



**RECHT  
AKTUELL**

## Inhalt

### SEITE 2

- Arbeitszeitgesetz gilt auch für Pflegepersonal in Privathaushalten
- Kein Unfallversicherungsschutz eines Arbeitnehmers bei Trunkenheitsfahrt

### SEITE 3

- Mehrarbeit – Vergütungserwartung
- Kündigung wegen „Stalking“

### SEITE 4

- Kündigung einer Reinigungskraft wegen Fremdvergabe der Tätigkeiten unwirksam
- Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen bei Ablehnung der Bewerbung

### SEITE 5

- Rentenversicherungspflicht eines selbstständigen Versicherungsvermittlers
- Ist das neue Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz verfassungswidrig?

### SEITE 6

- Geplante Neuregelung des Sorgerechts von nicht miteinander verheirateten Eltern
- Kindereinträge im Reisepass der Eltern ab dem 26.6.2012 ungültig

### SEITE 7

- Neues Verbraucherinformationsgesetz voraussichtlich zum 1.9.2012
- Gesetz gegen Abofallen im Internet

### SEITE 8

- Stärkere Verbraucherrechte durch Änderungen im Telekommunikationsgesetz
- Mehr Rechte für Strom- und Gaskunden

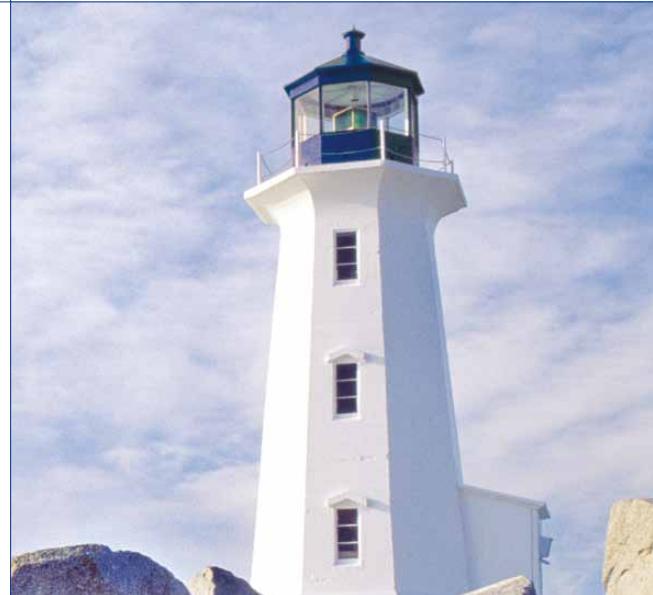
### SEITE 9

- Eigendiagnose eines sachkundigen Patienten – kein Freibrief für Arzt
- Schadensersatz bei Pharming-Angriffen im Onlinebanking

### SEITE 10

- Schadensersatzpflicht – Vorverlegung des Rückflugs um 10 Stunden
- Europäisches elektronisches Zahlungsverfahren – SEPA

[www.conscienta.de/newsletter](http://www.conscienta.de/newsletter)



**Knapp Lanio Gesser & Partner** Rechtsanwaltsgeellschaft

#### Büro Offenbach

Herrnstraße 53, 63065 Offenbach am Main  
Telefon: +49 (0) 69-45 00 34-0, Fax: +49 (0) 69-45 00 34-333  
ra.of@conscienta.de

#### Büro Darmstadt

Rheinstraße 40, 64283 Darmstadt  
Telefon: +49 (0) 6151-13 62-38, Fax: +49 (0) 6151-85 14-35  
ra.da@conscienta.de

### SEITE 11

- Kundenparkplätze müssen nicht völlig schneefrei sein
- Arbeitgeber müssen persönliche Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer von ihrer Homepage löschen

### SEITE 12

- Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer
- GmbH-Gesellschafterin – und trotzdem familienversichert

### SEITE 13

- Betriebsprüfungen – spätere Eingriffsmöglichkeiten in bereits geprüfte Zeiträume
- Steuerfreie Zuschläge bei der Berechnung des Elterngeldes

### SEITE 14

- Sinkende Einspeisevergütung für Solarstrom – wann gilt eine Anlage als in Betrieb genommen?
- Farbwahlklausel im Mietvertrag gilt nur zum Zeitpunkt der Rückgabe

## Arbeitszeitgesetz gilt auch für Pflegepersonal in Privathaushalten

Auch für ausländische Pflegekräfte, die in Privathaushalten arbeiten, gilt das Arbeitszeitgesetz (AZG). Demnach gelten auch für im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) entsandtes Pflegepersonal die im AZG vorgesehenen Höchstarbeitszeiten, Mindestruhepausen und Mindestruhezeiten. Insbesondere dürfte die werktägliche Arbeitszeit im Durchschnitt 8 Stunden nicht überschreiten. Die Ruhezeit zwischen dem Ende einer Arbeitszeit und dem Beginn der darauffolgenden müsse mindestens 11 ununterbrochene Stunden betragen.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung ist angehalten, die Einhaltung der zwingenden Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche auf Grundlage des AEntG zu prüfen. Zwar trifft es zu, dass die Beamten nur mit Einverständnis des Wohnungsinhabers Prüfungen in dessen Wohnung durchführen können. Wenn jedoch ausreichende Verdachtsmomente für einen Straftatbestand oder eine Ordnungswidrigkeit vorliegen, könnte die Prüfung auch ohne dessen Einverständnis erfolgen.

## Kein Unfallversicherungsschutz eines Arbeitnehmers bei Trunkenheitsfahrt

Nach dem „Siebten Sozialgesetzbuch“ ist ein Arbeitsunfall ein Unfall, den ein Versicherter bei einer der den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeiten erleidet.

Für einen Arbeitsunfall ist danach in der Regel erforderlich, dass die Verrichtung des Versicherten zur Zeit des Unfalls der versicherten Tätigkeit zuzurechnen ist (innerer bzw. sachlicher Zusammenhang), diese Verrichtung zu dem zeitlich begrenzten, von außen auf den Körper einwirkenden Ereignis – dem Unfallereignis – geführt (Unfallkausalität) und das Unfallereignis einen Gesundheitserstschaden oder den Tod des Versicherten verursacht hat (haftungsbegründende Kausalität).

Versicherte Tätigkeiten sind u. a. auch das Zurücklegen des mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Weges nach und von dem Ort der Tätigkeit. Dieser Versicherungsschutz auf dem Weg von der Arbeit zum Wohnort entfällt jedoch, wenn allein wesentlich für das Unfallereignis die alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit des Versicherten ist.

Sofern sich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag und nicht aus anderen Umständen ergibt, erstreckt sie sich nur auf Gefahren und Umstände, die ihren Ursprung in der betrieblichen Sphäre haben.

Auch eine Verletzung der Fürsorgepflicht aus Ingerenz ist denkbar, wenn der Arbeitgeber entweder selbst Alkohol zur Verfügung stellt oder Alkoholkonsum am Arbeitsplatz duldet und generell keine Schutzvorkehrungen gegen das anschließende Benutzen von Pkw im verkehrsuntüchtigen Zustand trifft.

Bei einer eigenverantwortlichen Schädigung des Versicherten durch Alkoholkonsum stellt sich ein Unterlassen des Arbeitgebers aber als eine untergeordnete, nicht wesentliche Mitverursachung zumindest in Fällen des bloßen Alkoholmissbrauchs dar. Bei erkennbarer Alkoholabhängigkeit kann dies anders zu werten sein.

## Mehrarbeit – Vergütungserwartung

Bei Fehlen einer (wirksamen) Vergütungsregelung verpflichtet das Bürgerliche Gesetzbuch den Arbeitgeber, geleistete Mehrarbeit zusätzlich zu vergüten, wenn diese den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Eine entsprechende objektive Vergütungserwartung ist regelmäßig gegeben, wenn der Arbeitnehmer kein herausgehobenes Entgelt bezieht.

In einem vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entschiedenen Fall war ein Arbeitnehmer als Lagerleiter zu einem monatlichen Bruttoentgelt von 1.800 € bei einer Spedition tätig. Im Arbeitsvertrag hatten die Parteien eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart. Bei betrieblicher Erfordernis sollte der Lagerleiter ohne besondere Vergütung zu Mehrarbeit verpflichtet sein. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt er

Vergütung für 968 in den Jahren 2006 bis 2008 geleistete Überstunden.

Die BAG-Richter kamen zu dem Entschluss, dass der Arbeitgeber dem Lagerleiter die Überstundenvergütung schuldet. Angesichts der Höhe des vereinbarten Bruttoentgelts war die Leistung von Überstunden nur gegen eine zusätzliche Vergütung zu erwarten. Der vertragliche Ausschluss jeder zusätzlichen Vergütung von Mehrarbeit war wegen Intransparenz unwirksam.

Der Arbeitsvertrag lässt aus der Sicht eines verständigen Arbeitnehmers nicht erkennen, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer für das regelmäßige Bruttoentgelt schuldete. Er konnte bei Vertragsschluss nicht absehen, was auf ihn zukommen würde.

## Kündigung wegen „Stalking“

Ein schwerwiegender Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine vertragliche Nebenpflicht, die Privatsphäre und den deutlichen Wunsch einer Arbeitskollegin zu respektieren, nicht dienstliche Kontaktaufnahmen mit ihr zu unterlassen, kann die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Ob es zuvor einer einschlägigen Abmahnung bedarf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 19.4.2012 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahr 2007 teilte ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer mit, dass eine Mitarbeiterin, die sich von ihm belästigt fühlte, weder dienstlich noch privat Kontakt mit ihm wünsche und dieser Wunsch vorbehaltlos zu respektieren sei. Eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Mitarbeiterin habe „auf jeden Fall zur Vermeidung arbeitsrechtlicher Konsequenzen zu unterbleiben“.

Im Oktober 2009 wandte sich eine andere als Leiharbeitnehmerin beschäftigte Mitarbeiterin an den Arbeitgeber und gab an, sie werde von dem gleichen Arbeitnehmer in unerträglicher Art und Weise belästigt und bedrängt. Nach näherer Befragung der Mitarbeiterin und Anhörung des Arbeitnehmers wurde das Arbeitsverhältnis mit dem vermeintlichen Stalker außerordentlich fristlos gekündigt. Der Arbeitgeber hat behauptet, der Arbeitnehmer habe der Mitarbeiterin gegen deren ausdrücklich erklärt Willen zahlreiche E-Mails geschickt, habe sie ohne dienstlichen Anlass in ihrem Büro angerufen oder dort aufgesucht und sich wiederholt und zunehmend aufdringlich in ihr Privatleben eingemischt. Um sie zu weiterem privaten Kontakt mit ihm zu bewegen, habe er ihr u.a. damit gedroht, er könne dafür sorgen, dass sie keine feste Anstellung bekomme.

## Kündigung einer Reinigungskraft wegen Fremdvergabe der Tätigkeiten unwirksam

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (LAG) hat in seinem Urteil vom 7.2.2012 die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung einer Reinigungskraft für unwirksam erklärt.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Unternehmen hatte Umstrukturierungsmaßnahmen vorgenommen und dabei unter anderem die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Reinigungsarbeiten nicht mehr durch eigene Kräfte durchzuführen, sondern diese per Fremdvergabe auszulagern. Gegenüber den Reinigungskräften, die tarifvertraglich ordentlich nicht mehr kündbar waren, wurde daraufhin eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen.

Die Richter des LAG haben den Arbeitgeber nicht für berechtigt gehalten, das Arbeitsverhältnis der Reinigungskraft durch außerordentliche Kündigung zu beenden. Er könne sich – ebenso wie bei anderen Verträgen – nicht ohne Weiteres von seiner Vertragsbindung gegenüber dem Arbeitnehmer lossagen, sondern müsse die ordentliche Unkündbarkeit der Reinigungskraft bereits bei der Erstellung seines unternehmerischen Konzepts in Rechnung stellen. Umstände, dass die Auslagerung der Reinigungsarbeiten auf Dritte unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unumgänglich gewesen sei, habe der Arbeitgeber nicht vorgetragen. (Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.)

## Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen bei Ablehnung der Bewerbung

Will ein Arbeitnehmer Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend machen, so muss er dafür die Zweimonatsfrist einhalten. Die Frist ist wirksam und begegnet nach europäischem Recht keinen Bedenken. Bei Ablehnung einer Bewerbung beginnt die Frist in dem Moment zu laufen, in dem der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

In einem Fall aus der Praxis wurden Mitte 2008 drei Stellen an einer Justizvollzugsanstalt ausgeschrieben. Ein Bewerber wies in seiner Bewerbung auf seine anerkannte Schwerbehinderteneigenschaft hin. Am 2.9.2008 erhielt er eine mit dem 29.8.2008 datierte

Absage. Mit seinem Schreiben (Posteingang war der 4.11.2008) meldete der Bewerber Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche an, weil er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts lehnten dies jedoch ab, da der Bewerber die Zweimonatsfrist nicht beachtet hatte. Denn mit Erhalt des Ablehnungsschreibens hatte er Kenntnis von den Indizien seiner Benachteiligung, da er bei der Bewerbung auf seine Schwerbehinderung hingewiesen hatte und er abgelehnt worden war, ohne zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein.

## Rentenversicherungspflicht eines selbstständigen Versicherungsvermittlers

Nach dem „Sechsten Sozialgesetzbuch“ sind selbstständig tätige Personen versicherungspflichtig, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Dabei ist es unerheblich, ob der Vermittler „in der Gestaltung seiner Tätigkeit und der Bestimmung seines Ortes und seiner Arbeitszeit“ frei war.

Beziehen sich 5/6 der Betriebseinnahmen auf die Tätigkeit für einen Auftraggeber, so wird davon ausgängen, dass die Tätigkeit des Versicherungsvermittlers im Wesentlichen für diesen Arbeitgeber ausgeübt wird und damit rentenversicherungspflichtig ist. Nur wenn ein Arbeitnehmer bei dem Versicherungsvermittler versicherungspflichtig beschäftigt ist, entfällt die Versicherungspflicht des Vermittlers.

## Ist das neue Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz verfassungswidrig?

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in seinem Beschluss vom 5.10.2011 das Bundesministerium der Finanzen (BMF) aufgefordert, dem Verfahren beizutreten, in dem die Verfassungskonformität des Erbschaftsteuergesetzes nach der Reform zum 1.1.2009 angezweifelt wird. Unter anderem wird die Frage aufgeworfen, ob der allgemeine Gleichheitsgrundsatz dadurch verletzt sei, dass durch rechtlich zulässige Gestaltung zu einer steuerlichen Vollverschonung optiert werden kann.

Der BFH hat das BMF um Mitteilung gebeten, „ob und gegebenenfalls welche praktischen Erfahrungen im Besteuerungsverfahren es bisher gibt“. In der Vergangenheit folgte der Beitrittsaufforderung regelmäßig die Aussetzung des Verfahrens, um anschließend eine Entscheidung vor dem Bundesverfassungsgericht zu erwirken.

Im Streitfall geht es um die Fragen, ob die auf Steuerentstehungszeitpunkte im Jahr 2009 beschränkte Gleichstellung von Personen der Steuerklasse II und III verfassungsgemäß ist und ob einige Vorschriften im

Erbschaftsteuergesetz deshalb gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößen, **weil sie es ermöglichen, durch bloße Wahl bestimmter Gestaltungen die Steuerfreiheit des Erwerbs von Vermögen gleich welcher Art und unabhängig von dessen Zusammensetzung und Bedeutung für das Gemeinwohl zu erreichen; insbesondere auch um die Frage, wie die Bundesregierung die aktuelle Ungleichbehandlung von Privat- und Betriebsvermögen im Erbschaftsteuergesetz beurteilt.**

In dem Erbschaftsteuerfall gehören zum Erwerb eines Miterben nach seinem verstorbenen Onkel lediglich Kapitalforderungen (Guthaben bei Kreditinstituten und ein Steuererstattungsanspruch).

Das BMF ist dem Verfahren beigetreten und wollte bis zum 31.5.2012 eine Stellungnahme abgeben. Es sieht derzeit jedenfalls keinen Anlass, die im Streitfall angesprochenen Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes zu ändern.

## Geplante Neuregelung des Sorgerechts von nicht miteinander verheirateten Eltern

Nach altem Recht erhielten Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren, das gemeinsame Sorgerecht nur, wenn sie heirateten oder sich übereinstimmend für die gemeinsame Sorge entschieden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sah darin einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention, das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Grundrechte.

Die geplante Neuregelung ermöglicht die gemeinsame Sorge immer dann, wenn das Wohl des Kindes nicht entgegensteht. Um zügig Klarheit über die Sorgerechtsfrage zu ermöglichen, findet das normale familienrechtliche Verfahren nur statt, wenn tatsächlich Kindeswohlfragen zu klären sind. Geplant ist folgendes abgestufte Verfahren:

- Erklärt die Mutter nicht von selbst ihr Einverständnis mit der gemeinsamen Sorge, hat der Vater die Möglichkeit, zunächst zum Jugendamt zu gehen, um doch noch eine Einigung mit der Mutter zu erreichen.
- Der Vater kann aber auch jederzeit das Familiengericht anrufen, entweder direkt oder dann, wenn sich herausstellt, dass die Mutter sich beim Jugendamt

nicht mit einer gemeinsamen Sorge einverstanden erklärt oder sich nicht äußert.

- Im gerichtlichen Verfahren erhält die Mutter Gelegenheit zur Stellungnahme zum Antrag des Vaters. Die Frist dafür endet frühestens sechs Wochen nach der Geburt.
- Das Familiengericht entscheidet in einem beschleunigten und im schriftlichen Verfahren – ohne persönliche Anhörung der Eltern – wenn die Mutter entweder gar nicht Stellung nimmt oder sich zwar äußert, aber keine potenziell kindeswohlrelevanten Gründe vorträgt, und wenn derartige Gründe dem Gericht auch sonst nicht bekannt geworden sind. Diese Vorschrift trägt gleichzeitig einer rechtstatsächlichen Untersuchung Rechnung, wonach es in vielen Fällen gar nicht um das Kindeswohl geht, wenn Mütter die gemeinsame Sorge ablehnen.
- Das Familiengericht spricht dem Vater das Sorgerecht zu, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht (negative Kindeswohlprüfung).

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums wurde Anfang April an Länder und Verbände verschickt, die jetzt Gelegenheit zur Stellungnahme haben.

## Kindereinträge im Reisepass der Eltern ab dem 26.6.2012 ungültig

Aufgrund europäischer Vorgaben ergibt sich im deutschen Passrecht eine wichtige Änderung: **Ab dem 26.6.2012 sind Kindereinträge im Reisepass der Eltern ungültig und berechtigen das Kind nicht mehr zum Grenzübertritt.** Somit müssen ab diesem Tag alle Kinder (ab Geburt) bei Reisen ins Ausland über ein eigenes Reisedokument verfügen. Für die Eltern als Passinhaber bleibt das Dokument dagegen uneingeschränkt gültig.

Es ist daher empfehlenswert, dass betroffene Eltern, bei geplanten Auslandsreisen, rechtzeitig neue Reisedokumente für die Kinder bei ihrer zuständigen Passbehörde beantragen. Als Reisedokumente für Kinder stehen Kinderreisepässe, Reisepässe und – je nach Reiseziel – Personalausweise zur Verfügung.

## Neues Verbraucherinformationsgesetz voraussichtlich zum 1.9.2012

Der Weg für das neue Verbraucherinformationsgesetz (VIG) ist frei. Der Bundesrat hat sich am 10.2.2012 gegen eine Beratung des Gesetzes im Vermittlungsausschuss ausgesprochen und damit die Gesetzesnovelle gebilligt. Damit sich die zuständigen Behörden des Bundes und der Länder auf die neue Rechtslage vorbereiten können, treten die Änderungen sechs Monate nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt – also voraussichtlich am 1.9.2012 – in Kraft.

Das neue Gesetz beinhaltet u. a., dass Verbraucher künftig nicht nur Informationen erhalten über Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände, sondern auch zu anderen Verbraucherprodukten wie zum Beispiel Haushaltsgeräten, Möbeln und Heimwerkerartikeln. Durch die neue verbraucherfreundliche Gebührenregelung sind sämtliche Verbraucheranfragen an Behörden bis zu einem Verwaltungsaufwand von 250 € kostenfrei. Liegt ein Rechtsverstoß bei einem Unternehmen vor, sind die Anfragen sogar bis zu einem Betrag von 1.000 € gratis.

Weitere Informationen erhalten Sie auf der Homepage des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) [www.bmelv.bund.de](http://www.bmelv.bund.de) – Verbraucherschutz & Informationsrechte.

## Gesetz gegen Abofallen im Internet

Der Bundestag hat in seiner Plenarsitzung am 2.3.2012 beschlossen, dass in Zukunft bei jedem Bestellvorgang eine Schaltfläche mit einem klaren Hinweis auf die Kosten einer Bestellung eingeblendet werden muss.

Der letzte Klick für eine Internetbestellung muss dann unmissverständlich und gut lesbar auf die Zahlungspflicht hinweisen. Außerdem müssen dem Verbraucher unmittelbar vor dem Vertragsschluss alle wesentlichen Vertragsinformationen klar und verständlich vor Augen geführt werden. Versteckte Hinweise an einer anderen Stelle des Internetauftritts reichen nicht. Erfüllt der Unternehmer die neuen Pflichten nicht, kommt kein Vertrag zustande. Der Verbraucher muss dann nicht zahlen. Dies gilt immer, wenn Waren oder Dienstleistungen online bestellt werden, ob mit dem heimischen Computer, Smartphone oder Tablet-PC.

Ferner soll mit dem neuen Gesetz auch das Widerspruchsrecht der Verbraucher gestärkt werden. Fühlt sich demnach ein Kunde betrogen und verweigert daher die Zahlung, muss künftig der Anbieter nachweisen, dass der Kunde per Web die Zahlungsbereitschaft ausdrücklich erklärt hat.

Das Gesetz wird nun dem Bundesrat zugeleitet und voraussichtlich im Sommer 2012 in Kraft treten.

## Stärkere Verbraucherrechte durch Änderungen im Telekommunikationsgesetz

Das Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen (TKG) wurde von Bundestag und Bundesrat verabschiedet. Mit der Gesetzesnovelle werden die Bedingungen für den Aus- und Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen verbessert und die Bestimmungen zum Daten- und Verbraucherschutz modernisiert. Die Gesetzesänderung trat Anfang März 2012 in Kraft.

Neben dem Breitbandausbau bildet der Verbraucherschutz einen weiteren wichtigen Baustein der TKG-Novelle. Die beschlossenen Maßnahmen im Einzelnen sind:

- Kostenpflichtige Warteschleifen dürfen bei Sonderrufnummern nicht mehr eingesetzt werden.
- Die Bezahlfunktion von Handys sowie der Zugang zu Mehrwertdiensterufnummern kann gesperrt werden. Damit wird verhindert, dass den Verbrauchern über die Telefonrechnung gegen ihren Willen Geldbeträge abgebucht werden.
- Beim Anbieterwechsel dürfen Versorgungsunterbrechungen maximal einen Kalendertag andauern.

- Mobilfunkkunden haben künftig das Recht, dass ihre Mobilfunkrufnummer unabhängig von der Vertragslaufzeit mit dem bisherigen Anbieter auf einen neuen Anbieter übertragen wird.
- Bei der Auswahl eines alternativen Netzbetreibers (sogenanntes Call by Call) muss künftig der aktuelle Preis vor Gesprächsbeginn angesagt werden.
- Bei den Datenschutzbestimmungen im Telekommunikationsrecht werden zusätzliche Informations- und Transparenzverpflichtungen mit dem Ziel eingeführt, sensible Daten besser zu schützen und damit die Rechtsposition des Verbrauchers zu stärken. Hierzu gehört u. a. die Verpflichtung, bei jeder Ortung des Mobilfunkendgerätes dem Nutzer anzuzeigen, dass er geortet wird.

Weitere Informationen erhalten Sie auch auf der Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) – Downloads – Überblick über die Regelungen des novellierten Telekommunikationsgesetzes.

## Mehr Rechte für Strom- und Gaskunden

Die Länder haben in ihrer Plenarsitzung am 30.3.2012 den neuen Regeln zur Verkürzung der Kündigungsfristen in den Bereichen Strom und Gas mit Auflagen zugestimmt. Sie wollen bei einseitigen Änderungen von Vertragsbedingungen auch für Kunden in der Grundversorgung ein fristloses Kündigungsrecht sicherstellen. Zudem setzen sie sich für einen verbesserten Datenschutz der Kunden ein, indem sie deren Offenbarungspflichten beschränken.

Mit einer begleitenden Entschließung möchte der Bundesrat zusätzlich erreichen, dass die Strom- und Gaslieferanten ihren Kunden in Veröffentlichungen

Informationen über die zentralen Bestandteile ihrer Tarife und Vertragsbedingungen zur Verfügung stellen müssen. Hierbei seien standardisierte Begriffe und Definitionen zu verwenden.

Mit der Verordnung verkürzt die Bundesregierung die bisher geltenden Kündigungsfristen für die sogenannten Grundversorgungsverträge in den Bereichen Strom und Gas auf zwei Wochen. Verbraucher werden damit in die Lage versetzt, kurzfristig ihren Strom- oder Gasanbieter zu wechseln und günstigere Angebote einzelner Anbieter schneller zu nutzen.

## Eigendiagnose eines sachkundigen Patienten – kein Freibrief für Arzt

Auch wenn ein selbstbewusst und sachkundig auftretender Patient eine laienhafte Eigendiagnose stellt, muss ein Arzt diese kritisch betrachten und den Patienten sorgfältig und medizinisch umfassend befragen.

Wird aufgrund einer unzureichenden Anamnese die sonst zweifelsfrei erforderliche Hinzuziehung eines an-

deren Facharztes unterlassen, haftet der erstbehandlende Arzt den Hinterbliebenen auf Schadensersatz. Dies haben die Richter des Oberlandesgerichts Koblenz entschieden und damit der Klage der Ehefrau und der beiden Kinder des Patienten auf Schadensersatz dem Grunde nach stattgegeben.

## Schadensersatz bei Pharming-Angriffen im Onlinebanking

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 24.4.2012 entschieden, unter welchen Voraussetzungen ein Bankkunde sich im Onlinebanking bei einem Pharming-Angriff schadensersatzpflichtig macht.

Im zugrundeliegenden Fall nahm ein Bankkunde seine Bank wegen einer von ihr im Onlinebanking ausgeführten Überweisung von 5.000 € auf Rückzahlung dieses Betrages in Anspruch. Er unterhielt bei der Bank ein Girokonto und nahm am Onlinebanking teil. Für Überweisungsaufträge verwendet das Geldinstitut das sog. iTAN-Verfahren, bei dem der Nutzer nach Erhalt des Zugangs durch Eingabe einer korrekten persönlichen Identifikationsnummer (PIN) dazu aufgefordert wird, eine bestimmte Transaktionsnummer (TAN) aus einer ihm vorher zur Verfügung gestellten durchnummerierten TAN-Liste einzugeben.

In der Mitte der Log-in-Seite des Onlinebankings befand sich folgender Hinweis: „Derzeit sind vermehrt Schadprogramme und sogenannte Phishing-Mails in Umlauf, die Sie auffordern, mehrere Transaktionsnummern oder gar Kreditkartendaten in ein Formular einzugeben. Wir fordern Sie niemals auf, mehrere TAN

gleichzeitig preiszugeben! Auch werden wir Sie niemals per E-Mail zu einer Anmeldung im ... Net-Banking auffordern!“

Der Bankkunde berücksichtigte den Hinweis nicht. Von seinem Girokonto wurde nach Eingabe seiner PIN und TAN ein Betrag von 5.000 € auf ein Konto bei einer ausländischen Bank überwiesen. Der Kunde erstattete Strafanzeige.

Er ist nach dem in seiner Strafanzeige vorgetragenen Sachverhalt Opfer eines Pharming-Angriffs geworden, bei dem der korrekte Aufruf der Website der Bank technisch in den Aufruf einer betrügerischen Seite umgeleitet worden ist. Der betrügerische Dritte hat die so erlangte TAN genutzt, um der Bank unbefugt den Überweisungsauftrag zu erteilen. Der Kunde hat sich gegenüber der Bank durch seine Reaktion auf diesen Pharming-Angriff schadensersatzpflichtig gemacht. Er hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, indem er beim Log-in-Vorgang, also nicht in Bezug auf einen konkreten Überweisungsvorgang, trotz des ausdrücklichen Warnhinweises der Bank gleichzeitig zehn TAN eingegeben hat.

## Schadensersatzpflicht – Vorverlegung des Rückflugs um 10 Stunden

In einem vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Fall buchte eine Urlauberin für sich und ihren Lebensgefährten eine einwöchige Pauschalreise in die Türkei zum Preis von 369€ pro Person mit einem Rückflug am 1.6.2009 um 16.40 Uhr. In ihren in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen behielt sich das Reiseunternehmen die kurzfristige Änderung der Flugzeiten und Streckenführung vor, soweit dadurch der Gesamtzuschnitt der Reise nicht beeinträchtigt wird. Ferner wurde die Abtretung von Ansprüchen gegen das Reiseunternehmen, die auf Leistungsstörungen beruhen, ausgeschlossen.

Der Rückflug wurde am Vortag auf 5.15 Uhr des 1.6.2009 vorverlegt, wozu die Reisenden um 1.25 Uhr am Hotel abgeholt werden sollten. Die Urlauberin und ihr Lebensgefährte bemühten sich um einen anderen Rückflug, den sie an dem vorgesehenen Rückflugtag um 14.00 Uhr antraten und selbst bezahlten. Nach Geltendmachung von Reisemängeln zahlte das Unternehmen an die Touristin ca. 42€. Daraufhin verlangte diese unter anderem die Rückzahlung des gesamten Reisepreises abzüglich 70 € für in Anspruch genommene Verpflegungsleistungen, die Erstattung von insgesamt ca. 500 € Rücktransportkosten sowie Entschädigung wegen nutzlos aufgewandter Urlaubszeit in Höhe von ca. 480 € für sich selbst und ca. 2.200 € für ihren Lebensgefährten.

**Nach Auffassung der Richter des BGH handelt es sich bei der Vorverlegung eines Flugs um mehr als 10 Stunden um einen Reisemangel. Dieser berechtigte die Reisenden aber grundsätzlich auch zur Selbsthilfe und zur Erstattung der mit dem selbst organisierten Rückflug entstandenen Kosten, wenn sie zuvor dem Reiseveranstalter eine Abhilfefrist gesetzt hatten oder eine solche Fristsetzung entbehrlich war.** Letzteres kann sich bereits aus den Umständen ergeben, etwa wenn der Reiseveranstalter den Reisemangel bewusst verursacht und ihn als unvermeidlich darstellt.

Im Streitfall stellte nach Auffassung des BGH die Vorverlegung des Rückflugs hingegen keine erhebliche Beeinträchtigung der Reise dar. Dies kann zwar nicht mit dem geringen Reisepreis begründet werden. Nach Bejahung eines Reisemangels kommt es vielmehr darauf an, welchen Anteil der Mangel in Relation zur gesamten Reiseleistung hatte und wie gravierend sich der Mangel für den Reisenden ausgewirkt hat. Da die Reisenden dem Reisemangel aber im Wesentlichen selbst abgeholfen haben, ist danach keine erhebliche Beeinträchtigung mehr zu erkennen, die zur Kündigung oder einer Entschädigung für nutzlos aufgewandte Urlaubszeit berechtigen würde.

## Europäisches elektronisches Zahlungsverfahren – SEPA

Die SEPA-Überweisung gibt es seit Anfang 2008. Sie ermöglicht neben der nationalen auch grenzüberschreitende Überweisungen. Am 1.11.2009 fiel – anknüpfend an die Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie – der Startschuss für die SEPA-Lastschrift. Sie ermöglicht neben rein inländischen auch grenz-

überschreitende Lastschrifteinzüge. Ende Februar 2012 hat nun auch der EU-Ministerrat den Regelungen zur Umsetzung eines europäischen Zahlungsraums zugestimmt, **sodass ab dem 1.2.2014 alle Überweisungen und Lastschriften nach dem SEPA-Verfahren abgewickelt werden müssen.**

## Kundenparkplätze müssen nicht völlig schnee- und eisfrei sein

Öffentliche Parkplätze müssen nicht völlig schnee- und eisfrei gehalten werden. Vielmehr ist es auch auf belebten Abstellplätzen hinzunehmen, dass die Fahrzeugbenutzer kleine, gut sichtbare Eisflächen umgehen oder übersteigen müssen, ehe sie den rutschfreien Bereich erreichen. Wenn ein Kunde in einer solchen Situation dennoch stürzt, kann er weder die Kommune noch ein Unternehmen (hier: Sparkasse) haftbar machen.

In einem vom Oberlandesgericht Koblenz entschiedenen Fall stellte ein Autofahrer sein Fahrzeug auf dem Kundenparkplatz ab. Als er es verlassen hatte und auf dem Weg zur Sparkasse war, glitt er auf einer ca. 50 cm großen, gut sichtbaren Eisfläche aus, stürzte und zog sich eine folgenreiche Sprunggelenksverletzung zu. Der Autofahrer lastet der Bank an, den Parkplatz nicht genug geräumt zu haben und verlangte u. a. Schadensersatz in Höhe von 2.640 € sowie Schmerzensgeld in Höhe von 2.000 €.

Die Richter lehnen dies ab, führten aber in ihrer Begründung aus, dass grundsätzlich die Verpflichtung bestehe, einen Kundenparkplatz so von Schnee und

Eis zu befreien, dass er möglichst gefahrlos benutzt werden könne. Der Parkplatz sei vorliegend aber großflächig eisfrei gewesen. Es habe nur vereinzelt vereiste Stellen gegeben, denen der Autofahrer hätte ausweichen können. Daher habe die Bank keinen Pflichtverstoß begangen, der Fahrer habe seinen Sturz selbst zu verantworten.

Die Sparkasse habe ihrer Versicherungspflicht genügt, da der Platz großflächig geräumt gewesen sei. Die kleine Eisfläche habe lediglich eine Ausdehnung von etwa 50 cm gehabt und sei vom Autofahrer auch erkannt worden. Er hätte die Stelle daher problemlos umgehen oder überschreiten können, um sicher zu gelangen.

Weiterhin stellte das Gericht klar, dass die Sparkasse als Wirtschaftsunternehmen keine weitergehenden Verkehrssicherungspflichten als die Kommune habe. In beiden Fällen gehe es um einen Parkplatz, der einer unbestimmten Vielzahl von Benutzern eröffnet sei. Deshalb unterlügen die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht in diesen Fällen jeweils den gleichen Regeln.

## Arbeitgeber müssen persönliche Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer von ihrer Homepage löschen

Das Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers ist verletzt, wenn ein Arbeitgeber persönliche Daten und Fotos ausgeschiedener Arbeitnehmer weiter auf seiner Homepage präsentiert. Der betroffene Arbeitnehmer

kann deren Löschung im Wege der einstweiligen Verfügung verlangen. Eine Veröffentlichung nach Ende des Arbeitsverhältnisses greift unberechtigt in das Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers ein.



## Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer

Die Richter des Bundesgerichtshofs (BGH) entschieden, dass ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer GmbH, der nach Ablauf seines Vertrages nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, in den Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fällt.

In dem vom BGH entschiedenen Fall war der Kläger bis zum Ablauf seiner Amtszeit am 31.8.2009 Geschäftsführer einer GmbH. Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat über den Abschluss, die Aufhebung und die Änderung des Dienstvertrags zu entscheiden. In dem mit einer Laufzeit von 5 Jahren abgeschlossenen Dienstvertrag war vereinbart, dass die Vertragsparteien spätestens 12 Monate vor Vertragsablauf mitteilten, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit waren.

Der Aufsichtsrat beschloss das Anstellungsverhältnis mit dem im Zeitpunkt der (regulären) Vertragsbeendigung 62 Jahre alten Geschäftsführers nicht über den 31.8.2009 hinaus fortzusetzen. Seine Position wurde mit einem 41-jährigen Mitbewerber besetzt.

Der BGH kam zu dem Entschluss, dass er in unzulässiger Weise wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Laut dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) findet das Gesetz Anwendung auf Geschäftsführer einer GmbH, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramt und um den beruflichen Aufstieg geht. Ferner muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Das Unternehmen hat dann zu beweisen, dass der Bewerber nicht wegen seines Alters oder aus anderen unzulässigen Gründen benachteiligt worden ist. Hier hatte der Aufsichtsratsvorsitzende gegenüber der Presse erklärt, dass der Geschäftsführer wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe wegen des „Umbruchs auf dem Markt“ einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Das hat der BGH als ausreichend für die Beweislastumkehr entsprechend dem AGG angesehen.

## GmbH-Gesellschafterin – und trotzdem familienversichert

In einem vom Bundessozialgericht (BSG) am 29.2.2012 entschiedenen Fall war eine Ehefrau seit Ende Februar 2000 alleinige Kommanditistin sowie Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, ohne selbst im Unternehmen (Groß- und Einzelhandel im Sanitär- und Heizungsbereich) mitzuarbeiten. Dort waren neben ihrem Ehemann vier Arbeitnehmer beschäftigt. Der Ehemann war allein vertretungsbechtigter Geschäftsführer und gesetzlich krankenversichert. Aus steuerlichen Gründen hielt die Ehefrau sämtliche Geschäftsanteile. Die Krankenkasse sah die Ehefrau zunächst als über den Ehemann in der gesetzlichen Krankenversicherung familienversichert an. Sie stellte jedoch nach Überprüfung Anfang 2005 rückwirkend fest, dass dies nicht der Fall sei, weil sie seit März 2000 „hauptberuflich selbstständig erwerbstätig“ und daher von der Familienversicherung ausgeschlossen sei.

Nun haben die Richter des BSG entschieden, dass die Ehefrau familienversichert war, da sie nicht aktiv im Unternehmen mitarbeitet, sondern ausschließlich die mit ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung als Kommanditistin der GmbH & Co KG und als Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH verbundenen Pflichten wahrnahm.

Nach Auffassung der Richter führt dies nicht schon zum Ausschluss von der Familienversicherung. Die Herleitung einer sozialrechtlich relevanten (hauptberuflichen) Tätigkeit allein aus der selbstständigen Ausübung berücksichtigt nicht, dass es vorliegend nicht um die Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und Beschäftigung geht, sondern darum, ob überhaupt eine sozialversicherungsrechtlich relevante „Tätigkeit“ ausgeübt wurde. Selbst wenn man von einer solchen Tätigkeit der Ehefrau ausginge, übte sie diese jedenfalls nicht hauptberuflich aus.

## Betriebsprüfungen – spätere Eingriffsmöglichkeiten in bereits geprüfte Zeiträume

Das Bayerische Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteilen vom 18.1.2011 und vom 7.10.2011 entschieden, dass bei einer Betriebsprüfung des Rentenversicherungsträgers keine Sachverhalte aufgegriffen werden können, die im Prüfzeitraum einer bereits abgeschlossenen vorangegangenen Prüfung liegen.

Ein bestandskräftiger Bescheid des die Betriebsprüfung durchführenden Rentenversicherungsträgers über einen konkreten Prüfzeitraum verhindert danach eine Nachforderung für den gleichen Zeitraum durch einen späteren Prüfbescheid, sofern der bestandskräftige Bescheid nicht zurückgenommen wird.

Nach Auffassung der Spitzenverbände der Sozialversicherungen steht diese Entscheidung jedoch im Widerspruch zur Beitragsverfahrensverordnung, wonach die Prüfung der Aufzeichnungen auf Stichproben beschränkt werden kann, und zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zur Wirkung von Stichprobenprüfungen.

Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Prüfbehörden bei Arbeitgeberprüfungen selbst in kleinen Betrieben zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten nicht verpflichtet sind. Dies gilt gleichermaßen für die beitragsrechtliche Beurteilung von Arbeitsentgelten.

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung stellen daher fest, dass die Entscheidungen des Bayerischen LSG keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben und ihnen in grundsätzlicher Hinsicht nicht zu folgen ist. **Für bereits geprüfte Zeiträume ist eine sozialversicherungsrechtliche Auswertung z. B. in den Fällen nicht ausgeschlossen, in denen Lohnsteuerprüfberichte bzw. Lohnsteuerhaftungsbescheide oder anderweitige Fallkonstellationen in die geprüften Zeiträume hineinreichen.**

## Steuerfreie Zuschläge bei der Berechnung des Elterngeldes

Die Richter des Bundessozialgerichts haben in zwei Urteilen vom 5.4.2012 entschieden, **dass steuerfreie Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit bei der Bemessung des Elterngeldes nicht zu berücksichtigen sind.**

Im ersten Fall hatte ein Vater zusätzlich zu seinem Gehalt steuerfreie Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit bezogen. Im zweiten Fall war eine Mutter vor der Geburt als Krankenschwester beschäftigt und erhielt ebenfalls Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit. Diese Zuschläge wurden jeweils bei der Berechnung des Elterngeldes nicht berücksichtigt.

## Sinkende Einspeisevergütung für Solarstrom – wann gilt eine Anlage als in Betrieb genommen?

Wird eine Solarstromanlage (Photovoltaikanlage) nur teilweise im Jahr 2009 fertiggestellt, kann auch nur für diesen Teil der Anlage die höhere Einspeisevergütung des Fertigstellungsjahres 2009 für Strom in das öffentliche Netz verlangt werden. Für den im Jahr 2010 fertiggestellten Rest der Anlage gilt die Einspeisevergütung für das Fertigstellungsjahr 2010.

Dem Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig-Holstein vom 22.3.2012 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Anlagenbetreiber ließ auf seinem Grundstück an der schleswig-holsteinischen Westküste eine Solarstromanlage mit einer Gesamtleistung von 283 kW installieren. Von der Gesamtanlage waren Module mit 1,8 kW, also 0,64 % der Gesamtanlage, zum 30.12.2009 betriebsbereit. Der Rest der Anlage wurde im Jahr 2010 fertiggestellt. Der Netzbetreiber wiederum rechnete für den im Jahr 2009 fertiggestellten Teil der Anlage mit der höheren gesetzlichen Einspeisevergütung für das Jahr 2009 ab und den Rest des aus der Anlage erwirtschafteten Stroms nur mit den niedrigeren gesetzlichen Vergütungssätzen für das Jahr 2010.

Mit seiner Klage wollte der Anlagenbetreiber erreichen, dass die gesamte Anlage als im Jahr 2009 errichtet gilt, sodass er für die nächsten 20 Jahre in den Genuss der höheren gesetzlich geregelten Einspeisevergütung für 2009 kommen würde. Hintergrund des Streits waren die sinkenden gesetzlichen Einspeisevergütungen für Solarstrom in den Folgejahren.

## Farbwahlklausel im Mietvertrag gilt nur zum Zeitpunkt der Rückgabe

Bei einem vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Fall sind in einem Mietvertrag die Schönheitsreparaturen formularmäßig auf den Mieter abgewälzt. Zur Ausführung der Schönheitsreparaturen heißt es im Mietvertrag: „Die Arbeiten müssen in fachmännischer Qualitätsarbeit – handwerksgerecht – ausgeführt werden. Der Mieter darf ohne Zustimmung des Vermieters bei der Ausführung der Schönheitsreparaturen bei Vertragsende nicht von der ursprünglichen Ausführungsart abweichen. Das Holzwerk darf nur weiß gestrichen werden, Naturholz nur transparent oder lasiert. Heizkörper und Heizrohre sind weiß zu streichen. Der Anstrich an Decken und Wänden hat in Weiß, waschfest nach TAKT, zu erfolgen. Die Verwendung anderer Farben bedarf der Genehmigung des Vermieters, ebenso die Anbringung besonderer Wanddekorationen und schwerer Tapeten.“ Der Mieter führte am Ende des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen an den Decken und Wänden der Wohnräume durch.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH benachteiligt eine Farbwahlklausel den Mieter (nur) dann nicht unangemessen, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt.

Die o.g. vereinbarte Farbwahlklausel wird diesen Voraussetzungen nicht gerecht. Sie gibt dem Mieter – auch für Schönheitsreparaturen während der Mietzeit – einen weißen Anstrich von Decken und Wänden vor und schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters dadurch in einer Weise ein, die nicht durch berechtigte Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt. Rechtsfolge der unangemessenen Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen ist die Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin.