

Überreicht durch:



FHP Floehr · Hermes & Partner GbR  
Steuerberater · Rechtsanwälte  
Grenzstraße 115-117  
47799 Krefeld  
Tel. 02151 58 66 0  
www.fhp-krefeld.de

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

---

Juli 2016

---

aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

## Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 434 I

### Sachmangel bei Gebrauchtwagen 12-monatige Standzeit

SR BT

(BGH in Pressemitteilung Nr. 109/2016; Urteil vom 29.06.2016 - VIII ZR 191/15)

Eine **zwölf Monate überschreitende Standzeit** eines Gebrauchtwagens zwischen Herstellung und Erstzulassung begründet **keinen Sachmangel**.

**Fall:** Der Kläger kaufte im Juni 2012 von der Beklagten, einer Kraftfahrzeughändlerin, einen Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 38.616 km zu einem Preis von 33.430 €. Im Kaufvertragsformular war unter der Rubrik "Datum der Erstzulassung lt. Fzg.-Brief" der 18.12.2010 eingetragen. Ein Baujahr wurde nicht genannt. Später erfuhr der Kläger, dass das Fahrzeug bereits am 01.07.2008 hergestellt worden war. Nach Ansicht des Klägers begründet die sich hieraus ergebende Dauer der Standzeit vor Erstzulassung (19 ½ Monate) schon für sich genommen einen Sachmangel des Kraftfahrzeugs. Er ist deshalb vom Kaufvertrag zurückgetreten und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises. Trifft seine Rechtsauffassung zu.

#### I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I 1 BGB

Eine Sache ist nach § 434 I 1 BGB mangelhaft, wenn sie eine vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweist.

*„Die Parteien hatten weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Beschaffenheitsvereinbarung über ein bestimmtes Herstellungsdatum oder Baujahr getroffen (§ 433 I 2, § 434 I 1). Der bloßen Angabe des Datums der Erstzulassung im Kaufvertrag kann – anders als der Kläger meint – eine solche (stillschweigende) Beschaffenheitsvereinbarung schon deshalb nicht entnommen werden, weil die Beklagte durch den einschränkenden Zusatz "lt. Fzg.-Brief" keine verbindliche Willenserklärung abgegeben, sondern lediglich mitgeteilt hat, aus welcher Quelle sie die entsprechenden Angaben entnommen hat (Wissensmitteilung). Die Beklagte hat damit deutlich gemacht, dass sie weder für die Richtigkeit des Erstzulassungsdatums noch – darüber hinausgehend - für ein bestimmtes Baujahr des Fahrzeugs einstehen will.“ (BGH aaO.)*

#### II. Fehlen einer üblichen Beschaffenheit, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache mangelhaft, wenn sie keine solche **Beschaffenheit** aufweist, die **bei Sachen der gleichen Art üblich** ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Bei dem Baujahr eines Fahrzeugs handelt es sich grundsätzlich um eine für die Kaufentscheidung relevante Eigenschaft eines Fahrzeugs.

*„Die **Standzeit von 19 ½ Monaten zwischen Herstellung und Erstzulassung** führt auch nicht dazu, dass sich der erworbene Gebrauchtwagen zum Zeitpunkt der Übergabe nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und **nicht die übliche, vom Käufer berechtigterweise zu erwartende Beschaffenheit** aufwies (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Zwar hat der Senat für den Kauf von Neu- oder Jahreswagen bereits entschieden, dass ein Autokäufer in diesen Fällen eine zwölf Monate nicht überschreitende Standzeit vor der Erstzulassung erwarten darf. Denn dem **durch die Standzeit voranschreitenden Alterungsprozess** kommt bei neuen Fahrzeugen oder zumindest "jungen Gebrauchtwagen" besonderes wirtschaftliches Gewicht zu. Vergleichbare allgemein gültige Aussagen lassen sich bei sonstigen Gebrauchtwagen jedoch nicht treffen. Welche Standzeiten bei solchen Fahrzeugen üblich sind und ein Käufer - ohne zusätzliche Verkäuferangaben - erwarten darf, hängt vielmehr von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, wie etwa der Dauer der Zulassung zum Verkehr und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung. Wenn das erworbene Gebrauchtfahrzeug - wie hier - zum Zeitpunkt des Verkaufs **bereits längere Zeit zum Straßenverkehr zugelassen** war und durch eine **relativ hohe Laufleistung** eine nicht unerhebliche Abnutzung des Fahrzeugs eingetreten ist, verlieren – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - eine vor der Erstzulassung eingetretene Standzeit und der hierauf entfallende Alterungsprozess zunehmend an Bedeutung. Dass konkrete standzeitbedingte Mängel aufgetreten sind, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Der Kaufvertrag ist daher nicht rückabzuwickeln.“ (BGH aaO.)*

**Fall:** Der Bf. wurde von der Vermieterin (einer privatrechtlichen juristischen Person; im Folgenden: Kl.) seiner – in einem Mehrfamilienhaus gelegenen – Wohnung auf Duldung des Einbaus von Rauchwarnmeldern in Anspruch genommen. Er lehnte das von der Kl. ausgesuchte Gerät ab, weil es nicht lediglich dem Brandschutz diene, sondern mittels Ultraschallsensoren und Infrarottechnologie dazu geeignet sei, Bewegungsprofile von Personen zu erstellen, die sich in der Wohnung aufhielten. Sogar die Aufzeichnung von in der Wohnung geführten Gesprächen sei technisch möglich. Der Bf. bot der Kl. an, auf eigene Kosten ein einfacheres, ohne Funktechnik ausgestattetes Modell in seiner Wohnung zu installieren. Dazu war die Kl. unter Hinweis auf die Vorzüge des von ihr gewählten Gerätetyps nicht bereit. Das Funksystem diene lediglich dem Zweck, eine Fernwartung sämtlicher im Haus befindlicher Geräte über ein im Hausflur installiertes Steuerungsgerät zu ermöglichen.

Die auf Duldung des Einbaus der von der Kl. ausgesuchten Geräte gerichtete Klage hatte vor dem AG Köln Erfolg. Die Berufung des Bf. wurde vom LG Köln zurückgewiesen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I und von Art. 13 I, 19 IV und Art. 20 III GG.

*„Der Bf. verkennt bereits im Ausgangspunkt seiner Argumentation, dass er sich im Verhältnis zur Kl., einer **privatrechtlichen juristischen Person, nicht unmittelbar auf ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen** kann. Auch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) betrifft nicht unmittelbar das Rechtsverhältnis des Mieters zum Wohnungsvermieter oder dem Grundstückseigentümer; für deren Rechtsbeziehungen ist zunächst das bürgerliche Recht, insbesondere das Miet-, Besitz- und Nachbarrecht, maßgebend.*

*Zur maßgeblichen Frage, inwieweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das Grundrecht aus Art. 13 I GG wegen ihrer **Ausstrahlungswirkung für das hier gegebene Privatrechtsverhältnis Bedeutung** erlangen können (vgl. dazu BVerfGE 89, 1 [11] = NJW 1993, 2035), verhält sich die Beschwerdebegründung nicht. Insbesondere geht der Bf. nicht darauf ein, ob und in welcher Weise die Ausgangsgerichte seine Grundrechte im Rahmen einer Interessenabwägung nach § 555 d II 1 BGB hätten berücksichtigen müssen. Auch der Sache nach legt er **nicht die nach den Umständen des Einzelfalls relevanten Gesichtspunkte** dar, sondern beruft sich letztlich nur auf die Möglichkeit einer Manipulation des Geräts und den damit verbundenen negativen Folgen für ihn und andere Personen, die sich in der Wohnung aufhalten. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung müssten aber auch die von der Kl. dargestellten Vorzüge berücksichtigt werden, die mit einer Fernwartung nicht nur für sie, sondern auch für die Mieter verbunden sind. In diesem Zusammenhang hätte sich der Bf. auch mit der Auslegung der zu Grunde liegenden mietrechtlichen Bestimmungen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung auseinandersetzen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung liegt die **Dispositionsbefugnis über die einzubauende Marke der Rauchwarnmelder**, die Anzahl der benötigten Geräte und das zu beauftragende Fachunternehmen grundsätzlich beim Vermieter (vgl. Eisenschmid in Schmidt-Futterer, MietR, 12. Aufl. 2015, § 555 b Rn. 128 m.w.N.). Er kann sich nach der zunächst maßgeblichen Auslegung der Fachgerichte bei einem Mehrfamilienhaus insbesondere darauf berufen, dass durch die einheitliche Ausstattung mit einem bestimmten Gerät der Einbau und die spätere Wartung von Rauchwarnmeldern für das gesamte Gebäude „in einer Hand“ gebündelt und damit ein hohes Maß an Sicherheit gewährleistet werde; danach soll bezogen auf jede einzelne Mietwohnung die **Annahme einer nachhaltigen Verbesserung der Wohnverhältnisse** i.S.v. § 555 b Nr. 4 und 5 BGB gerechtfertigt sein (vgl. BGH, NJW 2015, 2488 = NZM 2015, 588 Rn. 13). Auch hierauf geht die Verfassungsbeschwerde nicht ein.“ (BVerfG aaO.)*

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

1. Ein Arbeitnehmer, der dienstliche Computer ohne Erlaubnis dazu benutzt, **unter Umgehung eines Kopierschutzes Vervielfältigungen privat beschaffter Musik- oder Film-CDs/DVDs** herzustellen, verletzt seine arbeitsvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme erheblich. Ein solches Verhalten ist - zumal dann, wenn der Arbeitnehmer für die Anfertigung der Kopien dem Arbeitgeber gehörende CD/DVD-Rohlinge verwendet - grundsätzlich geeignet, eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Das gilt unabhängig von einer möglichen Strafbarkeit der damit verbundenen "Brenn"- und Kopiervorgänge.
2. Die Rechtfertigung einer Kündigung wegen einer tatsächlichen Pflichtverletzung ("**Tatkündigung**") hängt allein davon ab, ob im Kündigungszeitpunkt **objektiv Tatsachen** vorliegen, die zu der Annahme berechtigen, dem Kündigenden sei die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** - im Fall der außerordentlichen Kündigung auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - **unzumutbar**. Eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts liegt bei der "Tatkündigung" im eigenen Interesse des Arbeitgebers. Unterlässt er sie, trägt er im Prozess das Risiko, die (schuldhaft) Pflichtverletzung nicht nachweisen zu können.
3. Die **Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess** ist abgestuft, soweit es um Gründe geht, die das Verhalten des Arbeitnehmers entlasten oder entschuldigen könnten. Der Arbeitgeber darf sich zunächst darauf beschränken, den objektiven Tatbestand einer Pflichtverletzung vorzutragen. Er muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund ausschließen. Vielmehr ist es **Sache des Arbeitnehmers**, für das Eingreifen solcher Umstände **zumindest greifbare Anhaltspunkte aufzuzeigen**. Der Arbeitgeber muss erst bei substantiierter Einlassung des Arbeitnehmers beweisen, dass dessen Behauptungen nicht zutreffen. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht, während der Arbeitnehmer aufgrund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kennt. In einem solchen Fall kann schon auf der Ebene des objektiven Kündigungstatbestands eine sekundäre Darlegungslast des Arbeitnehmers eingreifen.
4. Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der seine arbeitsvertraglichen Pflichten in gemeinschaftlichem **Zusammenwirken mit einem Beamten** verletzt hat, ist nicht deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber nicht zugleich die Entlassung des Beamten aus dem Dienst betreibt oder doch andere disziplinarische Maßnahmen

diesem gegenüber ergreift. Für eine (**analoge**) **Heranziehung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes** ist insoweit kein Raum. Selbst im Verhältnis von Arbeitnehmern untereinander scheidet dessen Anwendung bei verhaltensbedingten Kündigungen grundsätzlich aus.

5. Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers hat, kann grundsätzlich den **Fortgang eines laufenden Straf- und/oder Ermittlungsverfahrens abwarten**. Kündigt er in einem solchen Fall zu einem nicht willkürlich gewählten späteren Zeitpunkt, reicht dies zur Wahrung der Frist des § 626 II BGB regelmäßig aus. Diese Möglichkeit des Zuwartens schränkt den Arbeitgeber in der Wahl seiner Mittel zur Sachaufklärung nicht ein. Es steht ihm frei, eigene Ermittlungen anzustellen und die Strafverfolgungsbehörden nicht oder nicht unmittelbar einzuschalten. **Auch "private" Ermittlungen hemmen** - zügig vorangetrieben - den **Lauf der Zwei-Wochen-Frist**.

---

GG  
Art. 6

### Anspruch auf Aufnahme in Gymnasium Kapazitätsvorbehalt

ÖffR

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2016, 265; Beschluss vom 08.09.2015 – 1 B 173/15)

„Für einen Anspruch auf Aufnahme in das Gymnasium H.er Straße ist unter diesen Umständen nichts ersichtlich. Das in Art. 6 I GG wurzelnde **Elternwahlrecht**, das in § 6 IV 1 BremSchVwG seine einfachgesetzliche Konkretisierung erfahren hat, findet **seine Grenze in der Aufnahmekapazität der jeweiligen Schule** und den im Gesetz verankerten **Aufnahmekriterien**, die, wie dargelegt, nach Leistung differenzieren.

Soweit die Ast. geltend machen, es gehe ihnen darum, dass ihr Sohn ein **Gymnasium statt einer Oberschule** besucht, müssen sie sich entgegenhalten lassen, dass es in ihrer Hand lag, für ihren Sohn den Besuch dieser Schulart zu ermöglichen (zu den Schularten Gymnasium und Oberschule vgl. §§ 16 I Nr. 1, 20 BremSchulG). Die Ag. hatte ihnen, nachdem ihr Sohn im Rahmen des Aufnahmeverfahrens keinem der angewählten Gymnasien (Gymnasium an der H.er Straße; Altes Gymnasium; H.-B.-Gymnasium) zugeordnet werden konnte, einen Schulplatz am A.-von-H.-Gymnasium oder auch am Gymnasium H. angeboten. Dieses Angebot haben die Ast. abgelehnt. Sie wurden damit keineswegs vor eine unzumutbare Alternative gestellt. Die bremischen Gymnasien sind **stadtweit anwählbar**. Die damit verbundenen **Schulwege** sind grundsätzlich auch i.S.v. § 6 I 2 BremSchVwG **zumutbar**. Sie müssen vor dem Hintergrund eines **gut funktionierenden großstädtischen Verkehrsnetzes** gesehen werden. Die Dauer der Schulwege, die vom VG ermittelt worden sind (A.-von-H.-Gymnasium: 51 Minuten; Gymnasium H.: 47 Minuten) bewegen sich jedenfalls noch innerhalb des für Schüler der 5. Jahrgangsstufe Zumutbaren (vgl. Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 180). Eine andere Frage ist, wie die Entscheidung der Eltern im Einzelfall ausfällt, wenn zwischen dem Besuch einer – wohnortnahen – Oberschule oder eines – wohnortfernen – Gymnasiums zu wählen ist. Diese Entscheidung gibt das Schulrecht aber nicht vor; sie ist von den Erziehungsberechtigten im Rahmen ihrer Elternverantwortung zu treffen.

Ein **Anspruch auf Besuch eines wohnortnahen Gymnasiums** – zudem noch unabhängig von den leistungsabhängigen Aufnahmekriterien – **besteht nicht**. Er ergibt sich weder aus der vom VG zitierten Rechtsprechung des BVerfG zum Elternrecht aus Art. 6 I GG noch aus dem bremischen Schulrecht. Stets kann es nur darum gehen, dass die nach pflichtgemäßem Ermessen an den verschiedenen Schulstandorten festgelegten Kapazitäten angemessen ausgeschöpft werden (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 08.09.2010 – 2 B 204/10, BeckRS 2016, 41872 und Beschl. v. 08.09.2014 – 1 B 228/14, BeckRS 2016, 41873). § 6 V Hs. 2 BremSchVwG, den das VG für verfassungswidrig hält, trifft eine Regelung für den Fall, dass die Aufnahmekapazitäten in einer bestimmten Schulart ausgeschöpft sind. Dann kann der Schüler einer anderen Schulart, die dieselbe abschließende Berechtigung vermittelt, zugewiesen werden.

Der Argumentation des VG ist zunächst entgegenzuhalten, dass diese Regelung im Falle der Ast. überhaupt nicht zur Anwendung gekommen ist, weil noch Schulplätze der Schulart Gymnasium zur Verfügung standen; am A.-von-H3Gymnasium und am Gymnasium H4. waren für das Schuljahr 2015/16 für die 5. Jahrgangsstufe noch Schulplätze frei. Unabhängig davon ist auch **nicht erkennbar, aus welchen Gründen** die Regelung – unter der Prämisse einer willkürfreien Verteilung und Ausschöpfung der vorhandenen Kapazitäten – **verfassungsrechtliche Bedenken** wecken sollte.“ (OVG Bremen aaO.)

---

GewO  
§ 33 i

### Gewerberechtlicher Begriff der Spielhalle Aufstellung von EC-Geldautomaten

POR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 376; Beschluss vom 19.11.2015 – 4 B 710/15)

**Fall:** Der Ast. wandte sich mit seinem Eilantrag gegen Ordnungsverfügungen der Ag. vom 26.03.2015, durch die ihm unter Anordnung der sofortigen Vollziehung untersagt wurde, in seinen Spielhallen 1 H.D. (Eingang vorne) bzw. 2 T.D. (Eingang hinten), einschließlich der jeweiligen Funktionsräume, einen EC-Kartenautomaten bereitzustellen.

„Maßgeblich für die Bestimmung der **räumlichen Reichweite des Verbots der Bereitstellung von EC-Kartenautomaten zur Bargeldabhebung** nach § 16 VI Nr. 2 NRWAG GlüStV ist in Folge der ausdrücklichen Bezugnahme dieser Norm auf § 16 I NRWAG GlüStV allein der dortige Begriff der Spielhalle. Spielhalle ist hiernach ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das **ausschließlich** oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele i.S.d. § 33 c I 1 oder des § 33 d I 1 der Gewerbeordnung dient; Schank- und Speisewirtschaften sind keine Spielhallen.

Nach der **ständigen Rechtsprechung des BVerwG** ist der gewerberechtliche Begriff der Spielhalle aber dergestalt **raumbezogen**, dass die Erlaubnis dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume (Spiel-Räume) erteilt wird, in denen die **Geräte aufgestellt oder die Spiele veranstaltet** werden können (vgl. § 33 i II Nr. 2 GewO; BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538 m.w.N.). Eine Spielhalle ist hiernach ein Raum, der **ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten** oder der Veranstaltung anderer Spiele dient (vgl. BVerwG, NVwZ 1992, 667).

Für den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff ist dagegen nicht kennzeichnend, dass eine selbstständige, in sich geschlossene räumlich-bauliche und organisatorische Einheit vorliegt, die auch bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Betrieb angesehen werden kann (vgl. BVerwGE 70, 180 = NVwZ 1985, 269). Es spricht auch dagegen, dass sich unter den gewerberechtlichen Begriff der Spielhalle in **Anknüpfung an betrieblich-organisatorische Zusammenhänge** Funktionsräume, wie z.B. ein Aufsichtsgang oder Toiletten (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1989, 538), fassen lassen, die lediglich als (gemeinsame) Einrichtungen der Betriebsfähigkeit mehrerer Spiel-Räume dienen, welche ihrerseits als selbstständig erlaubnisfähige Spielhallen Gegenstand verschiedener Erlaubnisse nach § 33 i I 1 GewO geworden sind.

Eine **Einbeziehung solcher Funktionsräume in den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff** stünde nämlich im Hinblick auf § 33 i II Nr. 2 GewO im Widerspruch zu der Annahme, dass diese Spiel-Räume isoliert, also ohne die organisatorische Einheit, die sie mit den Funktionsräumen bilden, Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i I 1 GewO sein können. Sie hätte zudem zur Folge, dass oftmals dieselben Funktionsräume begrifflich Bestandteil verschiedener Spielhallen wären.

Da davon auszugehen ist, dass § 16 I NRWAG GlüStV den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff aufnimmt, spricht hiernach Überwiegendes dafür, dass **Funktionsräume, die außerhalb eines Spiel-Raums liegen**, der isoliert als Spielhalle Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33 i I 1 GewO geworden ist, dieser Spielhalle (auch) nach § 16 I NRWAG GlüStV **nicht als Bestandteile zugerechnet** werden können. Im vorliegenden Falle sind die Spielhallen 1 und 2 unter dem 01.09.2010 jeweils als isolierte Spiel-Räume Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33 i I 1 GewO geworden. Dies wird u.a. dadurch deutlich, dass es in den Auflagen Nr. 4 zu diesen Erlaubnissen ausdrücklich heißt, dass sich der Aufsichtsbereich außerhalb der Spielhalle befindet.

Gegen die Annahme, dass zu einer Spielhalle i.S.d. § 16 I NRWAG GlüStV die entsprechenden Funktionsräume zählen, könnte schließlich die Regelung des § 16 II 1 NRWAG GlüStV sprechen, der in Übereinstimmung mit § 24 I GlüStV u.a. bereits die Errichtung einer Spielhalle dem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Denn insbesondere ist zweifelhaft, weshalb sich dieser Erlaubnisvorbehalt auf Funktionsräume erstrecken sollte, die als gemeinsame Einrichtungen zwar auch der Betriebsfähigkeit eines Spiel-Raums, überwiegend aber anderen gewerblicher Betriebsstätten dienen.“ (OVG Münster aaO.)

---

NiSchG NRW  
§§ 2, 3 i 1

**E-Zigarette NRW-Gaststätten  
Kein Rauchverbot**

POR

(OVG Münster in ZMR 2016, 327; Urteil vom 04.11.2014 – 4 A 775/14)

- |  |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"><li>1. Der <b>Konsum einer E-Zigarette</b> ist vom Rauchverboten des Nichtrauchererschutzgesetzes NRW nicht erfasst.</li><li>2. Nach derzeitigem wissenschaftlichem Kenntnisstand entstehen beim Gebrauch einer E-Zigarette keine <b>vergleichbare Gefahren für Dritte</b> wie beim sog. Passivrauchen herkömmlicher Zigaretten.</li><li>3. Eine Einbeziehung der E-Zigarette in bestehende Rauchverbote kommt nur unter dem Gesichtspunkt der <b>Gefahrenvorsorge</b> in Betracht. Sie hätte einer ausdrücklichen Klarstellung im Gesetzestext und einer Risikoabschätzung durch den Gesetzgeber bedurft.</li></ol> |
|--|

**Fall:** Der Kläger ist Betreiber der Gaststätte „M.“ in Köln, in der er seinen Gästen die Nutzung von E-Zigaretten gestattet. Bei einer Kontrolle stellte die Beklagte am 26.06.2013 fest, dass ein Gast im Thekenbereich in der Zeit von 20.00 Uhr bis 1.45 Uhr wiederholt eine E-Zigarette konsumierte, ohne dass der Kläger oder seine Mitarbeiter hiergegen einschritten.

Mit Schreiben vom 01.07.2013 mahnte die Beklagte gegenüber dem Kläger die Einhaltung des Rauchverbotes in seiner Gaststätte an. Für den Fall erneuter Zuwiderhandlung seien weitere Maßnahmen, insbesondere der Erlass einer Untersagungsverfügung, zu erwarten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, das Rauchverbot in Gaststätten erfasse nicht nur den Konsum von Zigaretten und anderen Tabakwaren, sondern auch die Nutzung von E-Zigaretten sowie von Shisha-Pfeifen und Kräuterzigaretten. Das Nichtrauchererschutzgesetz (NiSchG) NRW unterscheide nicht nach unterschiedlichen Produktgruppen. Nur durch eine solche Auslegung werde eine Umgehung des Gesetzeszweckes verhindert. Der Gesundheitsschutz der Bevölkerung genieße höchste Priorität. Ohne ein umfassendes Rauchverbot sei ein effektiver Vollzug des Nichtrauchererschutzgesetzes nicht möglich, weil eine zweifelsfreie Prüfung der konsumierten Produkte, insbesondere neu entwickelter Produkte, vor Ort nicht stattfinden und damit ein Verstoß gegen das Rauchverbot nicht festgestellt werden könne.

„Der Konsum von E-Zigaretten **unterfällt nicht dem Rauchverbot** nach § 3 I NiSchG NRW. Das Nichtrauchererschutzgesetz NRW erstreckt sich weder ausdrücklich auf die E-Zigarette noch enthält es eine Definition des Begriffs „Rauchen“, die ihren Konsum erfasst. Eine Ausweitung des Rauchverbots auf die E-Zigarette lässt sich auch nicht im Wege einer zulässigen Gesetzesauslegung begründen.“ (OVG Münster aaO.)

**I. Nutzung einer E-Zigarette ist kein „Rauchen“**

Nach § 3 I NiSchG NRW ist das Rauchen nach Maßgabe dieses Gesetzes in den Einrichtungen nach § 2 Nrn. 1 bis 8 – zu denen auch Gaststätten gehören – verboten.

„Dem **Wortlaut** nach umfasst das Rauchverbot die Nutzung einer E-Zigarette nicht. Unter „Rauchen“ versteht man im allgemeinen und wissenschaftlichen Sprachgebrauch das **Einatmen des Rauchs**, der **bei dem Verbrennungsvorgang** (Pyrolyse) von Tabakwaren entsteht (vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.09.2013, 13 A 1100/12; Kasper/Krüger/Stollmann, MedR 2012, 495, [500]; Müller, PharmR 2012, 137, [140] m.w.N.).

Bei dem Gebrauch der E-Zigarette kommt es weder zu einem Verbrennungsvorgang noch sind die zu verdampfenden Liquids Tabakwaren im Rechtssinne.

Eine **Pyrolyse findet** bei dem Konsum einer E-Zigarette **nicht statt**. Die Abluft einer E-Zigarette entsteht vielmehr durch Verdampfung einer Flüssigkeit („Liquid“), ohne dass es zu einem Verbrennungsprozess käme. Es handelt sich bei der Nutzung von E-Zigaretten regelmäßig auch nicht um den Konsum von Tabakprodukten. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO.)

**II. Auslegung des § 3 I NiSchG NRW über den Wortlaut hinaus**

„Eine über den Wortlaut hinausgehende extensive Auslegung ist nicht möglich. Die **Einbeziehung des Dampfens** einer E-Zigarette war zwar vom Änderungsgesetzgeber im Jahr 2012 **beabsichtigt**. Dies kommt im Gesetzestext aber **nicht hinreichend bestimmt zum Ausdruck**. Eine über den Wortlaut hinausgreifende Interpretation lässt sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck des Nichtrauchererschutzgesetzes NRW begründen [wird ausgeführt]... **Vollzugsprobleme** allein sind bereits grundsätzlich **nicht geeignet**, einen solchen **Grundrechtseingriff zu rechtfertigen**. Dass sie überhaupt zu erwarten wären, erschließt sich darüber hinaus nicht. Eine Unterscheidung zwischen einer E-Zigarette und einer herkömmlichen Zigarette ist bereits durch äußerliche Merkmale unproblematisch und zuverlässig zu treffen. Im Gegenteil dürften Vollzugsprobleme allenfalls dann entstehen, wenn E-Zigaretten partiell dem Nichtrauchererschutzgesetz NRW unterfielen, soweit sie mit nikotinhaltenen Liquids befüllt sind. Für andere, ungefährliche Liquids kommt eine Einbeziehung von vornherein nicht in Betracht (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 01.08.2013, 4 B 608/13).“ (OVG Münster aaO.)

(BGH in NJW-RR 2016, 570; Urteil vom 25.02.2016 – IX ZR 12/16)

Erbringt eine von mehreren verbundenen Gesellschaften, denen die Bank eine gemeinschaftliche Kreditlinie eingeräumt hatte, eine **Zahlung durch eine geduldete Überziehung ihres Kontos**, benachteiligt dies ihre Gläubiger, auch wenn mit der Zahlung die Verbindlichkeit einer verbundenen Gesellschaft getilgt wird.

**Fall:** Der Kl. ist Verwalter in dem auf einen Antrag vom 17.09.2010 am 27.10.2010 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der D-GmbH (fortan: Schuldnerin), einer Tochtergesellschaft der A-AG, über deren Vermögen am 29.11.2010 ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die A-AG schuldete der Bekl. nach einem am 25.11.2009 geschlossenen Vergleich 27.608 €. Am 23.12.2009 überwies die Schuldnerin diesen Betrag von ihrem Konto bei der D-Bank, die den verbundenen Gesellschaften eine gemeinsame Kreditlinie von 5 Mio. € eingeräumt hatte, an die Bekl. Die A-AG verfügte zu diesem Zeitpunkt noch über liquide Mittel i.H.v. 28.197,88 €. Der Kl. begehrt von der Bekl. die Erstattung der von der Schuldnerin geleisteten Zahlung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Schenkungsanfechtung nach § 134 I InsO. Zu Recht?

### I. Begriff der Gläubigerbenachteiligung

„Der Insolvenzanfechtung unterliegen gem. § 129 I InsO nur **Rechtshandlungen, welche die Insolvenzgläubiger objektiv benachteiligen**. Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die **Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt** und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert hat, mithin wenn sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten. Demnach scheidet eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger aus, wenn die **angefochtene Rechtshandlung nicht das haftende Vermögen des Insolvenzschuldners, sondern dasjenige eines Dritten betroffen** hat (BGH, WM 2016, 282 = BeckRS 2016, 02264 Rn. 13 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### II. Gläubigerbenachteiligung durch Zahlung nach geduldeter Kontoüberziehung

„Schöpft der Schuldner neue Gelder aus einer **lediglich geduldeten Kontoüberziehung** und fließen diese auf Grund einer vom Schuldner veranlassten **Überweisung von der Bank direkt dem Empfänger zu**, benachteiligt dies die Gläubiger des Schuldners, weil die Zuwendung an den Empfänger nur in Folge und nach Einräumung des vom Schuldner beantragten Überziehungskredits bewirkt werden kann. Eine solche Direktzahlung kann anfechtungsrechtlich nicht anders behandelt werden, als wenn **Geldmittel, auf die der Schuldner keinen Anspruch hatte**, ihm durch ein neu gewährtes Darlehen zunächst überlassen und sodann **zur Deckung von Verbindlichkeiten verwendet** werden (BGHZ 182, 317 = NJW 2009, 3362 Rn. 14 f.; BGH, WM 2010, 1756 = BeckRS 2010, 19843 Rn. 12).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Maßstäben kann im Streitfall eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger der Schuldnerin nicht verneint werden. Der Überweisungsauftrag erfolgte zu Lasten eines Kontos der Schuldnerin. Die **Gläubigerbenachteiligung** liegt in einem solchen Fall darin, dass die **Mittel des Überziehungskredits nicht zunächst in das Vermögen der Schuldnerin gelangt** und dort für den Zugriff der Gesamtheit ihrer Gläubiger verblieben sind. Der Umstand, dass die ausführende Bank der Schuldnerin und ihrer Muttergesellschaft eine gemeinsame Kreditlinie eingeräumt hatte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er besagt nur, dass sowohl die Schuldnerin als auch die Muttergesellschaft im Rahmen der gemeinsamen offenen Kreditlinie Darlehensmittel abrufen konnten. **Nahm eine der verbundenen Gesellschaften Kreditmittel in Anspruch, gleichviel ob diesseits oder jenseits der eingeräumten Kreditlinie, war insoweit nur diese Gesellschaft Darlehensnehmerin.** Nur ihre Gläubiger wurden benachteiligt, wenn die **Bank das Darlehen nicht an die anweisende Gesellschaft, sondern zu Lasten ihres Kontos direkt an einen Dritten auszahlte**. Dabei ist entgegen der Ansicht des BerGer. unerheblich, ob die Überweisung der Tilgung einer eigenen Verbindlichkeit der Insolvenzschuldnerin, einer Schuld der verbundenen Gesellschaft oder derjenigen eines Dritten diene. Entscheidend für die Frage der Gläubigerbenachteiligung ist allein, dass die Zahlung auf der Grundlage einer zwischen der Insolvenzschuldnerin und der Bank bestehenden Darlehensbeziehung erfolgte.“ (BGH aaO.)

### IV Ergänzende Erwägungen

Die von § 134 I InsO vorausgesetzte Unentgeltlichkeit der Leistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die A-AG zum Zeitpunkt der Zahlung der Schuldnerin noch über liquide Mittel verfügte, die den Zahlungsbetrag geringfügig überstiegen.

#### 1. Tilgung fremder Schuld als unentgeltliche Leistung

„Nach **gefestigter Rechtsprechung des BGH** ist die **Tilgung einer fremden Schuld als unentgeltliche Leistung nach § 134 I InsO anfechtbar**, wenn die gegen den Dritten gerichtete Forderung des Zuwendungsempfängers wertlos war; dann hat der Zuwendungsempfänger wirtschaftlich nichts verloren, was als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden kann (BGH, NJW 2013, 3720 = WM 2013, 2182 Rn. 6mwN; NZI 2016, 80 = WM 2016, 44 Rn. 6). Von der **Wertlosigkeit der Forderung des Zuwendungsempfängers** ist regelmäßig nicht erst dann auszugehen, wenn über das Vermögen des Forderungsschuldners wegen Zahlungsunfähigkeit bereits das Insolvenzverfahren eröffnet war, sondern schon dann, wenn er **materiell zahlungsunfähig, mithin insolvenzreif** war (BGH, NJW-RR 2010, 477 = WM 2009, 2283 Rn. 8; NZI 2010, 678 = WM 2010, 1421 Rn. 7; NJW-RR 2013, 1203 = NJW 2013, 3038 Ls. = WM 2013, 1079 Rn. 6; NJW 2013, 3720 = WM 2013, 2182 Rn. 7). Ist der Schuldner zahlungsunfähig, dürfen Forderungen nicht mehr im Wege der Einzelzwangsvollstreckung verwertet werden. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass bei Insolvenzreife des Schuldners eine gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger in dem dafür vorgesehenen Verfahren stattzufinden hat. Der Leistungsempfänger kann sich in einem solchen Fall nur dann darauf berufen, noch Vollstreckungsmöglichkeiten gegen seinen Schuldner gehabt zu haben, wenn er **trotz dessen Zahlungsunfähigkeit insolvenzbeständig auf noch vorhandene Vermögensgegenstände hätte zugreifen können**. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Anfechtungsgegner (BGH, NZI 2010, 678 Rn. 8 f.).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

„Die im Streitfall getroffenen Feststellungen rechtfertigen danach nicht die Beurteilung, bei der Zahlung der Insolvenzschuldnerin an die Bekl. habe es sich um eine entgeltliche Leistung gehandelt. Der Kl. hat vorgetragen, die A-AG sei **im Zeitpunkt der angefochtenen Überweisung zahlungsunfähig** gewesen. Hiervon ist für das Revisionsverfahren auszugehen, weil die Vorinstanzen keine gegenteiligen Feststellungen getroffen haben. War die A-AG zahlungsunfähig, war die **gegen sie gerichtete Forderung der Bekl. ohne Wert**. Allein der Umstand, dass die A-AG noch über liquide Mittel verfügte, die knapp über der Höhe ihrer Verbindlichkeit gegenüber der Bekl. lagen, ändert daran nichts. Die in den Vorinstanzen getroffene Feststellung zu den noch vorhandenen liquiden Mitteln beruht auf dem Vortrag des Kl., der hierzu auf die Auswertung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Bezug genommen hat. Um welche Art von liquidem Vermögen es sich handelte, ist nicht festgestellt. Schon deshalb kann nicht beurteilt werden, ob die Bekl. die Möglichkeit gehabt hätte, sich aus diesem Vermögen im Wege der Einzelzwangsvollstreckung anfechtungsfest Befriedigung zu verschaffen. Die Bekl. hat zu dieser Voraussetzung keinerlei Vortrag gehalten.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 829

### Anforderungen an Pfändungsantrag Hinreichende Bezeichnung des Drittschuldners

ZwVollstrR

(BGH in Rpfleger 2016, 298; Beschluss vom 02.12.2015 – VII ZB 36/13)

**Fall:** Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung. Sie hat beim VollstrG beantragt, gegen den Schuldner einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wegen einer Forderung i.H.v. 5.403,90 € zu erlassen. Wegen dieses Anspruchs soll die angebliche Forderung des Schuldners gegen die in Baden-Württemberg ansässige „Sparkasse Schwarzwald-Baar, Gerberstraße 45, 78050 Villingen-Schwenningen“ gepfändet werden. Mit Beschluss vom 04.06.2012 hat das Vollstreckungsgericht den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Bezeichnung der Drittschuldnerin reiche nicht aus. Erforderlich sei die Angabe eines gesetzlichen Vertreters bzw. eines Vertretungsorgans. Zu Recht?

#### I. Anforderungen an die Bezeichnung des Drittschuldners im Pfändungsantrag

„Für die Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses ist die **eindeutige Bezeichnung des Drittschuldners** notwendig, um für die am Vollstreckungsverfahren Beteiligten und den Rechtsverkehr klarzustellen, welches Recht Gegenstand der Pfändung ist. Es muss deshalb aus dem Pfändungsbeschluss **zweifelsfrei ersichtlich sein, gegen wen dem Schuldner die gepfändete Forderung zusteht** (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 425 Rn. 8; WM 1987, 1311 [1312] = BeckRS 2009, 18154; Jurgeleit, Die Haftung des Drittschuldners, 2. Aufl., Rn. 20).“ (BGH aaO.)

#### II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Antrag der Gläubigerin, der die Drittschuldnerin als „Sparkasse Schwarzwald-Baar“ bezeichnet, diesen Anforderungen genügt

##### 1. Angabe der Rechtsform

„Soweit das **BeschwGer.** meint, diese Bezeichnung sei unzureichend, weil die **Rechtsform** der „Sparkasse Schwarzwald-Baar“ **nicht mitgeteilt** werde, ist das unzutreffend. Nach dem **Sparkassengesetz (SpG)** für Baden-Württemberg i d F der Bekanntmachung vom 19.07.2005 (GBl. 2005, 587) sind Sparkassen in Baden-Württemberg **rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts** (§ 1 SpG BW). Es ergibt sich damit aus dem Gesetz, dass die Drittschuldnerin als Sparkasse Trägerin von Rechten und Pflichten ist. Die Bezeichnung „Sparkasse“ ist deshalb in Baden-Württemberg die Bezeichnung für eine Rechtsform, ohne dass es eines Zusatzes bedürfte.“ (BGH aaO.)

##### 2. Angabe der vertretungsberechtigten Personen

„Ebenso wenig ist es für die hinreichende Bezeichnung der Drittschuldnerin erforderlich, die zur Vertretung berechtigten Personen anzugeben, da diese **für die Identität einer (juristischen) Person unerheblich** sind.

Die Angabe des zur Vertretung berechtigten Organs der Drittschuldnerin und die Bezeichnung der zur Vertretung berechtigten Mitglieder des Organs sind auch nicht erforderlich, um mit der vom Gläubiger zu veranlassenden **Zustellung des Pfändungsbeschlusses** an die Drittschuldnerin die Pfändung zu bewirken (§§ 829 II 1, 829 III ZPO).

Nach §§ 191, 182 II Nr. 1 ZPO muss die **Zustellungsurkunde** die **Bezeichnung der Person enthalten, an die zugestellt werden soll**. Bei einer juristischen Person wie der Drittschuldnerin ist das ihr gesetzlicher Vertreter. Das ist nach § 23 I 1, 2 SpG BW der **Vorstand für die Geschäfte der Sparkasse**. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es aber, wenn bei einer **Zustellung an den gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person in deren Geschäftslokal ausschließlich die Gesellschaft in der Zustellungsurkunde bezeichnet** wird. Es bedarf weder einer Bezeichnung des zur Vertretung berechtigten Organs noch der Mitglieder des Organs (BGHZ 134, 343 [352] = NJW 1997, 1584 für juristische Personen des öffentlichen Rechts; BGHZ 107, 297 [299] = NJW 1989, 2689 für eine Aktiengesellschaft; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 182 Rn. 5).“ (BGH aaO.)