

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe August/09
2. 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. 09.07.2008 – XII ZR 6/07 – Ehevertrag: Nichtigkeit bei Ausschluss des Versorgungsausgleichs	S. 3
BGH, Urt. v. 06.08.2008 – XII ZR 67/06 – Mietvertrag: Nachträgliche Anfechtung und ex tunc-Wirkung	S. 7
BGH, Urt. v. 21.10.2008 – XI ZR 466/07 – Mahnbescheid: Zur Verjährungshemmung bei Einzelforderungen	S. 10
BGH, Urt. v. 21.01.2009 – XI ZR 266/07 – Betriebskostenabrechnung: Zugang innerhalb der Jahresfrist nötig	S. 11
BGH, Urt. v. 23.09.2008 – Kreditfinanzierte Kapitalanlage: Zur Zurechnung der Haustürsituation	S. 14
BGH, Urt. v. 14.01.2009 – VIII ZR 71/08 – Schönheitsreparaturklausel und Endrenovierungsvereinbarung	S. 15
BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII 70/08 – Vorlagebeschluss an EuGH: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	S. 16

Strafrecht

BVerfG, Beschl. v. 28.07.2008 – 2 BvR 784/08 – Verwertungsverbot bei polizeilicher Anordnung einer Blutprobe?	S. 17
BM Justiz: Verständigung im Strafverfahren - Gesetzgebungsvorhaben	S. 22

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 07.07.2008 – 6 B 14/08 – Adressat der Rechtsbehelfsbelehrung	S. 24
OLG Celle, Urt. v. 19.06.2007 – 16 U 2/07 – „Virtueller“ Pranger im Internet	S. 26
Hess VGH, Urt. v. 17.04.2008 – 8 UE 1263/07 – „Privatisierung“ von Weihnachtsmärkten	S. 28

Arbeitsrecht

EuGH, Urt. v. 20.01.2009 – Wegen Krankheit nicht genommener Jahresurlaub ist abzugelten	S. 29
BAG, Urt. v. 14.01.2009 – 3 AZR 900/07 – Zur Wirksamkeit von Rückzahlungsklauseln bzgl. Fortbildungskosten	S. 30
OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.12.2008 – OVG 1 B 13.08 – Post-Mindestlohnverordnung ist rechtswidrig	S. 31
Hess LAG, Urt. v. 20.08.2008 – 20 TaBV 244/07 – Betriebsratsanhörung bei Kündigung eines Betriebsratsmitglieds	S. 32

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH, Urt. v. 24.09.2008 – VIII ZR 192/06 – Haftung bei sukzessiver Übernahme des Unternehmens	S. 33
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Examensreport von *Jura Intensiv*

2. Examen, Termin Januar 2009, Arbeitsrecht und Strafrecht	S. 34
------------------------------------------------------------	-------

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei **SJ Berwin LLP** sucht Referendare für ihre Practice Groups (Anzeige auf S. 2).
- Für den Law Event bei der Kanzlei **Taylor Wessing LLP** endet die Bewerbungsfrist am 15.2.2009 (Anzeige auf S. 25).
- Die **Hansa Capital GmbH & Co. KG** bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 12).

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmer von Jura Intensiv,

wir möchten Sie besonders auf die folgenden Urteile in der aktuellen Ausgabe hinweisen:

Aus dem Bereich des Zivilrechts erscheint uns das BGH-Urteil zur nachträglichen ex-tunc-Anfechtbarkeit eines Mietvertrags als besonders interessant, gerade wegen des Vergleichs und der Unterschiede zum Arbeits- und zum Gesellschaftsvertrag (S. 7 ff.). Das BVerfG hat sich zum Problem des strafprozessualen Beweisverwertungsverbots geäußert (S. 17 ff.). Im Bereich des Arbeitsrechts hat der EuGH eine ständige deutsche Rechtspraxis im Bereich der Urlaubsabgeltung gekippt (S. 29 f.).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeigen der Kanzleien **SJ Berwin LLP** und **Taylor Wessing LLP**.

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

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

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

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.

Individual?



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	Ehevertrag: Nichtigkeit bei Ausschluss des Versorgungsausgleichs	BGB § 138 I
Aktenzeichen: XII ZR 6/07		
Datum: 09.07.2008		

	<p>1. Ein im Ehevertrag kompensationslos vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 I BGB nichtig, wenn die Ehegatten bei Abschluss des Vertrags bewusst in Kauf nehmen, dass die Ehefrau wegen Kindesbetreuung alsbald aus dem Berufsleben ausscheiden und bis auf Weiteres keine eigenen Versorgungsansprüche (abgesehen von Kindererziehungszeiten) erwerben wird.</p> <p>2. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann in solchen Fällen zur Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags führen, wenn die Ehefrau bei seinem Abschluss im neunten Monat schwanger ist und ihr der Vertragsentwurf erstmals in der notariellen Verhandlung bekannt gegeben wird.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Die am 19. 10. 1984 geschlossene Ehe der Parteien, aus der die Töchter I (geb. 3. 11. 1984), M (geb. am 28. 2. 1986) und C (geb. am 30. 7. 1993) hervorgegangen sind, wurde durch Urteil des AG - FamG - vom 15. 2. 2006 geschieden (insoweit rechtskräftig seit 11. 7. 2006). Die noch minderjährige Tochter C wird seit der Trennung der Parteien (nach den Feststellungen des AG: am 1. 9. 2002) von der Ast. betreut. Die Parteien streiten über schuldrechtlichen Versorgungsausgleich sowie über Zugewinnausgleich. Die Parteien haben am 5. 10. 1984 einen Ehevertrag geschlossen. Der Ag. (im Folgenden: Ehemann, geb. am 1. 7. 1940) war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 44 Jahre alt und als Jurist - nach erfolgreicher Tätigkeit in mehreren anderen Unternehmen - in der Personalabteilung der M-AG tätig; gegen Ende seines Berufslebens war er leitender Angestellter einer Bank in F. Die Ast. (im Folgenden: Ehefrau, geb. am 12. 12. 1959) war bei Vertragsschluss 24 Jahre alt und als Erzieherin in einem Kindergarten tätig. Diese Arbeitsstelle hat sie in der Folgezeit aufgegeben; heute ist sie als Fachlehrerin teilzeitbeschäftigt. In dem Ehevertrag, dessen Text der Ehefrau vor der notariellen Verhandlung nicht bekannt gegeben worden war, ist unter anderem Folgendes geregelt:

„§ 2: Bis zur Geburt von Kindern sind beide Ehegatten zur Berufstätigkeit berechtigt und verpflichtet. ... Wenn ein Kind geboren wird, gibt ein Ehegatte, unter normalen Umständen die Ehefrau, seine Berufstätigkeit vorübergehend auf. Diesem Ehegatten obliegt dann die Haushaltsführung und die Kindesbetreuung. Sobald die Kindesbetreuung es zulässt, ist er berechtigt, seinen Beruf oder eine auf dem Arbeitsmarkt verfügbare sonstige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Vorrangig ist jedoch das Wohl der Kinder. Steht dieses einer Halb- oder Ganztagsbeschäftigung nicht entgegen, so ist der Ehegatte zur Aufnahme einer zumutbaren Berufstätigkeit berechtigt und verpflichtet.“

§ 3: Die Ehegatten wollen in Gütertrennung leben und schließen den gesetzlichen Güterstand aus. ...

§ 4: Die Ehegatten schließen gegenseitig den Versorgungsausgleich völlig aus.

§ 5: Für den Fall, dass unsere Ehe vor Ablauf von fünf Jahren geschieden wird, verzichten wir gegenseitig und völlig auf jeden nachehelichen Unterhalt. Ist bei der Scheidung jedoch ein gemeinsames Kind vorhanden, so steht dem Ehegatten, der das Kind betreut, unter den Voraussetzungen des § 1570 BGB Unterhalt zu. Im Übrigen soll es grundsätzlich bei der gesetzlichen Regelung verbleiben. Jedoch soll sich das Maß des Unterhalts nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern nach dem erlernten bzw. dem mit höherem Einkommen verbundenen ausgeübten Beruf des unterhaltsberechtigten Ehegatten bestimmen. Der Aufstockungsanspruch des § 1573 II BGB und der Kapitalisierungsanspruch des § 1585 II BGB werden ausgeschlossen.

§ 6: Sollte eine der Vereinbarungen unwirksam sein oder werden, so sollen die übrigen Vereinbarungen dennoch wirksam bleiben“.

Lösung:

Zu prüfen ist, ob der von den Parteien geschlossene Ehevertrag nach § 138 I BGB sittenwidrig und damit unwirksam ist.

1. Wie der BGH wiederholt dargelegt hat (grundlegend Senat, BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930), darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht

gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten - bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede - bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Dabei hat der Tatrichter zunächst - im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle - zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr - und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse - wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 I BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (Senat, BGHZ 158, 81 [100f.] = NJW 2004, 930).

Soweit ein Vertrag der Wirksamkeitskontrolle standhält, hat sodann eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu erfolgen. Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr - im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft - aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar ist (Senat, BGHZ 158, 81 [100f.] = NJW 2004, 930).

2. Die ehevertraglichen Abreden der Parteien halten bereits der Wirksamkeitskontrolle (§ 138 I BGB) nicht stand.

a) Schon bei einer isolierten Betrachtung der Einzelregelungen ergibt sich, dass der Ehevertrag teilweise eine - bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses offenkundige - einseitige Lastenverteilung für den Scheidungsfall bewirkt, die durch den geplanten Zuschnitt der Ehe nicht gerechtfertigt und durch keinerlei Vorteile für die Ehefrau ausgeglichen wird.

aa) Die zum nahehelichen Unterhalt getroffenen Abreden der Parteien rechtfertigen allerdings - für sich genommen - das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht. Mit dem grundsätzlichen Ausschluss nahehelichen Unterhalts für den Fall, dass die Ehe vor Ablauf von fünf Jahren geschieden wird, nehmen die Ehegatten einen Rechtsgedanken auf, der sich auch in § 1579 I Nr. 1 BGB sowie - ansatzweise (Begrenzung des Unterhalts nach Höhe und Dauer) - auch in § 1578b BGB findet. Der Umstand, dass die vertraglich vorgesehene Fünf-Jahres-Frist über den Zeitrahmen hinausgeht, für den der Senat eine kurze Ehedauer bejaht hat (vgl. etwa Senat, NJW 1986, 2832 = FamRZ 1986, 886 [887]: bis drei Jahre), steht nicht entgegen. Denn der vom Senat gezogene Zeitrahmen beansprucht nur für den Regelfall Geltung (vgl. Senat, NJW-RR 1995, 449) und ist schon deshalb einer - angemessenen - abweichenden Konkretisierung durch Ehevertrag zugänglich. Die von § 1579 Nr. 1 Halbs. 2 BGB besonders geschützten Kindesbelange sind gewahrt, da der vereinbarte generelle Unterhaltsausschluss für den Betreuungsunterhalt nicht gilt.

Die Unterhaltsabrede erweist sich - allein betrachtet - auch nicht schon deshalb als sittenwidrig, weil die Parteien die Höhe des Unterhaltsanspruchs abweichend von den gesetzlichen Vorgaben geregelt und dabei nicht an die ehelichen Lebensverhältnisse, sondern an das Einkommen angeknüpft haben, das der Unterhaltsberechtigte aus seinem erlernten oder, falls höher dotiert, ausgeübten Beruf erzielen könnte. Eine solche abweichende Regelung der Unterhaltshöhe ist, wie der Senat entschieden hat, nicht schon deshalb zu beanstanden, weil die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe - nach den bei Vertragsschluss bestehenden oder vorhersehbaren Einkommensverhältnissen - hinter den ehelichen Lebensverhältnissen zurückbleibt. Vielmehr ist die Schwelle der Sittenwidrigkeit allenfalls dann erreicht, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, ehebedingte Nachteile des Unterhaltsberechtigten auszugleichen (Senat, NJW 2005, 2386).

Das ist hier nicht der Fall: Die getroffene Abrede will, wenn sie für die Höhe des geschuldeten Unterhalts an das - hier von der Ehefrau - in ihrem erlernten oder später ausgeübten und besser bezahlten Beruf anknüpft, gerade die Nachteile ausgleichen, die für die Ehefrau mit dem durch die Kinderbetreuung bedingten Verzicht auf eine fortdauernde eigene Berufstätigkeit verbunden sind. Auf die vom OLG angesprochene Frage, ob die danach geschuldete Unterhaltshöhe den Mindestbedarf der Ehefrau deckt, kommt es nicht an; denn es ist schon nicht ersichtlich, dass nach den - maßgebenden - Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das tatsächliche oder zu erwartende Einkommen der Ehefrau als Erzieherin zur Deckung ihres Mindestbedarfs nicht ausreichen könnte.

bb) Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs hält dagegen - schon für sich genommen - einer Überprüfung am Maßstab des § 138 I BGB nicht stand.

Der Versorgungsausgleich ist - als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen - einerseits dem Zugewinnausgleich verwandt und wie dieser ehevertraglicher Disposition grundsätzlich zugänglich (§§ 1408 II, 1587o BGB). Er ist jedoch andererseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen; von daher steht er einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssen deshalb nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht (Senat, BGHZ 158, 81 [98] = NJW 2004, 930; vgl. ferner Senat, NJW 2005, 139; NJW 2008, 1080). Der Unterhalt wegen Alters gehört, wie der Senat dargelegt hat, zum Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts; das Gesetz misst ihm als Ausdruck ehelicher Solidarität besondere Bedeutung zu - was freilich einen Verzicht nicht generell ausschließt, etwa wenn die Ehe erst im Alter geschlossen wird. Nichts anderes gilt für den Versorgungsausgleich. Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist deshalb nach § 138 I BGB unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte auf Grund des schon beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. Senat, NJW 2005, 139).

So liegen die Dinge hier. Nach dem Ehevertrag sollte bei Geburt eines Kindes ein Ehegatte - nach der im Ehevertrag gewählten Formulierung: „unter normalen Umständen die Ehefrau“ - seine Berufstätigkeit aufgeben und sich der Haushaltsführung und Kinderbetreuung widmen. Erst wenn die Kinderbetreuung und das „vorrangige Wohl der Kinder“ es zuließe, sollte die Ehefrau berechtigt sein, ihren Beruf oder eine auf dem Arbeitsmarkt verfügbare sonstige Berufstätigkeit aufzunehmen. Die Ehegatten haben damit bei Vertragsschluss bewusst in Kauf genommen, dass die bei Vertragsschluss im neunten Monat schwangere Ehefrau alsbald aus dem Berufsleben ausscheiden und damit bis auf weiteres keine eigenen Versorgungsansprüche (außer Kindererziehungszeiten) erwerben würde. Der mit der Geburt von drei Kindern und deren - der Ehefrau aufgegebenen - Betreuung einhergehende Verzicht auf den Ausbau der eigenen Versorgungsbiografie stellt sich nunmehr - mit der Scheidung - für die Ehefrau als ein bei Vertragsschluss vorhersehbarer ehebedingter Nachteil dar. Mit dem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs wird dieser Nachteil auf die Ehefrau verlagert. Da diese einseitige Lastenverteilung durch keinerlei Vorteil für die Ehefrau kompensiert wird, ist er nach § 138 I BGB unwirksam.

cc) Anders verhält es sich - bei isolierter Betrachtung - mit dem vereinbarten Ausschluss des Zugewinnausgleichs. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er erweist sich ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich (Senat, BGHZ 158, 81 [95, 98f.] = NJW 2004, 930). Schon im Hinblick auf diese nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts wird ein Ausschluss dieses Güterstands, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat (Senat, NJW 2005, 1370; NJW 2005, 2386; NJW 2007, 2851; NJW 2008, 1076), für sich genommen regelmäßig nicht sittenwidrig sein. Das gilt auch hier.

b) Auch wenn die Regelungen des Ehevertrags über den teilweisen Ausschluss und die höhenmäßige Begrenzung des nahehelichen Unterhalts sowie über den Ausschluss des Zugewinnausgleichs - bei jeweils gesonderter Betrachtung - den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermögen, erweist sich der Ehevertrag bei einer Gesamtwürdigung der getroffenen Abreden dennoch als insgesamt sittenwidrig und damit als im Ganzen nichtig.

aa) Der objektive Gehalt der Gesamtregelung zielt erkennbar auf eine einseitige Benachteiligung der Ehefrau: Der Ehefrau wird „unter normalen Umständen“ die Betreuung der gemeinsamen Kinder übertragen. Der damit - nach der im Ehevertrag zum Ausdruck kommenden Vorstellung der Parteien: notwendig - einhergehende Verzicht auf eine eigene Erwerbstätigkeit wird der Ehefrau jedoch nicht honoriert. Im Falle einer Auflösung der Ehe vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist wird die Ehefrau auf den Betreuungsunterhalt verwiesen; ein Anschlussunterhalt wegen Alters, Krankheit oder Arbeitslosigkeit bleibt ihr versagt. Auch bei einer - wie hier - längeren Ehedauer muss sie unmittelbar nach der Scheidung ihres bisherigen „ehelichen“ Lebenszuschnitts entsagen und sich mit einem ihrem ursprünglichen Beruf gemäßen, deutlich bescheideneren Lebensunterhalt begnügen. Die mit dem Verzicht auf Erwerbstätigkeit verbundene Lücke in der Versorgungsbiografie wird nicht geschlossen; der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sichert die in der Ehe gemeinsam erwirtschaftete Altersversorgung allein dem Ehemann. Diese Einseitigkeit findet im Ausschluss des Zugewinnausgleichs ihre konsequente Fortsetzung: Die Erträge aus der Erwerbstätigkeit des Ehemanns verbleiben ungeschmälert ihm.

bb) Die Frage, ob das objektive Zusammenspiel dieser die Ehefrau einseitig benachteiligenden Regelungen bereits ausreicht, um den Ehevertrag für insgesamt sittenwidrig zu erachten, kann hier dahinstehen. Denn die bei einer Gesamtwürdigung durchweg einseitige Lastenzuweisung im Ehevertrag erweist sich jedenfalls deshalb als zur Gänze sittenwidrig, weil die Parteien sich beim Vertragsschluss nicht als „gleich starke Verhandlungspartner“ gegenüberstanden, der Ehevertrag vielmehr erkennbar auf einer gravierenden wirtschaftlichen wie sozialen Inparität der (späteren) Ehegatten beruht.

Zwar vermag eine Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrags, wie der Senat wiederholt dargelegt hat, für sich allein noch keine Sittenwidrigkeit des Ehevertrags zu begründen. Sie indiziert aber eine ungleiche Verhandlungsposition und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss, die es rechtfertigt, den Vertrag einer verstärkten richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sind (Senat, NJW 2005, 2386; NJW 2006, 3142; NJW 2007, 2851; NJW 2008, 1076). Bei einer solchen Gesamtschau kann der von den Parteien geschlossene Ehevertrag keinen Bestand haben. Objektiv ist dabei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit der Begrenzung des nahehelichen Unterhalts, vor allem aber mit dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts teilweise (Unterhalt) bzw. ganz (Versorgungsausgleich) abbedungen worden sind, ohne dass dieser Nachteil für die Ehefrau durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Eheotyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt würde (Senat, NJW 2007, 2851). Subjektiv ist bei dieser Gesamtschau - worauf das OLG mit Recht hinweist - zu berücksichtigen, dass die (spätere) Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrags unmittelbar vor der Geburt ihres Kindes stand, auf eine unterhaltsrechtliche Sicherung - auch im Interesse ihres Kindes - angewiesen war und gegenüber dem juristisch versierten, deutlich älteren und beruflich erfolgreichen (späteren) Ehemann keine reale Chance hatte, sich mit dem ihr erstmals in der notariellen Verhandlung bekanntgegebenen Vertragstext kritisch auseinanderzusetzen und diesen Vertrag auf der Ebene der Gleichordnung mit ihrem (späteren) Ehemann zu diskutieren. Es kann dahinstehen, ob ein Notar mit der Beurkundung eines solchen die (künftige) Ehefrau einseitig belastenden Ehevertrags, der weder mit beiden künftigen Ehegatten vorbesprochen noch der rechtsunkundigen und im neunten Monat schwangeren Ehefrau rechtzeitig vor der notariellen Verhandlung zur Kenntnis gebracht worden ist, zumindest nach heutigen Maßstäben seinen Standespflichten genügt. Jedenfalls rechtfertigt eine Würdigung aller Umstände den - auch vom OLG gezogenen - Schluss, dass ein solchermaßen zu Stande gekommener Ehevertrag, mag er auch in Einzelfragen - isoliert betrachtet - vertretbar erscheinen, insgesamt keine Anerkennung der Rechtsordnung verdient.

cc) Danach ist der Ehevertrag nicht nur hinsichtlich des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs, sondern auch in Ansehung des Ausschlusses des Zugewinnausgleichs und der Vereinbarung der Gütertrennung nichtig. Die von den Parteien vereinbarte salvatorische Klausel (§ 6 des Ehevertrags) ändert daran nichts. Ergibt sich, wie hier, die Sittenwidrigkeit der getroffenen Abreden bereits aus der Gesamtwürdigung eines Vertrags, dessen Inhalt für eine Partei - wie hier für die Ehefrau - ausnahmslos nachteilig ist und dessen Einzelregelungen durch keine berechtigten Belange der anderen Partei gerechtfertigt werden, so erfasst die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag, hier also auch den für die Ehefrau nachteiligen Ausschluss des Zugewinnausgleichs. Für eine auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs beschränkte Teilnichtigkeit bleibt in solchem Fall kein Raum (Senat, NJW 2006, 2331; vgl. auch Brambring, FPR 2005, 130 [133]; vgl. ferner BGH, NJW 1979, 1605 [1606]).

Gericht: BGH	Mietvertrag: Nachträgliche Anfechtung und ex tunc-Wirkung	BGB
Aktenzeichen: XII ZR 67/06		§ 123 I, 142 I,
Datum: 06.08.2008		812 I

	<p>1. Die Anfechtung eines Mietvertrags über Geschäftsräume wegen arglistiger Täuschung ist auch nach Überlassung der Mieträume und Beendigung des Mietvertrags neben der Kündigung zulässig.</p> <p>2. Sie wirkt gem. § 142 I BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der Bekl. vermietet an den Kl. Büroräume. Die monatliche Kaltmiete beträgt 4.100 € zuzüglich einer Nebenkostenpauschale von 700 € und der gesetzlichen Umsatzsteuer. Laut Mietvertrag wurden die Mieträume in vollständig renoviertem und für den vertragsgemäßen Gebrauch nutzbaren Zustand übergeben.

Einige Wochen nach der Übergabe stellte der Kl. erhebliche Mängel fest, die dazu führten, dass die Räumlichkeiten zum dauernden Aufenthalt von Menschen ungeeignet waren. Dies war dem Bekl. vor Abschluss des Mietvertrages bekannt.

Der Kl. stellt daraufhin die Zahlung der Miete ein. Nach erfolgloser Auseinandersetzung mit dem Bekl. erklärte der Kl. acht Monate nach Kenntnis der Mängel die Anfechtung des Mietvertrages.

Ist die Anfechtung wirksam und welche Rechtsfolgen hätte eine wirksame Anfechtung?

Lösung:

1. Die Anfechtung des Mietvertrags ist binnen der Jahresfrist des § 124 I BGB erfolgt und damit wirksam.

2. Das BerGer. geht zu Recht davon aus, dass die Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Anfechtung tatsächlich durchgeführt und sogar beendet war.

Während nach einhelliger Meinung in Rspr. und Literatur eine Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung vor Übergabe der Mietsache uneingeschränkt zulässig ist und gem. § 142 I BGB Nichtigkeitswirkung von Anfang an entfaltet, besteht Uneinigkeit darüber, ob und gegebenenfalls mit welcher Rechtsfolge eine Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I BGB auch nach Übergabe der Mietsache möglich ist.

a) Teilweise wird vertreten, das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung werde, sobald der Mietvertrag durch Überlassung der Mietsache vollzogen sei, durch das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 543 BGB verdrängt, soweit sich der Willensmangel auf verkehrswesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst beziehe (Roquette, Das MietR d. BGB, Vorb. §§ 537 bis 542 Rdnrn. 16, 20; Sternel, MietR, 3. Aufl. [1988], I Rdnr. 245; Bub, in: Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. [1999], II Rdnr. 673; offen gelassen in Senat, BGHZ 137, 255 [266] = NJW 1998, 531). Die Verdrängung der Anfechtungsmöglichkeit durch die Gewährleistungs- und Kündigungsvorschriften benachteilige den Anfechtungsberechtigten nicht, weil diese ihm einerseits wie bei der Anfechtung die Möglichkeit gäben, das Vertragsverhältnis aufzulösen, andererseits die Rückabwicklung erleichterten. Habe der Anfechtungsberechtigte die Vertragsleistung der Gegenseite in Anspruch genommen, so verdiene er es nicht, besser gestellt zu werden als bei einer fristlosen Kündigung (Sternel, Rdnr. 245).

b) Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann zwar eine auf Abschluss eines Mietvertrags gerichtete Willenserklärung auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung stets angefochten werden (RGZ 157, 173 [174]; KG, NZM 2002, 21 = NJW-RR 2002, 155; LG Mannheim, ZMR 1990, 303; Rolfs, in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 9. Aufl., § 542 Rdnr. 82; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., Vorb. § 542 Rdnr. 2; Hübner/Griesbach/Schreiber, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete [2006], Kap. 14 Rdnr. 214; Kraemer, in: Bub/Treier, Kap. III Rdnr. 1326; Häublein, in: MünchKomm, 5. Aufl. [2008], Vorb. § 536 Rdnr. 24). Umstritten ist jedoch, ob die nach Überlassung der Mietsache erfolgte Anfechtung den Mietvertrag gem. § 142 I BGB rückwirkend (**ex tunc**) oder nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (**ex nunc**) vernichtet (offen gelassen in Senat, BGHZ 137, 255 [266] = NJW 1998, 531 = NZM 1998, 113 und BGH, WM 1968, 1306 [1307]).

aa) Die Ansicht, die die Anfechtung vollzogener Mietverträge wegen arglistiger Täuschung entgegen § 142 I BGB nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (**ex nunc**) zulässt, beruft sich zur Begründung zum einen darauf, dass ein bereits vollzogenes Mietverhältnis nur unter Inkaufnahme großer Schwierigkeiten abgewickelt werden könne und deshalb eine Beendigung **ex nunc** sachgerechter sei (Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl. [2007], Vorb. § 535 Rdnr. 7; Staudinger/Rolfs, BGB [2006], § 542 Rdnr. 179). Zum anderen stellt sie darauf

ab, dass eine einmal begonnene Dauerleistung nur beendet, nicht aber rückgängig gemacht werden könne (vgl. Roquette, Vorb. §§ 537 bis 542 Rdnr. 17; LG Nürnberg-Fürth, MDR 1966, 1003 [1004]). Schließlich verweist sie darauf, dass mit Bezug der Mieträume ein sozialer Tatbestand geschaffen werde, der einen Bestands- und Vertrauensschutz begründe (für die Wohnraummiete: Hille, WuM 1984, 292 [293]) und in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Gesellschafts- und Arbeitsrecht für die Zulassung einer Anfechtung mit Wirkung ex nunc spreche.

bb) Die Auffassung, die auch bei der Anfechtung in Vollzug gesetzter Mietverträge wegen arglistiger Täuschung von der in § 142 I BGB geregelten rückwirkenden Vernichtung des Rechtsgeschäfts ausgeht (RGZ 86, 334; 102, 225 [226]; 157, 173 [174]; KG, MDR 1967, 404; NZM 2002, 21 = NJW-RR 2002, 155; Soergel/Heintzmann, Vorb. § 542 Rdnr. 2; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl. [2004], Vorb. § 536 Rdnr. 20; Schmid, DWW 1985, 302; Fischer, NZM 2005, 567 [571]; Emmerich, NZM 1998, 692 [694f.]) verweist darauf, dass für Mietverträge kein Anlass bestehe, von der gesetzlichen Bestimmung des § 142 I BGB durch Richterrecht abzuweichen. Es handele sich bei Mietverträgen um „normale“ schuldrechtliche Verträge, für die grundsätzlich die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB Geltung hätten. Es sei nicht ersichtlich, was bei der Rückabwicklung eines fehlerhaften Mietvertrags nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften erschwert sein solle.

Auch sei beim Mietvertrag eine dem Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag vergleichbare Interessenlage, die eine Einschränkung der Anfechtungswirkung rechtfertigen könne, nicht gegeben. Im Gegensatz zum Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag werfe die Rückabwicklung beim Mietvertrag auch keine besonderen Schwierigkeiten auf, weil es sich um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis handele (Hille, WuM 1984, 292; Emmerich, NZM 1998, 692 [695]; Fischer, NZM 2005, 567 [570]; Weimar, MDR 1966, 1004). Soweit die Rückwirkung damit abgelehnt werde, der Vollzug des Mietverhältnisses habe einen sozialen Tatbestand geschaffen, der nur noch für die Zukunft beseitigt werden könne, könne diese Überlegung im Bereich des Gesellschafts- und Arbeitsrechts berechtigt sein. Jedenfalls für das Gebiet der Geschäftsraummiete lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag jedoch nicht erkennen (KG, NZM 2002, 21 = NJW-RR 2002, 155).

3. Der Senat schließt sich in Übereinstimmung mit dem BerGer. der letzteren Ansicht an.

a) Das Recht zur Anfechtung der auf Abschluss des Mietvertrags gerichteten Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wird auch nach Vollzug des Mietvertrags nicht durch die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536ff. BGB) und das Recht zur fristlosen Kündigung gem. § 543 BGB verdrängt, weil die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften andererseits unterschiedliche Sachverhalte regeln und unterschiedliche Schutzzwecke haben.

Während die Anfechtung nach § 123 I BGB die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt und deren Beeinträchtigung durch rückwirkende Vernichtung der Erklärung beseitigt, ist Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung eine aktuelle Leistungsstörung, der durch Minderung und Schadensersatz bzw. durch Beendigung des Vertrags Rechnung getragen wird (vgl. Staudinger/Rolfs, § 542 Rdnr. 179). Diese unterschiedlichen Schutzzwecke lassen es nicht zu, dass das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach Überlassung der Mietsache durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung verdrängt wird.

b) Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 142 I BGB ist nach Ansicht des Senats bei der Geschäftsraummiete nicht gerechtfertigt.

aa) Die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung vollzogener Dauerschuldverhältnisse auf Grund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, rechtfertigen keine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung. Die gleichen Schwierigkeiten bestehen bei Mietverträgen, die gem. § 105 BGB oder §§ 134, 138 BGB nichtig sind, ohne dass dort an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsmöglichkeit gezweifelt wird (Hille, WuM 1984, 292; Fischer, NZM 2005, 567 [570]).

bb) **Besonderheiten, die bei in Vollzug gesetzten Arbeits- und Gesellschaftsverträgen** dazu geführt haben, dass von der Rückwirkung abgegangen wurde, liegen bei der Geschäftsraummiete nicht vor. Weder besteht - wie beim Arbeitsverhältnis - eine besonders intensive Leistungsbeziehung mit starkem Persönlichkeitsbezug und mit Eingliederung in eine soziale Organisation, noch ist - wie beim Gesellschaftsverhältnis - ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis für Gläubiger vorhanden, die durch eine rückwirkende Anfechtung ihr Haftungssubjekt verlieren würden. Vielmehr handelt es sich bei dem Mietvertrag - anders als beim Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag - um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis, bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.

cc) Zur Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten wegen arglistiger Täuschung kann für das Mietrecht auch keine Parallele zum Kaufrecht herangezogen werden. Denn durch die Gewährleistungsvorschriften vor allem der

§§ 434ff. BGB beim Kauf wird nur die Irrtumsanfechtung (§ 119 II BGB), nicht aber die Anfechtung nach § 123 BGB ausgeschlossen. Dem Käufer stehen dieses Anfechtungsrecht und Ansprüche aus Gewährleistung, sofern ihre jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, wahlweise zu (Kramer, in: MünchKomm, 5. Aufl. [2006], § 123 Rdnr. 35).

dd) Entgegen der Ansicht der Revision spricht die Rspr. des BGH zum Ausschluss des Rücktritts vom Mietvertrag nach Überlassung der Mietsache in Fällen, in denen eine Auflösung des Vertrags durch fristlose Kündigung möglich ist (BGHZ 50, 312 [315] = NJW 1968, 1964), nicht dafür, dass auch die Anfechtung von Mietverträgen nur für die Zukunft wirkt. Der BGH hat die Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeit darauf gestützt, dass bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nach § 346ff. BGB in der Regel nicht den Interessen der Parteien entspreche und angesichts der insbesondere bei längerer Vertragsdauer entstehenden erheblichen Durchführungsschwierigkeiten zu Unzuträglichkeiten führe. Von einer solchen Interessenlage kann bei einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht ausgegangen werden. Die Partei, die auf Grund der arglistigen Täuschung zu einer Willenserklärung veranlasst worden ist, die sie bei Kenntnis der Umstände nicht abgegeben hätte, hat ein schutzwürdiges Interesse an der rückwirkenden Vernichtung ihrer Willenserklärung. Diesem Interesse trägt § 142 I BGB Rechnung. Demgegenüber regelt der auf Nichterfüllung gestützte Rücktritt, ebenso wie die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche und die Kündigung aus wichtigem Grund, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen.

ee) Auch das Argument, die Rückgängigmachung der vollzogenen Vermieterleistung sei mit der Ingebrauchnahme der Mietsache durch den Mieter nicht mehr möglich (Roquette, Vorb. §§ 537 bis 542 Rdnr. 17), trägt nicht. Das Bereicherungsrecht sieht für den Fall, dass die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, gem. § 818 II BGB vor, dass der Wert zu ersetzen ist.

ff) Schließlich lassen sich bei der Geschäftsraummiete in der Regel auch keine sozialen Belange feststellen, die gegebenenfalls einen erhöhten Bestandsschutz in Vollzug gesetzter Mietverträge und deshalb eine Einschränkung der Wirkung der Anfechtung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Anfechtungserklärung erforderlich machen könnten.

4. + 5. (...)

6. Infolge der wirksamen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist der Mietvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 I BGB).

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB) hat das BerGer. zutreffend nach den Grundsätzen der Saldotheorie vorgenommen, indem es durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile ermittelt hat, ob sich für die Kl. ein Überschuss (Saldo) ergibt (BGH, NJW 1999, 1181). Eine Einschränkung der Saldotheorie zum Schutz des arglistig Getäuschten ist hier, wie das BerGer. zu Recht annimmt, nicht geboten. Denn die Kl. verlangt als Täuschende Bereicherungsausgleich, so dass Gegenansprüche der getäuschten Bekl. ohne Weiteres als Abzugspositionen in die Saldierung einzubeziehen sind.

a) Herauszugeben ist gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung der Kl. Erlangte. Das ist hier die von der Kl. gewährte Gebrauchsüberlassung der Räume. Da die Herausgabe der Gebrauchsüberlassung wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, hat die Bekl. als gutgläubige Bereicherungsschuldnerin nach § 818 II BGB deren Wert zu ersetzen. Dessen Höhe richtet sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH nach dem objektiven Verkehrswert des rechtsgrundlos Erlangten, somit hier nach der Miete, die auf dem örtlichen Markt für vergleichbare Objekte erzielt wird (Senat, NZM 1998, 192 [194] = NJW-RR 1998, 803; BGHZ 132, 198 [207] = NJW 1996, 3409; BGHZ 168, 220 [239] = NJW 2006, 2847).

Neben diesem Anspruch auf Ersatz des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung ist ein Anspruch auf Herausgabe eines durch die Untervermietung evtl. erzielten Gewinns nicht gegeben. Mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Mietvertrags im Wege der Leistungskondition sollen die gegenseitigen, von den Parteien auf Grund des unwirksamen Mietvertrags vorgenommenen Vermögensverschiebungen rückabgewickelt werden. Die Gewinne der Bekl. aus der Untervermietung beruhen jedoch nicht auf einer rückabzuwickelnden Leistung der Kl., sondern auf der eigenen vermögensmäßigen Disposition der Bekl. Ihr stand es frei, den Bereicherungsgegenstand - die Gebrauchsüberlassung - selbst, gar nicht oder durch Untervermietung zu nutzen. Mit der Erstattung des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung wird erschöpfender Ersatz für den Wert des erlangten Gebrauchsvorteils geleistet (vgl. für bereicherungsrechtliche Ansprüche bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte: BGHZ 82, 299 [307f.] = NJW 1982, 1154; BGHZ 99, 244 [248f.] = NJW 1987, 2869).

Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Kl. auch nach Treu und Glauben daran gehindert gewesen wäre, von der Bekl. einen etwaigen Gewinn aus der Untervermietung herauszuverlangen, weil sie die Bekl. durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschluss veranlasst hat.

b) Zu Unrecht hat das BerGer. allerdings angenommen, dass verbrauchsunabhängige Nebenkosten grundsätzlich nicht nach Bereicherungsrecht verlangt werden könnten, weil es sich dabei nicht um Gebrauchsvorteile handele.

Der nach § 818 II BGB zu ersetzende Wert der erlangten Gebrauchsvorteile bestimmt sich nach dem ortsüblichen Mietzins. Dieser beinhaltet in dem Umfang, in dem verbrauchsunabhängige Nebenkosten ortsüblich als Teil des Mietzinses mit vereinbart werden, auch diese Nebenkosten. Da bei der Geschäftsraummieta der vereinbarte Mietzins abweichend von der gesetzlichen Bestimmung in § 535 I 2 und 3 BGB in der Regel die Grundmieta und verbrauchsunabhängige Nebenkosten enthält, spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch im örtlichen Bereich der hier im Streit befindlichen Räume üblicherweise bestimmte verbrauchsunabhängige Nebenkosten vom Mieter zu tragen sind. Ob und in welchem Umfang dies hier der Fall ist, wird erforderlichenfalls durch Sachverständigengutachten festzustellen sein.

c) Ferner sind, wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, im Rahmen des Bereicherungsanspruchs der Kl. die verbrauchsabhängigen Nebenkosten nur zu berücksichtigen, wenn der Vermieter sie konkret darlegt. (...)

d) Zu Recht hat das BerGer. bei dem Bereicherungsanspruch der Kl. die auf den Wertersatz entfallende Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht.

Nach § 1 I Nr. 1 UStG liegt ein steuerbarer Umsatz vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistungen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Ob es sich bei dem Wertersatz gem. § 818 II BGB um nicht steuerbaren Schadenersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt davon ab, ob die Zahlung des Wertersatzes mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Davon ist bei einem Wertersatzanspruch, der gem. § 818 II BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Mietvertrags entsteht, auszugehen. Denn er tritt im Rahmen der Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses an die Stelle der vereinbarten Vergütung und ist deshalb umsatzsteuerpflichtig (vgl. Senat, NZM 1998, 192 [194f.] = NJW-RR 1998, 803; BGHZ 175, 118 = NJW 2008, 1523).

7. Das BerGer. ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kautionsbetrags aus ungerechtfertigter Bereicherung hat. Die Kl. hat auf Grund des anfechtungsbedingten Wegfalls des Mietvertrags keinen Anspruch auf die Kautions.

Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. auch die gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung der Kautions erklärte Hilfsaufrechnung der Kl. mit Schadenersatzansprüchen wegen Ausübung der Verlängerungsoption durch die Bekl. für unbegründet gehalten. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch scheidet, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, aus, nachdem der Mietvertrag auf Grund der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Eine andere Rechtsgrundlage ist nicht gegeben.

Gericht: BGH	Mahnbescheid: Zur Verjährungshemmung bei Einzelforderungen	BGB
Aktenzeichen: XI ZR 466/07		§ 204 I Nr. 3
Datum: 21.10.2008		

	Die Zustellung eines Mahnbescheids, mit dem ein Teilbetrag aus mehreren Einzelforderungen (hier: Rückzahlungen von Darlehen) geltend gemacht wird, hemmt die Verjährung nicht, wenn eine genaue Aufschlüsselung der Einzelforderungen unterblieben ist und die Individualisierung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren nachgeholt wird. Die nachträgliche Individualisierung des Klageanspruchs kann zwar die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, hat aber für die Verjährung keine Rückwirkung.
-------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Die Beklagte unterhielt bei einer Bank zwei Konten, die am 10.12.1999 mit 1.116 DM (Endziffer 00) sowie mit 680.373 DM (Endziffer 01) im Soll standen und von der Bank am gleichen Tag gekündigt wurden. Am 29.03.2004 forderte die Klägerin, die ein Inkassounternehmen betreibt, die Beklagte erfolglos zur Zahlung einer Hauptforderung von 347.928 Euro nebst Verzugszinsen von 116.630 Euro und eines Bearbeitungsentgelts von 2.426 Euro auf.

Am 03.11.2004 beantragte die Klägerin gegen die Beklagte den Erlass eines Mahnbescheids über einen Teilbetrag von 25.000 Euro. In dem Antrag war der Anspruch mit "Darlehensrückzahlung gemäß fälliger Forderung gemäß Kündigung vom 10.12.1999 bis 02.11.2004" bezeichnet; ferner enthielt der Antrag die Bemerkung, dass die Forderung "seit dem 11.11.2003 an den Antragsteller abgetreten sei. Der Mahnbescheid ist der Beklagten am 11.11.2004 zugestellt worden.

Das LG wies die Klage mangels Bestimmtheit des Klagegegenstands ab. Im Berufungsverfahren präziserte die Klägerin ihr Klagebegehren dahingehend, dass mit der Teilklage erstrangig die Forderung betreffend das Konto mit der Endziffer 00 und nachrangig die Hauptforderung betreffend das Konto mit der Endziffer 01 geltend gemacht werde. Daraufhin gab das OLG der Klage statt. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hob der BGH die Entscheidung wieder auf und wies die Klage ab.

Lösung:

Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Darlehensrückzahlung gemäß §§ 607, 609 BGB a.F. ist verjährt.

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist mit der Kündigung der Kredite gemäß § 609 Abs. 1 BGB a.F. im Dezember 1999 fällig geworden. Die Verjährungsfrist betrug zwar zunächst gemäß § 195 BGB a.F. dreißig Jahre und hätte somit im Dezember 2029 geendet. Mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gilt jedoch seit dem 01.01.2002 die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB, die gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 EGBGB ab dem 01.01.2002 zu berechnen ist und somit am 31.12.2004 endete.

Die Verjährung des Zahlungsanspruchs ist auch nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO durch die Zustellung des Mahnbescheids am 11.11.2004 gehemmt worden. Die Klägerin hat die Rückzahlungsansprüche in dem Mahnbescheidsantrag im Hinblick auf den geltend gemachten Teilbetrag nicht hinreichend individualisiert. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, hängt von Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall, von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab.

Diesen Anforderungen genügte der Mahnbescheid nicht. Zwar ergab sich daraus, dass gegen die Beklagte eine Darlehensforderung geltend gemacht wurde. Für die Beklagte war aber nicht erkennbar, auf welche Forderung aus den beiden Bankkonten mit den Endziffern 00 und 01 und in welcher Höhe die Klägerin den geltend gemachten Teilbetrag in Höhe von 25.000 Euro beziehen wollte.

Die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids ist auch nicht rückwirkend durch die im Berufungsrechtszug frühestens im Mai 2006 ordnungsgemäß nachgeholte Individualisierung eingetreten. Die nachträgliche Individualisierung des Klageanspruchs kann zwar die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, hat aber für die Verjährung keine Rückwirkung. Dies gilt auch für die Geltendmachung eines Teilbetrags aus mehreren Einzelforderungen, wenn im Mahnbescheid eine genaue Aufschlüsselung unterblieben ist.

Gericht: BGH	Betriebskostenabrechnung: Zugang innerhalb der Jahresfrist nötig	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 107/08		§ 556 III 2
Datum: 21.01.2009		

	Zur Wahrung der in § 556 Abs. 3 S. 2 BGB geregelten Abrechnungsfrist für Betriebskosten von einem Jahr genügt nicht die rechtzeitige Absendung einer Abrechnung auf dem Postweg. Vielmehr muss die Abrechnung dem Mieter noch innerhalb der Frist zugegangen sein. Bei zur Post gegebenen Briefen besteht auch kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung.
-------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Die Kläger waren Mieter einer von der Beklagten vermieteten Wohnung. Nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangten die Kläger die Auszahlung eines Guthabens von 355 Euro. Die Beklagte machte ihrerseits eine Nachforderung in Höhe von 625 Euro aus einer Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2004 geltend. Die Beklagte erklärte mit ihrer Forderung die Aufrechnung und erhob wegen des die Klageforderung übersteigenden Betrags von 270 Euro Widerklage. Die Kläger machten geltend, dass die Beklagte die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB nicht gewahrt habe. Sie hätten die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2004 nicht erhalten. Dagegen konnte die Beklagte im Verfahren beweisen, dass die mit dem 21.12.2005 datierte Abrechnung durch Aufgabe zur Post abgesendet worden war.

Das AG gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Die hiergegen gerichteten weiteren Rechtsmittel der Beklagten blieben erfolglos.

Lösung:

Die Nachforderung der Beklagten gemäß § 556 Abs. 3 S. 3 BGB ist ausgeschlossen, weil sie die einjährige Abrechnungsfrist gemäß § 556 Abs. 3 S. 2 BGB nicht eingehalten hat.

Zur Wahrung dieser Frist muss die Betriebskostenabrechnung dem Mieter noch innerhalb der einjährigen Frist zugegangen sein. Allerdings reicht hierbei die rechtzeitige Absendung der Abrechnung auf dem Postweg nicht aus. Die von der Beklagten unter Beweis gestellte Tatsache, dass ihr Lebensgefährte die Betriebskostenabrechnung am 21.12.2005 als Brief zur Post gegeben und an die Kläger abgeschickt habe, begründet keinen Anscheinsbeweis dafür, dass den Klägern die Betriebskostenabrechnung rechtzeitig zugegangen ist. Denn bei zur Post gegebenen Briefen besteht kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung.

Der Anspruch der Beklagte wäre nur dann nicht ausgeschlossen, wenn sie die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hätte. Diese Voraussetzung ist hier aber nicht erfüllt. Für das Vertretenmüssen im Sinn von § 556 Abs. 3 S. 3 BGB gilt die Vorschrift des § 278 BGB, so dass der Vermieter auch ein Fehlverhalten seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten hat. Hier war die Post Erfüllungsgehilfin der Beklagten für die Zusendung der Abrechnung.

§ 278 BGB ist auch nicht einschränkend anzuwenden und der in § 556 Abs. 3 S. 3 BGB geregelte Ausnahmefall nicht generell anzunehmen, wenn auf dem Postweg für den Vermieter unerwartete und nicht vorhersehbare Verzögerungen oder Postverluste auftreten. Dies widerspräche der ausdrücklichen Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Vielmehr hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob eine verzögerte Postzustellung oder ein Verlust der Postsendung auf einem Verschulden der Post beruht.

Anzeige

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 die Lebens begleitende 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 u.a. die Sparten: Berufshaftpflichtversicherung, private Krankenversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung, Altersvorsorge, Sachversicherungen, Geldanlage, Immobilien- und Existenzgründungsfinanzierungen.

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge
Bankkaufmann
Geschäftsführer

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

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

Die Redaktion der ZARA hat mit Herrn Ohlrogge von Hansa Capital ein kurzes Interview geführt.

ZARA: Herr Ohlrogge, Sie bezeichnen sich als "unabhängiger Finanzdienstleister". Warum sind Ihre Dienste für einen Referendar interessant, der ja nun nicht so viel Geld verdient, als dass er große Anlageentscheidungen zu treffen hätte?

Ohlrogge: Selbstverständlich geht es beim Berufseinstieg, von Ausnahmen abgesehen, eher selten um die Anlage größerer Barvermögen. Wie bei jedem Berufseinsteiger sind bei den Rechtsreferendaren die Fragen der Grundabsicherung zu klären und diese Risiken abzusichern. Relevant ist die optimale Absicherung der klassischen Sachversicherungen wie bspw. Haftpflicht, Hausrat, KfZ und die richtige strategische Ausrichtung bei der Auswahl der Krankenversicherung, einer angemessenen Berufsunfähigkeitsversicherung und bei den ersten Schritten privater Altersvorsorge. Leider wird gerade in diesen Bereichen im Markt viel Schlechtberatung geleistet und der Kunde nicht immer umfänglich aufgeklärt. Für mich ist eine gute Beratung ohne eine umfänglich Aufklärung über den Bedarf und die Vor- und Nachteile verschiedener Produktlösungen nicht denkbar.

ZARA: Vor diesem Hintergrund werben freie Vermittler wie Sie gerne damit, dass Sie den kompletten unübersichtlichen Markt nach den für den Kunden besten Produkten absuchen. Muss der Kunde aber nicht die Sorge haben, dass der freie Vermittler primär diejenigen Produkte empfiehlt, die ihm selbst die höchste Vermittlungsprovision einbringen?

Ohlrogge: Ersteinmal hat ein freier Vermittler gegenüber den versicherungsseitig gebundenen Handelsvertretern den entscheidenden Vorteil, dass er ein Produkt nicht empfehlen muss, weil er dazu vom Versicherer verpflichtet ist, sondern empfehlen kann, wenn es dafür Gründe gibt, die dieses Produkt besser machen als andere. Auch wenn sich die Margen im Versicherungsgeschäft um einen Mittelwert bewegen, der sehr viel niedriger ist als dies in den allermeisten anderen Wirtschaftszweigen der Fall ist, gibt es selbstverständlich Unterschiede zwischen Anbietern und Produkten. Die allermeisten dieser sog. Weichkosten können wir über unsere Maklervergleichsprogramme zeigen, so dass dies, zumindest für unsere Kunden, keinesfalls unbekannte Größen sind. Für den Verbraucher entscheidend ist sicherlich, wie die Beratung aufgebaut ist: Ich zeige im ersten Schritt immer einen Marktvergleich, aus dem die Kosten und Leistungen im Detail zu erkennen sind. Somit weiß jeder meiner Kunden, wo ein bestimmtes Produkt im Markt angesiedelt ist. Wenn ein Produkt eine bessere Leistung bietet als ein anderes, und dafür adäquat teurer ist, so ist dagegen sicherlich nichts einzuwenden. Allerdings kann ich als Makler nachweisen, und zeige dies selbstverständlich auch gern, dass mehr als 50% der am Markt angebotenen Produkte für den Verbraucher kein optimales Preis-Leistungsverhältnis bieten. Dies liegt daran, dass Deutschland traditionell ein Markt ist, der von den Handelsvertretern der Versicherungsgesellschaften dominiert wird und hinsichtlich eines aktiven Preis- und Leistungsvergleichs wie wir als freier Makler diesen bieten, immer noch in den Kinderschuhen steckt. Die endgültige Entscheidung für eine Lösung trifft der Kunde, nachdem alle Fragen beantwortet wurden. Hierfür nehme ich mir viel Zeit, da mir wichtig ist, das mein Kunde selbst nachvollziehen und verstehen kann, was eine bestimmte Lösung von anderen abhebt. Dieser Lösungsweg wird zudem umfänglich protokolliert. Darüber hinaus haften wir unseren Kunden nach unserem Maklervertrag für die optimale Versorgung und nehmen dies auch aus diesem Grunde sehr ernst.

ZARA: Ein weiteres Vorurteil besteht darin, dass der Kunde die Angst hat, dass der Vermittler nach Vertragsabschluss nicht mehr erreichbar ist. Motto: Die Provision ist verdient, weiterer Aufwand rechnet sich nicht. Wie handhaben Sie die Nachbetreuung Ihrer Kunden?

Ohlrogge: Mein erklärtes Ziel ist es, jeden Kunden langfristig zu betreuen. Zum einen ist es nicht nur für den Kunden, sondern auch für mich als Berater sehr viel angenehmer, Kunden über Jahre hinweg vertrauensvoll zu begleiten, weil man seinen Kunden irgendwann eben sehr gut kennt und beide Seiten viel effizienter miteinander arbeiten können. Zum anderen sind die Margen heutzutage so, dass nur eine langfristige Betreuung des Mandanten ökonomisch wirklich Sinn macht. Dass dies im Markt häufig in der Tat leider nicht in dieser Form gelebt wird, hat verschiedene Gründe. Einer ist sicherlich, dass viele Berater hierfür nicht die erforderliche innere Einstellung mitbringen. Ein weiterer ist jedoch, dass die allermeisten Berater mangels weiterführender Expertise oder weil deren Strukturvertriebe ihnen keine Wahl lassen, dies anders zu handhaben, alleinig vom Sach- und Vorsorgegeschäft leben müssen. In diesen Fällen, die sicherlich mehr als 80% des Marktes ausmachen, muss der Kunde dann leider in der Tat damit rechnen, dass sich das Engagement nach den Erstabschlüssen deutlich legt oder er nach den Erstabschlüssen beständig an neue Berater weitergereicht wird. Beides ist bei uns anders: Zum einen bin ich ein erklärter Gegner einer solchen Einstellung, zum anderen bildet die Beratung im High-End-Bereich wie bspw. bei komplexeren Geldanlagen, unternehmerischen Beteiligungen, Steueroptimierungen, Finanzierungen und Immobilien neben dem Sach- und Vorsorgegeschäft einen Schwerpunkt meiner Tätigkeit, so dass sich der Mandant, jenseits dessen, dass ich dies auch menschlich so handhabe, sicher sein darf, dass seine Betreuung über alle Lebenszyklen bei uns mehr als nur ein Lippenbekenntnis ist. Allerdings erlauben wir uns im Gegenzug hierzu auch, Mandanten, bei denen von vornherein erkennbar ist, dass der Mandant keine langfristige Betreuung wünscht oder diese nicht zu ihm oder zu ihr passt, nicht zu übernehmen.

Gericht: BGH	Kreditfinanzierte Kapitalanlage: Zur Zurechnung der Haustürsituation	HWiG a.F. § 1 I Nr. 1
Aktenzeichen: XI ZR 266/07		
Datum: 23.09.2008		

	Die vom Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage geschaffene Haustürsituation ist der finanzierenden Bank nicht zuzurechnen, wenn diese nicht in den Vertrieb der Kapitalanlage eingebunden, sondern als Hausbank des Verbrauchers auf dessen Wunsch um die Finanzierung gebeten worden war. In solchen Fällen handelt der Vermittler nicht – wie vom EuGH gefordert - im Namen und für Rechnung der Bank.
-----------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der Kläger trat im Jahr 1993 mit einer Einlage von 40.000 DM einem Immobilienfonds bei. Die Geldanlage war ihm durch einen Berater angeboten und vermittelt worden. Zunächst sollte die Finanzierung der Beteiligung durch die in den Vertrieb dieses Fonds eingebundene Sparkasse laufen. Stattdessen schloss der Kläger allerdings mit der Beklagten - seiner Hausbank- einen Darlehensvertrag ab.

Der Anlagevermittler richtete am 10.11.1993 eine Finanzierungsanfrage an die Beklagte, in der er die Einkommensverhältnisse des Klägers, die Fondsanlage und den sich daraus ergebenden Finanzierungsbedarf darstellte. Am 23.11.1993 unterzeichnete der Kläger im Büro des Anlagevermittlers die Beitrittserklärung zum Fonds und sodann nach Terminvereinbarung durch den Vermittler in den Geschäftsräumen der Beklagten einen Vertrag über ein tilgungsfreies am 30.11.1998 fälliges Darlehen über 47.191 DM.

Am 06.11.1998 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag über einen ungesicherten Tilgungskredit mit geänderten Zinskonditionen, dessen Darlehensvaluta zur Ablösung des alten Kredits diente. Am 09.08.2004 widerrief der Kläger beide Darlehensverträge nach dem HWiG a.F. Er begehrt die Feststellung, dass er auf den noch bestehenden Darlehensvertrag keine weiteren Zahlungen zu erbringen habe, und verlangte unter Berücksichtigung erhaltener Mietausschüttungen die Rückzahlung von 18.110 Euro Zug um Zug gegen Abtretung seiner Ansprüche aus der Fondsbeteiligung.

Das LG gab der Klage statt; das OLG wies sie ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

Lösung:

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht ein Widerrufsrecht des Klägers gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG in der bis zum 30.09.2000 geltenden Fassung zurückgewiesen hat, hält nicht in allen Teilen einer rechtlichen Überprüfung stand. Im Berufungsurteil ist offen geblieben, ob dem Kläger die Fondsbeteiligung in einer Haustürsituation vorgeschlagen und diese für den Abschluss des Darlehensvertrages gerade mit der Beklagten ursächlich geworden ist.

Nach dem Schutzzweck der Haustürgeschäfte-richtlinie 85/577/EWG und des HWiG a.F. kann die von einem Dritten geschaffene Haustürsituation dem Unternehmer nicht zugerechnet werden, wenn das Handeln des Dritten allein auf selbstbestimmten Aufträgen oder Weisungen des Kunden beruht. In solchen Fällen fehlt der vom EuGH vorausgesetzte und in die Worte "im Namen und für Rechnung" gefasste rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Dritten in der Haustürsituation und dem Gewerbe des Unternehmers. Der Vermittler einer kreditfinanzierten Kapitalanlage handelt vor allem nicht im Namen und für Rechnung der finanzierenden Bank, wenn er keine Empfehlung gerade zu Verhandlungen mit dieser Bank ausgesprochen hat.

Anzeige _____



NEU! Assessor-Crash-Kurs StPO

In Ergänzung zum „normalen“ Crash-Kurs Strafrecht, der das materielle Strafrecht zum Gegenstand hat, bieten wir Ihnen am 28.02. und 07.03.2009 unseren neuen Assessor-Crash-Kurs StPO an. Jeweils von 9 – 13 Uhr werden mit Ihnen ca. 40 aktuelle Urteile zur StPO besprochen. Zusätzlich gibt es einen Kursblock zum JGG.

Gericht: BGH	Schönheitsreparaturklausel und Endrenovierungsvereinbarung	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 71/08		§ 307
Datum: 14.01.2009		

	Eine im Wohnungsübergabeprotokoll vereinbarte Endrenovierungsklausel ist nicht deshalb unwirksam, weil der Mietvertrag eine unwirksame Schönheitsreparaturklausel enthält. Soweit aus dem Zusammentreffen einer Individualvereinbarung und einer Formulklausel eine unangemessene Benachteiligung des Mieters folgt, führt das nur zur Unwirksamkeit der Formulklausel.
-----------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der Beklagte war Mieter einer Wohnung des Klägers. In dem Formularmietvertrag vom 12.02.2000 war unter § 16 Nr.1 geregelt, dass die Schönheitsreparaturen vom Mieter während der Mietzeit fachgerecht und der Art der Mieträume entsprechend regelmäßig auszuführen seien, und zwar in bestimmten Zeitabständen. § 16 Nr.2 des Vertrags sah vor, dass der Mieter die Mieträume in einem Nr.1 entsprechenden Zustand zurückzugeben habe. In einem von den Mietvertragsparteien unterschriebenen Wohnungsübergabeprotokoll vom 06.03.2000 hieß es unter Nr.6: "Herr U. übernimmt vom Vormieter M. die Wohnung im renovierten Zustand. Er verpflichtet sich dem Vermieter gegenüber, die Wohnung ebenfalls im renovierten Zustand zu übergeben." Nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangte der Kläger vom Beklagten Schadensersatz für Renovierungsarbeiten in Höhe von 1.232 Euro. AG und LG wiesen die Klage ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

Lösung:

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch aus der Endrenovierungsvereinbarung Nr. 6 des Wohnungsübergabeprotokolls vom 06.03.2000, sofern es sich dabei, wie vom Berufungsgericht angenommen, um eine Individualvereinbarung handelt.

Ein Anspruch des Klägers kann zwar weder aus der Klausel Nr.1 in § 16 des Mietvertrags noch aus der Klausel Nr.2 hergeleitet werden, obwohl beide wegen des starren vom Abnutzungszustand losgelösten Fristenplans gemäß § 307 BGB unwirksam sind. Diese Unwirksamkeit schließt allerdings nicht automatisch die Unwirksamkeit einer für sich allein gesehen unbedenklichen Abrede mit ein. Denn aus dem Zusammentreffen mit einer nach § 307 BGB unwirksamen Formulklausel kann kein Summierungseffekt abgeleitet werden.

Soweit aus dem Zusammentreffen einer Individualvereinbarung und einer Formulklausel eine unangemessene Benachteiligung des Mieters folgt, führt das nur zur Unwirksamkeit der Formulklausel. Die Individualvereinbarung unterliegt dagegen nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Ebenso wenig kann eine Nichtigkeit der Individualvereinbarung gemäß § 139 BGB angenommen werden, wonach bei Nichtigkeit eines Teils im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft als nichtig anzusehen ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Individualvereinbarung wie hier nachträglich getroffen wurde. Durch das Übergabeprotokoll haben die Parteien vielmehr dem bestehenden Mietvertrag noch eine weitere Abrede hinzugefügt, ohne den sonstigen Bestand an Rechten und Pflichten zu verändern.

Das Berufungsgericht muss allerdings noch klären, ob es sich – wie vom Beklagten behauptet – bei dem Wohnungsübergabeprotokoll und der darin enthaltenen Endrenovierungsabrede um ein vom Kläger zur Mehrfachverwendung bestimmtes Formular handelt, das in diesem Fall als Allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterläge.

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.

Gericht: BGH	Vorlagebeschluss an EuGH: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	BGB
Aktenzeichen: VIII 70/08		§ 439
Datum: 14.01.2009		

	Das deutsche Recht sieht in § 439 Abs. 3 BGB das Recht des Verkäufers vor, die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten zu verweigern. Steht ist im Einklang mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie?
-----------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Der Kläger erwarb bei der Beklagten, die einen Baustoffhandel betreibt, Bodenfliesen zum Preis von 1.382,27 €. Nachdem er die Fliesen in seinem Wohnhaus hatte verlegen lassen, zeigten sich Mängel. Deswegen hat der Kläger von der Beklagten die Lieferung neuer Fliesen sowie die Zahlung zukünftig noch entstehender Aus- und Einbaukosten in Höhe von 5.830,57 € begehrt.

Das Landgericht hat der Klage zu einem geringen Teil in Höhe von 273,10 € stattgegeben und sie im Übrigen, so auch wegen der Ausbaukosten, abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte dagegen unter anderem zur Zahlung der Kosten für den Ausbau der Fliesen in Höhe von 2.122,37 € verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und gemäß der Verpflichtung aus Art. 234 EG-Vertrag dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?
2. Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der vorbezeichneten Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss?

Der Senat hat ausgeführt, dass der Kläger von der Beklagten nach deutschem Recht im Rahmen der hier allein in Betracht kommenden Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen nicht verlangen kann, selbst wenn ein solcher Anspruch grundsätzlich zu bejahen wäre. Das deutsche Recht sieht in § 439 Abs. 3 BGB das Recht des Verkäufers vor, die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten zu verweigern. Eine solche absolute Unverhältnismäßigkeit ist hier anzunehmen, weil die Kosten der Nacherfüllung (Lieferung neuer Fliesen und Ausbau der mangelhaften Fliesen) mit insgesamt rund 3.300 € den Wert der Fliesen im mangelfreien Zustand, der nicht mehr als den Kaufpreis beträgt, um deutlich mehr als 150% überschreiten. Das deutsche Recht könnte aber im Widerspruch zu der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12) – Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – stehen. Diese könnte dahin auszulegen sein, dass der Verkäufer die Nacherfüllung nicht wegen absoluter, sondern nur wegen relativer ("... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit ...") Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten verweigern darf.

In diesem Fall stellt sich die weitere Frage, ob der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) von dem Verkäufer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Kosten hierfür verlangen kann. Eine solche Verpflichtung lässt sich dem deutschen Recht nicht entnehmen. Sie könnte sich jedoch gemäß der Annahme des Berufungsgerichts aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ergeben, was bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung von § 439 BGB zu berücksichtigen wäre.

Wie die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in dem dargelegten Zusammenhang auszulegen sind, ist der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

vorbehalten.

Artikel 3 der Verbrauchsgüterrichtlinie lautet:

(1) ...

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 ...

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,

- unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und

- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären. Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigt, zu berücksichtigen sind. (...)

Strafrecht

Gericht: BVerfG	Verwertungsverbot bei polizeilicher Anordnung einer Blutprobe?	StPO
Aktenzeichen: 2 BvR 784/08		§ 81a
Datum: 28.07.2008		

	<p>1. Die Auffassung der Strafgerichte, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, nach dem jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen beantwortet werden muss, ist frei von Willkür.</p> <p>2. Es ist unter dem Aspekt des Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach Auffassung der Strafgerichte ein Verstoß gegen die Dokumentations- und Begründungspflicht bei Ausübung der Eilkompetenz gem. § 81a StPO durch die Polizei allein nicht zu einem Verwertungsverbot führt.</p> <p>3. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 II 1 GG gebietet nicht ohne Weiteres, im Falle eines Verstoßes gegen § 81a StPO im Zuge einer richterlich nicht angeordneten Blutentnahme ein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Beweismittel anzunehmen.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der Bf. kam am Sonntag, dem 15. 7. 2007, gegen 10 Uhr als Fahrer eines Pkw infolge alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit von der Fahrbahn ab und prallte frontal auf ein ordnungsgemäß die Gegenfahrbahn befahrendes Fahrzeug; der Beifahrer dieses Fahrzeugs erlitt eine Knieprellung. Die zur Unfallstelle gerufene Polizei führte beim Bf. zunächst einen Atemalkoholtest durch, der ein Ergebnis von 0,62‰ aufwies. Auf Anordnung von Polizeioberkommissar G wurde dem Bf. nach Verbringung auf die Polizeiwache um 10.56 Uhr von einem Arzt eine Blutprobe entnommen. StA oder Ermittlungsrichter wurden nicht verständigt. Gründe für die Anordnung seitens der Polizei wurden nicht dokumentiert. Es ergab sich eine Blutalkoholkonzentration von 0,43‰, zudem fanden sich Rückstände des Schlafmittels Diazepam.

Mit Urteil vom 19. 12. 2007 verhängte das AG gegen den Bf. wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung eine Geldstrafe von 35 Tagessätzen zu je 20 Euro, entzog ihm die Fahrerlaubnis und setzte eine Sperrfrist von fünf Monaten fest. Entscheidende Beweismittel für die Fahruntüchtigkeit des Bf. waren die auf der Grundlage der Blutprobe erstellten Blutalkohol- und toxikologischen Gutachten. Deren Verlesung hatte der Verteidiger des Bf. im Hinblick auf die fehlende richterliche Anordnung widersprochen. Das AG führte im Urteil aus, die Anordnung der Blutentnahme durch die Polizei sei rechtmäßig gewesen. Bei der Feststellung der Blutalkoholkonzentration für eine bestimmte Tatzeit sei höchste Eile geboten, da Alkohol im Körper abgebaut werde. Eine Rückrechnung sei zwar möglich, aber immer mit dem für den Angekl. günstigsten Wert von 0,1‰ pro Stunde vorzunehmen, obwohl der normale Abbau laut Sachverständigen bei 0,15‰

liege; hinzu komme unter Umständen noch eine Einschränkung der Rückrechnung, wenn das Trinkende nicht feststehe. Mit der Sprungrevision rügte der Bf., bezüglich des Blutalkoholgutachtens habe wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt nach § 81a StPO ein Verwertungsverbot bestanden. Mit Beschluss vom 18. 3. 2008 verwarf das OLG Braunschweig die Revision. Unabhängig davon, ob nicht ohnehin eine Ausnahmesituation vorlag, die eine polizeiliche Anordnung der Blutuntersuchung erlaubte, liege jedenfalls kein Verwertungsverbot vor, weil sich die Ermittlungsmaßnahmen unter keinem Gesichtspunkt als (objektiv) willkürlich oder als Folge einer groben Fehlbeurteilung darstellten und auch nicht unvertretbar seien.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügte der Bf. die Verletzung von Art. 19 IV und Art. 2 II 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Lösung:

II. Die Annahmeveraussetzungen des § 93a II BVerfGG liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 [24ff.] = NJW 1994, 993; BVerfGE 96, 245 [248ff.] = NJW 1998, 443); sie hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, da sie unbegründet ist.

1. Art. 19 IV GG ist nicht verletzt.

a) Das Recht auf effektiven Rechtsschutz garantiert bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt den Zugang zu den Gerichten, die Prüfung des Streitbegehrens in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Entscheidung. Art. 19 IV GG umfasst zwar nicht das Recht auf Überprüfung der richterlichen Entscheidung; sehen die Prozessordnungen allerdings eine weitere gerichtliche Instanz vor, so sichert Art. 19 IV GG die Effektivität des Rechtsschutzes auch insoweit (vgl. BVerfGE 107, 395 [401ff.] = NJW 2003, 1924 m.w. Nachw.). Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist nur dann gegeben, wenn das zur nachträglichen Überprüfung berufene Gericht die Voraussetzungen des Exekutivakts vollständig eigenverantwortlich nachprüft. Jedenfalls soweit das Handeln der Exekutive auf der Inanspruchnahme einer originär gerichtlichen Eingriffsbefugnis beruht, erstreckt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in diesen Fällen auch auf Dokumentations- und Begründungspflichten der anordnenden Stelle, die eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen ermöglichen sollen. Kommt die anordnende Stelle diesen Pflichten nicht nach oder lässt das überprüfende Gericht den gerichtlichen Rechtsschutz „leerlaufen“, indem es dem Betroffenen eine eigene Sachprüfung versagt, kann dies eine Verletzung von Art. 19 IV GG begründen (vgl. BVerfGE 103, 142 [156ff.] = NJW 2001, 1121; BVerfGK 2, 310 [315f.] = BeckRS 2004, 21090; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2002, 1333, und NJW 2003, 2303). Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Maßnahmen, die nicht - wie die Wohnungsdurchsuchung - einem verfassungsrechtlichen, sondern nur einem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt unterliegen (vgl. BVerfGK 5, 74 [81] = NJW 2005, 1637; zu alledem auch BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2007, 1345 = NZV 2007, 581).

b) Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist zu beachten, dass AG und OLG die Rechtmäßigkeit der Blutentnahme nicht umfassend nachzuprüfen hatten, sondern nur insofern, als dies für die Entscheidung über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots von Bedeutung war. Insofern war der gerichtliche Prüfungsmaßstab ein anderer als im Falle einer - auch nachträglich erhobenen - Beschwerde gegen den Eingriff der Blutentnahme als solchen, der auch den Hintergrund der Kammerentscheidungen vom 12. 2. 2007 (NJW 2007, 1345) und 31. 10. 2007 (BeckRS 2007, 28256) darstellte. Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften hat und ob hierzu insbesondere ein Beweisverwertungsverbot zählt, obliegt in erster Linie den zuständigen Fachgerichten (vgl. dazu BVerfGK 4, 283 [285] = NJW 2005, 656; BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2007, 499 [503f.] = NStZ 2007, 159). Insofern gehen die Strafgerichte in gefestigter, willkürfreier und vom Bf. auch als solcher nicht angegriffener Rechtsprechung davon aus, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist. Insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers können danach ein Verwertungsverbot nach sich ziehen (vgl. näher BGHSt 44, 243 [249] = NJW 1999, 959; BGH, NStZ 2007, 601 [602f.]; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269; BGH, NStZ 2004, 449 [450]; speziell zum Fall des Verwertungsverbots infolge Verstoßes gegen § 81a StPO OLG Hamburg, NJW 2008, 2597; OLG Karlsruhe, NStZ 2005, 399; OLG Stuttgart, NStZ 2008, 238).

c) AG und OLG haben das Verhalten der Ermittlungsbehörden an diesem Maßstab überprüft und sind somit ihrer Verpflichtung aus Art. 19 IV GG nachgekommen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Art und Weise des Umgangs der Gerichte mit der fehlenden Dokumentation, die für die Annahme von Gefahr im Verzug durch die Polizei maßgeblich waren. Zwar beinhaltet das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Fällen der Inanspruchnahme einer Eilkompetenz, wie sie § 81a StPO der StA und - nachrangig - der Polizei zugesteht, eine Dokumentations- und Begründungspflicht der anordnenden Stelle, um eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen zu ermöglichen. Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2007, 1345 Rdnrn 13, 17 unter Verweis auf BVerfGE 103, 142 [160] = NJW 2001, 1121; BVerfGK 2, 310 [315f.] und BVerfGK 5, 74 [79] = NJW 2005, 1637). Entsprechend ist es in Fällen fehlender Evidenz dem zur Überprüfung berufenen Gericht verwehrt, die fehlende Dokumentation durch Verwendung einer ihm erst nachträglich zugänglich gemachten Stellungnahme der Ermittlungsbehörden gleichsam zu ersetzen; dies würde nämlich eine Nachbesserung der von ihm gerade zu kontrollierenden hoheitlichen Akte darstellen, welche die präventive Funktion des Richtervorbehalts leerlaufen ließe (BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 31. 10. 2007 - 2 BvR 1346/07, BeckRS 2007, 28256). Diese Einschränkung der Prüfungskompetenz hat das BVerfG bislang allerdings nur für die unmittelbare Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns der Ermittlungsbehörden gefordert, die etwa auf nachträglichen Antrag des Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO (vgl. Senge, in: KK-StPO, 5. Aufl. [2003], § 81a Rdnr. 13), gegebenenfalls auch im Beschwerderechtszug, erfolgt. Sie lässt sich nicht auf die durch das erkennende Gericht vorzunehmende Prüfung der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots übertragen. Wenn die strafgerichtliche Rechtsprechung davon ausgeht, dass fehlende Dokumentation allein nicht zu einem Verwertungsverbot führt (vgl. etwa BGH, NStZ-RR 2007, 242 [243], unter Verweis auf BGH, NJW 2005, 1060 = NStZ 2005, 392 [393]), ist das deswegen nicht zu beanstanden, zumal diese Rechtsprechung die Möglichkeit offenlässt, den Dokumentationsmangel entsprechend seinem Gewicht im Einzelfall als Gesichtspunkt in der vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen. Auch im vorliegenden Fall war die Annahme eines Beweisverwertungsverbots daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie nicht geboten.

2. Ob der in der Blutentnahme liegende Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Bf. als solcher Art. 2 II 1 GG verletzt, ist vorliegend nicht zu prüfen, da Gegenstand der Verfassungsbeschwerde nicht die Anordnung der Blutentnahme, sondern die strafgerichtliche Verurteilung des Bf. ist. Im Hinblick auf die Blutentnahme selbst ist zudem der Rechtsweg nicht erschöpft (§ 90 II BVerfGG), da der Bf. einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 98 II 2 StPO nicht gestellt hat. Jedenfalls gebietet auch Art. 2 II 1 GG nicht ohne Weiteres, im Falle eines - unterstellten - Verstoßes gegen § 81a StPO im Zuge einer richterlich nicht angeordneten Blutentnahme ein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Beweismittel anzunehmen.

3. Schließlich liegt kein Verstoß gegen den Anspruch des Bf. auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren nach Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG vor. Unter diesem Gesichtspunkt ist lediglich zu prüfen, ob ein rechtsstaatlicher Mindeststandard gewahrt ist (vgl. BVerfGE 57, 250 [275f.] = NJW 1981, 1719) und weiter, ob die maßgeblichen strafrechtlichen Vorschriften unter Beachtung des Fairnessgrundsatzes und in objektiv vertretbarer Weise, also ohne Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot (Art. 3 I GG), ausgelegt und angewandt worden sind (vgl. BVerfGE 18, 85 [92f.] = NJW 1964, 1715; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1987, 2662 [2663] = NStZ 1987, 419). Vorliegend sind keine Anhaltspunkte für eine willkürliche, den Fairnessgrundsatz ignorierende Handhabung der strafprozessualen Grundsätze über Beweisverwertungsverbote gegeben. Im Übrigen dürfte bereits der in § 81a StPO enthaltene Richtervorbehalt nicht zum rechtsstaatlichen Mindeststandard zu zählen sein; denn das Grundgesetz enthält ausdrückliche Richtervorbehalte zwar für Wohnungsdurchsuchungen (Art. 13 II GG) und Freiheitsentziehungen (Art. 104 II 1 GG), nicht aber für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1, 3 GG). Unabhängig davon ist in Fällen wie dem vorliegenden jedenfalls die Annahme eines Beweisverwertungsverbots unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Mindeststandards nicht geboten.

Anzeige



Crash-Kurse wieder im Juni und August 2009

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)

Gericht: BGH	Mittäterschaft bei Ausscheiden im Vorbereitungsstadium	StGB
Aktenzeichen: 1 StR 174/08		§ 25 II
Datum: 02.07.2008		

	<p>Eine Strafbarkeit wegen Mitwirkung an der ausgeführten Tat bei demjenigen, der im Vorbereitungsstadium unbeschadet fortwirkender Tatbeiträge ausscheidet (hier: ausgeschlossen wird), ist nur unter einer doppelten Voraussetzung ausgeschlossen: Die schließliche Deliktsverwirklichung muss erstens eine andere Tat sein als das im Vorbereitungsstadium abgebrochene Geschehen, und der Ausscheidende muss zweitens von der späteren Durchführung des Delikts nichts gewusst haben. Diese beiden Voraussetzungen sind hier gegeben, und deshalb hat der Senat den Angeklagten nur wegen Verabredung eines Verbrechens bestraft.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt:

Der Angeklagte Izar hatte mit 3 Komplizen den Plan entwickelt, am 29. 1. 2007 den Marktleiter eines Penny-Marktes in Altensteig zu überfallen. Die Täter wollten dadurch die Einnahmen der vergangenen Tage an sich bringen. Sie trafen sich auch am verabredeten Tage, waren aber lange vor der Ankunft des Marktleiters erschienen und fuhren unverrichteter Dinge wieder nach Hause, weil sie nicht so lange warten wollten. Da Izar an den folgenden Tagen Frühschicht hatte und deshalb verhindert war, führten die 3 Mitangeklagten am 31. 1. den Überfall ohne ihn unter Zuziehung eines Ersatzmannes und in anderer Rollenverteilung aus. Izar, der ursprünglich „planender Kopf“ der Gruppe gewesen war, wusste von alledem nichts und war davon ausgegangen, dass die Tat zu einem anderen Zeitpunkt unter seiner aktiven Mitwirkung durchgeführt werden würde. Als er aus der Zeitung von dem Überfall erfuhr, verlangte er seinen Beuteanteil und erhielt nach anfänglicher Weigerung der ausführenden Mittäter 300 EUR. Die Gesamtbeute hatte sich auf etwa 1500 EUR belaufen.

Lösung:

Die Revision des Angekl. I hat teilweise Erfolg, weil er sich nicht wegen Anstiftung zur, sondern wegen Verabredung einer schweren räuberischen Erpressung nach §§ 253 I, II, 255, 250 I Nr. 1 b, 30 II StGB strafbar gemacht hat.

Entgegen der Bewertung durch das LG liegt Anstiftung schon deswegen nicht vor, weil der Angekl. I die Mitangeklagten nicht zu der schweren räuberischen Erpressung i.S.v. § 26 StGB „bestimmt“ hat (nachfolgend 1). Im Übrigen scheidet auch eine Beteiligung als Mittäter - ebenso wie eine solche als Gehilfe - aus; denn nach der Vorstellung des Angekl. I begingen die Mitangeklagten nicht die Tat gemäß dem gemeinsamen Tatplan, sondern eine andere Tat (nachfolgend 2).

1. Nach den Urteilsfeststellungen war der Angekl. I **nicht Anstifter**. Feststellungen, die die Annahme tragen, er habe den Tatentschluss bei den Mitangeklagten erst hervorgerufen, sind nicht getroffen worden. Vielmehr entwickelten die Angeklagten die Idee eines Raubüberfalls auf den Marktleiter des Penny-Markts gemeinsam. Die Informationen für den Tatplan stammten nicht allein vom Angekl. I, sondern auch von Mitangeklagten, so etwa, was das Wissen um das Abholen der Tageseinnahmen bei dem Supermarkt durch ein Geldtransportunternehmen anbelangt. Den Entschluss zur Tatausführung am 29. 1. 2007, die noch im Vorbereitungsstadium abgebrochen wurde, fassten die Angeklagten ebenfalls gemeinsam.

Der Angekl. I zeigte zwar im Vorbereitungsstadium die höchste Planungskompetenz in der Tätergruppe und war dementsprechend „zunächst“ deren „planender Kopf“. Aus den Urteilsgründen ergibt sich allerdings, dass die Planung einzelne Modalitäten der Verwirklichung eines dem Grunde nach feststehenden Tatentschlusses betraf. Dem entspricht es, dass die Mitangeklagten nach dem 29. 1. 2007 „beschlossen, I's fortbestehenden und von diesem nicht zurückgenommenen Plan für den Überfall zu nutzen und nur die Rollen neu zu verteilen“, wobei auch die Rolle des „planenden Kopfes“ vom Mitangekl. K übernommen wurde. Dementsprechend wurden im Fluchtfahrzeug in Abwesenheit des Angekl. I einzelne Modalitäten der Tatausführung weiter präzisiert, indem der konkrete Ablauf des Überfalls besprochen wurde.

Wie der GBA in seiner Antragsschrift im Ansatz zutreffend ausgeführt hat, wäre eine Tatbeteiligung des Angekl. I im Grundsatz als Mittäterschaft nach § 25 II StGB zu qualifizieren (nachfolgend a). Allerdings begingen die Mitangeklagten, indem sie sich einseitig von dem gemeinschaftlich gefassten Tatentschluss lösten und den

Marktleiter ohne Wissen und Wollen des Angekl. I überfielen, nicht die mittäterschaftlich geplante Tat, vielmehr eine andere Tat (nachfolgend b).

a) Wäre die Tat gemäß dem gemeinsamen Tatplan ausgeführt worden, wäre der Angekl. I daran als Mittäter beteiligt gewesen, selbst wenn von vornherein nicht geplant gewesen wäre, dass er im Ausführungsstadium mitwirken sollte. Insoweit gilt: Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ 2003, 253, 254; NStZ-RR 2002, 74, 75 mwN).

b) Mittäterschaft scheidet hier freilich aus, da die ausgeführte Tat wesentlich ebenso von der Vorstellung des Angekl. I wie vom gemeinsamen Tatplan abweicht: Die Tat wurde absprachewidrig zu einem anderen Zeitpunkt in anderer Besetzung mit anderer Rollenverteilung der Ausführenden begangen. Darüber hinaus hatte der Angekl. I weder Kenntnis von der Tatbegehung noch rechnete er auch nur damit; er ging vielmehr davon aus, dass sein Tatbeitrag noch nicht ausreicht und der Tatplan nicht ohne weitere Mitwirkungshandlungen seinerseits verwirklicht werde (vgl. auch S/S-Eser 27. Aufl., § 24 Rn 82; LK-Vogler 11. Aufl., § 24 Rn 164). Er hatte die Tatausführung noch nicht aus den Händen gegeben. Die konkrete Tat entsprach auch nicht dem Willen des Angekl. I. Vielmehr wollte er auch im Ausführungsstadium mitwirken. Dementsprechend stellte er, als „er aus der Zeitung erfahren hatte, dass ‚sein‘ Überfall ohne seine Beteiligung ausgeführt worden war, Z zur Rede ... und verlangte seinen Beuteanteil“.

In dem in diesem Sinne definierten fehlenden Wissen und Wollen unterscheiden sich Fälle der vorliegenden Art von verwandten Fallkonstellationen, die der BGH bereits entschieden und dabei Mittäterschaft - zumindest im Grundsatz - bejaht hat. Das gilt vor allem für Fälle, in denen ein „Hintermann“ die Planung einer Tat (mit-) beherrscht, diese aber anschließend aus den Händen gibt und dabei das genaue Vorgehen bei der Tatausführung und den hierfür geeigneten Zeitpunkt dem Ermessen seines Mittäters überlässt (vgl. BGH NStZ 2003, 253, 254; NStZ-RR 2004, 40, 41; ferner Fischer StGB, 55. Aufl., § 25 Rn 12a). In derartigen Fällen umfasst der gemeinschaftlich gefasste Tatentschluss das Vorgehen insoweit nur im Allgemeinen und räumt einzelnen Mittätern in der Art der Ausführung Freiheiten ein (vgl. MünchKomm-StGB-Joecks § 25 Rn 205 mwN). In der völligen Unkenntnis des Angekl. I von der Tatbegehung unterscheidet sich der hiesige Fall aber auch von Fällen, in denen ein Mittäter im Vorbereitungsstadium von der Tatausführung Abstand nimmt, er allerdings - etwa wegen fehlgeschlagener Umstimmungsversuche - weiß oder zumindest damit rechnet, dass andere Mittäter (gegebenenfalls) seinen Tatbeitrag ersetzen und die Tat gleichwohl ohne ihn ausführen (vgl. BGHSt 28, 346; BGH NStZ 1994, 29; 1999, 449).

Aus den genannten Gründen kann der Angekl. I ebenso wenig als Gehilfe nach § 27 StGB belangt werden.

3. Da der Angekl. I also weder Täter noch Teilnehmer der ausgeführten - wesentlich anderen - Tat ist, hat er sich hinsichtlich der ursprünglich geplanten Tat wegen Verbrechensverabredung nach § 30 II StGB strafbar gemacht.

Anm.: Ein sehr origineller Fall, der so in dieser Form in der Rechtsprechung wohl noch nicht behandelt wurde. Bisher wurde stets nur der Fall der „Lossagung“ behandelt, in welchem ein Beteiligter im Vorbereitungsstadium aus eigenem Willen ausscheidet und die Tat dann dennoch (abredewidrig) begangen wird. Die Rspr. hat hier z.T. sehr weit reichend dem sich Lossagenden den späteren Taterfolg zugerechnet.

Vgl. aus dem Examenskurs den Fall „Die Skizze“ und aktuell den kurzen aber lehrreichen Aufsatz von Roxin, NStZ 2009, 7 ff., der das hier mitgeteilte Urteil bespricht.

Hingewiesen sei auch darauf, dass nicht jede Mittäterschaft quasi automatisch die Voraussetzungen der Anstiftung miterfüllt. Vor allem kann nicht die Auffassung vertreten werden, dass bei gemeinsamer Tatplanung quasi jeder Mittäter den anderen anstiftet.

BM Justiz	Verständigung in Strafverfahren - Gesetzgebungsvorhaben	StPO
Pressemitteilung		§ 257c n.F.
Datum: 21.01.2009		

Auf Vorschlag von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat das Bundeskabinett heute einen Gesetzentwurf beschlossen, mit dem die Voraussetzungen einer Verständigung im Strafverfahren geregelt werden. Der Entwurf enthält klare gesetzliche Vorgaben zu Verfahren, Inhalt und Folgen von Verständigungen und gewährleistet dadurch Rechtsicherheit, Transparenz und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die gerichtliche Praxis.

"Seit über 20 Jahren gehört es zum Alltag in deutschen Gerichtssälen, dass sich das Gericht und die weiteren Beteiligten über den Verlauf des Strafprozesses und über das Ergebnis verständigen. Das gilt nicht nur für große und komplexe Wirtschaftsverfahren - Verständigungen sind kein Privileg für Reiche oder Weiße-Kragen-Täter. Auch im Bereich der Drogenkriminalität, bei Gewaltdelikten oder in Verfahren wegen kleinerer Kriminalität werden so genannte Absprachen getroffen. Der Bundesgerichtshof hat Verständigungen als sinnvolle Alternative zur Durchführung des Strafverfahrens "bis zum bitterem Ende" anerkannt und ihnen in mehreren Entscheidungen gewisse Konturen gegeben. Es ist aber die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, praktisch bedeutsame Vorgänge des Strafverfahrens nicht der Rechtsprechung zu überlassen, sondern selbst für die notwendige Rechtsklarheit zu sorgen. Mit unserem Gesetzentwurf wird erstmals geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Verständigung zustande kommen darf. Gleichzeitig halten wir an den bisherigen bewährten Grundsätzen des Strafprozesses fest: Auch in Zukunft ist das Gericht zur umfassenden Wahrheitsermittlung verpflichtet, und auch eine aufgrund einer Verständigung festgelegte Strafe muss der Schuld des Täters gerecht werden. Wir schaffen daneben durch weitreichende Dokumentations- und Mitteilungspflichten eine größtmögliche Transparenz der Verfahrensabläufe. Nach unserem Gesetzentwurf dürfen Absprachen nur in öffentlicher Hauptverhandlung getroffen werden. Damit stellen wir klar: Es wird auch in Zukunft kein Mäuscheln in den Hinterzimmern, kein Feilschen um das Urteil und keinen Handel mit der Gerechtigkeit geben", sagte Bundesjustizministerin Zypries.

Im Einzelnen:

1. Handlungsbedarf Die Verständigung in Strafverfahren ist bislang gesetzlich nicht geregelt. Bei dieser Verfahrensweise versuchen das Gericht und die weiteren Verfahrensbeteiligten - vor allem Staatsanwaltschaft, Angeklagter und Verteidigung, aber auch der Nebenkläger - sich über den Verlauf des Verfahrens und über dessen Ausgang zu verständigen. Der Bundesgerichtshof hat solche Absprachen für grundsätzlich zulässig erklärt und vor dem Hintergrund der hohen Belastung der Justiz diese verfahrensökonomische Art der Erledigung als unerlässlich bezeichnet. Auch unter dem Gesichtspunkt des Zeugen- und Opferschutzes sind Verständigungen eine berechtigte Alternative auf dem Weg zu einem gerechten Urteil, wenn auf eine vor allem für das Opfer psychisch belastende Beweisaufnahme verzichtet werden kann. Voraussetzung für die Zulässigkeit von Absprachen ist jedoch, dass die grundlegenden Prinzipien des deutschen Strafprozesses und des materiellen Strafrechts eingehalten werden. Zustandekommen und Ergebnis einer Verständigung müssen sich am Grundsatz des fairen Verfahrens, der Pflicht des Gerichts zur umfassenden Ermittlung der Wahrheit sowie an einer gerechten und schuldangemessenen Strafe orientieren. In seiner Grundsatzentscheidung vom 3. März 2005 hat der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofs wesentliche Leitlinien zur Zulässigkeit von Absprachen festgelegt, gleichzeitig jedoch betont, dass die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung erreicht sind.

2. Lösung Künftig wird es in der Strafprozessordnung ein umfassendes und differenziertes rechtstaatliches Regelungskonzept zur Verständigung im Strafverfahren geben. Die neuen Vorschriften stellen der Praxis in weitem Umfang Vorgaben für Zustandekommen und Inhalt von Absprachen zur Verfügung, ohne den für Einzelfälle notwendigen Spielraum zu sehr einzuschränken. Dabei geht der Gesetzentwurf von den folgenden Grundsätzen aus:

Die Grundsätze der Strafzumessung bleiben unberührt. Das Strafmaß muss sich weiterhin an der **Schuld des Angeklagten** orientieren. Unberührt bleiben auch die Grundsätze des Strafverfahrens. Es wird insbesondere **kein "Konsensprinzip"** geben. Eine Verständigung kann nie alleinige Grundlage des Urteils sein. Das Gericht bleibt weiterhin verpflichtet, den wahren Sachverhalt bis zu seiner Überzeugung zu ermitteln. Es muss ein größtmögliches Maß an Transparenz gewährleistet sein. Eine Verständigung kann nur in der **öffentlichen Hauptverhandlung** zustande kommen, Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung muss das Gericht öffentlich mitteilen. Verständigungen müssen stets umfassend protokolliert und im Urteil erwähnt werden. Es gibt **keinerlei Beschränkungen der Rechtsmittel**. Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts darf nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Das Urteil bleibt auch nach einer Verständigung in vollem Umfang überprüfbar, der Angeklagte muss darüber eingehend belehrt werden.

Der Gesetzentwurf enthält einen vernünftigen und praxisgerechten Mittelweg zwischen einem teilweise geforderten

Totalverbot von Absprachen einerseits und einem Konsensprinzip andererseits, welches das Gericht zu sehr aus seiner Verantwortung zur Ermittlung der Wahrheit entlassen würde. Die vorgeschlagene Lösung berücksichtigt insbesondere die Vorgaben der Rechtsprechung sowie eine Vielzahl von Anregungen aus Wissenschaft und Praxis. Insbesondere unterscheidet der Entwurf nicht zwischen verteidigtem und unverteidigtem Angeklagten und schließt auch Verfahren vor den Amtsgerichten nicht aus. Damit wird eine "2-Klassen-Justiz" vermieden und dem Umstand Rechnung getragen, das auch in amtsgerichtlichen Verfahren, wo vorwiegend Fälle der kleineren und mittleren Kriminalität behandelt werden, Verständigungen zum Alltag gehören.

3. Inhalt Zentrale Vorschrift zur Regelung der Verständigung ist ein neuer § 257c StPO. Er enthält Vorgaben zum zulässigen Gegenstand, zum Zustandekommen und zu den Folgen einer Verständigung und legt fest, dass die Pflicht des Gerichts zu Aufklärung des Sachverhalts uneingeschränkt bestehen bleibt.

Gegenstand Gegenstand einer Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen, also im Wesentlichen das Strafmaß und etwaige Auflagen wie zum Beispiel Bewährungsaufgaben sein. Auch Maßnahmen zum Verfahrensverlauf sowie das Prozessverhalten der Beteiligten sind zulässig, wie etwa Einstellungsentscheidungen, die Zusage von Schadenswiedergutmachung durch den Angeklagten oder der Verzicht auf weitere Beweisanträge oder Beweiserhebungen, soweit dies mit der Sachaufklärungspflicht des Gerichts vereinbar ist. Ebenfalls soll ein Geständnis Gegenstand einer Verständigung sein. Das Gericht muss von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt sein, um seiner Aufklärungspflicht in vollem Umfang nachzukommen. Bei Zweifeln an der Richtigkeit muss es gegebenenfalls auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden.

Ausdrücklich ausgeschlossen als Gegenstand einer Verständigung sind der Schuldspruch - also die Frage, ob und wenn ja, wegen welcher Strafnorm jemand verurteilt wird - und die Ankündigung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten. Ebenso wenig können Maßregeln der Besserung und Sicherung wie beispielsweise die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in eine Verständigung aufgenommen werden, weil hier das Gesetz dem Gericht keinen Entscheidungsspielraum belässt.

Zustandekommen Eine Verständigung kommt zustande, indem das Gericht ihren möglichen Inhalt bekannt gibt und der Angeklagte sowie die Staatsanwaltschaft zustimmen. Das Gericht gibt dabei eine Ober- und Untergrenze der möglichen Strafe an. Dabei muss es die allgemeinen Strafzumessungserwägungen berücksichtigen und darf weder eine unangemessen niedrige noch eine unangemessen hohe Strafe vorschlagen. Die Initiative zu einer Verständigung ist aber nicht allein dem Gericht vorbehalten, entsprechende Anregungen können auch von den anderen Verfahrensbeteiligten ausgehen.

Nicht vorgesehen ist, dass auch der Nebenkläger zustimmen muss. Dies entspricht dem bereits geltenden Strafprozessrecht, nach dem der Nebenkläger das Urteil allein wegen der Rechtsfolgen nicht angreifen kann. Die Strafzumessung bzw. das Strafmaß sind aber gerade der wesentliche Gegenstand einer Verständigung. Dies schließt aber nicht aus, dass der Nebenkläger an Gesprächen und Erörterungen im Vorfeld von Verständigungen beteiligt ist und dabei seine Bedenken und Vorschläge äußert.

Transparenz Eine Verständigung kann nur in öffentlicher Hauptverhandlung zustande kommen. Dies schließt nicht aus, dass außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche geführt werden, durch die eine Verständigung vorbereitet wird. Nach dem Gesetzentwurf ist der Vorsitzende des Gerichts verpflichtet, darüber Transparenz herzustellen, indem er in öffentlicher Hauptverhandlung mitteilt, ob und ggf. mit welchem Inhalt solche Gespräche stattgefunden haben. Um die Geschehnisse bei einer Verständigung umfassend zu dokumentieren, muss das Gericht den wesentlichen Ablauf einschließlich etwaiger Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung, den Inhalt und das Ergebnis einer Verständigung protokollieren. Damit wird vor allem sichergestellt, dass Absprachen im Revisionsverfahren vollständig überprüft werden können.

Folgen des Scheiterns Eine besondere Vorschrift sieht der Entwurf für den Fall vor, dass sich das Gericht von einer Verständigung lösen will. Die Bindung des Gerichts entfällt, wenn das Gericht nachträglich zur Überzeugung kommt, dass die in Aussicht gestellte Strafe nicht tat- oder schuldangemessen ist, was den Fall einschließt, dass das Gericht eine unzutreffende Prognose bei der Bewertung des bisherigen Verhandlungsergebnisses abgegeben hat. Auch kann das Prozessverhalten des Angeklagten das Gericht veranlassen, sich von der Absprache zu lösen, wenn es nicht mehr dem Verhalten entspricht, welches das Gericht seiner Prognose zugrunde gelegt hat. Eine solche Regelung ist erforderlich, weil Ergebnis des Strafverfahrens immer ein richtiges und gerechtes Urteil sein muss. Entfällt die Bindung des Gerichts, darf ein Geständnis des Angeklagten, das er im Vertrauen auf den Bestand der Verständigung als seinen "Beitrag" abgegeben hat, nicht verwertet werden. Damit wird der Schutz des Angeklagten gestärkt und dem Grundsatz des fairen Verfahrens Rechnung getragen.

Rechtsmittel Neben dem Verbot, die Ankündigung eines Rechtsmittelverzichts zum Gegenstand einer Verständigung zu machen, verzichtet der Gesetzentwurf aus zwei Gründen bewusst darauf, Rechtsmittel nach vorangegangener Verständigung einzuschränken oder auszuschließen. Zum einen soll eine vollständige Kontrolle durch das Berufungs- oder Revisionsgericht möglich sein. Damit soll sichergestellt werden, dass die Vorschriften

gleichmäßig entsprechend der Vorgaben des Gesetzgebers angewandt werden. Zum anderen soll der Eindruck vermieden werden, das Urteil beruhe auf einem "Abkommen" der Beteiligten, an das sich alle zu halten haben. Ergebnis einer Verständigung ist vielmehr ein ganz normales Urteil, dessen Grundlage die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit ist und das auf einer vollständigen Aufklärung des Sachverhalts beruht. Dazu gehört, dass das Urteil wie jedes andere überprüfbar sein muss. Ein Rechtsmittelverzicht ist nur dann wirksam, wenn der Angeklagte ausdrücklich darüber belehrt worden ist, dass er trotz einer vorangegangenen Verständigung in seiner Entscheidung frei ist, gegen das Urteil Rechtsmittel einzulegen ("qualifizierte Belehrung"). Ist diese Belehrung unterblieben, kann der Angeklagte trotz erklärten Verzichts auf Rechtsmittel gegen das Urteil vorgehen.

Kommunikation Ein weiterer, wichtiger Regelungskomplex (§§ 160b, 202a, 212 StPO-E) hat zum Gegenstand, die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten zu stärken. Es sollen bereits im Ermittlungsverfahren, aber auch in allen weiteren Stadien des gerichtlichen Verfahrens sogenannte Erörterungen der verfahrensführenden Stellen (Staatsanwaltschaft bzw. Gericht) mit den Verfahrensbeteiligten gefördert werden. Bei solchen Erörterungen im gerichtlichen Verfahren kann auch die Möglichkeit einer Verständigung besprochen werden. Ziel ist es, dass die Beteiligten miteinander im Gespräch bleiben, wenn dies für den Verlauf des Verfahrens sinnvoll ist. Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates. Ziel ist es, das parlamentarische Verfahren noch in dieser Legislaturperiode abzuschließen.

Öffentliches Recht

Gericht: BVerwG	Adressat der Rechtsbehelfsbelehrung	VwGO
Aktenzeichen: 6 B 14/08		§ 58, 74
Datum: 07.07.2008		

	Ob die einem begünstigenden Verwaltungsakt mit drittbelastender Wirkung beigefügte Rechtsbehelfsbelehrung auch gegenüber dem Dritten gilt, richtet sich danach, ob der Dritte sie in Anbetracht der Gesamtumstände eindeutig auch auf sich beziehen musste.
-------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Wirkung kann zwar eine Rechtsbehelfsbelehrung auch dann i. S. v. § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO (partiell) "unterblieben" sein, wenn der Dritte eine entsprechende Belehrung nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt nicht auf sich beziehen musste. Falls sich der Drittbezug nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus der Rechtsbehelfsbelehrung selbst ergibt, kann und muss erforderlichenfalls die Behörde etwaige Unklarheiten durch zweckentsprechende Abfassung eines an den Dritten gerichteten Begleitschreibens beseitigen (OVG Münster, Beschluss vom 19. Januar 2000 - 21 B 2148/ 99 - NVwZ RR 2000, 556; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. Januar 2007 - 10 S 1. 07 - LKV 2007, 322). Im Anschluss an diese Rechtsprechung beruft sich die Beschwerde darauf, dass das Schreiben der Bundesnetzagentur vom 14. November 2006, mit dem der Klägerin der angefochtene Beschluss vom 8. November 2006 übermittelt wurde, weder eine eigene Rechtsbehelfsbelehrung enthielt noch ausdrücklich auf die dem Beschluss angefügte Rechtsbehelfsbelehrung verwies. Dabei übersieht sie aber, dass es derartiger Vorkehrungen nicht bedurfte, weil die von der Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss erteilte Belehrung aus sich heraus keinen Zweifel darüber zuließ, dass sie sich auch an die Klägerin als Beigeladene des Beschlusskammerverfahrens richtete.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, wie schon vom VG zu Recht hervorgehoben, die spezialgesetzliche Regelung in § 131 Abs. 1 Satz 2 TKG. Danach sind Entscheidungen der Bundesnetzagentur mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel den Beteiligten zuzustellen. Beteiligte des Beschlusskammerverfahrens sind nach § 134 Abs. 2 TKG neben dem Antragsteller auch diejenigen, die wegen der Berührung eigener Interessen von der Bundesnetzagentur beigeladen worden sind. Daraus folgt, dass sich der verfahrensbeendende Beschluss der Bundesnetzagentur - entsprechend der gerichtsförmigen Ausgestaltung des Beschlusskammerverfahrens - an alle am Verfahren Beteiligten und nicht etwa lediglich an den Antragsteller als Adressaten wendet. Die mit § 131 Abs. 1 Satz 2 TKG einhergehende Besonderheit bei der Zustellung telekommunikationsrechtlicher Verwaltungsakte hat auch in der sprachlichen Gestaltung der hier umstrittenen Rechtsbehelfsbelehrung einen angemessenen Ausdruck gefunden. Denn diese Belehrung richtete sich nicht (wie etwa im Fall des OVG Münster, a. a. O.) in Anredeform an die Antragstellerin des Verwaltungsverfahrens, sondern war in Anlehnung an die gerichtsgewöhnlichen Rechtsmittelbelehrungen so abgefasst, dass alle Verfahrensbeteiligten gleichermaßen angesprochen wurden.

JuCon in Kooperation mit
Jura Intensiv lädt ein zum

Law-Event

bei Taylor Wessing

am 05. März 2009, 18.00 Uhr
bei Taylor Wessing Frankfurt
Senckenberganlage 20-22

**Laut azur-Associateranking
2008 ist Taylor Wessing der
beliebteste Arbeitgeber unter
Deutschlands Großkanzleien
(Juve 03/08).**

Sie erhalten direkten Einblick in das Innenleben einer internationalen Wirtschaftskanzlei.

Sie diskutieren in offener Runde mit Associates, was es bedeutet, in einer Großkanzlei zu arbeiten.

Sie haben im Anschluss Gelegenheit, bei einem informellen Get Together persönlich mit Partnern zu sprechen.

Wir suchen Referendare, Wissenschaftliche Mitarbeiter und Berufseinsteiger (w/m), die in jeder Beziehung zu uns passen: Geradlinig, mit starken sozialen Kompetenzen und exzellenten juristischen Qualifikationen.

**Bewerbung mit CV und Zeugnissen bei
Dr. Dirk Schweinberger oder unter jucon@gmx.de**

Wir freuen uns auf Sie!



www.taylorwessing-karriere.com

Gericht: OLG Celle	„Virtueller Pranger“ im Internet	BGB
Aktenzeichen: 16 U 2/07		§§ 923, 1004
Datum: 19.06.2007		

	Die Einrichtung und Aufrechterhaltung eines Internetforums durch Strafverfolgungsbehörden kann wegen Verstoßes gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eines Verdächtigen darstellen.
-----------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Am Pfingstsonntag, den 3. 6. 2001, wurde die 81 Jahre alte E von einem seinerzeit unbekanntem Täter in ihrer Wohnung in F. durch brutale Schläge auf den Kopf und ein Durchschneiden der Kehle getötet. Mangels Aufbruchspuren gingen die Ermittlungsbehörden von der sich später als zutreffend erweisenden Tatsache aus, dass das Opfer den Täter kannte und ihn in ihr Haus gelassen hatte. Ferner deutete das Verbrechen auf einen psychisch abnormen Täter hin. Die ermittelnde Kriminalpolizei hatte den im Nachbarhaus bei seinen Adoptiveltern, sein Vater war der örtliche Gemeindepfarrer, aufgewachsenen und damals 17 Jahre alten K in Verdacht. Das Opfer kannte K. Ferner hielten ihn die Ermittlungsbeamten für auffällig. Im Juli 2001 eröffnete die Polizei ein Diskussionsforum zum Mordfall im Internet mit folgendem Hinweis: „Diese Veröffentlichung soll einerseits ein Podium bieten, auf dem die Bürger ihre Meinung zu dem Verbrechen äußern können. Andererseits sollen auch auf diesem Wege mögliche Zeugen oder andere Personen angesprochen werden, die in dieser Sache Hinweise geben können.“ Dabei war die Plattform so gewählt, dass jedermann, der auf die Internetseite zugriff, die von anderen Teilnehmern eingestellten Beiträge lesen konnte, um den Besuchern der Seite auf diese Weise die erwünschte Möglichkeit zu eröffnen, miteinander über die eingestellten Beiträge zu diskutieren. Auf das Internetforum wies die H-Zeitung am 27. 7. 2001 hin. In der Folge stellten verschiedene Personen unter Phantasienamen (etwa Wuschel, Sherlock Holmes) unter anderem folgende Beiträge ein: „Sherlock Holmes: Guten Tag! Man hört öfter so, dass ein geistesgestörter Jugendlicher aus F. unter Verdacht steht ... wie sieht es damit aus? „Wuschel: Bei uns wird getuschelt, dass es der Sohn vom Pastor in F. gewesen sein soll - ob es stimmt weiß ich natürlich nicht. Jedenfalls soll er einschlägig (auch polizeilich) bekannt sein (Drogen usw.), das mit dem LKH würde auch hinkommen und die Beerdigung der Frau E hat komischerweise nicht der F.-Pastor vorgenommen (wie es ja üblich wäre), sondern ein anderer. Also noch mal: Man erzählt es sich nur, es gibt natürlich keine Beweise (schließlich war ja keiner dabei) und der Sohn soll hier auch nicht voreilig beschuldigt werden, aber das mit der Verschwiegenheit wäre ja dann geklärt ... Auch wenn es ein „Promi“ wäre, müsste der Fall geklärt werden, bei Mord hört der Spaß auf und da sollten Promis wie jeder andere Bürger auch behandelt werden ...“

Am 2. 7. 2003 stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen den Kl. nach § 170 II ZPO ein. Auf Grund seiner Psyche und der Bekanntheit mit dem Opfer hielt man seine Täterschaft zwar für möglich, Beweise dafür hatte man aber nicht. Am 10. 1. 2006 suchten zwei Polizeibeamte den Kl. während des Schulbesuchs in G. auf und befragten ihn nach einem Tötungsdelikt in I. Im Februar 2006 gestand der wahre Täter, die seinerzeit 81 Jahre alte E getötet sowie ein weiteres Tötungsdelikt begangen zu haben. Dieses Geständnis erwies sich als richtig. Der Täter wurde rechtskräftig verurteilt. Am 8. 2. 2006 berichteten die Ermittlungsbehörden in einer Pressekonferenz im Fall E von dem abgelegten Geständnis des wahren Täters und teilten unter Nennung seines Namens mit, der Kl. sei nicht der Täter gewesen. Zugleich teilte der Kripo-Chef sinngemäß mit, die leider sehr belastenden Eingriffe gegen den zu Unrecht beschuldigten Kl. und dessen Familie täten ihnen natürlich leid. Allerdings sei der Verdacht damals konkret und nicht konstruiert gewesen, viel habe nicht gefehlt, und man hätte einen Haftbefehl beantragt. Der Verdacht sei erst im Januar 2006 entfallen.

Lösung:

I. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass strafrechtliche Ermittlungen - hier wegen eines Kapitalverbrechens - überwiegend mit Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht des Verdächtigten verbunden sind, solche Ermittlungen wegen des strafrechtlichen Verfolgungszwangs (Legalitätsprinzip) aber rechtmäßig sind und auch nicht dadurch unrechtmäßig werden, dass sie sich am Ende als ungerechtfertigt erweisen (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 66. Aufl., § 823 Rdnr. 37; zum Zivilprozess: BGH, NJW 2004, 446). Allerdings obliegt den Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Beschuldigten in einem Ermittlungsverfahren die Amtspflicht, das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten verletzende Ermittlungsmaßnahmen zu unterlassen, wenn diese erkennbar überzogen sind. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit, demzufolge eine Ermittlungsmaßnahme unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zur Erreichung des angestrebten

Zwecks geeignet und erforderlich sein muss. Unverhältnismäßig ist eine Maßnahme, wenn ein milderes Mittel ausreicht. Der mit der Ermittlungsmaßnahme verbundene Eingriff darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen (Meyer/Goßner, StPO, 49. Aufl., Einl. 20 m.w. Nachw.).

II. Vor diesem Hintergrund stellen sich die Ermittlungen gegen den Kl. grundsätzlich als rechtmäßig dar, mag sein Ansehen dadurch auch Schaden genommen haben. Dies gilt auch für die Befragung des Kl. im Januar 2006 wegen eines Mordfalls in I. Soweit der Kl. behauptet, die Polizei habe im Fall E einseitig gegen ihn ermittelt, was sich unter anderem daran zeige, dass anderen Hinweisen nicht nachgegangen worden sei, kann dem nicht gefolgt werden. Der Anfangsverdacht war begründet. Er beruhte darauf, dass der Kl. und das Opfer sich kannten und die Tat auf ein Persönlichkeitsprofil des Täters hindeutete, das nach Ansicht der Ermittler mit dem des Kl. Übereinstimmungen aufwies.

Die Behauptung des Kl., der Kriminalbeamte M habe gegenüber seiner Mutter bereits am 5. 6. 2001 geäußert, sei er geständig, könne er mit einer Haftentlassung nach sieben Jahren rechnen, ist unerheblich. Dieser bestrittenen Äußerung lässt sich nur entnehmen, dass der Polizeibeamte bereits relativ frühzeitig annahm, der Kl. könne der Täter sein. Daraus lässt sich aber nicht der Schluss ziehen, ab diesem Zeitpunkt habe die Täterschaft zur Überzeugung der Kriminalbeamten mit der Folge festgestanden, dass weiteren Spuren zur Aufklärung der Tat überhaupt nicht mehr nachgegangen werden sollte, sondern sich die Bemühungen nur noch auf seine Überführung konzentriert hätten.

III. Durch die Einrichtung und Aufrechterhaltung des Internetforums haben die Strafverfolgungsbehörden allerdings eine schwerwiegende und nicht zu rechtfertigende Persönlichkeitsrechtsverletzung des Kl. begangen. Bei dieser Einrichtung handelt es sich - wegen der konkreten Ausgestaltung - nicht um eine zulässige Strafverfolgungsmaßnahme, weil sie erkennbar zur Erreichung des verfolgten und erlaubten Zwecks - Aufklärung der Tat - nicht erforderlich war, sie zu einer weiteren Verächtlichmachung des Kl. führte, die ohne Einbußen bei der Aufklärbarkeit der Tat vermeidbar gewesen wäre. Sie verstößt daher gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.

Zulässig ist es allerdings, dass Strafverfolgungsbehörden als Mittel zur Aufklärung von schweren Straftaten öffentliche Medien - wie etwa Fernsehen, Hörfunk, Printmedien und Internet - nutzen. Ein Aufruf zur Mithilfe durch Erteilung sachdienlicher Hinweise zur Aufklärung eines Verbrechens über diese Medien ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Es ist aber in der Regel geboten, dass Mitteilungen von Hinweisgebern nur die Strafverfolgungsbehörden erreichen und nicht in der Weise öffentlich gemacht werden, dass sie von jedermann weltweit über das Internet abgerufen werden können. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass auch unzutreffende und unsachliche Hinweise gegeben werden und diese Hinweise unabhängig von ihrer Richtigkeit zu einer öffentlichen Verdächtigung von Personen führen können. Wie der Kl. in der mündlichen Verhandlung im Kern zutreffend bemerkt hat, kommt dies einer Auslage der Ermittlungsakte im Gasthof gleich. Ein Recht zur uneingeschränkten Preisgabe von Ermittlungsergebnissen besteht nicht. Dies schließt das Recht der Ermittlungsbehörden nicht aus, einzelne Ermittlungsergebnisse nach Prüfung auf Plausibilität und Wahrheitsgehalt zur Aufklärung eines Verbrechens bekannt zu machen.

Vor diesem Hintergrund verstößt der Aufruf schon gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Hinweise als Diskussionsbeitrag für andere Internetnutzer zur Verfügung zu stellen. Der Kl. weist zutreffend darauf hin, dass es ausgereicht hätte, wenn neben der genannten Postanschrift und dem Telefonanschluss etwa noch die E-Mail-Adresse der zuständigen Behörden mitgeteilt worden wäre.

Darüber hinaus war es zur Aufklärung der Tat auch nicht geboten, ein öffentliches Diskussionsforum zum Meinungsaustausch über die Straftat zu eröffnen. Die strafrechtliche Bewertung eines ermittelten Sachverhalts ist ausschließlich Sache der Strafverfolgungsorgane und der Gerichte. Die öffentliche Meinung - noch dazu über eine unaufgeklärte Straftat - ist in diesem Zusammenhang nicht hilfreich und trägt zur Aufklärung nichts bei.

Durch die amtspflichtwidrige Eröffnung des Forums wurde der Kl. in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt. Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Forums gab es nur eine verdächtige Person, worauf die Polizei in ihrem Internetaufruf öffentlich sowie der Kriminalbeamte A in seinem Beitrag vom 2. 8. 2001 hingewiesen hat. Dies war der Kl., der

am 20. 6. 2001 erstmals als Beschuldigter vernommen worden ist. Auf Grund von Presseberichten und Gerüchten im Ort war bekannt, dass der Sohn des Pastors der Tat verdächtigt wurde.

Die in das Internet eingestellten und jedem Nutzer zugänglichen Diskussionsbeiträge verletzen den Kl. in seinem Persönlichkeitsrecht. Die in der Öffentlichkeit bestehenden Gerüchte um seine Täterschaft wurden durch das öffentliche Diskussionsforum weiter genährt und verbreitet, obwohl der Kl. lediglich als Täter in Betracht kam, weil das Opfer ihn kannte und man ihm die Tat auf Grund seiner Persönlichkeitsstruktur zutraute. Genau dieser Vermutung, der Kl. sei im Stande, ein derart grausames Verbrechen zu begehen, wurde durch die Aufforderung zum öffentlichen Meinungs austausch weiterer Nährboden gegeben.

Durch die amts pflichtwidrige Eröffnung des Diskussionsforums haben die Strafverfolgungsbehörden das angeschlagene Ansehen des Kl. in der Öffentlichkeit über das Internet einer unbeschränkten Öffentlichkeit zugänglich gemacht und die Diskussion um seine mögliche Täterschaft mindestens aufrechterhalten, ohne dass dies für eine sachgerechte Ermittlungsarbeit erforderlich gewesen wäre. Der Senat stimmt dem Kl. darin zu, man habe ihn an einen „virtuellen Pranger“ gestellt.

Gericht: Hess. VGH	„Privatisierung“ von Weihnachtsmärkten	HGO
Aktenzeichen: 8 UE 1263/07		§ 121
Datum: 17.04.2008		

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

1. Die Ausrichtung eines traditionellen Volksfestes gehört zu den freien Selbstverwaltungsaufgaben einer Gemeinde. Diese Veranstaltungen können zwar, müssen aber nicht als öffentliche Einrichtungen betrieben werden (VG Freiburg, Urteil vom 18. Dezember 2000 - 10 K 1666/00; VG Stuttgart, Beschluss vom 11. Juli 2006 - 4 K 2292/06, NVwZ 2007, 615; VG Minden, Urteil vom 26. April 2007 - 3 K 660/06).

Ebenso wie es im Ermessen der Kommunen steht, solche freien Selbstverwaltungsaufgaben zu übernehmen, ist es ihr ihnen auch jederzeit möglich, sich dieser Aufgaben wieder zu entledigen. War eine Gemeinde allerdings bisher Veranstalterin eines Marktes - hier eines Weihnachtsmarktes -, kann sie sich ihrer aus § 70 GewO bzw. aus § 20 HGO folgenden Aufgabe, über die Zulassung von Marktbes chickern zu entscheiden, für die Zukunft nur durch eine so genannte materielle Privatisierung entledigen, also dadurch, dass sie ihre Rolle als Veranstalterin des Marktes gänzlich aufgibt (vgl. zum Begriff materielle Privatisierung in Abgrenzung zur formellen und zur funktionellen Privatisierung: Gröpl, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, GewArch 1995, 367 [370 f.] m.w.N.; VG Stuttgart, a.a.O.). Im Unterschied zur funktionellen Privatisierung, die entweder in Form des so genannten Submissionsmodells oder in Form des Konzessionsmodells - der materiellen Privatisierung angenähert - erfolgen kann, besteht die materielle Privatisierung eines Marktes darin, dass die Kommune jegliche kommunalrechtliche Beziehung zu der Veranstaltung aufgibt und sich öffentlich-rechtlich auf die Wahrnehmung ihrer Pflichtaufgaben, die gewerberechtliche, straßenrechtliche und ordnungsrechtliche Vorbereitung und Überwachung der Veranstaltung, beschränkt. Dadurch entfällt der Anknüpfungspunkt für eine Anwendung der Zweistufentheorie (vgl. zu deren Anwendbarkeit auch BVerwG, Beschluss vom 29. Mai 1990 - 7 B 30.90 -, DÖV 1990, 977 = NVwZ 1991, 59 = juris Rdnrn. 3 ff.), die voraussetzt, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt (noch) bestimmenden Einfluss auf Entscheidungen des Veranstalters im Einzelfall hat und diesen im Durchgriff zwingen kann, bestimmte Personen zu einer öffentlichen Einrichtung zuzulassen.

2. Zwar wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, ein traditionelles Volksfest auf einem gemeindeeigenen Grundstück mit zahlreichen gemeindlichen Auflagen an den Generalpächter/Sondernutzungserlaubnisnehmer sei grundsätzlich als eine öffentliche Einrichtung einer Gemeinde anzusehen, deren Wahrnehmung sie sich nicht mehr durch Privatisierung entziehen könne (Schalt, Der Zulassungsanspruch des Schaustellers zu Volksfestveranstaltungen, GewArch 2002, 137 [140] unter Hinweis auf Gröpl, a.a.O., und Hösch, Rechtsschutz gegen die Nichtzulassung zu festgesetzten Märkten, GewArch 1996, 402). Dies überzeugt jedoch nicht angesichts der Tatsache, dass Betätigungen der Gemeinden im Rahmen der Daseinsvorsorge in den Schutzbereich des Artikels 28 Abs. 2 S. 1 GG fallen, der den Gemeinden das Recht

gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln (Hahn, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ab August 2005, GewArch 2007,1 [5] unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 11. November 2004 - 3 C 36.03 -, BVerwGE 122, 157 [162 f.]). Das der Gemeinde bei ihrer Entscheidung darüber, ob eine Aufgabe der Daseinsvorsorge durch sie selbst oder eine andere Person wahrgenommen werden soll, zustehende Ermessen wird nicht dadurch für alle Zukunft gebunden, dass sich die Gemeinde einmal dafür entschieden hat, die Aufgabe selbst durch eine öffentliche Einrichtung wahrzunehmen. Besteht bei freien Selbstverwaltungsaufgaben - wie der Durchführung eines Weihnachtsmarkts - kein öffentliches Interesse an der eigenen Aufgabenwahrnehmung (mehr), weil ein privater Unternehmer die Aufgabe ebenso gut oder besser wahrnehmen kann, ist es nicht ermessensfehlerhaft, sondern unter Umständen sogar geboten, sich zu einer Privatisierung der Aufgabenwahrnehmung zu entschließen (Hahn, a.a.O.). Zwar galt der vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang herangezogene, durch Gesetz vom 31. Januar 2005 mit Wirkung ab 10. Februar 2005 novellierte § 121 Abs. 1 HGO n.F. damals - im Jahre 1997 - noch nicht (vgl. zur Rechtslage vor dessen Inkrafttreten Hess. VGH, Beschluss vom 12. August 2004 - 8 TG 3522/03 -, GewArch 2004, 482 = DÖV 2005, 200). Auch wenn damals ein Grundsatz der Subsidiarität gemeindegewirtschaftlicher Betätigung zu Gunsten privater Unternehmer noch nicht normiert war, waren hessische Gemeinden aber auch damals schon nicht gehindert, die Wahrnehmung freier Selbstverwaltungsaufgaben zu "privatisieren", wenn sie der Auffassung waren, dass der bisher durch eine öffentliche Einrichtung wahrgenommene Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch private Dritte erfüllt werden könne.

Arbeitsrecht

Gericht: EuGH	Wegen Krankheit nicht genommener Jahresurlaub ist abzugelten	BUrlG
Aktenzeichen: C-350/06, C-520/06		§ 7 III
Datum: 20.01.2009		

	Arbeitnehmer verlieren ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub - entgegen der deutschen Rechtspraxis - nicht, wenn sie den Urlaub wegen Krankheit nicht antreten konnten. Der nicht genommene Urlaub ist in diesem Fall abzugelten. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer während des ganzen Jahres oder eines Teils davon arbeitsunfähig erkrankt war und die Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbestanden hat.
-------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der EuGH hatte in zwei Vorabentscheidungsverfahren darüber zu entscheiden, wie der in der EU-Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG) verankerte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auszulegen ist.

Das eine Ausgangsverfahren betraf einen deutschen Fall. Der Kläger dieses Verfahrens war seit 1971 bei dem Beklagten beschäftigt. Er war seit 1995 immer wieder längere Zeit arbeitsunfähig erkrankt. Im Jahr 2004 war er bis Anfang September arbeitsfähig. Anschließend war er fortlaufend bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30.09.2005 krankgeschrieben. Mit seiner Klage verlangte er vom Beklagten die Abgeltung des in den Jahren 2004 und 2005 nicht genommenen Jahresurlaubs.

Das ArbG wies die Klage ab, weil nach den Vorschriften des BUrlG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BAG der Anspruch des Arbeitnehmers auf Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs am Ende des Kalenderjahrs und spätestens am Ende des Übertragungszeitraums verfallt. Das gelte auch, wenn der Arbeitnehmer - wie hier - bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig gewesen sei und deshalb keinen Urlaub haben können.

Auf die Berufung des Klägers setzte das LAG Düsseldorf das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die deutsche Rechtspraxis mit der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar ist. Der EuGH verneinte dies.

Lösung:

Es stellt einen Verstoß gegen den in der Arbeitszeitrichtlinie verankerten Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub dar, wenn der Anspruch erlischt, weil der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und er deshalb seinen Urlaubsanspruch nicht ausüben konnte. Das gilt auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat. In diesen Fällen ist der nicht

genommene Urlaub abzugelten.

Die Urlaubsabgeltung ist in der Weise zu berechnen, als hätte der Arbeitnehmer diesen Anspruch während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses ausgeübt. Maßgeblich ist daher das gewöhnliche Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs weitergezahlt worden wäre.

Grundsätzlich gilt allerdings, dass der gemeinschaftsrechtliche Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub weder der Gewährung bezahlten Jahresurlaubs in der Zeit eines Krankheitsurlaubs entgegensteht noch dessen Versagung, soweit der betroffene Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch während eines anderen Zeitraums ausüben kann.

Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub darf aber bei einem ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmer nicht davon abhängig gemacht werden, dass er während des Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet hat. Daher darf der Anspruch nur dann verfallen, wenn der Arbeitnehmer während des Bezugszeitraums tatsächlich die Möglichkeit hatte, seinen Urlaubsanspruch auszuüben. Dies ist bei einem durchgehend krankgeschriebenen Arbeitnehmer nicht der Fall.

Ann: Nach § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG muss der Urlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Lediglich bei dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen kann der Urlaub ins Folgejahr übertragen werden. Er muss in diesem Fall gemäß § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG in den ersten drei Monaten des Folgejahres genommen werden. Tarifverträge können allerdings insoweit eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung vorsehen.

Der Urlaub ist gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten, wenn er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Das BAG hat § 7 BUrlG bislang dahingehend ausgelegt, dass der Urlaubsanspruch komplett entfällt und damit auch nicht abzugelten ist, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums krank war und deshalb keinen Urlaub antreten konnte.

Gericht: BAG	Zur Wirksamkeit von Rückzahlungsklauseln bzgl. Fortbildungskosten	BGB
Aktenzeichen: 3 AZR 900/07		§ 307
Datum: 14.01.2009		

	Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten sind nur zulässig, soweit sie den Arbeitnehmer nicht unangemessen lange an das Unternehmen binden. Bei einer überlangen Bindung muss der Arbeitnehmer die Fortbildungskosten daher regelmäßig nicht zurückzahlen. Eine "geltungserhaltende Reduktion" auf die zulässige Bindungsdauer kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn es für den Arbeitgeber objektiv schwierig ist, die zulässige Bindungsdauer zu bestimmen, und sich dieses Prognoserisiko verwirklicht.
-------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Der Kläger war der Arbeitgeber des Beklagten. Er hatte dem Beklagten eine Fortbildung finanziert. Dem lag eine formularmäßige Vereinbarung zugrunde, wonach der Arbeitnehmer die Fortbildungskosten zurückzahlen muss, wenn er das Unternehmen innerhalb der nächsten fünf Jahre verlässt. Der Beklagte verließ das Unternehmen vor Ablauf dieser Fünfjahresfrist, woraufhin der Kläger von ihm die Rückzahlung der Fortbildungskosten verlangte. Die hierauf gerichtete Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Lösung:

Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung der Fortbildungskosten. Die Rückzahlungsklausel war wegen überlanger Bindung des Beklagten an das Unternehmen des Klägers unwirksam. Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Eine Rückzahlungsklausel darf den Arbeitnehmer demgemäß nicht unangemessen benachteiligen. Sie ist nur dann wirksam, wenn die Fortbildung für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist und er nicht unangemessen lange an das Unternehmen gebunden wird. Für die zulässige Bindungsdauer sind die vom BAG entwickelten Richtwerte zu beachten und die konkreten Vorteile der Ausbildung mit den Nachteilen der Bindung abzuwägen.

Nach diesen Grundsätzen war im Streitfall allenfalls eine zweijährige Bindungsdauer zulässig. Die Rückzahlungsklausel war daher unwirksam. Diese Unwirksamkeit hat zum Wegfall des Rückzahlungsanspruchs geführt. Es war keine "geltungserhaltende Reduktion" auf die zulässige Bindungsdauer von zwei Jahren vorzunehmen. Eine solche kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn es für den Arbeitgeber objektiv schwierig

war, die zulässige Bindungsdauer zu bestimmen, und sich dieses Prognoserisiko verwirklicht hat. Dies war hier jedoch nicht der Fall.

Der Rechtsprechung sind - unter dem Vorbehalt einer gewissen Uneinheitlichkeit - tendenziell folgende Regeln für ein angemessenes Verhältnis zu entnehmen.

Bindungsfrist:

Maßnahmedauer von bis zu 1 Monat: höchstens 6 Monate (BAG, 6 AZR 539/01, BAGE 104, 125)

Maßnahmedauer von bis zu 2 Monaten: höchstens 1-jährig (BAG, 5 AZR 279/93, BAGE 75, 215)

Maßnahmedauer von bis zu 4 Monaten: höchstens 2-jährig (BAG, 5 AZR 241/94, NZA 1996, 314)

Maßnahmedauer von bis zu 6 Monaten: höchstens 3-jährig (BAG, 9 AZR 604/06, NZA-RR 2008, 107)

Maßnahmedauer von bis zu 2 Jahren: höchstens 5-jährig

Diese Angaben dienen als **Richtwerte**. Eine **längere Bindungsdauer** kann in Sonderfällen zulässig sein, wenn die Fortbildung / Weiterbildung besonders teuer war oder dem Arbeitnehmer besondere Vorteile bringt (BAG, 6 AZR 539/01, BAGE 104, 125).

Gericht: OVG Berlin-Brandenburg	Post-Mindestlohnverordnung ist rechtswidrig	GG
Aktenzeichen: OVG 1 B 13.08		Art. 9 III
Datum: 18.12.2008		

	Die Verordnung, mit der der zwischen dem (von der Post AG dominierten) Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di geschlossene Mindestlohtarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, ist rechtswidrig. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) lässt die Übertragung eines Mindestlohnvertrags nur auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu und erlaubt keine Verdrängung anderer Mindestlohtarifverträge.
-----------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Bei den Klägern handelt es sich um Unternehmen der PIN- und der TNT-Gruppe sowie den Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP), einen Arbeitgeberverband von Konkurrenten der Deutschen Post AG. Sie wandten sich gegen die Post-Mindestlohnverordnung. Hiermit hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) den zwischen ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. ausgehandelten Mindestlohtarifvertrag mit Wirkung zum 01.01.2008 für allgemeinverbindlich erklärt. Der Arbeitgeberverband Postdienste wird von der Deutschen Post AG dominiert.

Nach der Verordnung beträgt der Mindeststundenlohn für Briefzusteller im Westen 9,80 Euro und im Osten 9,00 Euro, während die zwischen dem BdKEP und der Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) geschlossenen Tarifverträge Mindeststundenlöhne von 7,40 Euro im Westen und 6,50 Euro im Osten vorsehen. Die Tarifverträge der Post-Konkurrenz sind nach der Mindestlohn-Verordnung des BMAS unbeachtlich, weil der mit dem Arbeitgeberverband Postdienste geschlossene Tarifvertrag nach der Verordnung auch für alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Post-Branche gelte.

Das VG erklärte die Post-Mindestlohnverordnung für rechtswidrig. Die hiergegen gerichtete Berufung der beklagten Bundesrepublik Deutschland hatte keinen Erfolg. Das OVG ließ allerdings die Revision zum BVerwG zu.

Lösung:

Die Post-Mindestlohnverordnung ist mit dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Abs. 3a AEntG lässt lediglich die Erstreckung eines Mindestlohtarifvertrags auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu. Die Post-Mindestlohnverordnung gilt dagegen ihren Wortlaut nach für alle nicht an den zwischen ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste ausgehandelten Tarifvertrag und erfasst damit auch anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Mit der Post-Mindestlohnverordnung ist im Übrigen eine Regelung für die Konkurrenz mehrerer (Mindestlohn-) Tarifverträge getroffen worden, ohne dass dies von der Verordnungsermächtigung im AEntG gedeckt wäre. Auch insoweit bedarf es jedoch einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, da eine derartige Regelung in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie der nicht an dem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag beteiligten Gewerkschaft eingreift.

Im Streitfall kann entgegen der Auffassung der Beklagten auch dahinstehen, ob die Gewerkschaft der neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) überhaupt tariffähig ist. Das ArbG Köln hat dies zwar in einem rechtskräftigen Beschluss vom 30.10.2008 verneint. Im Streitfall ist es jedoch nicht entscheidungserheblich, ob der konkurrierende Tarifvertrag wirksam und die daran beteiligte Gewerkschaft tariffähig ist. Maßgeblich ist nur, dass der klagende Arbeitgeberverband (BdKEP) sich auf die Tarifautonomie berufen und gesetzlich nicht gedeckte Einschränkungen seiner verfassungsmäßigen Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG abwehren kann.

Da die Post-Mindestlohnverordnung schon wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt rechtswidrig ist, kann offen bleiben, ob die Einführung eines Mindestlohns für die Briefdienstleistungsbranche überhaupt verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich zulässig ist.

Anm.: Die Bundesregierung hat gegen das Urteil bereits Revision eingelegt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat darauf hingewiesen, dass die Post-Mindestlohnverordnung bis zu einer endgültigen rechtskräftigen Klärung in Kraft bleibe. Das Ministerium hält die Verordnung weiterhin für rechtmäßig. Das Urteil des OVG stünde im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des BAG, wonach Mindestlöhne nicht durch ungünstigere Tarifverträge unterlaufen werden dürften.

Gericht: Hess LAG	Betriebsratsanhörung bei Kündigung eines Betriebsratsmitglieds	BetrVG § 103
Aktenzeichen: 20 TaBV 244/07		
Datum: 20.08.2008		

	Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds verweigern, wenn der Arbeitgeber ihn lediglich über den Kündigungsgrund unterrichtet hat, nicht aber über die Tatsachen, aus denen sich die Einhaltung der Ausschlussfrist des § 626 Abs.2 BGB ergibt. In diesem Fall kann der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats auch nicht durch das Gericht ersetzen lassen. Ein entsprechender Antrag ist bereits unzulässig.
------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Die Antragstellerin betreibt ein Gebäudereinigungsunternehmen. Sie beschäftigte von Februar 2006 bis zum 31.01.2007 aufgrund eines befristeten Vertrags die Mitarbeiterin A. als Reinigungskraft. Diese war von dem Betriebsratsvorsitzenden B. eingestellt worden. Am 24. oder 26.03.2007 ging bei der Antragstellerin ein Fax der A. ein, in dem diese mitteilte, dass sie von B. sexuell belästigt worden sei. Dieser habe eine Gegenleistung für die Einstellung verlangt, wiederholt versucht, sie anzufassen, und mehrfach erklärt, dass ihr Vertrag nur verlängert werde, wenn sie sich auf sexuelle Kontakte mit ihm einlasse.

Nachdem die Antragstellerin am 30.03.2007 mit A. ein persönliches Gespräch geführt hatte, in dessen Verlauf A. die Vorwürfe aufrecht erhielt und eine eidesstattliche Versicherung abgab, beantragte sie am 03.04.2007 beim Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des B. In dem Schreiben schilderte sie zwar detailliert die einzelnen Vorwürfe, verwies aber nicht auf die eidesstattliche Versicherung und teilte auch keine sonstigen Umstände mit, aus denen sich die Einhaltung der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ergab.

Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Kündigung des B. Das daraufhin von der Antragstellerin eingeleitete Zustimmungseretzungsverfahren hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG keinen Erfolg.

Lösung:

Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des B. ist nicht gerichtlich zu ersetzen. Der Antrag gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ist bereits unzulässig, so dass offen bleiben kann, ob die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist. Denn die Antragstellerin hat den Betriebsrat nicht ausreichend über den der Kündigung zugrunde liegenden Sachverhalt unterrichtet. Daher fehlt es bereits an einer wirksamen Einleitung des Zustimmungsverfahrens.

Im Rahmen eines Zustimmungsverfahrens zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds muss der Arbeitgeber den Betriebsrat seine Kündigungsabsicht und den für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalt so genau mitteilen, dass dieser ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Kündigung prüfen kann. Hierzu gehört auch die Mitteilung, wann der Arbeitgeber Kenntnis von den

Kündigungstatsachen erhalten hat. Denn der Betriebsrat muss auch prüfen könne, ob die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten worden ist.

Im Streitfall hat die Antragstellerin dem Betriebsrat nicht mitgeteilt, wann sie erstmals Kenntnis von den gegen B. gerichteten Vorwürfen erlangt hat.

Die Antragstellerin hat die vollständige Unterrichtung des Betriebsrats auch nicht rechtzeitig nachgeholt. Zwar können die zur Berechnung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erforderlichen Informationen im gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren unter den gleichen Voraussetzungen nachgeschoben werden wie Kündigungsgründe. Bevor der Arbeitgeber die neue Information in das Verfahren einführt, muss er aber beim Betriebsrat einen erneuten Antrag auf Zustimmungsersetzung gestellt oder ihm jedenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Dies ist hier nicht erfolgt.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Gericht: BGH	Haftung bei sukzessiver Übernahme des Unternehmens	HGB
Aktenzeichen: VIII ZR 192/06		§ 25 I
Datum: 24.09.2008		

	Zur Frage der Fortführung eines Handelsgeschäfts i.S. von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB durch eine sukzessiv erfolgende Übernahme des Unternehmens und Fortführung desselben unter Beibehaltung der prägenden Firmenbestandteile.
-----------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sachverhalt: Die Klägerin stand jahrelang mit der „Industrie-Böden Salur GmbH“ (im Folgenden: IB) in Geschäftsbeziehung und lieferte dieser unter anderem mehrere Tonnen Stahldrahtfaser im Gesamtwert von knapp 21000 Euro. Eine Bezahlung der Ware erfolgte nicht. Die IB stellte ihre Geschäfte zum 30. 6. 2004 ein. Über ihr Vermögen ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die vom selben Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer wie die IB betriebene Beklagte firmiert unter „Fußbodenbau Salur GmbH“ und ist ebenfalls im Bereich der Herstellung von Industrieböden tätig. Beide Unternehmen, IB und Beklagte, waren unter derselben Adresse ansässig und hatten die selben Telefon- und Faxnummern; ferner waren mindestens drei Mitarbeiter der IB auch für die Beklagte tätig. Vor der Insolvenz der IB war diese ca. ein Jahr parallel zur Beklagten am Markt tätig. In dieser Zeit hatte die Beklagte bereits eigene Aufträge.

Lösung:

Übernimmt eine Gesellschaft sukzessiv das Unternehmen einer anderen Gesellschaft und führt dieses unter Beibehaltung der prägenden Firmenbestandteile fort, so haftet die Übernehmerin gem. § 25 I 1 HGB für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten der früheren Inhaberin.

Die Beklagte haftet für die durch die IB begründeten Verbindlichkeiten gem. § 433 BGB i.V. mit § 25 I 1 HGB. Die Beklagte hat das Handelsgeschäft der IB unter Lebenden erworben und unter deren Firma fortgeführt. Nach gefestigter Rechtsprechung greift die Haftung gem. § 25 I 1 HGB, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird.

Von einer Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden. Auf die Frage, ob ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zur Grunde liegt, kommt es nicht an. Erforderlich ist die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung. Diese Kriterien sind vorliegend erfüllt, da die IB den selben Unternehmensgegenstand hatte wie die Beklagte, die selben Räumlichkeiten benutzte und sich zudem teilweise identischen Personals bediente. Der Unternehmensfortführung steht auch nicht entgegen, dass IB und Beklagte ca. ein Jahr lang parallel auf dem Markt werbend tätig waren. Auch eine sukzessiv erfolgte Unternehmensübernahme kann eine Fortführung i.S. von § 25 I 1 HGB sein. Maßgeblich dafür ist, ob sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als

Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt. Dies war - wie ausgeführt - hier der Fall.

Die Beklagte hat auch die Firma der IB fortgeführt. Hierfür genügt es, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird. Der prägende Teil der Firma der IB bestand in der Bezeichnung des Tätigkeitsbereichs „Industrieböden“ in Verbindung mit dem Namen „Salur“. In der Firma der Beklagten wird der annähernd gleiche Tätigkeitsbereich „Fussbodenbau“ ebenfalls mit dem Namen „Salur“ verknüpft. Dies reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus.

Anm: Der BGH macht deutlich, dass es im Rahmen der Unternehmensfortführung nach § 25 I 1 HGB nicht darauf ankommt, dass das Unternehmen auf einmal erworben bzw. übernommen wird; solange der Rechtsverkehr in dem Betrieb des Unternehmens durch den neuen Inhaber eine Fortführung erblickt, reicht auch eine sukzessive Übernahme. Die Entscheidung zeigt zugleich, dass bloße Modifikationen der Firma häufig nicht geeignet sind, eine Haftung des Erwerbers aus § 25 I 1 HGB zu verhindern. Um eine Haftung auszuschließen, sollten die Beteiligten eine entsprechende Vereinbarung schließen und diese im Handelsregister bekannt machen (§ 25 II HGB). Wann diese Vereinbarung abzuschließen und bekannt zu machen ist, dürfte insbesondere in den Fällen sukzessiver Unternehmensfortführung schwierig zu ermitteln sein. Erfolgt die sukzessive Übernahme des Unternehmens im Rahmen eines von vornherein bestehenden Gesamtplans, so empfiehlt es sich, die Vereinbarung bereits zu Beginn der stückweisen Übertragung abzuschließen und bekannt zu machen. Ergibt sich hingegen erst im Laufe der Zeit, dass ein Unternehmensinhaber immer mehr Bestandteile des Unternehmens eines anderen Inhabers fortführt, sollten die Beteiligten eine Vereinbarung nach § 25 II HGB spätestens dann abschließen und bekannt machen, wenn das Unternehmen des Alt-Inhabers in seinem wesentlichen Bestand auf den Neu-Inhaber übergegangen ist.

Examensreport von *Jura Intensiv*

Aus dem Examenstermin Januar 2009, 2. Staatsexamen, Hessen, wurden uns die Klausuren im Strafrecht sowie im Arbeitsrecht geschildert (Danke, Christian!). Wir geben die Schilderung hiermit „ungeschminkt“ wieder.

In diesem Zusammenhang nochmals an alle ehemaligen JI-ler die Bitte: Jede Rückmeldung bzgl. der Examensthemen hilft uns, unser Kursangebot weiter zu optimieren.

1. Arbeitsrecht

Wir mussten einen Mandanten beraten, der auf eine verspätet erhobenen Kündigungsschutzklage bereits ein VU gefangen hatte. Die Schwierigkeit bestand in der Zweckmäßigkeit des Vorgehens, da der Einspruch gegen das VU hinsichtlich der Kündigungsschutzklage wegen der offensichtlichen Verfristung nicht mehr Erfolg versprechend war. Allerdings hatte der Mandant noch Lohnansprüche, wobei es in diesem Zusammenhang auf die §§ 615, 293, 296 BGB ankam, da der Arbeitgeber unmissverständlich deutlich gemacht hatte, dass unser Mandant nicht mehr auf der Arbeit erscheinen müsse. Zudem verwehrte der Arbeitgeber dem Mandanten seinen Urlaub, so dass es auf das BUrlG ankam. In diesem Zusammenhang war ich mir in der Klausur aber unsicher, da der Mandant für die entgangenen Urlaubstage Geld forderte. Jedenfalls bestand die Möglichkeit, Einspruch gegen das VU zu erheben und die Klage zu ändern oder aber komplett auf den Einspruch zu verzichten. Ich habe mich für ersteres entschieden, da zumindest die im Wege der Leistungsklage geltend zu machenden Lohnansprüche sicher bestanden und für mich kein Grund ersichtlich war, dem Mandanten diese Lohnansprüche entgehen zu lassen.

Das war aber nur der erste zu entwerfende Schriftsatz nach dem Gutachten. Im weiteren Verlauf der Klausur hat der Mandant nämlich eine neue Beschäftigung gefunden, die aber zwei Mal befristet wurde. Hier war nach einem vorbereitenden Gutachten eine klassische Entfristungsklage nach § 17 TzBfG zu entwerfen, wobei es insbesondere auf den Antrag ankam. Der Mandant hatte nämlich in einem Nebensatz erwähnt, dass es ihm auch darauf ankomme, bei dieser Firma "weiter beschäftigt zu bleiben". Im Rahmen der Zweckmäßigkeit kam dann das, worüber wir ja lange - nach meiner Rückfrage auch wiederholt - im Kurs gesprochen hatten, nämlich der besonders kenntlich zu machende Antrag "sondern darüber hinaus fortbesteht". Hier musste man wohl kurz auf den Streitgegenstand des Entfristungsantrages eingehen, in Abgrenzung zu dem weitergehenden 256-iger Antrag.

2. StrafR I

Die StA-Klausur war eine klassische Strafrechtsklausur, wie man sie ja auch oft als "Rennfahrerklauseur" bezeichnet. Ein Beschuldigter hatte zunächst einen Raub begangen, wobei er mehr oder weniger unbewusst ein Taschenmesser bei sich führte. Der erste Schwerpunkt lag also bei § 250 StGB in Abgrenzung zu § 224 StGB. Mit der beim Raub entwendeten EC-Karte hat der Beschuldigte sodann Geld abgehoben. Hier bestand aber die Besonderheit, dass die beraubte Dame auch ihre Gemeinzahl in dem gleichen Handtaschen-Fach aufbewahrte wie ihre EC-Karte, so dass der Räuber den Geldautomaten ordnungsgemäß bediente. Für § 263a konnte man dann schön einige Worte zur computer- und betrugsspezifischen Auslegung verlieren. Außerdem konnte man diskutieren, zu welchen Lasten überhaupt der Schaden ging, da ja zumindest ein Rückgriffsanspruch der Bank aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit der beraubten Dame in Betracht zu ziehen war, da diese ja zumindest fahrlässig Karte und PIN beieinander aufbewahrte. Die sodann vorzunehmende Prüfung der §§ 242, 246 wurde insbesondere relevant vor dem Hintergrund des weiteren Klausurverlaufs, da die beraubte Dame ca. eine Woche zuvor ihrem Sohn ihre EC-Karte überließ und dieser mehr abhob, als von seiner Mutter angewiesen. § 266 scheiterte in diesem Zusammenhang an der Vermögensbetreuungspflicht, so dass es wieder auf die §§ 242, 246 ankam (§ 263a ist hier ja schon an allen möglichen Auslegungsvarianten der "Unbefugtheit" gescheitert, weil die befugte Überlassung einer EC-Karte ja vergleichbar ist mit dem Ausstellen einer Bankvollmacht, über die nicht getäuscht wurde, sondern die lediglich im Innenverhältnis missbraucht wurde, so dass auch die betrugsspezifische Auslegung ausschied).

Im weiteren Verlauf kam es dann noch zu den klassischen Polizeiflucht-Tatbeständen, da der Räuber von zwei Beamten aufgesucht wurde und auf einen losfuhr, um der Polizeisperre zu entgehen. Ein Polizist kam bei diesem Unfall fast ums Leben.

Schließlich widersprach der Beschuldigte der Beschlagnahme des Taschenmessers und seines PKW. Darüber hinaus waren U-Haft-Probleme zu erörtern, an die ich mich jetzt nicht mehr genau erinnern kann. Und außerdem hat die Oma ihren zunächst gestellten Strafantrag gegen ihren Sohn ausdrücklich wieder zurückgenommen.

3. StrafR II

Die Revisionsklausur war äußerst undankbar. Es ging um eine anwaltliche Beratung hinsichtlich einer Revision gegen ein Berufungsurteil. Das Problem war, dass das Berufungsurteil und die zwei Hauptverhandlungsprotokolle (Fortsetzungsverhandlung) ziemlich lang waren und lediglich die §§ 223, 224 abgeurteilt wurden. Im Kern ging es darum, dass unsere Mandantin ihre Nachbarin mit einem Stock geschlagen hat. Als die Nachbarin am Boden lag, hat die Mandantin sich in ihre Wohnung entfernt. Aufgrund einer unglücklichen körperlichen Verfassung der Nachbarin, haben sich die Verletzungen über die beiden Folgetage zur Todesgefahr entwickelt. In der Hauptverhandlung wurden weder das Opfer selbst, noch die diagnostizierende Ärztin vernommen, da beide krankheitsbedingt vernehmungsunfähig waren (die Nachbarin noch wegen der schweren Verletzungen durch die KV). Vor den Schlägen hat unsere Mandantin auch noch eine Beleidigung der Nachbarin durch ihren Sohn mittels eines Zettels gefördert. Schwierig war nun der anwaltliche Rat, da es in dem Gutachten zur Sachrüge für die Mandantin im Grunde schlechter aussah, als im Berufungsurteil. Neben §§ 185, 27 hat sich für mich noch § 221 mit einer Diskussion zur EQ des Abs. 2 Nr. 2 StGB aufgedrängt.