



Heinz-Jürgen Höher[®]

**Rechtsanwalt
& Bilanzbuchhalter (IHK)**

Olper Straße 100

51491 Overath-Steinenbrück

Telefon (02204) 76 82 – 44/45

Telefax (02204) 76 83 17

Mobil 0175 – 630 9003

eMail info@anwalt-hoeher.de

www.anwalt-hoeher.de

Overath, 27.05.2011

Newsletter 05/2011

Inhalt:

- [Handels- und Gesellschaftsrecht](#)
...
- [Strafrecht](#)
 - [Sicherungsverwahrung: Verfassungswidrigkeit der derzeitigen gesetzlichen Regelungen¹⁰](#)
 - [Verfassungswidrige Ingewahrsamnahme zur Lichbildanfertigung^{ix}](#)
 - [Zulässigkeit medizinischer Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug^x](#)
 - [Vorlagebeschluss zum Status von Vertragsärzten^x](#)
- [Mietrecht](#)
 - [Wohnraummiete: Umlage der Kosten von baulichen Modernisierungsmaßnahmen¹⁰](#)
- [Steuerrecht](#)
 - [Einkommenssteuer: Besuchsfahrt als Werbungskosten der doppelten Haushaltsführung¹⁰](#)
- [Arbeitsrecht](#)
 - [Dienstwagennutzung bei Arbeitsunfähigkeit^{ix}](#)
 - [AGG – Ausschluss von Entgelterhöhung wegen Elternzeit^{ix}](#)
- [Humoristisches](#)

Nachfolgend finden sich einige aktuelle Entscheidungen:

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Handels- und Gesellschaftsrecht

...

Strafrecht

Sicherungsverwahrung: Verfassungswidrigkeit der derzeitigen gesetzlichen Regelungen¹⁰

([BVerfG](#), Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10)

Pressemitteilung des BVerfG Nr. 31/2011 vom 4.05.2011:

„Das Bundesverfassungsgericht hat ... sein Urteil über die Verfassungsbeschwerden von vier Sicherungsverwahrten verkündet, die sich gegen die Fortdauer ihrer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früher geltenden zehnjährigen Höchstfrist (Sicherungsverwahrung I) bzw. gegen die nachträgliche Anordnung ihrer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Sicherungsverwahrung II) wenden. ...

Die Rechtskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01 -, durch die die Aufhebung der früher für die Sicherungsverwahrung geltenden zehnjährigen Höchstgrenze und die Anwendung dieser Neuregelung auf die sog. Altfälle für verfassungsgemäß erklärt worden sind, stellt kein der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden entgegenstehendes Prozesshindernis dar. Denn die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die neue Aspekte für die Auslegung des Grundgesetzes enthalten, stehen rechtserheblichen Änderungen gleich, die zu einer Überwindung der Rechtskraft einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führen können. ...

Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Angleichung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen ihrer Wertungen, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist. ...

Der in der Sicherungsverwahrung liegende schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrunde liegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Die vorhandenen Regelungen über die Sicherungsverwahrung erfüllen nicht die verfassungsrechtlichen (Mindest-)Anforderungen an die Ausgestaltung des Vollzugs.

Die grundlegend unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung erfordern einen deutlichen Abstand des Freiheitsentzugs durch Sicherungsverwahrung zum Strafvollzug (sog. Abstandsgebot). Während die Freiheitsstrafe der Vergeltung schuldhaft begangener Straftaten dient, verfolgt der Freiheitsentzug des Sicherungsverwahrten allein präventive Zwecke, nämlich die Verhinderung zukünftiger Straftaten. Er beruht nur auf einer Gefährlichkeitsprognose und legt dem Betroffenen im Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit gleichsam ein Sonderopfer auf. Die Sicherungsverwahrung ist daher nur dann zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Ausgestaltung dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der „äußeren“ Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Hierzu bedarf es eines Gesamtkonzepts der Sicherungsverwahrung mit klarer therapeutischer Ausrichtung auf das Ziel, die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr zu minimieren und auf diese Weise die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren. Die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit muss sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmen. Diese freiheitsorientierte Wahrung des Abstandsgebots trägt auch den Wertungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 7 Abs. 1 EMRK Rechnung, der in seinem Urteil vom 17. Dezember 2009 der Sicherungsverwahrung aufgrund des fehlenden Abstands zum Strafvollzug Strafcharakter beigemessen und auf die Notwendigkeit besonderer individueller Unterstützung des Sicherungsverwahrten abgestellt hat. ...

Diesen Anforderungen genügen die vorhandenen Regelungen über die Sicherungsverwahrung und folglich auch deren tatsächlicher Vollzug nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung immer mehr ausgeweitet, ohne dem bereits im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 konkretisierten Abstandsgebot

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Rechnung zu tragen. Das Institut der Sicherungsverwahrung ist ohne Wahrung des Abstandsgebots insgesamt mit dem Freiheitsgrundrecht der Untergebrachten nicht zu vereinbaren. Bundes- und Landesgesetzgeber stehen gemeinsam in der Pflicht, ein freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln, das keine maßgeblichen Fragen der Entscheidungsmacht von Exekutive oder Judikative überlässt, sondern deren Handeln in allen wesentlichen Bereichen bestimmt. ...

Zudem verletzen die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Vorschriften zur nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

Die Vorschriften enthalten einen schwerwiegenden Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises auf ein Ende der Sicherungsverwahrung nach Ablauf von zehn Jahren (in den sog. Altfällen) bzw. auf ein Unterbleiben der Anordnung der Sicherungsverwahrung (in den Fällen ihrer nachträglichen Anordnung). Angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht kommt den betroffenen Vertrauensschutzbelangen verfassungsrechtlich ein besonders hohes Gewicht zu, das durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention noch verstärkt wird. Nach der Wertung von Art. 7 Abs. 1 EMRK hat der unzureichende Abstand des Vollzugs der

Sicherungsverwahrung von dem der Freiheitsstrafe zur Folge, dass sich das Gewicht des Vertrauens der Betroffenen einem absoluten Vertrauensschutz annähert. Des Weiteren sind auf Seiten der betroffenen Sicherungsverwahrten die Wertungen von Art. 5 EMRK zu berücksichtigen. Danach kommt - unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR - eine Rechtfertigung der Freiheitsentziehung in den hier in Rede stehenden Fällen der nachträglich verlängerten bzw. angeordneten Sicherungsverwahrung praktisch nur unter den Voraussetzungen einer psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK in Betracht. Die Vorschrift verlangt das Vorliegen einer zuverlässig nachgewiesenen und fortdauernden psychischen Störung. Die gesetzlichen Regelungen müssen ihre Feststellung als ausdrückliche Tatbestandsvoraussetzung vorsehen. Die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung setzt zudem eine Ausgestaltung der Unterbringung des Betroffenen voraus, die der Tatsache Rechnung trägt, dass er aufgrund einer psychischen Störung untergebracht ist. ...

Zur Vermeidung eines „rechtlichen Vakuums“ hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungswidrigen Vorschriften nicht für nichtig erklärt, sondern deren zeitlich befristete Weitergeltung angeordnet.“

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Verfassungswidrige Ingewahrsamnahme zur Lichtbildanfertigung^{ix}

([BVerfG](#), Beschl. v. 8.3.2011 – 1 BvR 142/05, 1 BvR 47/05)

Pressemitteilung des BVerfG Nr. 26/2011 vom 6.04.2011:

„Die Beschwerdeführer betraten zusammen mit einer Gruppe von etwa 100 Personen aus dem Umfeld der sogenannten Bauwagenszene ohne Erlaubnis ein Grundstück, um das Gelände als neuen Wohnsitz und Abstellort für mehrere mitgeführte Bauwagen zu nutzen. Nachdem gegen sie seitens der Grundstückseigentümerin Strafantrag gestellt worden war, stellte die Polizei vor Ort die Identität der noch anwesenden Personen fest, umstellte die Gruppe und teilte ihnen mit, dass sie wegen Verdachts des Hausfriedensbruchs vorläufig festgenommen seien. Sowohl vor als auch während der anschließenden polizeilichen Räumung des Platzes wiesen die Beschwerdeführer sich unter Vorlage von gültigen Ausweispapieren aus. Sie wurden sodann zunächst auf die Polizeiwache und später auf das Polizeipräsidium gebracht, wo sie jeweils in einer Zelle eingeschlossen waren. Zur erkennungsdienstlichen Behandlung, die in der Anfertigung von zwei bzw. drei Lichtbildern bestand, befanden sie sich mehr als fünf bzw. mehr als acht Stunden im Polizeigewahrsam. Die Anträge der Beschwerdeführer auf gerichtliche Feststellung, dass Grund, Dauer und Durchführung der Freiheitsentziehung rechtswidrig waren, hatten im Berufungsverfahren vor dem Landgericht bzw. bereits vor dem Amtsgericht keinen Erfolg. ...

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die fachgerichtlichen Beschlüsse, soweit sie die Maßnahmen der Polizeibehörden auch nach Vorlage und Überprüfung der Ausweispapiere für rechtmäßig erklären, die Beschwerdeführer insbesondere in ihrem Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verletzen. ...

Die Vorschrift des § 163b Abs. 1 Satz 2 StPO lässt ein Festhalten zur Identitätsfeststellung nur zu, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Als gesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots stellt die Vorschrift sicher, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur dann erfolgt, wenn er zur Feststellung der Identität unerlässlich ist. So verhielt es sich hier nicht. Die Beschwerdeführer hatten sich vor Ort mit Ausweispapieren ausgewiesen. Anhaltspunkte dafür, dass die Ausweise gefälscht waren oder die Personen nicht mit dem Ausweisinhaber übereinstimmten, sind nicht ersichtlich. Daher ist - insbesondere im Hinblick auf das verfassungsrechtlich fundierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen bloßer Identitätsfeststellung und weiterem Festhalten - davon auszugehen, dass es den Polizeibeamten möglich war, die Identität vor Ort hinreichend sicher festzustellen. Ein Festhalten aus reinen Praktikabilitätsabwägungen vermag die Erforderlichkeit der Maßnahme nicht zu begründen.

Auch ein Festhalten der Beschwerdeführer auf der Grundlage von § 81b Alt. 2 StPO war unverhältnismäßig. Selbst wenn man davon ausgeht, dass trotz eindeutig festgestellter

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Elnachrichten)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Identität der Beschwerdeführer die Erinnerung der einzelnen Polizisten als Zeugen vor Gericht aufgrund der Vielzahl an Personen ohne weitere Fotos nicht hinreichend gewährleistet gewesen wäre und es als Erinnerungsstütze noch ein Bedürfnis nach weiteren Beweismitteln gab, rechtfertigt dies nicht ein stundenlanges Festhalten und Einsperren. Zwar kann die Masse der zu bearbeitenden Fälle eine organisatorisch nicht vermeidbare und mäßige Wartezeit sowie ein Verbringen an andere Polizeidienststellen zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen jedenfalls bei hinreichend gewichtigen Straftaten rechtfertigen. Hier sind die Beschwerdeführer jedoch erst nach mehreren Stunden im Polizeipräsidium lediglich insoweit erkennungsdienstlich erfasst worden, dass von ihnen wenige einfache Fotoaufnahmen angefertigt wurden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitserwägungen hätte es daher zur Annahme der Erforderlichkeit der mehrstündigen Ingewahrsamnahme einer genaueren Auseinandersetzung mit anderen weniger einschneidenden, aber gleich erfolgsversprechenden Maßnahmen bedurft, wie etwa der Fertigung entsprechender Aufnahmen vor Ort, als die Personen einzeln zur Identitätsfeststellung herausgeführt wurden.

Die angegriffenen Beschlüsse verletzen die Beschwerdeführer zudem in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 104 Abs. 2 GG. Danach ist die Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung allein dem Richter vorbehalten, die spätestens unverzüglich nach Beginn der Freiheitsentziehung zu treffen ist. Das Einsperren der Beschwerdeführer in Gewahrsamszellen sowie das Verbringen dorthin stellen eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG und nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung dar. Anders als im Regelfall von § 81b StPO wurden die Beschwerdeführer nicht allein zur Dienststelle verbracht und umgehend erkennungsdienstlich behandelt, sondern zunächst über einen Zeitraum von mehreren Stunden allein verwahrt. “

Zulässigkeit medizinischer Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug^x

([BVerfG](#), Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09)

Pressemitteilung des BVerfG Nr. 28/2011 vom 15.04.2011:

„Der Beschwerdeführer befindet sich seit 1999 aufgrund einer Verurteilung wegen im Zustand der Schuldunfähigkeit begangener Gewalttaten im Maßregelvollzug. Die Maßregelvollzugsklinik kündigte ihm schriftlich die Behandlung „mit einem geeigneten Neuroleptikum, das eventuell auch gegen Ihren Willen intramuskulär gespritzt wird“, an. Den hiergegen gerichteten Antrag des Beschwerdeführers auf gerichtliche Entscheidung wies das Landgericht mit der Maßgabe zurück, dass eine zwangsweise medikamentöse Therapie mittels atypischer Neuroleptika für einen Zeitraum von sechs Monaten zulässig sei. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde zum Oberlandesgericht hatte keinen Erfolg.

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmachrichten)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 des rheinland-pfälzischen Maßregelvollzugsgesetzes (MVollzG Rh.-Pf.) sind operative Eingriffe, Behandlungen und Untersuchungen des Untergebrachten nur mit seiner Einwilligung zulässig, wenn sie mit einem wesentlichen gesundheitlichen Risiko oder einer Gefahr für das Leben des untergebrachten Patienten verbunden sind; sonstige operative Eingriffe, Behandlungen und Untersuchungen sind ohne Einwilligung des untergebrachten Patienten zulässig bei Lebensgefahr, bei schwerwiegender Gefahr für die Gesundheit des untergebrachten Patienten oder bei Gefahr für die Gesundheit anderer Personen. Ferner bestimmt der im konkreten Fall als Rechtsgrundlage herangezogene § 6 Abs. 1 Satz 2 MVollzG Rh.-Pf. in seinem ersten Halbsatz, dass im Übrigen Behandlungen und Untersuchungen zur Erreichung des Vollzugsziels ohne Einwilligung des untergebrachten Patienten durchgeführt werden können.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass § 6 Abs. 1 Satz 2 MVollzG Rh.-Pf. mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar und nichtig ist. ...

Die medizinische Behandlung eines Untergebrachten gegen dessen natürlichen Willen (Zwangsbehandlung) greift in besonders schwerwiegender Weise in dessen Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein.

Dem Gesetzgeber ist es nicht prinzipiell verwehrt, solche Eingriffe zuzulassen. Dies gilt auch für eine Behandlung, die der Erreichung des Vollzugsziels dient, also darauf gerichtet ist, den Untergebrachten entlassungsfähig zu machen. Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs kann das grundrechtlich geschützte Freiheitsinteresse des Untergebrachten selbst (Art. 2 Abs. 2 GG) geeignet sein, sofern der Untergebrachte zur Einsicht in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht krankheitsbedingt nicht fähig ist. Soweit unter dieser Voraussetzung ausnahmsweise eine Befugnis zur Zwangsbehandlung anzuerkennen ist, eröffnet dies keine „Vernunftlosigkeit“ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseite gesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint. Maßnahmen der Zwangsbehandlung dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, Erfolg versprechen und für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden sind, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen. Sie dürfen nur als letztes Mittel eingesetzt werden. Eine weniger eingreifende Behandlung muss aussichtslos erscheinen. Der Zwangsbehandlung muss, soweit der Betroffene gesprächsfähig ist, unabhängig von seiner Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks unternommene Versuch vorausgegangen sein, die auf Vertrauen gegründete Zustimmung des Untergebrachten zu erreichen.“

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Vorlagebeschluss zum Status von Vertragsärzten^x

([BGH](#), Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10)

Pressemitteilung des BGH Nr. 76/11 vom 5.5.2011:

„Die Staatsanwaltschaft Verden (Aller) hatte gegen den Geschäftsführer eines Unternehmens ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Bestechung bzw. der Bestechung im geschäftlichen Verkehr geführt. Das Unternehmen vertreibt Geräte, die zur elektromedizinischen Reizstromtherapie bestimmt sind. Nach Einstellung dieses Ermittlungsverfahrens, hat die Staatsanwaltschaft in einem selbstständigen Verfallsverfahren beantragt, gegen das Unternehmen Wertersatz in Höhe von 350.225 Euro für verfallen zu erklären.

Das Landgericht Stade hat diesen Antrag als unzulässig verworfen. Nach seinen Feststellungen schloss das Unternehmen mit der AOK N. Verträge über die Abgabe der Reizstromtherapiegeräte an Patienten zur häuslichen Eigenanwendung. Es stellte zudem niedergelassenen Ärzten hochwertige Apparaturen für deren Praxis zur Verfügung und erließ das hierfür zu zahlende Entgelt vollständig oder teilweise, wenn der Arzt Verordnungen über den Bezug eines Reizstromtherapiegeräts ausstellte und diese dem Unternehmen zukommen ließ. Zwischen September 2004 und November 2008 gingen dem Unternehmen mehr als 70.000 Verordnungen zu. Es rechnete seine Leistungen sodann auch gegenüber der AOK N. ab. ...

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat diese Frage dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt, der nach § 132 Abs. 4 GVG für die Beantwortung grundsätzlicher Rechtsfragen u. a. dann zuständig ist, wenn dies zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist. ...

Für die Entscheidung erheblich ist danach vorrangig, ob ein niedergelassener Vertragsarzt bei der Behandlung gesetzlich Versicherter - hier: Verordnung von Hilfsmitteln - als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c StGB anzusehen ist mit der Folge, dass die Beteiligten ein Amtsdelikt (Vorteilsannahme bzw. -gewährung, Bestechlichkeit bzw. Bestechung, §§ 331 ff. StGB) begehen können. Ist dies zu verneinen, hängt der Ausgang der Revision davon ab, ob der Vertragsarzt Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB ist. Diese Fragen sind in der Literatur umstritten. Höchstrichterliche Entscheidungen hierzu sind bisher nicht ergangen. Ihre Beantwortung hat über den vorliegenden Einzelfall hinaus erhebliche Auswirkungen auf die Strafverfolgungspraxis im weit verbreiteten Bereich des sog. Pharmamarketing.“

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

Mietrecht

Wohnraummiete: Umlage der Kosten von baulichen Modernisierungsmaßnahmen¹⁰

([BGH](#), Urt. v. 30.3.2011 – VIII ZR 173/10)

Pressemitteilung des BGH Nr. 52/11 vom 30.3.2011:

„Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Klägerin in Görlitz. Im Januar 2007 kündigte die Klägerin schriftlich den Einbau von Wasserzählern und eine darauf gestützte Mieterhöhung um 2,28 € monatlich an. Die Beklagten teilten der Klägerin daraufhin mit, dass der Einbau erst dann geduldet werde, wenn die Klägerin einen Vorschuss für die hierdurch erforderlich werdende Neutapezierung der Küche zahle. Dieser Forderung kam die Klägerin nach, erklärte jedoch, dass es sich auch insoweit um umlagefähige Modernisierungskosten handele, weswegen die Mieterhöhung entsprechend höher ausfallen werde. Nach Einbau des Wasserzählers legte die Klägerin die Gesamtkosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB um, woraus sich ein monatlicher Erhöhungsbetrag von 2,79 € ergab. Den auf den Tapezierungskostenvorschuss entfallenden Teilbetrag von jeweils 1,32 € zahlten die Beklagten 24 Monate nicht. ...

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Vermieter die Kosten für Renovierungsarbeiten, die infolge von Modernisierungsmaßnahmen erforderlich werden, gemäß § 559 Abs. 1 BGB auf die Mieter umlegen darf. Dies gilt auch dann, wenn die Kosten nicht durch Beauftragung eines Handwerkers seitens des Vermieters entstanden sind, sondern dadurch, dass der Mieter entsprechende Arbeiten selbst vornimmt und sich die Aufwendungen nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lässt.“

Steuerrecht

Einkommenssteuer: Besuchsfahrt als Werbungskosten der doppelten Haushaltsführung¹⁰

([BFH](#), Beschl. v. 2.2.2011 – VI R 15/10)

Pressemitteilung des BFH Nr. 22/11 vom 23.3.2011:

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Elnachrichten)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

„Die Klägerin war in der Stadt Y als Angestellte tätig und führte dort einen weiteren Haushalt. An den Wochenenden reiste die Klägerin in der Regel nach X. Jedoch besuchte der Kläger die Klägerin auch mehrfach in Y, und zwar nicht etwa wegen einer beruflichen Verhinderung der Klägerin, sondern aufgrund privater Entscheidungen der Ehegatten. Das Finanzamt erkannte die Mehraufwendungen für die doppelte Haushaltsführung im Wesentlichen an. Allerdings ließ es die Reisekosten des Klägers für Besuche in Y nicht zum Werbungskostenabzug zu. ...

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 2. Februar 2011 VI R 15/10 entschieden, dass Aufwendungen des am Familienwohnsitz lebenden Ehegatten für Besuchsreisen zur Wohnung des anderenorts berufstätigen Ehegatten zumindest dann nicht als Werbungskosten bei der Einkommensteuer abziehbar sind, wenn die Besuchsreisen privat veranlasst waren. ...

Weder handele es sich um eine Familienheimfahrt im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG), noch seien es sonstige Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG. Denn das FG habe insoweit bindend festgestellt, dass den Besuchsreisen des Klägers private Motive zu Grunde lagen und daher die Reisen nicht beruflich veranlasst gewesen seien. Auch Art. 6 des Grundgesetzes erfordere nach Auffassung des BFH kein anderes Ergebnis. Die Regelungen des EStG zu Familienheimfahrten seien verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“

Arbeitsrecht

Dienstwagennutzung bei Arbeitsunfähigkeit^{ix}

([BAG](#), Urt. v. 14.12.2010 – 9 AZR 631/09)

Pressemitteilung des BAG Nr. 91/10 vom 14.12.2010:

„Der Kläger ist bei der Beklagten als Bauleiter beschäftigt. Die Beklagte stellt ihm arbeitsvertraglich für seine Tätigkeit einen Pkw „auch zur privaten Nutzung“ zur Verfügung. In der Zeit vom 3. März 2008 bis einschließlich 14. Dezember 2008 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Sein Entgeltfortzahlungsanspruch endete zum 13. April 2008. Auf Verlangen der Beklagten gab er den Pkw am 13. November 2008 zurück. Die Beklagte überließ dem Kläger erst nach Wiederaufnahme der Arbeit am 18. Dezember 2008 wieder

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmachrichten)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011

einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Der Kläger verlangt Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vom 13. November bis 15. Dezember 2008. ...

Die Gebrauchsüberlassung eines Pkw zur privaten Nutzung ist zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung. Sie ist steuer- und abgabepflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts und damit Teil der Arbeitsvergütung. Damit ist sie regelmäßig nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet. Das ist für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr nach § 3 Abs. 1 EFZG besteht, nicht der Fall.“

AGG – Ausschluss von Entgelterhöhung wegen Elternzeit^x

([BAG](#), Urt. v. 27.1.2011 – 6 AZR 526/09)

Pressemitteilung des BAG Nr. 8/11 vom 27.1.2011:

„Die Klägerin war von 2003 bis 2009 in der Kostümabteilung des von der beklagten Stadt unterhaltenen Theaters tätig und verrichtete Schneiderarbeiten. Vom 28. April 2005 bis zum 29. Februar 2008 nahm sie Elternzeit in Anspruch. Während dieser Elternzeit trat der TVöD am 1. Oktober 2005 in Kraft. Die Klägerin wurde tarifgerecht in die Entgeltgruppe 5 eingruppiert und in dieser Entgeltgruppe der Stufe 2 zugeordnet. Die Beklagte rechnete die Zeit der Elternzeit nicht auf die Stufenlaufzeit an. Die Klägerin ist der Auffassung, sie werde dadurch wegen ihres Geschlechts diskriminiert und begehrt eine Vergütung nach der nächsthöheren Stufe 3 ihrer Entgeltgruppe. Dies hätte eine um etwa 100,00 Euro brutto höhere monatliche Vergütung zur Folge. ...

Der Aufstieg in die nächsthöhere Stufe setzt eine in § 16 Abs. 3 TVöD (VKA) im einzelnen festgelegte Zeit der ununterbrochenen Tätigkeit in derselben Entgeltgruppe voraus. Nach § 17 Abs. 3 Satz 1 TVöD stehen ua. die Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) einer ununterbrochenen Tätigkeit gleich. Elternzeit wird dagegen bis zu einer Dauer von jeweils fünf Jahren gem. § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD nicht auf die Stufenlaufzeit angerechnet, bei einer längeren Dauer erfolgt nach § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD grundsätzlich eine Herabstufung um eine Stufe. Die Hemmung der Stufenlaufzeit bis zu einer Dauer von jeweils fünf Jahren durch die Inanspruchnahme von Elternzeit ist mit dem Recht der Europäischen Union und dem Grundgesetz vereinbar und führt insbesondere nicht zu einer Geschlechtsdiskriminierung. ...

Die Klägerin wird durch die Nichtanrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit des TVöD weder unmittelbar noch mittelbar wegen ihres Geschlechts diskriminiert. Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis unter Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten. In dieser Zeit wird keine Berufserfahrung gewonnen. Der Stufenaufstieg im Entgeltsystem des TVöD soll aber gerade die durch größere Erfahrung eintretende

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Eilmeldungen)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011



Heinz-Jürgen Höher[®]

Verbesserung der Arbeitsleistung honorieren. Der TVöD stellt damit auf ein objektives Kriterium ab, das keinen Bezug zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hat.

Humoristisches

Schimpfen Anwälte in der Weise:

„Das ist doch alles gelogen!“

„Haben Sie dafür überhaupt Beweise?“

Wird die Verhandlung in die Länge gezogen.

Das Gericht beeindruckt das aber nicht.

Die Schwelle der Beachtlichkeit ist erst überschritten,

Wird etwas auch substantiiert bestritten.

Hier ist die Überzeugung des Richters von Gewicht.



Die Wahrheit interessiert den Richter nicht -
Wenn er in einer Entscheidung ausspricht,
Was das Gericht für Recht hat erkannt -
Wohin er sie bei Aufstellung des Prozessstoffes nicht fand.

10 = Überschriften lt. ZAP 10/2011 v. 18.05.2011 (Elnachrichten)

ix = Überschriften lt. NJW Spezial 9/2011 v. 05.05.2011

x = Überschriften lt. NJW Spezial 8/2011 v. 19.05.2011