

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Juli/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, Urt. v. 24.01.2008 – III ZR 79/07 – Telefonkarten: Gültigkeitsablauf / Leistungsbeschränkung	S. 3
BGH, Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 136/06 – Entstehungszeitpunkt des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs	S. 6
BGH, Urt. v. 16.01.2008 – XII ZR 216/05 – Rechtskraft bei „offen bleibender“ Zuständigkeit	S. 8
OLG Celle, Urt. v. 18.06.2008 – 3 U 39/08 – Sparbuch: Guthabenauszahlung nach Jahrzehnten	S. 11

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 29.01.2008 – 4 StR 449/07 – Abspielen einer Videoaufzeichnung als Vernehmung	S. 12
LG Kiel, Urt. v. 03.03.2006 – V Ns 18/06 – Warenbestellung unter falschem Namen	S. 14

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 09.01.2007 – 1 BvR 1949/05 – Verfassungsbeschwerdefähigkeit kommunaler Gebietskörperschaft	S. 17
BGH, Urt. v. 01.07.2008 – VI ZR 243/06 – Pressefreiheit schützt nicht „belanglose“ Promi-Fotos	S. 19
OVG NRW, Urt. v. 13.08.2007 – 1 A 1995/06 – Klagerücknahme / Widerruf einer Prozessklärung	S. 19
OVG Ph-Pf., Beschl. v. 22.10.2007 – 10 A 10735/07 – Antrag auf Berufungszulassung / Wahrung der Rechtsmittelfrist	S. 22
BVerfG, Beschl. v. 14.01.2008 – 1 BvR 2822/07 – Kein vorläufiger Rechtsschutz gegen HessNRSg	S. 23

Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht

BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 264/07 – KSchG: Beweislast für Anwendbarkeit trägt Arbeitnehmer	S. 23
BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 147/07 – Änderungskündigung ist auf erforderliche Anpassungen zu beschränken	S. 24
BAG, Urt. v. 18.06.2008 – 7 AZR 116/07 – Tarifliche Altersgrenze von 65 Jahren zulässig	S. 25

Anwaltspraxis

Gesetzesänderung: RechtsdienstleistungsG / G zur Vereinbarung von Anwaltshonoraren	S. 25
--	-------

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei SJ Berwin LLP bietet Referendaren aktuell Einstiegsmöglichkeiten.
- Die Hansa Capital GmbH & Co. KG bietet Ihnen eine umfassende Finanzberatung.

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmer von Jura Intensiv,

die Ausgabe Juli 2008 ist nun bereits die dritte Ausgabe der neuen Zeitschrift ZARA. Wir möchten uns nochmals für die sehr positive Aufnahme bei unseren Lesern bedanken.

Auf zwei Urteile in der vorliegenden Ausgabe möchte die Redaktion besonders Hinweisen. Im Bereich des Strafrechts auf die Problematik der Warenbestellung unter fremdem Namen, die durch die entsprechende Variante in § 238 I Nr. 3 StGB (Nachstellung / „Stalking“) aktuelle Brisanz besitzt (S. 14), und im Bereich des Arbeitsrechts auf die vor allem für Referendare und Praktiker wichtige Entscheidung des BAG zur Beweislast hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen des KSchG (S. 23).

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 auf S. 2 die Anzeige der Kanzlei **SJ Berwin LLP**, die aktuell Referendare sucht.

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

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

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der ZARA 7/2008.

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.

Ambitious?



Wir sind eine Wirtschaftskanzlei und suchen zur weiteren Unterstützung unserer deutschen Praxis **Referendare (m/w)** für unsere Practice Groups.

Get in touch to find out how you might fit in.

bewerbung@sjberwin.com

www.sjberwin.com

Zivilrecht

Gericht: BGH	Telefonkarten: Gültigkeitsablauf / Leistungsbeschränkung	BGB
Aktenzeichen: III ZR 79/07		§§ 133, 157,
Datum: 24.01.2008		315

	<p>Der Herausgeber von Telefonkarten, die nicht mit einem Gültigkeitsvermerk versehen sind, hat grundsätzlich das Recht, diese nachträglich zu sperren.</p> <p>Bei der Ausübung dieses Leistungsbestimmungsrechts muss er einem Interesse von Telefonkartensammlern an einer unbeschränkten Gültigkeit der Telefonkarten nicht Rechnung tragen.</p>
---	---

Sachverhalt: Die Bekl., die Dt. Telekom-AG, unterhält bundesweit öffentliche Fernsprecher. Diese werden von den Kunden auch mit Telefonkarten genutzt, auf deren Chips jeweils das aktuelle Gesprächsguthaben elektronisch gespeichert ist. Seit 1990 werden über einen ursprünglich von der Deutschen Bundespost Telekom, der Rechtsvorgängerin der Bekl., dann von dieser betriebenen und später von deren Tochtergesellschaft Dt. Telekom Cardservice-GmbH fortgeführten Sammlerservice Telefonkarten mit besonderen Motiven verkauft. Für diese Art von Telefonkarten ist ein Sammlermarkt entstanden, den die Rechtsvorgängerin der Bekl. durch ihre Werbung förderte. So warb sie unter anderem für Kartenzubehör (beispielsweise Kartenlesegeräte, limitierte Cardboxen) und für Neuerscheinungen von Telefonkarten. Auch auf Telefonkarten warb sie für das Sammeln dieser Karten. Außerdem vertrieb die Rechtsvorgängerin der Bekl. limitierte Auflagen bestimmter Telefonkarten in der Absicht, zu einem hohen Sammlerwert beizutragen.

Veranlasst durch diese Werbung erwarb der Kl. in den Jahren 1992 bis 1994 Telefonkarten mit besonderen Motiven im Nominalwert von 3.960 DM (= 2.024,72 €) um sie ungebraucht in seine Sammlung aufzunehmen. Im Jahre 2001 sperrte die Bekl. die vor Mitte Oktober 1998 ausgegebenen Telefonkarten, auf denen anders als bei später veräußerten Telefonkarten keine Ablauffrist angegeben war, in der Weise, dass mit ihnen ab dem 01.01.2002 nicht mehr telefoniert werden konnte. Den betroffenen Karteninhabern bot die Bekl. einen (unbefristeten) Umtausch gegen neue Telefonkarten unter Anrechnung des Restguthabens der gesperrten Karten an. Der Kl. begehrt Erstattung der unverbrauchten Guthaben sowie Ersatz des verlorenen Sammlerwerts seiner Telefonkarten Zug um Zug gegen deren Rückgabe.

Lösung:

Zu prüfen ist, ob der Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung auf Erstattung der unverbrauchten Guthaben und auf Schadensersatz wegen Minderung des Sammlerwerts seiner Telefonkarten hat. Dann müsste die Bekl. durch die nachträgliche Befristung der Gültigkeit der von dem Kl. erworbenen Telefonkarten ihre vertragliche Leistungstreuepflicht verletzt haben.

I. Auf Grund des jeweiligen Telefonkartenvertrags ist die Bekl. – ebenso wie bereits ihre Rechtsvorgängerin – verpflichtet, für die Kartennutzung ein funktionierendes Netz öffentlicher Fernsprecher vorzuhalten und den Karteninhabern, auch dem Kl., die Führung von Telefongesprächen im Rahmen des jeweiligen Guthabens zu ermöglichen (BGHZ 148, 74 [78] = NJW 01, 2635).

Diese Hauptleistungspflicht war hinsichtlich der Gültigkeit der Telefonkarten zunächst nicht näher ausgestaltet. Die Telefonkarten, die der Kl. nach seinem Vorbringen in den Jahren 1992 bis 1994 erwarb, enthielten – anders als die ab Oktober 1998 von der Bekl. herausgegebenen Telefonkarten – keine Beschränkung des Geltungszeitraums. Es kann dahinstehen, ob angesichts eines fehlenden Gültigkeitsvermerks ursprünglich ein zeitlich unbegrenztes Telefonieren von dem Leistungsversprechen der Bekl. umfasst war. Jedenfalls durfte die Bekl. die von dem Kl. erworbenen Telefonkarten nachträglich sperren.

II. Ein Recht zur nachträglichen Befristung der Telefonkarten ist der Bekl. im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung einzuräumen.

1. Telefonkarten sind für den allgemeinen Verkehr bestimmt und im ganzen Bundesgebiet für die Nutzung der von der Bekl. unterhaltenden öffentlichen Fernsprecher verbreitet. Deshalb ist im Interesse der Rechtssicherheit und der

Verkehrsfähigkeit eine allgemein verbindliche ergänzende Vertragsauslegung unabhängig von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls sachlich geboten (vgl. BGHZ 164,286[292]=NJW 06,54 m.w.N. zum Verlust der Gültigkeit von Briefmarken durch einen staatlichen Hoheitsakt).

2. Die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung i.S. der §§ 133,157 BGB finden hier Anwendung.

Sie haben Vorrang gegenüber der Bestimmung der Leistungspflicht nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB und gegenüber der Lehre von der fehlerhaften Geschäftsgrundlage (BGHZ 164, 286 [292]=NJW 06, 51 m.w.N.). Die in einem Telefonkartenvertrag getroffenen Regelungen sind der ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich.

Dabei kann offen bleiben, ob Telefonkarten als sog. kleine Inhaberpapiere i.S. von § 807 BGB einzuordnen sind (so OLG Köln ZIP 00, 1836 [1837] = MMR 01,167; ausdrücklich offen gelassen in BGHZ 148, 74 [76] = NJW 01, 2635; vgl. Hofbauer/Hahn MMR 02, 589 m.w.N.; Westermann K&R 01, 489 [491 ff.] m.w.N.) Abzustellen ist auf den der Kartenbegebung zu Grunde liegenden Vertrag, dessen Rechtsnatur ebenso dahingestellt bleiben kann.

3. Die ergänzende Vertragsauslegung führt zwar zu einem Recht der Bekl., die Gültigkeitsdauer der vor Mitte Oktober 1998 ausgegebenen Telefonkarten nachträglich zu beschränken. Damit korrespondiert aber kein Anspruch des Karteninhabers auf Erstattung des Nominalwerts der gesperrten Karten und auf Ersatz eines reduzierten Sammlerwerts. Der Karteninhaber kann nur den Umtausch der gesperrten Telefonkarten gegen neue mit gleichem Guthaben verlangen.

a) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist zulässig, wenn

- eine Vereinbarung der Parteien in einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt und
- keine Regelung des dispositiven Gesetzesrechts eingreift.

Dabei ist es unerheblich, ob die Parteien bewusst auf eine ins Einzelne gehende Regelung verzichtet haben, ob die „Lücke“ von Anfang an bestanden oder sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlust der Dinge ergeben hat (BGHZ 84, 1 [7] = NJW 82, 2184).

Eine solche Regelungslücke ist hier in Bezug auf die Beschränkung der Gültigkeitsdauer gegeben: Es fehlte eine vertragliche Regelung dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bekl. die Gültigkeit der Telefonkarten nachträglich sperren durfte.

b) Bei der demnach erforderlichen Ergänzung des Vertragsinhalts ist darauf abzustellen, was redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten (vgl. Senat, BGHZ 158, 201 [207] = NJW 04, 1590; BGHZ 164, 286 [292]=NJW 06, 54; jeweils m.w.N.).

Zur Ausfüllung einer Vertragslücke bietet sich in einem Fall wie dem vorliegenden eine entsprechende Anwendung des § 315 BGB an, wenn ein Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung den Belangen der leistenden Partei gerecht wird. Das Bestimmungsrecht muss nach dem in § 315 I BGB vorausgesetzten Maßstab des billigen Ermessens ausgeübt werden. Zu Gunsten der anderen Partei greift der Schutzgedanke des § 315 III BGB, so dass die einseitige Bestimmung des offen gebliebenen Punkts unter Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung steht (vgl. BGHZ 90, 69 [78 ff]=NJW 84, 1177).

Gemessen daran hat das BerGer. in rechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass sich die Vertragsparteien der vor Mitte Oktober 1998 abgeschlossenen Telefonkartenverträge dahingehend geeinigt hätten, dass die Bekl. bzw. ihre Rechtsvorgängerin entsprechend § 315 I BGB berechtigt sein sollte, die Gültigkeitsdauer der Telefonkarten nachträglich entsprechend der Billigkeit anzupassen, und im Gegenzug den Kunden ein unbefristetes Recht zum Umtausch der gesperrten Karten gegen aktuelle Telefonkarten mit gleichem Guthabenwert einräumen musste. Ein anerkanntes Interesse der Bekl. an einer Gültigkeitsbefristung ergibt sich daraus, dass sie, wie sie geltend macht, wegen der ständigen Fortentwicklung der Informationstechnologie immer wieder gezwungen ist, Veränderungen an ihrer öffentlichen Fernsprechern und den dafür vorgesehenen Telefonkarten vorzunehmen, was eine unbegrenzte Weiterbenutzung von vor Jahren ausgegebenen Telefonkarten ausschließt. Außerdem beruft sich die Bekl. darauf, dass sie nur mit Hilfe der Befristung der Telefonkarten in der Lage sei, den

um sich greifenden Fällen des Missbrauchs durch Manipulation an den Chips, die ihr in der Vergangenheit hohe Verluste verursacht hätten, wirksam zu begegnen (Vgl. dazu BGHZ 148, 74 [83] = NJW 01, 2635).

Den Interessen des durchschnittlichen Erwerbers von Telefonkarten wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass er bei Ablauf der Geltungsdauer die gesperrten, noch nicht verbrauchten Telefonkarten unter Anrechnung des Restguthabens unbefristet gegen aktuelle Telefonkarten umtauschen kann. Diese Umtauschmöglichkeit bietet die Bekl. nicht nur für die ab Mitte Oktober 1998 herausgegebenen, von vornherein befristeten Telefonkarten an, sondern auch für die hier streitgegenständlichen, vorher in Verkehr gebrachten und nicht mit einem Gültigkeitsvermerk versehenen Karten. Da dem Kunden bei dieser Ausgestaltung der Gegenwart noch nicht verbrauchter Gesprächseinheiten auf Dauer und ohne Einschränkung erhalten bleibt, wird das vertragliche Äquivalenzverhältnis gewahrt. Ein darüber hinausgehendes Interesse von Telefonkartensammlern an einer unbeschränkten Gültigkeit vor Oktober 1998 erworbener Telefonkarten mit besonderen Motiven musste nicht berücksichtigt werden, selbst wenn eine zeitlich unbeschränkte Telefoniermöglichkeit den Sammlerwert dieser Karten erheblich erhöhte.

Maßgeblich für die ergänzende Vertragsauslegung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGHZ 81, 135 [141] = NJW 81, 2241; Staudinger/Roth, BGB, 2003, § 157 Rn 34 m.w.N.).

Dass in den Jahren 1992 bis 1994, als der Kl. die Telefonkarten erwarb, gerade die unbeschränkte Telefoniermöglichkeit den Sammlerwert entscheidend prägte, kann nicht festgestellt werden.

Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die vom Kl. reklamierte Bedeutung der fehlenden Befristung für die Rechtsvorgängerin der Bekl. erkennbar war und Grundlage der vor Mitte Oktober 1998 abgeschlossenen Telefonkartenverträge wurde. Allein die von der Rechtsvorgängerin der Bekl. betriebene Werbung, aus der der Kl. eine Einziehung des Sammlerwerts in den Vertragsinhalt herleitet, für das Sammeln von Telefonkarten genügt nicht, um ein Sammlerinteresse an einer unbeschränkten Gültigkeitsdauer der Telefonkarten in die ergänzende Vertragsauslegung einzubeziehen. Auch mit der Anpreisung hoher Sammlerwerte garantierte die Rechtsvorgängerin der Bekl. nicht eine unbegrenzte Telefoniermöglichkeit und einen vornehmlich daran geknüpften Sammlerwert, zumal sich dessen Entwicklung nicht vorhersehen ließ. Das Risiko für die Art und Weise, wie sich ein Sammlermarkt und die Sammlerwerte entwickeln, trägt grundsätzlich der Sammler. Die Unwägbarkeiten, die auch mit vergleichbaren Sammlungen von anderen zum Bezahlen von Leistungen bestimmten Sachen (z.B. Briefmarken, Münzen) verbunden sind, können nicht dem die Sammelgegenstände ausgebenden Unternehmer angelastet werden, auch wenn dieser das Sammeln gefördert hat.

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.

Gericht: BGH	Entstehungszeitpunkt des Gesamtschuldnerausgleichsanspruchs	BGB
Aktenzeichen: II ZR 136/06		§§ 133, 157,
Datum: 15.10.2007		315

	<p>Der Ausgleichsanspruch nach § 426 I 1 BGB entsteht nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern als Befreiungsanspruch bereits mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses.</p> <p>Die Pflicht zur Freistellung umfasst auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren.</p>
---	--

Sachverhalt: Die Kl. und der Bekl. bildeten mit ihren Architekturbüros auf der Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung vom 12.05.1999 eine Projektgemeinschaft für den Bereich „Städtebauliches Umfeld ICE-Bahnhof M.“ (im Folgenden: Projektgemeinschaft). Die Projektgemeinschaft wurde von der – für die Stadt M. handelnden – D-AG im Rahmen eines „Generalplanervertrags über Planungsleistungen“ unter anderem mit Planungs- und Vergabeaufgaben für die Glas/Stahlkonstruktion der Überdachung des zentralen Omnibusbahnhofs M. beauftragt. Innerhalb der Projektgemeinschaft war allein der Bekl. mit der Vorbereitung der Vergabe für die Stahl-/Glaskonstruktion befasst. Unter Berücksichtigung der – im Auftrag der Projektgemeinschaft von der Firma RGmbH als Tragwerksplanerin berechneten- Statik für die Stahlkonstruktion fertigte der Bekl. eine Planungszeichnung, auf deren Grundlage das Ingenieurbüro J (Streithelfer zu 1) des Bekl.) als Subunternehmer der Projektgemeinschaft die der Vergabe zugrunde liegende Leistungsbeschreibung erstellte. Die Überdachung sollte einem punktgehaltenen Verglasungssystem ausgeführt werden. Den Zuschlag erhielt die Fa. L.-Bau GmbH (Streithelferin zu 2) des Bekl.). Als die von der Fa. L.-Bau GmbH beschaffte – Statik für die Glaskonstruktion vorlag, stellte sich heraus, dass das vorgesehene Befestigungssystem verstärkt werden musste. Hierfür war ein Zusatzauftrag in Höhe von 43.845,34 € erforderlich.

Eine andere Bieterin hatte ein Nebenangebot eingereicht, in dem sie zu einem um 50.00000 € niedrigeren Preis anbot, die Glaselemente nicht mit Punkthaltern zu befestigen, sondern auf Stahlprofilen zu lagern.

Die Stadt M. verlangt von der Projektgemeinschaft Schadensersatz in Höhe von 43.845,34 € mit der Begründung, sie hätte in Kenntnis der tatsächlichen Kosten der Punktverglasung das Vergabeverfahren für dieses System abgebrochen und eine Ausschreibung für eine – erheblich kostengünstigere, wenn auch optisch weniger ansprechende – Befestigung der Glaselemente mit Stahlprofilen veranlasst. Auf eine Anfrage der – im Namen der Stadt M. handelnden – Verbandsgemeindeverwaltung M. an die Projektgemeinschaft vom 10.04.2002 erklärte der Bekl. mit Schreiben vom 23.04.2002 namens der Projektgemeinschaft die grundsätzliche Bereitschaft, als Generalplaner für die Fehlplanung zu haften. Nachdem die Haftpflichtversicherung des Bekl. mit Schreiben vom 10.04.2003 Ansprüche gegen ihren Versicherungsnehmer als unberechtigt zurückgewiesen hatte, wandte sich die Verbandsgemeindeverwaltung M. mit Schreiben vom 30.05.2003 wegen der Schadensregulierung an die Kl.

Die Kl. haben die Verurteilung des Bekl. beantragt, sie von der Inanspruchnahme durch die Stadt M. wegen der fehlerhaften Planung der Glas-/Stahlkonstruktion in Höhe von 43.845,34€ nebst Zinsen freizustellen.

Lösung:

I. Dem Freizustellungsbegehren der Kl. steht nicht entgegen, dass die Stadt M. die Kl. nicht unmittelbar in Anspruch genommen hat.

Die von den Kl. begehrte Freistellung setzt nicht ihre – erfolgreiche – Inanspruchnahme durch die Stadt M. voraus.

1. Insofern kann der Bekl. nicht damit durchdringen, für die Kl. bestehe schon deshalb keine Gefahr, von der Stadt M. in Anspruch genommen zu werden, weil deren Forderung verjährt sei.

Der erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einwand, die Forderung der Stadt M. sei – noch vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz – verjährt, ist einer Berücksichtigung durch das Revisionsgericht entzogen; die Verjährungseinrede kann in der Revisionsinstanz nicht mehr nachgeholt werden (BGHZ 1, 234 [239]; Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 559 Rn 7).

2. Zwischen mehreren – analog § 128 BGB persönlich haftenden – Gesellschaftern einer BGB-Außen-Gesellschaft besteht ein echtes Gesamtschuldverhältnis, auf das § 426 I BGB Anwendung findet (MüKo-BGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rn 217; § 714 Rn 56).

Anders als das Berufungsgericht in Verkennung der gefestigten höchstrichterlichen Rspr. gemeint hat, entsteht jedoch der selbstständige Ausgleichsanspruch nach § 426 I 1 BGB nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern schon mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses (BGH WM 86, 170; BGHZ 114, 117 [122]; BGH ZIP 06,1591). Ist die Schuld fällig, kann der mithaftende Gesamtschuldner schon vor Erbringung seiner eigenen Leistung von seinen Mitschuldnern verlangen, ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken und ihn von einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger freizustellen (BGH ZIP 81, 594 [596]). Diese Grundsätze gelten auch unter mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern, wenn von der Gesellschaft kein Ausgleich zu erlangen ist (BGHZ 37, 299 [303]). In diesem Fall kann ein Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern schon dann Freistellung fordern, wenn die ernsthafte Möglichkeit seiner Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger besteht (MüKo-HGB/Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rn 36; Ebenroth/Boujong/Jost, HGB § 128 Rn 37).

So liegt der Fall hier: Die Schreiben der Verbandsgemeindeverwaltung M. vom 14.04.2002 und vom 30.05.2002 lassen keinen Zweifel daran, dass die Stadt M. wegen des ihr entstandenen Mehraufwands für die Überdachung des Omnibusbahnhofes jedenfalls gegen die Projektgemeinschaft Ansprüche erhebt, die sie mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen gewillt war“(BGH aaO).

II. Den Kl. ist die begehrte Freistellung auch nicht deshalb zu versagen, weil im Falle ihrer Inanspruchnahme ein Ausgleich aus dem Gesellschaftsmögen möglich sei.

Im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden ist die Auffassung, dass während des Bestehens der Gesellschaft ein Mitgesellschafter nur dann nach § 426 I 1 BGB auf Ausgleich in Anspruch genommen werden kann, wenn von der Gesellschaft keine Erstattung zu erlangen ist (BGH ZIP 02, 394 [396] m.w.N.). Dieser Grundsatz gilt für den Befreiungsanspruch ebenso wie für den Rückgriffsanspruch nach Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers (MüKo-HGB/Schmidt aaO; Ebenroth/Boujong/Joost/Hillmann aaO).

Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, ein Ausgleich aus dem Gesellschaftsvermögen sei schon deshalb möglich, weil der Bekl. mit dem Regulierungsanspruch gegen Haftpflichtversicherung der Gesellschaft eine „Vermögensposition zur Verfügung gestellt“ habe: Das Berufungsgericht hat schon nicht ordnungsgemäß festgestellt, dass der Bekl. den Regulierungsanspruch gegen seinen Haftpflichtversicherer an die Gesellschaft abgetreten hat. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Zudem ist dem Schreiben des Haftpflichtversicherers vom 10.04.2003 an die Verbandsgemeindeverwaltung M. keinesfalls die Bereitschaft des Versicherers zu entnehmen, auch die Projektgemeinschaft und damit die Kl. als deren Gesellschafter in den Haftpflichtversicherungsschutz einzubeziehen.

Schließlich hat das Berufungsgericht übersehen, dass nach der Rspr. des Senats die subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter schon dann eingreift, wenn der Gesellschaft frei verfügbare Mittel zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld nicht zur Verfügung stehen (BGHZ 37, 299 [303]; BGHZ 103, 72 [76]). Ein erst noch durchzusetzender Regulierungsanspruch gegen den Haftpflichtversicherer verdient nicht die Qualifizierung als „frei verfügbare Mittel“ der Gesellschaft.

Sonstiges Gesellschaftsvermögen, aus dem die Kl. von der Gesellschaft Befreiung erlangen könnten, ist nicht vorhanden.

III. Schließlich ist ein Freistellungsanspruch auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein ersatzfähiger Schaden der Stadt M. nicht erkennbar sei.

Der von den Kl. verfolgte umfassende Freistellungsanspruch setzt nicht voraus, dass die Forderung der Stadt M. auf Ersatz der Mehrkosten berechtigt ist. Denn die Pflicht zur Freistellung umfasst nicht nur die Verpflichtung, begründete Ansprüche zu erfüllen, sondern auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren. Der Gefahr, eine unbegründete Forderung zu erfüllen oder sich wegen einer begründeten Forderung mit einer Klage überziehen zu lassen, soll der Freizustellende nach dem Sinn der Freistellung gerade enthoben werden (BGH ZIP 02, 1299; NJW 83, 1729 [1730], jeweils für den vertraglichen Befreiungsanspruch).

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Rechtskraft bei „offen bleibender“ Zuständigkeit	ZPO
Aktenzeichen: XII ZR 216/05		§§ 322
Datum: 16.01.2008		

	Auch ein klageabweisendes Urteil, das die Zulässigkeit der Klage verfahrensfehlerhaft dahinstehen lässt, ist der uneingeschränkten materiellen Rechtskraftfähig, wenn aus dessen Tenor und Entscheidungsgründen ersichtlich ist, dass das Gericht ungeachtet seiner Zweifel an der Zulässigkeit der Klage kein Prozessurteil erlassen, sondern eine Sachentscheidung getroffen hat.
---	--

Sachverhalt: Der Kl. verlangt vom Bekl. aus gekündigten Mietverhältnissen als Ersatz seines Mietausfallschadens für die Monate Oktober 1999 bis Dezember 2000 einen Betrag von 28.974,19 € zuzüglich 4.727,39€ Nebenkosten für die Monate Juni 1999 bis Dezember 2000, jeweils nebst Zinsen. Die Parteien waren gemeinsam mit W Gesellschafter einer Grundstücks-, Besitz und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese Gesellschaft schloss mit dem Bekl. drei jeweils bis Ende 2006 befristete Mietverträge zum Betrieb eines Fitnessstudios, nämlich am 01.04.1993 über das Kellergeschoss, die Räume im Erdgeschoss rechts sowie sieben Parkplätze im Objekt D.-Weg 4, am 29.04.1994 über das Obergeschoss dieses Objekts und am 27.12.199 über sieben weitere Parkplätze auf dem Grundstück D.-Weg 2. Nachdem der Bekl. den Mietzins bis einschließlich Juli 1997 an den Kl. gezahlt hatte, stellte er seine Zahlungen ein. Daraufhin kündigte der Kl. die drei Mietverträge fristlos mit Schreiben vom 10.09.1997. Am 28.02.1999 räumte der Bekl. die Mietobjekte. Der Kl. leitete das vorliegende Verfahren mit Mahnbescheid vom 18.12.2003 über 8.369,58€ nebst Kosten und Zinsen ein.

Das LG gab der zuletzt auf 33.601,58 € erhöhten Klage von 22.520,06 € nebst Zinsen statt. Dagegen legten beide Parteien Berufung ein. Das BerGer. gab der Klage auf die Berufung des Kl. abändernd in Höhe von 27.147,45 € nebst Zinsen statt und wies die Berufungen der Parteien im Übrigen zurück. Dagegen richteten sich die vom Senat zugelassene Revision des Bekl. sowie die Anschlussrevision des Kl., mit denen die Parteien ihre zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgten.

Lösung:

Dem sachlichen Erfolg der Klage steht die vor ihrer Erhebung (2004) eingetretene Rechtskraft eines zwischen den Parteien ergangenen Urteils vom 09.09.1998 entgegen.

I. Die Rechtskraft eines früheren Urteils über denselben Streitgegenstand ist als negative Prozessvoraussetzung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten. (BGHZ 53, 332 [334] = NJW 70, 1002; BGH NJW 89, 2133 [2134]; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 322 Rn 221; MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 322 Rn 67; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., § 322 Rn 13).

Aber auch dann, wenn eine im Vorprozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfrage lediglich Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist, hat das RevGer. die Rechtskraft der früheren Entscheidung und die sich daraus ergebende Bindungswirkung von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH NJW 93, 3204 [3205]; BGHR ZPO § 322 I Amtsprüfung 1 m.N.; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 322 Rn 20; Hk-ZPO/Saenger, 2. Aufl., § 322 Rn 16).

1. Deshalb ist es hier ohne Belang, dass sich die Parteien in den Vorinstanzen nicht auf die Rechtskraft dieses Urteils berufen hatten, sie den Vorinstanzen deshalb verborgen blieb und der Bekl. erstmals im Rahmen seiner Nichtzulassungsbeschwerde die Beiziehung der Akten des vorangegangenen Urteils beantragt und auf die Rechtskraft dieses Urteils hingewiesen hat.

In diesem Vorprozess hatte der Kl. erstinstanzlich aus allen drei vorgenannten Mietverträgen u.a. Mietausfallentschädigung für die Zeit bis Ende Februar 1998 geltend gemacht und zusätzlich die Feststellung beantragt, „das der Bekl. auch nach dem 01.03.1998 verpflichtet ist, dem Kl. Schadensersatz aus entgangenen Mieteinnahmen zu leisten.

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 Kanzleigründungen, 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

Das LG hatte diese Klage mit Urteil vom 09.09.1998 insgesamt abgewiesen. Seine hiergegen eingelegte Berufung nahm der Kl. – nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist – in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG am 23.12. 1998 hinsichtlich des Feststellungsantrags zurück“(BGH aaO).

Hierdurch ist die Abweisung des Feststellungsantrags in Rechtskraft erwachsen.

2. Dem steht nicht entgegen, das das LG in diesem Vorprozess – rechtsfehlerhaft – in den Entscheidungsgründen ausgeführt hat, es könne dahinstehen, inwieweit der vom Kl. gestellte Feststellungsantrag zulässig sei.

a) Die höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob eine der Rechtskraft fähige Sachentscheidung vorliegt, wenn ein Gericht eine Klage alternativ als unzulässig oder unbegründet abweist, ist in der Lit. umstritten. Nur wenn das Gericht die Zulässigkeit der Klage eindeutig verneint, besteht Einigkeit darüber, dass weitere Ausführungen zur Begründetheit lediglich obiter dicta darstellen und nicht in Rechtskraft erwachsen.

- Teilweise wird die Auffassung vertreten, ein klageabweisendes Urteil, das die Zulässigkeit der Klage zu Unrecht ungeprüft lasse, weil jedenfalls ihre Unbegründetheit ohne Weiteres feststehe, erwachse nicht in Rechtskraft (vgl. Zöller/Vollkommer, Vorb. § 322 Rn 43).
- Nach überwiegend verteilter Auffassung erwächst jedoch auch eine klageabweisende Entscheidung, die die Zulässigkeit der Klage ausdrücklich „offen“ lässt, als Sachurteil in Rechtskraft (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn 175; Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 322 Rn 46; Hk-ZPO/Saenger, § 322 Rn 36).

b) Der BGH schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.

Denn unzweifelhaft erwächst eine Sachabweisung auch dann in Rechtskraft, wenn das Gericht das Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage übersehen oder die Zulässigkeit grob fehlerhaft bejaht hat. Darüber hinaus erwächst auch ein Urteil in Rechtskraft, das unter Verstoß gegen § 308 ZPO mehr als beantragt zuspricht. Insoweit fehlt es aber nicht nur an der Zulässigkeit einer Klage, sondern an einer Klageerhebung überhaupt. Demgegenüber erscheint eine Entscheidung, die zwar Zweifel an der Zulässigkeit anspricht, es aber verfahrenswidrig unterlässt, ihnen weiter nachzugehen, weniger fehlerhaft, sodass für den Senat kein Grund ersichtlich ist, ihr wegen eines minder schweren Fehlers die Rechtskraft abzusprechen.

Im vorliegenden Fall hat das LG im Vorprozess jedenfalls seine nicht näher bezeichneten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage ersichtlich nicht zum Anlass einer Prozessabweisung genommen. Vielmehr hat es davon abgesehen, diesen Bedenken weiter nachzugehen, und sich nicht gehindert gesehen sämtliche Klageanträge mit ausführlicher und einheitlicher Begründung, nämlich wegen fehlender Sachbefugnis des Kl., in der Sache abzuweisen. Abgesehen davon vermag der Senat nicht zu erkennen, was der Zulässigkeit der Klage auf Feststellung einer fortdauernden Ersatzpflicht für einen hinreichend genau bezeichneten und noch nicht endgültig zu beziffernden Kündigungsfolgeschaden hier hätte entgegenstehen können.

3. Damit steht zwischen den Parteien rechtskräftig fest, das das behauptete Rechtsverhältnis, nämlich eine Schadensersatzpflicht des Bekl. dem Kl. gegenüber auch für die Zeit nach dem 01.03.1998, nicht besteht (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn 183).

Im Verhältnis eines vorausgegangenen Feststellungsurteils zu einer nachfolgenden Leistungsklage bedeutet dies, dass die Abweisung der auf Feststellung einer Forderung erhobenen Klage in der Sache insoweit Rechtskraft für eine später auf dieselbe Forderung gestützte Leistungsklage schafft, als das mit ihr erstrebte Prozessziel unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr aus demselben Lebenssachverhalt hergeleitet werden kann, der der Feststellungsklage zu Grunde gelegen hat (BGH NJW-RR 06, 712 [714] Rn 15 m.N.)

4. Dem sachlichen Erfolg der vorliegenden Klage hätte die rechtskräftige Abweisung der Feststellungsklage im Vorprozess daher nur dann nicht von vornherein entgegenstanden, wenn der Kl. nunmehr geltend gemacht hätte, die ihm im Vorprozess abgesprochene Sachbefugnis zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche im eigenen Namen inzwischen nachträglich, d.h. nach der letzten Tatsachenverhandlung im Vorprozess (18.08.1998), erworben zu haben, sei es durch Abtretung oder im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, von der der Bekl. die Mietobjekte gemietet hatte (vgl. BGH NJW-RR 06, 712 [714] Rn 16 m.N.). Hierfür ist dem Vorbringen des Kl. aber nichts zu entnehmen.

II. Dies macht die vorliegende Klage aber nicht unzulässig, denn nach der Rspr. des BGH führt die materielle Rechtskraft eines Urteils in einem späteren Rechtsstreit nur dann zur Unzulässigkeit der neuen Klage und deshalb zur Prozessabweisung, wenn die Streitgegenstände beider Prozesse identisch sind oder im zweiten Prozess das kontradiktorische Gegenteil der im ersten Prozess ausgesprochenen Rechtsfolge begehrt wird. Das ist hier nicht der Fall.

Da das Urteil im Vorprozess einen Feststellungsanspruch betrifft, während hier ein Leistungsanspruch geltend gemacht wird, liegen unterschiedliche Streitgegenstände vor (vgl. BGH NJW 89, 396; NJW 83, 2032).

Gericht: OLG Celle	Sparbuch: Guthabenauszahlung nach Jahrzehnten	BGB
Aktenzeichen: 3 U 39/08		§ 309 Nr.
Datum: 18.06.2008		12a

	Legt ein Bankkunde ein Sparbuch mit einem Guthaben vor, bei dem die letzte Eintragung Jahrzehnte zurück liegt, so muss die Bank beweisen, dass sie inzwischen das Guthaben ausgezahlt hat. Unvollständige interne Bankunterlagen führen nicht zu einer Beweislastumkehr oder sonstigen Beweiserleichterungen zugunsten der Bank.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger hatte 1971 ein Sparkonto eröffnet und das Sparbuch zur Sicherheit für ein Bauspardarlehen an eine Bausparkasse übergeben. Obwohl das Darlehen bereits 1982 erledigt war, sandte die Bausparkasse dem Kläger das Sparbuch erst 2005 zurück. Dieser verlangte daraufhin von der beklagten Bank die Auszahlung des im Sparbuch ausgewiesenen Guthabens von rund 8.000 Euro.

Die Beklagte weigerte sich, den Betrag auszuzahlen. Sie behauptete, der Kläger habe das Konto bereits 1982 aufgelöst und das Guthaben ausgezahlt bekommen. Dies ergebe sich aus ihren internen Bankunterlagen, die sie jedoch nur in Form unvollständiger "Kontoverdichtungen" vorlegen könne.

Das LG wies die Zahlungsklage ab. Der Bank sei es aufgrund des großen Zeitablaufs praktisch unmöglich, den ihr obliegenden Nachweis einer Auszahlung des Guthabens zu führen. Stattdessen hätte der Kläger beweisen müssen, dass die Bank nicht an ihn gezahlt habe. Auf die Berufung des Klägers gab das OLG der Klage statt. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Lösung:

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Auszahlung des Sparguthabens.

Im Rechtsverkehr erbringt grundsätzlich das Sparbuch den vollen Beweis für das Bestehen eines ausgewiesenen Guthabens. Anders lautende bankinterne Unterlagen können dem auch nach Ablauf einer großen Zeitspanne nicht entgegen gehalten werden.

Insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass sie nach den Bestimmungen des Handelsrechts nur zur Aufbewahrung der Unterlagen für einen gewissen Zeitraum verpflichtet sei. Buchungen ohne Vorlage des Sparbuchs sind grundsätzlich unzulässig. Zahlt die Bank aus, ohne dies im Sparbuch zu vermerken, kann ihr nicht das eigene Fehlverhalten zugute gehalten werden.

Nur in seltenen Ausnahmefällen ist es möglich, dass Bankunterlagen als Indiz für eine Auszahlung herangezogen werden können. Hieran sind aber sehr strenge Anforderungen zu stellen, die im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind. Denn die Unterlagen der Beklagten helfen nicht weiter, weil sie nicht vollständig sind.

Die Beklagte war auch von vornherein daran gehindert, eine Klausel in ihre AGB aufzunehmen, wonach ihre Unterlagen immer maßgebend sind. Eine solche Bestimmung verstößt gegen § 309 Nr. 12a BGB (ehemals § 11 Nr. 15a) AGBG) und ist somit unwirksam.

Anzeige _____

	<h2>Crash-Kurs im August 2008</h2> <p>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)</p>
---	--

Strafrecht

Gericht: BGH	Abspielen einer Videoaufzeichnung als Vernehmung	StPO
Aktenzeichen: 4 StR 449/07		§§ 52, 259
Datum: 29.01.2008		

	<p>Die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts verbunden mit der Erklärung, die Verwertung der bei einer früheren Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten (BGHSt 45, 203 = NJW 00, 596 = NStZ 00, 160), schränkt den Unmittelbarkeitsgrundsatz ein und erlaubt deshalb grundsätzlich nicht die unmittelbare Verwertung einer Aufzeichnung über die frühere Vernehmung.</p>
---	--

Sachverhalt: Das LG hatte den Angekl. wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch einer Schutzbefohlenen und wegen sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen verurteilt.

In der Hauptverhandlung verweigerte die Nebenkl. – das Opfer – das Zeugnis gem. § 52 StPO. Zugleich ließ sie zunächst durch ihre Rechtsanwältin erklären, dass ihre Angaben, die sie im Ermittlungsverfahren vor der Kriminalbeamtin K, vor der Ermittlungsrichterin R und vor dem Sachverständigen S zum Tatgeschehen gemacht hatte, verwertet werden dürften. Nach Belehrung über die Folgen der Zeugnisverweigerung gem. § 252 StPO und über die Folgen einer „Freigabe“ nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHSt 45, 203 (=NJW 00, 596 = NStZ 00, 160) erklärte sie, sie sei damit einverstanden, dass ihre Angaben gegenüber den Vernehmungspersonen eingeführt und verwertet würden.

Das LG vernahm daraufhin die Kriminalbeamtin K als Zeugin zu den Angaben der Nebenkl. bei ihren im Ermittlungsverfahren durchgeführten polizeilichen Vernehmungen. Im Rahmen der Vernehmung wurde die Videoaufzeichnung von einer polizeilichen Vernehmung der Nebenkl. „im Wege des Vorhalts an die Zeugin durch Abspielen in Augenschein genommen“. Das Abspielen wurde immer wieder unterbrochen und die Zeugin K mit weiteren Angaben zu der aufgezeichneten Vernehmung gehört. Nach zwanzig Minuten beantragte der Verteidiger, das Abspielen der Videoaufzeichnung wegen deren Länge abubrechen. Der Antrag wurde unter Berufung auf § 255a I StPO zurückgewiesen: Die Sachaufklärung gebiete den Vorhalt „um die Entstehung der Aussage und deren Verlauf beurteilen zu können bzw. dessen vollständigen Inhalt zu erfassen“. Die Videoaufzeichnung wurde im weiteren Verlauf in voller Länge abgespielt, auch insoweit immer wieder unterbrochen durch Aussagen der Zeugin K.

Das LG vernahm sodann die Ermittlungsrichterin R als Zeugin zum Inhalt der Angaben der Nebenkl. bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung. Auch in diesem Zusammenhang wurde die Videoaufzeichnung dieser Vernehmung „zum Zwecke des Vorhalts durch Abspielen genommen“, und zwar in voller Länge und immer wieder unterbrochen durch Aussagen der Zeugin R. Den Antrag des Verteidigers, auch die Vorführung dieser Videoaufzeichnung zu beenden, wies die Kammer zurück: „Nur die Erfassung der Gesamtheit der Tatsachen“, so die Jugendschutzkammer, „wird es den Beteiligten ermöglichen, sich einen erschöpfenden Eindruck von der richterlichen Aussage zu verschaffen“.

Schließlich vernahm das LG den Sachverständigen S dazu, was die Nebenkl. ihm gegenüber in einem Explorationsgespräch über die Taten berichtet hatte. Seine über dieses Gespräch gefertigte Tonbandaufzeichnung wurde abgespielt. Der Verteidiger beantragte, die Wiedergabe abubrechen, da der Vorhalt zu lang sei. Die Kammer wies auch diesen Antrag zurück. Aufklärungspflicht gebiete die Einführung des Mitschnitts in gesamter Länge; der Mitschnitt sei eine „wertvoll-weitere Grundlage“ für die kritische Prüfung des Gutachtens; die Kammer sei gehalten, „zum Tatgeschehen verfügbare Erkenntnismöglichkeiten, die sie in den Stand setzen, die Glaubwürdigkeit der Zeugin zu überprüfen, auszuschöpfen“. Das Abspielen wurde sodann bis zum Ende fortgesetzt. Anschließend sagte der Sachverständige weitere als Zeuge aus und erstattete sein Gutachten.

Der Verteidiger widersprach der Verwertung der Erkenntnisse aus der Inaugenscheinnahme der polizeilichen Videovernehmung sowie der richterlichen Videovernehmung durch den Sachverständigen und beantragten, den Sachverständigen anzuweisen, diese Erkenntnisse in seinem Gutachten nicht zu verwerten. Zur Begründung machte er geltend, dass die Videoaufzeichnungen lediglich als Vorhalt eingeführt worden seien; verwertbar sei jedoch nur, was die Zeugen K und R auf die Vorhalte erklärt hätten, nicht hingegen der Vorhalt selbst. Auch dieser

Antrag wurde zurückgewiesen. Der Sachverständige habe „sämtliche verfügbaren Erkenntnisse in seine Begutachtung mit einzubeziehen“.

Fraglich ist, ob die Verfahrensweise des LG rechtsfehlerfrei war, oder ob das LG damit gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO verstoßen hat.

Lösung:

I. Grundsätzlich durfte das LG die Video- und Tonbandaufzeichnungen zum Zwecke des Vorhalts an die Verhörspersonen abspielen (vgl. BGHSt 1, 4 [8]; BGHSt 11, 338 = NJW 58, 919; BGHSt 14, 310 = NJW 60, 1630). Dagegen war es dem Gericht auf Grund von § 250 S.2 StPO verwehrt, die Vernehmung der Nebenkl. durch die Vorführung der Aufzeichnungen „zu ersetzen“.

Denn der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO wird durch die ausdrückliche Regelung der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der durch das Zeugenschutzgesetz vom 30.04.1998 (BGBl I, 820) eingeführten Vorschrift des § 255a StPO nicht eingeschränkt. Deshalb ist – wie der Verweis auf §§ 251 bis 253 StPO in § 255a I StPO ergibt – die Vorführung auch nur insoweit zulässig, wie dies bei der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls der Fall wäre. Daran änderte hier insbesondere auch die „Freigabeerklärung“ der Nebenkl. nichts: Sie überwand nur das Verwertungsverbot, das sich im Falle der Zeugnisverweigerung nach st. Rspr. aus § 252 StPO ergibt (BGHSt 45, 203 = NJW 00, 596 = NStZ 00, 160). Eine weitergehende Gestaltungsmacht verschaffte sie der Nebenkl. nicht. Insbesondere vermochte sie nicht die gesetzlichen Regelungen über die Einführung der früheren Angaben der Nebenkl. in die Hauptverhandlung außer Kraft zu setzen.

II. Diese Beschränkung der Verwertung hat das LG nicht beachtet, denn das Abspielen erfolgte hier nicht lediglich als bloßer Vernehmungsbehelf im Wege eines zulässigen Vorhalts.

Zwar wurden die Videoaufzeichnungen ausweislich des Protokolls „zum Zwecke des Vorhalts“ abgespielt. Das Abspielen erfolgte auch nicht etwa in einem Stück, vielmehr wurde es immer wieder unterbrochen, um die Zeugen K und R jeweils zum Inhalt der Aufzeichnungen zu befragen. Auch der Verteidiger ging hiervon aus, als er beantragte, dass der Sachverständige sein Gutachten unter Ausblendung der Videoaufzeichnungen neu zu erstatten habe, da der Inhalt der Vorhalte als solcher nicht verwertet werden dürfe. Die Beschlüsse, mit denen die Unterbrechungsanträge des Verteidigers abgelehnt wurden, machen jedoch deutlich, dass es dem LG darum ging, auf die Videoaufzeichnungen nicht nur als Vernehmungsbehelf zurückzugreifen, sondern unmittelbar Zugriff zu nehmen. Das Abspielen der Videoaufzeichnungen erfolgte, „um die Entstehung der Aussage und deren Verlauf beurteilen zu können bzw. dessen vollständigen Inhalt zu erfassen“. Dementsprechend wurden nicht nur einzelne Passagen abgespielt. Vielmehr wurden die Videoaufzeichnungen in voller Länge in Augenschein genommen.

Gleiches gilt für den Tonbandmitschnitt über das Explorationsgespräch des Sachverständigen. Das Protokoll schweigt sich zum Zweck Wiedergabe des Tonbandmitschnitts aus. Von einem Vorhalt ist nicht die Rede. Das Abspielen erfolgte – anders als die Vorführung der Videoaufzeichnungen bei den Zeugen K und R – auch nicht etwa abschnittsweise und unterbrochen durch Aussagen des Zeugen S.

Auch der Beschluss, mit der Antrag des Verteidigers auf Beenden des Abspielens abgelehnt wurde, beruft sich nicht auf einen Vorhalt; vielmehr sollte danach der Mitschnitt zum Zwecke der besseren Aufklärung in gesamter Länge eingeführt werden; die Vorführung als solche diente dem LG ausdrücklich als weitere Grundlage für die kritische Prüfung des Gutachtens und als zum Tatgeschehen verfügbare Erkenntnismöglichkeit, die es ermöglichen sollte, die Glaubwürdigkeit der Nebenkl. zu überprüfen.

III. Das Abspielen der Videoaufzeichnungen „ersetzt“ vielmehr die Vernehmung der Nebenkl. i.S. des § 250 StPO zumindest teilweise. Die Voraussetzungen, unter denen das Abspielen der Videoaufzeichnungen zum Zwecke des Augenscheinbeweises ausnahmsweise erlaubt wäre, lagen aber nicht vor, denn § 251 I Nr. 2 StPO greift bei der Ausübung von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten nicht (vgl. BGH NJW 07, 2195 = NStZ 07, 718, für schriftliche Erklärungen eines Zeugen, der die Aussage nach § 55 StPO vollständig verweigert hatte).

Das Abspielen der Videoaufzeichnungen konnte auch nicht auf § 255a I StPO i.V.m. § 253 StPO gestützt werden. Diese Vorschrift regelt den Fall, das ein Zeuge in der Hauptverhandlung vernommen wird und ergänzend hierzu eine Videoaufzeichnung über „seine“ frühere Vernehmung abgespielt wird. Hier jedoch wurden lediglich die

Verhörspersonen als Zeugen zur Sache vernommen, nicht hingegen die Auskunftsperson (die Nebenkl.) selbst. Schließlich waren auch nicht die Voraussetzungen des § 255a II StPO gegeben.

Den gleichen Beschränkungen unterlag auch die Vorführung der Tonbandaufzeichnung über Explorationsgespräch des Sachverständigen S, das dieser im Auftrag der Ermittlungsbehörden mit der Nebenkl. geführt hatte. Für die Verwertung dieses Tonbandmitschnitts galt der Unmittelbarkeitsgrundsatz entsprechend. Zwar handelte es sich nicht um die Aufzeichnung einer „Zeugenvernehmung“ eines Strafverfolgungsorgans. Jedoch diente die Exploration der Nebenkl. von vornherein Beweis Zwecken, denn die StA hatte den Sachverständigen beauftragt, die Glaubhaftigkeit der Angaben der Nebenkl. gutachterlich zu prüfen. Die Nebenkl. wusste um den Zweck des Explorationsgesprächs. Durch ihre Angaben trug sie bewusst zur Sachverhaltsaufklärung bei. Unter diesen Umständen stand die Befragung der Nebenkl. durch den Sachverständigen im Zusammenhang mit ihrer Exploration – anders als die „Vernehmung“ eines Zeugen durch den Verteidiger – einer amtlichen Vernehmung gleich (vgl. BGHSt 40, 211 [213] = NJW 94, 2904 = NStZ 94, 593; BGHSt 45, 203 [205] = NJW 00, 596 = NStZ, 160). Was der Sachverständige zu den Angaben der Nebenkl. zum Tatgeschehen festgehalten hatte, unterlag deshalb hinsichtlich der Einführung in die Hauptverhandlung und der Verwertung auch den gleichen Beschränkungen wie eine Zeugenvernehmung. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Sachverständige diese Angaben schriftlich protokolliert, auf Video aufgezeichnet oder – wie hier – lediglich einen Tonbandmitschnitt gefertigt hat.

Gericht: LG Kiel	Warenbestellung unter falschem Namen	StPO
Aktenzeichen: V Ns 18/06		§§ 52, 259
Datum: 03.03.2006		

	Wer unter dem Namen eines anderen Lieferungen oder Dienstleistungen in Auftrag gibt, um den anderen in Aufregung und Unruhe zu versetzen, und werden die Unternehmen entsprechend tätig, macht sich wegen Betruges strafbar.
---	---

Sachverhalt: Der Angekl. und der 76 Jahre alte Nebenkl. sind seit etwa Sommer 2002 Hausnachbarn. Der Nebenkl. ist verheiratet, seine Ehefrau lebt aber bereits seit Mai 2002 in einem Pflegeheim. Aufgrund seiner nervlichen Belastungen, die der Angekl. u.a. auf Examensstress zurückführte, und gewissen Spannungen zwischen ihm und dem Nebenkl., welcher ihm bisweilen Vorhaltungen über sein Verhalten machte, kam der Angekl. Anfang Februar 2005 auf den Gedanken, dem Nebenkl. zu zeigen, wie es ist, wenn man ständig belästigt wird. Dementsprechend rief er zwischen dem 04.02 und 16.02.2005 unter dem Namen des Nebenkl. 35 Unternehmen an und beauftragte diese jeweils mit der Lieferung von Waren bzw. der Erbringung von Dienstleistungen, wobei er (der Angekl.) die Absicht hatte, den Nebenkl. dadurch in dauerhafte Aufregung und Unruhe zu versetzen. Um dies zu erreichen, kam es dem Angekl. darauf an, dass die beauftragten Unternehmen die Wohnanschrift des Nebenkl. auch aufsuchten, um ihre vertraglichen Leistungen zu erbringen bzw. anzubieten. Wie für den Angekl. vorhersehbar, wurde der Nebenkl. durch die Tätigkeiten der Unternehmen tatsächlich massiv in Angst und Schrecken versetzt, so dass sich bei ihm Unruhezustände, Nervosität und Schlafstörungen einstellten; letztere äußerten sich insbesondere durch massive Einschlafstörungen des Nebenkl. Insgesamt verschlechterte sich der Gesundheitszustand des Nebenkl. so, dass dieser sich ab 17.02.2005 in ärztliche Behandlung bei seinem Hausarzt begab und mit einem Psychopharmakon behandelt wurde. Bei seinen Bestellungen machte sich der Angekl.: keine Gedanken darüber, wer die anfallenden Kosten bzw. vertraglichen Gegenleistungen (Kaufpreis oder Wert) tragen würde. Er selbst war weder zahlungswillig noch zahlungsfähig. Bei seinen Bestellungen erweckte er jeweils den Anschein, dass er der als Auftraggeber bezeichnete Nebenkl. sei. Die Unternehmen erbrachten in der Folgezeit auftragsgemäß ihre vertraglichen Leistungen aus Kauf-, Werk-, bzw. Dienstvertrag oder nahmen zu dem nichts ahnenden Nebenkl. Verbindung auf, um ihre vertraglichen Leistungen zu erbringen. Dem Nebenkl. gelang es nur mit Mühe und zu Lasten seiner Gesundheit, die Lieferanten davon zu überzeugen, dass er nichts bestellt habe, und die Waren zurückzuweisen.

Lösung:

[Anm.: Der erst in der NStZ 2008, 219, veröffentlichte Fall ereignete sich vor der Einführung des Straftatbestands der Nachstellung, § 238 StGB („Stalking“). Nach heutiger Rechtslage wären dessen Voraussetzungen wohl als erfüllt anzusehen. Hätte es sich um schriftliche Bestellungen gehandelt, so wäre der Straftatbestand der

Urkundenfälschung, § 267 StGB, unproblematisch erfüllt gewesen (Assessorkurs-Teilnehmer sind insofern an den Fall „Flick“ erinnert.) Das LG Kiel konzentrierte sich wegen der mündlichen Bestellung auf den Straftatbestand des Betrugs, § 263 StGB.]

Es könnte eine Strafbarkeit des Angekl. wegen Betruges gegeben sein.

I. Der Angekl. täuschte durch Vorspiegelung falscher Tatsachen die Lieferanten über die Person des Bestellers und zugleich über seine eigene Zahlungswilligkeit mit den sich hieraus ergebenden rechtlichen Folgen.

Sein Vorgehen war bestimmt und geeignet, bei den Getäuschten einen Irrtum zu erregen und sie glauben zu machen, einen Auftrag von der bezeichneten, zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person, nämlich dem Nebenkl., entgegenzunehmen und für diesen aufzuführen.

II. Bei den getäuschten Unternehmen trat auch ein Vermögensschaden ein.

Kommt, wie es hier der Fall ist, ein Betrug bei Eingehung eines gegenseitigen Vertrages in Betracht, so ist für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung der Vergleich der beiderseitigen Leistungen erforderlich. Die Leistung, die der Getäuschte nach der Sachlage, die durch die Täuschung entstanden ist, erbringen soll, muss mit dem verglichen werden, was ihm dafür zugesagt ist (vgl. BGHSt 22, 88). Maßgebend ist nicht, ob das angegriffene Vermögen nach der Abwicklung des Geschäfts geschädigt ist, sondern lediglich, ob der Vermögensbestand durch den Abschluss des Vertrages selbst eine Einbuße erlitten hat. Das hängt von dem Wertverhältnis ab, in dem die versprochene und die gewährte Leistung zueinander stehen (vgl. RGSt 74, 129); im vorliegenden Fall also von dem Wert des jeweiligen Zahlungsanspruchs des Lieferanten gegen den Angekl. (vgl. BayObLG, JZ 72, 25).

Danach ist ein Vermögensschaden bei den im einzelnen Unternehmen zu bejahen. Der einerseits zur Begleichung der Rechnungen an sich verpflichtete Angekl. hatte keinen Zahlungswillen, war zudem unbekannt und andererseits wurde der vorgeschobene Besteller, der Nebenkl., durch das Vorgehen des Angekl. zu nichts verpflichtet. Dass der angebliche Besteller in kein Vertragsverhältnis zu den Getäuschten trat, diese insbesondere keinen Erfüllungsanspruch gegen den angeblichen Besteller erwarben, bedarf keiner Erörterung.

Der Vermögensschaden ist aber auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass durch das betrügerische Verhalten des Angekl. den Lieferanten gleichzeitig Schadensersatzansprüche gegen ihn erwachsen (vgl. RGSt 41, 27 [29]). Dies muss jedenfalls im vorliegenden Fall gelten, in dem die zum Schadensersatz verpflichtete Person unbekannt war, der Geltendmachung des Anspruchs sonach ein zunächst nicht überwindliches Hindernis entgegenstand. Schon deshalb gewinnt die Vorschrift des § 179 BGB keine Bedeutung: Hiernach haftet zwar ein Vertreter ohne Vertretungsmacht dem von ihm getäuschten Dritten auf Erfüllung oder Schadensersatz, wobei dieser Anspruch durch die vermögensrechtliche Verfügung begründet wird, die als Ursache der möglichen Vermögensbeschädigung in Betracht kommt. Ist daher der Vertreter nach seinen Vermögens- und persönlichen Verhältnissen in vollem Maße erfüllungsfähig und erfüllungsbereit, so soll das Vermögen des Getäuschten keine Schmälerung erfahren haben (vgl. S/S-Cramer/Perron, StGB, § 263 Rn 120 a.E.). Der Angekl. wollte hier zwar auch Verpflichtungen für andere entstehen lassen, er trat aber nicht im Namen, sondern unter dem Namen eines anderen auf und wollte damit eine Klarstellung der rechtlichen Beziehungen von vornherein verhindern; dadurch machte er die Ansprüche der Getäuschten wertlos. Bei der Feststellung eines Schadens kommt es lediglich auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung an, nämlich darauf, ob sich zu diesem Zeitpunkt die Vermögenslage des Getäuschten infolge der Verfügung ungünstiger als vorher gestaltete. Die Frage, wie sich die Verhältnisse später entwickelt haben, ist jedenfalls für die äußere Tatseite des Betrugs ohne Bedeutung (vgl. RGSt 74, 129 [130]). Damit schädigte der Angekl. aber die Getäuschten, weil ihren Ansprüchen kein angemessener Gegenwert gegenüberstand.

III. Auch der subjektive Tatbestand des Betruges ist erfüllt: Der Angekl. handelte hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich.

1. Die Bereicherungsabsicht des Angekl. ist gegeben: Der Täter muss hierfür mit der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Absicht ist hier als sog. *dolus directus* ersten Grades zu verstehen, d.h. der Vermögensvorteil muss als End- oder notwendiges Zwischenziel von dem Täter erstrebt werden. Nicht erforderlich ist, dass der Vermögensvorteil die eigentliche Triebfeder oder das in erster Linie erstrebte Ziel seines Handelns ist (vgl. BayObLG aaO, 26; Tröndle/Fischer, StGB, § 263 Rn 110 m.w.N.).

Aus diesem Grunde entschied auch das BayObLG in einem ähnlichen Fall, dass der unter einem falschen Namen auftretende Besteller, der von gutgläubigen Lieferanten Waren an eine andere Person liefern lässt, um diese oder einen Dritten wegen der Bezahlung zu ärgern, aus dem geschädigten Vermögen des Lieferanten einen Vermögensvorteil erstrebt. Den Bereicherungsgegenstand sah das BayObLG in der in der erschlichenen Abmachung zugesagten Gegenleistung, die den Angekl. in Stand setzte, über die Waren zu verfügen, wobei die Getäuschten in Erfüllung ihrer Verpflichtungen seinen Weisungen unterlagen. Dieses Dispositionsbefugnis ordnete das BayObLG als einen unmittelbaren Vermögensvorteil des Angekl. zu Lasten der Geschädigten ein. Es könnte keinen Unterschied machen, ob der Täuschende die Ware zur eigenen Verfügung herauschwindele oder ob er sie an eine andere Person liefern lasse.

Diese Entscheidung des BayObLG stieß teilweise auf Ablehnung: So kritisiert Schröder, dass der Anspruch auf Lieferung einer bestimmten Sache als solcher noch kein Vermögensvorteil sei, sondern er nur den Weg zu einer Leistung freigebe, auf die der Anspruch gehe. § 263 StGB sei nur dann erfüllt, wenn die Leistung, auf welche der Anspruch gehe, auch wirtschaftlich ausgenutzt werden soll (vgl. Schröder JZ 72, 26; vgl. auch Hassemer JuS 72, 218).

[Anm.: Die ausführliche Kritik von Schröder: Er wendet ein, dass ein Anspruch auf Lieferung einer Sache nur dann als Vermögenswert angesehen werden kann, wenn durch diesen Lieferanspruch das eigene Vermögen (oder das eines Dritten) vermehrt werden soll. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn ein Anspruch begründet werden soll, dessen Gegenwert dem Täter nicht zugute kommen soll und den er auch nicht einem Dritten mit dem Ziel zuwenden will, diesem einen Vorteil zukommen zu lassen. In diesen Fällen ist der Anspruch nicht das Zwischenstadium für die Leistung selbst, sondern der Täter bezweckt lediglich eine besondere Modifikation der Täuschung darüber, wer der Empfänger der das Vermögen tatsächlich schädigenden Leistung sein wird. Soweit eine Bereicherungsabsicht zugunsten dieses Dritten nicht vorliegt, sondern nur der Wille vorhanden ist, irgendwelchen Personen Ärger zu bereiten, kann von der Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, keine Rede sein.

Dem BayObLG zustimmend LK-Lackner, § 263 Rn 261; Herzberg, JuS 1972, 185, 188 f. unter Hinweis auf die erlangte Arbeitsleistung.

Rönnau/Golombek, JuS 2007, 348, 353 f., behandeln den folgenden Fall:

Täter bestellt 100 rote Rosen für seine Angebetete A, die dieser direkt geliefert werden. Beim Anruf beim Blumenhändler gibt sich der Täter als eine andere Person aus. Diese Person erhält die Rechnung und weigert sich, zu zahlen.

Lösung:

- Vermögensverfügung (+), da der Händler Besitz und Eigentum an den Rosen verloren hat.
- Schaden (+), da wirtschaftlich wertlose Forderung gegen Täter, da dieser dem Händler unbekannt ist. Der Rückgabeanspruch wertlos, da die Rosen langsam verwelken.
- Drittbereicherungsabsicht hier ohne Probleme (+), da A sich über die Blumen freuen soll (hier liegt gerade der Unterschied zum vorliegenden Fall.)]

Diese Kritik überzeugt jedoch nicht, denn die vorgenannte Aussage widerspricht dem Grundgedanken des dolus directus ersten Grades, dass auch notwendige Zwischenziele erfasst werden. Dass solche Zwischenziele auch wirtschaftlich ausgenutzt werden müssen, lässt sich daraus gerade nicht herleiten. Andere bestreiten nicht das Vorliegen einer Leistungsererschleichung, versagen aber der Bereicherungsabsicht im Hinblick auf das angeblich vorgehende Schädigungsmotiv die Anerkennung (vgl. Maurach JR 72, 345 f.; Blei, StrafR-Bd. II, 10. Aufl., 61 VI. 3.). Auch dies vermag nicht zu überzeugen. Die Schädigungsabsicht schließt die Bereicherungsabsicht nicht aus, wenn die Bereicherung der Weg zur Schädigung ist.

2. Als Bereicherungsgegenstand kommt nicht nur die Dispositionsbefugnis über die Waren bzw. die Dienstleistungen in Betracht, sondern auch die Arbeitsleistung an sich. Die Arbeitsleistung, für die üblicherweise oder vertraglich ein Entgelt geschuldet wird, hat Vermögenswert i.S. des Betrugstatbestandes (vgl. Tröndle/Fischer aaO, Rn 63m.w.N.).

Die von dem Angekl. mit den Unternehmen abgeschlossenen Vereinbarungen sahen u.a. auch vor, dass die geschädigten Firmen die bestellten Waren zu dem Nebenkl. brachten bzw. ihre bestellten Dienstleistungen dem Nebenkl. persönlich anboten. Die Arbeitsleistung kommt mithin als Vermögenswert in Betracht. Diese

Arbeitsleistung war auch als notwendiges Zwischenziel von der Absicht des Angekl. erfasst, den Nebenkl. zu ärgern.

Der Angekl. wollte, dass die bestellten Waren zu dem Nebenkl. gebracht bzw. die bestellten Dienstleistungen dem Nebenkl. persönlich angeboten würden und er daraus entstehenden lästigen Situation konfrontiert würde. Nur auf die Abnahme der Sachen bzw. Dienstleistungen und die Sachen bzw. Dienstleistungen selbst kam es ihm nicht an. Während die Gegenstände bzw. Dienstleistungen bzw. deren jeweiliger Wert vermögensmäßig für den Angekl. uninteressant gewesen sein mögen, d.h. nicht in sein Vermögen einverleibt werden sollten, ist die Arbeits- oder Dienstleistung auch dann als einverleibt anzusehen, wenn sie bestimmungsgemäß einem Dritten zugewandt wird. Wenn der Täter andere für sich arbeiten lässt und damit Leistungen erhält, die im Geschäftsleben Geld kosten, erstrebt er einen Vermögensvorteil für sich (vgl. Lackner, 10. Aufl., § 263 Rn 261). Auch aus diesem Grunde ist vorliegend die Bereicherungsabsicht des Angekl. zu bejahen.

3. Schließlich ist auch Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden gegeben.

Das ist nämlich der Fall, wenn Vorteil und Schaden auf der selben Vermögensverfügung beruhen. Der von dem Angekl. erstrebte Vermögensvorteil, die Erschleichung einer Arbeits- oder Dienstleistung der Unternehmen, beruhte auf Eingehung einer vermeintlichen Verbindlichkeit seitens der Unternehmen. Der Schaden der Unternehmen beruhte ebenfalls auf der Eingehung einer vermeintlichen Verbindlichkeit. Somit beruhten der erstrebte Vermögensvorteil und der Schaden auf derselben Vermögensverfügung. Der von dem Angekl. erstrebte Vorteil bildete die Kehrseite des Schadens der Unternehmen. Stoffgleichheit liegt damit vor. Der Angekl. besaß auch die Absicht, sich stoffgleich zu bereichern.

4. Der erstrebte Vermögensvorteil war objektiv rechtswidrig, weil der Angekl. keinen Anspruch auf die erstrebten Vermögensvorteile hatte. Der Angekl. hatte zudem sicheres Wissen, dass er keinen Anspruch auf den Vermögensvorteil hatte. Damit besaß er dolus directus zweiten Grades und Vorsatz bzgl. Der Rechtswidrigkeit der Bereicherung des Angekl. ist zu bejahen.

IV. Da weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschließungsgründe ersichtlich sind, handelte der Angekl. auch rechtswidrig und schuldhaft.

Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	Verfassungsbeschwerdefähigkeit kommunaler Gebietskörperschaft	GG
Aktenzeichen: 1 BvR 1949/05		Art. 3 I
Datum: 09.01.2007		

	Kommunale Gebietskörperschaften sind als juristische Personen des öffentlicher Rechts für das in Art. 3 I GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht beschwerdefähig.
---	--

Ausnahmsweise sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen, grundrechts- und verfassungsbeschwerdefähig, wenn sie unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind, wie dies etwa für Universitäten hinsichtlich Art. 5 III GG der Fall ist. Dabei handelt es sich durchweg um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Bürgern (auch) bei der Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen, und die als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen bestehen. Ihre Tätigkeit betrifft insoweit nicht den Vollzug gesetzlich zugewiesener hoheitlicher Aufgaben, sondern die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten (vgl. BVerfGE 68, 193 [207] = NJW 85, 1385 = NVwZ 85, 481 m.w.N.) Diese Voraussetzungen liegen bei einer Gemeinde nicht vor (vgl. BVerfGE 61, 82 [103f.] = NJW 82, 2173 = NVwZ 82, 554).

Allerdings können sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auf das grundrechtsähnliche Recht aus Art. 103 I GG berufen, denn Art. 103 I GG enthält einen objektiven



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 JI-Team, lieber Dirk,

bei meiner Anmeldung für den Assessorkurs ab März '08 ist mir eingefallen, dass ich mich seit meinem ersten Examen die ganze Zeit schon mal bei euch melden wollte, um euch mitzuteilen, dass ich mit 9,14 Punkten bestanden habe (ich habe im September 2006 Examen geschrieben).

Zwar bin ich der Meinung, dass man eine ganze Menge selbst dafür tun muss, um die Prüfungen zu bestehen, jedoch haben mir die Examenskurse dabei extrem geholfen und ich bin der Meinung, dass ich ohne sie das Examen nicht so gut gemeistert hätte. Sowohl der Unterricht als auch die Unterlagen haben Struktur in die Lernerei gebracht und vor allem auch Spaß an der ganzen Sache vermittelt.

Ich bin gespannt auf den Assessorkurs, bis dahin verbleibe ich mit lieben Grüßen an das ganze Team,

Evelyn S.

Lieber Thomas, lieber Alexander und lieber Stefan,

am Ende unseres Kurses "MZ 06 II / Nr. 4" hattet Ihr darum gebeten, nach "überstandenen" Examen Rückmeldung über die erzielten Ergebnisse zu geben. Nachdem ich Ende Februar auch die Klausuren im Schwerpunktbereich hinter mich gebracht habe, finde ich nun die Zeit Eurer Bitte nachzukommen und mich an dieser Stelle ganz herzlich für das sehr angenehme und v.a. lehrreiche Jahr zu bedanken.

Die Aufsichtsarbeiten habe ich im Rahmen meines Freiversuchs im August 2007 angefertigt und dabei einen Schnitt von 10,75 Punkten erzielt. Schließlich ist es mir in der mündlichen Prüfung am 8. Februar 2008 noch gelungen, mich auf 11,5 Punkte und damit die Note "gut" zu verbessern.

Ohne jemanden hervorheben zu wollen, kann ich wohl sagen, dass meine Kenntnisse - verglichen mit dem Stand vor Beginn des Jahreskurses - die erheblichsten Fortschritte im Zivilrecht gemacht haben. Dies hat sich darin niedergeschlagen, dass keine der drei Klausuren im Zivilrecht mit weniger als zehn Punkten bewertet wurde, worüber ich mich besonders gefreut habe. Die beste Einzelnote hatte ich dann aber doch im Strafrecht mit 14,5 Punkten in der Klausur und 15 Punkten in der mündlichen Prüfung. Gerne denke ich auch an Deinen überaus anschaulichen Unterricht, Thomas, mit dessen Hilfe sich viele Themen leicht einprägen ließen.

Hoffentlich sehen wir uns irgendwann einmal wieder. Ich bin mir sicher, dass ich mich in meinem späteren - wohin auch immer führenden - Berufsleben an zahlreiche Eurer Beispiele aus dem Jahreskurs 2006/2007 mit einem Lächeln erinnern werde.

Mit freundlichen Grüßen,

Christian K.

Verfahrensgrundsatz, der für jedes gerichtliche Verfahren gilt. Soweit juristische Personen des öffentlichen Rechts in einem fachgerichtlichen Verfahren beteiligtenfähig sind, sind sie hinsichtlich eines (möglichen) Verstoßes gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdefähig (vgl. BVerfGE 61, 82 [104] = NJW 82, 2173 = NVwZ 82, 554 m.w.N.; BVerfGE 75, 192 [200] = NVwZ 87, 879).

Gleiches gilt jedoch nicht auch für das in Art. 3 I GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot: Zwar beansprucht auch dieses Geltung für die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus; jedoch handelt es sich insoweit um einen Rechtsgrundsatz, der schon aus dem Wesen des Rechtsstaates folgt, ohne dass es der Konstruktion eines entsprechenden Grundrechts einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bedarf (vgl. BVerfGE 21, 362 [372] = NJW 67, 1411).

Gericht: BGH	Pressefreiheit schützt nicht „belanglose“ Promi-Fotos	GG
Aktenzeichen: VI ZR 243/06		Art. 5 I, 2 I
Datum: 01.07.2008		

	Prominente aus dem TV-Bereich (hier: Sabine Christiansen) müssen keine Fotos in Zeitschriften dulden, die sie in völlig belanglosen Situationen, wie beispielsweise beim Einkaufen, zeigen. Eine solche Berichterstattung, die nur der Befriedigung des Unterhaltungsinteresses bestimmter Leser dient, rechtfertigt es bei der gebotenen Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit nicht, in das Recht der Klägerin am eigenen Bild einzugreifen.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin ist eine bekannte deutsche Fernsehjournalistin. Die Beklagte veröffentlichte in der von ihr verlegten Zeitschrift „Bild der Frau“ ein Foto, das die Klägerin mit ihrer Putzfrau beim Einkaufen auf Mallorca zeigte. Der Beitrag befand sich auf einer bebilderten Seite mit der Überschrift „Was jetzt los ist auf Mallorca“. In dem kurzen Text hieß es: „ARD-Talkerin ... beim Shopping mit ihrer Putzfrau im Fischerdorf Puerto Andratx. Ihre Finca liegt romantisch zwischen Mandelbäumen am Rande von Andratx.“

Der Antrag der Klägerin auf Unterlassung der Veröffentlichung des Bildes hatte in allen Instanzen Erfolg.

Lösung:

Die Veröffentlichung des Bildes durch die Beklagte stellt eine Verletzung des durch das GG geschützte Persönlichkeitsrecht der Klägerin dar.

Das Bild zeigt - worauf der Begleittext selbst hinweist - die Klägerin in einer völlig belanglosen Situation. Der Nachrichtenwert der Berichterstattung hat keinerlei Orientierungsfunktion im Hinblick auf eine die Allgemeinheit interessierende Sachdebatte. Eine solche Berichterstattung, die nur der Befriedigung des Unterhaltungsinteresses bestimmter Leser dient, rechtfertigt es bei der gebotenen Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit nicht, in das Recht der Klägerin am eigenen Bild einzugreifen.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG NRW	Klagerücknahme / Widerruf einer Prozesserkklärung	VwGO
Aktenzeichen: 1 A 1995/06		§§ 92 I, 104,
Datum: 13.08.2007		105

	Die Erklärung der Klagerücknahme ist auch dann unwiderruflich, wenn der Bekl. seine erforderliche Einwilligung noch nicht erteilt hat bzw. die Einwilligungsfiktion noch nicht eingetreten ist. Die Fiktion der Einwilligung in die Klagerücknahme tritt unter den weiteren Voraussetzungen des § 92 I 3 VwGO auch dann ein, wenn die Klagerücknahme zu Protokoll der mündlichen Verhandlung erklärt wird und dem Bekl. dieses Protokoll zugestellt wird.
---	--

Sachverhalt: Der Kl. erklärte in der öffentlichen Sitzung vor dem VG am 16.12.2005 nach Antragstellung, dem Schließen der mündlichen Verhandlung und (klageabweisender) Urteilsverkündung zu Protokoll des Gerichts, er wolle das Klageverfahren nicht fortführen, d.h. er nehme die Klage zurück und verzichte auf die Auszahlung der beantragten Leistungen unter Protest. Daraufhin verkündete das VG den Beschluss, das soeben verkündete Urteil sei unwirksam und das Verfahren werde auf Kosten des Kl. eingestellt. Das Protokoll der mündlichen Verhandlung wurde dem Bekl. am 23.12.2005 mit dem gerichtlichen Hinweis zugestellt, die Einwilligung zur Klagerücknahme

gelte als, wenn ihr nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Verhandlungsprotokolls widersprochen werde. Mit am 20.12.2005 bei dem VG eingegangenen Schriftsatz beantragte der Kl., das Verfahren neu aufzurollen. Der beantragte am 10.01.2006, diesen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen. Das VG stellte nach Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung durch Urteil fest, dass das Verfahren durch Klagerücknahme beendet ist. Das OVG wies die Berufung zurück.

Lösung:

I. Nach § 92 I 1 VwGO kann der Kl. bis zur Rechtskraft des Urteils seine Klage zurücknehmen. Das im Anschluss an die mündliche Verhandlung am 16.12.2005 vor dem VG verkündete Urteil war nicht rechtskräftig (vgl. § 58 II 1 VwGO). Eine auf eine Klagerücknahme gerichtete Erklärung des Kl. lag vor. Seine Erklärung zu Protokoll des VG ist in ihrem Aussagegehalt eindeutig und lässt kein anderes Verständnis zu, als dass die Rücknahme der Klage erklärt werden sollte.

Dies folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut: „Ich will das Klageverfahren nicht fortführen, d.h. ich nehme die Klage zurück“.

1. Der – überdies anwaltlich vertretene – Kl. muss sich an dieser Äußerung – so wie sie protokolliert worden ist – festhalten lassen; das Protokoll gibt hierfür vollständigen Beweis ab (vgl. § 105 VwGO, §§ 165, 160 III Nr. 8 ZPO). Die Rücknahmeerklärung erfolgte auch nicht unter einer (unzulässigen) Bedingung, die ggf. zu ihrer Unwirksamkeit führen würde. Vielmehr hat der Kl. ohne jede Einschränkung erklärt, dass er die Klage zurücknehme.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass er die Klage nur „unter Protest“ zurückgenommen haben will.

Aus welcher Motivation heraus er seine Klage jedoch zurücknimmt – offenbar weil er trotz abweichender rechtlicher Auffassung aktuell keinen (wirtschaftlichen) Sinn mehr in der Fortführung des „Verfahrens sieht-, ist für die Wirksamkeit einer Rücknahmeerklärung ohne Belang.

Die Erklärung der Rücknahme zu Protokoll des Gericht nach dem Schließen der mündlichen Verhandlung (vgl. § 104 III 1 VwGO) ist (form)wirksam. Sie konnte wirksam in das Protokoll aufgenommen werden (§ 105 VwGO i.V.m. §§ 159-165 ZPO). Im Protokoll ist die Zurücknahme der Klage festzustellen (§ 160 III Nr. 8 ZPO). Diese Erklärung ist entsprechend §§ 162 I 1, 160 III Nr. 8 ZPO dem Kl. vorgelesen worden; dieser hat die Genehmigung erteilt (§ 162 I 3 ZPO). Der Wirksamkeit der Erklärung zu Protokoll steht nicht entgegen, dass das VG die mündliche Verhandlung bereits geschlossen hatte. Das Protokoll über die Verhandlung wird gleichwohl weitergeführt. Dies ergibt sich zwingend aus § 162 III Nr. 6 und 7 ZPO, wonach die Entscheidung des Gerichts und deren Verkündung festzuhalten ist, aber auch aus § 162 III Nr. 9 ZPO, wonach der Verzicht auf Rechtsmittel festzustellen ist. All diese zu protokollierenden Förmlichkeiten erfolgen regelmäßig erst, nachdem die mündliche Verhandlung – im engeren Sinne – geschlossen worden ist.

2. Der Kl. kann seine Rücknahmeerklärung nicht mit Erfolg anfechten, auch wenn zu seinen Gunsten davon ausgegangen wird, dass er mit seinen bisherigen Erklärung zumindest hilfsweise eine solche Anfechtungserklärung hat abgeben wollen. Die Grundsätze des materiellen Rechts über die Anfechtung wegen Irrtums und anderer Willensmängel (vgl. §§ 119 ff. BGB) sind auf Prozesshandlungen wegen der prozessualen Gestaltungswirkung der Rücknahmeerklärung und zum Schutz der Verfahrenslage vor Unsicherheit nicht anwendbar (vgl. hierzu BVerwG NVwZ 06, 834; BVerwGE 57, 342).

3. Auch ein Widerruf, der ggf. in den mit Schriftsatz vom 20.12.2005 erfolgten Ausführungen erblickt werden könne, scheidet aus. In der Rspr. ist zwar anerkannt, dass Prozesshandlungen, und somit auch die Klagerücknahme, unter bestimmten Umständen widerrufen werden können. Ein solcher Widerruf kommt einmal in betracht, wenn ein Wiederaufnahmegrund entsprechend den Wiederaufnahmetatbeständen der Zivilprozessordnung vorliegt (vgl. BVerwG aaO; NVwZ-RR 99, 407; NVwZ 97,1210). Solche Anhaltspunkte für einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 ZPO bzw. für einen Restitutionsgrund i.S. des § 580 ZPO sind allerdings nicht ersichtlich; auch der Kl. hat, sich hierauf nicht berufen.

Ein Widerruf kommt ferner dann in Betracht, wenn es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar wäre, einen Beteiligten an einer Prozesshandlung festzuhalten. Dabei kann eine Rolle spielen, ob der Beteiligte durch

eine richtige richterliche Belehrung oder Empfehlung zu einer bestimmten prozessualen Erklärung bewogen worden ist (vgl. BVerwG aaO). Auch diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das VG hat den Kl. zu keiner auf eine Klagerücknahme gerichteten Erklärung angehalten. Vielmehr hat es der Kl. – selbst in Kenntnis des verkündeten Urteilstenors – vorgezogen, den Streitstoff einer streitigen, mit Rechtsmitteln überprüfbaren Entscheidung durch das VG zu entziehen. Eine aus Sicht des Kl. falsche rechtliche Behandlung der Sache durch das Gericht reicht nicht aus, um den dargelegten Voraussetzungen für einen Widerruf zu genügen. Um sich gegen eine – vermeintliche – Unrichtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu wehren, hätte der Kl. nicht die Klage zurücknehmen dürfen, sondern Rechtsmittel einlegen müssen.

4. Der Kl. war an seine Erklärung der Klagerücknahme gebunden, solange die nach § 92 I 2 VwGO erforderliche Einwilligung des Bekl. noch nicht versagt war. Auch während des sich hieraus ergebenden Schwebezustands kann die Klagerücknahmeerklärung nicht wirksam widerrufen werden. Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit einer Prozessklärung gilt auch in den Fällen des § 92 I 3 VwGO, in denen nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung die Einwilligung des Bekl. zur Klagerücknahme erforderlich, aber noch nicht erfolgt ist. Die erforderliche Einwilligung dient ausschließlich dem Interesse des Bekl. an einer gerichtlichen Entscheidung bei einem bereits weit fortgeschrittenen Prozessstadium: Die Rücknahmemöglichkeit ist gesetzlich eingeschränkt; der Kl. soll sich dem abweisenden Urteil nur mit Einwilligung des Bekl. entziehen können. Die Vorschrift dient mithin dem Schutz des Bekl. und nicht dem Schutz des Kl.. Die Rechte des Kl. sind daher unabhängig davon, ob eine Einwilligung des Bekl. erforderlich ist oder nicht, dieselben.

5. Die nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung notwendige Einwilligung des Bekl. (vgl. § 92 I 2 VwGO) fehlte zunächst. Sie ist jedoch – spätestens – konkludent mit Schriftsatz des Bekl. vom 10.01.2006 erfolgt. Hierin hat dieser beantragt, den Antrag des Kl. auf Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen, und sich zur Begründung darauf berufen, dass er, der Bekl., der Rücknahme nicht innerhalb der in § 92 I 3 VwGO genannten Frist widersprochen habe. Es ist unerheblich, dass der Bekl. davon ausgegangen ist, dass bereits die Einwilligungsfiktion zum Tragen gekommen ist. Er hat hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er mit der erklärten Klagerücknahme einverstanden ist. Die rechtzeitig – nämlich vor Rechtskraft des verkündeten Urteils – erklärte Einwilligung wirkt entsprechend § 184 I BGB auf den Zeitpunkt der Erklärung der Klagerücknahme zurück.

6. Einer dermaßen – konkludent – erteilten Einwilligung steht nicht der Umstand entgegen, dass der – im Zeitpunkt der Abgabe der Rücknahmeerklärung anwesend – Bekl. nicht unmittelbar im Termin der mündlichen Verhandlung seine Einwilligung erklärt hat. § 92 I 2 VwGO stellt nach seinem Wortlaut ein solches Erfordernis nicht auf.

7. Nichts anderes ergibt sich aus dem vom Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in den Vordergrund der rechtlichen Betrachtung gestellten § 147 I 1 BGB, wonach der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann. Die Rücknahmeerklärung ist kein auf einen Vertragsschluss gerichteter Antrag und mit einem solchen auch nicht vergleichbar; sie ist vielmehr ein prozessuale Gestaltungserklärung, die gegenüber dem Gericht abzugeben ist und auf die sich die Grundsätze des materiellen Rechts nicht übertragen lassen.

8. Keine andere Betrachtung ist angesichts der vom Kl. thematisierten Verfahrensverzögerung angezeigt, welcher der Gesetzgeber durch die Einfügung eines Satzes 3 in § 92 I VwGO durch Art. 6 Nr. 2 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes (BGBl. 04,2198) m.W.v. 01.09.2004 habe entgegengetreten wollen. Es trifft zwar zu, dass es Motivation des Gesetzgebers war, vergleichbar mit § 269 II ZPO durch die Einwilligungsfiktion Rückfragen beim Bekl. zu erübrigen und eine raschere Einstellung nach Klagerücknahme zu ermöglichen (BT-Dr. 15/3482, S. 23). Die Einfügung des Satzes 3 lässt im vorliegenden Zusammenhang jedoch keine Rückschlüsse auf die hier zu behandelnde Frage zu, bis zu welchem Zeitpunkt die nach dem unverändert gebliebenen Satz 2 des § 92 I VwGO erforderliche Einwilligung hinsichtlich der eine Motivation des Gesetzgebers zur Einbeziehung in die Beschleunigungsüberlegungen gerade nicht festgestellt werden kann – erklärt werden kann. Auch trifft § 92 I 3 VwGO nach seinem Wortlaut weder eine Aussage zu Verfahrensabläufen in der mündlichen Verhandlung noch zu solchen in ihrem unmittelbaren Anschluss.

II. Unabhängig hiervon galt die Einwilligung auch gem. § 92 I 3 VwGO als erteilt, weil der Bekl. der Klagerücknahme nicht innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung der Niederschrift über die mündliche Verhandlung, die den gem. § 92 I 3 Hs. 2 VwGO erforderlichen Hinweis des Gerichts auf die Einwilligungsfiktion enthielt, widersprochen hat.

Die Erklärung der Klagerücknahme zur Niederschrift der mündliche Verhandlung steht deren schriftsätzlicher Erklärung gleich (vgl. Clausing, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 92 Rn 30a). § 92 I 3 VwGO ist auf einen solchen Fall entsprechend anzuwenden. Die im Termin zur mündlichen Verhandlung Bedeutsamkeit erlangenden Protokollvorschriften dienen ersichtlich dem Zweck, mündliche Erklärung der Prozessbeteiligten in einer formalisierten Weise festzuhalten, die außerhalb der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich vorgenommen worden wären.

Dementsprechend kann es keinen Unterschied machen, ob der Kl. nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich die Klagerücknahme gegenüber dem Gericht erklärt und das Gericht diesen Schriftsatz mit dem nach § 92 I 3 VwGO erforderlichen Hinweis an den Bekl. zustellt oder eine dieser schriftsätzlichen Erklärung dementsprechend an den Bekl. übermittelt. § 92 I 2 VwGO trägt allein dem aner kennenswerten Interesse des Bekl. an einer streitigen Entscheidung Rechnung; nur um unter prozessökonomischen Gesichtspunkten Verzögerungen zu vermeiden, die aus einer schlichten Nichtabgabe einer Einwilligungserklärung resultieren und das Gericht zur erneuten Durchführung einer mündlichen Verhandlung zwingen, ergänzt Satz 3 dieses Regelungsgefüge um eine Einwilligungsfiktion.

Dem Interesse des Bekl. wird durch die Zustellung der zu Protokoll gegebenen Rücknahmeerklärung Rechnung getragen; will er den Eintritt der Fiktion – auf deren Eintritt er hinzuweisen ist – verhindern, muss er dieser Erklärung widersprechen. Ein aus der Interessenlage des Bekl., auf die es vorliegend allein ankommt, heraus begründeter beachtlicher Unterschied zwischen schriftsätzlicher und im Protokoll festgehaltener Erklärung besteht nicht.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG Rh-Pf.	Antrag auf Berufungszulassung / Wahrung der Rechtsmittelfrist	VwGO
Aktenzeichen: 10 A 10735/07		§§ 124a
Datum: 22.10.2007		

	Der Antrag auf Zulassung der Berufung wahrt nicht die Rechtsmittelfrist, wenn die Antragschrift willentlich an das OVG adressiert ist, aber dennoch bei dem Faxgerät des VerwG eingeht.
---	--

Das in solchen Fällen die in dem Schriftsatz angegebene Adresse für die Fristwahrung maßgeblich ist, ist ganz h.M. So hat etwa der BGH in einem vergleichbaren Fall der unrichtig adressierten Berufungsbegründung an eine Anwaltskanzlei (NJW 90, 2822) ausgeführt:

Fristwährend wirkt hier nicht der Eingang bei Justizbehörden im Allgemeinen oder bei einem beliebigen Gericht, sondern nur derjenige beim Berufungsgericht. Dorthin ist die Begründung einzureichen (§ 519 ZPO). Die Kl. haben ihren Schriftsatz nicht beim OLG abgegeben, sondern in den Fristenkasten geworfen, der für das LG und das OLG gemeinsam besteht. Der Einwurf in eine solche gemeinsame kann nicht die Verfügungsgewalt aller angeschlossenen Gerichte begründen und soll es auch nicht. Stattdessen entspricht es dem Zweck der Einrichtung und gleichermaßen der Absicht jeder Prozesspartei, Schriftsätze lediglich dem Gericht zukommen zu lassen, für das sie gedacht sind. Davon ausgehend entscheidet der BGH in gefestigter Rspr., dass ein Schriftsatz, der bei einer gemeinsamen Eingangsstelle eingriff, nur bei demjenigen Gericht eingegangen ist, an das er gerichtet ist. Irrt sich eine Partei und adressiert an das falsche Gericht, so geht der Schriftsatz bei diesem unzuständigen Gericht ein und kann, wenn er nicht rechtzeitig in die Verfügungsgewalt des zuständigen Gerichts kommt, eine ablaufende Frist nicht wahren (vgl. BGH NJW 83, 123; VersR 88, 251). In gleicher Weise ist die fristwahrende Wirkung der von der Kl. vorgelegten Berufungsbegründung zu beurteilen. Wenn die unzutreffende Bezeichnung eines Gerichts den eigentlich angestrebten Eingang verhindert, kann auch die versehentliche Adressierung an eine andere Anwaltskanzlei keine andere Folge nach sich ziehen.

Die dogmatische Herleitung dieser gefestigten Rspr. ergibt sich aus dem Umstand, dass die Stellung eines Antrags, eines Klageantrags oder wie hier eines Zulassungsantrags, eine Prozesshandlung ist, die von einem dementsprechenden Willen bei der Erklärung getragen sein muss (so bereits: OVG Rh-Pf NJW 81, 1005, bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 03.06.1981 – 2 CB 56/80 – juris). Daraus oder auch eigenständig aus dem Umstand

der Adressierung wird dann abgeleitet, dass nur das Gericht die – für die Antragstellung erforderliche – Verfügungsmacht über den fristwahrenden Schriftsatz erhält, dessen Adresse der Schriftsatz auch trägt. Ungeachtet dieser teilweise unterschiedlichen Begründung, findet das Ergebnis, dass durch die Einreichung eines eindeutig irrtümlich an ein unzuständiges Gericht adressierten Schriftsatzes keine Klage-, Antrags- oder Beschwerdefrist gewahrt wird, allgemeine Zustimmung (Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/ von Albedyll, VwGO, 3. Aufl., § 124a Rn 70 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 233 Rn 22 m.w.N.).

Gericht: BVerfG	Kein vorläufiger Rechtsschutz gegen HessNRSg	BVerfGG
Aktenzeichen: 1 BvR 2822/07		§ 32 I
Datum: 14.01.2008		

	Ein Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz gegen das Hessische Nichtraucherschutzgesetz besteht nicht.
---	--

Ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung bleibt das Hessische Nichtraucherschutzgesetz bis zur abschließenden Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde anwendbar, so dass es dem Bf., falls seine Verfassungsbeschwerde Erfolg hat, im Ergebnis zu Unrecht zeitweilig verwehrt wäre, während seines Aufenthalts in den § 1 des Gesetzes aufgeführten Räumlichkeiten, insbesondere in Gaststätten, zu rauchen. Soweit davon auszugehen ist, dass die vom Bf. – allerdings nur zum Teil – in zulässiger Weise angegriffenen Vorschriften des Gesetzes auch Dritte, etwa Gastwirte, unmittelbar oder mittelbar betreffen, ist nach den Ausführungen des Bf. denkbar, dass diese in diesem Zeitraum Umsatzrückgänge erleiden werden. Bei Erlass der Anordnung und damit der zeitweiligen Wiedereinführung einer Erlaubnis, an den genannten Orten zu rauchen, würde dagegen der vom Gesetz eher verfolgte Zweck, die in diesen Räumlichkeiten anwesenden Nichtraucher vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens zu schützen, bis zur abschließenden Entscheidung vereitelt. Diejenigen Nichtraucher, die gegenwärtig von der Möglichkeit Gebrauch machen können, ohne Gefährdung ihrer Gesundheit durch den Besuch von Gaststätten am sozialen Leben teilzunehmen, würden diese Entfaltungsmöglichkeit verlieren. Ferner würden Investitionsentscheidungen derjenigen Gastwirte, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Rauchverbots ihr Angebot den neuen Verhältnissen angepasst, etwa Nebenräume i.S. des § 2 IV des Gesetzes geschaffen haben, zeitweilig entwertet.

Arbeitsrecht

Vor allem für Referendare:

Gericht: BAG	KSchG: Beweislast für Anwendbarkeit trägt Arbeitnehmer	BGB
Aktenzeichen: 2 AZR 264/07		§ 812
Datum: 26.06.2008		

	Will ein Arbeitnehmer im Prozess geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, so muss er darlegen und beweisen, dass die für die Anwendbarkeit des KSchG erforderliche Beschäftigtenzahl von mehr als zehn Arbeitnehmern erreicht ist. An den diesbezüglichen Tatsachenvortrag des Arbeitnehmers dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Bleibt aber auch nach der Beweiserhebung unklar, ob die erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, so geht dieser Zweifel zu Lasten des Arbeitnehmers.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin war bei der Beklagten seit 2004 als Außendienstmitarbeiterin beschäftigt. Mit Schreiben vom 26.04.2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2005. Die Klägerin erhob daraufhin Klage und begehrte die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Die Beklagte habe im Kündigungszeitpunkt in der Regel 14 Arbeitnehmer beschäftigt, so dass das KSchG anwendbar sei. Ein Kündigungsgrund sei nicht gegeben. Die Beklagte machte dagegen geltend, dass sie im

Kündigungzeitpunkt nur sieben Arbeitnehmer beschäftigt habe. Die von der Klägerin benannten weiteren Personen seien teils als freie Mitarbeiter, teils gar nicht bei ihr beschäftigt gewesen. ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob das BAG die Vorentscheidungen auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

Lösung:

Es kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob im Streitfall das KSchG anwendbar ist und die Kündigung der Beklagten deshalb einer sozialen Rechtfertigung bedurfte.

Nach § 23 Abs. 1 KSchG bedürfen ordentliche Kündigungen in Kleinbetrieben mit in der Regel zehn oder weniger Beschäftigten keiner sozialen Rechtfertigung. Ob die erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, muss auch nach der zum 01.01.2004 vom Gesetzgeber eingeführten Erhöhung der für Kleinbetriebe maßgeblichen Höchstbeschäftigtenzahl der Arbeitnehmer darlegen. Er genügt seiner Darlegungslast allerdings bereits dann, wenn er die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vorträgt, dass kein Kleinbetrieb vorliegt.

Der Arbeitgeber muss sich daraufhin vollständig zur Anzahl der Beschäftigten erklären. Bleibt auch nach Beweiserhebung unklar, ob die erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, geht dieser Zweifel zu Lasten des Arbeitnehmers.

Nach diesen Grundsätzen hat das LAG im Streitfall zu hohe Anforderungen an den erforderlichen Tatsachenvortrag der Klägerin gestellt. Deshalb musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen werden.

Gericht: BAG	Änderungskündigung ist auf erforderliche Anpassungen beschränkt	KSchG § 2
Aktenzeichen: 2 AZR 147/07		
Datum: 26.06.2008		

	Arbeitgeber dürfen Änderungskündigungen wegen Wegfalls des bisherigen Arbeitsplatzes nicht dazu nutzen, um über die unbedingt erforderlichen Anpassungen hinaus weitere nicht notwendige Änderungen vorzunehmen. Daher ist beispielsweise die Änderungskündigung gegenüber einem Hausmeister unwirksam, wenn sie nicht nur die Zuweisung eines neuen Arbeitsplatzes, sondern auch - erstmalig - die Pflicht zum Bezug einer Dienstwohnung vorsieht.
---	---

Sachverhalt: Der Kläger war bei der beklagten Kirchengemeinde als Hausmeister beschäftigt. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren BAT-KF ist der Kläger ordentlich unkündbar. Er war zuletzt als Hausmeister eines von der Beklagten getragenen Gemeindehauses beschäftigt. Da dieses zum 01.10.2006 geschlossen werden sollte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger und bot ihm zugleich die Stelle eines Hausmeisters und Küsters in ihrer Gemeindekirche an. Dieses Änderungsangebot stand allerdings unter dem Vorbehalt des Bezugs der Küsterwohnung.

Der Kläger nahm das Änderungsangebot nicht – auch nicht unter Vorbehalt - an und begehrte mit seiner Klage die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden ist. Das Änderungsangebot sei insoweit unangemessen, als es den Bezug der Küsterwohnung verlange. Er könne die Tätigkeit ohne Weiteres von seiner bisherigen Wohnung aus verrichten. Dies habe auch in der Vergangenheit zu keinerlei Problemen geführt. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Lösung:

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht wirksam gekündigt.

Eine Änderungskündigung wegen Wegfalls des bisherigen Arbeitsplatzes ist unwirksam, wenn der Arbeitgeber die an sich notwendigen Anpassungen nicht auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt, sondern darüber hinausgehende nicht notwendige Änderungen vornehmen will.

Im Streitfall bestand keine zwingende Notwendigkeit, das Änderungsangebot vom Bezug der Dienstwohnung abhängig zu machen. Schließlich hat der Kläger bereits bei seiner vorherigen Hausmeister-Tätigkeit für die Beklagte unter Beweis gestellt, dass er die Arbeit auch von seiner unweit der Gemeindekirche gelegenen Privatwohnung aus beanstandungslos verrichten kann. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Küsterordnung der evangelischen Kirche. Diese sieht ebenfalls nicht zwingend vor, dass der Küster in unmittelbarer Nähe der Kirche wohnen muss.

Gericht: BAG	Tarifliche Altersgrenze von 65 Jahren zulässig	TzBfG
Aktenzeichen: 7 AZR 116/07		§ 14 I
Datum: 18.06.2008		

	Eine tarifliche Regelung, wonach das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahrs endet, ist grundsätzlich zulässig. Hierin liegt insbesondere kein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Die Ungleichbehandlung ist aufgrund der hiermit verfolgten beschäftigungspolitischen Ziele gerechtfertigt. Dies hat das BAG zu einer vor Inkrafttreten des AGG vereinbarten tariflichen Altersgrenze entschieden.
---	---

Sachverhalt: Die 1940 geborene Klägerin war seit 1975 bei der Beklagten als Reinigungskraft beschäftigt. Nach dem allgemeinverbindlichen Rahmentarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk endet das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahrs. Die Beklagte teilte der Klägerin unter Berufung auf diese Tarifbestimmung mit, dass das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2005 ende.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Die tarifliche Altersgrenze verstoße gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Lösung:

Das Arbeitsverhältnis ist mit Erreichen der tariflichen Altersgrenze beendet worden. Die tarifliche Altersgrenze ist zulässig. Die hierin liegende Befristung des Arbeitsverhältnisses ist durch einen sachlichen Grund im Sinn von § 14 Abs.1 TzBfG gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer – wie hier - aufgrund der Beschäftigung eine gesetzliche Altersrente erwerben kann.

Im Streitfall liegt auch kein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und die Vorgaben aus der Richtlinie 2000/78/EG vor. Die Ungleichbehandlung von älteren Arbeitnehmern gegenüber jüngeren ist durch legitime arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Ziele im Sinn von Art. 6 Abs.1 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt.

Anwaltspraxis

BM Justiz	RechtsdienstleistungsG / G zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren	BGB
Pressemitteilung		§ 812
Inkrafttretung: 01.07.2008		

	Am 01.07.2008 treten für Rechtsanwälte wichtige Änderungen in Kraft: So wird mit dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) die Rechtsberatung neu geordnet. Es löst das geltende Rechtsberatungsgesetz aus dem Jahr 1935 ab. Außerdem steht das Gesetz zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren in den Startlöchern. Das BVerfG hatte am 12.12.2006 entschieden, dass das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren (§ 49b Abs.2 der BRAO) teilweise verfassungswidrig ist.
---	---

Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG):

Das Gesetz regelt die Befugnis, außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Es dient außerdem dazu, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Die echte Rechtsanwendung bleibt grundsätzlich Anwälten vorbehalten. Dazu zählt jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erfordert. Andere Arbeiten wie Wiedergabe oder schematisches Anwenden von Normen sind keine Rechtsdienstleistungen in diesem Sinn.

Wenn es sich um Nebenleistungen handelt, dürfen in bestimmten Fällen Rechtsdienstleistungen auch von Nicht-Anwälten erbracht werden. Architekten können beispielsweise dann auch zum Baurecht beraten. Außerdem werden unter bestimmten Voraussetzungen unentgeltliche Rechtsdienstleistungen ausdrücklich erlaubt. Das ist vor allem für das Angebot karitativer und sozialer Einrichtungen wichtig.

Das RDG verfügt über folgende Eckpunkte:

1. Das RDG führt keine umfassende Rechtsdienstleistungsbefugnis unterhalb der Rechtsanwaltschaft ein.

2. Das RDG gilt nur für den außergerichtlichen Bereich und reglementiert nur noch Fälle echter Rechtsanwendung.
3. Das RDG erlaubt allen Berufsgruppen Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen.
4. Das RDG erlaubt unentgeltliche Rechtsdienstleistungen.
5. Das RDG ermöglicht allen Vereinen die rechtliche Beratung ihrer Mitglieder.
6. Das RDG reglementiert nur das Forderungsinkasso und nicht den Forderungskauf.
7. Die Regelungen über die Prozessvertretung vor Gericht werden in allen Verfahrensordnungen aneinander angeglichen.

Gesetz zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren:

Rechtsanwalt und Mandant können künftig im Einzelfall eine erfolgsbasierte Vergütung vereinbaren. Voraussetzung ist, dass der Mandant aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars vernünftigerweise von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Ein solcher Fall kann etwa vorliegen, wenn eine Partei einen wertvollen, aber sehr unsicheren Wiedergutmachungsanspruch geltend machen will und die Anwaltskosten hierfür nicht aufbringen kann.

Das neue Recht ermöglicht es den Vertragsparteien, mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars auf der Grundlage individueller und subjektiver Nutzen-Risiko-Erwägungen den Umständen der konkreten Rechtsangelegenheit Rechnung zu tragen. Die Beteiligten erhalten genügend Spielraum, um bei ihrer Entscheidung über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars das Gewicht des Kostenrisikos im Einzelfall sowie die Vermögensverhältnisse des Rechtssuchenden zu berücksichtigen.

Die Neuregelung folgt einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 (Az.:1 BvR 2576/04), wonach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars jedenfalls möglich sein muss, wenn besondere Umstände in der Person des Mandanten vorliegen, die diesen ohne Erfolgshonorar davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen.

Die bedingte Zulassung von Erfolgshonoraren ist an Aufklärungs- und Hinweispflichten zum Schutz der Rechtsuchenden gebunden. So ist der Rechtsanwalt insbesondere verpflichtet, in der Honorarvereinbarung die Vergütung anzugeben, die er ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars verlangen könnte.

Näheres auf der Seite des BMJ.

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.