übergang ohne sachlichen Grund zu erschweren.

Mit der Entscheidung vom 05.05.2011 führt das Oberlandesgericht Hamm diese Rechtsprechung konsequent fort. Das Oberlandesgericht stellt klar, dass das Erfordernis, das Stammkapital voll einzuzahlen, bereits für die Kapitalerhöhung entfällt, mit der ein satzungsgemäßes Stammkapital

von 25.000,00 EUR erst erreicht wird. Wird also – wie im konkret entschiedenen Fall – das Stammkapital einer UG (haftungsbeschränkt) von 10.000,00 EUR um 15.000,00 EUR auf 25.000,00 EUR erhöht, so genügt es, wenn auf das Stammkapital mindestens 12.500,00 EUR eingezahlt sind (dabei bleibt es weiterhin erforderlich, dass auf jeden Geschäftsanteil mindestens 1/4 des Nennbetrages eingezahlt ist).

Auch das Oberlandesgericht Hamm führt in den Entscheidungsgründen des Beschlusses aus, dass nicht einsehbar sei, weshalb der Übergang von einer UG (haftungsbeschränkt) in eine reguläre GmbH schwieriger sein soll, als die Neugründung einer GmbH.

Die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Oberlandesgerichts Hamm sind zu begrüßen. Sie stellen klar, dass die UG (haftungsbeschränkt) nur eine Starterleichterung für Existenzgründer darstellt. Schon aufgrund des verhältnismäßig schlechten Ansehens im Geschäftsverkehr sollten Gesellschafter einer UG (haftungsbeschränkt) ein Interesse daran haben, die Gesellschaft früher oder später in eine GmbH übergehen zu lassen. Diesem Ziel dient auch die Verpflichtung zur Rücklagenbildung. Es wäre tatsächlich kontraproduktiv, wenn erfolgreichen Existenzgründern, die ausreichende Rücklagen gebildet oder den Wert ihres Unternehmens erhöht haben, der Weg in eine „normale“ GmbH unnötig erschwert würde.

Für die Praxis ist darauf hinzuweisen, dass der Übergang von einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH nicht „von selbst“ erfolgt. Voraussetzung ist die Durchführung einer Kapitalerhöhung und die Anmeldung zum Handelsregister.

### Gute Noten für das deutsche Rechtssystem

„The world justice project“ ist eine Institution mit Sitz in Washington DC., die jährlich einen „World Justice Project Rule of Law Index“ veröffentlicht. Untersucht werden dabei die Rechtssysteme von Staaten. Beleuchtet werden die Bereiche Menschenrechte, Rechtsstabilität, Effektivität der Strafverfolgung so wie Zugang zum Rechtssystem. Das deutsche Rechtssystem schneidet dabei durchweg gut ab. Bei insgesamt 8 untersuchten Faktoren und 66 verglichenen Ländern liegt Deutschland auf den Plätzen 2 bis 12. Insgesamt rangiert Deutschland damit auf Platz 2 sämtlicher verglichenen Länder. Besonders gut abgeschnitten hat Deutschland im Bereich Zugang zum Rechtssystem. Gemeint ist damit die Möglichkeit, vor deutschen Gerichten sein Recht finanziell erschwinglich, effektiv und unparteiisch durchzusetzen. Lediglich die Niederlande schnitten in dieser Disziplin noch besser ab als Deutschland.

### Sachgrundlose Befristung trotz Zuvor-Beschäftigung

Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) darf ein Arbeitsverhältnis in der Regel nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes auf bestimmte Zeit geschlossen werden. Ausnahmsweise ist zwar eine höchstens zweijährige Befristung auch ohne sachlichen Grund möglich; Voraussetzung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG allerdings, dass mit demselben Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand.

Nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 06.04.2011 (7 AZR 716/09) sind Tätigkeiten, die länger als drei Jahre zurückliegen, keine „Zuvor-Beschäftigungen“ in diesem Sinne. Zu diesem Schluss kommt das Gericht aufgrund des Gesetzeszwecks: Eine Befristung soll dem Arbeitgeber eine längere Erprobung ermöglichen und dem Arbeitnehmer so eine Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verhindert, dass der Arbeitgeber sich über diese Erprobungsphase hinaus durch sog. „Kettenbefristungen“ dauerhaft des Arbeitnehmers bedient, ohne sich längerfristig an ihn zu binden.

Liegt die vorherige Beschäftigung mehr als drei Jahre zurück, besteht die Gefahr solch missbräuchlicher Befristungsketten typischerweise nicht mehr. Vielmehr tritt dann wieder das Interesse des Arbeitnehmers in den Vordergrund, durch die Möglichkeit einer Befristung Eingang in eine Beschäftigung zu finden.

### Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Teilbetriebsübergang

Zwei Zweckverbände ließen die Aufgaben der Trinkwasserversorgung und der Abwasserbeseitigung sowohl technisch als auch kaufmännisch durch eine von ihnen gegründete GmbH durchführen. Diese verfügte über eine technische Abteilung für die Trinkwasserversorgung, eine für die Abwasserbeseitigung sowie eine kaufmännische Abteilung. Als die Zweckverbände sich entschlossen, diese Aufgaben wieder selbst wahrzunehmen, wurde die GmbH aufgelöst und jeweils eine technische Abteilung von einem Zweckverband übernommen. Von den Angestellten aus der kaufmännischen Abteilung wurden hingegen nur wenige neu eingestellt. Der Kläger war als kaufmännischer Angestellter der GmbH zu 80 % mit Vorgängen der Abwasserbeseitigung betraut. Er vertrat die Ansicht, sein Arbeitsverhältnis sei auf den Zweckverband übergegangen, der die technische Abteilung „Abwasserbeseitigung“ übernommen habe.

Dem folgte das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 07.04.2011 (8 AZR 730/09) nicht. Zwar gehen gemäß § 613 a BGB bei einem Betriebsübergang die Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber über. Diese Rechtsfolge ist grundsätzlich auch dann denkbar, wenn nur Teile eines Betriebes veräußert werden. Voraussetzung ist jedoch, dass der veräußerte Teil bereits im Betrieb des Veräußerers eine klar abgrenzbare Einheit bildete und das fragliche Arbeitsverhältnis eindeutig dieser Einheit zugeordnet werden kann. Der kaufmännische Bereich war jedoch nicht in die Bereiche „Abwasserbeseitigung“ und „Trinkwasserversorgung“ untergliedert. Eine klare Zuordnung wäre daher nur dann denkbar gewesen, wenn beide technischen Abteilungen von demselben Zweckverband übernommen worden wären.

### Ein Mieter darf die Zahlung der Kautionszahlung von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos abhängig machen

In Mietverträgen wird in aller Regel eine Kautionszahlung vereinbart. Für Wohnraummietverträge verpflichtet das Gesetz den Vermieter, eine solche Mietkaution getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut anzulegen (§ 551 Abs. 3 BGB). Unklar ließ diese Regelung allerdings, ob die Summe dem Vermieter zunächst in bar oder per Überweisung auf dessen gewöhnliches Konto zur Verfügung gestellt werden muss, damit dieser den Betrag in einem zweiten Schritt gesetzeskonform anlegt, oder ob verlangt werden kann, den Betrag unmittelbar einem den gesetzlichen Vorgaben genügenden Sonderkonto des Vermieters zuzuführen.

Der BGH hat mit Urteil vom 13.10.2010 (VIII ZR 98/10) im letztgenannten Sinne entschieden. Zahlt der Mieter daher vor der Benennung eines insolvenzfesten Sonderkontos die Kautionszahlung, stellt dies keine Vertragspflichtverletzung dar, eine darauf gestützte Kündigung ist unwirksam.

### Keine Renovierungspflicht bei zu enger Farbvorgabe

Ein Mieter wurde durch Wohnraummietvertrag verpflichtet, bei Auszug Decken, Fenster und Türen weiß zu streichen. Nachdem der Mieter ausbezogen war, ohne die Wohnung entsprechend gestrichen zu haben, verlangte der Vermieter Schadensersatz.

Eine solche Schadensersatzpflicht wurde durch den Bundesgerichtshof mit Urteil vom 14.12.2010 (VIII ZR 198/10) verneint. Eine Vertragsklausel, die dem Mieter hinsichtlich der Farbwahl Vorgaben macht, ist danach nur wirksam, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt des Auszuges gilt und dem Mieter einen gewissen Spielraum belässt. Eine zwingende Vorgabe der Farbe „Weiß“ benachteiligt den Mieter demgegenüber unangemessen und ist daher insgesamt nichtig. In einem solchen Fall muss er bei seinem Auszug überhaupt nicht streichen.

Hintergrund der Entscheidung ist, dass die Beschränkung auf eine einzige Farbe nicht mit schützenswerten Interessen des Vermieters gerechtfertigt werden kann. Seinem Interesse an einer reibungslosen Weitervermietung kann generell durch Wohnungsgestaltung in dezenteren Farben genügt werden. Der Mieter hingegen wäre entweder gezwungen, die Wohnung bereits während der Mietzeit in Weiß zu halten oder bei seinem Auszug Schönheitsreparaturen auch dann vorzunehmen, wenn sie eigentlich noch nicht erforderlich sind. Das wäre unwirtschaftlich.

### Renovierungskosten bei Modernisierungsmaßnahmen umlagefähig

Der Vermieter wollte in sämtliche Wohnungen neue Wasserzähler einbauen. Die Mieter machten eine Duldung dieser Modernisierungsmaßnahme davon abhängig, dass der Vermieter einen Vorschuss für die hierdurch erforderlich werdende Neutapezierung der Küche zahlt. Der Vermieter tat dies zwar, legte die entsprechende Summe jedoch mit den Modernisierungskosten auf die Mieter um.

Zu Recht, wie der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 30.03.2011 (VIII ZR 173/10) entschied. Die infolge einer Modernisierung notwendigen Renovierungskosten sind den Modernisierungskosten selbst dann zuzurechnen, wenn die Kosten nicht durch Beauftragung eines Handwerkers seitens des Vermieters entstanden sind, sondern dadurch, dass der Mieter entsprechende Arbeiten selbst vornimmt und sich die Aufwendungen vom Vermieter erstatten lässt.

---

### **Gaststätten als Raucherclubs unzulässig**

Nach dem Nichtraucherschutzgesetz NRW darf in Gaststätten grundsätzlich nicht geraucht werden. Ausnahmen gelten unter anderem für Räume von Vereinen und Gesellschaften, deren ausschließlicher Zweck der gemeinsame Konsum von Tabakwaren ist. Auf diese Ausnahmvorschrift stützen sich die unzähligen sog. „Raucherclubs“, die durch Gaststättenbesitzer seit Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes gegründet wurden.

Wie das Oberverwaltungsgericht NRW am 04.04.2011 (4 B 1771/10) entschied, erfüllen Gaststätten diese Ausnahmeregelung aber auch dann nicht, wenn sie überwiegend oder sogar ausschließlich Mitgliedern eines solchen Raucherclubs offen stehen. Erkennbarer Zweck solcher Vereine sei nämlich nicht (nur) der gemeinsame Tabakkonsum, sondern die Nutzung der Gaststätte in der vor Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes bestehenden Form.

### **Rückblick: 11 Jahre Rechtsanwälte Ehlers & Feldmeier**

Vor 11 Jahren entschlossen sich die Rechtsanwälte und Notare Dr. Ingo Klinkhardt, Friedrich Ehlers, Knut Weis, Dr. Thomas Feldmeier, Burkhard Voss, Dieter Eichelberg, Thorsten Ehlers sowie die Rechtsanwälte Dr. Michael Kalle und Bernd Dörre, die traditionsreichen Dortmunder Rechtsanwaltsbüros Ehlers, Eichelberg, Voss und Ehlers, Dr. Klinkhardt, Dr. Feldmeier und Dr. Kalle sowie Dr. Schurkemeyer und Weis durch eine Fusion zusammen zu führen. Zum 01.05.2001 entstand so die Sozietät Ehlers & Klinkhardt. Nach dem Ausscheiden der Sozien Dr. Ingo Klinkhardt, Friedrich Ehlers, Knut Weis und Dieter Eichelberg sowie dem Eintritt der neuen Sozien Dr. Dorothee Höcker und Dr. Hendrik Zeiß wurde zum 03.01.2007 der Name der Sozietät in Ehlers & Feldmeier geändert.

Nach nunmehr 11jähriger Zusammenarbeit kann die Fusion zu Recht als richtiger und erfolgreicher Schritt in die Zukunft betrachtet werden. Dank der größeren Zahl der Rechtsanwälte war es möglich, die Spezialisierung voran zu treiben. So verfügt die Sozietät heute über Fachanwälte für Arbeitsrecht, Bau- und Architektenrecht, Familienrecht, gewerblichen Rechtsschutz, Medizinrecht, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Verkehrsrecht, Versicherungsrecht und Verwaltungsrecht. Nicht zuletzt durch diese Spezialisierung konnten zahlreiche neue Mandanten hinzugewonnen werden. Gleichzeitig gelang es uns erfolgreich, langjährige Mandanten der ursprünglichen Sozietäten von den Qualitäten der fusionierten Sozietät zu überzeugen.

Wir möchten an dieser Stelle die Gelegenheit nutzen, uns bei allen Mandantinnen und Mandanten recht herzlich für das in der Vergangenheit uns entgegen gebrachte Vertrauen zu bedanken. Wir werden Ihnen auch in Zukunft in bewährter Qualität in Rechtsfragen beratend zur Seite stehen und Ihre Interessen erforderlichenfalls vor Gerichten und anderen Institutionen wahrnehmen. Wir freuen uns daher auf eine weitere gute Zusammenarbeit.

---

### **Umzug zum 01.05.2012**

Ab dem 01.05.2012 finden Sie uns in der Elisabethstraße 6 in Dortmund. Unser zukünftiges Bürogebäude wurde in den letzten Monaten kernsaniert und so technisch und optisch auf den Stand der Zeit gebracht. Passend dazu werden wir einen Teil unserer Einrichtung, so z. B. den Empfangs- und Wartebereich erneuern, so dass Sie ein modernes und freundliches Ambiente erwartet.



Wie bisher werden Sie auch in Zukunft die Möglichkeit haben, kostenlose Parkplätze zu nutzen. Daneben erreichen Sie uns noch besser als bisher mit öffentlichen Verkehrsmitteln.

Wir freuen uns, Sie ab dem 01.05.2012 in unseren neuen Büroräumen begrüßen zu dürfen.

Nachstehend finden Sie eine Anfahrtsskizze zu unserem zukünftigen Büro.



## Neues Design

Wie Sie bereits am Layout des vorliegenden Heftes erkannt haben, haben wir im Zuge des Umzuges unser Kanzleidesign überarbeitet. Im Mittelpunkt stand dabei die Erstellung eines überarbeiteten Logos. Dabei werden die Elemente unseres bisherigen Logos aufgegriffen. Das Erscheinungsbild ist jedoch frischer und moderner.

Wir haben darüber hinaus die für unsere Korrespondenz verwendete Schriftart geändert. Auch dies trägt zum frischeren Erscheinungsbild bei. Angenehmer Nebeneffekt ist, dass die Schriftart in der Regel auf allen Computersystemen standardmäßig vorinstalliert ist, so dass die Anzeige unabhängig vom Computersystem, so auch auf Smartphones und Tablet-Computern ohne Weiteres möglich sein sollte.

Das kräftigere Blau unseres neuen Logos finden Sie auch in unserem neuen Bürogebäude an einigen Stellen wieder.

## Verstärkung unseres Teams durch Rechtsanwalt Dr. Marcus Karge

Bereits seit dem 01.12.2011 ist Herr Rechtsanwalt Dr. Marcus Karge für die Sozietät Ehlers & Feldmeier tätig.

Herr Dr. Karge, Jahrgang 1984, stammt aus Neuzelle in Brandenburg. Nach seinem Abitur studierte Dr. Karge an der Universität Viadrina, Frankfurt Oder. Er promovierte dort unter Betreuung von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine zum Thema „Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Verwaltungsprozessrechts“.

Seinen Referendardienst leistete Herr Dr. Karge im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Er war während dieser Zeit in einer international ausgerichteten Rechtsanwaltssozietät in Düsseldorf tätig.

Wir freuen uns, Herrn Dr. Karge für eine Mitarbeit in unserer Sozietät gewonnen zu haben und Ihnen Herrn Dr. Karge an dieser Stelle vorstellen zu dürfen.

**Mandanteninfo Frühjahr 2012**

Eine Information der Sozietät Ehlers & Feldmeier (Hrsg.)

Die Mandanteninfo erscheint mehrmals jährlich und wird an Mandanten der Sozietät Ehlers & Feldmeier verteilt.

**Redaktion:**

Rechtsanwalt Dr. Hendrik Zeiß

**Anschrift des Herausgebers:**

Ehlers & Feldmeier

Florianstraße 3

44139 Dortmund

Telefon: 0231 · 58 97 88 - 0

Telefax: 0231 · 58 97 88 - 90

info@ehlers-feldmeier.de

www.ehlers-feldmeier.de

**Ab Mai 2012:**

Elisabethstraße 6

44139 Dortmund

Friedrich Ehlers · Notar a. D.  
Dr. Thomas Feldmeier · Notar  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Burkhard Voss · Notar  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht  
Dr. Michael Kalle · Notar  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Familienrecht  
Thorsten Ehlers · Notar  
Fachanwalt für Verkehrsrecht  
Bernd Dörre  
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Dr. Dorothee Höcker  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Fachanwältin für Familienrecht  
Dr. Hendrik Zeiß  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
Dennis Tebrügge