

14.08.2009

## Mandanteninformation III/2009

### Patientenverfügung jetzt gesetzlich verankert

### Versorgungssperre durch den Vermieter nach beendetem Mietverhältnis

### Nichtigkeit einer Kündigung per Telefax

### Eindeutiger Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung verhindert Entstehen einer betrieblichen Übung

### Abmahnung wegen Minderleistung

### Dienstwagennutzung während und nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums

### Schadensersatz bei Auszug aus der Mietwohnung nach vorgetauschtem Eigenbedarf

### Geschäftsführerhaftung für Umsatzsteuerschulden

### Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrages erfüllt Schriftformerfordernis des Aufhebungsvertrags

### Basiszins / Verzugszins

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachstehend haben wir für Sie wieder aktuelle Informationen aus dem Wirtschafts-, Arbeits- und allg. Zivilrecht aufgearbeitet. Für Fragen im Zusammenhang mit den dargestellten Informationen, Neuregelungen und aktuellen Urteilen, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Alle Beiträge sind nach bestem Wissen zusammengestellt. Eine Haftung für deren Inhalt kann jedoch nicht übernommen werden.

### Patientenverfügung jetzt gesetzlich verankert

Der Deutsche Bundestag hat am 18. Juni 2009 den Vorschlag für eine gesetzliche Regelung zur Wirksamkeit und Reichweite von Patientenverfügungen beschlossen. Künftig werden die Voraussetzungen von Patientenverfügungen und ihre Bindungswirkung eindeutig im Gesetz bestimmt. Mit einer Patientenverfügung soll dem Arzt der Wille eines Patienten vermittelt werden, der sich zur Frage seiner medizinischen Behandlung nicht mehr selbst äußern kann.

Folgendes wurde geregelt:

1. Volljährige können in einer schriftlichen Patientenverfügung im Voraus festlegen, ob und wie sie später ärztlich behandelt werden wollen, wenn sie ihren Willen nicht mehr selbst äußern können. Betreuer und Bevollmächtigte sind künftig im Fall der Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen an seine schriftliche Patientenverfügung gebunden.
2. Niemand ist gezwungen, eine Patientenverfügung zu verfassen. Patientenverfügungen können jederzeit formlos widerrufen werden.
3. Sofern keine Patientenverfügung besteht oder die Festlegungen nicht die aktuelle Situation betreffen, muss unter Beachtung des mutmaßlichen Patientenwillens entschieden werden, ob der Betreuer oder Bevollmächtigte in die Untersuchung, die Heilbehandlung oder den ärztlichen Eingriff einwilligt.
4. Eine sog. Reichweitenbegrenzung, die den Patientenwillen kraft Gesetzes in bestimmten Fällen für unbeachtlich erklärt, wird es nicht geben.
5. Die Entscheidung über die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme wird im Dialog zwischen Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem vorbereitet.
6. Sind sich Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigter über den Patientenwillen einig, bedarf es keiner Einbindung des Vormundschaftsgerichts. Bestehen hingegen Meinungsverschiedenheiten, müssen folgenschwere Entscheidungen vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden.

Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates. Es soll - nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens - am 01. September 2009 in Kraft treten.

## Versorgungssperre durch den Vermieter nach beendetem Mietverhältnis

Der Bundesgerichtshof hatte sich erstmals mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses Versorgungsleistungen wie Heizung, Strom bzw. Wasser einstellen darf.

In einem Fall aus der Praxis waren im Jahr 2000 Räume im Erdgeschoss eines "Kunsthauses" zum Betrieb eines Cafés vermietet worden. Nach einem Streit über die Verpflichtung des Vermieters zu Nebenkostenabrechnungen stellte der Mieter im Jahr 2001 seine Nebenkostenvorauszahlungen ein, später auch die Zahlung der Grundmiete, mit welcher er im August 2007 jedenfalls acht Monate im Rückstand war.

Der Vermieter kündigte das Mietverhältnis wiederholt, zuletzt im August 2007. Zwischen den Parteien schwebt ein Räumungsverfahren. Der Vermieter drohte dem Mieter mehrfach an, die Versorgung der Mieträume mit Heizenergie zu unterbrechen. Der Bundesgerichtshof hatte nun zu entscheiden, ob sich der Mieter auf den sog. Besitzschutz berufen kann und es sich von Seiten des Vermieters bei der Einstellung der Versorgungsleistungen um verbotene Eigenmacht handelt.

Die Besonderheit des Besitzschutzes besteht darin, dass er auch einem unrechtmäßigen Besitzer (Beendigung des Mietverhältnisses und der Mieter ist zur Räumung verpflichtet) zusteht.

Der Bundesgerichtshof hat in der Einstellung der Leistungen jedoch keine besitzrechtlich verbotene Eigenmacht gesehen, so dass der Besitzschutz auf die Einstellung von Versorgungsleistungen nicht anwendbar ist. Damit sei die Sachlage vergleichbar mit der Einstellung der Leistungen durch Versorgungsunternehmen, wenn der Mieter die Leistungen unmittelbar von diesen beziehe. Die Versorgungssperre durch die Energieversorger werde ebenfalls nicht als Besitzverletzung angesehen.

Ein Anspruch des Mieters auf die Fortsetzung von Versorgungsleistungen kann sich nur aus dem Mietvertrag ergeben oder nach Beendigung des Mietverhältnisses nach Treu und Glauben aus sog. nachvertraglichen Pflichten. Eine Grenze für die Pflicht zur weiteren Belieferung sei aber jedenfalls dann erreicht, wenn der Vermieter hierfür kein Entgelt erhalte und ihm durch die weitere Belieferung ein Schaden drohe.

Bisher wurde in der Rechtsprechung und Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Einstellung der Leistungen besitzrechtlich eine verbotene Eigenmacht darstellt. Eine solche Auslegung des Besitzschutzes gab auch einem unrechtmäßigen Besitzer, trotz rechtmäßiger Kündigung, eine starke Position. Dies hat sich mit der o. g. Entscheidung geändert.

**Anmerkung:** Es gilt zu beachten, dass die Einstellung der Versorgungsleistungen nur erfolgen darf, wenn der Mietvertrag beendet und der Mieter zur Räumung verpflichtet ist und nicht eine sog. "kalte Entmietung" rechtfertigt.

## Nichtigkeit einer Kündigung per Telefax

Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Eine per Telefax ausgesprochene Kündigung ist daher unwirksam.

Die Nichtigkeit der Kündigung entfällt auch nicht deshalb, weil der Arbeitgeber mit der nicht formgerechten Kündigung einverstanden gewesen ist. Ein derartiges Einverständnis ersetzt den Mangel der Form nicht.

**Formvorschriften dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden**, sondern nur, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, eine Rechtsposition an einem Formmangel scheitern zu lassen. Hierbei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Das Ergebnis darf die betroffene Partei nicht bloß hart treffen, sondern es muss schlechthin untragbar sein.

## Eindeutiger, widerspruchsfreier Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung verhindert Entstehen einer betrieblichen Übung

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien in einem Formulararbeitsvertrag ein monatliches Bruttogehalt und weist der Arbeitgeber darauf hin, dass die Gewährung sonstiger Leistungen wie die Zahlung von Weihnachtsgeld freiwillig und mit der Maßgabe erfolgt, dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird, entsteht kein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung, auch wenn der Arbeitnehmer jahrelang Weihnachtsgeld i. H. eines halben Bruttomonatsgehalts erhält.

Mangels eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf die Zahlung von Weihnachtsgeld bedarf es in einem solchen Fall weder einer Ankündigung des Arbeitgebers, kein Weihnachtsgeld zu zahlen, noch einer Begründung des Arbeitgebers, aus welchen Gründen er nunmehr von der Zahlung von Weihnachtsgeld absieht.

### **Abmahnung wegen Minderleistung**

Grundsätzlich wird eine Abmahnung in die Personalakte eingetragen. Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kommt es aber immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten, ob diese Abmahnung gerechtfertigt ist oder nicht. Ist Letzteres der Fall, darf sie nicht in die Personalakte eingetragen werden. So kann ein Arbeitnehmer beispielsweise verlangen, dass eine Abmahnung aus der Personalakte entfernt wird, wenn sie statt eines konkret bezeichneten Fehlverhaltens nur pauschale Vorwürfe enthält.

Die Anforderungen an die Konkretisierung der in einer Abmahnung enthaltenen Rüge müssen sich an dem orientieren, was der Arbeitgeber wissen kann. Bei der quantitativen Minderleistung sind dies die Arbeitsergebnisse und deren erhebliches Zurückbleiben hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer, verbunden mit der Rüge des Arbeitgebers, dass aus seiner Sicht der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit pflichtwidrig nicht ausschöpft.

In Zahlen gemessene Arbeitserfolge können über die Frage, ob der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft, dann etwas aussagen, wenn sie unter in etwa gleichen Bedingungen erzielt werden. Jeder Arbeitnehmer, der sich am Durchschnitt messen lassen soll, muss in etwa die gleiche Chance haben, durchschnittliche Erfolge zu erzielen.

**Anmerkung:** Damit eine Kündigung u. U. nicht an einer unwirksamen Abmahnung scheitert, muss der Arbeitgeber in der Abmahnung Tatsachen vortragen, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Davon kann ausgegangen werden, wenn, gemessen an der durchschnittlichen Leistung der vergleichbaren Arbeitnehmer, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist. Das ist z. B. bei einer langfristigen Unterschreitung der Durchschnittsleistung um deutlich mehr als 1/3 der Fall.

### **Dienstwagennutzung während und nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums**

Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums haben arbeitsunfähige Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Weitergewährung der privaten Nutzungsüberlassung an einem Dienstfahrzeug.

Die Privatnutzungsbefugnis stellt als Sachbezug eine zusätzliche Gegenleistung zur geschuldeten Arbeitsleistung dar. Besteht für den Arbeitnehmer aufgrund einer Erkrankung keine Arbeitspflicht, ist der Arbeitgeber von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung frei geworden. Sobald ein Entgeltanspruch entfällt, entfällt auch die Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung (z. B. Dienstwagen). Dem kann auch nicht mit allgemeinen Billigkeitserwägungen begegnet werden, weil der Arbeitnehmer in seiner privaten Lebensführung auf einen Pkw angewiesen ist.

Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums steht einem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer ein Krankengeldanspruch gegen seine Krankenkasse zu. Dieser Krankengeldanspruch errechnet sich anhand des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts. Der Begriff des Arbeitsentgelts meint alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Auch Sachbezüge wie die private Nutzungsüberlassung eines Dienstfahrzeuges gehören zum laufenden Arbeitsentgelt. Erhöht aber der Sachleistungsbezug bereits die Bemessungsgrundlage für die Krankengeldberechnung, wird dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer die Privatnutzung bereits mit dem Krankengeldsatz von 70 % lohnersetzend gewährt. Dann aber ist kein Grund dafür ersichtlich, dem betreffenden Arbeitnehmer die Privatnutzung (gewissermaßen doppelt) auch noch in Natur zu gewähren.

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortgewährung der Privatnutzungsbefugnis auch in Arbeitsunfähigkeitszeiten außerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums ergibt sich auch nicht aus einer vertraglichen Abrede. Eine solche Abrede kann auch nicht in der tatsächlichen Nutzungsüberlassung bis zum Ablauf der Laufzeit des Leasingvertrages gesehen werden.

### **Schadensersatz bei Auszug aus der Mietwohnung nach vorgetäushtem Eigenbedarf**

Der Bundesgerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob der Mieter nach dem Auszug aus einer Mietwohnung unter anderem Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs auch dann geltend machen kann, wenn die Kündigung des Vermieters aus formalen Gründen unwirksam gewesen ist.

In dem Fall aus der Praxis hatte der Mieter seit 1977 eine Wohnung angemietet. Aufgrund einer Vereinbarung vom 04.10.2002 zog der Mieter aus der Wohnung aus, nachdem der Vermieter mehrfach das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs gekündigt sowie eine Räumungsklage und Schadensersatzforderungen bei nicht rechtzeitiger Räumung angedroht hatte.

Unmittelbar nach dem Auszug bot der Vermieter das Haus über einen Makler zum Verkauf an, von dem er später Abstand nahm. Der ehemalige Mieter ist der Auffassung, der Vermieter hätte den Eigenbedarf vorgetäuscht und begehrte die Rückgabe des Mietobjekts, hilfsweise macht er Schadensersatzansprüche geltend.

Der Bundesgerichtshof hat mit seinem Urteil vom 08.04.2009 entschieden, dass einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zustehen, wenn der Eigenbedarf zwar nicht im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses angegeben und die Kündigung deshalb unwirksam ist, der Vermieter dem Mieter den Eigenbedarf aber schlüssig dargetan und der Mieter keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen.

Der Schadensersatzanspruch des Mieters wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich der Mieter mit dem Vermieter auf eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses geeinigt hat, obwohl er zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen - noch - nicht zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet war. Entscheidend ist nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend gemachten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereitfindet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein.

### Geschäftsführerhaftung für Umsatzsteuerschulden

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ist zwar generell davon auszugehen, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der die Sachkunde eines ihm als zuverlässig bekannten steuerlichen Beraters in Anspruch nimmt, sich auf diesen verlässt und bei gewissenhafter Ausübung seiner Überwachungspflichten keinen Anlass findet, die steuerliche Korrektheit der Arbeit des steuerlichen Beraters in Frage zu stellen, nicht grob fahrlässig handelt.

Allerdings darf der Geschäftsführer nach einem Beschluss des BFH vom 26.11.2008 nicht blind auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung eines für die GmbH tätigen Dritten vertrauen und auf eine Überwachung gänzlich verzichten. Vielmehr muss er sich fortlaufend über den Geschäftsgang unterrichten, so dass ihm Unregelmäßigkeiten nicht über einen längeren Zeitraum verborgen bleiben können. Welche Überwachungsmaßnahmen von einem Geschäftsführer zu treffen sind, wenn er die Erledigung der steuerlichen Angelegenheiten auf Mitarbeiter überträgt, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalls ab.

Er handelt aber grob fahrlässig, wenn er sich nicht zumindest stichprobenartig über die Verbuchung von Geschäftsvorfällen mit herausgehobenen steuerlichen Auswirkungen bei Ausfuhrlieferungen selbst kümmert, die in der Buchführung überhaupt nicht oder nur mangelhaft nachvollzogen werden können.

### Abschluss eines Geschäftsführerdienstvertrages erfüllt Schriftformerfordernis des Aufhebungsvertrags

Ein Arbeitsverhältnis wird formwirksam aufgelöst, wenn die Arbeitsvertragsparteien einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag abschließen. So liegt in dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags durch einen angestellten Mitarbeiter im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses.

Nach dem Willen der vertragschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis ruhend fortbestehen. Dem Arbeitnehmer muss im Regelfall klar sein, dass er, wenn nichts anderes vereinbart wird, mit dem Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags **seinen Status als Arbeitnehmer aufgibt**.

Die vertraglichen Beziehungen werden auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage verliert ihre Bedeutung. Das Schriftformerfordernis für den Auflösungsvertrag wird durch den schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag gewahrt; denn aus diesem ergibt sich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinreichend deutlich, soweit nicht etwas anderes vereinbart wird.

## **Basiszins / Verzugszins**

Basiszins / Verzugszins

**Verzugszinssatz ab 1.1.2002:** (§ 288 BGB)

Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern:

**Basiszinssatz + 5%-Punkte**

Rechtsgeschäfte mit Nichtverbrauchern:

**Basiszinssatz + 8%-Punkte**

**Basiszinssatz** nach § 247 Abs. 1 BGB

maßgeblich für die Berechnung von Verzugszinsen

01.07.2008 - 31.12.2008 = 3,19 %

01.01.2009 - 30.6.2009 = 1,62 %

**seit 01.07.2009 = 0,12 %**

Verbraucherpreisindex

**Verbraucherpreisindex 2009** (2005 = 100)

Mai = 106,7; April = 106,8; März = 106,8; Februar = 106,9; Januar = 106,3

Mit freundlichen Grüßen

**Thomas Staib**

Rechtsanwalt u.  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
tst@staib-partner.de

**Heike Diehl-Staib**

Rechtsanwältin  
hds@staib-partner.de