

ÉHLERS & FELDMEIER

Rechtsanwälte
Notare
Fachanwälte

Mandanteninfo

2/2007

Liebe Mandantinnen und Mandanten,
sehr geehrte Damen und Herren,

wie auch in den vergangenen Jahren präsentieren wir Ihnen kurz vor Ende des Jahres eine weitere Ausgabe unserer Mandanteninformation.

Entgegen vergangenen Ausgaben haben wir die Struktur ein wenig aufgelockert und zum Teil kürzere Urteilsbesprechungen genommen.

Wie immer haben wir aus verschiedenen Rechtsgebieten einige aktuelle und uns interessant erscheinende Entscheidungen herausgegriffen.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme und besinnliche Weihnachtszeit und ein gutes und erfolgreiches Jahr 2008.

Wir verbleiben
mit freundlichen Grüßen

EHLERS & FELDMEIER

Rechtsanwälte & Notare

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Vorwort	I
2. Arbeitsrecht aktuell	
• Teures Porto	4
• Trunkenheit im Dienst	5
• Verzichtbarer Klageverzicht	6
• Späte Befristung	7
• SMS-Kündigung :-)	8
3. Familienrecht aktuell	
• Böse Falle! – Die Bezugsberechtigung bei der Lebensversicherung im Falle der Scheidung –	9
• Zwingen soll man ihn nicht	11
• Fortsetzung folgt – fehlt –	13
• Unterhaltsrechtsreform – Sie kommt!	14
• Noch eine Reform: Güterrechtsreform	14
4. Medizinrecht aktuell	
• „Hinauskündigung“ eines neu eingetretenen Gesellschafters	17
• Medizinisches Versorgungszentrum zwischen Zahnarzt und Kieferorthopäde	18
5. Mietrecht aktuell	
• Androhung einer fristlosen Kündigung bei Mängeln der Mietsache	21
• Mieterhöhung bei Überschreitung der vereinbarten Wohnfläche	22
6. Urheberrecht aktuell	
• Urheberrechtsnovelle zum 01.01.2008	24
7. Verkehrsrecht aktuell	
• Muss er zu ihm oder muss er zu mir?	28

8. Verwaltungsrecht aktuell

- Weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens: Beschneidung des Rechtsweges unter dem Deckmantel der Verfahrensbeschleunigung 30

9. Wohnungseigentumsrecht aktuell

- Kann man sich seiner Eigentumswohnung durch Verzicht entledigen? 33
- Neues zu den haushaltsnahen Dienstleistungen 34

10. Service

- Meins, Deins, Unser? – Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft – 36
- Abstand nehmen – ein leidiges aber stets aktuelles Thema zwischen Bauherren und Nachbarn 38
- Für den Ernstfall: Vorsorgevollmacht/Patientenverfügung 43

11. Internes

- Vorschau: 7. Dortmunder Baurechtstag 46
- Rechtsanwalt Dr. Michael Kalle – Notar 46
- Rechtsanwalt Hendrik Zeiß – Fachanwalt für Medizinrecht 47
- Rechtsanwalt Dr. Christian Tenthoff – Promotion 47

12. Impressum 48

2. ARBEITSRECHT AKTUELL

Teures Porto

Ein weiteres Kapitel der endlosen Geschichte von scheinbar geringen Verfehlungen mit drastischen Konsequenzen hat das Hessische Landesarbeitsgericht (LAG) aufgeschlagen:

Ein Arbeitnehmer hat mit den Hunderten Briefen, die sein Arbeitgeber täglich versendet, auch einige private Briefe frankiert und so auf (Porto-) Kosten des Arbeitgebers versenden wollen. Dieser reagierte prompt und schickte dem Mitarbeiter einen Brief – die fristlose Kündigung. Eine Abmahnung war zuvor nicht ausgesprochen worden.

Das Versenden von Privatpost sei doch nichts besonderes, meinte der Arbeitnehmer, zumal er die Briefe mit der Hand beschriftet habe, so dass mangels Heimlichkeit nicht von einem Erschleichen von Leistungen die Rede sein könne. Mit einem Diebstahl sei dies nicht zu vergleichen.

Anders sah dies das Hessische LAG (Urteil vom 14.05.2007 – 16 Sa 1886/06):

Zu den Pflichten eines Arbeitnehmers gehört es, die private Nutzung der von dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel zu unterlassen, insbesondere wenn hiermit zusätzliche Kosten für den Arbeitgeber verbunden sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer nicht „mit vertretbaren Überlegungen“ davon ausgehen durfte, dass der Arbeitgeber das Handeln zu dulden bereit ist.

Daran ändert auch der nur geringe Schaden nichts. Der Arbeitgeber war insbesondere nicht verpflichtet, zunächst eine Abmahnung zu erteilen. Unabhängig von der Höhe des Schadens liegt eine erhebliche Pflichtverletzung vor, die das Vertrauen des Arbeitgebers in die Vertragstreue des Arbeitnehmers nachhaltig erschüttert oder sogar zerstört. Ist aber der Arbeitgeber auf dieses Vertrauen angewiesen, da – wie in dem zu entschei-

denden Fall – zu der weitgehend kontrollfreien Frankierung der Post durch die Mitarbeiter keine Alternative besteht, so ist die fristlose Kündigung ohne vorangehende Abmahnung zulässig und angemessen.

Trunkenheit im Dienst

Ebenfalls über die Frage der Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung hatte das LAG Schleswig-Holstein zu entscheiden. Die Mitarbeiterin eines Reisebüros war während einer mehrtägigen Informationsveranstaltung von Reiseanbietern durch den „regelmäßigen und erheblichen“ Konsum von Alkohol aufgefallen und konnte hierdurch nur eingeschränkt ihrer Arbeit nachgehen. Der Arbeitgeber hatte daraufhin fristlos gekündigt, ebenfalls ohne vorangehende Abmahnung.

Das Trinken von Alkohol während der Arbeitszeit ist seit Jahrzehnten Gegenstand zahlreicher arbeitsgerichtlicher Urteile. Regelmäßig ist eine fristlose Kündigung nicht bereits bei dem ersten Fall von Trunkenheit gerechtfertigt. Es bedarf zunächst einer Abmahnung. Kommt es – mit oder ohne Abmahnung – zu weiteren Verletzungen des Alkoholverbots, ist vor einer Kündigung zu prüfen, ob der Arbeitnehmer unter einer Alkoholabhängigkeit leidet. In diesem Fall ist der Arbeitgeber nach immer noch überwiegender Meinung verpflichtet, vor dem Ausspruch einer Kündigung, dem Arbeitnehmer eine Entziehungskur anzuraten und deren Ergebnis abzuwarten.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitnehmer im Zustand der Alkoholisierung konkrete Rechtsgüter des Arbeitgebers verletzt. Im Falle der Reisebüro-Mitarbeiterin hat das LAG Schleswig-Holstein (Urteil vom 03.05.2007 – 4 Sa 529/06) einen massiven Imageschaden des Arbeitgebers gegenüber Reiseveranstaltern und Mitbewerbern angenommen. Die Gefahr einer Wiederholung sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar, die fristlose Kündigung daher berechtigt.

Verzichtbarer Klageverzicht

Trotz der in den vorgenannten Entscheidungen festgestellten Wirksamkeit der Kündigung möchten sich viele Arbeitgeber die Unwägbarkeiten eines Kündigungsschutzprozesses ersparen. Zu diesem Zweck versucht mancher Arbeitgeber, von dem Arbeitnehmer auf dem Kündigungsschreiben oder einem gesonderten Formular eine Erklärung zu erhalten, dass die Kündigung akzeptiert wird und/oder auf eine Kündigungsschutzklage verzichtet wird. Soweit der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht nachweisen kann, von dem Arbeitgeber getäuscht, genötigt oder überrumpelt worden zu sein, haben die Arbeitsgerichte in der Vergangenheit den Klageverzicht in der Regel anerkannt und die gleichwohl von dem Arbeitnehmer erhobene Kündigungsschutzklage ohne Prüfung der Gründe der Kündigung abgewiesen.

Diese Praxis hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) nun wesentlich eingeschränkt. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin eine Unterschlagung vorgeworfen, das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt und von der Arbeitnehmerin auf einem gesonderten Blatt folgende Erklärung unterzeichnen lassen: *„Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet.“*

Das BAG (Urteil vom 06.09.2007 – 2 AZR 722/06) hat hierzu festgestellt, dass es sich bei solchen von dem Arbeitgeber formulierten Erklärungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Diese sind gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Im Falle eines Klageverzichts ist dies – so das BAG – regelmäßig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an eine Arbeitgeberkündigung ohne Gegenleistung in einem ihm vom Arbeitgeber vorgelegten Formular auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet. Durch einen solchen Klageverzicht wird von dem gesetzlichen Recht des Arbeitnehmers zur gerichtlichen Überprüfung der Kündigung abgewichen. Ohne Gegenleistung benachteiligt ein solcher formularmäßiger Verzicht den Arbeitnehmer unangemessen.

Späte Befristung

Jeglicher Streit um die Wirksamkeit einer Kündigung lässt sich vermeiden, wenn das Arbeitsverhältnis von vornherein nur befristet abgeschlossen wird. Voraussetzung ist allerdings, dass die Befristung wirksam ist – und das ist manchmal nicht so einfach.

Gemäß § 14 Teilzeit- und Befristungsgesetz muss die Befristung schriftlich vereinbart werden. Soll der Arbeitnehmer die Tätigkeit unverzüglich aufnehmen, geschieht dies häufig, bevor der schriftliche Arbeitsvertrag mit der Befristung vorliegt. Bereits dies ist gefährlich, da die Befristung mangels Schriftform unwirksam ist und entgegen dem Willen insbesondere des Arbeitgebers ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. In der Regel wird der Arbeitnehmer jedoch auch einige Tage später den befristeten Arbeitsvertrag unterschreiben, da er sonst eine ohne das Vorliegen besonderer Gründe wirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses noch während der Probezeit befürchten müsste. Also alles in Ordnung – so könnte man meinen, sobald der schriftliche Arbeitsvertrag mit der zuvor mündlich vereinbarten Befristung unterzeichnet ist?

Leider nein! Wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) schon im Jahr 2004 (Urteil vom 1. Dezember 2004 – 7 AZR 198/04) entschieden hat, enthält der schriftliche Arbeitsvertrag, der die mündliche Befristungsabrede wiederholt, lediglich die Erklärung zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Diese Erklärung sei aber nicht geeignet, die tatsächlich notwendige und auch mögliche Erklärung zur nachträglichen Befristung eines zunächst unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu ersetzen oder als solche ausgelegt zu werden! Die Befristung ist nicht wirksam – der Arbeitnehmer kann sich bei Ablauf der (unwirksamen) Befristung auf den unbefristeten Fortbestand berufen und muss dann – da er jetzt in der Regel mehr als sechs Monate beschäftigt ist – aufgrund des hiermit verbundenen Kündigungsschutzes auch nicht mehr eine ohne weiteres wirksame Kündigung befürchten.

Das BAG (Urteil vom 13.6.2007 – 7 AZR 700/06) zeigt nun aber selbst auf, wie diese für den Arbeitgeber missliche Konsequenz vermieden werden kann. Wird in dem schriftlichen Arbeitsvertrag nach Aufnahme der Tätigkeit ein anderes Befristungsende vereinbart, als dies zuvor mündlich abgesprochen war, so genügt dies auch dann für die Annahme einer eigenständigen und daher wirksamen Befristungsabrede, wenn die Abweichung nur wenige Tage beträgt. Voraussetzung ist, dass der befristete Arbeitsvertrag von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf demselben Exemplar unterschrieben wird. Nur so wird die notwendige Schriftform gewahrt!

SMS-Kündigung :-{

Dass die Beachtung der für Befristungen ebenso wie für Kündigungen gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform in Zeiten moderner Kommunikationsformen bisweilen dem Fortschritt zum Opfer fällt, musste das Landesarbeitsgericht Hamm (Urteil vom 17. August 2007 – 10 Sa 512/07) erfahren. Der über die Krankheit eines Kraftfahrers erboste Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer mündlich mitgeteilt, dass er das Arbeitsverhältnis kündigen werde. Der Arbeitnehmer hat daraufhin per SMS angefragt, wann sein letzter Arbeitstag sein werde. Die hierauf von dem Arbeitgeber ebenfalls per SMS versandte Antwort: „heute“ stellt – wenig überraschend – keine wirksame Kündigung dar. Es fehlt an der eigenhändigen Unterschrift des Arbeitgebers. Überraschender ist vielmehr, dass sich hiermit zwei Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit haben beschäftigen müssen.

3. FAMILIENRECHT AKTUELL

Böse Falle!

– Die Bezugsberechtigung bei der
Lebensversicherung im Falle der Scheidung –

Der Lebensversicherungsvertrag kennt neben dem Versicherer drei weitere Personen:

- den Versicherungsnehmer,
- den Versicherten sowie
- den Bezugsberechtigten.

Der *Versicherungsnehmer* ist der Vertragspartner des Versicherers. Er ist der Prämienschuldner und kann im Vereinbarungswege mit dem Versicherer den Inhalt des Versicherungsvertrages ändern.

Der *Versicherte* ist die Person, auf dessen Leben die Versicherung „genommen“ worden ist, wie es im „Versicherungsjargon“ heißt.

Der *Bezugsberechtigte* ist die Person, die das Recht auf die Leistung des Versicherers mit Eintritt des Versicherungsfalls erwirbt.

Unter Eheleuten entspricht es verbreiteter Übung, dass einer der Ehegatten Versicherungsnehmer und versicherte Person ist und der andere Ehegatte in dem Versicherungsvertrag als Bezugsberechtigter benannt wird. Dies geschieht häufig, indem in dem Vertrag aufgenommen wird, Bezugsberechtigter sei *der Ehegatte der versicherten Person*. Was geschieht indes, wenn

- im Zeitpunkt des Todes des Versicherten dessen Ehe geschieden war und
- der Versicherungsnehmer – der mit der versicherten Person identisch ist – zu Lebzeiten die Bezugsberechtigung nicht geändert hatte?

Exakt die vorstehende Frage war Gegenstand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 2007 (BGH – IV ZR 150/05 -).

Eine Ehefrau hatte im Jahre 1979 als Versicherungsnehmerin eine Lebensversicherung abgeschlossen, in der sie selbst versicherte Person war. Als Bezugsberechtigten bezeichnete sie den *Ehegatten der versicherten Person*. Sie war damals in 1. Ehe verheiratet. Die Ehe wurde 1985 geschieden. Die Ehe, die sie danach einging, hielt bis zu ihrem Tode. Zu einer Änderung der Bezeichnung des Bezugsberechtigten kam es nicht.

Der Mann, der Ehemann der Verstorbenen im Zeitpunkt des Todes war, war der Auffassung, er sei Berechtigter aus dem Versicherungsvertrag.

Anders der Bundesgerichtshof! Der Bundesgerichtshof meint, die Bezeichnung *Ehegatte der versicherten Person* bedürfe der Auslegung und zwar – dies ist entscheidend – bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Erklärung abgegeben worden ist. Der Wortlaut der Erklärung biete keinen Anlass anzunehmen, dass die Versicherungsnehmerin bei Vertragsabschluss nicht ihren damaligen Ehemann, sondern allgemein diejenige Person begünstigt haben wolle, die zum Zeitpunkt ihres Todes mit ihr verheiratet sein würde.

Auch die Tatsache der Scheidung der Ehe habe keinen Einfluss auf die Bezugsberechtigung. Die Bezugsberechtigung sei rechtlich nicht auflösend bedingt durch die Scheidung der Ehe vor Eintritt des Versicherungsfalls. Denn es sei durch die Verwendung des Begriffes *Ehegatte* nach der Lebenserfahrung nicht anzunehmen, dass das Bezugsrecht nur für den Fall eingeräumt sein sollte, dass die Ehe zum Zeitpunkt des Versicherungsfalles noch besteht.

Die Klage des Ehemanns, der mit der Versicherungsnehmerin im Zeitpunkt des Todes verheiratet war, wurde abgewiesen.

Auch diese Entscheidung macht deutlich, dass im Falle der Trennung und dann erneut im Falle der Scheidung der Ehe nicht nur die Familiensachen im engeren Sinne der Klärung bedürfen, sondern darüber hinaus geprüft werden muss, ob auch andere Rechtsverhältnisse so geordnet sind, wie es dem *aktuellen* Willen des Ehegatten entspricht. Dies betrifft Lebensversicherungen oder bspw. auch Testamente (bevor ein begründeter Ehescheidungsantrag gestellt worden ist). Wird in diesen Situationen die Rechtslage nicht mit der notwendigen Akribie beachtet, kann es später ein böses Erwachen geben, wie die hier kommentierte Entscheidung schlaglichtartig deutlich macht.

Zwingen soll man ihn nicht

Kinderpsychologischer Erkenntnis entspricht es, dass insbesondere bei Scheidungskindern oder nichtehelich geborenen Kindern der Umgang des Kindes mit dem Elternteil, bei dem es sich nicht ständig aufhält, für eine gedeihliche Entwicklung überaus wichtig ist. Diese Erkenntnis hat noch nicht bei allen Eltern Platz gegriffen. So beobachtet man in der Praxis häufig die Instrumentalisierung der Kinder. Der *Standardfall* ist der Kampf des auf das Umgangsrecht verwiesenen Elternteils um die tatsächliche Durchsetzung des Umgangs.

Ab und an gibt es aber auch die umgekehrte Situation:

Der das Kind betreuende Elternteil bemängelt das mangelnde Interesse des anderen Elternteils am Umgang und will – im eigenen Interesse oder im Kindesinteresse, was hier dahingestellt sein soll – den Umgang des anderen Elternteils mit dem Kinde erzwingen.

Geht dies ?

Der *Umgang* hatte zunächst eine Regelung in § 1634 Abs. 1 Satz 1 BGB gefunden. Dort war das *Recht* des nicht betreuenden Elternteils auf *Umgang* betont, indem es in der Bestimmung hieß:

Ein Elternteil, dem die Personensorge nicht zusteht, behält die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kinde.

Jetzt heißt es in § 1684 Abs. 1 BGB in der Fassung des Kinderschäftsreformgesetzes:

Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist verpflichtet und berechtigt.

Heißt dies, dass der umgangsunwillige Elternteil zum Umgang gezwungen werden kann?

Das Oberlandesgericht Nürnberg (Forum Familienrecht 2007, 274 (274 f.)) war mit der aufgeworfenen Frage befasst. In einem Beschluss vom 16.11.2006 lehnte das Gericht es ausdrücklich ab, eine Anordnung zum Umgang mit dem Kinde gegen den nicht sorgeberechtigten Elternteil zu erlassen, der den Umgang beharrlich verweigerte. Das Gericht stellte in Rechnung, dass durch die Gesetzesänderung ein Bewusstseinswandel bei den Eltern bewirkt werden soll, dass sie nicht nur ein Recht auf Umgang haben, sondern im Interesse des Kindes auch die Pflicht, diesen Umgang zu ermöglichen. Diese Pflichtenstellung solle die Eltern darauf hinweisen, dass der Umgang mit ihnen, auch und gerade wenn das Kind nicht bei ihnen lebt, für die Entwicklung und das Wohl des Kindes eine herausragende Bedeutung habe. Andererseits sei es so, dass eine fehlende elterliche Fürsorge und Gesinnung nicht per Dekret ersetzt und erzwungen werden könne. Vielmehr bestünde dann die Gefahr, durch die Anordnung des Umgangs beim Kind Erwartungen auf Kontakte zu wecken, die der zum Umgang gezwungene Elternteil enttäusche.

Das Oberlandesgericht Nürnberg betont in seinem Beschluss, dass eine höchstrichterliche Entscheidung noch nicht vorliegt und hat deshalb die Rechtsbeschwerde zugelassen. Diese ist zwischenzeitlich beim Bundesgerichtshof eingelegt worden (XII ZB 225/06). Da die Fallgestaltung, die der Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg zugrunde liegt, durchaus vorkommt, hat sie – und die zu erwartende Entscheidung des Bundesgerichtshofs – durchaus praktische Bedeutung.

Wir meinen, dass die Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg die besseren Gründe für sich hat. Im Kindschaftsrecht gilt, dass überragender Maßstab jeder Entscheidung das *Kindeswohl* sein muss. Vor diesem Hintergrund fragt es sich in der Tat, was ein erzwungener Umgang dem Kind nützt. Es ist vielmehr zu befürchten, dass ein solcher Umgang für das Kind abträglich ist, da die nachhaltige Gefahr besteht, enttäuscht zu werden.

Fortsetzung folgt – fehlt –

An dieser Stelle ist auf die in unserer *Mandanteninfo I/2007* auf den Seiten 18 ff. zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.02.2007 zurückzukommen.

Zur Erinnerung:

Der Bundesgerichtshof hatte in seiner genannten Entscheidung der *Befristung nachehelicher Unterhaltsansprüche* bedeutend weiteren Raum gegeben als bisher. Er hatte auch entschieden, dass in einem *Unterhaltsabänderungsverfahren* erstmalig die Befristung geltend gemacht werden kann.

Der Bundesgerichtshof schreitet auf seinem Weg fort. In zwei Entscheidungen vom 26.09.2007 (XII ZR 11/05 und XII ZR 15/05) bekräftigt der Bundesgerichtshof diese Grundsätze. Näheres vermögen wir zur Zeit noch nicht zu sagen. Die Entscheidungen sind nämlich noch nicht in ihrem sogenannten Volltext veröffentlicht. Die vorstehende Information lässt sich der *Pressemitteilung 138/07* vom 26.09.2007 mit der notwendigen Sicherheit entnehmen.

Unterhaltsrechtsreform – Sie kommt!

In unserem *Mandanteninfo I/2007* mussten wir berichten, dass die schon seit langem erwartete Unterhaltsrechtsreform nach wie vor in der Warteschleife verharrte. Jetzt ist es so weit. Am Freitag, 09. November 2007, wurde der noch einmal überarbeitete Gesetzentwurf in 2. und 3. Lesung im Bundestag verabschiedet. Die Unterhaltsrechtsreform tritt am 01. Januar 2008 in Kraft.

Wesentliche Bestandteile der Reform sind:

- die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder,
- der Vorrang der Unterhaltsansprüche nichtvolljähriger Kinder,
- die Betonung der Eigenverantwortlichkeit nach Scheidung der Ehe und damit einhergehend die stärkere Betonung von Möglichkeiten der Befristung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs.

Noch eine Reform

– Güterrechtsreform –

Recht überraschend kündigte am 05. November 2007 die Bundesjustizministerin eine weitere familienrechtliche Reform an: Die Reform des Zugewinnausgleichs steht an.

Der sog. gesetzliche Güterstand ist der Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Wir dürfen insoweit auf den Beitrag in dieser *Mandanteninfo II/2007* (S.36) verweisen. In dem auf den Weg gebrachten Gesetzentwurf geht es im wesentlichen um 2 Teilaspekte des geltenden Zugewinnausgleichsrechts, die in der Tat reformbedürftig sind:

Ein maßgebliches Charakteristikum der Zugewinngemeinschaft ist, dass am Ende der Ehe der Ehegatte, der während der

Ehe einen höheren Zugewinn in seinem Vermögen erzielt hat, die Hälfte der Differenz seines Zugewinns zu dem Zugewinn seines Ehegatten als Zugewinnausgleich zu zahlen hat. Der Zugewinn des einzelnen Ehegatten wird berechnet als Differenz zwischen dem zum Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags vorhandenen Endvermögen und dem am Tage der Eheschließung vorhandenen Anfangsvermögen. § 1374 Abs. 1 BGB bestimmt in seiner geltenden Fassung:

Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes gehört; die Verbindlichkeiten können nur bis zur Höhe des Vermögens abgezogen werden.

Folge dieser gesetzlichen Bestimmung ist, dass das Anfangsvermögen zumindest mit 0,-€ anzusetzen ist. Es kann nie negativ sein. Dies hat ganz erhebliche Auswirkungen, wenn die Ehe mit einem verschuldeten Ehegatten eingegangen wird. Wird dieser Ehegatte nämlich mit Hilfe des anderen Ehegatten während der bestehenden Ehe entschuldet, dann hat der verschuldete Ehegatte bei einer rein vermögensmäßigen Betrachtung während der Ehe Vermögen gebildet, da seine Schulden in Wegfall geraten sind. Gleichwohl hat er güterrechtlich keinen Zugewinn erzielt. Durch die Gesetzeslage wird dies in keiner Weise berücksichtigt. Der andere Ehegatte, der die Entschuldung häufig erst ermöglicht hat, muss in einer Vielzahl von Fällen noch einen Zugewinn zahlen. Der Bundesgerichtshof hat es abgelehnt, dieses augenfällig ungerechte Ergebnis der gesetzlichen Regelung zu korrigieren (BGH FamRZ 1995, 990 (992)).

Dies will der Gesetzgeber ändern, indem zukünftig auch berücksichtigt werden soll, wenn einer der Ehepartner während der Ehe von vorehelichen Verbindlichkeiten befreit worden ist.

Ein anderes Problem, das beim Zugewinnausgleichsanspruch immer wieder zu beobachten ist, sind Vermögensmanipulationen. Diese werden durch die gesetzlichen Stichtagsregelungen sowie die unzureichenden Möglichkeiten und umstrittenen Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes begünstigt.

Resümee:

Auch wenn die verbreitete Kritik an der immer weiter anschwellenden Normenflut sicherlich berechtigt ist, sind die Ziele der beabsichtigten Güterrechtsreform zu begrüßen. Es sollen ersichtliche Gerechtigkeitsdefizite beseitigt werden. Angesichts der Erfahrungen mit dem Gesetzgeber bleibt indes die Frage: Was kommt am Schluss heraus? Wir werden zu gegebener Zeit berichten.

4. MEDIZINRECHT AKTUELL

**„Hinauskündigung“ eines neu eingetretenen
Gesellschafters**

Haben ein oder mehrere Vertragsärzte über einen längeren Zeitraum eine Vertragsarztpraxis aufgebaut und wird ein neuer Partner in die Gemeinschaftspraxis aufgenommen, so liegt es häufig im Interesse der Altgesellschafter, die Möglichkeit zu haben, den neu eingetretenen Gesellschafter nach einer „Probezeit“ aus der Gesellschaft hinauskündigen zu können, ohne selber hierdurch einen zu großen Nachteil zu erleiden.

Grundsätzlich gilt, dass eine Klausel in einem Gesellschaftsvertrag, die einem oder mehreren Gesellschaftern die Möglichkeit gibt, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft „hinauszukündigen“, sittenwidrig und damit nichtig ist. Der Bundesgerichtshof begründet diese Rechtsprechung damit, dass dem von der Ausschließung oder Kündigung bedrohten Gesellschafter die Möglichkeit der freien Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte genommen wird, wenn er damit rechnen muss, dass er als Sanktion aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Unter einem solchen „Damoklesschwert“ soll der Mitgesellschafter nicht leben müssen.

Jedoch gilt dieser Grundsatz nicht ausnahmslos. Der Bundesgerichtshof hat bereits im Jahre 2004 entschieden, dass bei Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine seit Jahren bestehende Sozietät von Freiberuflern Gründe vorliegen können, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, dass die Altgesellschafter die Möglichkeit haben, den Neugesellschafter auszuschließen, auch wenn keine Gründe vorliegen, die es ihnen unzumutbar machen würden, das Gesellschaftsverhältnis fortzusetzen. Würde man den Altgesellschaftern eine solche Möglichkeit nicht zubilligen, so bliebe allein die Auflösungskündigung der Gesellschaft und damit u.U. die Zerschlagung einer über Jahre hinweg aufgebauten Praxis.

Durch den Bundesgerichtshof bislang offengelassen war die Frage, welche Frist den Altgesellschaftern für die Prüfung des Neugesellschafter eingewährt wird. Mit einem Urteil vom 07.05.2007 (MedR 2007, 595) hat der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden, dass eine Frist von 3 Jahren angemessen ist. Diese Zeit sei für den Altgesellschafter einerseits ausreichend, um sich ein Bild von dem Neugesellschafter und dessen Tätigkeit zu machen. Gleichzeitig gäbe diese Frist ausreichend Möglichkeit für die Vertragsparteien, ihre möglichen Konflikte einvernehmlich und ohne Ausspruch einer Kündigung beizulegen.

Der Bundesgerichtshof hat dabei in dem entschiedenen Fall eine Klausel in dem Gesellschaftsvertrag, die ein Hinauskündigungsrecht binnen eines Zeitraums von 10 Jahren vorsah, geltungserhaltend auf einen Zeitraum von 3 Jahren reduziert. Eine solche geltungserhaltende Reduktion kam in Betracht, weil die übrigen Regelungen des Gesellschaftsvertrages nicht zu beanstanden waren.

Medizinisches Versorgungszentrum zwischen Zahnarzt und Kieferorthopäde

Seit Einführung der Möglichkeit zur Gründung eines medizinischen Versorgungszentrums haben bereits etliche Vertragsärzte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Für Vertragszahnärzte scheiterte die Gründung medizinischer Versorgungszentren in der Vergangenheit regelmäßig an der vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzung einer „fachübergreifenden“ Tätigkeit. Wesentliches Merkmal des medizinischen Versorgungszentrums ist die interdisziplinäre Zusammenarbeit, die bei dem reinen Zusammenschluss von Zahnärzten nicht gesehen wurde.

Durch das am 01.01.2007 in Kraft getretene Vertragsarztänderungsgesetz wurde der Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V geändert. Danach genügt für Vertragsärzte auch der Zusam-

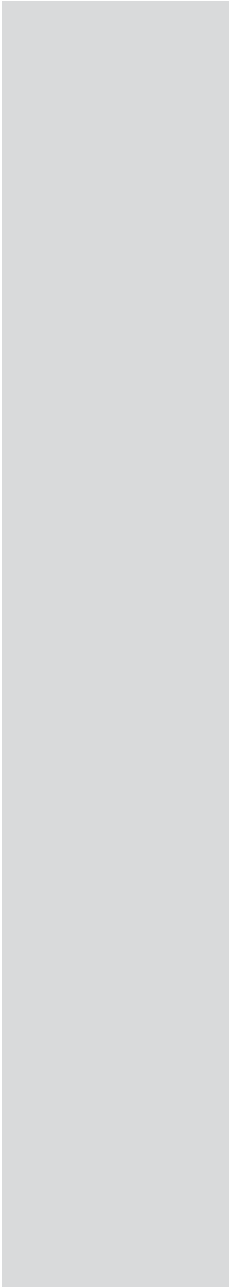
menschluss von verschiedenen Fachärzten bzw. Ärzten mit verschiedenen Schwerpunktbezeichnungen. Nicht aufgenommen wurde dagegen der im Referentenentwurf vorgesehene Passus, wonach die Voraussetzung der fachübergreifenden Zusammenarbeit auch beim Zusammenschluss von Zahnärzten mit unterschiedlichen Gebietsbezeichnungen ausreichend sein soll.

Der Gesetzgeber hat es damit versäumt, für Zahnärzte Rechtsklarheit zu schaffen. Die Unsicherheit wurde vielmehr noch vergrößert.

Mit der Frage der Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums zwischen zwei Zahnärzten und einer Fachzahnärztin für Kieferorthopädie hatte sich das Landessozialgericht Baden-Württemberg in einem Beschluss vom 20.06.2007 (GesR 2007, 470) zu befassen.

Der Zulassungsausschuss für Zahnärzte hatte das medizinische Versorgungszentrum nicht zugelassen, da nach seiner Auffassung die Voraussetzung der fachübergreifenden Tätigkeit nicht erfüllt war. Der Berufungsausschuss dagegen ließ das medizinische Versorgungszentrum zu und begründete dies mit der durch das Vertragsarztänderungsgesetz geänderten Rechtslage. Die Kassenzahnärztliche Vereinigung Baden-Württemberg erhob gegen diese Entscheidung Klage vor dem Sozialgericht Stuttgart, über die in der Hauptsache bislang nicht entschieden ist. Da der Klage im Hinblick auf die Entscheidung des Berufungsausschusses aufschiebende Wirkung zukommt, begehren die Zahnärzte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die sofortige Vollziehung des Beschlusses des Berufungsausschusses. Dieses Begehren blieb letztinstanzlich vor dem Landessozialgericht erfolglos.

Das Landessozialgericht setzt sich in seinem Beschluss vom 20.06.2007 eingehend mit dem Für und Wider der Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums zwischen Zahnarzt und Kieferorthopäde auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass die Klage der Kassenzahnärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg jedenfalls nicht als gänzlich erfolglos anzusehen sein dürfte.



Es kann nun mit großem Interesse dem Ausgang des vor dem Sozialgericht Stuttgart anhängigen Hauptsacheverfahrens entgegengesehen werden. Sofern die beteiligten Parteien den hierzu erforderlichen „langen Atem“ haben, könnte durch eine Entscheidung des Bundessozialgerichts Rechtsklarheit geschaffen werden.

5. MIETRECHT AKTUELL

Androhung einer fristlosen Kündigung bei Mängeln der Mietsache

Der Bundesgerichtshof hatte es sich in einem Urteil vom 13.06.2007 (MDR 2007, 1182, 1183) mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Mieter einer Wohnung die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen eines behaupteten Mangels der Mietsache ausdrücklich androhen muss.

§ 543 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt jeder Vertragspartei das Recht, ein bestehendes Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt u.a. dann vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Liegt ein Mangel der Mietsache vor, so kann dies als wichtiger Grund in diesem Sinne zu werten sein, da der vertragsgemäße, d.h. mangelfreie Gebrauch der Mietsache dem Mieter nicht gewährt wird.

Um dem Vermieter die Gelegenheit zur Abhilfe zu geben, ist die fristlose Kündigung allerdings gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB nur dann möglich, wenn zuvor eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt worden ist.

Eine solche Frist hatte der Mieter im vorliegenden Fall auch gesetzt und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs angedroht, Klage auf Mangelbeseitigung zu erheben. Die Frist war fruchtlos verstrichen. Der Mieter hatte jedoch seine Ankündigung nicht in die Tat umgesetzt, sondern stattdessen das Mietverhältnis fristlos gekündigt. Im anschließenden Prozess wandte der Vermieter nun ein, die Kündigung sei unwirksam, da der Mieter sich widersprüchlich verhalten habe.

Der Bundesgerichtshof weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass das Verhalten des Mieters tatsächlich widersprüchlich und die Kündigung, die nach Ablauf der gesetzten Frist erfolgt,

unwirksam sein kann. Im entschiedenen Fall half dies dem Vermieter jedoch nicht, da er den Mangel zu jedem Zeitpunkt abgestritten hatte und deshalb ohnehin eine Fristsetzung nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB entbehrlich war.

Dennoch kann aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine wichtige Konsequenz für die Praxis gezogen werden:

Verletzt eine Mietvertragspartei eine Pflicht aus dem Mietvertrag, so sollte das schriftliche Abhilfeverlangen zwar in jedem Fall eine Fristsetzung enthalten. Es ist jedoch unzulässig, im Rahmen des schriftlichen Abhilfeverlangens bereits eine bestimmte Konsequenz für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs anzudrohen. Das Gesetz setzt dies nicht voraus. Wird eine bestimmte Konsequenz angedroht und soll eine andere Konsequenz gezogen werden, so ist es in jedem Fall ratsam, zuvor nochmals eine weitere Frist zur Abhilfe – dann ohne Androhung einer bestimmten Konsequenz oder unter Androhung der tatsächlich zu ziehenden Konsequenz – zu setzen.

Mieterhöhung bei Überschreitung der vereinbarten Wohnfläche

Nicht selten kommt es vor, dass die vertraglich vereinbarte Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche abweicht. Häufig bemerkt der Mieter dies, wenn er die Wohnfläche nachmisst. Bereits im Jahre 2004 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Unterschreitung der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % als Mangel der Mietsache einzustufen ist (vgl. BGH MDR 2004, 933). Im Ergebnis steht dem Mieter ein Anspruch auf Minderung des Mietzinses zu.

Es kommt jedoch auch vor, dass die vertraglich vereinbarte Wohnfläche überschritten wird. Dies kann beispielsweise im Zusammenhang mit einer Neuberechnung der Wohnfläche im Zuge eines Mieterhöhungsverlangens des Vermieters zutage treten. Es stellt sich dann die Frage, welche Wohnfläche bei dem Mieterhöhungsverlangen zugrunde zu legen ist.

In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Unterschreitung der Wohnfläche hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 23.05.2007 (MDR 2007, 1185) entschieden, dass die tatsächliche Wohnfläche dem Mieterhöhungsverlangen nur dann zugrunde zu legen ist, wenn die im Vertrag angegebene Wohnfläche um mehr als 10% überschritten wird. Bei einer Überschreitung bis zu 10% ist für das Mieterhöhungsverlangen nicht die tatsächliche, sondern ausschließlich die vertraglich vereinbarte Wohnfläche zugrunde zu legen.

Ist beabsichtigt, eine Wohnflächenangabe in den Mietvertrag aufzunehmen, so empfiehlt es sich bei Unsicherheiten für den Vermieter in jedem Fall, die konkrete Wohnungsgröße zuvor zu ermitteln oder durch einen Fachmann ermitteln zu lassen.

6. URHEBERRECHT AKTUELL

Urheberrechtsnovelle zum 01.01.2008

Am 31. Oktober 2007 wurde das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft verkündet. Es handelt sich hierbei um den sogenannten „zweiten Korb“ der Urheberrechtsnovelle, mit der auf die erste Novelle des Urheberrechts aus dem Jahre 2003 aufgebaut wird.

Durch die beiden Urheberrechtsnovellen wird das aus dem Jahre 1965 stammende Urheberrecht an das digitale Zeitalter und die neuen technischen Möglichkeiten angepasst.

Die zum 01.01.2008 in Kraft tretende Novelle des Urheberrechts gibt Gelegenheit dazu, nicht nur die maßgeblichen Neuerungen vorzustellen, sondern auch einen kurzen Überblick über die geltenden Vorschriften des Urheberrechts zu geben.

1. Das Urhebergesetz regelt in § 53 die Zulässigkeit von Vervielfältigungen eines urheberrechtlich geschützten Werks. Zulässig sind hier **einzelne** Vervielfältigungen eines Werks durch eine **natürliche** Person zum **privaten** Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen.

Auch ein digitales Werk, also beispielsweise eine CD, darf zur ausschließlich privaten Nutzung durch den Endverbraucher vervielfältigt werden.

Wichtig ist, dass diese Vervielfältigung nur von einer rechtmäßigen Vorlage hergestellt werden darf. Das Gesetz wird hier zum 01.01.2008 ergänzt, indem es in § 53 Abs. 1 Satz 1 zukünftig heißt:

... soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.

Diese gesetzliche Klarstellung zielt auf die nach wie vor verbreiteten illegalen Tauschbörsen im Internet ab. Wenn für den Nutzer einer solchen Tauschbörse offensichtlich klar ist, dass es sich bei dem angebotenen Film oder Musikstück um ein rechtswidriges Angebot handelt, darf er hiervon keine Privatkopie herstellen. Diese Offensichtlichkeit dürfte bei Musikangeboten sicherlich schwer festzustellen sein. Es dürfte jedoch jedem privaten Internetnutzer klar sein, dass kein anderer privater Internetnutzer die Rechte zum Angebot eines aktuellen Kinofilms im Internet besitzt. Damit stellt die Herstellung einer Privatkopie eines auf einer Tauschbörse angebotenen aktuellen Kinofilms in jedem Fall einen Verstoß gegen § 53 Abs. 1 Satz Urheberrechtsgesetz dar.

2. Besondere Beachtung ist dem durch die aktuelle Urheberrechtsnovelle nicht veränderten § 95 a Urheberrechtsgesetz zu schenken. Dieser bestimmt, dass wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines urheberrechtlich geschützten Werks nicht ohne Zustimmung des Rechtsinhabers umgangen werden dürfen.

Dies bedeutet, dass das Recht zur Privatkopie nach § 53 Urheberrechtsgesetz nur für solche Werke Anwendung findet, die nicht durch einen Kopierschutz geschützt sind.

Diese Regelung ist durch Europarecht zwingend vorgegeben. Die Rechtsinhaber dürfen ihr geistiges Eigentum durch technische Maßnahmen selbst schützen. Diese Möglichkeit des Schutzes darf ihnen der Gesetzgeber durch ein „Recht auf Privatkopie“ nicht nehmen. Die zulässige Privatkopie findet also ihre Grenze dort, wo Kopierschutzmaßnahmen eingesetzt werden.

Gerade diese Regelung hat bei Verbrauchern in der Vergangenheit zu erheblichem Unmut geführt. Schwerpunkt der Kritik lag hierbei in jüngster Zeit auf dem von der Plattenindustrie verwendeten sogenannten Digital Rights Management (kurz DRM). Hierdurch werden die Rechte des Verbrauchers, ein im Internet legal erworbenes Musikstück für eigene Zwecke auf eine CD zu brennen oder auf einem

MP3-Player zu verwenden, eingeschränkt. Insbesondere der Marktführer „Apple“ ist hier mit seinem Shop „iTunes“ in die Kritik geraten.

Die europäische Kommission hat inzwischen gegen „Apple“ ein Kartellverfahren eingeleitet. Dies bezieht sich allerdings nicht auf die Beschränkungen der Möglichkeiten der Nutzung der erworbenen Stücke durch DRM, sondern darauf, dass „Apple“ die Musikstücke in unterschiedlichen europäischen Ländern zu unterschiedlichen Preisen anbietet und Zugriffe von Nutzern aus Deutschland beispielsweise auf den „iTunes-Store“ in den Niederlanden nicht zulässt.

Inzwischen bieten immer mehr Anbieter DRM-freie Musik im Internet an. Vorreiter war hier die Plattenfirma „EMI“, die bereits seit April 2007 ihre Musiktitel ohne Kopierschutz-Software vertreibt.

3. Im Zusammenhang mit dem Verbot zur Umgehung eines Kopierschutzes ist auch § 95 Abs. 3 Urheberrechtsgesetz zu beachten.

Hiernach ist u.a. die Verbreitung und der Verkauf von Vorrichtungen oder Erzeugnissen, die dazu dienen, einen Kopierschutz zu umgehen, verboten.

Diese Regelung hat nach ihrer Einführung dazu geführt, dass die bis dahin auf dem Markt erhältlichen Programme zum Umgehen eines Kopierschutzes vom Markt verschwanden. Die Bedeutung der Vorschrift ist jedoch keineswegs dadurch erledigt. Viele Verbraucher befinden sich nach wie vor im Besitz solcher Programme. Wer beispielsweise beabsichtigt, ein altes Software-Archiv „auszumisten“, sollte peinlich genau darauf achten, dass er keine Software anbietet, die der Umgehung eines Kopierschutzes dient. Dies kann zu Abmahnungen in Verbindung mit empfindlichen Schadensersatzforderungen führen.

4. Eine weitere in der Öffentlichkeit viel diskutierte Vorschrift ist die Vorschrift des § 54 Urheberrechtsgesetz. Dieser regelt

den Vergütungsanspruch des Urhebers gegen Hersteller und Händler oder Importeure (§ 54 b Urheberrechtsgesetz).

Die Vorschrift wurde durch das neue Urheberrechtsgesetz erweitert. Vergütungspflichtig sind in Zukunft alle Geräte und Speichermedien, deren Typ zur Vornahme von zulässigen Vervielfältigungen benutzt wird. Für die Zahlung der Vergütung haften der Hersteller, der Importeur und der Händler gesamtschuldnerisch, wobei die Vergütung insgesamt nur einmal zu entrichten ist. Die Vorschrift ist deshalb für den Verbraucher von Bedeutung, weil sich die pauschale Vergütung letztlich in der Preiskalkulation des Gerätes niederschlägt. Deshalb ist auch die Höhe der Vergütung von Bedeutung. Diese war bislang in einer Anlage zum Urheberrechtsgesetz gesetzlich festgelegt. Durch die Novelle zum 01.01.2008 wird sie sich nach dem tatsächlichen Ausmaß der Nutzung bemessen, in dem Geräte und Speichermedien typischerweise für erlaubte Vervielfältigungen genutzt werden. Dies soll durch empirische Marktuntersuchungen ermittelt werden. Die Vergütung soll allerdings in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtpreisniveau des Gerätes oder Speichermediums stehen.

7. VERKEHRSRECHT AKTUELL

Muss er zu ihm oder muss er zu mir?

In Zeiten der unbegrenzten Kommunikation (Internet) häufen sich die Fälle, in denen der Kunde seinen Pkw nicht bei einem Händler vor Ort kauft, sondern mehr oder weniger weit von seinem Wohnsitz entfernt. Häufig lässt sich so ein „Schnäppchen“ machen. Was passiert aber, wenn der gekaufte Pkw einen Mangel hat? Der Käufer hat dann einen Anspruch auf *Nacherfüllung* (Reparatur), § 439 Abs. 1 BGB. Der Teufel steckt aber im Detail. Hat der Käufer den Pkw zur Durchführung der Reparatur zum Händler zu schaffen? Hat der Händler dafür Sorge zu tragen, dass der Pkw entweder vor Ort bei dem Kunden repariert wird oder er den Pkw vom Kunden zu sich holt, die Reparatur durchführt und ihn alsdann wieder zum Kunden bringt?

Diese Frage ist umstritten und war Gegenstand des 1. Deutschen Autorechtstages in Neuss. Die Mehrheit konnte sich auf dem Autorechtstag nur dazu durchringen, an die Gerichte zu appellieren, die Frage zu klären. Der veranstaltende ADAC vertritt die Meinung, es dürfte nicht das Problem des Käufers sein, wie und wo der Wagen repariert wird (ADAC Motorwelt 2007, Heft 11, Seite 65).

In einem Urteil des 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München vom 20.06.2007 (MDR 2007, 1189 f) stellt das Gericht heraus, dass diese Frage streitig ist. So vertraten in der Vergangenheit der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München sowie das Oberlandesgericht Köln die Auffassung, aufgrund europarechtlicher Überlegungen sei der sogenannte Leistungsort für die Reparatur allein der Ort, an dem sich die mangelhafte Sache momentan befände.

Anders weite Teile der Literatur und der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München. Das Gericht führt aus:

... gerade bei der hier anstehenden Nachbesserung eines beim Händler gekauften Fahrzeuges ist... , jedenfalls bei Erforderlichkeit umfangreicher Fehleruntersuchungen und Instandsetzungsmaßnahmen, die ersichtlich nur in einer Werkstatt vorgenommen werden können und kostenträchtig sind... , regelmäßig der Betriebssitz des Händlers Leistungsort der Nacherfüllung.

In dem Fall, über den hier berichtet wird, war dies für den Kunden bitter. Er war nämlich von dem Kaufvertrag zurückgetreten und machte die Rückzahlung des Kaufpreises geltend. Dies versagte das Oberlandesgericht München. Der Kunde hatte es nämlich abgelehnt, sein Fahrzeug am Firmensitz des Händlers zur Nachbesserung zur Verfügung zu stellen. Mangels erforderlicher Mitwirkungshandlung war ein Rücktrittsrecht nicht gegeben, so das Oberlandesgericht München.

Die zitierte Entscheidung beleuchtet ein generelles Problem des Rechtslebens. Selbst Oberlandesgerichte entscheiden maßgebliche Rechtsfragen unterschiedlich und es dauert mitunter Jahre, bis eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorliegt, die dann für einige Jahre für Rechtssicherheit sorgt. In einer Fallgestaltung, wie sie der Entscheidung des Oberlandesgerichts München zugrunde liegt, kann der vorsichtige *Anwalt* dem *Kunden* nur raten, den zu reparierenden Pkw zum Händler zu schaffen; dem Händler muss der *Anwalt* raten, den Pkw vom Kunden abzuholen, bei sich in der Werkstatt zu reparieren und alsdann wieder zum Kunden zurückzuschaffen. Andernfalls besteht für beide Beteiligte ein ganz erhebliches Prozessrisiko, wie die Entscheidung überaus deutlich macht.

8. VERWALTUNGSRECHT AKTUELL

**Weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens:
Bescheidung des Rechtsweges unter dem Deckmantel
der Verfahrensbeschleunigung?**

Der Landtag NRW hat am 19.09.2007 das zweite Gesetz zum Bürokratieabbau (Bürokratieabbaugesetz II) beschlossen. Es trat am 01.11.2007 in Kraft.

Danach gilt Folgendes:

1. Ein Widerspruchsverfahren findet in Zukunft nur noch in den gesetzlich ausdrücklich benannten Fällen, insbesondere dann statt, wenn:
 - es bundes- oder europarechtlich vorgeschrieben ist,
 - der Streitgegenstand die Bewertung einer Leistung bei einer berufsbezogenen Prüfung ist,
 - sich ein bisher nicht am Verfahren beteiligter Dritter gegen eine Verwaltungsentscheidung in bestimmten Rechtsgebieten wendet,
 - es sich um eine Entscheidung im Bereich des Rundfunkgebührenrechts handelt und
 - ein Verwaltungsakt regelmäßig von nicht verwaltungsrechtlich geschultem Personal erlassen wird (z.B. Entscheidungen von Schulen).

Damit kann ein Betroffener beispielsweise gegen die Versagung einer bau-, gaststätten- oder gewerberechtlichen Genehmigung nunmehr direkt vor dem zuständigen Verwaltungsgericht klagen.

2. In den Fällen, in denen noch ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist, entscheidet zudem in der Regel nicht mehr die nächsthöhere Behörde über den Widerspruch, das heißt bislang im Regelfall die jeweilige Bezirksregierung, sondern nunmehr die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Eine Ausnahme besteht für das Schulrecht.

3. Sinn und Zweck dieser Neuregelung ist es nach Ansicht des Gesetzgebers, Bürokratie abzubauen und den Aktentourismus zu beenden. Dadurch werde der Aufwand geringer und die Entscheidungszeiten kürzer.

Ob dies tatsächlich zutrifft, wird sich in Zukunft zeigen. Erhebliche Zweifel sind allerdings schon jetzt angebracht. Zu bedenken ist, dass die Anzahl der Gerichtsverfahren, wie die Erfahrungen in anderen Bundesländern bereits gezeigt haben, durch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens erheblich steigen dürfte. Es wird zudem Aufgabe der Verwaltungsgerichte sein, den Sachverhalt mit großem Aufwand zu ermitteln, der sich früher bereits aus den Akten des Widerspruchsverfahrens ergab. Damit tritt eine massive Mehrbelastung der Gerichte sowohl hinsichtlich der Anzahl der Verfahren als auch der Intensität der Bearbeitung des jeweiligen Verfahrens ein. Dies wiederum führt zu einer Verfahrensverlängerung. Allerdings, so wird prognostiziert, reduziere sich diese Mehrbelastung wiederum dadurch, dass sich viele Bürger aufgrund der mit einer Klage verbundenen Kosten von einer Klageerhebung abhalten ließen.

Die Befürchtung einer höheren Kostenlast ist jedoch unberechtigt: Das Widerspruchsverfahren blieb oftmals erfolglos, so dass der Betroffene deshalb ohnehin anschließend vor Gericht ziehen musste, um sein Recht durchzusetzen zu wissen. Damit entfallen künftig die Gebühren für ein Widerspruchsverfahren. Das Verfahren wird insgesamt günstiger. Die Kostenfrage sollte daher im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht von einer Klageerhebung abhalten. Zudem hat die künftig intensivere Bearbeitung der Angelegenheit durch den Richter an Stelle des zuständigen Sachbearbeiters der Widerspruchsbehörde erhebliche Vorteile. Der oftmals als voreingenommen empfundene Sachbearbeiter wird insofern nun durch einen neutralen Richter „ersetzt“.

Bleibt damit noch das Problem der Mehrbelastung der Gerichte und die damit verbundene lange Wartezeit, bis endlich ein Urteil gefällt ist. Dieses Problem kann meines Erachtens teilweise durch die Einleitung eines Eilverfahrens teilweise

durch die nunmehr verstärkt erforderlich gewordene Aufnahme außergerichtlicher, juristisch abgesicherter Vergleichsverhandlungen behoben werden.

Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens allein wird an der Belastung der Gerichte jedenfalls nichts ändern und damit auch zu keiner Verfahrenskürzung führen.

9. WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT AKTUELL

Kann man sich seiner Eigentumswohnung durch Verzicht entledigen?

– Der BGH hält dies für unzulässig –

Es gibt Wohnungseigentümergeinschaften, in denen der größte Teil der Eigentümer zahlungsunfähig ist. Die anteiligen Bewirtschaftungskosten müssen dann von einigen wenigen Eigentümern aufgebracht werden. Die von ihnen aufzubringenden monatlichen Kosten übersteigen häufig die Einnahmen (Mieten) um ein Vielfaches.

In einer derartigen Wohnungseigentümergeinschaft wollte ein Eigentümer dem finanziellen Ruin dadurch entgehen, dass er notariell auf sein Wohnungseigentum verzichtete und die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch erreichen wollte.

Der BGH hat dies in einem Beschluss vom 10.05.2007 (Aktenzeichen: V ZB 18/07 – www.bundesgerichtshof.de) für unzulässig gehalten. Zwar sehe die Vorschrift des § 928 Abs. 1 BGB ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass das Eigentum an einem Grundstück dadurch aufgegeben werden kann, dass der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt und dies in das Grundbuch eingetragen wird; beim Wohnungseigentum sei dies aber nicht möglich. Zur Begründung wird ausgeführt, das Miteigentum erschöpfe sich nicht in der sachenrechtlichen Beziehung, sondern habe zugleich die Beteiligung an der Miteigentümerschaft zum Inhalt. An die dadurch begründeten Rechte und Pflichten sei jeder Miteigentümer bis zur Aufhebung der Gemeinschaft gebunden.

Die Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zu begrüßen. Die „Flucht“ aus einer Wohnungseigentümergeinschaft kann keine Lösung der finanziellen Probleme sein. Stattdessen sollten die noch zahlungskräftigen Mitglieder lieber daran mitwirken, Zwangsversteigerungsverfahren gegen die säumigen Wohnungseigentümer einzuleiten. Die seit dem 01.07.2007

neue gesetzliche Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eröffnet die Möglichkeit, wenigstens teilweise die günstigere Rangklasse 2 für die Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft – noch vor den Grundpfandgläubigern – zu erhalten. Durch die Versteigerung wird dann ein hoffentlich zahlungsfähiges neues Mitglied in die Wohnungseigentümergeinschaft aufgenommen werden.

Neues zu den haushaltsnahen Dienstleistungen
– Rechtsprechung entlastet den Wohnungsverwalter –

Haushaltsnahe Dienst- und Handwerkerleistungen werden gem. § 35 a EstG gefördert. Bei Wohnungseigentümergeinschaften profitierten bisher aber nur solche Wohnungseigentümer von der Steuervergünstigung, die selbst Arbeitgeber oder Auftraggeber der betreffenden Leistungen waren. Durch das Anwendungsschreiben des Bundesfinanzministeriums vom 03.11.2006 wurde der Kreis der Begünstigten erweitert. Es können jetzt auch Wohnungseigentümer in den Genuß der Steuerminderung kommen, wenn die Auftragserteilung durch den Wohnungsverwalter für die gesamte Gemeinschaft erfolgte. Erforderlich ist dann aber ein entsprechender Nachweis, der entweder durch eine Bescheinigung des Verwalters oder dadurch erfolgen kann, dass die auf den einzelnen Wohnungseigentümer entfallenden Aufwendungen in der Jahresabrechnung gesondert aufgeführt werden.

Fraglich ist, ob der Wohnungsverwalter zu derartigen zusätzlichen Leistungen verpflichtet ist.

Das Amtsgericht Bremen hat in einem Beschluß vom 03.06.2007 (abgedruckt in WuM 2007, 474) entschieden, dass der Verwalter zu derartigen Zusatzleistungen nicht verpflichtet sei. Es bleibe dem Wohnungseigentümer unbenommen, dass ihm zustehende Einsichtsrecht auszuüben und die entsprechende Aufstellung selbst zu erstellen.

Das Amtsgericht Hannover hat in einem Beschluß vom 29.06.2007 (Aktenzeichen 73 II 382/07) entschieden, dass es rechtens ist, wenn die Wohnungseigentümerversammlung beschließt, dass dem Wohnungsverwalter für seine zusätzliche Tätigkeit auch ein zusätzliches Entgelt gezahlt wird. Dies soll allerdings nur für die Anfangsphase im ersten Jahr der Umstellung der Wirtschaftskostenabrechnungen gelten.

Das Anwendungsschreiben des Bundesfinanzministeriums vom 03.11.2006 kann keine Rechtsgrundlage sein, die Wohnungsverwalter mit zusätzlichen Verpflichtungen zu belasten. Die Verwalterpflichten sind im Wohnungseigentumsgesetz (§§ 27, 28 WEG) abschließend festgehalten. Wenn die Verwalter zusätzliche Verpflichtungen übernehmen, müssen sie auch berechtigt sein, sich dies angemessen vergüten zu lassen. Es ist auch nicht einzusehen, dass dies nur für das erste Jahr der Umstellung der Jahresabrechnungen gelten soll. Der Aufwand dürfte auch in Zukunft kaum wesentlich geringer werden und das zusätzliche Haftungsrisiko auch in Zukunft bestehen bleiben.

Meins, Deins, Unser?

Vor der Eheschließung ist mein meins und dein deins.

Was gilt nach der Eheschließung? Ist mein Auto nicht mehr mein Auto, sondern unser Auto? Ist mein Haus nicht mehr mein Haus, sondern ist es unser Haus? Was ist mit der Immobilie, die von beiden Ehegatten während der Ehe angeschafft worden ist? Ist sie rechtlich tatsächlich unsere Immobilie?

Wie die anwaltliche Praxis zeigt, gibt es unter Ehegatten vielfältige und zumeist falsche Vorstellungen ob und ggf. welchen Einfluss die Eheschließung auf die Vermögenszuordnung hat. Auch in der Presse werden immer wieder unzutreffende Vorstellungen beim Leser geweckt. So heißt es auf der Seite 22 der Zeitschrift DER SPIEGEL Nr. 45 vom 05.11.2007:

... In einer sogenannten Zugewinnngemeinschaft lebt die Mehrzahl der Eheleute in Deutschland: Vermögen, das in diesen Ehen erworben wurde, gehört je zur Hälfte den Partnern ...

Über die Hintergründe lässt sich nur spekulieren. Möglicherweise ist der vom Gesetz gewählte Begriff für den sogenannten gesetzlichen Güterstand:

Zugewinnngemeinschaft

verantwortlich für manche Fehlvorstellung.

Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wurde mit Wirkung zum 01.07.1958 eingeführt. Alle Eheleute, die nach dem 30.06.1958 die Ehe schlossen und zukünftig schließen werden, leben im Güterstand der *Zugewinnngemeinschaft*. Dieser Güterstand gilt grundsätzlich auch für sogenannte Althen, also Ehen, die vor dem 01.07.1958 geschlossen worden sind. Das Eintreten dieser gesetzlichen Wirkung konnten die Ehegatten bis zum 31.12.1961 durch einseitige Erklärung ver-

hindern, mit der die Zugewinnsgemeinschaft abgelehnt wurde; rechtliche Folge war, dass Gütertrennung eintrat.

Neben dem *gesetzlichen* Güterstand der *Zugewinnsgemeinschaft* kennt das Gesetz als *ausschließlich* vertragliche Güterstände

- die *Gütertrennung* und
- die *Gütergemeinschaft*.

Die *Gütertrennung* führt dazu, dass güterrechtlich die Eheleute wie sonstige private Dritte vermögensmäßig behandelt werden: Es gibt am Ende der Ehe keinen Zugewinnausgleichsanspruch, die mit der Zugewinnsgemeinschaft einhergehende Verfügungsbeschränkung über das Vermögen als Ganzes ist nicht anwendbar und erbrechtlich gibt es – je nach Konstellation – häufig Nachteile zu Lasten des überlebenden Ehegatten.

Die *Gütergemeinschaft* ist kaum noch existent. Sie ist noch in ländlich geprägten Bereichen anzutreffen.

Es bleibt die Frage: Wird bei der *Zugewinnsgemeinschaft* das Vermögen der Ehegatten *gemeinsames* Vermögen? Die Antwort ist eindeutig: Nein! Dies ergibt sich schon aus dem Gesetz, § 1363 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werden nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt.

Mit anderen Worten: Die *Zugewinnsgemeinschaft* ist strukturell zunächst *Gütertrennung*! Wenn Eheleute somit vor der Ehe Vermögen hatten, bleibt es auch nach der Eheschließung Vermögen des jeweiligen Ehegatten. Gleiches gilt für Vermögen, das während der Ehe von einem der Ehegatten erworben wird. Wird während der Ehe beispielsweise eine gemeinsame Immobilie erworben, so geschieht dies regelmäßig, indem jeder Ehegatte 1/2 Miteigentumsanteil an der Immobilie erwirbt. Damit ist der jeweilige Miteigentumsanteil Vermögensgegenstand eines jeden Ehegatten. Auch insoweit gibt es rechtlich *kein*

gemeinsames Vermögen. Es entsteht schlicht eine *Bruchteilsgemeinschaft*, wie sie bei Miteigentum auch zwischen Dritten – also Personen, die nicht verheiratet (oder verpartnert) sind – entstehen kann. In einem Urteil vom 29.06.2007 hat der Bundesgerichtshof dies deutlich wie folgt unterstrichen (Rechtspfleger 2007, 597 (599)):

... Im gesetzlichen Güterstand sind die Miteigentumsanteile Eigentum jedes der beiden Ehegatten. Ein Ehegatte ist weder Treuhänder noch Strohhalm des anderen und nicht in anderer Form am Miteigentumsanteil des anderen beteiligt, so dass auch kein Fall sogenannter wirtschaftlicher Identität vorliegt...

Die Erkenntnis, dass die *Zugewinnsgemeinschaft* ihrer Struktur nach eine *Gütertrennung* ist, hat noch eine andere, in der Praxis oft verkannte Konsequenz:

Das *Vermögen*, wie es hier angesprochen wird, ist nicht nur das *aktive*, sondern auch das *passive* Vermögen. Das heißt, dass die Schulden des einen Ehegatten auch bei der *Zugewinnsgemeinschaft* nicht die Schulden des anderen Ehegatten sind. Damit es zu einer Haftung des einen Ehegatten für die Schulden des anderen Ehegatten kommt, bedarf es immer eines besonderen Verpflichtungstatbestandes, wie die gemeinsame Unterzeichnung eines Darlehnsvertrages, die Abgabe einer Bürgschaftserklärung, eines Schuldbeitritts oder die Heranziehung der Grundsätze des sogenannten Schlüsselgeschäfts, § 1357 BGB. Das ist aber eine andere Geschichte.

Abstand nehmen – ein leidiges, aber stets aktuelles Thema zwischen Bauherren und Nachbarn

Am 28.12.2006 trat das Änderungsgesetz zur Landesbauordnung NRW (BauO NRW) in Kraft. Neugefasst wurden insbesondere die wegen ihrer nachbarschützenden Funktion so wichtigen Abstandsflächen-Vorschriften der §§ 6 und 7 BauO NRW. Darüber hinaus wurde die entsprechende Abweichungsvorschrift des § 73 Abs. 1 BauO NRW geändert.

Nach fast einem Jahr Erfahrung mit dem Gesetz stellt sich die Frage, ob die Neuregelungen etwas gebracht haben. Die Änderungen sollten die Anwendung der Abstandsflächen-Vorschriften für Bauherren, Entwurfsverfasser und Bauaufsichtsbehörden wesentlich vereinfachen. Gleichwohl kam es im Laufe des Jahres 2007 zu einer regelrechten Flut von Anfragen, die darauf hindeuten, dass man von einer Vereinfachung weit entfernt ist.

Hierzu einige wesentliche Erkenntnisse:

1. § 6 Abs. 1 S. 2 b BauO NRW sah bislang vor, dass keine Abstandsfläche vor Außenwänden, die an der Nachbargrenze errichtet werden, einzuhalten war, wenn das Gebäude ohne Grenzabstand gebaut werden durfte und **öffentlich-rechtlich** gesichert war, dass auf dem Nachbargrundstück ebenfalls ohne Grenzabstand gebaut wird. Nunmehr werden zwar keine Anforderungen mehr gestellt, **wie** der beiderseitige Grenzabstand zu sichern ist. Der Begriff der **öffentlich-rechtlichen** Sicherung ist entfallen. Mithin ist es nach neuem Recht zulässig, dass der Bauherr die Art der Sicherung wählt. Gleichwohl bedarf es insoweit nun der Überlegung, welche Sicherungsart für den jeweiligen Fall das Beste ist.

Als Sicherungsformen gelten die Baulasteintragung, die Grundbucheintragung, aber auch eine vertragliche Vereinbarung unter den Nachbarn. Entsprechende Verpflichtungserklärungen der Eigentümer beider Grundstücke auf den Bauvorlagen sind ausreichend. Eines Eintrages in das Baulastenverzeichnis bedarf es nicht mehr. Dabei muss sich der Angrenzer allerdings ausdrücklich zum Grenzabstand verpflichten und mit diesem nicht bloß einverstanden sein. Eine Beschränkung der Verpflichtungserklärung auf konkrete Vorhaben oder eine sonstige Einschränkung ist möglich. Der Nachteil einer bloßen Verpflichtungserklärung ohne Baulasteintragung oder Eintragung einer Grunddienbarkeit liegt dabei darin, dass im Falle eines Verlängerungsantrages der Baugenehmigung die weitere Wirksamkeit der Verpflichtungserklärung nachzuweisen ist.

Andererseits vereinfacht die Möglichkeit einer bloßen Verpflichtungserklärung ohne öffentlich-rechtliche Sicherung die Handhabung gem. § 6 Abs. 1 S. 2 b BauO NRW und vermeidet das Entstehen zusätzlicher Kosten, die mit einer Baulasteintragung verbunden sind.

2. Abgrabungen, wie etwa Tiefgaragenzufahrten oder Abgrabungen zur Belichtung von Kellergeschossen verändern nach der Neufassung des § 6 Abs. 4 BauO NRW nicht mehr die zur Berechnung der Wandhöhe maßgebliche Geländeoberfläche. Wird die Wandhöhe ermittelt, ist nunmehr auf die vor der Abgrabung ermittelte natürliche Geländeoberfläche bzw. auf die in der Baugenehmigung festgelegte Geländeoberfläche abzustellen. Für Gebäude, die im hangigen Gelände errichtet werden sollen, bedeutet dies eine erhebliche Erleichterung.

Gleichwohl ist weiterhin § 9 Abs. 3 BauO NRW zu prüfen. Die Abgrabung muss, auch wenn sie bei der Abstandsflächenberechnung keine Rolle mehr spielen sollte, zulässig sein.

3. Die Regelung zum Schmalseitenprivileg (§ 6 Abs. 6 BauO NRW) wurde ebenfalls deutlich verändert. Bislang beschränkte sich das Schmalseitenprivileg auf einzelne Wände und (höchstens) auf zwei Gebäudeseiten. Nunmehr darf die verringerte Abstandsflächentiefe von $0,4 H$ an jeder Grundstücksgrenze jeweils bis zu einer Länge von 16 m entlang der Außenwände und vor Teilen der Außenwände in Anspruch genommen werden.

Nur diejenigen Wände sind auf das Maß von 16 m anzurechnen, die „gegenüber“ der Grenze liegen. Wände, die in einem Winkel von 90° und mehr zur Grenze stehen, fallen nicht hierunter.

Durch die in § 6 Abs. 6 S. 1 BauO NRW eingefügte Ergänzung „Teile der Außenwände“ wird nunmehr klargestellt, dass eine Außenwand nur mit dem Teil auf das Maß von 16 m anzurechnen ist, der $0,8 H$ nicht einhält.

§ 6 Abs. 6 S. 2 BauO NRW stellt ferner klar, dass etwa bei gestaffelten Geschossen die Wandlänge nur einmal angesetzt wird, soweit sich die Abstandsflächen vor diesen Wänden überlagern. Dabei wird nur die Außenwand mit der größten Länge angerechnet.

4. Gemäß § 6 Abs. 7 BauO NRW werden nach der neuen Regelung sog. Altane den Vorbauten gleichgestellt. Vorbauten wie Erker und Balkone sowie Altane müssen nunmehr nicht nur 2 m, sondern vielmehr 3 m Mindestabstand zur Nachbargrenze einhalten. Damit berücksichtigt der Gesetzgeber, dass gerade Balkone aufgrund der durch sie ermöglichten Rundumsicht von Nachbarn grundsätzlich als besonders unangenehm empfunden werden. Halten Balkone bzw. Altane diesen Mindestabstand ein, sind sie allerdings nur privilegiert, wenn sie nicht mehr als 1,50 m vor die jeweilige Außenwand hervortreten. Bei der Ermittlung des Maßes von 1,50 m bleiben nunmehr Loggien, die im Gebäudeinneren vor den Altanen bzw. Balkonen liegen, außer Betracht.
5. Auch die Anwendung des § 6 Abs. 10 BauO NRW wollte der Gesetzgeber erleichtern. Danach sind auch vor baulichen Anlagen, die nicht Gebäude sind, aber gebäudegleiche Wirkung aufweisen, ggfs. Abstandsflächen einzuhalten. Die oft erhebliche Probleme aufwerfende Frage, wann eine Anlage eine gebäudegleiche Wirkung aufweist, wird nunmehr durch die Einführung konkreter Höhenmaße weitgehend geklärt. Dabei wird zwischen betretbaren und nicht betretbaren Anlagen unterschieden. Betretbare Anlagen wie Aufschüttungen von Gartenflächen oder Terrassen lösen ab einer Höhe von mehr als 1 m über der Geländeoberfläche grundsätzlich Abstandsflächen aus. Etwas anderes gilt für nicht betretbare Anlagen, wie etwa Mauern, die den Sozialfrieden zwischen den Nachbarn nicht dermaßen beeinträchtigen wie betretbare Anlagen. Sie lösen Abstandsflächen erst bei einer Höhe von mehr als 2 m über der Geländeoberfläche aus. Wie bisher muss für letztere Anlagen allerdings weiterhin geprüft werden, ob von ihnen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen.
6. Die Regelung des § 6 Abs. 11 BauO NRW wurde ebenfalls vereinfacht. Bestehende Grenzgaragen können heutzutage

ohne weiteres als Abstellräume genutzt werden. Denn die noch nach dem alten Recht vorhandene Flächenbegrenzung von 7,5 qm für Abstellräume, die an der Nachbargrenze gebaut werden sollten, entfällt. Abstellräume und Garagen dürfen jetzt auch über einen inneren Zugang zum Gebäude der Hauptnutzung verfügen. Damit wurde dem Wunsch manches Bauherrn entsprochen, der bislang an einem direkten Zugang zwischen Wohngebäude und Garage bzw. Abstellraum aufgrund der bestehenden Abstandsflächenvorschriften gehindert war.

Ein weiterer Vorteil in der Rechtsänderung besteht darin, dass die nach § 6 Abs. 11 BauO NRW privilegierten Anlagen nicht mehr nur an der Nachbargrenze errichtet werden dürfen, sondern heute auch an den Grenzen zu öffentlichen Verkehrsflächen.

Andererseits wurden in die Vorschrift weitere Anforderungen aufgenommen, um das städtebauliche Erscheinungsbild der offenen Bauweise zu wahren, so dass eine erleichterte Handhabung nur teilweise eintritt.

7. Der in § 73 BauO NRW eingefügte neue Satz 2 regelt, dass Abweichungen von der Abstandsflächenvorschrift des § 6 BauO NRW dann zugelassen werden können, wenn die von § 6 abweichende Bebauung den jeweiligen Angrenzer nicht stärker oder nur unwesentlich stärker beeinträchtigt als eine andere, § 6 entsprechende Bebauung des jeweiligen Grundstücks. Dies setzt einen wertenden Vergleich voraus. Das Vorhaben, das aufgrund eines Abweichungsbescheides zugelassen werden soll, ist mit einem fiktiven Vorhaben zu vergleichen, das die Abstandsflächenvorschriften einhielte.

Die Voraussetzungen für eine Abweichungszulassung hat der Bauherr nachzuweisen.

8. Festzuhalten bleibt, dass die Regelung des Abstandsflächenrechts in § 6 BauO NRW zwar durch die Gesetzesreform auf den ersten Blick in einigen Punkten vereinfacht wurde. Gleichwohl bedarf es weiterhin einer genauen und rechtskundigen Auslegung. Es mögen sich heute teilweise nicht mehr die alten Fragen stellen, dafür sind aber neue aufgetaucht.

Für den Ernstfall:
Vorsorgevollmacht/Patientenverfügung

In den vergangenen Jahren ist in das Bewusstsein der Öffentlichkeit mehr und mehr der Umstand gerückt, dass nicht nur Regelungen für den Tod einer Person getroffen oder zumindest durchdacht werden sollten, sondern jeder einzelne auch in eine Situation gelangen kann, in welcher er selbst vorübergehend oder andauernd nicht dazu in der Lage ist, seine persönlichen, rechtlichen, finanziellen und sonstigen Angelegenheiten zu regeln.

Der Gesetzgeber hat hierzu lediglich das Rechtsinstitut der Betreuung vorgesehen. Das Verfahren, welches zur Bestellung eines Betreuers führt, ist aber in der Regel langwierig, so dass problematische Übergangssituationen entstehen können. Auch ist häufig nicht gewünscht, dass ein vom Gericht eingesetzter Betreuer tätig wird. Vielfach bestehen zudem konkrete Vorstellungen der Betroffenen dahin, welche Behandlungsmethoden sie wünschen oder ablehnen. Diese Entscheidungen kann ein gerichtlich bestellter Betreuer nicht übernehmen.

Die Beratungspraxis zeigt, dass häufig nur sehr unscharfe Vorstellungen darüber bestehen, mit welchen Vorsorgemaßnahmen man sich für einen solchen Ernstfall absichern kann. Daher werden hier die in Betracht kommenden Regelungen wie folgt dargestellt:

I. Die Vorsorgevollmacht:

In einer Vorsorgevollmacht setzt ein Betroffener eine oder mehrere Personen zu seinen Bevollmächtigten ein und erteilt für den Fall, dass er seine eigenen Entscheidungen nicht mehr treffen kann, die Befugnis, für ihn rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben. Die Vollmacht kann dabei auch so ausgestaltet werden, dass Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen oder schwerwiegende ärztliche Eingriffe von dieser umfasst sind. Auch können Anordnungen gegenüber dem Bevollmächtigten getroffen werden.

Die Vollmacht kann theoretisch schriftlich erteilt werden. Aber bereits aus Beweisgründen ist eine notarielle Beglaubigung oder Beurkundung sinnvoll. Soll der Bevollmächtigte zudem gegenüber Behörden tätig werden oder Entscheidungen in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht treffen, schließlich grundbuchliche Erklärungen abgeben, ist die notarielle Vollmachtserteilung erforderlich.

Die Vollmacht kann dabei grundsätzlich auf zwei Wegen erteilt werden:

Zum einen kann ausdrücklich vorgesehen werden, dass der Bevollmächtigte von dieser erst dann Gebrauch machen können soll, wenn der Umstand, dass der Vollmachtgeber aus medizinischen Gründen nicht dazu in der Lage ist, die für ihn erforderlichen Entscheidungen selbst zu treffen, durch ein oder mehrere ärztliche Atteste belegt ist. Diese Ausgestaltung der Vorsorgevollmacht hat den Vorteil der Sicherheit gegen Missbrauch, jedoch den Nachteil, dass sie wenig praktikabel ist, weil zunächst die entsprechenden Untersuchungen und Begutachtungen stattfinden müssen, in deren Rahmen sich die jeweiligen Ärzte möglicherweise nicht festlegen wollen.

Zum anderen kann die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt erteilt werden und im Innenverhältnis davon abhängig gemacht werden, dass die Vorsorgesituation eingetreten ist. Eine solche Vollmacht sollte naturgemäß nur Personen erteilt werden, auf die man sich absolut verlässt.

Diese Vollmacht hat den Vorteil der Praktikabilität. Beide Vollmachtstypen können jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen werden.

2. Die Betreuungsverfügung:

Häufig wird in einer Vorsorgevollmacht zugleich der Wunsch des jeweils Betroffenen geäußert, dass für den Fall, dass aus irgendwelchen Gründen die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung nicht vermeidbar ist, der Bevollmächtigte dann als Betreuer bestellt werden soll. Diese Anordnung hat den Vorteil, dass zum Betreuer in der Regel die gewünschte Person bestellt wird, auf die sich der Betreute verlässt, und nicht ein außenstehender Fremder.

3. Die Patientenverfügung:

Eine Patientenverfügung ist eine Regelung des Betroffenen dahin, was speziell auf medizinischem Gebiet erfolgen soll, wenn er auf Grund einer Krankheit oder Behinderung zeitweise oder dauerhaft nicht mehr seinen Willen äußern kann. Es handelt sich also quasi um einen „Brief an die behandelnden Ärzte“. In diesem können Wünsche des Betroffenen zur Behandlung oder Nichtbehandlung im Einzelnen aufgeführt werden. Die Wünsche sind von den behandelnden Ärzten zu respektieren, soweit nicht berufsrechtliche Regeln verletzt werden. Auch hier empfiehlt sich die notarielle Beglaubigung oder Beurkundung, da der Notar die Person des Verfügenden feststellt, sowie, dass diese bei der Verfügung geschäftsfähig ist.

Häufig werden die Überlegungen des Betroffenen zu den Komplexen zu Ziff. 1 – 3 in eine einheitliche Urkunde aufgenommen.

II. INTERNES

Vorschau: 7. Dortmunder Baurechtstag

Wir werden gemeinsam mit den Baugewerblichen Verbänden Westfalen am

17. April 2008

den 7. *Dortmunder Baurechtstag* durchführen. Er wird sich mit dem immer aktueller werdenden Thema *Die Vereinbarung der VOB/B – Vorteile und Risiken für den Bauunternehmer* – befassen. Das Hauptreferat hält Herr Vors. Richter am Oberlandesgericht Heiner Beckmann. Herr Beckmann ist Vorsitzender des 12. (Bau-)Senats des Oberlandesgerichts in Hamm. Dieser Senat ist für die Berufungen in Bau- und Architektensachen gegen Entscheidungen der Landgerichte in Bochum und Siegen zuständig.

Tagungsort ist das Harenberg City-Center, Königswall 21, 44137 Dortmund. Für die Veranstaltung werden gesonderte Einladungen versandt werden. Wer an der Teilnahme interessiert ist und bisher in unserem Verteiler noch nicht aufgenommen worden ist, meldet sich bitte bei der Sekretärin von Herrn Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Michael Kalle, Frau Morawietz, unter der Rufnummer: 0231/589788-26 oder per e-Mail unter morawietz@ehlers-feldmeier.de.

Rechtsanwalt Dr. Michael Kalle – Notar

Mit Urkunde vom 21.11.2007 ist Rechtsanwalt Dr. Michael Kalle zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm, unter Zuweisung des Amtssitzes in Dortmund, bestellt worden. Bei EHLERS & FELDMEIER sind nunmehr vier Rechtsanwälte zugleich Notare.

**Rechtsanwalt Hendrik Zeiß – Fachanwalt
für Medizinrecht**

Herr Rechtsanwalt Hendrik Zeiß führt seit dem 13.11.2007 die Fachanwaltsbezeichnung für Medizinrecht. Er hat dazu besondere Kenntnisse in den Bereichen des Berufs-, Vertrags-, Gesellschafts- und Vergütungsrechts der Heilberufe, des Krankenhausrechts, des Rechts der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung, des Haftungsrechts sowie im medizinrechtlichen Verfahrensrecht nachgewiesen.

Rechtsanwalt Dr. Christian Tenthoff – Promotion

Herr Rechtsanwalt Dr. Christian Tenthoff wurde durch die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum der akademische Grad eines Doktors der Rechte mit dem Prädikat „magna cum laude“ verliehen. Herr Rechtsanwalt Dr. Tenthoff promovierte am 27.11.2007 mit der Dissertation „Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips“.

Mandanteninfo Nr. 2/2007

Eine Information der Sozietät

EHLERS & FELDMEIER (Hrsg.)

Die Mandanteninfo erscheint mehrmals jährlich und wird an Mandanten der Sozietät EHLERS & FELDMEIER verteilt.

Redaktion: Rechtsanwalt 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

Florianstraße 3
44139 Dortmund
[Telefon](tel:0231589788) 0231 · 58 97 88 - 0
[Telefax](tel:023158978890) 0231 · 58 97 88 - 90
info@ehlers-feldmeier.de
www.ehlers-feldmeier.de

Rechtsanwälte

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 Arbeitsrecht](#)
Dr. Dorothee Höcker
· [Fachanwältin für Verwaltungsrecht](#)
· [Fachanwältin für Familienrecht](#)
Hendrik Zeiß
· [Fachanwalt für Medizinrecht](#)
Dr. Christian Tenthoff
Knut Weis · (-2006)
Hans-Dieter Eichelberg · (-2006)