

Überreicht durch:

**Anwaltskanzlei
Steinort**
Grabenstr. 24 / Ecke Indestraße, 52249 Eschweiler
Telefon-Nr.: 02403/1678 Telefax: 02403/37776

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

April 2010

A. Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Datenschutz

Das Gesetzgebungspaket zur Novellierung des BDSG enthält insgesamt drei BDSG-Novellen:

Die bereits im letzten Jahr in Kraft getretene BDSG-Novelle II ist die **umfangreichste der drei verabschiedeten Datenschutznovellen** und enthält insbesondere **verschärfte Regelungen im Bereich des Adresshandels**, **erhöht die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung** in Call-Centern und Rechenzentren und **stärkt die Kompetenzen des betrieblichen Datenschutzbeauftragten** und vor allem der Datenschutzbehörden, indem deren **Sanktionsmöglichkeiten ausgeweitet** werden. Neben einer **Neuregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz** werden zudem die **Zulässigkeits- und Transparenzanforderungen an die personalisierte Werbung erweitert**.

Die **BDSG-Novelle I**, die am **01.04.2010** in Kraft getreten ist, schafft u. a. **zusätzliche Transparenzpflichten**, **erweitert die Anforderungen an das sog. „Scoring“** und stärkt die Rechte des Betroffenen.

Die **BDSG-Novelle III**, die erst am **11.06.2010** in Kraft treten wird, erfolgt im Zusammenhang mit der **Umsetzung der EU-Richtlinien über Zahlungsdienste und Verbraucherkreditverträge** im „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht.“ Die Änderungen im BDSG betreffen im Wesentlichen **Auskunftspflichten beim Abschluss/Ablehnung eines Verbraucherdarlehensvertrags** oder eines Vertrags über eine entgeltliche Finanzierungshilfe mit einem Verbraucher. In dieser Novelle finden sich aber auch noch weitere **Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern**.

Schwerpunkte der Änderungen

- Erweiterte Rechte des Betroffenen (mit Bußgeldandrohung!)
- Zulässigkeit der personalisierten Werbung (z.T. mit Bußgeldandrohung!)
- Erweiterte Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung (mit Bußgeldandrohung!)
- Informationspflichten bei Datenschutzpannen (mit Bußgeldandrohung!)
- Erweiterte Kompetenzen der Aufsichtsbehörden (mit Untersagungsbefugnis der Verarbeitung bei fehlenden Zulässigkeitsvoraussetzungen/Verhängung von Zwangsgeldern!)
- Beschränkungen im Hinblick auf Übermittlung von Informationen über Forderungen
- Proaktive Auskunftspflichten bei Ablehnung eines Verbraucherdarlehensvertrags oder eines Vertrags über eine entgeltliche Finanzierungshilfe mit einem Verbraucher (mit Bußgeldandrohung!)
- Zulässigkeit des sog. „Scorings“
- Stärkung der Rechtsstellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten
- Neuregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 535**Mängelbeseitigungsanspruch im Mietrecht**
Verjährung

BGB

(LG Aachen in ZMR 2010, 113; Urteil vom 09.04.2009 – 2 S 333/08)

Der **Anspruch des Mieters auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache** entsteht während der Dauer des Mietverhältnisses **ständig neu**, so dass sich der **Vermieter diesbzgl. nicht auf Verjährung berufen kann**.

- I. **Grds. unterliegt jeder Anspruch der Verjährung**, wenn nicht als gesetzliche Ausnahme die Unverjährbarkeit angeordnet ist, § 194 BGB. **Auch im Mietrecht ist daher mangels einer spezielleren gesetzlichen Anordnung die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB maßgeblich.**
- II. Es ist allerdings **umstritten**, wann der Anspruch des Mieters auf Beseitigung von die Mietsache beeinträchtigenden Mängeln entsteht, und damit einhergehend, **wann die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt wird:**

1. Nach **einer Auffassung** entsteht der Mängelbeseitigungsanspruch (einmalig) mit Eintritt des Mangels, so dass die Kenntnis des Mieters von diesem Mangel für den Beginn des Laufes der Verjährung maßgeblich sein soll (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196; Feuerlein WuM 2008, 385; im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik: LG Berlin Grundeigentum 2008, 1196).

Dogmatisch wird dies zum Teil damit begründet, beim Anspruch auf Gebrauchserhaltung handele es sich um ein auf die Dauer des Mietverhältnisses angelegtes „Stammrecht“; dieses Stammrecht konkretisiere sich zu einzelnen Ansprüchen, sobald sich ein bestimmter Mangel zeige (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196). Diese konkreten Beseitigungsansprüche verjähren nach dieser Ansicht in drei Jahren ab Kenntniserlangung von dem Mangel.

3. Eine **andere Auffassung** nimmt an, der Anspruch auf Überlassung einer zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Sache entstehe während der Dauer des Mietverhältnisses ständig neu, so dass sich der Vermieter nicht auf Verjährung berufen könne, soweit es um die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands gehe (MüKo-BGB/Häublein, BGB, 5. Auflage 2008, § 535 Rn 107).

3. **LG Aachen aaO folgt der letztgenannten Ansicht.**

„Der **Anspruch auf Herstellung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustandes der Mietsache** ist ein **echter Erfüllungsanspruch**, da die Überlassung und Erhaltung der Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand die vertragliche Gegenleistung zur Mietzahlung darstellt (BGH NZM 2003, 472). Der sich aus § 535 I BGB ergebende Erfüllungsanspruch des Mieters ist auf eine dauernde Leistung gerichtet. Mit dem Begriff „gewähren“ in § 535 I 1 BGB wird verdeutlicht, dass die **Pflicht des Vermieters nicht nur in der einmaligen Handlung des Überlassens besteht, sondern der Vermieter während der gesamten Mietzeit dem Mieter den vertraglichen Gebrauch ermöglichen muss** und erforderlichenfalls auch zu einem positiven Tun, nämlich der Erhaltung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand verpflichtet ist (Schmidt-Futter, Mietrecht, 9. Auflage 2007, § 535 Rn 1). Der Mieter, der die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Mietobjekts fordert, begehrt die (zukünftige) vertragsgemäße Erfüllung. Der Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes ist **kein vom Erfüllungsanspruch losgelöster Anspruch, sondern vielmehr eine präzisierende Ausprägung dessen**. Die Erhaltungspflicht des Vermieters ist daher eine sich über den Bestand des Mietverhältnisses erstreckende Dauerverpflichtung (BGH aaO).

Dem steht auch der **Zweck der Verjährungsvorschriften**, den die Gegenansicht heranzieht (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196), nicht entgegen: Soweit diese Ansicht damit argumentiert, dass die Verjährungsvorschriften dem Schutz vor Inanspruchnahme aus unerwarteten Forderungen dienen, gegen die sich der Schuldner wegen Zeitablaufs nicht mehr adäquat verteidigen kann (Beweisnot), besteht ein solches Schutzbedürfnis nicht. Da es bei dem **Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** um einen **aktuellen Zustand** geht und grds. der Mieter beweisen muss, dass dieser vom vertraglich geschuldeten Zustand abweicht, besteht für den Vermieter nicht die Gefahr, in eine auf Zeitablauf beruhende Beweisnot zu geraten. Das Argument, die Verjährung solle Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herbeiführen, erscheint nur auf den ersten Blick überzeugend. Denn dem Mieter verbliebe nur die Möglichkeit der Minderung. Es ergibt sich damit eine neue rechtliche Problematik, bei der sich die Frage des Minderungsbetrages immer wieder neu stellen kann, etwa wenn der Mangel der Mietwohnung Veränderungen unterliegt (zu denken wäre beispielsweise an sich weiterentwickelnde Feuchtigkeit). Es ist zudem wenig überzeugend, dem Mieter mit der Minderung ein Gewährleistungsrecht wegen der Mangelhaftigkeit der überlassenen Sache zu gewähren, wenn er eine mangelfreie Sache überhaupt nicht (mehr) fordern kann.“ (LG Aachen aaO)

BGB

§ 569 III Nr. 2

nachträglicher Ausgleich von Mietzinsrückständen
macht nicht auch die fristgemäße Kündigung unwirksam

BGB

(LG Hamburg in ZMR 2010, 117; Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08)

Nach einer **Kündigung wegen Zahlungsverzugs** lässt der **nachträgliche Ausgleich der Mietrückstände** innerhalb der Frist des § 569 III Nr. 2 BGB **nicht ohne Weiteres auch die fristgemäße Kündigung unwirksam werden**.

„Es ergibt sich aus dem **Gesetzeswortlaut** und wurde von dem BGH bereits festgestellt, dass nach einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs der nachträgliche Ausgleich der Mietrückstände innerhalb der Frist des § 569 III Nr. 2 BGB nicht ohne weiteres auch die fristgemäße Kündigung unwirksam werden lässt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04). Zu berücksichtigen sind die nachträgliche Zahlung, wie auch weitere Umstände, bei der Prüfung der Frage, ob die **vertrag-**

lichen Pflichten des Mieters schuldhaft nicht unerheblich i. S. von § 573 II Nr. 1 BGB verletzt wurden. Das ist vorliegend trotz der Nachzahlung der Fall (wird ausgeführt).“ (LG Hamburg aaO)

ZPO § 888 Vollstreckung eines Anspruchs auf Entgeltabrechnung unvertretbare Handlung ZPO
(BAG in NZA 2010, 61; Beschluss vom 07.09.2009 – 3 AZB 19/09)

Die **Verpflichtung zu Erteilung einer Entgeltabrechnung** ist eine **nicht vertretbare Handlung**. Soweit sie tituliert ist, ist das **Urteil nach § 888 ZPO zu vollstrecken**.

„Unrichtig ist die Ansicht, der Erlass eines Haftbefehls scheitere daran, dass es letztlich um eine vertretbare Handlung ginge und die notwendige Abrechnung sich auch von einem unbeteiligten Dritten – ggf. nach Einsicht in die Bücher des Vollstreckungsschuldners – erstellen lasse.

Der titulierte Abrechnungsanspruch besteht, wenn Arbeitsentgelt gezahlt wird. Die **Abrechnung bezweckt die Information über die erfolgte Zahlung. Die Regelung dient der Transparenz**. Der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er gerade den ausgezahlten Betrag erhält. Die Bestimmung dient nicht der Vorbereitung der Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs (BAGE 120, 373 = NZA 2007, 679 = NJW 2007, 1378; BAGE 119, 62 = NZA 2006, 1294). Die Transparenz erfordert dabei nicht, dass dem Arbeitnehmer eine Abrechnung darüber erteilt wird, wie sein Arbeitsentgelt richtigerweise zu berechnen wäre. Es kommt vielmehr darauf an, wie es der Arbeitgeber tatsächlich berechnet hat und insbesondere, welche Abzüge er aus welchen Gründen tatsächlich vorgenommen und welche Beträge er abgeführt hat. Dies sind **Kenntnisse im Bereich des Arbeitsgebers**, hinsichtlich derer allein er eine ordnungsgemäße Abrechnung erteilen kann.

Die **Möglichkeit, dass ein Dritter**, der Einblick in die Unterlagen des Arbeitgebers hat, möglicherweise **in der Lage wäre, diese Abrechnung ebenfalls zu erstellen, ändert daran nichts**. Entscheidend ist, ob ein Dritter die Handlung selbständig ohne Mitwirkung des Schuldners vornehmen kann (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl. § 887 Rn 2). Das ist bei einer Abrechnung über tatsächlich vorgenommene Abzüge und Abführungen nicht der Fall.

Im Übrigen steht auf Grund der Androhung von Zwangsgeld und Zwangshaft nach § 888 ZPO durch das ArbG zwischen den Parteien rechtskräftig fest, dass eine unvertretbare Handlung vorliegt. Andernfalls wäre der Vollstreckungsgläubiger nach § 887 ZPO zu ermächtigen gewesen, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen.“ (BAG aaO)

ZPO § 91 Kostenerstattungsanspruch ZPO
anwaltliche Zahlungsaufforderung mit Vollstreckungsandrohung
(LG Saarbrücken in NJW-RR 2010, 491; Beschluss vom 28.07.2009 – 5 T 395/09)

Die **durch eine anwaltliche Zahlungsaufforderung mit Vollstreckungsandrohung ausgelöste Vollstreckungsgebühr** ist dann gem. § 788 I 1 ZPO i.V. mit § 91 ZPO **erstattungsfähig, wenn**

- der **Gläubiger im Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vollstreckungstitels** ist,
- die **Fälligkeit der titulierten Forderung eingetreten** ist und
- dem **Schuldner eine angemessene Frist zur freiwilligen Erfüllung der Forderung** belassen war.

„Bei der Beurteilung der Angemessenheit der abzuwartenden Zahlungsfrist muss berücksichtigt werden, dass dem Schuldner eine gewisse Zeit gelassen werden muss für die Kommunikation mit seinem Rechtsanwalt und für die technische Abwicklung des Zahlungsvorgangs. Diese Frist hat im vorliegenden Fall erst mit der Rechtskraft des Urteils des LG begonnen. Dem steht nicht entgegen, dass das Urteil des LG für die Gläubiger gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar war. Vor der Rechtskraft des Urteils hätten die Gläubiger nur dann mit der Zwangsvollstreckung beginnen dürfen, wenn die von ihnen zu leistende Sicherheit durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt oder gleichzeitig zugestellt worden wäre (§ 751 II ZPO).“ (LG Saarbrücken aaO)

StVO § 49 I Nr. 5 Mindestgeschwindigkeit beim Überholen StVO
Differenz mind. 10 km/h

(OLG Zweibrücken in SVR 2010, 66; Beschluss vom 16.11.2009 – 1 SsRs 45/09)

Ein **erlaubtes Überholen mit „wesentlich höherer Geschwindigkeit als der zu Überholende“** liegt zwischen Lkw auf einer zweispurigen Autobahn grds. auch dann noch vor, wenn die **Differenz mindestens 10 km/h** beträgt.

„**Zweck der Regelung** ist, eine **Behinderung oder gar Gefährdung des übrigen Verkehrs durch ungewöhnlich lang andauernde Überholvorgänge zu verhindern**. Ein Überholen ist daher nur dann zulässig, wenn es unter Berücksichtigung des Geschwindigkeitsunterschiedes zügig durchgeführt werden kann. Ausgehend vom Zweck des § 5 II 2 StVO, Behinderungen durch überlange Überholvorgänge zu verhindern, darf auf der anderen Seite aber nicht nur einseitig das Interesse der am schnellen Fortkommen interessierten Pkw-Fahrer in den Vordergrund gestellt werden. Auch gegenüber Lkw auf zweispurigen Autobahnen ist ein **faktisches Überholverbot zu vermeiden**.

Es ist daher eine beiderseits zumutbare und für die Verkehrsüberwachungsmaßnahmen **praktikable Lösung** zu suchen. Eine Ahndung kommt dabei nur dann in Betracht, wenn der Verkehrsfluss tatsächlich unangemessen behindert wird, was zu verkehrsarmen Zeiten, insbesondere auf dreispurigen Strecken, ausscheidet. Ahndungswürdig ist ein derartiges Überholen aber dann, wenn es eine unangemessene Zeitspanne in Anspruch nimmt und der schnellere Pkw-Verkehr nicht nur kurzfristig behindert wird. Danach ist eine Geschwindigkeitsdifferenz von 10 km/h als noch regelkonform zu beurteilen. Als Faustregel kann für einen regelkonformen **Überholvorgang eine Dauer von höchstens 45 Sekunden** anzusetzen sein. Auch wenn damit der konkreten Verkehrssituation im Einzelfall nicht immer Rechnung getragen werden kann, sind jedenfalls Überholvorgänge auf zweispurigen Autobahnen, die bei einer Dauer von mehr als 45 Sekunden bzw. einer Differenzgeschwindigkeit von unter 10 km/h zu einer deutlichen Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer führen, bußgeldrechtlich zu ahnden.“ (OLG Zweibrücken aaO)

UStG
§ 12

Steuerberaterhaftung

Schadensersatz umfasst auch rechtmäßige Steuernachforderung

(OLG Celle in DB 2010, 498; Urteil vom 24.02.2010 – 3 U 170/09)

SteuerR

- I. Ein **Steuerberater** ist dazu **verpflichtet**, seinen **Mandanten auf einen steuerrechtlichen Irrtum** (hier: Berechnung eines zu geringen Umsatzsteuersatzes) **hinzuweisen**.

„Grds. ist der Steuerberater im Rahmen des ihm erteilten Auftrags verpflichtet, seinen Mandanten umfassend zu beraten und diesen auch ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten. Insbesondere muss der Steuerberater seinen Auftraggeber möglichst vor Schaden bewahren. Er hat ihn in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren, um so eine Fehlentscheidung vermeiden zu können. Welche konkreten Pflichten hieraus abzuleiten sind, richtet sich nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalles (vgl. BGHZ 129, 386; BGH WM 2009, 1376).“

Unter Zugrundelegung dieses Pflichtenumfangs hätte der Bekl., der den Kl. seit Anfang der 90-er Jahre betreute, der für diesen sowohl die Buchhaltung, die Umsatzsteuervoranmeldungen, die betriebswirtschaftlichen Auswertungen und auch die Jahresabschlüsse und die Jahressteuererklärungen gefertigt hatte und dem daher der Inhalt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Kl.s bekannt war, diesen darauf hinweisen müssen, dass nach dem Erlass des BMF vom 27.12.1983 auf aus Automaten verkaufte Getränke grds. der volle Umsatzsteuersatz anzumelden und abzuführen war.“ (OLG Celle aaO)

- II. Die dem Mandanten **durch die - rechtmäßige - Steuernachforderung entstandenen Aufwendungen können dann einen ersatzfähigen Schaden darstellen**, wenn der Mandant nachweist, dass er bei pflichtgemäßer Aufklärung durch seinen Steuerberater die sich bei Berechnung des korrekten Mehrwertsteuersatzes ergebenden höheren Preise für die von ihm vertriebenen Produkte am Markt hätte durchsetzen können.

„Grds. beurteilt sich die Frage, ob dem Kl. ein Schaden entstanden ist, nach dem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre. Der haftende Steuerberater hat den Mandanten so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters stünde. Dazu muss die tatsächliche Gesamtvermögenslage des Mandanten derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des Steuerberaters ergeben hätte (vgl. BGH NJW 1998, 982), wobei sich die Differenzberechnung nicht auf einzelne Vermögenspositionen beschränken darf. Vielmehr ist ein Gesamtvermögensvergleich vorzunehmen, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst. Bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität kommen dabei dem Mandanten die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des Anscheinsbeweises zugute.“

Von diesen Grundsätzen ausgehend lässt sich ein Schaden des Kl. nicht schon mit der Begründung verneinen, dass die Steuernachforderungen, die ihm gegenüber aufgrund der geänderten Steuerbescheide durchgesetzt worden sind, der Sache nach berechtigt waren. Maßgeblich ist vielmehr, ob es dem Kl. gelungen wäre, bei Kenntnis der erhöhten Umsatzsteuerpflicht die Umsatzsteuer an die jeweiligen Kunden weiterzugeben. Für die Beurteilung, ob dem Kl. ein Schaden entstanden ist, ist maßgeblich, ob sich ein erhöhter Preis unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse, also der Konkurrenzsituation, hätte durchsetzen lassen. Dies ist vorliegend anzunehmen (wird ausgeführt).“ (OLG Celle aaO)

EStG
§§ 33, 33a

Studiengebühren

keine außergewöhnlichen Belastungen

SteuerR

(BFH in DStR 2010, 314; Urteil vom 17.12.2009 – VI R 63/08)

Studiengebühren für den Besuch einer (privaten) Hochschule sind **weder nach § 33a II EStG noch nach § 33 EStG als außergewöhnliche Belastung abziehbar**.

- I. Ein Steuerpflichtiger kann zur **Abgeltung des Sonderbedarfs** eines sich in Berufsausbildung befindenden, auswärtig untergebrachten, volljährigen Kindes einen **Freibetrag in Höhe von 924 € je Kalenderjahr** vom Gesamtbetrag der Einkünfte abziehen. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass für dieses Kind ein Anspruch auf einen Freibetrag nach § 32 VI EStG oder auf Kindergeld besteht.
- II. Mit § 33a II 1 EStG ist der durch die auswärtige Unterbringung des Kindes entstandene Sonderbedarf abgegolten (Frotscher, EStG, 6. Aufl., § 33a Rn 87; Littmann/Bitz/Pust, § 33a EStG Rn 282).
1. Wegen der in **§ 33a II 1 EStG ausdrücklich angeordneten Abgeltungswirkung** und der in **§ 33a V EStG geregelten Sperrwirkung** können jedenfalls über den Freibetrag hinausgehende Mehraufwendungen für eine auswärtige Unterbringung des Kindes von den Eltern weder nach § 33a II EStG noch als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG abgezogen werden (Blümich/Heger, § 33a EStG Rn 296; Littmann/Bitz/Pust aaO, § 33a Rn 282).
 2. Eine **weitergehende Abgeltungswirkung vermag § 33a II EStG i. V. m. § 33a V EStG jedoch nicht zu entfalten**.
„Durch das 2. Gesetz zur Familienförderung (BGBl I 2001, 2074) ist § 33a II EStG neu gefasst worden. Seither dient die Vorschrift, in der bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2001 ein Ausbildungsfreibetrag für den Ausbildungsbedarf von Kindern geregelt war, nur noch dem Sonderbedarf des auswärtig untergebrachten Kindes in Berufsausbildung (Littmann/Bitz/Pust aaO, § 33a Rn 281). Den allgemeinen Ausbildungsbedarf des volljährigen Kindes gilt die Vorschrift beginnend mit dem Veranlagungszeitraum 2002 nicht länger ab.“ (BFH aaO)