

Mandanten-schnell-Brief

• neueste Informationen •

aus den Gerichtssälen / aus Berlin/Bonn (neue Gesetze) / aus der anwaltlichen Praxis

Dezember 2008

MB Heft 12/08

erscheint monatlich

**Sehr geehrte Mandanten,
anliegend die neuesten Informationen:**

Ohne Gewähr!

A. Aus der Gesetzgebung

BUNDESMINISTERGESETZ

3. Gesetz zur Änderung des Bundesministergesetzes v. 23.10.2008, BGBl. I S. 2018; Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung.

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Bundesministergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 1971 (BGBl. I S. 1166), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 15. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3390), wird wie folgt geändert:

1. Dem § 12 wird folgender Absatz 6 angefügt:

„(6) Mitglieder der Bundesregierung und Versorgungsempfänger nach diesem Gesetz erhalten, soweit kein Anspruch nach § 27 des Abgeordnetengesetzes besteht, Beihilfe in sinngemäßer Anwendung der für Bundesbeamte geltenden Vorschriften.“

2. In § 14 Abs. 2 Satz 1 wird das Wort „drei“ durch das Wort „zwei“ ersetzt.

3. § 15 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden das Wort „zwei“ durch das Wort „vier“ ersetzt und nach den Wörtern „bei einem Mitglied der Bundesregierung“ die Wörter „sowie Zeiten einer vorausgegangenen Mitgliedschaft in einer Landesregierung, die zu keinem Anspruch auf Versorgung nach Landesrecht geführt haben“ eingefügt.

bb) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Bei einer Beendigung des Amtsverhältnisses aus den in § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 3 genannten Gründen oder im Falle einer Auflösung des Bundestages und einer ununterbrochenen Zugehörigkeit zur Bundesregierung von mehr als zwei Jahren gilt dies als Amtszeit von vier Jahren.“

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Der Anspruch auf Ruhegehalt ruht bis zum Ende des Monats, in dem

1. die für Beamte geltende Regelaltersgrenze erreicht oder

2. das Ruhegehalt auf Antrag vorzeitig ab Vollendung des 60. Lebensjahres in Anspruch genommen

wird. Das Ruhegehalt beträgt nach Vollendung einer Amtszeit von vier Jahren 27,74 vom Hundert des Amtsgehalts und des Ortszuschlags. Es steigt mit jedem weiteren Amtsjahr um 2,39167 vom Hundert bis zum Höchstsatz von 71,75 vom Hundert. In den Fällen des Satzes 1 Nr. 2 vermindert sich das Ruhegehalt um 3,6 vom Hundert für jedes Jahr, um das das ehemalige Mitglied der Bundesregierung das Ruhegehalt vor Ende des Monats, in dem es die für Beamte geltende Regelaltersgrenze erreicht, vorzeitig in

Anspruch nimmt. Die Minderung des Ruhegehalts darf 14,4 vom Hundert nicht überschreiten.“

c) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Ein ehemaliges Mitglied der Bundesregierung, das die Voraussetzung des Absatzes 1 nicht erfüllt, wird auf Antrag in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch über die Nachversicherung für die Dauer seiner Amtszeit nachversichert. Dies gilt nicht, wenn und soweit die Amtszeit in einer öffentlich-rechtlichen Versicherung oder in einer Versorgung nach dienstrechtlichen Grundsätzen berücksichtigt ist oder berücksichtigt wird.“

d) In Absatz 4 Satz 2 werden die Wörter „Absatz 1 und Absatz 3 Satz 1“ durch die Wörter „Absatz 1 und Absatz 3 Satz 2“ ersetzt.

§ 20 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

„(2a) Ruhegehalt wird neben Erwerbs- und Erwerbsersatzeinkommen, das nicht nach Absatz 2 berücksichtigt wird, oder neben Renten nur in der Höhe gewährt, die sich bei sinngemäßer Anwendung der §§ 53 und 55 des Beamtenversorgungsgesetzes ergibt. § 55 des Beamtenversorgungsgesetzes ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Höchstgrenze nach § 55 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Beamtenversorgungsgesetzes ein sich unter Berücksichtigung des Höchstsatzes nach § 15 Abs. 3 Satz 3 ergebendes Ruhegehalt tritt; § 21a Abs. 5 Satz 1 dieses Gesetzes sowie § 69e Abs. 3 Satz 3 des Beamtenversorgungsgesetzes gelten entsprechend. Auf das Übergangsgeld nach § 14 ist § 55 des Beamtenversorgungsgesetzes ab dem zweiten Monat mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Höchstgrenze des § 55 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Beamtenversorgungsgesetzes der jeweilige Betrag nach § 14 Abs. 3 Satz 1 oder der nach Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 sich ergebende Betrag tritt. Der sich nach Anwendung der Sätze 1 und 2 ergebende Ruhensbetrag darf zusammen mit dem Anrechnungsbetrag nach § 14 Abs. 6 und dem Ruhensbetrag nach Satz 3 die nach Satz 1 zu berücksichtigenden Leistungen nicht übersteigen. Die Sätze 1 bis 4 sind nur auf Versorgungsfälle anzuwenden, denen ein nach dem 21. November 2005 begründetes öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis zugrunde liegt.“

In Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „Absätze 1 und 2“ durch die Wörter „Absätze 1 bis 2a“ ersetzt.

Absatz 5 wird aufgehoben.

5. Dem § 21 werden folgende Absätze 3 und 4 angefügt:

„(3) Dieses Gesetz ist auf die Mitglieder des Ministerrats der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, die diesem im Zeitraum ab dem 12. April 1990 angehört haben, mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

Das Ruhegehalt wird vom Ende des Monats, in dem das ehemalige Mitglied des Ministerrats das 55. Lebensjahr vollendet hat, gewährt. Es beträgt für die Zeit der Zugehörigkeit zum Ministerrat in dem Zeitraum ab dem 12. April 1990 für

1. den Ministerpräsidenten fünf vom Hundert des Amtsgehalts und des Ortszuschlags des Bundeskanzlers,
2. die Minister fünf vom Hundert des Amtsgehalts und des Ortszuschlags eines Bundesministers

nach § 11 in Verbindung mit dem Gesetz über die Nichtanpassung von Amtsgehalt und Ortszuschlag der Mitglieder der Bundesregierung und der Parlamentarischen Staatssekretäre. § 20 Abs. 2a ist nur hinsichtlich der Berücksichtigung von Renten anzuwenden. Versorgungsbezüge werden auf Antrag ab dem 1. November 2008 gewährt. Die Sätze 1 bis 5 gelten nicht, wenn der Berechtigte oder derjenige, von dem er seine Berechtigung herleitet, gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder in schwerwiegendem Maße die Stellung zum eigenen Vorteil oder Nachteil anderer missbraucht hat.

(4) Für ehemalige Mitglieder der Bundesregierung, die die Voraussetzungen des Absatzes 3 erfüllen, gilt die Zeit der Zugehörigkeit zum Ministerrat als volles Amtsjahr.“

6. § 21a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Nr. 1 Satz 1 werden nach der Angabe „§ 20 Abs. 5“ die Wörter „in der vor dem 29. Oktober 2008 geltenden Fassung“ eingefügt.
- b) Absatz 5 wird wie folgt geändert:
 - aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„§ 69e Abs. 3 Satz 1 und 5 und Abs. 4 des Beamtenversorgungsgesetzes ist entsprechend anzuwenden; dies gilt nicht für den gemäß § 15 Abs. 3 Satz 2 nach vier Jahren Amtszeit erreichten und den in § 15 Abs. 5 Satz 1 festgelegten Mindestruhegehaltssatz sowie den in § 21 Abs. 3 festgelegten Ruhegehaltssatz und das danach ermittelte Ruhegehalt.“

bb) Nach Satz 2 werden folgende Sätze angefügt:

„Auf die Rechtsverhältnisse derjenigen ehemaligen Mitglieder der Bundesregierung, deren Amtszeit vor dem 23. November 2005 geendet hat und die danach nicht wieder Mit-

glieder der Bundesregierung geworden sind, sind § 14 Abs. 2, § 15 und § 20 Abs. 5 in der vor dem 29. Oktober 2008 geltenden Fassung anzuwenden. Auf die Rechtsverhältnisse derjenigen ehemaligen Mitglieder der Bundesregierung, die der Bundesregierung in Zeiträumen sowohl vor als auch nach dem 22. November 2005 angehört haben, ist § 15 in der vor dem 29. Oktober 2008 geltenden Fassung anzuwenden; dabei werden bis zum Ende des Monats, in dem sie die für Beamte geltende Regelaltersgrenze erreichen, Amtszeiten und Amtsverhältnisse nach dem 22. November 2005 nicht berücksichtigt. Satz 4 gilt nicht, wenn am 22. November 2005 ein Anspruch auf Ruhegehalt nach diesem Gesetz nicht gegeben war."

Artikel 2

Das Bundesministerium des Innern kann den Wortlaut des Bundesministergesetzes in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen.

Artikel 3

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 23. Oktober 2008

Der Bundespräsident
Horst Köhler

Die Bundeskanzlerin
Dr. Angela Merkel

Der Bundesminister des Innern
Schäuble

FORDERUNGSSICHERUNG

Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen v. 23.10.2008, BGBl. I S. 2022; Inkrafttreten am 01.01.2009.

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1666), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 641a wie folgt gefasst:
„§ 641a (weggefallen)“.
- 1a. In § 204 Abs. 1 Nr. 8 werden die Wörter „oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a“ gestrichen.
- 1b. In § 308 Nr. 5 wird der Satzteil nach dem Wort „hinzuweisen;“ gestrichen.

1c. In § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff wird der Satzteil nach dem Wort „wird;“ gestrichen.

1d. Dem § 310 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“

2. § 632a wird wie folgt gefasst:

„§ 632a

Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.

(3) Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(4) Sicherheiten nach dieser Vorschrift können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.“

In § 641 werden die Absätze 2 und 3 wie folgt gefasst:

„(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder
3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.“

4. § 641a wird aufgehoben.

5. § 648a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.“

b) Die Absätze 5 und 6 werden wie folgt gefasst:

„(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer."

Dem § 649 wird folgender Satz angefügt:

„Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.“

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1666), wird wie folgt geändert:

1. Dem Artikel 229 wird folgender § 18 angefügt:

„§ 18

Überleitungsvorschrift

zum Forderungssicherungsgesetz

(1) Die Vorschriften der §§ 204, 632a, 641, 648a und 649 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach diesem Tag entstanden sind.

(2) § 641a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2009 entstanden sind, in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden."

In Artikel 244 werden nach den Wörtern „die Errichtung“ die Wörter „oder den Umbau“ eingefügt.

Artikel 3

Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), wird wie folgt geändert:

Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz – BauFordSiG)“.

2. § 1 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Herstellung“ die Wörter „oder dem Umbau“ eingefügt und das Wort „Lieferungsvertrags“ durch das Wort „Kaufvertrags“ ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist.“

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Baugeld sind Geldbeträge,

1. die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Anspruch des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung eines Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues oder Umbaues erfolgen soll, oder

2. die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.

Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues oder Umbaues erfolgen soll."

c) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Ist die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die Beweislast den Empfänger.“

3. Die §§ 2, 3 und 6 werden aufgehoben.
4. Der bisherige § 5 wird § 2.

Artikel 4**Änderung
der Verordnung über
Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen
und der Makler- und Bauträgerverordnung**

1. Die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) wird wie folgt geändert:

a) § 1 wird wie folgt gefasst:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Errichtung“ die Wörter „oder den Umbau“ eingefügt.

bb) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„§ 632a Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet Anwendung.“

b) Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

„§ 2a

Übergangsregelung

Die Verordnung ist in ihrer vom 1. Januar 2009 an geltenden Fassung nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die seit diesem Tag entstanden sind.“

Die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates sind gewahrt.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt. Es ist im Bundesgesetzblatt zu verkünden.

Berlin, den 23. Oktober 2008

Der Bundespräsident
Horst Köhler

Die Bundeskanzlerin
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin der Justiz
Brigitte Zypries

2. In § 10 Abs. 6 der Makler- und Bauträgerverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. November 1990 (BGBl. I S. 2479), die zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3089) geändert worden ist, wird die Angabe „und die §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung in der jeweils geltenden Fassung“ gestrichen.

Artikel 5**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft.

B Aus der neuen Rechtsprechung

ZIVILRECHT

I. KOSTENERSTATTUNGSANSPRUCH

nicht für GPS-Observierung durch Detektiv

(OLG Magdeburg NJW 08, 3508; Beschluss v. 20.05.2008 - 13 WF 93/08)

Die für eine GPS-Observierung durch einen Detektiv angefallenen Kosten sind **nicht erstattungsfähig**.

„Der Einsatz eines GPS-Systems dient dazu, den Standort eines Kraftfahrzeugs laufend zu orten. Das System ermöglicht damit die **heimliche Erstellung eines umfassenden Bewegungsprofils** einer Person. Dieses beschränkt sich nicht auf die Feststellung, wann und für wie lange die Anschrift des vermeintlichen Partners aufgesucht wird, sondern zeichnet unvermeidbar auch alle anderen Fahrten auf. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine lückenlose Überwachung aller Fahrten aus privaten und beruflichen Zwecken – eine für das angestrebte Ermittlungsergebnis **nicht erforderliche Kontrolle**. Auch wenn die Betätigung im öffentlichen Raum nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört, stellt eine so weitgehende Beobachtung einen erheblichen Eingriff in das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG geschützte **allgemeine Persönlichkeitsrecht** und das davon umfasste **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** dar (vgl. BVerfGE 112, 304 = NJW 05, 1338 = MMR 05, 371; OLG Koblenz NJW 07, 2863; OVG Hamburg NJW 08, 96). Wenn auch die GPS-gestützte Ermittlung eines Aufenthaltsortes im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen nicht generell unzulässig ist (BVerfGE 112, 304 = NJW 05, 1338 = MMR 05, 371), ist bei dem Einsatz solcher Mittel der allgemeine **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten**. Dies erschließt sich unmittelbar aus § 100h StPO a.F., der den Einsatz von besonderen, für Observationszwecke bestimmten technischen Mitteln außerhalb des Wohnraums nur zulässt, wenn Feststellungen auf andere Weise weniger erfolgversprechend sind und es sich um Straftaten von erheblicher Bedeutung handelt. Demnach ist der **Einsatz moderner technischer Geräte zur heimlichen Personenüberwachung** bereits im Strafverfahren **nicht beliebig zulässig**, sondern zum Schutz der Privatsphäre an konkrete Voraussetzungen gebunden. Unter diesen Voraussetzungen beruhen die aus einer heimlichen GPS-Überwachung gewonnenen Erkenntnisse auf einem **nicht gerechtfertigten Eingriff in die Privatsphäre** und wären daher **prozessual nicht verwertbar** (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 286 Rn 15 a)“ (OLG Oldenburg aaO).

II. SOFORTIGES ANERKENNTNIS

Ankündigung eines Klageabweisungsantrags

(OLG Frankfurt a.M. OLGR 08, 813; Beschluss v. 07.03.2008 - 19 W 10/08)

Ein **sofortiges Anerkenntnis** ist dann **nicht mehr gegeben, wenn zuvor** innerhalb der Klageerweiterungsfrist ein **Klageabweisungsantrag angekündigt wurde, ohne dass zugleich deutlich gemacht wurde, dass der Klageanspruch noch nicht abschließend geprüft worden ist**.

„Zwar kann der geltend gemacht Anspruch auch bei Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens grundsätzlich innerhalb der Klageerweiterungsfrist „sofort“ i.S. des § 93 ZPO anerkannt werden. Mit Rücksicht darauf, dass eine bekl. Partei bei Anordnung eines frühen ersten Termins jedenfalls innerhalb der Frist zur Klageerweiterung ein „sofortiges“ Anerkenntnis abgeben kann, kann die Billigkeitsentscheidung, die nach § 93 ZPO zu treffen ist, für den Fall der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens nicht davon abhängen, ob ein Anerkenntnis in der Frist zur Abgabe der Verteidigungserklärung oder in der anschließenden Frist zur Klageerweiterung abgegeben wird

Hier wurde ein Anerkenntnis zwar schon vor Ablauf der Klageerweiterungsfrist abgegeben. Jedoch hatten die Bekl. bereits zuvor den **Antrag, die Klage abzuweisen, angekündigt. Damit gingen die Bekl. ohne jeden sachlichen Anlass über die bloße Anzeige der Verteidigungsabsicht, die in erster Linie der Vermeidung eines Versäumnisurteils nach § 331 III ZPO**

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

dient, **hinaus**; auch ohne eine Begründung dieses Antrags verdeutlichen die Bekl. hierdurch, dass sie nicht nur überhaupt zur Klage vortragen, sondern die Klageforderung bestreiten und ihre Rechtsverteidigung auf die Abweisung der Klage einrichten wollten. Einen Hinweis darauf, dass die Prüfung des Klageanspruchs noch nicht abgeschlossen war und sie sich ihre Entscheidung über das weitere Vorgehen noch vorbehalten wollten, enthält der Schriftsatz nicht. Es bedarf keiner Entscheidung, ob ein im schriftlichen Vorverfahren innerhalb der Klageerwiderungsfrist abgegebenes Anerkenntnis in keinem Fall mehr als „sofort“ i.S. des § 93 ZPO abgegeben angesehen werden kann, wenn zuvor ein abweichender Sachantrag angekündigt wurde (so OLG Karlsruhe OLGR 03, 198 = FamRZ 03, 942 [943]; Deichfuß MDR 04, 190 [192]). Jedenfalls dann aber, wenn - wie hier - das Anerkenntnis einem Klageabweisungsantrag nachfolgt, ohne das deutlich gemacht worden ist, dass die bekl. Partei den Klageanspruch und ihr Vorgehen im Rechtsstreit noch nicht abschließend geprüft hat, kann das Anerkenntnis nicht als „sofort“ i.S. des § 93 ZPO abgegeben angesehen werden. In einem solchen Fall entspricht es nicht der Billigkeit, der bekl. Partei den Vorteil des § 93 ZPO zu erhalten“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

III. UNKLARER HINWEISBESCHLUSS

Verletzung rechtlichen Gehörs

(BAG NZA 08, 1206; Beschluss v. 26.06.2008 – AZN 1026/07)

Erteilt das Gericht den Prozessparteien einen **missverständlichen Hinweis** und gibt es den Parteien **nicht die Möglichkeit, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen, so verletzt dies** - sofern der unterlassene Vortrag entscheidungserheblich gewesen wäre - den **Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör**.

„Der Hinweis des Gerichts verfehlt den **Zweck des § 139 II ZPO, den Parteien durch unmissverständliche Hinweise die Möglichkeit zu eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen** (vgl. dazu BGH NZA 02, 1086 = NJW 02, 3317 = AP ZPO §§ 139 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 139 Nr. 2). Das Gericht hätte deshalb den Kl. in der mündlichen Verhandlung darauf hinweisen müssen, dass es eine Beweisaufnahme nicht für erforderlich hält.

Der Verstoß gegen die Hinweispflicht aus § 139 II ZPO und die damit verbundene Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehöres (Art. 103 I GG) ist entscheidungserheblich. Der Kl. hat dargelegt, er hätte bei einem entsprechenden Hinweis das Vorhandensein einer ausreichenden Paraphierung im Original bestritten, sodass es zu dieser Frage einer Beweisaufnahme bedurft hätte“ (BAG aaO).

IV. GRUNDURTEIL

unzulässig bei unschlüssiger Klage

(BGH NJW 08, 1397; Urteil v. 14.03.2008 – V ZR 13/07)

Vor Klärung der Schlüssigkeit einer Klage ist der Erlass eines Grundurteil unzulässig.

„Ein Grundurteil darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und wenn nach dem Sach- und Streitstand der Anspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht (BGH NJW-RR 05, 928 = NZBau 05, 397; NJW-RR 07, 305 [306] = NZBau 07, 167 m.w.N.). Daran fehlt es, wenn der jeweilige Anspruch nicht nur teilweise, sondern **insgesamt unschlüssig** ist (BGH NJW-RR 04, 1034; Arnold, Das Grundurteil, S. 189). Das gilt auch dann, wenn der Partei noch Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag gegeben wird (vgl. BGH NJW-RR 05, 1008 [1009] = NZBau 05, 396), weil die beklagte Partei einen Anspruch auf Klageabweisung hat, wenn es der klagenden Partei nicht gelingt, ihren Klageanspruch mit ausreichendem tatsächlichen Vorbringen zu unterlegen.

Eine solche Konstellation liegt hier vor: Den geltend gemachten **Schadensersatzanspruch** erachtet das BerGer. nicht für schlüssig. Auch die verlangte Nutzungsentuschädigung **hängt** nach den Ausführungen des Berufungsurteils **von weiterem Vortrag ab**, nämlich dazu, ob das Gebäude überhaupt nutzbar war. Das **steht dem Erlass eines Grundurteils entgegen**“ (BGH aaO).

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

V. ZWANGSVERSTEIGERUNGSTERMIN

ordnungsgemäße Bekanntgabe im Internet

(BGH NJW 08, 3708; Beschluss v. 16.10.2008 –V ZB 94/08)

Eine **Bekanntmachung** ist bei einem verlinkten Portal - wie etwa dem Portal www.justiz.de - **elektronisch bekannt gemacht, wenn die Bekanntmachungsdaten auf dem Server des Portals abgelegt und zum Abruf bereitgestellt sind**, mit dem das Bekanntmachungsportal für den Abruf der Daten verlinkt ist.

VI. RÄUMUNGSVOLLSTRECKUNG

nichtehel. Lebensgefährte/volljährige Kinder des Mieters

(BGH DGVZ 08, 168; Beschluss v. 19.03.2008 –I ZB 56/07)

1. Hat der Mieter in die Mietwohnung einen **nichtehelichen Lebensgefährten** aufgenommen, so ist für die Räumungsvollstreckung auch ein **Vollstreckungstitel** gegen den nichtehelichen Lebensgefährten **erforderlich, wenn dieser Mitbesitz an der Wohnung begründet** hat.
2. **Minderjährige** Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, haben grundsätzlich **keinen Mitbesitz** an der gemeinsam genutzten Wohnung. Die **Besitzverhältnisse ändern sich** im Regelfall **nicht**, wenn die Kinder **nach Erreichen der Volljährigkeit** mit ihren Eltern weiter zusammenleben.

VII. MISSBRÄUCLICHE GMBH-GRÜNDUNG

Haftung der GmbH-Gesellschafter

(OLG Naumburg DB 08, 2300; Urteil v. 09.04.2008 – 6 U 148/07)

Wird eine **GmbH missbräuchlich nur dazu gegründet**, Baumaterialien zu erwerben, ohne die Lieferantenforderungen zu erfüllen, **muss der GmbH-Gesellschafter für die dadurch entstehenden Verbindlichkeiten einstehen**.

„Nach dem in Lit. und Rspr. anerkannten **Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung** muss der GmbH-Gesellschafter in **besonderen Ausnahmefällen** für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen, d. h. dafür mit seinem Privatvermögen haften. In diesen Fällen versagt die Berufung auf das Haftungsprivileg des § 13 GmbHG; die haftungsausschließende Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist aufgehoben, die Schuldverpflichtung der Gesellschaft greift auf den Gesellschafter durch.

Entscheidender Maßstab hierfür ist die Beurteilung des konkreten Sachverhalts nach den **Grundsätzen von Treu und Glauben i. S. des § 242 BGB**. Ergibt sich danach, dass die Berufung auf das **Trennungsprinzip des § 13 GmbHG** eine **unzulässige Rechtsausübung** darstellt, weil die Rechtsform der juristischen Person offenkundig dazu benutzt worden ist, einen von der Rechtsordnung nicht mehr zu billigenden Erfolg herbeizuführen, entfällt die Haftungsbeschränkung. Es ist nämlich nicht **Zweck des § 13 GmbHG**, durch die von ihm angeordnete Trennung zwischen der Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter mit der Rechtsordnung in Widerspruch stehenden Verhaltensweisen und Folgen abzusichern und auf diese Weise die zweckgerichtete Funktion anderer rechtsordnungsgemäßer Normen zu verhindern. Der Missbrauch kann sowohl in der missbräuchlichen Gründung und dem Einsatz der juristischen Person bestehen als auch in der missbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit einer zunächst ohne Missbrauch gegründeten juristischen Person. **Entscheidend ist, ob das Festhalten am gesetzlichen Trennungsprinzip zu Ergebnissen führt, die mit der geltenden Rechtsordnung – und sei es im weitesten Sinne – noch vereinbar sind.**

Dieser Ausgangspunkt belegt, dass von dem Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung nur mit aller Vorsicht Gebrauch gemacht werden darf, denn es darf nicht dazu führen, die Regel des § 13 GmbHG aufzuheben. Über die Rechtsform der juristischen Person darf nicht leichtfertig oder schrankenlos hinweggegangen werden“ (OLG Naumburg aaC).

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

VIII. GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER

außerordentliche Kündigung

(BAG NJW 08,3514; Urteil v.05.06.2008 – AZR 754/06)

Grds. wird **mit dem Abschluss eines schriftl. Geschäftsführerdienstvertrags ein zuvor mit der GmbH bestehendes Arbeitsverhältnis der Parteien beendet.**

„Schließt ein Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber einen schriftlichen Dienstvertrag, der Grundlage für eine Bestellung zum Geschäftsführer ist, besteht eine **tatsächliche Vermutung**, dass damit zugleich das zuvor begründete Arbeitsverhältnis aufgelöst worden ist.

Zugleich **stellt der neue Vertrag die ausschließliche Grundlage der rechtlichen Beziehungen der Parteien – sofern nicht etwas anderes vereinbart ist – dar.** Durch den schriftlichen Dienstvertrag liegt eine Vertragsurkunde vor, die dem Arbeitnehmer deutlich vor Augen führt, dass die bisherigen vertraglichen Beziehungen zu seinem Arbeitgeber geändert und auf eine **neue rechtliche Grundlage** gestellt worden sind“ (BAG aaO).

IX. BAUHANDWERKER-SICHERUNGSHYPOTHEK

Haftung des Grundstücks eines GbR-Geschafters

(OLG Frankfurt OLGR 08, 835; Urteil v. 04.01.2008 -8 U 138/07)

Der **Grundsatz**, dass der **Gesellschafter einer OHG, auf dessen Grundstück** die Gesellschaft mit seinem Einverständnis **Bauleistungen erbringen lässt**, aus haftungsrechtlichen Gründen (§ 128 HGB) die **Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek** auf diesem Grundstück **dulden muss, ist auf Gesellschafter einer GbR entsprechend anwendbar.**

X. DARLEHENSABLÖSUNG

kein Schuldanerkenntnis

(BGH NJW 08, 3425; Beschluss v.03.06.2008 –XI ZR 239/07)

Die **bloße Ablösung eines Darlehens** stellt **grds. kein kausales Anerkenntnis der Darlehensschuld** durch den Darlehensnehmer dar.

„Ein **kausales Schuldanerkenntnis** liegt nach Rspr. des BGH nur dann vor, wenn die Parteien mit ihm den **Zweck** verfolgen, ein **bestehendes Schuldverhältnis** insgesamt oder zumindest in bestimmten Beziehungen **dem Streit oder der Unge- wissheit zu entziehen und es insoweit endgültig festzulegen** (BGHZ 66, 250 [253 f.] = NJW 76, 1259).

Der **Wille der Parteien, eine derart weitgehende rechtliche Wirkung herbeizuführen, kann, wenn dies nicht ausdrücklich erklärt worden ist, nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden** (vgl. BGH NJW-RR 88, 794 = WM 88, 794 [795]). Der erklärte Wille der Beteiligten muss die mit einem **deklaratorischen Schuldanerkenntnis verbundenen Rechtsfolgen** tragen. Das setzt insbesondere voraus, dass diese Rechtsfolgen der **Interessenlage der Beteiligten, dem mit der Erklärung erkennbar verfolgten Zweck und der allgemeinen Verkehrsauffassung über die Bedeutung eines solchen Anerkenntnisses entsprechen. Eine generelle Vermutung** dafür, dass die Parteien ein bestätigendes Schuldanerkenntnis vereinbaren wollten, **gibt es nicht.** Seine Annahme ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn die Beteiligten dafür unter den konkreten Umständen einen besonderen Anlass hatten. Ein solcher besteht nur dann, wenn zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder über einzelne rechtliche Punkte herrschte“ (BGH aaO).

XI. AUSGLEICHANSPRÜCHE

nach Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

(BGH NJW 08, 3277; Urteil v.09.07.2008 –XII ZB1 79/05)

Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommen wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung (hier: Wohnhaus) geschaffen wurde, dessen Alleineigentümer der andere Partner ist, nicht nur **gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche**, sondern auch **Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung** (§ 812 I 2 Alt. 2 BGB) sowie nach den Grundsätzen über den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** in Betracht.

XII.

EHEVERTRAG

unwirksamer Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei Hausfrauehe

(BGH NJW 08, 3427; Urteil v. 09.07.2008 – XII ZR 6/07)

Ein **im Ehevertrag kompensationslos vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs** ist **nach § 138 I BGB nichtig**, wenn die Ehegatten bei Abschluss des Vertrages **bewusst in Kauf nehmen**, dass die **Ehefrau wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder** alsbald aus dem Berufsleben ausscheiden und bis auf Weiteres **keine eigenen Versorgungsansprüche** – mit Ausnahme der Kindererziehungszeiten – **erwerben wird**.

Der **Ausschluss des Versorgungsausgleichs** kann in solchen Fällen **zur Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages führen**, wenn die Ehefrau bei seinem Abschluss im 9. Monat schwanger ist und ihr der Vertragsentwurf erstmals in der notariellen Verhandlung bekannt gegeben wird.

XIII.

ADHÄSIONSVERFAHREN

Umfang der Pflichtverteidigerbeordnung

(Thür OLG Rpfleger 08, 529; Beschluss v. 14.04.2008 - 1 Ws 51/08)

Ohne ausdrückliche Beordnung eines Rechtsanwalts **nach § 404 V StPO** wird die **Vertretung im Adhäsionsverfahren nicht von der Pflichtverteidigerbeordnung erfasst**

XIV.

SCHWERER RAUB

Verwendung eines obj. ersichtlich ungefährlichen Gegenstands

(BGH StV 08, 520; Beschluss v. 10.07.2008 - 4 StR 298/08)

BGH StV 08, 520; Beschluss v. 10.07.2008 - 4 StR 298/08 **Objektiv ersichtlich ungefährliche Gegenstände**, die das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann, sind **keine tauglichen Werkzeuge oder Mittel i.S. des § 250 I Nr. 1b StGB**.

„Das LG hat zu der näheren Beschaffenheit des Gegenstandes, der dem Zeugen an den Hals gesetzt wurde, keine Feststellungen treffen können. Zu Gunsten des Angekl. ist deswegen davon auszugehen, dass es sich um einen Gegenstand handelte, der aus der Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich war. Derartige Gegenstände stellen, wie der Senat (NSiZ 07, 332 f. = StV 07, 286) entschieden hat, kein taugliches Werkzeug oder Mittel i.S. des § 250 I Nr. 1b StGB dar, denn bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll), wird die **Zwangswirkung beim Opfer** zwar mittels dieses Gegenstandes, maßgeblich jedoch **durch Täuschung hervorgerufen** (vgl. auch Fischer, StGB, 55. Aufl., § 250 Rn 11 ff.)“ (BGH aaO).

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

XV.**HANDY-VERBOT**

erfasst auch Nutzung als Navigationshilfe

(OLG Köln NJW 08, 3368; Beschluss vom 26.06.2008 – 81 Ss OWi 49/08)

Das **Handy-Nutzungsverbot nach § 23 I a StVO erfasst auch den Einsatz eines Mobiltelefons als Navigationshilfe.**

„Nach der **exemplarischen Aufzählung in der BR-Drucksache**, die ersichtlich eine weite Auslegung („sämtliche Bedienfunktionen“) ermöglicht soll, soll vom Begriff der Nutzung auch der „Abruf von Daten“ erfasst sein. Die **Nutzung des Geräts als Navigationshilfe beinhaltet** aber – ähnlich wie die Teilnahme am Internetverkehr – einen solchen **Abruf und stellt damit** – in einem weiteren Sinne – **einen Kommunikationsvorgang dar**. Ein solcher soll jedenfalls im Zusammenhang mit einem Mobiltelefon unterbleiben.

Der Betr. hat das Gerät auch nicht lediglich verlagern, sondern **konkret nutzen** wollen. Das erforderte ein Aufnehmen oder Halten des Geräts mit der Folge, dass die **Gefahr mentaler Ablenkung** vorhanden war und die Hände vorübergehend nicht am Lenkrad verbleiben konnten“ (OLG Köln aaO).

XVI.**HANDY-VERBOT**

zulässiger Einsatz eines Headsets/Earsets

(OLG Stuttgart NJW 08, 3369; Beschluss vom 16.06.2008 – 1 Ss 187/08)

Die **Verwendung eines Mobiltelefons unter Benutzung eines Headsets/Earsets**, das über eine sog. „Bluetooth-Verbindung“ mit dem Handy verbunden ist, **erfüllt nicht** den Tatbestand des § 23 I a StVO.

„Die Benutzung eines Earsets ist nicht mit der Aufnahme oder dem Halten des Hörers eines Autotelefon gleichzusetzen, weil das Earset nicht mit der Hand gehalten werden muss, sondern eine eigenständige Befestigung am Kopf des Fahrers besitzt.

Der Umstand, dass im vorliegenden Fall, das Earset zur Verbesserung der Hörqualität des Betr. mit der rechten Hand ans Ohr gedrückt wurde, ändert an der grundsätzlich andersartigen Funktionsweise nichts. Die Bestimmung des **§ 23 I a StVO** will offensichtlich **verhindern, dass der Fahrer in einer Hand einen Gegenstand hält, den er nicht ohne Weiteres schnell loslassen kann** (vgl. OLG Hamm NJW 06, 2870; Jagow/Burmann/Heß, § 23 StVO Rn 22 a).

Auch der vom Ordnungsgeber verfolgte **Sinn und Zweck** des § 23 I a StVO steht einer entgegenstehenden Auslegung entgegen: Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Fahrzeugführer während der Benutzung des Mobil- oder Autotelefon **beide Hände für die Bewältigung der Fahraufgabe** frei hat; der Fahrzeugführer darf das Mobil- oder Autotelefon nur benutzen, wenn er dazu das Telefon oder den Hörer nicht aufnehmen oder halten muss (amtl. Begr. zur ÄndVO vom 11.12.2000 VerkBl 01, 8 ff.). Wissenschaftliche Untersuchungen dazu haben ergeben, dass sich durch die Benutzung einer Freisprecheinrichtung während des Telefongesprächs sowohl die Unsicherheitsfehler (spätes Bremsen, Nichteinhalten der Fahrspur) als auch die Fahrfehler (Übersehen von Verkehrszeichen, Fahren in die falsche Richtung) im Vergleich zu einem Gespräch ohne Freisprecheinrichtung um mehr als 50 % reduzieren lassen (amtl. Begr. VerkBl 01, 8 ff.). § 23 I a StVO zielt also auf die Ablenkung des Fahrers durch Aufnahme oder Halten eines Mobiltelefons oder eines Hörers. Nur die daraus resultierenden **erhöhten Gefahrenquellen** für die Verkehrssicherheit sollen durch das Verbot beseitigt oder verringert werden. Werden diese Gefahrenquellen durch eine technische Neuentwicklung wie die Freisprecheinrichtung (vgl. OLG Bamberg NJW 08, 599 = NSIZ-RR 08, 290) oder das Headset/Earset beseitigt, greift der Tatbestand auch nach seinem Sinn und Zweck nicht ein. Die Umdefinition der Teilfunktionen eines Autotelefon als Gesamtanlage ist wegen der **im Sanktionsrecht notwendigen Tatbestandsbestimmtheit** nicht zulässig. § 23 I a StVO ist tatbestandsmäßig hier nicht gegeben“ (OLG Stuttgart aaO).

XVII.**RECHTSBEHELFSBELEHRUNG**

Adressat

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 EssenHausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 EssenTelefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

(BVerwG DÖV 08, 962; Beschluss vom 07.07.2008 – 6 B 14/08)

Ob die einem **begünstigenden VA mit drittbelastender Wirkung beigefügte Rechtsbehelfsbelehrung** auch ggü. einem Dritten gilt, richtet sich danach, **ob** der Dritte sie **eindeutig und auf sich beziehen** müsste.

„Bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Wirkung kann zwar eine Rechtsbehelfsbelehrung auch dann i.S.v. § 58 II 1 VwGO (partiell) „unterblieben“ sein, wenn der Dritte eine entsprechende Belehrung nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt nicht auf sich beziehen musste. Falls sich der Drittbezug nicht mit **hinreichender Deutlichkeit** aus der Rechtsbehelfsbelehrung selbst ergibt, kann und muss erforderlichenfalls die Behörde etwaige Unklarheiten durch zweckentsprechende Abfassung eines an den Dritten gerichteten **Begleitschreibens** beseitigen (OVG NRW NVwZ-RR 00, 556; OGV Bln-Bbg LKV 07, 322).“

„Im Anschluss an diese Rspr. beruft sich die Beschwerde darauf, dass das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 14.11.2006, mit dem der Kl. der angefochtene Beschluss vom 08.11.2006 übermittelt wurde, weder eine eigene Rechtsbehelfsbelehrung enthielt noch ausdrücklich auf die dem Beschluss angefügte Rechtsbehelfsbelehrung verwies. Dabei übersieht sie aber, dass es derartiger Vorkehrungen nicht bedurfte, weil die von der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss erteilte Belehrung aus sich heraus keinen Zweifel darüber zuließ, dass sie sich auch an die Kl. als Beigel. des Beschlusskammervorgangs richtete: Ausgangspunkt der Überlegung ist die **spezialgesetzliche Regelung in § 131 I 2 TKG**. Danach sind Entscheidungen der Bundesnetzagentur mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten zuzustellen. Beteiligte des Beschlusskammervorgangs sind nach § 134 II TKG neben dem Ast. auch diejenigen, die wegen der **Berührung eigener Interessen** von der Bundesnetzagentur beigeladen worden sind. Daraus folgt, dass sich der verfahrensbeendende Beschluss der Bundesnetzagentur – entsprechend der gerichtsförmigen Ausgestaltung des Beschlusskammervorgangs – an alle am Verfahren Beteiligten und nicht etwa lediglich an den Ast. als Adressaten wendet. Die mit § 131 I 2 TKG einhergehende Besonderheit bei der Zustellung telekommunikationsrechtlicher Verwaltungsakte hat auch in der sprachlichen Gestaltung der hier umstrittenen Rechtsbehelfsbelehrung einen angemessenen Ausdruck gefunden. Denn diese Belehrung richtete sich nicht (wie etwa im Fall des OGV NRW aaO) in Anredeform an die Ast. des Verwaltungsverfahrens, sondern war in **Anlehnung an die gerichtsgebräuchlichen Rechtsmittelbelehrungen** so abgefasst, dass alle Verfahrensbeteiligten gleichermaßen angesprochen wurden“ (BVerwG aaO).

XVIII. KOMMUNALER WEIHNACHTSMARKT zulässige Privatisierung

(Hess VGH DÖV 08 607; Urteil v. 17.04.2008 – 8 UE 1263/07)

Hessische Gemeinden waren auch schon vor der Neufassung des § 121 HGO im Jahre 2005 dazu **berechtigt**, zuvor in kommunaler Regie veranstaltete **Weihnachtsmärkte zu „privatisieren“**.

I. Die **Ausrichtung eines traditionellen Volksfestes** gehört zu den **freien Selbstverwaltungsaufgaben einer Gemeinde**. Diese Veranstaltungen können zwar, müssen aber nicht als öffentliche Einrichtungen betrieben werden.

VG Freiburg GewArch 01, 244; VG Stuttgart DÖV 06, 835; VG Minden, Urt. v. 26.4.2007 - 3 K 660/06; jeweils m.w.N.

„Ebenso wie es im Ermessen der Kommunen steht, solche freien Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen, ist es ihnen auch jederzeit möglich, sich dieser Aufgaben wieder zu entledigen. War eine Gemeinde allerdings bisher Veranstalterin eines Marktes - hier eines Weihnachtsmarktes -, kann sie sich ihrer aus § 70 GewO bzw. aus § 20 HGO folgenden Aufgabe, über die Zulassung von Marktbeschickern zu entscheiden, für die Zukunft nur durch eine sog. **materielle Privatisierung** entledigen, also dadurch, dass sie ihre Rolle als Veranstalterin des Marktes gänzlich aufgibt (vgl. zum Begriff materielle Privatisierung in Abgrenzung zur formellen und zur funktionellen Privatisierung: Gröpl GewArch 95, 367 [370 f.] m.w.N.; VG Stuttgart aaO).

Im Unterschied zur funktionellen Privatisierung, die entweder in Form des sog. Submissionsmodells oder in Form des Konzessionsmodells - der materiellen Privatisierung angenähert - erfolgen kann, besteht die materielle Privatisierung eines Marktes darin, dass die Kommune **jegliche kommunalrechtliche Beziehung zu der Veranstaltung aufgibt** und sich öffentlich-rechtlich auf die Wahrnehmung ihrer Pflichten, die gewerberechtliche, straßenrechtliche und

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

ordnungsrechtliche Vorbereitung und Überwachung der Veranstaltung, beschränkt. Dadurch entfällt der Anknüpfungspunkt für eine Anwendung der Zweistufentheorie (vgl. zu deren Anwendbarkeit auch BVerwG DÖV 90, 977 = NVwZ 91, 59 = juris Rn 3 ff.), die voraussetzt, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt (noch) bestimmenden Einfluss auf Entscheidungen des Veranstalters im Einzelfall hat und diesen im Durchgriff zwingen kann, bestimmte Personen zu einer öffentlichen Einrichtung zuzulassen“ (Hess VGH aaO).

- II. Zwar wird in der **Lit.** teilweise die Auffassung vertreten, ein traditionelles Volksfest auf einem gemeindeeigenen Grundstück mit zahlreichen gemeindlichen Auflagen an den Generalpächter/Sondernutzungserlaubnisnehmer sei grundsätzlich als eine öffentliche Einrichtung einer Gemeinde anzusehen, deren Wahrnehmung sie sich nicht mehr durch Privatisierung entziehen könne (Schalt GewArch 02, 137 [140] unter Hinweis auf Gröpl aaO und Hösch GewArch 96, 402).

„Dies überzeugt jedoch nicht angesichts der Tatsache, dass Betätigungen der Gemeinden im Rahmen der Daseinsvorsorge in den **Schutzbereich des Art. 28 II 1 GG** fallen, der den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln (Hahn GewArch 07, 1 [5] unter Hinweis auf BVerwG BVerwGE 122, 157 [162f.] = juris Rn 24).

Das der Gemeinde bei ihrer Entscheidung darüber, ob eine Aufgabe der Daseinsvorsorge durch sie selbst oder eine andere Person wahrgenommen werden soll, zustehende Ermessen wird nicht dadurch für alle Zukunft gebunden, dass sich die Gemeinde einmal dafür entschieden hat, die Aufgabe selbst durch eine öffentliche Einrichtung wahrzunehmen. Besteht bei freien Selbstverwaltungsaufgaben - wie der Durchführung eines Weihnachtsmarkts - **kein öffentliches Interesse an der eigenen Aufgabenwahrnehmung** (mehr), weil ein privater Unternehmer die Aufgabe ebenso gut oder besser wahrnehmen kann, ist es nicht ermessensfehlerhaft, sondern unter Umständen sogar geboten, sich zu einer Privatisierung der Aufgabenwahrnehmung zu entschließen (Hahn aaO).

Zwar galt der vom VG in diesem Zusammenhang herangezogene, durch Gesetz v. 31.01.2005 mit Wirkung ab 10.02.2005 novellierte § 121 I HGO n.F. damals - im Jahre 1997 - noch nicht (vgl. zur Rechtslage vor dessen Inkrafttreten HessVGH DÖV 05, 200). Auch wenn damals ein **Grundsatz der Subsidiarität gemeindewirtschaftlicher Betätigung zugunsten privater Unternehmer** noch nicht normiert war, waren hessische Gemeinden aber auch damals schon nicht gehindert, die Wahrnehmung freier Selbstverwaltungsaufgaben zu „privatisieren“, wenn sie der Auffassung waren, dass der bisher durch eine öffentliche Einrichtung wahrgenommene Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch private Dritte erfüllt werden könne“ (Hess VGH aaO).

XIX.

ÖFFENTLICHER ZWECK

Begriffsdefinition

(OVG NRW NWVBl 08, 418; Beschluss v. 01.04.2008 – 15 B 122/08)

OVG NRW NWVBl 08, 418; Beschluss v. 01.04.2008 – 15 B 122/08 Der Begriff des „**öffentlichen Zwecks**“ i. S. d. § 107 I 1 Nr. 1 GO NRW **umfasst jeden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang**; ausgeschlossen bleibt als öffentl. Zweck lediglich die Gewinnerwirtschaftung.

„Der **Begriff des öffentlichen Zwecks ist weit gefasst**: Er umgreift jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck aus. Auch bedeutet der Begriff des Erforderns nicht, dass für den öffentlichen Zweck die nichtwirtschaftliche Betätigung unausweichlich ist. Vielmehr reicht es – ähnlich wie im Planungsrecht – aus, dass die Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich im Sinne von vernünftigerweise geboten ist (zur Erforderlichkeit eines öffentlichen Zwecks in § 107 I Nr. 1 GO NRW a. F.).

Mit dem nach der Gesetzesänderung aufgestellten Erfordernis eines „dringenden“ öffentlichen Zwecks sollen **erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit einer Bestätigung** gestellt werden. Nach der Begründung des Gesetz gewordenen Regierungsentwurfs muss sich die Gemeinde verstärkt mit der Frage auseinandersetzen, ob der mit der wirtschaftlichen Betätigung verfolgte öffentliche Zweck tatsächlich so dringend ist, dass eine eigene wirtschaftliche Betätigung erforderlich ist (vgl. den Regierungsentwurf: LT-Drs. 14/3979, 149)“ (OVG NRW aaO).

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de

XX.

BEGÜNSTIGENDER VA
nachträglicher Wegfall der Rechtsgrundlage

(BayVGH BayVBl. 08, 441; Beschluss v. 17.01.2008 3 BV 04.1452)

- I. **Voraussetzung** dafür, dass ein **Verwaltungsakt** nach Art. 48 I 1 BayVwVfG **zurückgenommen** werden kann, ist, dass er **von Anfang an**, also zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, **rechtswidrig** ist.

vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 48 Rn 56; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 48 Rn 59, jeweils m. w. N.

Auch **bleiben Verwaltungsakte**, deren **Rechtsgrundlagen nachträglich wegfallen**, **grundsätzlich voll wirksam** und werden auch nicht rechtswidrig. Insoweit kommt nur ein **Widerruf nach Art. 49 II Nr. 4 BayVwVfG** in Betracht.

- II. Eine **andere rechtliche Situation** ergibt sich jedoch, **wenn durch Gesetz**, etwa durch gesetzliche Überleitungsbestimmungen, etwas **anderes bestimmt ist** (vgl. zutreffend Kopp/Ramsauer, aaO).

„Untermuernd für dieses rechtliche Ergebnis kann auf die insofern vergleichbare rechtliche Situation hingewiesen werden, dass der Umstand, dass durch Richterspruch mit Gesetzeskraft - etwa des Bundesverfassungsgerichts - eine Rechtsgrundlage für ungültig erklärt worden ist, zwar die Wirksamkeit der ergangenen Verwaltungsakte nicht unmittelbar berührt. Doch sind die betroffenen Verwaltungsakte, die auf die vom Gericht für ungültig oder unwirksam erklärte Norm gestützt werden, wegen fehlender Rechtsgrundlage von Anfang an rechtswidrig gewesen und können daher nach Art. 48 BayVwVfG zurückgenommen werden (vgl. auch hierzu Kopp/Ramsauer aaO m.w.N.)“ (BayVGH aaO).

XXI.

UNWIRKSAME SATZUNG

keine Heilung

(OVG Magdeburg NVwZ-RR 08, 819; Beschluss vom 06.05.2008 – 4 L 103/08).

Spätere Änderungen einer wichtigen bzw. unwirksamen Satzung können diese nicht heilen, weil eine unwirksame Satzung durch eine nachfolgende Änderung nicht wieder aufleben kann.

„Die vom VG zu Recht festgestellte Unwirksamkeit der Erstattungsregelungen der BS 2003 (insgesamt) kann durch die nachträgliche Änderung der Einheitssätze im Jahre 2005 nicht geheilt werden. Denn der Bekl. hat die 3. Änderungssatzung nicht rückwirkend zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der BS 2003, sondern erst am 18.12.2005, dem Tage nach ihrer Veröffentlichung, in Kraft gesetzt. Spätere Änderungen einer – hier mangels einer wirksamen Festsetzung des Einheitssatzes – wichtigen Satzung gehen aber ins Leere, weil eine unwirksame Satzung durch eine nachfolgende Änderung nicht wieder aufleben kann (OVG Magdeburg, Beschl. vom 09.12.2004 – 1 M 421/04 m.w.Nachw.)“ (OVG Magdeburg aaO).

Herausgeber: Juristischer Verlag Berger, RA W. Berger

Postfachadresse:
Postfach 230320
45071 Essen

Hausadresse:
Heinrich-Held-Straße 34
45133 Essen

Telefon (0201) 42888
(tags und nachts)
oder (0201) 425268

Info und Bestellg. (zum Nulltarif):
0800 / 1185612
Telefax (0201) 413150

Internet:
www.jurverlag-berger.de
briefkasten@jurverlag-berger.de