

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Juni/08
1. Jahrgang

Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:
RA Dr. Kues

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

Inhaltsverzeichnis:

Zivilrecht

- BGH, 18.06.2008 – VIII ZR 224/07 – Mietvertrag: „Farbwahlklausel“ ist unwirksam S. 3
BGH, 10.07.2007 – VI ZR 199/06, Leasing: Keine Anrechnung von Betriebsgefahr und Mitverschulden S. 3
OLG Koblenz, 18.10.2007 – 5 U 567/07 – Zur Zulässigkeit eines Teilurteils S. 5

Strafrecht

- BGH, 11.12.2007 – 3 StR 489/07 – Rücktritt bei einem beendeten Versuch S. 6
BGH, 07.02.2008 – 5 StR 402/07 – Kein Rücktritt bei fehlgeschlagenem Versuch S. 7

Öffentliches Recht

- OVG NRW, 05.09.2007 – 19 A 4074/06 – Schulpflicht und Elternrecht S. 8
BVerwG, 23.10.2007 – 1 C 10.07 – Ausnahme von der Regelausweisung S. 11

Arbeitsrecht

- BAG, 20.05.2008 – 9 AZR 382/07 – Doppelte Schriftformklausel ist unwirksam S. 16
BAG, 21.05.2008 – 8 AZR 481/07 – Betriebsübergang bei Ausgliederung des Reinigungsdienstes S. 16
LAG Schleswig Holstein, 11.03.2008 – 2 Sa 11/08 – Voraussetzungen an eine krankheitsbedingte Kündigung S. 17
BAG, 05.06.2008 – 3 AZR 984/06 – Entzug der „betrieblichen Fahrerlaubnis“ S. 18

Handels- und Gesellschaftsrecht

- Gesetzesänderung: Modernisierung des GmbH-Rechts S. 19

Familienrecht

- Gesetzesänderung: Das neue Verfahren in Familiensachen S. 22

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmer von Jura Intensiv,

die Ausgabe Juni 2008 ist die zweite der neuen Zeitschrift ZARA.

Wir möchten uns an dieser Stelle schon für die ersten Rückmeldungen zum neuen Auftritt der ZARA bedanken. Wir freuen uns sehr über das positive Echo. Wir werden bemüht sein, die Stärken weiter auszubauen und eventuelle Schwächen zu reduzieren.

Sofern in einer mündlichen Prüfung mit Gesellschaftsrecht zu rechnen ist, möchten wir Sie auf die beschlossenen Neuregelungen zum GmbHG hinweisen, die Sie im Abschnitt Handels- und Gesellschaftsrecht im hinteren Teil der vorliegenden Ausgabe der ZARA finden.

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

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

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

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der ZARA 6/2008.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung

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

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

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

Erscheinungsweise: Monatlich.



Boxenstopp

Referendare / Referendarinnen in der Anwalts- oder Wahlstation

Der Boxenstopp erfordert ein perfektes Team, das reibungslos Hand in Hand arbeitet. Jeder hat seinen Platz und muss sich auf den Anderen verlassen können. Auf der gleichen Basis arbeiten unsere Teams, mit denen wir unseren Mandanten eine effiziente Beratung mit optimalen Ergebnissen garantieren. – Machen Sie Ihren Boxenstopp in unseren Bereichen

Corporate Finance
Banking and Capital Markets
Tax
Energy and Infrastructure
Property and Real Estate

Auch in Brüssel oder London ist ein Boxenstopp – eine Station – möglich.

Norton Rose LLP - führende Anwaltssozietät, globales Netzwerk, internationale Büros, überschaubare Teams, in denen jeder Einzelne seinen Platz hat.

Mehr über Ihren Boxenstopp bei Norton Rose LLP sagen Ihnen gerne:

Frankfurt
Magdalena Gies
Human Resources
Telefon +49 (0)69 50 50 96-222
magdalena.gies@nortonrose.com


Stephanstraße 15
60313 Frankfurt am Main

München
Martina Magerstädt
Human Resources
Telefon +49 (0)89 21 21 48-306
martina.magerstaedt@nortonrose.com

Theatinerstraße 11
80333 München

Zivilrecht

Gericht: BGH	Mietvertrag: „Farbwahlklausel“ ist unwirksam	BGB § 307
Aktenzeichen: VIII ZR 224/07		
Datum: 18.06.2008		

	Eine Klausel, die dem Mieter nicht erst für den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung, sondern bereits während der Mietzeit vorschreibt, für die Schönheitsreparaturen helle, deckende und neutrale Farben zu verwenden, ist unwirksam. Es besteht kein anerkanntes Interesse des Vermieters daran, dass der Mieter bereits während der laufenden Mietzeit auf andere Gestaltungen - gleichgültig ob farbig oder nicht deckend - verzichten muss.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung der Beklagten. Die Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen ist im Mietvertrag formularmäßig auf den Mieter übertragen worden. Unter anderen heißt es dazu:

"Spätestens sind diese Arbeiten im Allgemeinen und unter Berücksichtigung der individuellen Abnutzungserscheinungen entsprechend dem folgenden Fristenplan auszuführen bzw. ausführen zu lassen..."

Sodann heißt es:

"Die Schönheitsreparaturen sind in neutralen, deckenden, hellen Farben und Tapeten auszuführen."

Die Klägerin wollte gerichtlich feststellen lassen, dass sie nicht verpflichtet ist, die Schönheitsreparaturen zu leisten. Das AG wies die Klage ab. Das LG gab ihr statt. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.


Lösung:

Die hier verwendete "Farbwahlklausel" ist gemäß § 307 Abs.1 S.1, Abs.2 Nr.1 BGB insgesamt unwirksam.

Die Klausel benachteiligt den Mieter unangemessen. Sie schreibt dem Mieter nicht erst für den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung, sondern bereits während der Mietzeit vor, für die Schönheitsreparaturen helle, deckende und neutrale Farben zu verwenden.

Zwar ist dem Vermieter vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein berechtigtes Interesse daran nicht abzuspochen, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses in einer Farbgebung zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird. Es besteht jedoch kein anerkanntes Interesse des Vermieters daran, dass der Mieter bereits während der laufenden Mietzeit auf andere Gestaltungen – gleichgültig ob farbig oder nicht deckend - verzichten muss.

Gericht: BGH	Leasing: Keine Anrechnung von Betriebsgefahr und Mitverschulden	BGB §§ 254, 823
Aktenzeichen: VI ZR 199/06		
Datum: 10.07.2007		

	Ein Leasinggeber, der Eigentümer aber nicht Halter des Leasing-Kfz ist, muss sich im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 BGB wegen eines Verkehrsunfallereignisses weder ein Mitverschulden des Leasingnehmers bzw. Fahrers des Leasing-Kfz noch die Betriebsgefahr anspruchsmindernd zurechnen lassen.
---	--

I. Keine Zurechnung über § 17 StVG

1. Die Regelung des § 17 StVG findet nur dann Anwendung, wenn auch der Geschädigte nach den Bestimmungen des StVG haftet.

Daran hält der Senat auch nach den Änderungen in § 17 III 3 StVG durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I 2674) fest. Zwar gilt nach § 17 III 3 StVG der Ausschluss der Ersatzpflicht für ein unabwendbares Ereignis auch gegenüber einem Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, der nicht Halter ist. Dies wurde in der Lit. teilweise zum Anlass genommen, eine entsprechende

Anwendung der Regelungen von § 17 I und II StVG auf den nicht haltenden Eigentümer zu fordern (Geigel/Kunschert, Haftpflichtprozess, 24. Aufl., Kap. 25 Rn 38; auch Geigel/Bacher, aaO, Kap. 28 Rn 260; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl. 2007, § 22 Rn 30, 89; Schmitz NJW 02,3070[3071]; ders. NJW 94, 301[302]; a.A. Geyer NZV 05,565; wohl auch Jagow/Burmann/Hess, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., § 17 StVG Rn 9 und § 9 StVG Rn 9). Doch lassen die Gesetzesmaterialien zu dieser Änderung erkennen, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit des Auseinanderfallens von Halter- und Eigentümerstellung gerade beim Leasing durchaus bewusst war, jedoch eine Gleichstellung der Haftung nur für den Fall des unabwendbaren Ereignisses erfolgen sollte, um auf diese Weise den „Idealfahrer“ davor zu bewahren, vom „Eigentümer des anderen Unfallfahrzeugs auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, ohne sich davon befreien zu können“ (BT-Drs. 14/8780, 22f.). Mithin war eine durchgehende Gleichstellung von Eigentümer und Halter im Rahmen des § 17 StVG nicht beabsichtigt.

Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut (so auch Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 39. Aufl., § 7 StVG Rn 16a) die auf den Fall des unabwendbaren Ereignisses beschränkte Haftungsgleichstellung von Eigentümer und Halter auf die von § 17 I und II StVG erfassten Fälle zu übertragen.

2. Die vor der Gesetzesänderung vertretene Auffassung, in § 17 I und II StVG sei „bei verständigem Lesen „der nicht haltende Eigentümer miteinzubeziehen (Schmitz NJW 94, 301[302]; Geigel/Schlegelmilch, Der Haftpflichtprozess, 22. Aufl., Kap. 28 Rn 182; a.A. OLG Hamm NJW 95, 2233 und NZV 95, 320; Wussow/Baur, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Aufl., Rn 57), da der historische Gesetzgeber des StVG 1909 stillschweigend vom Regelfall, dass der Halter auch Eigentümer des Fahrzeugs sei, ausgegangen sei, ist jedenfalls angesichts der deutlichen Unterscheidung zwischen Eigentümer und Halter im geänderten § 17 III StVG nicht mehr haltbar. Ohnehin begegnete jene Auffassung angesichts der Tatsache, dass sich der historische Gesetzgeber bewusst für eine Anknüpfung der Haftung an den Halter unabhängig von dessen Eigentümerstellung entschieden hat (amtliche Begründung zu § 3 des Gesetzesentwurfs über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Verhandlungen des Reichstages 1909 Bd. 248, S. 593, 5598), auch zuvor bereits erheblichen Bedenken.

II. Keine Zurechnung über § 9 StVG

1. Nach § 9 StVG finden, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mit gewirkt hat, die Vorschriften des § 254 BGB mit der Maßgabe Anwendung, dass im Fall der Beschädigung einer Sache das Verschulden desjenigen, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem Verschulden des Verletzten gleichsteht.

Da sich § 9 StVG nur auf Ansprüche eines – selbst nicht nach dem StVG mithaftenden – Geschädigten aus der Gefährdungshaftung bezieht, scheidet eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift auf deliktische Schadensersatzansprüche i.S. des § 823 BGB aus. Eine Anspruchsminderung wegen Mitverschuldens ist nach dem Deliktsrecht des BGB regelmäßig nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 254 BGB vorliegen, der im Gegensatz zu § 9 StVG dem Geschädigten das Verschulden desjenigen nicht zurechnet, der die tatsächliche Gewalt über die (beschädigte) Sache ausübt.

2. Aber auch eine Regelungslücke, die eine analoge Anwendung des § 9 StVG rechtfertigen würde, liegt nicht vor.


Denn die gegenüber § 254 BGB erfolgte Erweiterung der Mithaftung des geschädigten Eigentümers durch § 9 StVG entspricht dem unterschiedlichen Haftungssystem bei der Gefährdungshaftung und der Verschuldenshaftung. Sie dient ebenso wie die in § 12 StVG festgelegten Höchstbeträge dem Ausgleich für die verschärfte Gefährdungshaftung (BGH VersR 65, 523; vgl. amtliche Begründung zu § 3 des Gesetzesentwurfs über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Verhandlungen des Reichstages 1909, Bd. 248, S. 5593, 5599; s.a. OLG Hamm NJW 95,2233). Deshalb ist für eine entsprechende Anwendung des § 9 StVG auf Fälle der Verschuldenshaftung i.S. des § 823 BGB kein Raum, denn eine solche Analogie würde die vom Gesetzgeber gewollten Unterschiede beider Haftungssysteme verwischen.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber etwaige Billigkeitserwägungen, die für eine Übertragung der Grundsätze des § 9 StVG auf den Bereich der Verschuldenshaftung sprechen könnten, im Rahmen der Änderungen des Schadensrechts durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 nicht zum Anlass genommen, an dieser Rechtslage etwas zu ändern (vgl. Geyer NZV 05, 565 [567]). Ohnehin erscheint die

bestehende Regelung nicht unbillig, denn der Schädiger hat gegen den mitschuldigen Sachinhaber den Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB; er kann dessen Mitverschulden lediglich nicht im Rahmen von § 254 BGB dem geschädigten Leasinggeber entgegenhalten, wenn dieser ihn wegen schuldhafter Verletzung seines Eigentums nach § 823 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nimmt.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OLG Koblenz	Zur Zulässigkeit eines Teilurteils	ZPO
Aktenzeichen: 5 U 567/07		§ 301
Datum: 18.10.2007		

	Entscheidet das Gericht wegen Säumnis des Kl. über dessen Begehren und eine Widerklage des Bekl. durch echtes Versäumnisurteil und weist es zugleich einen Teil der Widerklage durch unechtes Versäumnisurteil ab, so handelt es sich um ein insgesamt unzulässiges Teilurteil.
---	---

Ein Teilurteil darf nach st. Rspr. des BGH nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruchs abhängig ist, wenn also die Gefahr widersprechender Entscheidungen, auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht, ausgeschlossen ist.

Im Rahmen des § 301 ZPO soll eine unterschiedliche Beurteilung von bloßen Urteilelementen, die nicht in Rechtskraft erwachsen, ausgeschlossen sein. Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt (BGH NJW 00, 3176; vgl. auch BGH WM 07, 1755; BGH MDR 05, 46; BGH MDR 97, 491= NJW 97, 1709; BGH NJW-RR 92, 1340).

Hier besteht die Gefahr widersprechender Entscheidung, da die behaupteten Absprachen und die geltend gemachten Mängel sowohl für die Entscheidung über die Klage (Kündigung gerechtfertigt wegen Mietrückständen) als auch über die Widerklage (Rückzahlung von Miete wegen Minderung) von entscheidender Bedeutung sind.

JuCon Personalberatung

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


Erreichen Sie über 3.500 Jura-Studenten, Referendare und junge Berufseinsteiger über Ihre Werbeanzeige in der ZARA.

Die ZARA wird an alle aktuellen Teilnehmer des juristischen Repetitoriums *Jura Intensiv* in den Standorten Frankfurt, Mainz, Heidelberg, Gießen, Marburg und Mannheim verschickt. Außerdem erhalten alle ehemaligen Teilnehmer von *Jura Intensiv* die ZARA, deren Kursende nicht länger als zwei Jahre her ist.

Wenn Sie die genannte Zielgruppe mit Werbung für Ihre Kanzlei, Ihre Dienstleistung oder Ihr Produkt erreichen wollen, treten Sie mit uns unter jucon@gmx.de in Kontakt.

Strafrecht

Gericht: BGH	Rücktritt bei einem beendetem Versuch	StGB
Aktenzeichen: 3 StR 489/07		§ 24
Datum: 11.12.2007		

	<p>Bei einem beendetem Versuch ist ein strafbefreiender Rücktritt möglich, wenn die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet wird und er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. Hierbei kann sich der Täter auch der Hilfe Dritter bedienen.</p>
---	--

Sachverhalt: Nach den Feststellungen des Landgerichts packte der Angeklagte nach einem Streit mit direktem Tötungsvorsatz seine sechzehn Jahre alte Tochter auf dem Balkon einer im vierten Stock eines Mehrfamilienhauses gelegenen Wohnung am Nacken und an den Beinen, hob sie über die Brüstung und ließ sie fallen. Das Opfer stürzte 8,81 Meter in die Tiefe und fiel auf das Dach einer Garage, wo es benommen und regungslos liegen blieb. Der Angeklagte nahm an, dass seine Tochter zumindest lebensbedrohlich verletzt sei und lief nach unten. Als er im Wohnzimmer an seiner Ehefrau vorbeilief, rief er ihr zu, sie solle einen Krankenwagen holen, da die Tochter sich vom Balkon gestürzt habe. Die Rettungsdienste wurden jedoch von anderen Zeugen herbeigerufen, die das Geschehen beobachtet hatten. Das Opfer hatte zahlreiche Verletzungen; diese waren aber nicht lebensgefährlich.

Lösung:

Das Landgericht hat zu Unrecht einen strafbefreienden Rücktritt (§ 24 I StGB) des Angeklagten vom Versuch des Totschlags ausgeschlossen.

1. Allerdings konnte der Angeklagte hier Straffreiheit wegen des Versuchs nur gemäß § 24 I 2 StGB erlangen. Es liegt ein beendeter Versuch vor, da der Angeklagte, nachdem er seine Tochter von dem Balkon gestürzt hatte, die tatsächlichen Umstände, die den Erfolgseintritt nahe legen, erkannte und den Tod seiner Tochter für möglich hielt. Der Erfolg trat ohne Zutun des Angeklagten nicht ein, weil das Tatopfer bei dem Sturz keine ausreichend schweren Verletzungen erlitten hatte.

2. Das Landgericht hat indes die objektiven Voraussetzungen des § 24 I 2 StGB rechtsfehlerhaft verneint.


a) Danach bleibt der Täter straffrei, wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, und er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. Dabei reicht nicht ein irgendwie geartetes Bemühen aus; vielmehr ist ein solches erforderlich, das sich in der Vorstellung des Täters als ein bewusstes und gewolltes Abbrechen des in Bewegung gesetzten Kausalverlaufs darstellt. Der Täter muss alles tun, was in seinen Kräften steht und was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist; er muss die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen. Der Täter muss dabei nicht unbedingt selbst die notwendigen Hilfsmaßnahmen ergreifen; er kann sich vielmehr der Hilfe Dritter bedienen. Jedenfalls wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind jedoch insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Der Zurücktretende muss sich um die bestmögliche Maßnahme für die Erfolgsabwendung bemühen und sich grundsätzlich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen.

b) Gemessen an diesen Anforderungen reichen die Handlungen des Angeklagten unter den konkreten Umständen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch aus. Das Herbeirufen eines Krankenwagens war die am ehesten zur Rettung der Tochter geeignete Maßnahme. Insofern schadet es nicht, dass der Angeklagte diese Handlung nicht selbst vornahm, sondern seine Ehefrau dazu aufforderte. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Angeklagte befürchten musste, seine Ehefrau werde dieser Aufforderungen nicht nachkommen bzw. sei hierzu nicht in der Lage; denn Tatsachen, die etwa dafür sprechen könnten, dass die Ehefrau des Angeklagten – für diesen erkennbar – seinen Zuruf nicht wahrnahm oder ihm nicht Folge leisten konnte oder wollte, sind nicht festgestellt. Deshalb war der Angeklagte nicht gehalten, bei seiner Ehefrau zu verweilen, um sich zu vergewissern, ob sie seiner Aufforderung nachkam. Hiervon durfte er vielmehr nach den Umständen ausgehen. Der Umstand, dass der Angeklagte für den Sturz seiner Tochter von dem Balkon gegenüber seiner Ehefrau eine unzutreffende Erklärung abgab, ist in diesem Zusammenhang ohne rechtlichen Belang.

3. Schuld- und Strafausspruch waren danach aufzuheben. Die Feststellungen zur Tat sind von dem aufgezeigten

Rechtsfehler nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben. Der neue Tatrichter wird auch in den Blick zu nehmen haben, dass der Täter gemäß § 24 I 2 StGB nur dann Straffreiheit erlangt, wenn er sich freiwillig und ernsthaft, das heißt nicht nur zum Schein, um die Rettung des Opfers bemüht. Deshalb genügt eine Handlung nicht, die zwar vom Täter veranlasst, aber nicht von seinem Rettungswillen getragen ist. Demnach kommt ein Rücktritt vom versuchten Totschlag hier nur in Betracht, wenn der Angeklagte bewusst und gewollt eine auf die Erfolgsverhinderung gerichtete Tätigkeit entfaltet und so mit dem Willen zur Rettung seiner Tochter die in Gang gesetzte Ursachenkette abgebrochen hat. Dies versteht sich in Anbetracht der Tatumstände nicht von selbst, da der Angeklagte nach dem Sturz seiner Tochter aus immerhin fast neun Metern Höhe möglicherweise weitere Hilfe ohnehin für vergeblich hielt und seine Rettungsbemühungen nur zum Schein entfaltete. In diesem Fall läge kein wirksamer Rücktritt von dem versuchten Tötungsdelikt vor.

Gericht: BGH	Kein Rücktritt bei fehlgeschlagenem Versuch	StGB
Aktenzeichen: 5 StR 402/07		§ 24
Datum: 07.02.2008		

	Ein fehlgeschlagener Versuch, der einen strafbefreienden Rücktritt ausschließt, liegt dann vor, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält
---	---

Sachverhalt: Der Lebensgefährte der Angeklagten hatte am Abend des Tattages nach längerer Zeit der Abstinenz wieder eine Spielhalle aufgesucht und dort Geld verspielt. Den Bitten der Angeklagten, nicht so viel Geld zu verspielen und nach Hause zu kommen, kam er nicht nach. Die hierüber verzweifelte und verärgerte Angeklagte geriet bei einer Blutalkoholkonzentration von 2,37 ‰ in einen hoch affektiven Zustand. In ihrer Wohnung nahm sie sich ein Küchenmesser und ging zurück zur Spielhalle. Zunächst spielte sie mit dem Gedanken, sich selbst demonstrativ vor ihrem Lebensgefährten umzubringen, um ihn für sein Versagen zu bestrafen. Als sie ihn jedoch – mit dem Rücken zu ihr – an zwei Spielautomaten gleichzeitig spielen sah, kam es zu einem affektiven Aggressionsdurchbruch unter erheblicher Verminderung ihrer Steuerungsfähigkeit. Sie lief zu ihm und stieß ihm das Messer in den Rücken, um ihn zu töten. Obwohl ein nur 3,5 cm tiefer Stichkanal entstand, blieb das Messer stecken, nachdem sie dessen Griff losließ. Der Geschädigte, der den Stich nur wie einen Piekser empfunden hatte, blickte sich kurz zu ihr um und spielte weiter. Als er sie schließlich fragte, weshalb sie ihm auf den Rücken schaue, antwortete sie: „Du hast ein Messer im Rücken.“ Nunmehr begab sich der Geschädigte zur Spielhallenaufsicht und bat, die Polizei zu verständigen. Eine konkrete Lebensgefahr durch die Stichverletzung bestand nicht.

Lösung:

Ein Rücktritt vom Versuch der Tötung scheidet aus, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist.

1. Ein Versuch ist nach der Rechtsprechung des BGH fehlgeschlagen, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt hingegen nicht vor, sofern der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden. Hiernach reicht der freiwillige Verzicht auf eine ohne weitere Zäsur als noch möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung zum strafbefreienden Rücktritt vom unbeeendeten (dann nicht etwa fehlgeschlagenen) Versuch aus.


2. Ausgehend hiervon lassen die Ausführungen des Landgerichts, wonach sich die Angeklagte zur Ausführung der Tat von vornherein auf einen einzigen Messerstich habe beschränken wollen, besorgen, dass der rechtlichen Beurteilung eine verfehlte Sichtweise zu Grunde liegt. Denn anstelle auf das Vorstellungsbild der Angeklagten nach Verabfolgung des Messerstichs abzustellen, hat das Landgericht die Frage des Fehlschlags des Tötungsversuchs nach Tatplankriterien zu beantworten gesucht. Damit hat es freilich bereits im Ausgangspunkt den strafrechtsdogmatisch zutreffenden Maßstab des so genannten „Rücktrittshorizonts“ verfehlt. Der Senat vermag auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen, dass die Angeklagte zu weiteren Messerstichen aus subjektiven Gründen außerstande gewesen wäre. Dies alles bedarf erneuter tatrichterlicher Prüfung.

(Zum Mordmerkmal der Heimtücke macht der BGH noch die folgenden Ausführungen:)

3. Der neue Tatrichter wird auch in den Blick zu nehmen haben, ob die Angeklagte in dem Bewusstsein gehandelt hat, ihren wegen Arglosigkeit wehrlosen Lebensgefährten zu überraschen und diese Überraschung ihres Opfers auszunutzen. Nach den vom Landgericht für überzeugend erachteten Ausführungen der psychiatrischen Sachverständigen handelte die Angeklagte in einem affektiven Aggressionsdurchbruch. Die Spontaneität des Tatentschlusses kann im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand der Angeklagten ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihr das Ausnutzungsbewusstsein fehlte. Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen. Unberührt von der Urteilsaufhebung bleiben allerdings die im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Geschehensablauf. Sie können daher bestehen bleiben.

Öffentliches Recht

Gericht: OVG NRW	Schulpflicht und Elternrecht	GG
Aktenzeichen: 19 A 4074/06		Artt. 2, 4 I,
Datum: 05.09.2007		6 II, 7 I

	Ein wichtiger Grund für eine Ausnahme von der Pflicht zum Besuch einer deutschen Schule i.S. des § 34 V 2 SchulG NRW ergibt sich nicht ohne weiteres schon daraus, dass Eltern den Besuch einer solchen Schule durch ihr Kind aus Glaubens- oder Gewissensgründen ablehnen.
---	---

Sachverhalt: Die Tochter der Kl. besuchte nach dem Ende ihrer Grundschulzeit keine weiterführende Schule. Sie wird von den Kl. mit Unterstützung der staatlich nicht anerkannten Philadelphia-Schule zu Hause unterrichtet. Die Kl beantragten die Befreiung ihrer Tochter von der Schulpflicht. Sie beriefen sich auf ihr Elternrecht und machten geltend, ein staatlicher Erziehungsauftrag bestehe nicht. Die Bildungsziele könnten sie ihrer Tochter selbst vermitteln.

Lösung:

I. Die Schulpflicht wird gem. § 34 II 2 SchulG durch den Besuch einer öffentlichen Schule oder einer Ersatzschule erfüllt. Sie wird nicht dadurch erfüllt, dass die Kl. ihre Tochter mit Unterstützung der Philadelphia-Schule e.V. freies christliches Heimschulwerk, zu Hause selbst unterrichten.

1. Bei dem Heimunterricht handelt es sich nicht um eine Schule gem. § 6 I SchulG. Danach sind Schulen im Sinne dieses Gesetzes Bildungsstätten, die unabhängig vom Wechsel der Lehrerinnen und Lehrer sowie der Schulerinnen und Schüler nach Lehrplänen Unterricht in mehreren Fächern erleiten. Der Heimunterricht findet nicht unabhängig vom Wechsel der beteiligten Personen statt, sondern ist gerade auf das oder die betreffenden Kinder bezogen. Die Philadelphia-Schule e.V. ist ebenfalls keine Schule nach der Definition des § 6 I SchulG. Sie führt selbst regelmäßig keinen Unterricht durch, sondern übernimmt die fachliche und pädagogische Betreuung des Heimunterrichts. Dort wird der Unterricht in der Regel von den Eltern, lehrfähigen Familienmitgliedern, Verwandten und Freunden mit praktischer Unterstützung durch die Philadelphia-Schule e.V. durchgeführt. Die Philadelphia-Schule e.V. ist auch nicht als Ersatzschule anerkannt.

2. Eine Ausnahme von der Schulpflicht ist im SchulG nicht vorgesehen. Für den Heimunterricht für ihre Tochter kommt aber grundsätzlich eine Ausnahme von der Verpflichtung zum Besuch einer deutschen Schule in Betracht. § 34 V 1 SchulG ist die grundsätzlich durch den Besuch einer deutschen Schule zu erfüllen. Nach § 34 V 2 SchulG ist eine Ausnahme bei Vorliegen wichtigen Grundes möglich, insbesondere dann, wenn die Schülerin oder Schüler a) sich nur vorübergehend in Deutschland aufhält oder b) eine ausländische oder internationale Ergänzungsschule besucht, deren Eignung zur Erfüllung der Schulpflicht das Ministerium nach § 118 III SchulG NRW festgestellt hat. Über Ausnahmen dem. Satz 2 Buchst. A) entscheidet die Schulaufsichtsbehörde; in den Fällen des Satzes 2 Buchst. B) ist der Schulbesuch der Schulaufsichtsbehörde durch den Schulträger anzuzeigen (§ 34 V 3 und 4 SchulG).

Hansa Capital GmbH & Co. KG

Ihr überregionaler Finanz- und Versicherungsmakler



Mit über 10 Jahren Finanzdienstleistungserfahrung sind wir mit den Details juristischer Karrieren vertraut wie kaum ein anderer.

Im Zentrum unserer Aktivitäten steht Ihre lebensbegleitende Beratung und Betreuung. Angefangen mit zielgerichteten Informationen zum Studium, zum Berufseinstieg und zur Karriere, bieten wir Ihnen ein ganzheitliches Vorsorge- und Vermögensmanagement.

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

Zu unserem Leistungsspektrum zählen die Beratung und Anbieter- sowie Produktauswahl Ihrer Berufshaftpflichtversicherung, Ihrer privaten Krankenversicherung, Ihrer Berufsunfähigkeitsversicherung, Ihrer Altersvorsorgeverträge sowie selbstverständlich Ihrer Sachversicherungen.

Unser weiterführendes Leistungsspektrum umfasst die Beratung und Anbieter- sowie Produktauswahl bei Kanzlei Gründungen, Immobilienfinanzierungen sowie Geldanlagen in Investmentfonds, Schiffen, regenerativen Energien und Immobilien.

Je nach Ihren Wünschen erbringen wir unsere Beratungsleistung im Rahmen von ausführlichen Telefonterminen und/oder in persönlichen Terminen an jedem Standort im Bundesgebiet nach vorheriger Terminabsprache. Im Raum Frankfurt, Mainz, Wiesbaden stehen wir Ihnen zudem regelmäßig alle 14 Tage zur Verfügung.

Auf Wunsch erhalten Sie von uns Ihre gesamte Beratungsdokumentation auf elektronischem Wege. So können Sie alle Daten übersichtlich auf Ihrem PC ablegen und haben sie bei Bedarf jederzeit zur Hand.

Sicherlich gibt es andere Anbieter. Sie werden jedoch feststellen, dass wir uns in angenehmer Art und Weise unterscheiden und Ihnen die sachlich fundierte Beratung bieten, die Sie suchen.

Zu Beginn eines jeden Gesprächs erläutern wir Ihnen ausführlich unsere Arbeitsweise und unsere Leistungen, damit Sie genau wissen, woran Sie sind, bevor Sie uns beauftragen.

Wir freuen uns auf Sie!

Ihr Jens Ohlrogge
Bank- und Dipl.-Kaufmann
Geschäftsf. Gesellschafter

Hansa Capital GmbH & Co. KG
Mirabellenweg 7
21720 Grünendeich bei Hamburg

Telefon: 04142/898-284
ohlrogge@hansa-capital.de
www.hansa-capital.de

3. Ein wichtiger Grund i.S. von § 34 V 2 SchulG ist anzunehmen, wenn bei Abwägung des öffentlichen Interesses an der Erfüllung der Schulpflicht einer deutschen Schule mit dem Individualinteresse an einer Ausnahme hiervon es im Einzelfall nicht gerechtfertigt erscheint, dass die Schüler und ihre Eltern die für sie mit der Pflicht zum Besuch einer deutschen Schule verbundenen nachteiligen Folgen hinnehmen müssen (vgl. zu § 39 III 1 SchulG: OVG NRW Beschluss v. 15.08.2006 – 19B 1256/06 m.w.N.).

„Die Kl. haben keine individuellen, ihre Tochter betreffenden Umstände dargelegt, die es gerade in ihrem konkreten Fall nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, sie auf die Verpflichtung zum Besuch einer deutschen Schule zu verweisen. Solche überwiegenden Individualinteressen sind hier auch nicht sonst ersichtlich“ (OVG NRW aaO).

II. Soweit die Kl. sich allgemein mit der Pflicht zum Besuch einer öffentlichen Schule befassen und sich auf ihre Grundrechte aus Art. 6 II 1, Art. 4 I und 2 GG berufen, können sie nicht mit Erfolg einen wichtigen Grund i.S. von § 34 V 2 SchulG geltend machen. Die Schulpflicht – und ihre Erfüllung durch den Besuch einer öffentlichen Schule – greift zwar in das Elternrecht der Kl. auf Erziehung ihres Kindes ein, verletzt dieses Grundrecht aber nicht. Aus dem Vortrag der Kl. ergibt sich auch keine Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Grundrechts gem. Art. 4 I und 2 GG; dieses Grundrecht wird auch nicht verletzt.

1. Das Elternrecht aus Art 6 II 1 GG auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder wie auch das konfessionelle Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG i.V.m. Art. 4 I und 2 GG zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht sind zwar vorbehaltlos gewährleistet. Sie gelten aber nicht schrankenlos. Kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung imstande, sie zu begrenzen. Auftretende Konflikte sind über die Herstellung praktischer Konkordanz im Einzelfall zu lösen (vgl. nur BVerfGE 28,243[261]). Dementsprechend kann der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 I GG, bei dem es sich um einen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswert handelt, das Elternrecht beschränken. Art. 7 I GG ist kein Grundrecht, sondern eine Kompetenz- und Organisationsnorm, die aber auch materielle Gehalte hat. Sie weist dem Staat die Aufsicht über das gesamte Schulwesen zu. Unter „Aufsicht des Staates“ ist hier nicht kontrollierende Fremdaufsicht im Sinne des Verwaltungsorganisationsrechts zu verstehen, sondern die Schulhoheit des Staates als historisch geprägter Begriff, der bereits in Art. 144 S. 1 WRV enthalten war. Diese umfasst die organisatorische und inhaltliche Schulgestaltungsmacht, also die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens. Dies beinhaltet auch einen eigenständigen staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag (BVerfGE 34,165, juris, Rn 78, 81; Jestaedt, in; Bonner Kommentar zum GG, Art. 6 II und 3, Rn 336).

„Dem steht nicht die Annahme der Kl. entgegen, der Staat habe keine Werte und könne keine Werte vermitteln, daher auch nicht erziehen. Erziehung ist als pädagogisches Handeln zu verstehen, das auf eine Beeinflussung der menschlichen Entwicklung, auf Haltung, Charakter, Eigenschaften und Einstellungen eines Menschen durch die Vermittlung von Werten und Handlungsanweisungen gerichtet ist (Huber BayBl. 94, 545[545f.] m.w.N.) (OVG NRW aaO).

Der Staat wird nicht selbst, sondern durch seine Organe pädagogisch tätig. Es kann aber die Vermittlung von Werten und Handlungsanweisungen, Haltungen und Charakteren staatlich verantwortet werden durch die Verfassung (vgl. z.B. Art. 7 LV), Schulgesetze, Verwaltungsvorschriften, und in diesem Sinn von staatlicher Erziehung gesprochen werden (Huber aaO, S. 546).

2. Der Staat verfügt auch über Werte. Das GG ist nicht ein bloßes Organisationsstatut, sondern eine wertgebundene Grundordnung. Es enthält Grundentscheidungen für die Würde des Menschen, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Demokratieprinzip, das Sozialstaatsprinzip und den Rechtsstaat. Vor diesem Hintergrund ist der Staat ermächtigt und verpflichtet, eine schulische Erziehung am Maßstab der Verfassung auszurichten und ihre Werte zu vermitteln, und in der pluralistischen Gesellschaft auf eine Integration in das Gemeinwesen hinzuwirken. Der staatliche Erziehungsauftrag besteht nicht um seiner selbst willen, sondern als dienende Schutzverpflichtung im Interesse anderer Grundentscheidungen der Verfassung (BVerfGE 107,75, juris, Rn 31, Huber aaO, S. 546).

a) Der staatliche Erziehungsauftrag ist dem grundrechtlichen Elternrecht nicht prinzipiell nachrangig. Vielmehr sind staatlicher Erziehungsauftrag und Elternrecht, die beide Verfassungsrang haben, gleich geordnet. Die Bildung der einen Persönlichkeit des Kindes ist eine gemeinsame Erziehungsaufgabe von Eltern und Schule, die diese in

sinnvoll aufeinander bezogenen Zusammenwirken zu erfüllen (BVerfG BVerfGE 34,165, juris, Rn 81; DÖV 07,653[654]; OVG NRW NVwZ 92, 77[78]). Dies führt nicht dazu, dass das schulische Erziehungsrecht im Falle ihrer Tochter zurückstehen müsste und die Kl. eine Ausnahme von der Pflicht zum Besuch einer deutschen Schule zugunsten ihres Heimunterrichts beanspruchen können. Diese Pflicht dient der Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages. Dieser richtet sich auf die Vermittlung von Wissen wie auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft sollen teilhaben können (BVerfG NVwZ 03,1113[1114], juris, Rn 7, und v. 31.05.2006 – 2 BvR 1693/04 – juris, Rn 16).

b) Im Hinblick auf die gesellschaftliche Integration und den demokratischen Willensbildungsprozess ist es eine wichtige Aufgabe der Schule, den Dialog mit Andersdenkenden und – gläubigen im Sinne gelebter Toleranz einzuüben und zu praktizieren. Das Vorhandensein eines breiten Spektrums von Überzeugungen in einer Klassengemeinschaft kann die Fähigkeit aller Schüler zu Toleranz und Dialog als einer Grundvoraussetzung demokratischer Willensbildungsprozesse nachhaltig fördern (vgl. BVerfG NVwZ 03,1113-1114, juris, Rn 8).

„Ob dies im Heimunterricht für die Tochter ebenso möglich ist, ist fraglich. Die Fähigkeit zur Auseinandersetzung mit anderen und gegensätzlichen Meinungen und Standpunkten wird nur dadurch erlernt, dass man sich in die Auseinandersetzung begibt. Inwieweit dies im Heimunterricht erfolgt, ist offen... Der Staat ist verpflichtet, in der Schule die Verantwortung der Eltern für den Gesamtplan der Erziehung ihrer Kinder zu achten und für die Vielfalt der Anschauungen in Erziehungsfragen sowie offen zu sein, als es sich mit einem geordneten staatlichen Schulsystem verträgt“ (OVG NRW aaO).

Aufgrund der Vorschriften des GG in Art. 4, Art. 3 III und Art. 33 III 2 muss der Staat Neutralität und Toleranz gegenüber den erzieherischen und weltanschaulichen bzw. religiösen Vorstellungen der Eltern aufbringen. Der Staat darf keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben; er darf sich auch nicht durch von ihm ausgehenden oder ihm zurechenbare Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus gefährden (BVerfG DÖV 07,653[654]; BVerfGE 93,1[16 f.], juris, Rn 35; BVerfGE 34,165, juris, Rn 82). Zur Beachtung und Einhaltung verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der Landesgesetzgeber die Schulen wie auch die Lehrer ausdrücklich verpflichtet (§§ 2, 57 II und 4 SchulG und Allgemeine Dienstordnung für Lehrer und Schulleiterin an öffentlichen Schulen).

III. Soweit die Kl. einwenden, es sei offenkundig, dass in den allgemeinen Schulen im Wesentlichen keine Rücksicht auf abweichende religiöse Überzeugungen genommen werde, ist das in diese Allgemeinheit nicht nachvollziehbar. Eine Rücksichtnahme auf die abweichende religiöse Überzeugung der Kl. kann allerdings angesichts des Neutralitätsgebotes nicht bedeuten, dass ihre Überzeugung und Weltanschauung in den Vordergrund gerückt wird und für die schulische Erziehung maßgeblich ist. Sollte es an einzelnen Schulen im Bereich des Bekl. solche Vollzugsdefizite geben, sind entsprechende schulaufsichtsrechtliche und disziplinarische bzw. arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Ein Anspruch auf eine generelle Ausnahme von der Pflicht zum Besuch einer deutschen Schule für ihre Tochter kann hieraus nicht abgeleitet werden.

Gericht: BVerwG	Ausnahme von der Regelausweisung	VwVfG
Aktenzeichen: 1 C 10.07		§ 48
Datum: 23.10.2007		

	Wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten, liegt ein Ausnahmefall von der Regelausweisung und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung vor (Fortentwicklung der Rspr.).
---	---

Sachverhalt: Der Kl. ist ein 1973 im Bundesgebiet geborener italienischer Staatsangehöriger. Er erstrebt die Verpflichtung des Bekl., seine unbefristete Ausweisung zurückzunehmen oder hilfsweise ihre Wirkungen zu befristen.

Lösung:

I. Die Rücknahme einer Ausweisung gem. § 48 I 1 LVwVfG ist neben der Befristung ihrer gesetzlichen Wirkungen gem. § 11 I 3 bis 6 AufenthG bzw. § 7 II 2 und 3 FreizügG/EU möglich; dem die Rechtsgrundlagen von Rücknahme und Befristung unterschieden sich sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen (BVerwGE 110,140[143]). Eine Rücknahme setzt grundsätzlich voraus, dass der aufzuhebende VA noch Regelungswirkungen äußert (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 48). Das ist hier der Fall, denn die Ausweisung vom 4. März 1998, ist als „Altausweisung“ eines Unionsbürgers mit den daran anknüpfenden gesetzlichen Sperrwirkungen gem. § 102 I 1 AufenthG auch nach dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes/EU am 01.01.2005 weiter wirksam (Urteil vom 04.09.2007 BVerwG I C 21.07).

Die Rücknahmevoraussetzung der Rechtswidrigkeit i.S. des § 48 I 1 LVwVfG ist grundsätzlich dann gegeben, wenn der VA, um dessen Aufhebung gestritten wird, zum Zeitpunkt seines Erlasses einer Rechtsgrundlage entbehrte (BVerwGE 121, 226[229 m.w.N.]). Das war hier der Fall. Da der Kl. die Ausweisung nicht angefochten hat, steht § 121 VwGO ihrer gerichtlichen Inzidentprüfung im Rahmen des § 48 I VwVfG nicht entgegen.

1. Die Ausweisung war allerdings nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil ihre Wirkungen von der Ausländerbehörde nicht bereits bei Erlass befristet worden sind. Die dem System des deutschen Ausländerrechts immanente Trennung zwischen der Ausweisung und der Befristung ihrer gesetzlichen Folgen (BVerwG Buchholz 402.24 § 15 AuslG Nr. 3) erweist sich nicht als konventionswidrig (vgl. EGMR InfAuslR 07,325[326]). Nach der Rspr. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die Frage der Befristung eines Aufenthaltsverbots nur eines von mehreren Kriterien im Rahmen der einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Ausweisung am Maßstabe des Art. 8 II EMRK (NJW 04,2147; InfAuslR 06,3[4]; InfAuslR 07,221[223]). Damit übereinstimmend stellt auch der Senat bei der Prüfung, ob die Ausländerbehörde eine Befristung im Ausweisungszeitpunkt vorzunehmen hat, auf die Umstände des Einzelfalles ab (vgl. BVerwG Buchholz 451.901 Assoziationsrecht Nr. 42). Der Verweis auf die Befristung bleibt für den Kl. auch nicht etwa eine rein theoretische Möglichkeit, sondern ein praktisch wirksames Mittel zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung in zeitlicher Dimension. Seine Unionsbürgerschaft (Art. 18 EG) bietet ihm mit ihren aufenthaltsrechtlichen Inhalten einen Anknüpfungspunkt für die Neubegründung eines Aufenthaltsrechts im Bundesgebiet.

2. Die Ausweisung vom 04.03.1998 war aber rechtswidrig, will sie als Regelausweisung ohne die notwendige Ermessensausübung durch den Bekl. ergangen ist.

Fraglich ist, ob der Kl. sich auf ein seinen Kindern abgeleitetes Freizügigkeitsrecht berufen kann.

Zum einen bestehen Bedenken, ob die Tatsachenfeststellung zur Wahrnehmung der Personensorge durch den Kl. für die Annahme eines von seinen Kindern abgeleiteten Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 EG i.V. mit der im Ausweisungszeitpunkt noch geltenden Richtlinie 90/364/EWG (vgl. dazu EuGH Slg. 04, 1-9925 Rn 45) ausreichen. Zum anderen erscheint zweifelhaft, ob die Ableitung eines Freizügigkeitsrechts aus den genannten Vorschriften nicht zusätzlich voraussetzt, dass auch der begünstigte Elternteil die „Beschränkungen und Bedingungen“ eines Aufenthaltsrechts (hier: Krankenversicherungsschutz und Vorhandensein ausreichende Existenzmittel gem. Art. 1 I RL 90/364/EWG) erfüllt. Denn andernfalls würde bei der richterrechtlichen Erweiterung von Aufenthaltsrechten der 4. Erwägungsgrund der Richtlinie 90/364/EWG vernachlässigt, demzufolge die Aufenthaltsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedsstaates nicht über Gebühr belasten dürfen. Diese Fragen können aber dahinstehen; denn auch unabhängig von Gemeinschaftsrecht hätte der Kl. nur auf der Grundlage einer Ermessensentscheidung ausgewiesen werden dürfen.

Die Ausländerbehörde ist davon ausgegangen, dass an die Stelle der Ist-Ausweisung (§ 47 I Nr. 1 AuslG) wegen der Lebensgemeinschaft des Kl. mit einer Deutschen und den gemeinsamen Kindern (§ 48 I 1 Nr. 4 AuslG) gem. § 47 III 1 Ausl.G die Regel-Ausweisung getreten ist.

Nach st. Rspr. beziehen sich die Worte „in der Regel“ im System der Rechtsgrundlagen für Aufenthaltstitel sowie der Ausweisungstatbestände auf Regelfälle, die sich nicht durch besondere Umstände von der Menge gleich liegender Fälle unterscheiden. Ausnahmefälle sind demgegenüber durch atypische Umstände gekennzeichnet, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigen. Bei der uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, sind alle Umstände einer evtl. strafgerichtlichen Verurteilung sowie die sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu



Rückmeldungen unserer Ehemaligen

Wir freuen uns immer über Rückmeldungen unserer ehemaligen Kursteilnehmer. Für die Mitteilung von Examenssachverhalten oder –themen und für die Mitteilung Ihrer Endnote nehmen wir Sie als ehemaligen Teilnehmer unserer Kurse in den „Freunde-Verteiler“ auf. Damit erhalten Sie die ZARA auch noch viele Jahre nach dem Ende Ihres Kurses bei Jura Intensiv.

Liebes Team von Jura Intensiv!

In der Zeit von September 2002 bis September 2003 nahm ich an Ihrem Examenskurs in Marburg teil.

Aufgrund einer außeruniversitären Projektarbeit meldete ich mich erst im Sommer letzten Jahres für den Prüfungstermin "September 2005" in Marburg zur ersten juristischen Staatsprüfung an. Ich freue mich, Ihnen nun mitteilen zu können, dass ich das erste Staatsexamen mit einem Durchschnitt von 9,11 Punkten erfolgreich absolviert habe. Im Nachhinein lässt sich bei einer Gesamtschau festhalten, dass die Inhalte sowohl der Klausuren als auch der mündlichen Prüfung zum Teil erstaunliche Parallelen zu Ihren ausgezeichneten Kursunterlagen und den enthaltenen Fällen aufwiesen! Durch Ihren Examenskurs wie auch die von Ihnen bereitgestellten Lernmaterialien war ich bestens auf das erste Staatsexamen vorbereitet. Vielen Dank!

Ich würde mich freuen, wenn Sie mich in Ihre "Friends-Liste" Ihres Email-Newsletters aufnehmen würden.

Mit freundlichen Grüßen aus Gießen

Holger M.

Hallo!

*Wollte Euch mal Feedback geben und danke sagen für Eure tolle Arbeit!
Hatte gestern meine mündliche Prüfung und hab jetzt einen Schnitt von 10,6 Punkten erreicht, womit ich wirklich sehr zufrieden bin.
Insbesondere noch mal vielen Dank an meine Dozenten Dirk, Jens und Markus!*

Viele Grüße,

Fabienne M.

Hallo liebes JI-Team,

ich wollte mich nur noch mal ganz herzlich bei euch für das gute Rep bedanken und euch mitteilen, dass auch was Gutes dabei rausgekommen ist. 11,28 punkte im 1.StEx (Termin Sept. 2007) sind es bei mir insgesamt geworden und da sind sicherlich die einen oder anderen Punkte von euch dabei ☺ also nochmal vielen Dank an Dirk, Stefan und Thomas!!! Macht weiter so!

LG, Tobias G.

berücksichtigen, die in § 45 II AuslG (jetzt: § 55 III AufenthG) nicht abschließend (BVerwGE 102, 249 [253]) genannt werden (BVerwGE 116, 55 [64 f.]; BVerwG Buchholz 402, 240 § 45 AuslG 1990 Nr. 16 S. 48 m.w.N.).

Ein Ausnahmefall i.S. § 47 I 3 AuslG (nunmehr: § 56 I Satz 4 AufenthG) wurde ferner dann angenommen, wenn der Ausweisung auch unter Berücksichtigung des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 48 I AuslG (nunmehr: § 56 I AufenthG) höherrangiges Recht entgegensteht, sie sich insbesondere mit verfassungsrechtlichen Wertenscheidungen (z.B. Art. 6 I GG) als nicht vereinbar erweist (BVerwG aaO m.w.N.). Das BVerwG nimmt die sowohl in der Rspr. des EuGH für Menschenrechte (InfAuslR 07, 221; InfAuslR 07, 325) als auch des BVerfG (NVwZ 07, 946) erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung zum Anlass, diese Voraussetzung weiter zu fassen: Ein Ausnahmefall von der Regelausweisung - - und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung – liegt bereits dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten.

Der bisherige Maßstab, der ergebnisbezogen auf die Unvereinbarkeit der Ausweisung mit höherrangigem Recht abstellt, reicht nach den Erfahrungen des BVerwG nicht aus, um den von Art. 6, Art. 2 I GG und Art. 8 EMRK geschützten Belangen in der Praxis zu einer ausreichenden Berücksichtigung zu verhelfen. Vielmehr besteht die Gefahr, dass schutzwürdige, von den Tatbeständen des § 48 I AuslG bzw. § 56 I AufenthG nicht (voll) erfasste Belange des Betroffenen im Verwaltungsvollzug schematisierend ausgeblendet werden (vgl. BVerfG aaO S. 946 [948]). Insbesondere bei der im Laufe der Zeit angewachsenen Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer bedarf es bei der Entscheidung über eine Ausweisung einer individuellen Würdigung, inwieweit der Ausländer im Bundesgebiet verwurzelt ist und dies angesichts der konkreten Ausweisungsgründe bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles einer Ausweisung entgegensteht. Aber auch in anderen Fällen erweist sich der schematische Blick der Verwaltung auf die Ist- und Regelausweisung als wenig hilfreich, um das gesamte Spektrum betroffener Belange in den Blick nehmen zu können. Die Ermessensentscheidung als der dritte vom Gesetzgeber vorgesehene Entscheidungsmodus bietet demgegenüber in der Verwaltungspraxis höhere Gewähr für eine Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalles und die angemessenen Gewichtung anlässlich der Entscheidung über den Erlass einer Ausweisung.

3. Mit der Absenkung der Schwelle für das Vorliegen eines Ausnahmefalles ist die Ermessensentscheidung über die Ausweisung aber nicht etwa negativ präjudiziert. Bei Annahme eines von der Regel abweichenden Falles fehlt den Ausweisungsgründe nur das von vornherein ausschlaggebende Gewicht, das ihnen der Gesetzgeber im Regelfall zugemessen hat. Liegt ein Ausnahmefall vor, sind die Ausweisungsgründe mit dem Gewicht, das in dem gestuften System der Ausweisungstatbestände zum Ausdruck kommt, in die Ermessensentscheidung einzubeziehen. Aus der Annahme eines Ausnahmefalles folgt mithin nicht, dass zwingend von der Ausweisung abzusehen wäre; sofern der Ausweisung nicht höherrangiges Recht entgegensteht und damit das Ermessen ohnehin auf Null reduziert ist, erlangt die Ausländerbehörde durch den Übergang in die Ermessensentscheidung lediglich mehr Flexibilität, um den besonderen Umständen des konkreten Falles ausreichend Rechnung tragen zu können (vgl. BVerwGE 94, 35 [44 f.]; BVerwGE 102, 12 [17] zu § 7 II AuslG 1990).

Hier waren die Voraussetzungen eines Ausnahmefalles gegeben, weil der Kl. als Unionsbürger im Bundesgebiet geboren und aufgewachsen ist und im Zeitpunkt der Ausweisung mit einer Deutschen und den gemeinsamen Kindern zusammenlebte. Diese von den Tatbeständen des besonderen Ausweisungsschutzes in § 48 I AuslG nicht vollumfänglich abgedeckten Umstände begründen das Vorliegen eines Ausnahmefalles, ohne dass bei der Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall eine Kompensation mit dem öffentlichen Interesse an der Ausweisung des Kl. zulässig wäre. Diese Abwägung der gegenläufigen Interesse ist vielmehr Gegenstand der der Ausländerbehörde obliegenden Ermessensentscheidung, die in der Ausweisungsverfügung vom 4. März 1998 fehlt. Wegen des Ermessensausfalls erweist sich daher die Ausweisung von Anfang an als rechtswidrig; damit sind die Voraussetzungen des § 48 I 1 LVwVfG erfüllt.

Der Anspruch des Kl. auf eine (fehlerfreie) Ermessensentscheidung über sein Rücknahmebegehren ist noch nicht erfüllt worden. Es wurde kein Rücknahmeermessen ausgeübt. Die bei der Ablehnung des Rücknahmeantrags erforderlichen Ermessenserwägungen konnten auch nicht im Berufungsverfahren nachgeschoben werden. § 114 S. 2 VwGO schafft die prozessualen Voraussetzungen lediglich für eine Ergänzung defizitärer Ermessenserwägungen im Verwaltungsprozess, nicht aber für die erstmalige Ausübung des Ermessens (BVerwGE 106, 351 [365]).

II. Der Kl. hat über das subjektiv-öffentliche Recht auf (fehlerfreie) Ausübung des Rücknahmeermessens hinaus keinen Rücknahmeanspruch. Das BVerwG ist der Auffassung, dass sich das Rücknahmeermessen im vorliegenden Fall nicht derart verdichtet hat, dass nur die Rücknahme der Ausweisung ermessensfehlerfrei wäre.

1. Das in § 48 I 1 LVwVfG BW eröffnete Rücknahmeermessen belegt, dass ein zur Rechtswidrigkeit des VA führender Rechtsverstoß nur eine notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung für die Rücknahme und einen darauf zielenden Anspruch des Betroffenen bildet. Der Gesetzgeber räumt bei der Aufhebung bestandkräftiger belastender Verwaltungsakte in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise weder dem Vorrang des Gesetzes noch der Rechtssicherheit als Facetten des Rechtsstaatsprinzips einen generellen Vorrang ein. Die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Bestandskraft von Verwaltungsakten stehen vielmehr gleichberechtigt nebeneinander, sofern dem anzuwendenden Fachrecht nicht ausnahmsweise eine andere Wertung zu entnehmen ist (BVerwG NVwZ 07, 709 [710]). Das ist vorliegend nicht der Fall; denn es gibt keinen Grund für die Annahme, das Ermessen bei der Entscheidung über die Rücknahme einer Ausweisung erweise sich durch die Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes bzw. des Freizügigkeitsgesetzes/EU nach Sinn und Zweck als positiv intendiert.

Mit Blick das Gebot der materiellen Gerechtigkeit besteht aber ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandkräftigen VA, wenn dessen Aufrechterhaltung „schlechthin unerträglich“ erscheint, was von den Umständen des Einzelfalles und einer Gewichtung der einschlägigen Gesichtspunkte abhängt (BVerwG aaO m.w.N.). Allein die Rechtswidrigkeit des VA begründet – wie bereits gesagt – keinen Anspruch auf Rücknahme, da der Rechtsverstoß lediglich die Voraussetzungen einer Ermessensentscheidung der Behörde ist. Das Festhalten an dem VA ist insbesondere dann „schlechthin unerträglich“, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder das Gebot von Treu und Glauben erscheinen lassen. Dafür geben die VwGO bindenden tatsächlichen Feststellungen des BG keine Anhaltspunkte; zudem wäre zu berücksichtigen, dass der Kl. die Ausweisung nicht angefochten hat.

Bei der Frage einer Verdichtung des Rücknahmeermessens ist auch von Bedeutung, dass die Ausweisung des Kl. jedenfalls im Rahmen einer Ermessensentscheidung möglich gewesen wäre. Bei der Gewichtung seiner familiären Belange sowie des Rechts auf Achtung seines Privatlebens kann die von ihm abgegebene Erklärung vom 15.02.1998 nicht unberücksichtigt bleiben. Darin hatte der Kl. gegenüber dem Bkl. angegeben, die Lebensgemeinschaft mit seiner Freundin und den gemeinsamen Kindern in Italien fortsetzen zu wollen. Die familiären und privaten Belange des Kl. verloren dadurch erheblich an Gewicht gegenüber dem spezialpräventiv motivierten Ausweisungszweck, sodass eine Ermessensausweisung im Ergebnis nicht als unverhältnismäßig im engeren Sinne und damit unzumutbar hätte angesehen werden können.

2. Diese Grundsätze werden durch Gemeinschaftsrecht nicht modifiziert. Der Europäische Gerichtshof respektiert die Bestandskraft eines VA als Ausprägung der Rechtssicherheit, die zu den im Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundsätzen zählt (EuGH NVwZ 04, 459 Rn 24).

III. Ergebnis: Der Kl. hat nach § 48 I 1 LVwVfG BW Anspruch auf erneute Bescheidung seines Rücknahmeantrags. Nach dieser Vorschrift kann ein rechtswidriger VA, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit zurückgenommen werden. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rücknahme liegen vor, denn die Ausweisung vom 04.03.1998 war rechtswidrig. Der Bkl. hat das ihm eröffnete Rücknahmeermessen nicht ausgeübt.

Anzeige



Crash-Kurs im August 2008


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

Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr

Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Doppelte Schriftformklausel ist unwirksam	BGB
Aktenzeichen: 9 AZR 382/07		§ 307
Datum: 20.05.2008		

	Eine doppelte Schriftformklausel in einem Formulararbeitsvertrag, wonach sowohl Änderungen und Ergänzungen des Vertrags als auch der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform bedürfen, sind gemäß § 307 Abs.1 S.1 BGB unwirksam. Sie erwecken beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des § 305b BGB den Eindruck, dass mündliche individuelle Vertragsabreden wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam sind.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war bei der Beklagten als Büroleiter in China beschäftigt. Der zugrunde liegende Formulararbeitsvertrag enthielt unter anderem folgende Klausel:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“


Die Beklagte erstattete dem Kläger und den anderen in China tätigen Mitarbeitern die Mietkosten, ohne dass eine entsprechende schriftliche Vereinbarung existierte. Im Juli 2005 kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos und verweigerte seitdem die Erstattung der Mietkosten. In einem Kündigungsschutzprozess einigten sich die Parteien auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2006. Der Kläger verlangte daraufhin von der Beklagten die Zahlung der Miete für die Monate Juli 2005 bis März 2006. Die Beklagte berief sich demgegenüber auf die Schriftformklausel.

Lösung:

Die Beklagte muss dem Kläger die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnis im März 2006 entstandenen Mietkosten erstatten. Dies folgt aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung. Dem steht nicht entgegen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Formulararbeitsvertrag eine doppelte Schriftformklausel enthält und die Übernahme der Mietkosten nicht schriftlich vereinbart war. Die doppelte Schriftformklausel ist gemäß § 307 Abs.1 S.1 BGB unwirksam.

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorrang. Die im Streitfall vereinbarte Schriftformklausel erweckt bei den Arbeitnehmern entgegen dieser Schutzvorschrift den Eindruck, dass auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede wegen Nichteinhaltung der Schriftform gemäß § 125 S.2 BGB unwirksam ist. Hierin liegt eine gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 307 Abs.1 S.1 BGB.

Gericht: BAG	Betriebsübergang bei Ausgliederung des Reinigungsdienstes	BGB
Aktenzeichen: 8 AZR 481/07		§ 613a
Datum: 21.05.2008		

	Übernimmt die von einem Krankenhaus gegründete Service GmbH sämtliche Reinigungskräfte des Krankenhauses, um diese im Wege der Arbeitnehmerüberlassung an das Krankenhaus "zurückzuentleihen", wo sie die gleichen Tätigkeiten verrichten wie zuvor, so liegt ein Betriebsteilübergang vor. Das gilt jedenfalls dann, wenn ausschließlicher Gegenstand der Service GmbH die Überlassung von Personal an das Krankenhaus ist.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerinnen waren als Reinigungskräfte in dem von einem Kommunalunternehmen betriebenen Krankenhaus Z. tätig. Es kam zur Gründung der beklagten Service GmbH, deren ausschließlicher Geschäftsgegenstand die Überlassung von Personal an die von dem Kommunalunternehmen betriebenen Krankenhäuser ist. Alleiniger Gesellschafter der Beklagten ist das Kommunalunternehmen.

Die Klägerinnen schlossen auf Anraten des Kommunalunternehmens mit diesem Aufhebungsverträge und begründeten gleichzeitig Arbeitsverhältnisse mit der Beklagten **zu geänderten Bedingungen**. Sie erklärten sich zudem damit einverstanden, ihre Arbeitsleistungen im Wege der Arbeitnehmerüberlassung im Krankenhaus Z. zu erbringen. Hier verrichten sie die gleichen Arbeiten wie zuvor.


Mit ihren Klagen beehrten die Klägerinnen die Feststellung der Unwirksamkeit der Aufhebungsverträge mit dem Kommunalunternehmen sowie ihre unveränderte Weiterbeschäftigung bei dem Kommunalunternehmen. Zur Begründung machten sie geltend, dass die Aufhebungsverträge wegen Umgehung des Kündigungsverbots nach § 613a Abs.4 BGB unwirksam seien. Die Beklagte vertrat dagegen die Auffassung, dass § 613a Abs.4 BGB mangels Vorliegens eines Betriebsübergangs nicht anwendbar sei.

Lösung:

Die Klägerinnen sind zu unveränderten Arbeitsbedingungen bei dem Kommunalunternehmen beschäftigt, da die Aufhebungsverträge unwirksam sind. Die Unwirksamkeit ergibt sich aus § 613a Abs.4 S.1 BGB, wonach Arbeitnehmern nicht wegen eines Betriebs(teil)übergangs gekündigt werden darf. Dieses Kündigungsverbot darf nicht durch den Abschluss von Aufhebungsverträgen umgangen werden.

Im Streitfall liegt auch ein Betriebsteilübergang vor. Wenn ein Kommunalunternehmen – wie hier – eine Service GmbH gründet, die sämtliche Reinigungskräfte des Unternehmens übernimmt und diese an das Unternehmen „zurückentleiht“, wo die Reinigungskräfte die gleiche Arbeit verrichten wie bisher, so sind die Voraussetzungen für einen Betriebsteilübergang gemäß § 613a BGB regelmäßig erfüllt. Das gilt jedenfalls dann, wenn ausschließlicher Geschäftsgegenstand der Service GmbH die Stellung von Personal an das Kommunalunternehmen oder an dessen Tochterunternehmen ist.

Gericht: LAG Schleswig Holstein	Voraussetzungen an eine krankheitsbedingte Kündigung	KSchG
Aktenzeichen: 2 Sa 11/08		§ 1
Datum: 11.03.2008		

	Die für eine krankheitsbedingte Kündigung erforderliche negative Gesundheitsprognose setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer schon seit mindestens zwei Jahren arbeitsunfähig ist. Es ist lediglich erforderlich, dass in den nächsten zwei Jahren nicht mit einer Besserung seines Gesundheitszustandes gerechnet werden kann. Der Arbeitnehmer ist für eine positive Gesundheitsprognose darlegungspflichtig. Er genügt der Darlegungspflicht nicht schon dadurch, dass er die Ärzte von der Schweigepflicht entbindet.
--	---

Sachverhalt: Der Kläger war bei der Beklagten seit September 1998 als technischer Angestellter beschäftigt. Im unmittelbaren Anschluss an eine Abteilungsbesprechung im April 2006, auf der er kritisiert worden war, meldete er sich arbeitsunfähig krank und erhob in der Folgezeit Mobbingvorwürfe, die er allerdings nicht genauer erläuterte. Nach einem mehrwöchigen Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik, der nach Angaben des Klägers nicht den erhofften Erfolg gehabt hatte, und rund 14-monatiger Arbeitsunfähigkeit unterbreitete die Personalleiterin der Beklagten dem Kläger Angebote zum betrieblichen Eingliederungsmanagement. Als der Kläger hierauf nicht reagierte, sprach die Beklagte zum 30.09.2007 eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung aus.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass nach 14-monatiger Arbeitsunfähigkeit noch nicht von einer negativen Gesundheitsprognose ausgegangen werden könne. Dies sei vielmehr erst nach zwei Jahren der Fall. Seine behandelnden Ärzte und Therapeuten seien zudem zuversichtlich, dass seine Gesundheit in für die Beklagte zumutbarer Zeit wiederhergestellt werden könne. Der Kläger bot hierzu Beweis durch die Benennung seiner Ärzte und Therapeuten an, die er von der Schweigepflicht entbinden wollte.

Lösung:

Die Beklagte durfte das Arbeitsverhältnis wegen der lang andauernden Krankheit des Klägers personenbedingt kündigen. Die Kündigung ist nicht sozialwidrig im Sinn von § 1 KSchG.


Eine krankheitsbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn

1. eine negative Gesundheitsprognose vorliegt,
2. die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führt
3. und eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Belastungen eine billigerweise nicht mehr hinzunehmende Belastung des Arbeitgebers zur Folge haben.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Für eine negative Gesundheitsprognose ist entgegen der Auffassung des Klägers insbesondere keine mindestens zweijährige Arbeitsunfähigkeit im Kündigungszeitpunkt erforderlich. Diese setzt vielmehr voraus, dass in den nächsten 24 Monaten nach der Kündigung nicht mit einer Besserung des Gesundheitszustandes gerechnet werden kann. Der Arbeitgeber genügt seiner diesbezüglichen Darlegungslast

schon dann, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung sowie die ihm bekannten Krankheitsursachen darlegt. Sodann ist es Sache des Arbeitnehmer, konkret darzulegen, dass mit einer früheren Genesung zu rechnen ist. Im Streitfall indizierte die bereits 14 Monate andauernde Arbeitsunfähigkeit eine negative Gesundheitsprognose. Der Kläger hat keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen, die an dieser negativen Prognose zweifeln lassen. Auch als medizinischer Laie durfte er sich nicht darauf beschränken, seine Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Er hätte vielmehr konkret schildern müssen, warum seine Ärzte von einer positiven Gesundheitsprognose ausgehen. Hierfür hätte er angeben müssen, von welcher Diagnose die Ärzte ausgegangen sind, welche Behandlungen erfolgten und aufgrund welcher neuen Kausalverläufe die künftige Entwicklung nunmehr positiv zu beurteilen ist.

Gericht: BAG	Entzug der „betrieblichen Fahrerlaubnis“	BGB
Aktenzeichen: 3 AZR 984/06		§ 626
Datum: 05.06.2008		

	Öffentliche Nahverkehrsunternehmen können einem Busfahrer nicht wegen Entzugs der vom Arbeitgeber zusätzlich zum Führerschein erteilten "betrieblichen Fahrerlaubnis" personenbedingt kündigen. Da der Entzug der "betrieblichen Fahrerlaubnis" nach vom Arbeitgeber aufgestellten Kriterien erfolgt, hätte dieser es anderenfalls in der Hand, sich selbst personenbedingte Kündigungsgründe zu schaffen und so die Regelungen zu verhaltensbedingten Kündigungen zu umgehen.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger ist seit 1995 bei dem beklagten öffentlichen Nahverkehrsunternehmen als Busfahrer beschäftigt. Eine Dienstanweisung des Beklagten sieht vor, dass die Omnibusfahrer zwingend über eine vom Beklagten erteilte „betriebliche Fahrerlaubnis“ verfügen müssen. Im November 2005 führte ein Mitarbeiter des Beklagten eine einstündige Sonderbeobachtung des Klägers während dessen Busfahrten durch und stellte dabei – teils vom Kläger bestrittene - straßenverkehrsrechtliche Verstöße fest.

Der Beklagte entzog dem Kläger aufgrund der Ergebnisse der Sonderbeobachtung die „betriebliche Fahrerlaubnis“ und kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos und fristgerecht. Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass der Entzug der „betrieblichen Fahrerlaubnis“ seinem weiteren Einsatz als Busfahrer nicht entgegenstehe. Jedenfalls hätte der Beklagte ihn nachschulen können und müssen.

Lösung:

Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht wirksam gekündigt. Anders als beim Entzug der gesetzlichen Fahrerlaubnis liegt beim Entzug einer vom Arbeitgeber erteilten „betrieblichen Fahrerlaubnis“ kein personenbedingter Kündigungsgrund vor.

Die Erteilung und der Entzug der „betrieblichen Fahrerlaubnis“ erfolgte im Streitfall nach vom Beklagten selbst aufgestellten Regeln. Würde der Entzug dieser privaten Fahrerlaubnis eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, so hätte der Beklagte es in der Hand, sich selbst Kündigungsgründe zu schaffen und so die Regelungen zur verhaltensbedingten Kündigung – insbesondere das Erfordernis der Abmahnung – bei Arbeitsvertragspflichtverletzungen zu umgehen.

Der Beklagten ist es daher grundsätzlich zuzumuten, ihre Fahrer bei Verstößen gegen die Straßenverkehrsvorschriften zunächst abzumahnern, bevor sie aus diesem Grund kündigen darf.

Anzeige



Assessorkurse von *Jura Intensiv*


Vertrauen Sie auch bei der Vorbereitung auf das Zweite Examen auf uns.

Kursbeginn in Frankfurt und Gießen jeweils im März und im September.

Kursbeginn in Mainz und Heidelberg jeweils im April und im Oktober.

Handels- und Gesellschaftsrecht

BM der Justiz	Gesetzesänderung: Modernisierung des GmbH-Rechts	GmbHG §§ 1 ff.
Pressemitteilung		
Datum: 26.06.2008		

	Ein Kernanliegen der GmbH-Novelle ist die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen. Hier wurde häufig ein Wettbewerbsnachteil der GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen wie der englischen Limited gesehen.
---	--

In der Ersten Prüfung wird erfahrungsgemäß eher Personengesellschaftsrecht geprüft. Aus dem Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts ist jedoch vor allem die Gründung des GmbH (Haftung in den verschiedenen Gründungsstadien) examensrelevant. Deshalb sollten sich nicht nur Kandidaten für das Zweite Examen, sondern auch Kandidaten für die Erste Prüfung mit den Grundstrukturen dieser weitreichenden Reform des GmbHG beschäftigen.

1. Beschleunigung von Unternehmensgründungen

a) Erleichterung der Kapitalaufbringung und Übertragung von Geschäftsanteilen

- Um den Bedürfnissen von Existenzgründern, die am Anfang nur sehr wenig Stammkapital haben und benötigen (z.B. im Dienstleistungsbereich) zu entsprechen, bringt das Gesetz eine Einstiegsvariante der GmbH, die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft (§ 5a GmbHG). Es handelt sich dabei nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine GmbH, die ohne bestimmtes Mindeststammkapital gegründet werden kann. Diese GmbH darf ihre Gewinne aber nicht voll ausschütten. Sie soll auf diese Weise das Mindeststammkapital der normalen GmbH nach und nach ansparen. Das Mindeststammkapital der normalen GmbH wird nicht herabgesetzt, es bleibt bei 25.000 Euro. Da es die UG (haftungsbeschränkt) gibt, ist eine Herabsetzung bei der normalen GmbH auch gar nicht mehr nötig.

- Die Gesellschafter werden künftig individueller über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen und sie dadurch besser nach ihren Bedürfnissen und finanziellen Möglichkeiten ausrichten können. Bislang musste die Stammeinlage mindestens 100 Euro betragen und durfte nur in Einheiten aufgeteilt werden, die durch 50 teilbar sind. Künftig muss jeder Geschäftsanteil nur noch auf einen Betrag von mindestens einem Euro lauten. Vorhandene Geschäftsanteile können künftig leichter gestückelt werden.

- Die Flexibilisierung setzt sich bei den Geschäftsanteilen fort. Geschäftsanteile können künftig leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren an einen Dritten übertragen werden.

- Rechtsunsicherheiten im Bereich der Kapitalaufbringung werden dadurch beseitigt, dass das Rechtsinstitut der „verdeckten Sacheinlage“ im Gesetz klar geregelt wird. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber einen Sachwert erhalten soll.

Die für die Praxis schwer einzuhaltenden Vorgaben der Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage sowie die einschneidenden Rechtsfolgen, die dazu führen, dass der Gesellschafter seine Einlage i. E. häufig zweimal leisten muss, wurden fast einhellig kritisiert.

Das Gesetz sieht daher vor, dass der Wert der geleisteten Sache auf die Bareinlageverpflichtung des Gesellschafters angerechnet wird. Die Anrechnung erfolgt erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Weiß der Geschäftsführer also von der geplanten verdeckten Sacheinlage, liegt also eine vorsätzliche verdeckte Sacheinlage vor, so darf er in der Handelsregisteranmeldung nicht versichern, die Bareinlage sei erfüllt.

b) Einführung von Musterprotokollen

Für unkomplizierte Standardgründungen (u. a. Bargründung, höchstens drei Gesellschafter) werden zwei

beurkundungspflichtige Musterprotokolle als Anlage zum GmbHG zur Verfügung gestellt. Die GmbH-Gründung wird einfacher, wenn ein Musterprotokoll verwendet wird.

Die Vereinfachung wird vor allem durch die Zusammenfassung von drei Dokumenten (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste) in einem sowie einer kostenrechtlichen Privilegierung bewirkt. Bei der UG (haftungsbeschränkt) mit geringem Stammkapital wird die Gründung unter Verwendung eines Musterprotokolls zu einer echten Kosteneinsparung führen.

c) Beschleunigung der Registereintragung

Die Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister wurde bereits durch das Anfang 2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) erheblich beschleunigt. Danach werden die zur Gründung der GmbH erforderlichen Unterlagen grundsätzlich elektronisch beim Registergericht eingereicht, das dann unverzüglich über die Anmeldung entscheidet und die übermittelten Daten unmittelbar in das elektronisch geführte Register übernehmen kann.

Das MoMiG verkürzt die Eintragszeiten beim Handelsregister weiter:

- Bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist, wird das Eintragungsverfahren vollständig von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung abgekoppelt. Das betrifft zum Beispiel Handwerks- und Restaurantbetriebe oder Bauträger, die eine gewerberechtliche Erlaubnis brauchen. Bislang kann eine solche Gesellschaft nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung die staatliche Genehmigungsurkunde vorliegt (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG).

Das langsamste Verfahren bestimmt also das Tempo. Diese Rechtslage erschwert und verzögert die Unternehmensgründung erheblich. Zukünftig müssen GmbHs wie Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen.

- Vereinfacht wird auch die Gründung von Ein-Personen-GmbHs. Hier wird künftig auf die Stellung besonderer Sicherheitsleistungen (§ 7 Abs. 2 Satz 3, § 19 Abs. 4 GmbHG) verzichtet.

- Es wird ausdrücklich klargestellt, dass das Gericht bei der Gründungsprüfung nur dann die Vorlage von Einzahlungsbelegen oder sonstigen Nachweise verlangen kann, wenn es erhebliche Zweifel hat, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Bei Sacheinlagen wird die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt. Dies entspricht der Rechtslage bei der Aktiengesellschaft. Nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit künftig im Rahmen der Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

- Die Verwendung des Musterprotokolls wird ebenfalls zur Beschleunigung führen, denn es wird weniger Nachfragen der Registergerichte geben.

2. Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform

Durch ein Bündel von Maßnahmen wird die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als „werbendes“, also am Markt tätiges Unternehmen erhöht und werden Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ausgeglichen.

a) Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Als ein Wettbewerbsnachteil wurde bisher angesehen, dass EU-Auslandsgesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Überseering* und *Inspire Art* ihren Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – wählen können. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutschland als solche anzuerkennen. Umgekehrt hatten deutsche Gesellschaften diese Möglichkeit bislang nicht. Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG wird es deshalb deutschen Gesellschaften ermöglicht, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Dieser Verwaltungssitz kann auch im Ausland liegen. Damit wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. Das kann z.B. eine attraktive Möglichkeit für deutsche Konzerne sein, ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der vertrauten GmbH zu führen.

b) Mehr Transparenz bei Gesellschaftsanteilen

Nach dem Vorbild des Aktienregisters gilt künftig nur derjenige als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste

eingetragen ist. So können Geschäftspartner der GmbH lückenlos und einfach nachvollziehen, wer hinter der Gesellschaft steht. Veräußerer und Erwerber von Gesellschaftsanteilen erhalten den Anreiz, die Gesellschafterliste aktuell zu halten. Weil die Struktur der Anteilseigner transparenter wird, lassen sich Missbräuche wie zum Beispiel Geldwäsche besser verhindern.

c) Gutgläubiger Erwerb von Gesellschaftsanteilen

Die Gesellschafterliste dient künftig auch als Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, kann darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, so gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Eintragung zwar weniger als drei Jahre unrichtig, die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten aber zuzurechnen ist. Die neue Regelung schafft mehr Rechtssicherheit und senkt die Transaktionskosten. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer gehört. Die Neuregelung führt zu einer erheblichen Erleichterung für die Praxis bei Veräußerung von Anteilen älterer GmbHs.

d) Sicherung des Cash-Pooling

(Vom Abdruck wurde abgesehen.)

e) Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts

Die sehr komplex gewordene Materie des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 30 ff. GmbHG) wird erheblich vereinfacht und grundlegend dereguliert. Beim Eigenkapitalersatzrecht geht es um die Frage, ob Kredite, die Gesellschafter ihrer GmbH geben, als Darlehen oder als Eigenkapital behandelt werden. Das Eigenkapital steht in der Insolvenz hinter allen anderen Gläubigern zurück. Grundgedanke der Neuregelung ist, dass die Organe und Gesellschafter der gesunden GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen vorfinden sollen. Dazu werden die Rechtsprechungs- und Gesetzesregeln über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 32a, 32b GmbHG) im Insolvenzrecht neu geordnet; die Rechtsprechungsregeln nach § 30 GmbHG werden aufgehoben. Eine Unterscheidung zwischen „kapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen wird es nicht mehr geben.

Das MoMiG setzt den Kurs fort, die Fortführung und Sanierung von Unternehmen im Insolvenzfall zu erleichtern, den schon das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 eingeschlagen hatte. Hat ein Gesellschafter der GmbH Vermögenswerte zur Nutzung überlassen, kann er künftig seinen Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab dessen Eröffnung, nicht geltend machen. Dem Gesellschafter wird dafür ein finanzieller Ausgleich zugebilligt. Diese Regelung beseitigt die Gefahr, dass dem Unternehmen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stehen, die für eine Fortführung des Betriebes notwendig sind. Bestehen Sanierungschancen, wird es dem Insolvenzverwalter regelmäßig innerhalb der Jahresfrist möglich sein, eine Vereinbarung zu erreichen, die die Fortsetzung des schuldnerischen Unternehmens ermöglicht.

3. Bekämpfung von Missbräuchen

Die aus der Praxis übermittelten Missbrauchsfälle im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH werden durch verschiedene Maßnahmen bekämpft:

- Die Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften wird beschleunigt. Das setzt voraus, dass die Gläubiger wissen, an wen sie sich wegen ihrer Ansprüche wenden können.

Deshalb muss zukünftig in das Handelsregister eine inländische Geschäftsanschrift eingetragen werden. Dies gilt auch für Aktiengesellschaften, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften).

Wenn unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung (auch durch Niederlegung) faktisch unmöglich ist, wird die Möglichkeit verbessert, gegenüber juristischen Personen (also insbesondere der GmbH) eine öffentliche Zustellung im Inland zu bewirken. Dies bringt eine ganz erhebliche Vereinfachung für die Gläubiger der GmbHs, die bisher mit den Kosten und Problemen der Zustellung (insb. auch Auslandszustellungen) zu kämpfen hatten.


- Die Gesellschafter werden im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zustellen. Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr, muss jeder Gesellschafter an deren Stelle Insolvenzantrag stellen, es sei denn, er hat vom Insolvenzgrund oder von der

Führungslosigkeit keine Kenntnis. Die Insolvenzantragspflicht kann durch „Abtauchen“ der Geschäftsführer nicht mehr umgangen werden.

- Geschäftsführer, die Beihilfe zur Ausplünderung der Gesellschaft durch die Gesellschafter leisten und dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, sollen stärker in die Pflicht genommen werden. Dazu wird das sog. Zahlungsverbot in § 64 GmbHG geringfügig erweitert.
- Die bisherigen Ausschlussgründe für Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG) werden um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellung sowie Verurteilungen auf Grund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 bis 264a und §§ 265b bis 266a StGB) erweitert. Zum Geschäftsführer kann also nicht mehr bestellt werden, wer gegen zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts verstoßen hat. Das gilt auch bei Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland. Außerdem haften künftig Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, der Gesellschaft für Schäden, die diese Person der Gesellschaft zufügen.

Familienrecht

BM der Justiz	Gesetzesänderung: Das neue Verfahren in Familiensachen	FamFG
Pressemitteilung		
Datum: 27.06.2008		

	Das gerichtliche Verfahren in Familiensachen wird erstmals in einer einzigen Verfahrensordnung zusammengefasst und vollständig neu geregelt.
---	---

Das gerichtliche Verfahren in Familiensachen wird grundlegend reformiert. Auf Vorschlag von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat der Deutsche Bundestag heute das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) beschlossen. Der Bundesrat wird sich am 19. September 2008 abschließend mit der Reform befassen.

Das gerichtliche Verfahren in Familiensachen wird erstmals in einer einzigen Verfahrensordnung zusammengefasst und vollständig neu geregelt. „Ein familiengerichtliches Verfahren ist wie kein anderes Gerichtsverfahren von Gefühlen geprägt. Mit unserer Reform wollen wir die Möglichkeiten verbessern, familiäre Auseinandersetzungen vor Gericht so fair und schonend wie möglich auszutragen“, erklärte Zypries.

Gerade in Kindschaftssachen – etwa bei Streitigkeiten über das Sorge- oder Umgangsrecht – werden Konflikte nicht selten im gerichtlichen Verfahren geklärt. Kinder sind häufig die Opfer familiärer Konfliktsituationen. „Der vorliegende Gesetzesentwurf berücksichtigt in besonderem Maße die Belange der Kinder. Sie erhalten einen besseren Schutz und mehr Rechte im Verfahren“, sagte Zypries.

Die Reform des familiengerichtlichen Verfahrens enthält folgende Kernpunkte:

Neuerungen im Verfahren in Kindschaftssachen (z. B. Verfahren über Sorge- und Umgangsrecht, die Herausgabe eines Kindes oder die Vormundschaft):

Dringliche Kindschaftssachen, insbesondere Streitigkeiten über das Umgangsrecht, müssen künftig vorrangig und beschleunigt bearbeitet werden. Die Verfahrensdauer in umgangsrechtlichen Verfahren soll verkürzt werden.

Die Verfahren sollen **zeitnah verhandelt** werden. Das Gericht soll den Fall spätestens einen Monat nach Eingang des Antrags mit allen Beteiligten erörtern. Dabei hat es die Eltern getrennt anzuhören, wenn dies zum Schutz eines Elternteils notwendig ist.

Diese wichtigen Neuerungen werden bereits in Kürze in Kraft treten, da sie in das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls eingestellt wurden.

Weitere wichtige Reformschritte in Verfahren mit Kindesbezug sind:

Das Gericht soll den Versuch einer **einvernehmlichen Lösung** des Konflikts unternehmen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Einvernehmliche Lösungen der Eltern müssen vom Gericht gebilligt werden. Gelingt eine Einigung nicht, muss das Gericht über eine einstweilige Anordnung nachdenken. Über das Umgangsrecht soll das Gericht in der Regel schnell entscheiden, damit der Kontakt zwischen Kind und einem umgangsberechtigten Elternteil aufrechterhalten bleibt und die Beziehung keinen Schaden nimmt.

Die **Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte des betroffenen Kindes** werden verstärkt. In schwierigen Fällen wird das Kind künftig von einem Verfahrensbeistand unterstützt. Dessen Aufgabe ist es, im gerichtlichen Verfahren die Interessen des Kindes zu vertreten und das Kind über den Ablauf des Verfahrens und die Möglichkeiten der Einflussnahme zu informieren. Im Gegensatz zum bisherigen Verfahrenspfleger kann der Verfahrensbeistand auf Anordnung des Gerichts eine aktive Rolle in dem Konflikt übernehmen und zu einer einvernehmlichen Umgangsregelung – etwa durch Gespräche mit den Eltern – beitragen. Das über 14-jährige Kind kann sich künftig zur Durchsetzung eigener Rechte selbst vertreten.

Die **Beteiligung von Pflegepersonen** am Verfahren wird erweitert. Pflegepersonen -z.B. Pflegeeltern - können künftig in allen Verfahren, die das Kind betreffen, hinzugezogen werden, wenn das Kind seit längerer Zeit bei ihnen lebt. In solchen Fällen wissen Pflegeeltern häufig besser über das Kind Bescheid als die Eltern.

Die **Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen** wird **effektiver**. Bei Verstößen gegen Umgangsentscheidungen kann das Gericht Ordnungsmittel verhängen. Diese können – anders als Zwangsmittel – auch noch nach Ablauf der Verpflichtung wegen Zeitablaufs festgesetzt und vollstreckt werden.

Beispiel: Entgegen vorheriger Vereinbarung lässt eine Mutter das Kind über Ostern nicht zum getrennt lebenden Vater gehen. Wegen der Feiertage verhängt das Gericht erst nach Ostern ein Ordnungsgeld von 200 Euro gegen die Frau. Diesen Betrag muss sie zahlen, obwohl das Kind Ostern nicht mehr beim Vater verbringen kann. Das wird die Mutter davon abhalten, sich nicht an solche Absprachen zu halten. Anders das bislang geltende Zwangsgeld: Dieses kann nur verhängt werden, solange sich die Verpflichtung auch tatsächlich durchsetzen lässt – also nur während der Ostertage, was in der Praxis schwierig sein dürfte.

Künftig wird es möglich sein, einen **Umgangspfleger** zu bestellen. Dieser soll bei schwierigen Konflikten über den Umgang sicherstellen, dass der Kontakt des Kindes zu dem umgangsberechtigten nicht abbricht.

Beispiel: Aufgrund des Konflikts in der akuten Trennungssituation sind die Eltern nicht in der Lage, die Übergabemodalitäten beim Umgang einzuhalten. Diese Situation kann dadurch entschärft werden, dass der Umgangspfleger Zeit und Ort der Übergabe des Kindes festlegt, dieses von dem betreuenden Elternteil abholt, dem umgangsberechtigten Elternteil übergibt und später zurückbringt.

Diese Reformschritte werden am 1. September 2009 in Kraft treten.

Neuerungen in anderen familiengerichtlichen Verfahren:

In **Scheidungssachen** muss der Antragsteller im **Scheidungsantrag** künftig angeben, ob die Ehegatten sich über die Regelung der elterlichen Sorge, des Umgangs und des Unterhalts verständigt haben. Das soll die Eltern dazu anhalten, vor Einleitung des Scheidungsverfahrens die künftigen Lebensumstände der Kinder zu klären.

In **Unterhaltssachen** wird die Klärung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch weitergehende Auskunftspflichten der Beteiligten verbessert.

Mit dem **Großen Familiengericht** soll die sachliche Zuständigkeit der Familiengerichte erweitert werden. Damit wird es den Gerichten ermöglicht, alle durch den sozialen Verband von Ehe und Familie sachlich verbundenen Rechtsstreitigkeiten in einer Zuständigkeit zu entscheiden. Das Vormundschaftsgericht wird aufgelöst. Seine Aufgaben werden vom Familiengericht und vom **Betreuungsgericht** übernommen. Das führt zu einer Straffung

gerichtlicher Zuständigkeiten.

Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält zugleich eine Reform des Verfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das bisher geltende Verfahrensgesetz (FGG) für diese Verfahren (Betreuungs-, Unterbringungs-, Nachlass- und Registersachen) stammt aus dem Jahre 1898 und wurde vielfach geändert. Dieses Gesetz wird durch eine vollständige, moderne Verfahrensordnung mit verständlichen, überschaubaren und einheitlichen Strukturen für die verschiedenen Materien ersetzt.

Die neue Verfahrensordnung definiert erstmals umfassend die Verfahrensrechte und die Mitwirkungspflichten der Beteiligten und sichert ihren Anspruch auf rechtliches Gehör.

Das zersplitterte Rechtsmittelsystem der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird neu strukturiert und effizienter gestaltet. Um zügig Rechtssicherheit zu erhalten, wird die Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen künftig generell befristet. Die bisherige weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht wird ersetzt durch die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn eine Entscheidung geboten ist, um das Recht zu vereinheitlichen oder fortzubilden. Abweichend davon ist die Rechtsbeschwerde in besonders grundrechtsrelevanten Betreuungssachen, in Unterbringungs- und in Freiheitsentziehungssachen an keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft. Den Beteiligten wird damit in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der unmittelbare Zugang zum Bundesgerichtshof eröffnet. Dieser kann dadurch viel stärker als bisher die Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Leitentscheidungen prägen und fortentwickeln. Das bringt mehr Rechtssicherheit für jeden Einzelnen.

Das Gesetz soll am 1. September 2009 in Kraft treten. Die Länder erhalten auf diese Weise ein Jahr Zeit, um die notwendige Neuorganisation der gerichtlichen Abläufe vorzunehmen.