

Herausgeber:

**JuCon** - Personalberatung,  
RA Dr. Kues, Dr. Schweinberger, RA Soltner  
GbR

# ZARA

Ausgabe Februar/09  
2. Jahrgang

## Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

**Redaktion Zivilrecht:**  
RA Soltner

**Redaktion Öffentliches Recht:**  
RA Dr. Kues

**Redaktion Strafrecht, Arbeitsrecht,  
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht:**  
Assessor Dr. Schweinberger

### Inhaltsverzeichnis:

#### Zivilrecht

BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 36/08 – Eingriff in Gewerbebetrieb bei Verletzung eines Arbeitnehmers	S. 3
BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 311/07 – Berechnung des Wertersatzes bei Rücktritt vom Vertrag	S. 4
BGH, Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Preisanpassungsklausel in einem Gaslieferungsvertrag	S. 5
BGH, Urt. v. 16.12.2008 – VI ZR 170/07 – Herstellerpflichten bei sicherheitsrelevanten Produktmängeln	S. 7
BGH, Urt. v. 18.02.2009 – VIII ZR 166/08 – Farbwahlklauseln für Schönheitsreparaturen während Mietzeit	S. 9
BGH, Urt. v. 18.02.2009 – VIII ZR 210/08 – Schönheitsreparaturen: Außenanstrich von Türen und Fenstern	S. 11
OLG Saarbrücken, Beschl. v. 23.09.2008 – 5 W 220/08 – Gerichtsstand für Vollkaskoklage ab 1.1.2008	S. 11
BGH, Urt. v. 21.10.2008 – XI ZR 466/07 – Mahnbescheid: Keine Verjährungshemmung bei fehlender Individualisierung	S. 13

#### Strafrecht

OLG München, Beschl. v. 27.10.2008 – 5 St RR 200/08 – Wiedereinsetzung bei Urteilszustellung nur an Angeklagten	S. 16
OLG Frankfurt, Beschl. v. 02.09.2008 – 2 Ss 150/08 – Anforderungen an die Darstellung von Vorstrafen in Urteilsgründen	S. 19
KG, Beschl. v. 30.06.2008 – (4) 1 Ss 249/08 – Wiedereinsetzung – Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle	S. 20

#### Öffentliches Recht

OVG Münster, Urt. v. 19.06.2008 – 7 A 2053/07 – Baurecht: Zulässigkeit eines Carports	S. 21
VG Karlsruhe, Urt. v. 12.09.2008 – 1 K 2593/08 – Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung	S. 23

#### Arbeitsrecht

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.07.2008 – I-24 W 19/08 – Abgrenzung Arbeitnehmer und freier Mitarbeiter	S. 25
LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.02.2009 – 7 Sa 2017/08 – Fall „Emmely“: Fristlose Kündigung wegen 1,30 Euro	S. 26
LAG Frankfurt, Urt. v. 10.09.2008 – 6 Sa 384/08 – Ungleichbehandlung bei Pflichtverletzungen mehrerer Arbeitnehmer	S. 27
LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.02.2009 – 12 Sa 486/06 – Umsetzung EuGH-Urteil: Urlaubsabgeltung bei Langzeiterkrankung	S. 28

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Rittershaus sucht derzeit Referendare (Anzeige auf S. 2).
- Die Hansa Capital GmbH & Co. KG bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 10).

## **JuCon Personalberatung**

**Dr. Dirk Kues, Dr. Dirk Schweinberger, Oliver Soltner GbR**

### **In eigener Sache**

Liebe (ehmalige) Teilnehmer von Jura Intensiv,

vor allem die Referendare möchten wir auf ein BGH-Urteil hinweisen, in welchem sich der BGH mit der Verjährungshemmung eines Mahnbescheids bei fehlender Individualisierung mehrerer Einzelforderungen beschäftigt (S. 13). Auch das zweite Urteil, auf das wir besonders hinweisen möchten, ist für das 2. Examen relevant. Das OLG Frankfurt äußert sich zu der Frage, in welchem Maße in einem Strafurteil auf die Vorstrafen des Angeklagten einzugehen ist (S. 19).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeige der Kanzlei **Rittershaus**, die aktuell Referendare sucht.

Sollten Sie selbst an der Platzierung einer Anzeige in der ZARA interessiert sein, finden Sie im Impressum die notwendigen Kontaktdaten unter denen Sie von uns weitere Informationen erhalten.

Über die ZARA hinaus will die JuCon GbR Arbeitgeber und Bewerber zusammenführen. Sprechen Sie uns an, wenn Sie an unseren Diensten interessiert sind.

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

---

#### **ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung**

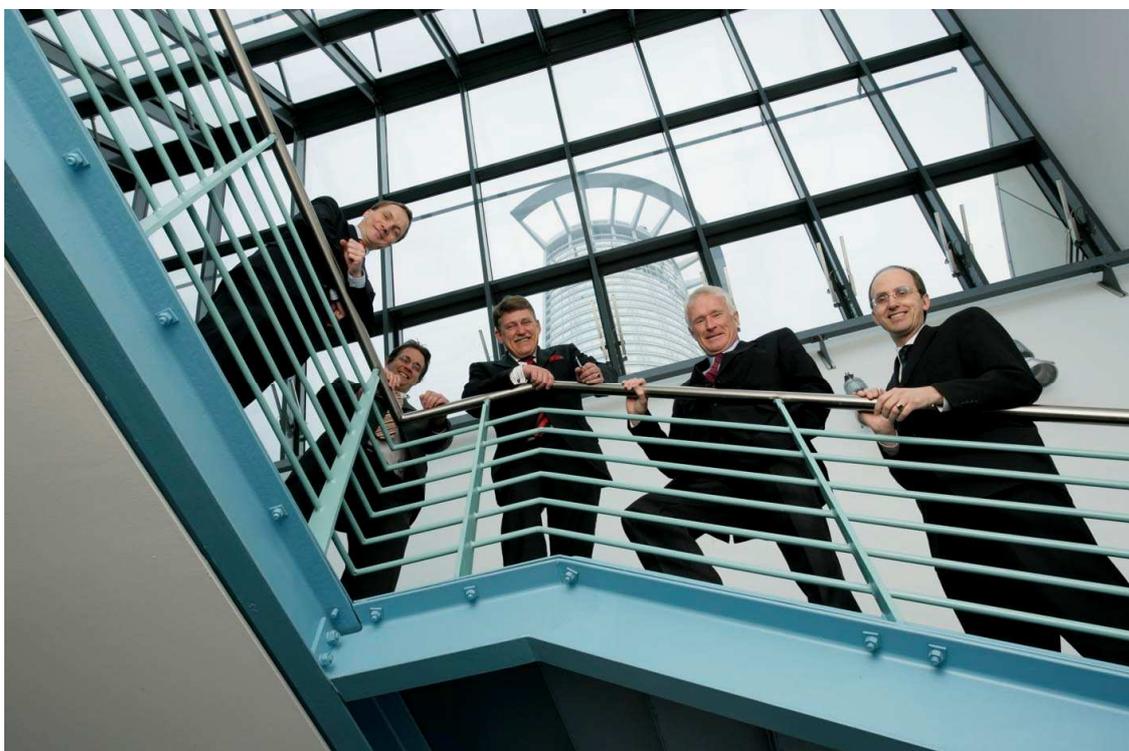
**Redaktion:** RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

**Anzeigen:** JuCon Personalberatung; E-Mail: jucon@gmx.de

**Herausgegeben** von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

---



**RITTERSHAUS** ist eine wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Kanzlei mit Standorten in Frankfurt und Mannheim. Für unser Büro in **Frankfurt** suchen wir

### Referendare/Referendarinnen

für die Bereiche Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Erbrecht, Informationstechnologie und Litigation. Wir bieten Ihnen an, Ihre Rechtsanwalts- oder Wahlstation bei uns zu absolvieren und uns dabei näher kennen zu lernen.

Sie erhalten einen Einblick in die interessanten Tätigkeiten unserer Kanzlei. Wir sind ein junges, aber erfahrenes Team, bei dem Dynamik und Effektivität groß und Hierarchien klein geschrieben werden. Von unseren Anwälten des jeweiligen Fachgebiets werden Sie während der Station umfassend betreut und haben die Chance, unmittelbar am Fall mitzuarbeiten sowie selbständig Rechtsprobleme zu lösen.

**RITTERSHAUS** legt traditionell großen Wert auf die Ausbildung des juristischen Nachwuchses. Sie haben die Möglichkeit, als Referendar in unserem „Fohlenstall“ auch längerfristig als freier Mitarbeiter tätig zu sein.

Wir setzen voraus, dass Sie das erste Staatsexamen mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen haben.

Bitte senden Sie Ihre Bewerbung an unser Büro in **Frankfurt** zu Händen Herrn Rechtsanwalt Jörg Döhrer.

Rechtsanwalt Jörg Döhrer

E-Mail: [joerg.doehrer@rittershaus.net](mailto:joerg.doehrer@rittershaus.net)

60329 Frankfurt/Main  
Mainzer Landstraße 61  
Tel.: (069) 27 40 40-0  
Fax: (069) 27 40 40-25

Web: [www.rittershaus.net](http://www.rittershaus.net)

68163 Mannheim  
Harrlachweg 4  
Tel.: (0621) 42 56-0  
Fax: (0621) 4256-250

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Eingriff in Gewerbebetrieb bei Verletzung eines Arbeitnehmers</b>	BGB § 823
Aktenzeichen: VI ZR 36/08		
Datum: 14.10.2008		

	<p>Macht ein Unternehmen nach einem Verkehrsunfall keinen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz übergebenen Anspruch seines verletzten Fahrers auf Ersatz von dessen Verdienstaufschaden geltend, sondern einen eigenen Schadensersatzanspruch wegen der ihm für den Einsatz eines Ersatzfahrers entstandenen Kosten, scheidet eine eigene Rechtsgutverletzung, die Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs i.S. des § 823 BGB sein könnte, grundsätzlich aus. Ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt wegen Fehlens eines betriebsbezogenen Eingriffs insoweit regelmäßig nicht in Betracht (vgl. Senat, NJW 2003, 1040 = VersR 2003, 466).</p>
---	--

**Sachverhalt:** Die Kl. macht gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch aus einem Verkehrsunfall vom 17. 6. 2004 geltend, bei dem die Bekl. zu 1 mit ihrem bei der Bekl. zu 2 haftpflichtversicherten Pkw in einem Kreuzungsbereich auf ein Fahrzeug der Kl. aufgefahren ist. Sie begehrt die Kosten für einen Ersatzfahrer mit der Behauptung, dass der Fahrer ihres Fahrzeugs durch den Aufprall verletzt worden und infolge dieser Verletzung in der Zeit vom 18.6. bis 10. 7. 2004 ausgefallen sei.

Das AG hat die Klage nach Einholung eines biomechanischen Sachverständigengutachtens abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. hat das LG zurückgewiesen. Mit der vom LG zugelassenen Revision verfolgte die Kl. ihr Klagebegehren ohne Erfolg weiter.

Das BerGer. hat ebenso wie die Vorinstanz das von dieser eingeholte unfallanalytische-biomechanische Sachverständigengutachten für ausreichend erachtet, um die Klage abzuweisen. Der Sachverständige sei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Differenzgeschwindigkeit zum Kollisionszeitpunkt bei Weitem unterhalb einer Toleranzgrenze gelegen habe, bei der die auf den Fahrer wirkende Belastung nicht mit beginnender Wahrscheinlichkeit die behaupteten Beschwerden verursacht haben könne. Die Erhebung weiterer von der Kl. angebotener Beweise wie die Vernehmung der behandelnden Ärzte oder die Einholung eines orthopädischen Sachverständigengutachtens hat das LG ebenso wie das AG nicht für erforderlich erachtet.

### Lösung:

II. Das Berufungsurteil hält in seinem Ergebnis revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Die Revision der Kl. gegen das angefochtene Urteil ist bereits deshalb zurückzuweisen, weil die Klage un schlüssig ist.

1. Die Kl. macht keinen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz auf sie übergebenen Anspruch ihres angeblich verletzten Fahrers auf Ersatz seines Verdienstaufschadens geltend, sondern einen eigenen Schadensersatzanspruch wegen der ihr für den Einsatz eines Ersatzfahrers entstandenen Kosten. Insoweit ist jedoch eine eigene Rechtsgutverletzung der Kl. nicht ersichtlich, die Voraussetzung eines eigenen Schadensersatzanspruchs i.S. des § 823 BGB sein könnte. Ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats wegen Fehlens eines betriebsbezogenen Eingriffs nicht in Betracht (vgl. Senat, NJW 2003, 1040 = VersR 2003, 466). Zu einer Änderung dieser Rechtsprechung - wie sie die Revision nahelegt - sieht sich der Senat nicht veranlasst.

2. Soweit die Revision meint, die Instanzgerichte hätten durch einen unterlassenen Hinweis auf diese Rechtslage ihre Aufklärungspflicht i.S. des § 139 ZPO verletzt und dadurch die Kl. davon abgehalten, ihren Anspruch auch auf einen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz auf sie übergebenen Anspruch oder auf vorsorglich an sie abgetretene Ansprüche des verletzten Fahrers zu stützen, kann dem nicht gefolgt werden.

Maßgeblich für eine etwaige Verletzung der Aufklärungspflicht ist nämlich der materiell-rechtliche Standpunkt des Gerichts ohne Rücksicht auf seine Richtigkeit. Schon im Ansatz verfehlt ist es, eine unrichtige Rechtsansicht des Erstrichters auf dem Umweg über eine angebliche Hinweispflicht gegenüber den Parteien in einen Verfahrensmangel umzudeuten (vgl. BGH, NJW 1991, 704). Die Revision weist insoweit selbst darauf hin, dass

eine Haftung der Bekl. in den Tatsacheninstanzen außer Streit war. Die Vorinstanzen haben somit ihre klageabweisenden Urteile gerade nicht auf einen Gesichtspunkt gestützt, den die Kl. erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, oder auf einen Gesichtspunkt, den die Gerichte anders beurteilt haben als beide Parteien (vgl. § 139 II ZPO). Sie haben lediglich eine HWS-Verletzung des Fahrers durch den Verkehrsunfall nicht als erwiesen erachtet. Da die Vorinstanzen mithin von der Schlüssigkeit des Klagevorbringens ausgegangen sind, bestand für sie keine Verpflichtung, über deren Unschlüssigkeit aufzuklären.

Gericht: BGH	<b>Berechnung des Wertersatzes bei Rücktritt vom Vertrag</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 311/07		§ 346 II 2
Datum: 19.11.2008		

	<b>Die Bestimmung des § 346 II 2 BGB, nach der bei der Berechnung des Wertersatzes die im Vertrag bestimmte Gegenleistung zugrunde zu legen ist, findet auch im Falle des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs des Schuldners Anwendung.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Parteien hatten einen Vertrag geschlossen, in dem sich die damals 17-jährige, durch ihre Eltern vertretene Klägerin verpflichtete, dem Beklagten den Zweibrücker Wallach „L.“ zu übergeben und zu übereignen. Der Beklagte, ein Kraftfahrzeug-Fahrlehrer, verpflichtete sich „im Gegenzug, alle Aufwendungen zu übernehmen“, die der Klägerin bis zur Erteilung der Fahrerlaubnis der Klasse B entstehen; darin sollten „alle Fahrstunden, Theoriestunden und Gebühren“ eingeschlossen sein. Die Klägerin begann ihre Fahrausbildung bei dem Beklagten, wechselte aber später im Einvernehmen mit diesem zu einer anderen Fahrschule. Nach dem Abschluss ihrer Fahrausbildung forderte sie den Beklagten auf, die Rechnung der Fahrschule zu begleichen. Nachdem der Beklagte damit in Verzug gekommen war, erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag und verlangte die Rückübereignung des Pferdes. Der Beklagte sah sich dazu nicht in der Lage, weil er das Pferd zwischenzeitlich seiner Tochter übereignet hatte. Die Klägerin verlangt nunmehr Wertersatz in Höhe von 6.000 € mit der Begründung, dieser Betrag entspreche dem Verkehrswert des Pferdes. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 2.290,72 € nebst Zinsen zu zahlen.

**Lösung:**

Die Revision der Klägerin, mit der sie ihre Klageforderung in voller Höhe weiterverfolgte, hatte keinen Erfolg. Die Klägerin kann aufgrund ihres wirksamen Rücktritts Wertersatz von dem Beklagten verlangen, weil ihm die Rückgabe des übereigneten Pferdes aufgrund der Veräußerung an seine Tochter nicht mehr möglich ist. Die Bemessung des Wertersatzes richtet sich gemäß § 346 II 2 BGB allerdings nicht nach dem Verkehrswert des Pferdes, sondern nach dem Wert der Gegenleistung, im vorliegenden Fall also nach den vom Beklagten zu übernehmenden Aufwendungen für die Fahrausbildung.

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Anwendung des § 346 II 2 BGB sind erfüllt. Nach dieser Vorschrift ist bei der Berechnung des Wertersatzes für eine Sache, deren Rückgewähr wegen zwischenzeitlicher Weiterveräußerung (§ 346 II 1 Nr. 2 BGB) nicht möglich ist, die Gegenleistung zugrunde zu legen, wenn eine solche im Vertrag bestimmt ist. Eine Gegenleistung des Beklagten für die Übereignung des Pferdes ist in der Vereinbarung vom 25. Juli 2005 „bestimmt“, das heißt vereinbart worden. Sie besteht in der Verpflichtung des Beklagten zur Übernahme aller Aufwendungen (Fahrstunden, Theoriestunden und Gebühren), die der Klägerin bis zur Erteilung der Fahrerlaubnis der Klasse B entstehen. Diese Gegenleistung des Beklagten ist auch nicht unbestimmt. Da der Beklagte vereinbarungsgemäß „alle“ Kosten für die Fahrausbildung der Klägerin zu übernehmen hat, lässt der Vertrag nicht offen, welche Gegenleistung der Beklagte gegenüber der Klägerin zu erbringen hat; die Verpflichtung des Beklagten zur umfassenden Kostenübernahme ist eindeutig.

2. § 346 II 2 BGB setzt nicht voraus, dass auch der Geldwert der Gegenleistung in der Vereinbarung bestimmt worden ist. Haben die Vertragsparteien den Geldwert der vereinbarten Gegenleistung nicht beziffert, so reicht es aus, wenn der Geldwert der Gegenleistung durch Auslegung der Vereinbarung – notfalls unter Zuhilfenahme einer Schätzung (§ 287 ZPO) – bestimmbar ist. Die Vereinbarung vom 25. Juli 2005 ist dahin auszulegen, dass die Klägerin danach Anspruch auf Erstattung der Kosten hatte, welche sie für eine vollständige Fahrausbildung bei einer Fahrschule voraussichtlich zu zahlen hätte. Der Umstand, dass die genaue Höhe dieser Kosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar war, hat nicht zur Folge, dass die Vorschrift des § 346 II 2 BGB nicht

anwendbar wäre, sondern führt allenfalls zur Notwendigkeit einer Schätzung der Kosten nach § 287 ZPO. Mit dem Abschluss der Fahrausbildung der Klägerin stand die Höhe der vom Beklagten zu übernehmenden Kosten für die Fahrausbildung der Klägerin jedoch fest, so dass sich der Erstattungsanspruch der Klägerin von da an vereinbarungsgemäß auf die Übernahme der tatsächlich entstandenen Kosten konkretisierte; dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Kosten (wie hier) im Rahmen des Üblichen liegen.

3. Eine teleologische Reduktion der Vorschrift des § 346 II 2 BGB für den Fall, dass bei einem Rücktritt eines Geldgläubigers wegen Zahlungsverzugs des Schuldners der Wert der Leistung, für die Wertersatz geschuldet ist, höher ist als der Wert der Gegenleistung, ist nicht vorzunehmen. Weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck der Vorschrift rechtfertigen eine solche Auslegung. Die gesetzliche Regelung differenziert nicht nach verschiedenen Arten von Rücktrittsgründen und erfasst damit auch den Rücktritt wegen Zahlungsverzugs. Auch die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis darauf, dass der Wert der Gegenleistung entgegen dem Wortlaut der Vorschrift im Falle eines Rücktritts wegen Zahlungsverzugs nicht maßgeblich sein sollte. Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung fehlt es an einer Grundlage für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 346 II 2 BGB. Ob es Ausnahmefälle geben mag, in denen sich der zum Wertersatz Verpflichtete nach Treu und Glauben nicht auf die Regelung des § 346 II 2 BGB berufen kann – das Berufungsgericht hat den Fall angesprochen, dass der in Zahlungsverzug geratene Käufer in Kenntnis der Rücktrittsandrohung des Verkäufers die Sache noch vor dem Rücktritt weiter veräußert, um deren höheren Verkehrswert für sich zu realisieren –, bedarf keiner Entscheidung. Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor.

Gericht: BGH	<b>Preisanpassungsklausel in einem Gaslieferungsvertrag</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 274/06		§ 307 I
Datum: 17.12.2008		

	In dem formularmäßigen Erdgassondervertrag eines Gasversorgungsunternehmens mit seinen Kunden ist die Preisanpassungsklausel „Der vorstehende Gaspreis ändert sich, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise eintritt.“ gemäß § 307 I 1 und 2 BGB unwirksam, weil sie hinsichtlich des Umfangs der Preisänderung nicht klar und verständlich ist und die Kunden deswegen unangemessen benachteiligt.
---	--

**Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von einseitig vorgenommenen Gaspreiserhöhungen. Die Beklagte ist ein regionales Gasversorgungsunternehmen; sie bezieht das Gas ihrerseits von überregionalen Gasversorgungsunternehmen. Die Kläger hatten im Jahr 2003 mit der einen „Gasversorgungs-Sondervertrag“ zur Versorgung ihres Wohnhauses mit Erdgas abgeschlossen. Laut Vertrag betrug der von den Klägern zu zahlende Grundpreis 14,50 €/Monat und der zu zahlende Arbeitspreis 3,25 Cent/kWh (jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer). Der Vertrag beinhaltete auch die im Leitsatz zitierte Klausel. Nachdem der Arbeitspreis zunächst zum 1. Januar 2004 auf 3,15 Cent/kWh gesenkt worden war, erhöhte die Beklagte den Arbeitspreis zum 1. Januar 2005 auf 3,65 Cent/kWh, zum 1. Oktober 2005 auf 4,05 Cent/kWh und zum 1. Januar 2006 auf 4,51 Cent/kWh (jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer). In den jeweiligen Mitteilungsschreiben führte die Beklagte zur Begründung der Preiserhöhungen aus, dass die Erdgasbezugspreise gestiegen seien. Mit ihrer Klage haben die Kläger die Feststellung begehrt, dass die von der Beklagten ihnen gegenüber vorgenommene Erhöhung der Erdgaspreise zum 1. Januar 2005 nicht der Billigkeit entspreche und damit unwirksam sei. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger, mit der sie im Wege der Klageerweiterung auch die Feststellung der Unwirksamkeit der Gaspreiserhöhungen zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 begehrt haben, ist ohne Erfolg geblieben.

**Lösung:**

Die dagegen gerichtete Revision der Kläger hatte Erfolg. Die von der Beklagten gegenüber den Klägern vorgenommenen Erhöhungen der Erdgaspreise zum 1. Januar 2005, 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 sind unwirksam. Ein Recht zur einseitigen Änderung des Gaspreises steht der Beklagten nicht zu, weil die Preisanpassungsklausel unwirksam ist.

1. Die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsregelung in dem von der Beklagten vorformulierten Vertrag ist gemäß § 307 I 1 und 2 BGB unwirksam, weil sie nicht klar und verständlich ist und die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Ein Recht zur einseitigen Änderung des Gaspreises steht der Beklagten daher nicht zu, sodass die streitigen Preiserhöhungen schon deshalb unwirksam

sind. Auf die Fragen, ob die Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle gemäß § 315 III BGB standhielten, kommt es somit für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.

a) Nach dem Wortlaut der Klausel ändern sich die Gaspreise, „wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise eintritt“. Damit regelt die Klausel zwar die Voraussetzung für eine Preisänderung. Nicht hinreichend klar geregelt ist aber, wie sich die Gaspreise bei Vorliegen der Voraussetzung ändern sollen. Unklar ist insbesondere, ob die Änderung in einem bestimmten Verhältnis zur Änderung der allgemeinen Tarifpreise erfolgen und welches Verhältnis dies gegebenenfalls sein soll. Unter Berücksichtigung der maßgeblichen Auslegungsgrundsätze ist die Klausel jedenfalls so zu verstehen, dass die Gaspreise sich jeweils in der gleichen Richtung wie die Tarifpreise ändern sollen, dass also bei einer Senkung der allgemeinen Tarifpreise nur eine Senkung, nicht aber eine Erhöhung des Gaspreises in Betracht kommt und umgekehrt. Auch im Wege der Auslegung lässt sich aber die Frage nach dem Umfang der jeweiligen Erhöhung oder Senkung nicht hinreichend klären. Insofern kommen zumindest die folgenden Auslegungsmöglichkeiten in Betracht: - Eine Änderung der Tarifpreise wird nominal auf die Sonderkundenpreise übertragen (Beispiel: Bei einer Erhöhung bzw. Senkung der Tarifpreise um 0,5 Cent/kWh werden auch die Sonderkundenpreise um 0,5 Cent/kWh erhöht bzw. gesenkt.). - Eine Änderung der Tarifpreise wird prozentual auf die Sonderkundenpreise übertragen (Beispiel: Der Tarifpreis von 5 Cent/kWh wird um 0,5 Cent/kWh – also 10% – erhöht bzw. gesenkt; der Sonderkundenpreis beträgt 4 Cent/kWh, er wird um 10% – also 0,4 Cent/kWh – erhöht bzw. gesenkt.). - Bei einer Änderung der Tarifpreise besteht ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten, die Preise für Sonderkunden zu erhöhen (im Falle einer Erhöhung der Tarifpreise) oder zu senken (im Falle einer Senkung der Tarifpreise), ohne dass eine feste rechnerische Bindung an die Änderung der Tarifpreise besteht. Auch die Unklarheitenregel des § 305c II BGB führt nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, denn es lässt sich schon nicht feststellen, welche Auslegungsvariante am kundenfreundlichsten ist. So wäre – ausgehend von der Annahme, dass der Sonderkundenpreis niedriger als der Tarifpreis ist – bei einer Preiserhöhung die zweite Variante, bei einer Preissenkung aber die erste Variante für den Kunden günstiger. Ebenso wenig wird die Unklarheit durch die Verweisung auf die „Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung (AVB-GasV)“ beseitigt, die im Zeitpunkt der von der Beklagten vorgenommenen Gaspreiserhöhungen noch Geltung hatten.

b) Damit fehlt es an einer hinreichend bestimmten Regelung, wie sich der vertraglich vereinbarte Gaspreis bei einer Änderung der allgemeinen Tarifpreise ändern soll. Darin liegt zugleich eine unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten, weil diese die Berechtigung einer Preisänderung nicht verlässlich nachprüfen können. Der Beklagten wird es dadurch ermöglicht, das in dem ursprünglich vereinbarten Gaspreis zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern. Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten wird auch nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Denn gemäß § 5 des Sondervertrages haben die Kunden – abgesehen vom Fall des Wohnungswechsels – lediglich ein Kündigungsrecht zum Ablauf des Abrechnungsjahres mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist, das erstmals nach Ablauf von 24 Monaten ausgeübt werden kann.

2. Der Beklagten ist auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht zuzubilligen. Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 I BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt nach den gesetzlichen Vorschriften. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge einseitig zugunsten des Kunden verschiebt. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Nach dem Sondervertrag steht der Beklagten das Recht zu, sich nach zweijähriger Vertragsdauer mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Abrechnungsjahres vom Vertrag zu lösen. Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, so führt dies nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis.

Anzeige



## Assessorkurse von *Jura Intensiv*

**Für den Kursbeginn am 9.3.2009 gibt es in Frankfurt noch ein paar freie Plätze. Freie Plätze gibt es ebenfalls noch in Gießen. Sichern Sie sich Ihren Platz und melden Sie sich in unserem Büro.**

Gericht: BGH	<b>Herstellerepflichten bei sicherheitsrelevanten Produktmängeln</b>	BGB
Aktenzeichen: VI ZR 170/07		§ 823
Datum: 16.12.2008		

	<b>Zur Gefahrabwendungspflicht des Herstellers von Produkten mit Sicherheitsmängeln.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin, eine gesetzliche Pflegekasse, nimmt die Beklagte als Herstellerin von Pflegebetten aus eigenem und abgetretenem Recht einer anderen Pflegekasse auf Ersatz von Nachrüstkosten in Anspruch. Die Klägerin und die Zedentin hatten seit 1995 von der Beklagten hergestellte, elektrisch verstellbare Pflegebetten bei Sanitätshäusern gekauft und sie bei ihnen versicherten Pflegebedürftigen für die ambulante häusliche Pflege zur Verfügung gestellt. Seit Mai 2000 informierte das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) mehrfach die obersten Landesbehörden über Mängel an Pflegebetten, die die Gefahr von Bränden der Betten infolge des Eindringens von Feuchtigkeit in elektrische Antriebseinheiten sowie von Einklemmungen infolge eines ungeeigneten Spaltmaßes von Seitengittern begründeten. Die Landesbehörden leiteten diese Information verbunden mit der Aufforderung, den jeweiligen Bestand zu überprüfen und ggf. nachrüsten zu lassen an die Klägerin weiter. Die Beklagte bot daraufhin ihren Kunden einen Nachrüstsatz einschließlich Einbau für 350 bis 400 DM je Bett an, eine Übernahme der Nachrüstkosten lehnte sie jedoch ab. Die Klägerin ließ daraufhin die Betten zunächst auf eigene Kosten nachrüsten. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin die Erstattung der ihr entstandenen Kosten.

#### **Lösung:**

Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Der Klägerin gegenüber der Beklagten steht kein Anspruch auf Ersatz der Nachrüstkosten für die Pflegebetten zu.

1. Vertragliche Ansprüche auf Ersatz der geltend gemachten Nachrüstkosten kommen vorliegend nicht in Betracht. Etwaige Ansprüche auf Aufwendungsersatz (§§ 683, 677, 670 BGB), nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 684 Satz 1 i.V.m. §§ 812 ff. BGB bzw. § 812 I 1 BGB) oder aus dem Gesichtspunkt eines Gesamtschuldnerausgleichs gemäß §§ 840, 426 BGB bestehen nicht, weil die Beklagte zur Nachrüstung der Betten deliktsrechtlich nicht verpflichtet war.

a) Allerdings enden die Sicherungspflichten des Warenherstellers nicht mit dem Inverkehrbringen des Produkts. Er ist vielmehr verpflichtet, auch nach diesem Zeitpunkt alles zu tun, was ihm nach den Umständen zumutbar ist, um Gefahren abzuwenden, die sein Produkt erzeugen kann. Er muss es auf noch nicht bekannte schädliche Eigenschaften hin beobachten und sich über seine sonstigen, eine Gefahrenlage schaffenden Verwendungsfolgen informieren. Hieraus können sich insbesondere Reaktionspflichten zur Warnung vor etwaigen Produktgefahren ergeben, wobei Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt werden und vor allem von der Größe der Gefahr abhängig sind. Erst recht treffen den Hersteller solche Pflichten, sobald er erkennt oder für möglich hält, dass sein Produkt einen ihm anzulastenden Konstruktionsfehler aufweist.

b) Die Sicherungspflichten des Herstellers nach Inverkehrbringen seines Produkts sind nicht notwendig auf die Warnung vor etwaigen Gefahren beschränkt. Sie können etwa dann weiter gehen, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die Warnung den Benutzern des Produkts nicht ausreichend ermöglicht, die Gefahren einzuschätzen und ihr Verhalten darauf einzurichten. Ferner kommen weiter gehende Sicherungspflichten dann in Betracht, wenn Grund zu der Annahme besteht, die Benutzer des Produkts würden sich über die Warnung hinwegsetzen und dadurch Dritte gefährden. In solchen Fällen kann der Hersteller verpflichtet sein, dafür Sorge zu tragen, dass bereits ausgelieferte gefährliche Produkte möglichst effektiv aus dem Verkehr gezogen oder nicht mehr benutzt werden.

c) Aus deliktischer Sicht würde eine Pflicht des Herstellers, bereits im Verkehr befindliche fehlerhafte Produkte nicht nur zurückzurufen, sondern das Sicherheitsrisiko durch Nachrüstung oder Reparatur auf seine Kosten zu beseitigen, jedenfalls voraussetzen, dass eine solche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, um Produktgefahren, die durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern der Benutzer oder unbeteiligter Dritter drohen, effektiv abzuwehren. Wie weit die Gefahrabwendungspflichten des Herstellers gehen, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden. Auch in Fällen erheblicher Gefahren kann es vielfach genügen, dass der Hersteller die betreffenden Abnehmer über die Notwendigkeit einer Nachrüstung oder Reparatur umfassend informiert und ihnen, soweit erforderlich, seine Hilfe anbietet, damit die erforderlichen Maßnahmen auf ihre Kosten durchgeführt werden können. Je nach Lage des Falles kann auch eine Aufforderung

zur Nichtbenutzung oder Stilllegung gefährlicher Produkte als geeignete Maßnahme zum Schutz vor drohenden Gefahren in Betracht kommen und ausreichend sein.

**d)** Eine solche deliktsrechtliche Verpflichtung der Beklagten, die Pflegebetten auf eigene Kosten nachzurüsten, liegt hier nicht vor.

**aa)** Allerdings war die Beklagte wegen des ernstlichen Verdachts der Brandgefahr und des Risikos von Einklemmungen der Pflegebedürftigen verpflichtet, den somit zu befürchtenden Gefahren für Leib und Leben der Nutzer in geeigneter Weise zu begegnen. Der Hersteller darf nicht abwarten, bis erhebliche Schadensfälle eingetreten sind, bevor er Gegenmaßnahmen ergreift. Auch muss eine Gefahr, wenn sie Abwehrrpflichten auslösen soll, nicht schon konkret greifbar sein. Das gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – eine konstruktionsbedingte und damit eine nicht etwa nur auf Ausreißer beschränkte Gefährlichkeit im Raum steht.

**bb)** Die Beklagte war jedoch nicht zur Nachrüstung der betreffenden Pflegebetten verpflichtet, denn eine solche Maßnahme war unter den besonderen Umständen des Streitfalls im Interesse der Effektivität der Gefahrenabwehr jedenfalls nicht erforderlich. Da die Klägerin zum Zeitpunkt der Nachrüstung umfassend über die bestehenden Gefahren und über die Möglichkeiten ihrer Beseitigung informiert war, konnte und musste sie aufgrund ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Leistungsverpflichtungen die Pflegebedürftigen versorgen und diese vor drohenden Gefahren schützen. Dass sie als Pflegekasse diesen Verpflichtungen nicht uneingeschränkt nachkommen würde, war nicht zu besorgen. Folglich bedurfte es zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Pflegebedürftigen nicht einer Nachrüstung der Betten durch die Beklagte.

**cc)** Hinzu kommt, dass etwaige deliktische Verkehrspflichten der Beklagten auch inhaltlich nicht auf die Nachrüstung der Betten gerichtet sein könnten. Deliktsrechtlich schuldete sie nicht die Bereitstellung mangelfreier, benutzbarer Pflegebetten. Die Beklagte hatte aufgrund ihrer produkthaftungsrechtlichen Verantwortung vielmehr lediglich dafür Sorge zu tragen, dass die von den Betten ausgehenden Gefahren für die Gesundheit der Betroffenen möglichst effektiv beseitigt wurden. Sie hatte dagegen nicht die allein den Pflegekassen obliegende Versorgung der Pflegebedürftigen mit in jeder Hinsicht funktionsfähigen Pflegebetten sicherzustellen, selbst wenn die Pflegebedürftigen auf die Betten angewiesen waren.

**e)** Eine deliktische Verpflichtung der Beklagten, die Betten auf eigene Kosten nachzurüsten, kann auch nicht mit der Erwägung begründet werden, dass es dem Hersteller nicht erlaubt sein dürfe, im Falle eines Konstruktionsfehlers seine Verantwortung durch eine Warnung auf den Produktnutzer abzuwälzen, weil nicht die Warnung allein die Gefahrenlage beseitige, sondern erst der Verzicht auf die Produktbenutzung oder die Reparatur. Der Hersteller muss aufgrund der deliktischen Produzentenhaftung regelmäßig nur die von dem fehlerhaften Produkt ausgehenden Gefahren für die in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter so effektiv wie möglich und zumutbar ausschalten, nicht aber dem Erwerber oder Nutzer ein fehlerfreies, in jeder Hinsicht gebrauchstaugliches Produkt zur Verfügung stellen und so sein Interesse an dessen ungestörter Nutzung und dessen Wert (Nutzungs- und Äquivalenzinteresse) schützen. Der Schutz solcher Interessen muss vielmehr grundsätzlich, abgesehen etwa von Sonderfällen vorsätzlicher Schädigung der Vertragsordnung vorbehalten bleiben. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Nachrüstung bestand hier nicht etwa deshalb, weil den Pflegekassen die Instandsetzung der Betten oder eine Ersatzbeschaffung nicht zumutbar gewesen wäre. Dies war schon deshalb nicht der Fall, weil die Pflegekassen den Pflegebedürftigen gegenüber vorliegend sozialversicherungsrechtlich zur Gefahrenabwehr verpflichtet waren. Zudem ist kein Raum dafür, die nur durch das Vertragsrecht geschützten Interessen der Pflegekassen an uneingeschränkter Verwendbarkeit der Betten allein aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten dem Schutz der Deliktsordnung zuzuführen.

**2.** Eine Rechtspflicht der Beklagten zur Nachrüstung bestand auch nicht aufgrund einer Haftung nach § 823 I BGB für zum Zeitpunkt der Nachrüstung etwa bereits eingetretene Schäden an Rechtsgütern von Pflegebedürftigen, die die betreffenden Pflegebetten nutzen.

**a)** Da sich die Risiken der von der Klägerin erworbenen Pflegebetten nicht verwirklicht haben, fehlt es insoweit bereits an einer dafür erforderlichen Rechtsgutsverletzung sowie an einem Schadenseintritt. Dass die Pflegebedürftigen die Betten nicht in vollem Umfang bestimmungsgemäß nutzen konnten, begründet selbst dann keinen Gesundheitsschaden, wenn sie auf die Nutzung angewiesen und auf dem Markt sichere Pflegebetten nicht in ausreichender Zahl verfügbar waren. Dementsprechend ist auch nicht der Tatbestand des § 1 I 1 ProdHG erfüllt, der ebenfalls die Verletzung von Körper oder Gesundheit voraussetzt.

**b)** Anderes lässt sich vorliegend auch nicht damit begründen, dass vor einem Schadensfall getätigte Aufwendungen für Maßnahmen zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter als Schaden im Sinne dieser Vorschrift einzuordnen und zu ersetzen sein. Voraussetzung dafür wäre jedenfalls die drohende und auf andere Weise nicht zu verhindernde Verletzung derartiger Rechtsgüter. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Schadenseintritt schon dadurch ohne weiteren Aufwand vermeidbar ist, dass

der umfassend über die Gefährdung informierte Abnehmer oder Benutzer auf die Benutzung der gefährlichen Sache verzichtet. Der sich daraus ergebende Nachteil der Pflegekassen, die erworbenen Pflegebetten für die Versorgung der Pflegebedürftigen nicht weiter einsetzen zu können, sondern zur Ersatzbeschaffung bzw. Nachrüstung gezwungen zu sein, betrifft allein das deliktisch nicht geschützte Nutzungsinteresse der Kassen.

3. Der Klägerin stehen gegen die Beklagte schließlich keine außervertraglichen Ansprüche auf Nachrüstung bzw. Kostenübernahme zu, insbesondere keine Schadensersatzansprüche nach § 823 I BGB aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Eigentums an den Pflegebetten, auch wenn dem Hersteller deliktische Pflichten zum Schutz vor Beschädigung oder Zerstörung (hier etwa durch einen Brand) nicht nur in Bezug auf andere Sachen des Erwerbers, sondern auch zur Erhaltung der von ihm hergestellten Sache selbst aufgegeben sein können. Deckt sich der geltend gemachte Schaden nämlich mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit schon bei ihrem Erwerb anhaftete, ist er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen, und es ist insoweit für deliktische Schadensersatzansprüche kein Raum. So liegt der Fall hier, weil die Pflegebetten im Zeitpunkt der Nachrüstung keine weiteren Schäden aufwiesen als die geltend gemachten Sicherheitsrisiken.

Gericht: BGH	<b>Farbwahlklauseln für Schönheitsreparaturen während Mietzeit</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 166/08		§ 307 I
Datum: 18.02.2009		

	<b>Eine Klausel zur Durchführung der Schönheitsreparaturen in einem Formularymietvertrag, die dem Mieter während der Mietzeit vorgibt, die Mieträume in einer ihm vorgegebenen Farbwahl zu streichen, ist unwirksam. Sie schränkt den Mieter in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs ein, ohne dass dafür ein anerkanntes Interesse für den Vermieter besteht.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Kläger waren Mieter einer Wohnung der Beklagten. Gemäß § 9 Nr. 2 des Formularymietvertrag oblag die Durchführung der Schönheitsreparaturen dem Mieter. Diese umfassten insbesondere das Tapezieren, das Anstreichen der Decken und Wände, das Pflegen der Fußböden, das Streichen der Innentüren und Außentüren von innen, des sonstigen Holzwerks sowie das Streichen der Heizkörper und Versorgungsleitungen innerhalb der Mieträume in neutralen Farbtönen. Parkettböden waren zudem versiegelt zu halten und Teppichböden zu reinigen. Außerdem enthielt die Klausel einen starren Fristenplan.

Nach Ende des Mietverhältnisses ließ die Beklagte verschiedene Instandsetzungs- und Renovierungsarbeiten in der Wohnung durchführen und zog die Kosten für Schönheitsreparaturen in Höhe von 434,34 Euro von der Kautions der Kläger ab. Die Kläger machen die Rückzahlung ihres restlichen Kautionsguthabens geltend.

Das AG gab der Klage statt; das LG wies sie ab. Auf die Revision der Kläger hob der BGH das Berufungsurteil auf und gab der Klage statt.

**Lösung:**

Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung ihres restlichen Kautionsguthabens.

Eine Klausel zur Durchführung von Schönheitsreparaturen ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Mieter auch während der Mietzeit zu einer Dekoration in einer ihm vorgegebenen Farbwahl verpflichtet und dadurch in der Gestaltung seines persönlichen Lebensbereichs einschränkt, ohne dass dafür ein anerkanntes Interesse für den Vermieter besteht. Da die Pflicht zur Dekoration in neutralen Farbtönen sich im vorliegenden Fall nicht allein auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung beschränkte, sondern auch schon im laufenden Mietverhältnis galt, war die Klausel als unwirksam zu betrachten.

Insofern musste nicht darüber entschieden werden, ob die Klausel auch deswegen unwirksam war, weil sie einen "starren" Fristenplan enthielt.

Anzeige

	<p><b>NEU! Assessor-Crash-Kurs StPO</b></p> <p><u><a href="#">Nur noch ganz wenige Plätze für den Kursbeginn am 28.2.2009.</a></u></p> <p><u><a href="#">Kurzenschlossene melden sich bitte umgehend im Büro.</a></u></p>
---	---

## Hansa Capital GmbH & Co. KG

Ihr überregionaler Finanz- und Versicherungsmakler



Mit über 10 Jahren Finanzdienstleistungserfahrung sind wir mit den Details juristischer Karrieren vertraut wie kaum ein anderer. Im Zentrum unserer Aktivitäten steht die Lebensbegleitende Beratung und Betreuung. Angefangen mit zielgerichteten Informationen zum Studium, zum Berufseinstieg und zur Karriere, bieten wir Ihnen ein ganzheitliches Vorsorge- und Vermögensmanagement.

Als Makler vergleichen wir für Sie Preise und Leistungen und bringen Transparenz in den unübersichtlichen Markt aus Anbietern, Produkten, Tarifen und Bedingungen.

Zu unserem Leistungsspektrum zählen u.a. die Sparten: Berufshaftpflichtversicherung, private Krankenversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung, Altersvorsorge, Sachversicherungen, Geldanlage, Immobilien- und Existenzgründungsfinanzierungen.

**Die Hansa Capital GmbH & Co. KG ist umgezogen und ist nun direkt im Rhein-Main-Gebiet ansässig.**

**Damit stehen Ihnen unsere Dienstleistungen noch direkter zur Verfügung und wir können sie noch persönlicher betreuen.**

**Wenden Sie sich vertrauensvoll an uns.**

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge  
Bankkaufmann  
Geschäftsführer

Hansa Capital GmbH & Co. KG  
Hagenauer Strasse 42 Trias Forum  
65203 Wiesbaden

Telefon: 0611/2386034  
ohlrogge@hansa-capital.de  
www.hansa-capital.de

Gericht: BGH	<b>Schönheitsreparaturen: Außenanstrich von Türen und Fenstern</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 210/08		§ 307 I
Datum: 18.02.2009		

	Eine Klausel über die Vornahme von Schönheitsreparaturen in einem Formularymietvertrag ist insgesamt unwirksam, wenn sie die Verpflichtung enthält, auch den Außenanstrich von Türen und Fenstern vorzunehmen. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, weil diese Arbeiten nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fallen, der in § 28 Abs.4 S.3 der Zweiten Berechnungsverordnung definiert ist.
---	---

**Sachverhalt:** Die Beklagte war Mieterin einer Wohnung des Klägers. Der Formularymietvertrag enthielt in § 4 und § 13 Klauseln, wonach der Mieter die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, einschließlich der Pflicht zum Streichen von Außenfenstern, Balkontür und Loggia, übernimmt.

Nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangte der der Kläger von der Beklagten unter anderem Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen in Höhe von 8.696,66 Euro. Das AG wies die Klage ab. Auf die Berufung des Klägers bejahte das LG einen Schadensersatzanspruch des Klägers und gab der Klage in Höhe von 6.902,03 Euro statt. Auf die Revision der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des AG zurück.

**Lösung:**

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen.

Die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen war nicht wirksam auf die Beklagte übertragen worden. Die Formularyklauseln in § 4 und § 13 des Mietvertrags sind gemäß § 307 BGB unwirksam, weil sie als Schönheitsreparaturen auch den Außenanstrich der Fenster sowie der Wohnungseingangstür, Balkontür und darüber hinaus den Anstrich der Loggia einschloss. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters, weil diese Arbeiten nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fallen, der in § 28 Abs. 4 S. 3 der Zweiten Berechnungsverordnung definiert ist.

Soweit es um Türen und Fenster geht, gehört zu den Schönheitsreparaturen im Sinn dieser Bestimmung, die den Maßstab dafür bildet, welche Arbeiten dem Mieter in einer Formularyklausel auferlegt werden dürfen, nur das Streichen der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Ebenso wenig wie der Außenanstrich von Türen und Fenstern, gehört der Anstrich einer Loggia zu den üblichen Schönheitsreparaturen.

Die Unwirksamkeit der Verpflichtung des Mieters zum Außenanstrich von Türen und Fenstern sowie zum Anstrich der Loggia führt zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel über die Vornahme von Schönheitsreparaturen durch den Mieter. Die bloße Streichung der einzelnen Textbestandteile, mit denen der in § 28 Abs. 4 S. 3 der Zweiten Berechnungsverordnung geregelte Gegenstandsbereich von Schönheitsreparaturen überschritten wird, würde auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinauslaufen.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: OLG Saarbrücken	<b>Gerichtsstand für Vollkaskoklage ab 1.1.2008</b>	VVG
Aktenzeichen: 5 W 220/08		§ 215 I
Datum: 23.09.2008		

	Die örtliche Zuständigkeit für vom Versicherungsnehmer gegen den Versicherer im Jahr 2008 erhobene Klagen bestimmt sich nach § 215 I VVG 2008 und nicht mehr nach § 48 VVG a.F.
---	---

**Sachverhalt:** Der in dem Bezirk des LG Trier wohnende Kl. beansprucht eine Entschädigung aus einem bei der Bekl. unterhaltenen Vollkaskoversicherungsvertrag. Das zunächst angerufene LG Saarbrücken, in dessen Bezirk die Hauptagentur der Bekl. ihren Sitz hat, hat den Rechtsstreit nach Anhörung der Parteien an das LG Trier

verwiesen. Das LG Trier hat sich für örtlich unzuständig erklärt und die Sache dem OLG Saarbrücken zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt.

**Lösung:**

Das OLG hat das LG Trier als zuständiges Gericht bestimmt.

1. Das folgt schon daraus, dass der Verweisungsbeschluss des LG Saarbrücken vom 19. 8. 2008 gem. § 281 II 4 ZPO für das LG Trier bindend ist. Zwar entfällt die Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses dann, wenn das verweisende Gericht den Anspruch der Parteien auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu der beabsichtigten Verweisung verletzt hat, oder wenn der Verweisungsbeschluss jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und deshalb als objektiv willkürlich betrachtet werden muss (BGH, NJW-RR 2002, 1498; Senat, Beschl. v. 27. 6. 2007 - 5 W 139/07, st. Rspr.). Diese Voraussetzungen liegen indessen nicht vor, weil das LG Saarbrücken den Parteien rechtliches Gehör zu der beabsichtigten Verweisung gewährt hat und angesichts des Streits um den zeitlichen Beginn der Geltung des § 215 I VVG (n. F.) von einer offensichtlich fehlenden rechtlichen Grundlage für die Entscheidung von vornherein keine Rede sein kann.

2. Im Übrigen trifft die Rechtsauffassung des LG Saarbrücken zu, nach der ab dem 1. 1. 2008 § 48 I VVG a.F. nicht mehr gilt und für im Jahr 2008 erhobene Klagen aus dem Versicherungsvertrag nach § 215 I VVG - auch - das Gericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk der Versicherungsnehmer zurzeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Das folgt - entgegen einer in der Rechtslehre ohne weitere Begründung vertretenen Auffassung (Schwintowski/Brömmelmeyer, Komm. z. VersicherungsvertragsR, 2008, § 215 Rdnr. 16) - sowohl aus dem Wortlaut des Art. 1 EGVVG 2008 als auch aus seiner rechtssystematischen Einordnung (Schneider, VersR 2008, 859) und seinem Sinn und Zweck.

Schon der Wortlaut des Art. 1 I EGVVG lässt erkennen, dass das Gesetz über den Versicherungsvertrag in der bis zum 1. 1. 2008 geltenden Fassung bis zum 31. 12. 2008 „auf Versicherungsverhältnisse“, also auf die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer, soweit der Versicherungsvertrag sie regelt - und nur auf sie -, anzuwenden ist. § 48 VVG a.F. ist indessen keine das Versicherungsverhältnis betreffende Bestimmung. Mit der Gewährung eines zusätzlichen Gerichtsstands neben den von den §§ 12ff. ZPO vorgesehenen enthält die Vorschrift eine Regelung, die sich demgegenüber auf das Prozessrechtsverhältnis zwischen einem klagenden Versicherungsnehmer und seinem Versicherer bezieht. Dafür gilt aber als Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vorgesehen sind und kein besonderes Vertrauen zu schützen ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen (vgl. u.a. BVerfGE 87, 48 = NJW 1993, 1123 = NVwZ 1992, 1182; BFH, Beschl. v. 8. 6. 2005 - V S 12/04).

Dass Art. 1 I EGVVG 2008 die Anwendbarkeit des neuen Rechts nicht vollständig für alle Rechtsfragen aus Anlass eines Rechtsstreits zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer auf den 1. 1. 2009 befristet, folgt sodann aus den ihm folgenden Vorschriften, die lediglich für in einer Übergangszeit eingetretene Versicherungsfälle sowie für bestimmte Versicherungsverträge Sonderregelungen anordnen. Das zeigt sich besonders deutlich in Art. 1 II EGVVG, der sogar für „Altverträge“ das alte Recht ausschließlich „insoweit“ fortgelten lässt, als es um die Beurteilung des Versicherungsfalles (und die aus ihm folgenden materiellen Rechte und Pflichten) geht.

Die sich aus Art. 12 I des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts ergebende grundsätzliche Geltung des neuen Rechts ab dem 1. 1. 2008 ist schließlich durch die Art. 1ff. EGVVG 2008 nur aus Gründen des Bestandsschutzes und der Gewährung eines Anpassungszeitraums für Versicherer eingeschränkt worden. Solche Gründe vermögen indessen die Fortgeltung des § 48 I VVG a.F. nicht zu rechtfertigen. Soweit ein Rechtsstreit zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer zum 1. 1. 2008 bereits anhängig war, leistet § 261 III Nr. 2 ZPO die nötige Verlässlichkeit der einmal begründeten Zuständigkeit eines Gerichts. Soweit noch kein Rechtsstreit anhängig ist, ist nicht erkennbar, aus welchen Gründen dem durch § 215 I VVG begünstigten Versicherungsnehmer und dem Versicherer Vertrauensschutz zustehen sollte.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Mahnbescheid: Keine Verjährungshemmung bei fehlender Individualisierung mehrerer Einzelforderungen</b>	BGB § 204 I Nr. 3
Aktenzeichen: XI ZR 466/07		
Datum: 21.10.2008		

	Die Zustellung eines Mahnbescheids, mit dem ein Teilbetrag aus mehreren Einzelforderungen geltend gemacht wird, hemmt die Verjährung nicht, wenn eine genaue Aufschlüsselung der Einzelforderungen unterblieben ist und die Individualisierung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren nachgeholt wird.
---	---

**Sachverhalt:** Die Kl. verlangt von der Bekl. aus abgetretenem Recht im Wege einer Teilklage die Rückzahlung zweier Darlehen. Die Bekl. erhebt die Einrede der Verjährung. Die Bekl. unterhielt bei der Rechtsvorgängerin der S-AG zwei Konten zur Stamm-Nr. ..., die am 10. 12. 1999 mit 1116,18 DM (Endziffer 00) und mit 680373,18 DM (Endziffer 01) im Soll standen und von der Bank mit Schreiben vom 10. 12. gekündigt wurden. Mit Schreiben vom 29. 3. 2004 forderte die Kl., die ein Inkassounternehmen betreibt, die Bekl. erfolglos zur Zahlung einer Hauptforderung von 347928,69 Euro nebst Verzugszinsen von 116630,23 Euro und eines Bearbeitungsentgelts von 2426 Euro auf. Die Kl. behauptet, die S-AG habe ihr die Forderung am 29. 3. 2004 zur Einziehung abgetreten. Die Kl. hat am 3. 11. 2004 gegen die Bekl. den Erlass eines Mahnbescheids über einen Teilbetrag von 25000 Euro beantragt. In dem Mahnbescheidsantrag ist der Anspruch mit „Darlehensrückzahlung gem. Fällige Forderung gemäß Kündigung 134690/04/0/1 vom 10. 12. 1999 bis 2. 11. 2004“ bezeichnet; ferner enthielt der Antrag die Bemerkung, dass die Forderung „seit dem 11. 11. 2003 an den Antragsteller abgetreten bzw. auf ihn übergegangen (sei); früherer Gläubiger: S-AG“. Der Mahnbescheid ist der Bekl. am 11. 11. 2004 zugestellt worden.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil sie mangels Bestimmtheit des Klagegegenstands unzulässig sei. Hiergegen hat die Kl. Berufung eingelegt. In der Berufungsbegründung vom 5. 5. 2006 und in der Berufungsverhandlung am 23. 2. 2007 hat sie ihr Klagebegehren dahin näher präzisiert, dass mit der Teilklage erstrangig die Forderung betreffend das Konto mit der Endziffer 00 und nachrangig die Hauptforderung betreffend das Konto mit der Endziffer 01 geltend gemacht werde. Daraufhin hat das BerGer. der Klage stattgegeben. Mit der - vom erkennenden Senat - zugelassenen Revision beehrte die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Lösung:**

Die Revision hatte Erfolg; sie führte zur Zurückweisung der Berufung der Kl. gegen das landgerichtliche Urteil.

I. Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Teilklage sei zulässig, weil die Kl. den Klageanspruch in der Berufungsinstanz hinreichend individualisiert habe, und im Übrigen auch begründet. Die Aktivlegitimation ergebe sich unabhängig von dem wirksamen Zustandekommen eines Abtretungsvertrags aus der Vollmacht vom 29. 3. 2004, in der auch eine Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs enthalten sei. Die Forderung sei nicht verjährt, weil die Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheids rechtzeitig unterbrochen worden sei. Auf Grund der Angaben in dem Mahnbescheid habe die Bekl. feststellen können, welche Ansprüche gegen sie erhoben worden seien.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Das BerGer. hat allerdings zu Recht die Aktivlegitimation der Kl. bejaht.

Dabei kann dahinstehen, ob sich diese nicht bereits aus der Abtretung vom 29. 3. 2004 ergibt. Dem stünde, anders als das BerGer. meint, nicht entgegen, dass die Kl. das Angebot der S-AG zum Abschluss eines Abtretungsvertrags nicht förmlich angenommen hat. Die Verlautbarung der Vertragsannahme kann auch in dem Tätigwerden der Kl., insbesondere in der Inanspruchnahme der Bekl. mit dem vorgerichtlichen Forderungsschreiben vom 29. 3. 2004, gesehen werden, weil eine ausdrückliche Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten und deren Zugang bei der S-AG gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich war (vgl. Senat, NJW 2004, 287 = WM 2003, 2327 [2328]).

Das BerGer. hat jedoch die Aktivlegitimation der Kl. zu Recht aus der Vollmacht vom 29. 3. 2004 hergeleitet. Deren Auslegung durch das BerGer. ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich die Kl. auf die Vollmacht nicht ausdrücklich berufen hat. Da sie das diesbezügliche Vorbringen der Bekl. nicht bestritten hat und das BerGer. in der Berufungsverhandlung die Aktivlegitimation der Kl. auf die Vollmacht gestützt hat, ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sich die Kl. das Vorbringen der Bekl. zumindest hilfsweise stillschweigend zu eigen gemacht hat.

2. Entgegen der Annahme des BerGer. ist aber der aus §§ 607, 609 BGB a.F. geltend gemachte - dem Grunde und der Höhe nach unstrittige - Darlehensrückzahlungsanspruch verjährt.

a) Der Rückzahlungsanspruch der Kl. ist mit der Kündigung der Kredite gem. § 609 I BGB a.F. im Dezember 1999 fällig geworden. Die Verjährungsfrist betrug zunächst gem. § 195 BGB a.F. dreißig Jahre und hätte somit im Dezember 2029 geendet. Mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gilt jedoch seit dem 1. 1. 2002 die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB, die gem. Art. 229 § 6 I 1, IV 1 EGBGB ab dem 1. 1. 2002 zu berechnen ist und somit am 31. 12. 2004 endete. Durch die Zustellung des Mahnbescheids am 11. 11. 2004 ist die Verjährung des Zahlungsanspruchs der Kl. nicht gehemmt worden.

b) Allerdings scheidet eine Hemmung der Verjährung nicht bereits daran, dass - wie die Bekl. meint - die Kl. im Mahnbescheid einen anderen prozessualen Anspruch geltend gemacht hätte als im weiteren Verlauf des streitigen Verfahrens. Dies ist nicht der Fall.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch. Dieser wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. In diesem Sinn geht der Klagegrund über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGHZ 117, 1 [5f.] = NJW 1992, 1172; Senat, NJW 2007, 2560 = WM 2007, 1241 [1242] m.w. Nachw.). Danach liegt im Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen aus abgetretenem Recht wie auch im umgekehrten Fall eines Übergangs von einem Anspruch aus abgetretenem Recht zu einem solchen aus eigenem Recht wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts grundsätzlich ein Wechsel des Streitgegenstands im Sinne einer Klageänderung gem. § 263 ZPO (BGH, NJW 2005, 2004 [2005] und NJW 2008, 2922 Rdnr. 19). Hingegen ändert sich der Streitgegenstand nicht, wenn bei einer stillen Sicherungszession der Zedent die abgetretene Forderung zunächst auf Grund der ihm eingeräumten Einziehungsermächtigung geltend macht und später auf Grund einer Rückabtretung des Sicherungnehmers weiterverfolgt (vgl. BGH, NJW 1999, 2110 = WM 1999, 1065 [1066]) oder wenn die Aktivlegitimation zunächst auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und später auf eine Abtretung gestützt wird (vgl. Senat, NJW 2007, 2560 = WM 2007, 1241 [1242] Rdnr. 18).

Nach diesen Grundsätzen hat sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht dadurch geändert, dass die Kl. den Anspruch gegen die Bekl. zunächst auf eine Abtretung vom 11. 11. 2003, sodann auf eine Abtretung vom 29. 3. 2004 und schließlich - jedenfalls konkludent - auf die Einziehungsermächtigung vom 29. 3. 2004 gestützt hat. Stets hat sie unabhängig von der Begründung ihrer Aktivlegitimation den ursprünglich der S-AG zustehenden Darlehensrückzahlungsanspruch geltend gemacht.

c) Entgegen der Annahme des BerGer. ist die Verjährung des Klageanspruchs nicht gem. § 204 I Nr. 3 BGB i.V. mit § 167 ZPO durch den Mahnbescheid gehemmt worden. Denn die Kl. hatte die Rückzahlungsansprüche in dem Mahnbescheidsantrag im Hinblick auf den geltend gemachten Teilbetrag nicht hinreichend individualisiert (hierzu unter aa) und konnte die fehlende Individualisierung auch nicht mehr nach Ablauf der Verjährungsfrist wirksam nachholen (hierzu unter bb).

aa) Der von der Kl. geltend gemachte Darlehensanspruch war in dem Mahnbescheidsantrag nicht ausreichend individualisiert. Dazu ist erforderlich, dass er durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so

unterschieden und abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st. Rspr.; BGHZ 172, 42 [55] = NJW 2007, 1952 Rdnr. 39; Senat, NJW 2008, 2842 = WM 2008, 1298 [1299] Rdnr. 16 und vom 23. 9. 2008 - XI ZR 253/07, BeckRS 2008, 23100 Rdnr. 18; BGH, NJW 2008, 1220 Rdnr. 13). Diesen Anforderungen genügt der Mahnbescheid nicht. Zwar ergab sich daraus, dass gegen die Bekl. eine Darlehensforderung geltend gemacht wurde. Für die Bekl. war aber nicht erkennbar, auf welche Forderung aus den beiden Bankkonten mit den Endziffern 00 und 01 und in welcher Höhe die Kl. den geltend gemachten Teilbetrag in Höhe von 25000 Euro beziehen wollte. Ein auf der Grundlage des Mahnbescheids erlassener Vollstreckungsbescheid hätte daher keinen der materiellen Rechtskraft fähigen Inhalt gehabt.

bb) Die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids ist auch nicht rückwirkend durch die im Berufungsrechtszug frühestens im Mai 2006 ordnungsgemäß nachgeholte Individualisierung eingetreten. Dies hätte erfordert, dass die Kl. - was hier nicht der Fall war - die geltend gemachten Ansprüche in nicht rechtsverjährter Zeit individualisiert hätte.

Die nachträgliche Individualisierung des Klageanspruchs kann zwar die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, hat aber für die Verjährung keine Rückwirkung. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es für die Hemmung der Verjährung im Falle des § 204 I Nr. 3 BGB auf den Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids an; eine rückwirkende Heilung durch eine nachträgliche Individualisierung der Klageforderung nach Ablauf der Verjährungsfrist kommt nicht in Betracht (vgl. BGH, NJW 2008, 3498 = WM 2008, 1935 [1936] Rdnr. 16 m.w. Nachw.).

Dies gilt auch für den vorliegenden Fall der Geltendmachung eines Teilbetrags aus mehreren Einzelforderungen, wenn im Mahnbescheid eine genaue Aufschlüsselung des eingeforderten Betrags auf die Einzelforderungen unterblieben ist. Für eine Unterscheidung zwischen der Nachholung der fehlenden Aufteilung der Einzelforderungen und der Heilung sonstiger Individualisierungsmängel besteht kein sachlicher Grund. Ohne ausreichende Individualisierung der Einzelforderungen und genaue Aufteilung des geforderten Teilbetrags kann weder auf Grundlage des Mahnbescheids ein der materiellen Rechtskraft fähiger Vollstreckungstitel ergehen noch wird dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch ganz oder teilweise zur Wehr setzen will. Demgegenüber ist der Gläubiger, der sich die Vorteile des Mahnverfahrens zu Nutze machen will, ohne Weiteres zu einer ausreichenden Individualisierung in der Lage.

Soweit der BGH zu § 209 II Nr. 1 BGB in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung entschieden hat, dass die Verjährung aller im Mahnbescheid ausreichend bezeichneten Einzelforderungen bis zur Höhe des geltend gemachten Teilbetrags unterbrochen werde und deshalb eine Nachholung der Aufschlüsselung der Einzelforderungen im weiteren Verlauf des Verfahrens jederzeit zulässig sei (vgl. Senat, NJW 2001, 305 = WM 2000, 2375 [2377] und BGH, NJW 1996, 2152 [2153], jeweils m.w. Nachw.), ist der erkennende Senat hieran nicht gebunden. Das Verjährungsrecht hat durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. 11. 2001 (BGB I, S. 3138) eine grundlegende Neuregelung erfahren. Dabei sind unter anderem die Tatbestände der Verjährungsunterbrechung abgeschafft worden und an ihre Stelle solche der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung getreten. Für die Auslegung des § 204 I Nr. 3 BGB ist daher die Rechtsprechung zu § 209 II Nr. 1 BGB a.F. nicht bindend, so dass auch eine Vorlage der Rechtsfrage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 II GVG nicht geboten ist.

III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Ein anderer Hemmungstatbestand - hier kommt nur Hemmung durch Verhandlungen gem. § 203 BGB in Betracht - liegt nicht vor. Die Schreiben der Kl. vom 29. 3. 2004 und 14. 4. 2004 enthielten zwar die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots für eine Ratenzahlungsvereinbarung, blieben aber von der Bekl. unbeantwortet, so dass hierin keine Verhandlungen i.S. des § 203 BGB gesehen werden können. Durch das Vergleichsangebot der Eltern der Bekl. vom 8. 7. 2005 konnte eine Hemmung der Verjährung bereits deshalb nicht mehr eintreten, weil die Forderungen zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt waren.

## Strafrecht

### Vor allem für Referendare:

Gericht: OLG München	<b>Wiedereinsetzung nach Urteilszustellung nur an Angeklagten</b>	StPO § 44
Aktenzeichen: 5 St RR 200/08		
Datum: 27.10.2008		

	<p>1. Hat der Verteidiger gegen das Urteil Rechtsmittel eingelegt und wird das Urteil nur an den Angeklagten zugestellt, ohne dass der Verteidiger hiervon unterrichtet wurde, bildet das Fehlen der Benachrichtigung einen Wiedereinsetzungsgrund.</p> <p>2. Erscheint der Angeklagte zum Termin unentschuldig nicht, bestehen nach Aktenlage, die das Berufungsgericht zu prüfen hat, aber Anhaltspunkte, dass dies angesichts der Erkrankung des Angeklagten auf einem nicht vorwerfbaren Irrtum beruhen könnte, hat das LG vor einer Verwerfung der Berufung im Wege des Freibeweises zu prüfen, ob der Angeklagte an seinem Rechtsmittel festhalten will.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Das AG - Schöffeng - verurteilte den Angekl. am 12. 9. 2006 wegen versuchter Vergewaltigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten. Die dagegen eingelegte Berufung des Angekl. verwarf das LG in Anwesenheit des Verteidigers am 14. 5. 2007 ohne Verhandlung zur Sache gem. § 329 I StPO. Das Urteil wurde dem Angekl. am 29. 5. 2007 zugestellt. Eine Benachrichtigung hiervon an den Verteidiger unterblieb. Mit Schriftsatz vom 21. 5. 2007, eingegangen am 25. 5. 2007, beantragte der Verteidiger des Angekl. Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Hauptverhandlung und legte gleichzeitig für den Fall der Verwerfung Revision ein. Das LG verwarf den Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet. Die sofortige Beschwerde hat das OLG mit Beschluss vom 9. 5. 2008 als unbegründet verworfen.

Aufgrund Verfügung des LG vom 28. 7. 2008 wurde das Urteil dem Verteidiger am 6. 8. 2008 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 8. 8. 2008 wiederholte der Verteidiger des Angekl. den Antrag auf Wiedereinsetzung und Einlegung der Revision mit einer ergänzten Begründung und gab am 5. 9. 2008 eine ausdrücklich als solche bezeichnete Revisionsbegründung ab, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte. Er beanstandete insbesondere, das LG habe seine Pflicht zur Aufklärung verletzt.

### **Lösung:**

Das Rechtsmittel war erfolgreich.

1. Die Revision ist zulässig erhoben. Revisionsanträge und Revisionsbegründung waren verspätet (§§ 344 I u. II StPO, 345 I StPO). Dem Angekl. war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren, § 45 II 3 i.V. mit § 44 StPO.

a) Die Revision ist durch den Schriftsatz vom 21. 5. 2007 rechtzeitig und formgerecht eingelegt worden, § 341 StPO, jedoch enthält dieser Schriftsatz weder eine formelle noch eine materielle Revisionsrüge (§ 344 II StPO). Zwar lässt sich auf Grund der Revisionseinlegung noch schließen, dass der Angekl. die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung erstrebt, jedoch enthält der Schriftsatz lediglich eine Begründung des Wiedereinsetzungsantrags. Die weiteren Anträge und Begründungen in den Schriftsätzen vom 8. 8. 2008 und 5. 9. 2008 sind nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 I StPO) eingegangen.

Die Revisionsbegründungsfrist endet einen Monat nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels oder, falls das Urteil zu dieser Zeit noch nicht zugestellt ist, binnen eines Monats nach dessen Zustellung. Da das Berufungsurteil in Abwesenheit des Angekl. erging, begann die Frist zur Einlegung der Revision mit der Zustellung des Urteils (§ 341 II StPO). Das Urteil wurde dem Angekl. laut Postzustellungsurkunde am 29. 5. 2007 zugestellt. Die Zustellung an den Angekl. setzte die Rechtsmittelfristen in Gang (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 145a Rdnr. 6). Die Frist zur Einlegung der Revision von einer Woche (§ 341 I StPO) endete damit am 5. 6. 2007, die Frist zur Revisionsbegründung von einem Monat nach Ablauf der Einlegungsfrist (§ 345 I StPO) lief somit am 5. 7. 2007 aus. Die Schriftsätze vom 8. 8. 2008 und 5. 9. 2008 waren daher verspätet.

Dieser Feststellung steht nicht entgegen, dass das Urteil entsprechend einer Verfügung des LG vom 28. 7. 2008 erneut, diesmal an den Verteidiger, zugestellt worden ist. Die weitere Zustellung wäre nur von Bedeutung, wenn die frühere Zustellung an den Betroffenen unwirksam gewesen wäre. Dies war jedoch nicht der Fall. Der gewählte wie der bestellte Verteidiger gelten nach § 145a I StPO als ermächtigt, Zustellungen für den Beschuldigten in Empfang zu nehmen. Dies beinhaltet aber keine Verpflichtung der Behörde, die Zustellung an den Verteidiger zu bewirken (Meyer-Goßner, § 145a Rdnr. 6). Auch das Fehlen der Benachrichtigung an den Verteidiger gem. § 145a III 2 StPO macht die Zustellung nicht unwirksam (Meyer-Goßner, § 145a Rdnr. 14). Die genannte Vorschrift über die Benachrichtigung ist eine bloße Ordnungsvorschrift.

Die Bestimmung des § 37 II StPO, wonach bei Zustellungen an mehrere Empfangsberechtigte die Frist nach der letzten Zustellung berechnet werden muss, greift hier nicht ein. Ihre Anwendung setzt nämlich voraus, dass im Zeitpunkt der späteren Zustellung die durch die frühere Zustellung eröffnete Frist noch nicht abgelaufen ist (Meyer-Goßner, § 37 Rdnr. 29). Daran fehlt es hier. Die durch die Zustellung an den Betroffenen in Lauf gesetzte Rechtsmittelfrist ist am 5. 7. 2007 abgelaufen. Sie konnte durch die am 6. 8. 2008 bewirkte Zustellung beim Verteidiger nicht mehr verlängert werden.

b) Dem Verteidiger war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren. Die Versäumung der Frist zur Stellung der Revisionsanträge und Abgabe der Revisionsbegründung war nicht schuldhaft.

Da der Verteidiger bereits vor Zustellung des Urteils an den Angekl. Revision eingelegt hatte, konnte er gemäß den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV Nr. 154 I) mit der Zustellung des Urteils an seine Person rechnen. Für den Fall einer von den Richtlinien abweichenden Zustellung durfte der Verteidiger darauf vertrauen, gem. § 145a III 2 StPO hiervon unterrichtet zu werden und eine formlose Abschrift der Entscheidung zu erhalten. Die Verfügung des LG vom 18. 5. 2007 über die Zustellung an den Angekl. enthält die Anordnung einer Mitteilung an den Verteidiger dagegen nicht. Da bei Beachtung der Vorschriften über die Benachrichtigungspflicht der Verteidiger von der Zustellung an den Betroffenen und damit vom Beginn der Begründungsfrist erfahren hätte, bestand für den Angekl. seinerseits kein Anlass, die an ihn bewirkte Zustellung des Urteils seinem Verteidiger zur Kenntnis zu bringen (BayObLGSt 1975, 150 [152]). Das Fehlen der Benachrichtigung stellt einen Wiedereinsetzungsgrund nach § 44 StPO dar (Meyer-Goßner, § 145a Rdnr. 14, § 44 Rdnr. 17).

Die Wiedereinsetzung konnte auch ohne Antrag von Amts wegen gewährt werden, § 45 II 3 StPO. Revisionsanträge und Revisionsbegründung wurden bereits, wenn auch verspätet, nachgeholt. Das fehlende Verschulden des Betroffenen an der Fristversäumung ist offensichtlich und eine Glaubhaftmachung wegen Ersichtlichkeit aus der Akte überflüssig. Denn der Verteidiger hat nach Zustellung des Urteils an ihn die erforderlichen Anträge und Begründungen innerhalb eines Monats ab diesem Zeitpunkt eingereicht. Dass er dennoch nicht innerhalb der Frist des § 345 I StPO gehandelt hat, liegt an der unterbliebenen Mitteilung der Zustellung an den Angekl. durch das Gericht. Wiedereinsetzung von Amts wegen ist in der Regel, so auch hier, zu gewähren, wenn der Wiedereinsetzungsgrund in einem Verfahrensfehler des Gerichts liegt (Meyer-Goßner, § 45 Rdnr. 12).

2. Die Verfahrensrüge entspricht den Anforderungen des § 344 II StPO. An die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge gegen ein Verwerfungsurteil sind grundsätzlich keine strengen Anforderungen zu stellen, da der erste Zugang des Angeklagten zum Gericht nicht über Gebühr erschwert werden soll. Da das unentschuldigte Ausbleiben des Angeklagten aber keine vom RevGer. von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung für die Verwerfung des Einspruchs ist, muss der Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenstatsachen so vollständig angeben, dass das RevGer. in die Lage versetzt wird, allein anhand dieses Vortrags die Schlüssigkeit des Verfahrensverstößes nachzuvollziehen (BayObLGSt 1995, 202 [203] = NStZ-RR 1996, 148). Bezugnahmen und Verweisungen auf Akten, Sitzungsprotokolle und andere Schriftstücke sind unzulässig (Meyer-Goßner, § 344 Rdnr. 21). Hingegen bedarf es zur Geltendmachung der Verkennung des Rechtsbegriffs der genügenden Entschuldigung keiner Wiederholung der Urteilsfeststellungen in der Revisionsbegründung.

Die Ausführungen des Revisionsführers werden diesen Anforderungen noch gerecht. Dem Vorbringen der Revision in den Schriftsätzen vom 21. 5. 2007, 8. 8. 2008 und 5. 9. 2008 ist zu entnehmen, dass der Angekl. vor dem Termin zur Hauptverhandlung am 14. 5. 2007, in dem die Berufung verworfen wurde, eine zweite Ladung für den Fortsetzungstermin am 18. 5. 2007 bekommen hatte. Der vom AG geladene Sachverständige hat in der

Hauptverhandlung vom 12. 9. 2006 festgestellt, dass der Angekl. auf Grund seiner Alkoholerkrankung an einem Verlust an sozialer Kompetenz leidet.

Dagegen kann nicht berücksichtigt werden, dass der Angekl. nur für den 18. 5. 2007 einen Fahrschein beantragt habe. Es ist weder vorgetragen, wann der Angekl. sich den Fahrschein hat ausstellen lassen noch, dass dies dem Gericht im Termin vom 14. 5. 2007 bekannt gewesen sei. Nachträgliche Entschuldigungsgründe können nur Gegenstand eines Antrags auf Wiedereinsetzung sein (Meyer-Goßner, § 329 Rdnrn. 42 u. 48).

3. Die Verfahrensrüge ist auch begründet, so dass es auf die allgemein erhobene Sachrüge nicht mehr ankommt.

Mit der Revision gegen ein Urteil nach § 329 StPO kann auf ordnungsgemäße Verfahrensrüge, abgesehen von der Frage einer ordnungsgemäßen Ladung, nur überprüft werden, ob das Gericht seine Aufklärungspflicht verletzt und daher seiner Entscheidung nicht alle in diesem Zeitpunkt erkennbaren Entschuldigungsgründe zu Grunde gelegt hat oder ob es die Rechtsbegriffe des Ausbleibens oder genügenden Entschuldigung verkannt hat (Meyer-Goßner, § 329 Rdnr. 48).

Das LG hätte angesichts der beiden Ladungen und den aus den Akten ersichtlichen geistigen Einschränkungen des Angekl. einerseits und der Bedeutung der Sache andererseits auf Grund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht prüfen müssen, ob das Nichterscheinen des Angekl. auf grober Nachlässigkeit oder Mutwillen beruht.

Die Möglichkeit der Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung stützt sich auf der Vermutung, dass derjenige sein Rechtsmittel nicht weiterverfolgt wissen will, der sich ohne ausreichende Entschuldigung zur Verhandlung nicht einfindet. Sie dient dem Zweck, den Beschwerdeführer daran zu hindern, die Sachentscheidung über seine Berufung dadurch zu verzögern, dass er sich der Verhandlung entzieht. Dabei ist aber eine enge Auslegung der Vorschrift des § 329 II StPO angebracht, um zu verhindern, dass der grundgesetzlich gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verkürzt wird (BayObLGSt 1988, 103 [104]). Liegen Anhaltspunkte für einen Entschuldigungsgrund vor, sei es, dass er sich aus den Akten ergibt, vom Angekl. mitgeteilt worden ist oder das BerGer. auf andere Weise davon Kenntnis erlangt hat, muss das Gericht prüfen, ob er zutrifft (Ruß, in: KK-StPO, 5. Aufl., § 329 Rdnr. 9). Das LG hat vor Erlass des Verwerfungsurteils die Akten unter diesem Aspekt durchzusehen (Ruß, in: KK-StPO, § 329 Rdnr. 8).

Aufgrund der Tatsache, dass das Gericht den Angekl. mit zwei getrennten Ladungen zu zwei Hauptverhandlungsterminen geladen hatte, der Angekl. nach den Feststellungen des Sachverständigen auf Grund seiner Alkoholerkrankung an einem Verlust an sozialer Kompetenz leidet und der Bedeutung der Sache für den Angekl., die sich aus der vom AG verhängten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten ersehen lässt, durfte sich das LG nicht damit begnügen festzustellen, dass der Angekl. sich nicht entschuldigt hat, sondern hätte im Wege des Freibeweises prüfen müssen, ob sein Nichterscheinen darauf beruht, dass er sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen will, oder auf einem angesichts seiner Erkrankung nicht vorwerfbaren Verständnisfehler beruht. Nachdem der Angekl. kein Telefon besitzt, wäre zum Beispiel eine polizeiliche Wohnungsnachschau zur Klärung möglich gewesen.

Es ist nicht der Zweck des § 329 I StPO, bloße Nachlässigkeit zu bestrafen, die einem zur Mitwirkung am Verfahren bereiten Angeklagten bei der Erfüllung seiner Pflicht zum Erscheinen unterlaufen ist (BayObLGSt 1988, 103 [105]). Über den Regelfall hinaus, dass ein Angeklagter auf Grund einer Nachlässigkeit bei Sitzungsbeginn lediglich nicht pünktlich anwesend ist, die Gründe hierfür zu Terminsbeginn mitgeteilt hatte und sein Erscheinen zur Verhandlung noch innerhalb angemessener Zeit möglich gewesen wäre, hat dies auch dann zu gelten, wenn der Angekl. ohne Entschuldigung gar nicht erscheint, aber auf Grund der Aktenlage Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich über die Notwendigkeit, zu einem bestimmten Termin zu erscheinen, insgesamt geirrt hat und dieser Irrtum nicht ausschließbar auf einer krankheitsbedingten Einschränkung seiner Fähigkeit, die Bedeutung mehrerer Ladungen zu verschiedenen Terminen zu verstehen, beruhen kann. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Angekl. nicht mit seinem Verteidiger in Verbindung gesetzt und nachgefragt hat, da offen ist, ob der Angekl. krankheitsbedingt überhaupt Zweifel hatte, zu welchem Termin er kommen müsse, oder seine Fehleinschätzung nicht so weit ging, dass er sicher war, er müsse nur zum zweiten Hauptverhandlungstermin kommen, so dass aus seiner Sicht auch eine diesbezügliche Nachfrage beim Verteidiger nicht erforderlich war.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: OLG Frankfurt	<b>Anforderungen an die Darstellung von Vorstrafen in Urteilsgründen</b>	StPO § 267 III
Aktenzeichen: 2 Ss 150/08		
Datum: 02.09.2008		

	<b>Zu den Anforderungen an die Darstellung von Vorstrafen in den Urteilsgründen.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Das AG hatte den Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten und einer weiteren Gesamtstrafe von 9 Monaten verurteilt. Auf die Berufung des Angekl. hob das LG das Urteil auf und fasste es neu. Es verurteilte den Angekl. wegen Bedrohung in Tateinheit mit Körperverletzung in 2 Fällen (Einzelstrafen jeweils 6 Monate Freiheitsstrafe) und wegen versuchter Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung (Einzelstrafe 9 Monate Freiheitsstrafe - zugleich Einsatzstrafe) - unter Einbeziehung mehrerer Einzelstrafen aus Vorverurteilungen - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten und zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Monaten und hielt die vom AG angeordnete Maßregel nach §§ 69, 69a aufrecht.

**Lösung:**

Die Revision des Angekl. hatte nur beim Gesamtstrafen- und Maßregelanspruch Erfolg.

... Auch die verhängten drei Einzelstrafen haben Bestand. Bei deren Bemessung sind dem Tatrichter Rechtsfehler nicht unterlaufen, dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der strafscharfenden Berücksichtigung der Vorstrafen.

Der Erörterung bedarf insoweit nur, ob das LG die Einzelheiten dieser Vorstrafen in den Urteilsgründen in ausreichender Weise mitgeteilt hat, um dem RevGer. die sachlich-rechtliche Nachprüfung seiner Strafzumessungserwägungen zu ermöglichen. Dies ist entgegen der Auffassung der StA bei dem OLG, die sich hierzu in ihrer Antragsschrift vom 19. 5. 2008 auf die st. Rspr. des 1. Strafsenats des OLG Frankfurt a.M. sowie des OLG Köln bezieht, der Fall.

Nach dieser Ansicht muss der Tatrichter, will er Vorstrafen zum Nachteil des Angekl. werten, die Zeiten der Verurteilungen, die Tatzeiten sowie die Art und Höhe der erkannten Rechtsfolgen im Einzelnen mitteilen, wobei in der Regel auch Ausführungen zu den Sachverhalten, die den einzelnen Verurteilungen zu Grunde lagen, zu machen sind (vgl. OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat], Beschl. v. 19. 9. 2006 - 1 Ss 167/06; v. 29. 8. 2006 - 1 Ss 180/06; v. 2. 3. 2004 - 1 Ss 29/04; v. 20. 1. 2004 - 1 Ss 403/03; v. 1. 12. 2003 - 1 Ss 307/03; v. 17. 11. 2003 - 1 Ss 285/03; StV 1989, 155 - jew. mN; OLG Köln, NStZ 2003, 421; StV 1996, 321). Von einer genauen Darlegung der den Vorverurteilungen zu Grunde liegenden Sachverhalte soll allenfalls dann abgesehen werden können, wenn in Fällen geringerer Bedeutung der Sachverhalt schon aus der Angabe der angewendeten Vorschriften hinreichend erkennbar wird (z.B. Fahren ohne Fahrerlaubnis) oder wenn etwa die Auflistung der Vorstrafen nur allgemein der Darlegung anderer Fälle der Missachtung strafrechtlicher Normen durch den Angekl. dient, also ersichtlich in keiner Weise auf Art und Schwere früher begangener Straftaten abgestellt worden ist (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 3. 2004 - 1 Ss 29/04; v. 20. 1. 2004 - 1 Ss 403/03; v. 1. 12. 2003 - 1 Ss 307/03 und v. 17. 11. 2003 - 1 Ss 285/03).

Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Sollte sich aus seinem Beschluss vom 15. 12. 2004 (2 Ss 382/04) anderes ergeben, hält der Senat hieran nicht mehr fest. Die genannte Ansicht überdehnt die Anforderungen, die der BGH hinsichtlich der Darstellung der Vorbelastungen eines Angekl. an die Abfassung der Urteilsgründe stellt bei weitem und beruft sich dabei zu Unrecht auf dessen Rspr. Die hierzu zitierte Entscheidung BGH, NStZ-RR 1996, 266 (so z.B. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat], Beschl. v. 1. 12. 2003 - 1 Ss 307/03 und OLG Köln, NStZ 2003, 421 - dort zudem mit Fehlzitat NStZ 1996, 266) enthält keine derartigen Ausführungen, erst recht nicht in der angenommenen Allgemeinheit und Reichweite. Gleiches gilt für BGHR StGB § 46 II Vorleben 25 (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat] in Beschl. v. 20. 1. 2004 - 1 Ss 403/03 und v. 17. 11. 2003 - 1 Ss 285/03), sowie BGH, Urt. v. 6. 3. 1987 - 2 StR 37/87 - (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat], StV 1989, 155).

Nach der Rspr. des BGH und des erkennenden Senats (vgl. Urt. v. 19. 6. 2007 - 2 Ss 138/07; Beschl. v. 15. 12. 2004 - 2 Ss 382/04), sollen sich die Urteilsgründe vielmehr auf das Wesentliche beschränken. Dies bedeutet für die Vorstrafen, dass sie nur in dem Umfang und in denjenigen Einzelheiten mitzuteilen sind, in denen sie für die getroffene Entscheidung von Bedeutung sind (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16; BGH, Beschl. v. 10. 9. 2003 - 1 StR 371/03; Senat, Urt. v. 19. 6. 2007 - 2 Ss 138/07). Dies wiederum ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalles (vgl. BGH, Beschl. v. 20. 6. 2001 - 3 StR 202/01). Sind - wie hier - nur Zahl, Frequenz, Höhe, Einschlägigkeit und Verbüßung der Vorstrafen für die Strafbemessung beachtlich, genügt es, die entsprechenden Tatsachen in das Urteil aufzunehmen. Der Mitteilung von Einzelheiten der Urteilssachverhalte bedarf es dann nicht (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16; BGH, Beschl. v. 20. 6. 2001 - 3 StR 202/01; Senat, Urt. v. 19. 6. 2007 - 2 Ss 138/07). Vielmehr ist bei der Darstellung der Vorstrafen die Mitteilung der zu diesen jeweils getroffenen Feststellungen zur Sache sogar überflüssig, soweit sich aus diesen Tatsachen keine Folgerungen für die zu entscheidende Sache ergeben (BGH, Beschl. v. 17. 12. 2003 - 5 StR 504/03). Die häufig zu beobachtende Praxis, entweder den Bundeszentralregisterauszug in die Urteilsgründe hineinzukopieren und/oder seitenlang im Wortlaut frühere Urteilsgründe einzurücken oder vollständig wiederzugeben, obwohl es auf deren genaue Feststellungen nicht ankommen kann, ist verfehlt (BGHR StPO § 267 Darstellung 1; BGH, NStZ-RR 1996, 266; BGH, Beschl. v. 20. 6. 2001 - 3 StR 202/01). Durch derartige Ausführungen unnötig aufgeblähte, umfangreiche Urteilsbegründungen laufen nicht nur dem Erfordernis der Schonung der knappen Rechtsprechungsressourcen zuwider, sondern bringen den Tatrichter zudem in die Gefahr, dass die die Strafbemessung bestimmenden Umstände i.S. des § 267 III 1 StPO aus dem Blick geraten und in den Hintergrund treten (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 20 und § 267 Darstellung 1).

Nach diesen Maßstäben ist die Bemessung der Einzelstrafen durch das LG frei von Rechtsfehlern. Die Kammer hat zu Lasten des Angekl. „seine nicht unerheblichen Vorstrafen“ gewürdigt, die zu 13 Eintragungen in das Bundeszentralregister führten. Insbesondere fiel ins Gewicht, das der Angekl. am 25. 10. 1996 unter anderem wegen einer einschlägigen Tat, nämlich gefährlicher Körperverletzung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt wurde, die er überwiegend verbüßt hat. Insgesamt ist er bereits 7 Mal wegen Körperverletzungsdelikten bestraft worden und hat über 4 Jahre Strafhaft verbüßt. Hieraus habe er keine Lehren gezogen, sondern sei nach wie vor bereit Rohheitsdelikte - hier Körperverletzungen - zu begehen. Damit hat die Kammer dem Angekl. ersichtlich nur die Zahl, Frequenz, Höhe, Einschlägigkeit und Verbüßung der Vorbelastungen angelastet. Die dazu erforderlichen Tatsachen, nämlich Urteilsdaten, Schuldsprüche, Rechtsfolgen und Verbüßungszeiten hat sie unter II.1. S. 5-12 der Urteilsgründe vollständig mitgeteilt. Dies reichte aus. Eine Mittelung der den einschlägigen Verurteilungen zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen war dazu - auch angesichts deren Bedeutung für die Strafbemessung im vorliegenden Strafverfahren - nicht geboten.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: KG	<b>Wiedereinsetzung – Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle</b>	StPO
Aktenzeichen: (4) 1 Ss 249/08		§ 44
Datum: 30.06.2008		

	Ein Gefangener darf nicht darauf vertrauen, dass in der Haftanstalt an jedem Tag ein Urkundsbeamter zur Verfügung steht, um rechtzeitig ein Rechtsmittel einlegen zu können. Gibt er erst am Tag vor Fristablauf einen Vormelder zur Vorführung zu dem Urkundsbeamten ab, hat er es zu vertreten, wenn die Frist versäumt wird.
---	---

**Sachverhalt:** Das AG verurteilte den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung in 2 Fällen und wegen Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren. Mit dem in Anwesenheit des Angekl. verkündeten Urteil vom 3. 12. 2007 verwarf das LG seine auf das Strafmaß beschränkte Berufung. Seine hiergegen am 13. 12. 2007 eingelegte Revision und sein zugleich gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision wurden als unzulässig verworfen.

**Lösung:**

1. Ein zulässiger Wiedereinsetzungsantrag setzt voraus, dass der Ast. einen Sachverhalt vorträgt, der ein eigenes der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden ausschließt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Beschl. v. 26. 4. 2006

- 4 Ws 65/06 -; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 45 Rn 5 mwN) und dies glaubhaft macht (§ 45 II 1 StPO). Das ist hier nicht der Fall.

Der Angekl. begründet die Fristversäumung damit, dass er am 10. 12. 2007, dem Tag des Ablaufs der Frist zur Einlegung der Revision, in der Haftanstalt den Antrag gestellt habe, dem Urkundsbeamten vorgeführt zu werden, dies aber ohne sein Verschulden nicht erfolgt sei.

Bei diesem Vorbringen ist nicht erkennbar, dass der Angekl. die Frist von einer Woche zur Einlegung der Revision ohne eigenes Verschulden versäumt hat. Der Angekl. ist ausweislich der Sitzungsniederschrift nach Erlass des Urteils belehrt worden, dass er das Rechtsmittel entweder zu Protokoll des Urkundsbeamten oder in einfacher Form schriftlich innerhalb einer Woche einlegen kann. Es wäre ihm daher - jedenfalls trägt er nichts anderes vor - ohne weiteres möglich gewesen, das Rechtsmittel rechtzeitig schriftlich einzulegen. Dass er stattdessen von der zeitaufwändigeren und letztlich das Fristversäumnis verursachenden Möglichkeit des § 299 StPO Gebrauch gemacht hat, stellt ein eigenes Verschulden des Angekl. dar, denn § 299 StPO lässt die Befugnis des Gefangenen, seine Erklärung anders als auf dem Weg des § 299 StPO abzugeben, unberührt (vgl. Senat, Beschl. v. 28. 2. 2000 - (4) 1 Ss 26/00 (20/00) - in juris). Darüber hinaus darf ein Gefangener in Anbetracht des damit verbundenen organisatorischen Aufwandes bei der JVA nicht darauf vertrauen, dass ihm zu jeder Zeit und innerhalb kürzester Frist die Erklärung eines Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle des AG, in dessen Bezirk er untergebracht worden ist, ermöglicht werden kann (vgl. OLG Jena, Beschl. v. 29. 10. 2007 - 1 Ws 356/07 - bei Juris). Unabhängig davon, dass zudem die nach § 45 StPO erforderliche Glaubhaftmachung der von dem Angekl. behaupteten unverschuldeten Fristversäumnis fehlt, hat er es daher auch zu vertreten, dass sein Rechtsmittel nicht rechtzeitig eingelegt worden ist. ...

## Öffentliches Recht

Gericht: OVG Münster	<b>Baurecht: Zulässigkeit eines Carports</b>	BauGB
Aktenzeichen: 7 A 2053/07		§ 34
Datum: 19.06.2008		

	<p>1. Carports sind außerhalb der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen nicht generell unzulässig.</p> <p>2. Bei der Prüfung, ob im nicht beplanten Innenbereich Carports außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen - hier: in weitgehend unbebauten Vorgärten - bodenrechtliche Spannungen hervorrufen, sind die städtebaulichen Folgen ihrer Zulassung (z.B. deutliche Verengung des Straßenbilds) entsprechend den Maßstäben des § 23 V BauNVO zu prüfen.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Die Kl. beehrten in beiden Instanzen erfolglos die Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung eines Carports.

### Lösung:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das VG hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil das zur Genehmigung gestellte Vorhaben der Kl. bauplanungsrechtlich unzulässig ist.

Die bauplanungsrechtliche Prüfung richtet sich hier nach § 34 BauGB, weil der Standort des strittigen Vorhabens zwar nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, wohl aber innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt. Strittig ist dabei allein, ob sich das Vorhaben hinsichtlich des in § 34 I 1 BauGB genannten Merkmals der „Grundstücksfläche, die überbaut werden soll“, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Diese Frage ist - mit dem Bekl. und dem VG - zu verneinen.

Die rechtlichen Kriterien dafür, wie die bei der Prüfung nach § 34 I 1 BauGB maßgebliche „nähere Umgebung“ einzugrenzen ist, hat das VG zutreffend näher umschrieben. Insbesondere hat es zutreffend darauf abgestellt, der Bereich der näheren Umgebung könne bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen des § 34 I 1 BauGB durchaus unterschiedlich weit reichen und sei gerade bei dem Merkmal der überbaubaren Grundstücksfläche regelmäßig enger zu ziehen als etwa bei der Art der baulichen Nutzung. Ebenso entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass eine einheitliche Bebauungsstruktur hinsichtlich des betrachteten Tatbestandsmerkmals bewirken kann, dass

angrenzende anders strukturierte Bebauung nicht mehr zur maßgeblichen Umgebung gehört. Dabei hängt der Grenzverlauf der näheren Umgebung nicht davon ab, dass die unterschiedliche Bebauung durch eine künstliche oder natürliche Trennlinie (Straße, Schienenstrang, Gewässerlauf, Geländekante etc.) entkoppelt ist (zu Letzterem vgl. BVerwG, BeckRS 2008, 39787).

Gemessen an diesen Maßstäben scheiden nach dem Eindruck in der Örtlichkeit, den der Berichterstatter des Senats vor Ort gewonnen und dem Senat anhand des umfangreichen vorliegenden Karten- und Lichtbildmaterials vermittelt hat, die Standorte von (vergleichbaren) Anlagen an anderen Straßen aus. (Wird ausgeführt.)

In dieser näheren Umgebung ist das strittige Vorhaben - was seinen Standort und damit die „Grundstücksfläche, die überbaut werden soll“, angeht - ohne Vorbild. Es rückt in der hier durch deutliche Freiräume zum Straßengelände von zumeist um 5 m gekennzeichneten Umgebung erstmals bis unmittelbar an die Straßenbegrenzung heran und überschreitet damit die - wenn auch nicht exakt auf einer geraden Linie liegende - vordere Baugrenze deutlich. Zulässig kann es im hier gegebenen nicht beplanten Innenbereich damit nur dann sein, wenn es trotz Überschreitung des aus der näheren Umgebung abzuleitenden Rahmens keine bodenrechtlichen Spannungen verursacht (vgl. hierzu BVerwG, BeckRS 1999, 30433068 = BRS 62 Nr. 101 m.w. Nachw.).

Letzteres trifft hier nicht zu.

Bei der Prüfung bodenrechtlicher Spannungen kann allerdings nicht vernachlässigt werden, dass es sich bei dem hier zur Genehmigung gestellten Carport bezogen auf die Hauptnutzung des Grundstücks der Kl. durch ein Wohnhaus um eine Nebenanlage handelt. Nebenanlagen, die - wie Carports - nach Landesrecht in den Abstandflächen zulässig sind oder zugelassen werden können (zur abstandrechtlichen Privilegierung von Carports vgl. OVG Münster, BeckRS 2007, 27455), sind außerhalb der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen nicht generell unzulässig. In beplanten Gebieten, in denen § 23 V BauNVO unmittelbar anwendbar ist, können sie von der Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden. Im nicht beplanten Innenbereich scheidet eine Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde hingegen aus, denn im Rahmen des § 34 I BauGB ist eine gebundene Entscheidung zu treffen (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 285 = BRS 55 Nr. 174).

Die materiellen Maßstäbe des § 23 V BauNVO, nach denen bei der Ermessensentscheidung vor allem die städtebaulichen Folgen einer Zulassung von Nebenanlagen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu beachten sind, sind jedoch auch bei der hier vorzunehmenden Prüfung der bodenrechtlichen Spannungen von Bedeutung (vgl. VGH München, Beschl. v. 24. 5. 2005 - 1 CS 04.3461).

Insoweit ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die zwischen der vorderen Baugrenze und der Straßenbegrenzung liegenden Freiflächen zwar verschiedentlich bereits mit untergeordneten baulichen Anlagen belegt sind. Dabei handelt es sich jedoch weitgehend um Anlagen, die - wie befestigte Stellplätze oder befestigte Plätze für Mülltonnen - sich im Wesentlichen auf dem Erdboden befinden oder - wie Einfriedungen - allenfalls geringe Höhen erreichen. Einzelne höhere Anlagen, wie die hier vorhandenen Werbeanlagen, erscheinen als untergeordnete Solitäre in dem jeweiligen Freiraum. Soweit schließlich einzelne Gebäude Vorbauten aufweisen, treten diese - wie Eingangsüberdachungen o.ä. - als untergeordnete, den Freiraum vor dem Gebäude nur teilweise in Anspruch nehmende Gebäudeteile in Erscheinung.

Demgegenüber würden mit der Zulassung von Carports erstmals von ihren äußeren Umgrenzungen her voluminöse bauliche Anlagen entstehen, die praktisch die gesamte Tiefe des Freiraums von der Gebäudefront bis zur Straßenbegrenzung einnehmen, und zwar bis etwa zur Höhe eines Geschosses. Bezogen auf das städtebauliche relevante Kriterium des Ortsbilds (vgl. § 1 VI Nr. 5 BauGB), zu dem auch das Straßenbild gehört, hätten solche Anlagen eine bislang nicht gegebene Beeinträchtigungsqualität. Sie würden im Ergebnis dazu führen, dass die derzeit deutlich von der Straße abgerückten Gebäudefronten der Straßenrandbebauung als im Erdgeschoss praktisch bis an die Straßenbegrenzung herangezogen erscheinen würde. Das Straßenbild würde sich insgesamt deutlich verengen und seine im hier interessierenden Bereich noch gegebene Großzügigkeit und Weite deutlich verlieren.

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass der hier konkret zur Genehmigung gestellte Carport seiner baulichen Ausgestaltung nach eher filigran vorgesehen ist, wie die Kl. hervorgehoben haben. Auch die Zulassung eines

solchen Carports hätte Vorbildwirkung für Carports aller Art, die mit den unterschiedlichsten, mehr oder weniger massiven Dachformen üblich sind. Bauplanungsrechtlich können solche Anlagen hinsichtlich ihrer optisch relevanten Ausgestaltung über § 34 BauGB nicht gesteuert werden, sondern lediglich über entsprechende Festsetzungen in Bebauungsplänen. Schließlich hat die Ortsbesichtigung durch den Berichterstatter des Senats auch bestätigt, dass in der hier maßgebenden Umgebung die weit überwiegende Mehrheit der Grundstücke an der W-Straße so tiefe Freiräume zwischen den Gebäudefronten und dem Gehweg aufweist, dass sich dort ohne weiteres Carports zum überdachten Schutz von Kraftfahrzeugen anlegen lassen. All dies bestätigt, dass die Zulassung des strittigen Vorhabens auf Grund der von ihm ausgehenden Vorbildwirkung städtebaulich beachtliche, nur durch Planung zu bewältigende Spannungen für die maßgebliche Umgebung an der W-Straße hervorrufen würde.

Gericht: VG Karlsruhe	<b>Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung</b>	VwGO
Aktenzeichen: 1 K 2593/08		§ 80 V
Datum: 12.09.2008		

	<p>1. Carports sind außerhalb der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen nicht generell unzulässig.</p> <p>2. Bei der Prüfung, ob im nicht beplanten Innenbereich Carports außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen - hier: in weitgehend unbebauten Vorgärten - bodenrechtliche Spannungen hervorrufen, sind die städtebaulichen Folgen ihrer Zulassung (z.B. deutliche Verengung des Straßenbilds) entsprechend den Maßstäben des § 23 V BauNVO zu prüfen.</p>
---	--

## Grundlagenwissen: Voraussetzungen für eine Polizeiverfügung

### 1. Polizeiliches Schutzgut

Die Polizei ist für den Schutz der öffentlichen Sicherheit zuständig. Hiervon umfasst sind der Schutz des Staates und seiner Einrichtungen sowie Veranstaltungen, der Schutz der Individualrechtsgüter, der Schutz der objektiven Rechtsordnung sowie der Schutz der Gemeinschaftsgüter.

### 2. Gefahr

Ein Tätigwerden aufgrund der polizeilichen Generalklauseln setzt das Bestehen einer konkreten Gefahr voraus. Eine solche ist anzunehmen, wenn aufgrund eines konkreten Sachverhalts davon auszugehen ist, dass bei ungehindertem Geschehensablauf ein Schaden für ein polizeiliches Schutzgut eintreten wird.

### 3. Verantwortlichkeit

In Anspruch nehmen kann die Polizei grundsätzlich nur denjenigen, der für die Gefahr verantwortlich ist. Eine solche Verantwortlichkeit kann sich entweder aus dem Verhalten einer Person (Verhaltensstörer) ergeben oder aber daraus, dass eine Person für eine Sache verantwortlich ist, von der die Gefahr ausgeht (Zustandsstörer). Nur wenn Maßnahmen gegen verantwortliche Personen nicht möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, kann die Polizei auch eine nichtverantwortliche Person für die Beseitigung der Gefahr in Anspruch nehmen (Nichtstörer), wobei dies nur unter strengen, gesetzlich geregelten Voraussetzungen möglich ist.

### 4. Ermessen

Das Tätigwerden der Polizei aufgrund der Generalklauseln setzt eine ordnungsgemäße Ermessensausübung voraus.

#### a) Entschließungsermessen

Zunächst hat die Polizei nach dem Opportunitätsprinzip zu entscheiden, ob sie gegen eine erkannte Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut überhaupt Maßnahmen ergreifen will.

#### b) Auswahlermessen

Entschließt sie sich zum Handeln, hat sie zu entscheiden, welche Maßnahmen sie ergreift und gegen wen. Bei der Wahl der Maßnahme ist sie an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden.

**Sachverhalt:** Der Antragsteller, ein Bürger der Antragsgegnerin, wendet sich gegen den Sofortvollzug einer Polizeiverfügung, mit der für knapp vier Tage in N. innerorts das Mitführen und der Verzehr alkoholischer Getränke in der Öffentlichkeit untersagt wird.

Vom 13. bis zum 15. September 2008 findet in N. die jährliche Straßenkerwe statt. Um Ruhestörungen, Sachbeschädigungen und sonstigen Ausschreitungen durch alkoholisierte Besucher des Festes vorzubeugen,

untersagte die Antragsgegnerin durch öffentlich bekanntgemachte Allgemeinverfügung vom 15.08.2008 in der Zeit vom 13.09.2008 12.00 Uhr bis 16.09.2008 8.00 Uhr allen Personen, die sich in einem bestimmten Bereich des Ortskerns von N. aufhalten, alkoholische Getränke in der Öffentlichkeit mitzuführen oder zu verzehren. Bei Zuwiderhandlungen könnten mit unmittelbarem Zwang mitgeführte Getränke beschlagnahmt, Platzverweise erteilt oder Personen in Gewahrsam genommen werden. Der Sofortvollzug der Verfügung wurde angeordnet. Der Antragsteller, der in der Nähe des so gesperrten Bereichs wohnt, erhob am 01.09.2008 gegen die Verfügung Widerspruch.

Am 07.09.2008 hat der Antragsteller bei Gericht beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die Verfügung vom 15.08.2008 wiederherzustellen.

Er trägt vor, die Verfügung schränke ihn in unzumutbarer und unverhältnismäßiger Weise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit ein.

Die Antragsgegnerin tritt dem Antrag entgegen. Es handle sich bei der Untersagungsverfügung um eine präventive Maßnahme, um einen ungestörten Verlauf der Kerwe zu sichern. Damit sei kein erheblicher Eingriff in Freiheitsrechte verbunden. Jedermann könne auf dem eigentlichen Festplatz und an den konzessionierten Ständen in geselliger Atmosphäre auch Alkohol genießen.

**Lösung:**

Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft und auch sonst zulässig, da der Antragsteller als Bewohner von N., der sich auch in dem von der Verfügung betroffenen Bereich aufhalten will, in seinen Rechten verletzt sein kann. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

Die begehrte Entscheidung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 4 VwGO erfordert eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Umsetzung der beanstandeten Allgemeinverfügung auch gegenüber dem Antragsteller und seinem Interesse, von dem Verbot, vier Tage lang in N. innerorts Alkohol mitzuführen und in der Öffentlichkeit zu konsumieren, verschont zu werden. Im Rahmen dieser Abwägung sind die Erfolgsaussichten der Rechtsmittel gegen die Verfügung zu berücksichtigen. Die Interessenabwägung führt im vorliegenden Fall zu der begehrten Aussetzungsentscheidung, denn es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung vom 15.08.2008.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Polizeigesetzes für Baden-Württemberg in der Fassung vom 13.01.1992 (GBl. S. 1) hat die Antragsgegnerin als Polizeibehörde die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Nach § 3 PolG sind dabei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Nach § 5 Abs. 2 PolG darf eine polizeiliche Maßnahme keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. Diese gesetzlichen Normen fordern beim Erlass von Verwaltungsakten, also auch bei einer Allgemeinverfügung, zumindest eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Diese besteht hier nach der im vorliegenden Verfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sachlage aber nicht. Eine solche konkrete Gefahr setzt nämlich eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt. Schaden bedeutet, dass durch das Gesetz geschützte Güter verletzt oder gemindert werden. Als geschützte Güter kommen vorliegend in Betracht: Leib und Leben von Menschen und fremdes Eigentum, gegebenenfalls auch der ungehinderte Gemeingebrauch von Straßen, Parkanlagen oder des Festbereichs sowie ein Mindestmaß an Nachtruhe auch an den Festtagen. Es ist jedoch keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die irgendwann zwischen dem 13. und 16.09.2008 alkoholische Getränke in den in der Verfügung genannten innerörtlichen Straßen und Plätzen N.s mit sich führen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und im obigen Sinne als Störer auftreten werden. Ein solch allgemeiner Verdacht kann nicht als konkrete Gefahr allein damit begründet werden, dass die Antragsgegnerin in den zurückliegenden Jahren während der Ortsfeste verstärkt Ruhestörungen und Sachbeschädigungen in einer Parkanlage festgestellt hat. Dies rechtfertigt es offenkundig nicht, auch den Antragsteller als unbescholtenen Bürger wie einen mutmaßlichen Störer zu behandeln, sollte er in den obengenannten Tagen im Ortskern von N. Alkohol erwerben und nach Hause bringen oder umgekehrt auf einer Parkbank eine mitgebrachte Flasche Bier austrinken. Die übrigen Ausführungen der Antragsgegnerin zur

Problematik von Alkoholexzessen bei Großveranstaltungen und den damit verbundenen Folgeerscheinungen schildern lediglich eine abstrakte Gefahr, was auch dadurch deutlich wird, dass hier von der Antragsgegnerin lediglich die Begründung der vom Rechtsamt des Rhein-Neckar-Kreises empfohlenen Musterverfügung wiederholt wird. Es liegt nur eine abstrakte Gefahr vor, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei bestimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall aufzutreten pflegt. Auf mehr kann die Antragsgegnerin sich im Hinblick auf ihre Ortsfeste nicht berufen. Um den im Jahr 2007 verunreinigten Park zu schützen, würde es genügen, ihn zeitweise für den Besucherverkehr zu sperren.

Insgesamt ist für das Gericht nach Aktenlage hier keine konkrete Gefahr im Sinne der §§ 1- 9 PolG feststellbar, die es rechtfertigen könnte, allen Personen, die sich während der Festtage im Ortskern von N. aufhalten, zu verbieten, Alkohol öffentlich zu erwerben, zu besitzen und zu verzehren. Der bereits beschriebenen abstrakten Gefahr, die vom Gericht nicht geleugnet werden soll, könnte durch weniger einschneidende und umfassende Maßnahmen begegnet werden. Zu denken wäre an eine Polizeiverordnung nach Freiburger Muster, die an bestimmten, besonders betroffenen öffentlich zugänglichen Stellen zu eingeschränkten Zeiten verbietet, alkoholische Getränke mit sich zu führen, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, diese in der Öffentlichkeit konsumieren zu wollen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

**Für Referendare:**

Tenor

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 15.08.2008 wird wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

## Arbeitsrecht

Gericht: OLG Düsseldorf	<b>Abgrenzung Arbeitnehmer und freier Mitarbeiter</b>	GewO
Aktenzeichen: I-24 W 19/08		§ 106
Datum: 14.07.2008		

	<b>Zu den Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern.</b>
---	---

Die Gerichte für Arbeitssachen sind u. a. zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern (Arbeiter und Angestellte) und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Nichtbestehen eines solchen Arbeitsverhältnisses, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit a und b, § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. Für die Frage nach dem zulässigen Rechtsweg ist es deshalb geboten, das Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstnehmer) abzugrenzen. Beide Rechtsverhältnisse unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der Dienstverpflichtete gegenüber dem Vertragspartner befindet. Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von dem Dienstberechtigten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation erweist sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (vgl. § 106 GewO) unterliegt. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist deshalb namentlich der Mitarbeiter, der im Wesentlichen nicht frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit

bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). Für die Abgrenzung maßgeblich sind die tatsächlichen Umstände, die die Beziehung prägen und nach denen diese in Wirklichkeit durchgeführt wird. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nämlich nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist die Vertragspraxis maßgebend (ständige höchstrichterl. Rechtsprechung z. B. BAG NZA-RR 2007, 424 m. w. N.). Für die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs sind Arbeitnehmern gleichgestellt solche Dienstverpflichtete, die - bei persönlicher Unabhängigkeit - wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, § 5 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 ArbGG. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft in nur einem Dienstverhältnis und auf die Einkünfte aus der Dienstleistung zur Sicherung ihrer Existenzgrundlage angewiesen sind (vgl. BAGE 103, 20).

Gericht: LAG Berlin-Brandenburg	<b>Fall „Emmely“: Fristlose Kündigung wegen 1,30 Euro</b>	BGB
Aktenzeichen: 7 Sa 2017/08		§ 626
Datum: 24.02.2009		

	<b>Kassierer müssen auch schon bei Unterschlagung kleinster Beträge (hier: Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro) mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Insoweit kommt es nicht auf die Höhe des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens an, sondern auf den durch eine solche Tat entstehenden irreparablen Vertrauensverlust. Selbst eine langjährige Betriebszugehörigkeit und ein fortgeschrittenes Alter schützen in diesem Fall nicht vor einer fristlosen Kündigung.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin, eine 50-jährige Mutter von drei Kindern, war seit mehr als 30 Jahren bei der beklagten Supermarktkette als Kassiererin beschäftigt. Eine andere Mitarbeiterin (M.) teilte der Beklagten mit, dass sie beobachtet habe, wie die Klägerin zwei ihr nicht gehörende Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro aus dem Kassenbüro entnommen habe. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage bestritt die Klägerin den Unterschlagungsvorwurf. Die Kündigung stehe damit im Zusammenhang, dass sie wenige Wochen vorher als Gewerkschaftsmitglied in ihrer Filiale einen Mitarbeiter-Streik organisiert habe. Im Übrigen sei der Vorwurf nicht schwerwiegend genug, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Es könne auch nicht angehen, dass bei einer Verdachtskündigung der Arbeitnehmer seine Unschuld beweisen müsse.

#### **Lösung:**

Das LAG wies die Klage – wie schon die Vorinstanz – ab und ließ die Revision nicht zu.

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin wirksam fristlos gekündigt (§ 626 Abs.1 BGB). Ihr war eine Weiterbeschäftigung der Klägerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist auch unter Berücksichtigung des Alters und der langen Betriebszugehörigkeit der Klägerin nicht zumutbar.

Kündigung wegen des Verdachts einer Straftat Im Streitfall sind die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung erfüllt. Es liegt der dringende, auf objektive Tatsachen basierende Verdacht einer Straftat zu Lasten der Beklagten vor.

Keine Unschuldsvermutung im Kündigungsrecht Das Institut der Verdachtskündigung begegnet entgegen der Auffassung der Klägerin auch keinen grundsätzlichen Bedenken. Es ist gerade nicht so, dass der Arbeitnehmer seine "Unschuld" beweisen muss. Die Beweislast für den dringenden Verdacht einer Straftat liegt vielmehr beim Arbeitgeber. Im Übrigen ist eine Unschuldsvermutung ("im Zweifel für den Angeklagten") lediglich im Strafrecht zu berücksichtigen. Für das Kündigungsrecht gilt dagegen das "Prognoseprinzip", das danach fragt, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers angesichts dringender Verdachtsmomente zumutbar ist.

Straftat erwiesen Im Streitfall steht zudem angesichts der glaubwürdigen Aussage der Zeugin M. und weiterer Umstände zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin die Leerbons unrechtmäßig an sich genommen hat. Wert der unterschlagenen Sache irrelevant Auch die gebotene Interessenabwägung fällt zuungunsten der Klägerin aus. Zu ihren Gunsten sind zwar ihr Alter und die langjährige Beschäftigungsdauer zu berücksichtigen.

Entscheidend ist aber, dass ein Arbeitgeber sich darauf verlassen können muss, dass seine Kassierer im Umgang mit Geld und geldwerten Bons absolut ehrlich sind. Aus diesem Grund ist der Wert der entwendeten Sache irrelevant. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass bei Vermögensstraftaten eines Kassierers das Vertrauen des Arbeitgebers in dessen Ehrlichkeit irreparabel zerstört wird. So liegt der Fall auch hier, zumal die Klägerin sich als uneinsichtig gezeigt, ihr Fehlverhalten nicht eingeräumt und sogar ohne Grund eine Kollegin belastet hat.

Kein Zusammenhang mit Streikaufruf Ein Zusammenhang der Kündigung mit dem Streikaufruf der Klägerin ist nicht erkennbar.

*Anm. von Dr. Dirk Schweinberger: Das Urteil bestätigt im Ergebnis die bisherige st. Rspr. des BAG. Die öffentliche Erregung dürfte eher damit zusammenhängen, dass einerseits Banker Millionen und Milliarden verzocken, für die – ohne persönliche Konsequenzen – der Steuerzahler aufkommt, wohingegen „der kleine Mann“ wegen 1,30 Euro gekündigt wird. Der Fehler im Rechtssystem liegt jedoch nicht im Fall „Emmely“ ...*

Gericht: LAG Frankfurt	<b>Ungleichbehandlung bei Pflichtverletzungen mehrerer Arbeitnehmer</b>	BGB
Aktenzeichen: 6 Sa 384/08		§ 626
Datum: 10.09.2008		

	Bei gleichartigen Pflichtverletzungen mehrerer Arbeitnehmer (hier: Missbrauch von Payback-Punkten) kann der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres nur einzelnen Arbeitnehmern kündigen und die anderen lediglich verwarnen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei Kündigungen zwar nicht unmittelbar zu beachten. Er entfaltet aber eine dahingehende mittelbare Wirkung, dass der Arbeitgeber nicht ohne sachliche Differenzierungsgründe gleichartige Pflichtverletzungen unterschiedlich ahnden darf.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger war in dem Kaufhaus des Beklagten beschäftigt. Dort wurden Konzertkarten verkauft, denen ein Payback-Sondercoupon über 500 Payback-Punkte angehängt war. Die Punkte entsprachen einem Wert von fünf Euro und sollten nur einmal eingelöst werden. Eine Mehrfacheinlösung war technisch allerdings nicht ausgeschlossen.

Die Revisionsabteilung des Beklagten stellte fest, dass einige Arbeitnehmer, darunter auch der Kläger, auf ihren Payback-Karten oder denen von Familienangehörigen den Sondercoupon bis zu 50 Mal verbucht hatten. Der Beklagte sprach daraufhin unter anderem gegenüber dem Kläger eine außerordentliche und hilfsweise eine ordentliche Kündigung aus. Bei elf weiteren Mitarbeitern, die ebenfalls den Sondercoupon mehrfach eingelöst hatten, beließ er es bei einer Verwarnung.

Mit seiner gegen die Kündigung gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass es von den Vorgesetzten widersprüchliche Hinweise zum Umgang mit den Sondercoupons gegeben habe. Außerdem sei nicht ersichtlich, warum der Beklagte ihm gegenüber eine Kündigung ausgesprochen, es in anderen Fällen jedoch bei einer Verwarnung belassen habe.

**Lösung:**

Die Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.

Der Beklagte hat den Arbeitsvertrag mit dem Kläger nicht wirksam - ordentlich oder außerordentlich – gekündigt. Die Kündigung verstößt gegen den "ultima-ratio-Grundsatz". Angesichts der unklaren Sachlage und des Umstands, dass der Beklagten eine vergleichbare Pflichtverletzung bei anderen Mitarbeitern nur mit einer Verwarnung geahndet hat, hätte er den Kläger vor Ausspruch einer Kündigung abmahnen müssen.

Der Beklagte konnte nicht nachweisen, dass die Kassiererinnen eine klare Anweisung hatten, den Sondercoupon nach der erstmaligen Einlösung zu vernichten. Im Übrigen hat der Beklagte gegenüber einigen am Prämienbetrug beteiligten Mitarbeitern nur eine Verwarnung ausgesprochen und damit zu erkennen, dass die Pflichtverletzung einer Weiterbeschäftigung nicht zwingend entgegensteht.

Zwar können sich Arbeitnehmer bei einer Kündigung nicht unmittelbar auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen. Vielmehr beurteilt sich die Rechtmäßigkeit einer Kündigung in erster Linie nach einer umfassenden Abwägung der Umstände des Einzelfalls. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann allerdings als ein maßgeblicher Gesichtspunkt in die Abwägung miteinbezogen werden und entfaltet insoweit eine

mittelbare Wirkung. Daher müssen Arbeitgeber, die bei gleicher Ausgangslage nach einer bestimmten Regel verfahren, darlegen, weshalb sie in einzelnen Fällen von der Regel abweichen.

Für den im Streitfall vorliegenden Prämienbetrug folgt hieraus, dass der Beklagte nicht ohne sachliche Differenzierungsgründe einzelnen Arbeitnehmern kündigen und andere Arbeitnehmer nur verwarnen durfte. Er hat auch keine Umstände vorgetragen, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

Gericht: LAG Düsseldorf	<b>Umsetzung EuGH-Urteil: Urlaubsabgeltung bei Langzeiterkrankung</b>	BUrlG § 7
Aktenzeichen: 12 Sa 486/06		
Datum: 02.02.2009		

	Das LAG Düsseldorf hat in Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.01.2009 (Rs.: C-350/06, ZARA 1/2009, S. 29) entschieden, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch von vier Wochen pro Jahr auch dann abzugelten ist, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Urlaubsjahres und Übertragungszeitraums krankgeschrieben war. Gleiches soll für den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Arbeitnehmer gelten. Die EG-Arbeitszeitrichtlinie erfasse allerdings nicht tariflichen oder einzelvertraglich vereinbarten Mehrurlaub.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 1971 bei dem Beklagten beschäftigt. Er war seit 1995 immer wieder längere Zeit arbeitsunfähig erkrankt. Zuletzt war er durchgehend von September 2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im September 2005 krankgeschrieben. Ihm standen pro Jahr sieben Wochen Urlaub zu, nämlich vier Wochen gesetzlicher Erholungsurlaub, eine Woche Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen und zwei Wochen tariflicher Mehrurlaub.

Mit seiner Klage verlangte der Kläger die Abgeltung des noch offenen Urlaubs aus den Jahren 2004 und 2005. Das ArbG wies die Klage ab, weil nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs am Ende des Kalenderjahrs und spätestens am Ende des Übertragungszeitraums verfallt. Das gelte auch, wenn der Arbeitnehmer - wie hier - bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig gewesen sei und deshalb keinen Urlaub nehmen können.

Auf die Berufung des Klägers setzte das LAG Düsseldorf das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es mit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) vereinbar sei, wenn der Anspruch auf Urlaub in Fällen wie dem Vorliegenden verfallt. Der EuGH verneinte dies. Daraufhin gab das LAG der Klage weitgehend statt. Es ließ allerdings die Revision zum BAG zu.

**Lösung:**

**Die Gründe:** Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs, des Zusatzurlaubs wegen Schwerbehinderung und des tariflichen Mehrurlaubs für 2005. Dies folgt aus einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 BUrlG. Danach gilt, dass

der gesetzliche Urlaubsanspruch auch für Zeiten erworben wird, in denen der Arbeitnehmer krankgeschrieben war,

ein im Urlaubsjahr nicht erteilter Urlaub zu späterer Zeit nachzugewähren ist

und ein bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht genommener Urlaub auch dann abzugelten ist, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Urlaubsjahres und darüber hinaus krankgeschrieben war.

Die Arbeitszeitrichtlinie erfasst allerdings nicht tariflichen oder einzelvertraglich vereinbarten Mehrurlaub. Daher besteht nicht in jedem Fall ein Anspruch auf Abgeltung eines nicht genommenen tariflichen Urlaubs.

Im Streitfall ist wegen einer tariflichen Sonderregelung der zweiwöchige Mehrurlaub für 2004 verfallen, während der Anspruch auf den Mehrurlaub für 2005 in vollem Umfang entstanden und daher abzugelten ist.

Anzeige



## Crash-Kurse wieder im Juni und August 2009

Öff. Recht / Zivilrecht / Strafrecht. An drei Wochenenden (Samstag und Sonntag).

Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr

Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)