

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:

#### Jura Intensiv – Ergebnisse der Examensverlosung

S. 2

#### Zivilrecht

BGH, 12.08.2009 – VIII ZR 254/08 – Aufforderung zur umgehenden Nacherfüllung als Fristsetzung

S. 4

BGH, 20.05.2009 – XII ZR 94/07 – Automietvertrag: Zurechnung von Drittverschulden in AGB

S. 4

BGH, 16.07.2009 – VIII ZR 231/08 – Eigenbedarfskündigung einer BGB-Gesellschaft

S. 5

BGH, 14.07.2009 – VIII ZR 3/09 – Zur Frage einer erneuten Zeugenvernehmung

S. 6

#### Strafrecht

BGH, 29.04.2009 – 1 StR 518/08 – Zur Selbstgefährdung eines Junkies bei der Überlassung von Drogen

S. 7

Bundesministerium der Justiz – Pressestelle: Die neue „Kronzeugen“-Regelung tritt in Kraft

S. 9

Bundesministerium der Justiz – Pressestelle: Neuregelung zur Patientenverfügung in Kraft

S. 13

#### Öffentliches Recht

BVerfG, 30.7.2009 – 1 BvR 2662/06 – Verfassungswidrige Dauer eines Zivilprozesses

S. 14

VG Frankfurt a.M., 06.08.2009 – 9 L 1887/09.F(V) – Altersgrenze für hessische Beamte verstößt gegen EU-Recht

S. 15

#### Arbeitsrecht

BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 499/08 – Kopftuch-Verbot für Pädagoginnen an Schulen zulässig

S. 16

BAG, 28.05.2009 – 2 AZR 844/07 – Keine Vermutung der Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung gem. § 1 KSchG

S. 16

BAG, 11.12.2008 – 2 AZR 472/08 – Fristversäumung und Zurechnung von Anwaltsverschulden

S. 17

BAG, 28.07.2009 – 2 AZR 224/09 - § 626 BGB: 1,30 € Pfandbon – BAG lässt Revision zu

S. 18

BAG, 23.07.2009 – 8 AZR 357/08 - §613a BGB: Nach Aufhebungsvertrag kein Widerspruchsrecht

S. 18

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Das Repetitorium Jura Intensiv berichtet über die Ergebnisse seiner Examensverlosung im August 2009 (S. 2 und 3).
- 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) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

dogmatisch besonders interessant und hochgradig examensrelevant ist die auf S. 7 zum Strafrecht abgedruckte Entscheidung des BGH zur Frage der Zurechnung des Todes eines Junkies an den Dealer. Der klassischen Konstellation des eigenverantwortlich gesetzten „goldenen Schusses“ wird durch diese Entscheidung eine Variante beigefügt, die besondere Beachtung verdient.

Das Repetitorium Jura Intensiv berichtet auf den Seiten 2 und 3 über die Ergebnisse der 1. Examensverlosung mit Stichtag der Notenmitteilung zum 16. August 2009.

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: [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

**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.

---



## Examensverlosung August 2009



Die Gewinner der Examensverlosung mit Einsendeschluss 16. August 2009 stehen fest. Wir bedanken uns bei allen ehemaligen JI-Kursteilnehmern, die uns ihre Noten mitgeteilt haben. Alle Examensnoten, die uns nach dem o.g. Stichtag zugesendet wurden, gehen in die nächste Verlosung im Februar 2010 ein.

### 1. Prüfung – Staatlicher Pflichtfachbereich

Je einen Gutschein in Höhe von 230 € für den Assessorkurs für die beste Leistung im Pflichtfachbereich der 1. Prüfung gewinnen:

<b>Sven Jesse</b>	<b>14,14 Punkte</b>	Examenstermin Sept. 2008	Examenskurs 07 I Marburg
<b>Insa Müller</b>	<b>13,74 Punkte</b>	Examenstermin 03.06.2009	Examenskurs 07 II Marburg
<b>Susanne Paeseler</b>	<b>13,27 Punkte</b>	Examenstermin Februar 2009	Examenskurs 08 I Mainz

Neben den Siegern, denen wir auch auf diesem Wege nochmals zu ihren herausragenden Leistungen gratulieren, wurden uns weitere tolle Noten gemeldet. Auch insoweit einen ganz herzlichen Glückwunsch! Hier ein **Auszug aus der Ergebnisliste**:

<b>12,94</b>	Aug. 2008		<b>11,05</b>	?
<b>12,15</b>	24.11.2008		<b>10,94</b>	Aug. 2007
<b>11,93</b>	Mai 2007		<b>10,77</b>	Sept. 2008
<b>11,88</b>	20.01.2009		<b>10,75</b>	Sept. 2008
<b>11,88</b>	Feb. 2008		<b>10,71</b>	04.02.2008
<b>11,77</b>	Sept. 2007		<b>10,71</b>	Sept. 2008
<b>11,73</b>	Sept. 2006		<b>10,66</b>	Feb. 2009
<b>11,72</b>	Feb. 2008		<b>10,41</b>	01.02.2009
<b>11,66</b>	01.02.2009		<b>10,26</b>	Feb. 2007
<b>11,53</b>	Juli 2008		<b>10,25</b>	Sept. 2007
<b>11,5</b>	?		<b>10,22</b>	Feb. 2008
<b>11,5</b>	Feb. 2008		<b>10,05</b>	Sept. 2008
<b>11,33</b>	Aug. 2008		<b>10,05</b>	Feb. 2009
<b>11,21</b>	Sept. 2007		<b>10,0</b>	Sept. 2008
<b>11,11</b>	Sept. 2007		<b>9,92</b>	Sept. 2008

Unabhängig von der erzielten Punktzahl wurden 6 weitere Gutscheine à 50 € für den Assessorkurs verlost. Die Verlosung fand offiziell im Rahmen des Examenskurses 09 I 2 in Frankfurt statt.

Die Gewinner sind:

**Miriam Bambl**

**Tobias Friedhoff**

**Barbara Göbel**

**Aurelia Boltze**

**Kai Gassert**

**Daniel Spitze**

Allen Gewinnern gratulieren wir sehr herzlich und freuen uns auf das Wiedersehen im Assessorkurs!



## Examensverlosung August 2009



Die Gewinner der Examensverlosung mit Einsendeschluss 16. August 2009 stehen fest. Wir bedanken uns bei allen ehemaligen JI-Kursteilnehmern, die uns ihre Noten mitgeteilt haben. Alle Examensnoten, die uns nach dem o.g. Stichtag zugesendet wurden, gehen in die nächste Verlosung im Februar 2010 ein.

### 2. Staatsexamen - Endnote

Je eine Flasche Champagner für die beste Leistung im 2. Staatsexamen gewinnen:

<b>Martin Wortmann</b>	<b>13,39 Punkte</b>	
<b>Martin Fach</b>	<b>12,35 Punkte</b>	Examenstermin Juni 2009
<b>Patrick Hoffmann</b>	<b>11,77 Punkte</b>	Examenstermin Mai 2008

Neben den Siegern, denen wir auch auf diesem Wege nochmals zu ihren herausragenden Leistungen gratulieren, wurden uns weitere tolle Noten gemeldet. Auch insoweit einen ganz herzlichen Glückwunsch! Hier ein **Auszug aus der Ergebnisliste**:

<b>11,34</b>	Nov. 2007		<b>9,68</b>	12.11.2008
<b>11,05</b>	Mai 2009		<b>9,65</b>	Nov. 2008
<b>10,59</b>	??		<b>9,57</b>	März 2009
<b>10,52</b>	Mai 2008		<b>9,48</b>	Juli 2008
<b>10,45</b>	Mai 2008		<b>9,45</b>	Dez. 2008
<b>10,18</b>	??		<b>9,42</b>	05.06.2009
<b>10,1</b>	März 2009		<b>9,28</b>	März 2009

Unabhängig von der erzielten Punktzahl wurden 3 weitere Flaschen Champagner verlost. Die Verlosung fand offiziell im Rahmen des Examenskurses 09 I 2 in Frankfurt statt.

Die Gewinner sind:

**Noah Krüger  
Melanie Gräsel  
Katrin Niedermeyer**

**Wir, das Team von Jura Intensiv, freuen uns sehr über diese uns mitgeteilten Ergebnisse. Wir sehen in diesen hervorragenden Noten auch eine kleine Bestätigung unserer Arbeit und hoffen, dass alle, die ihre Prüfungen noch vor sich haben, diese Noten als Ansporn empfinden.**

**Die vorliegenden Ergebnisse bestätigen erneut: Wenn Sie sich auf unser Angebot einlassen und mit Fleiß und Interesse mitarbeiten, können Sie sich eine hervorragende Ausgangsbasis für Ihre berufliche Zukunft schaffen.**

**Das Team von Jura Intensiv ist bemüht, das seinerseits Mögliche für Ihren Erfolg zu tun.**

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Aufforderung zur umgehenden Nacherfüllung als Fristsetzung</b>	BGB § 281
Aktenzeichen: VIII ZR 254/08		
Datum: 12.08.2009		

	Mit der Aufforderung zur umgehenden Nacherfüllung wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist. Dem Zweck der Fristsetzung gem. § 281 BGB, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erbringen kann, sondern dass hierfür eine zeitliche Grenze besteht, wird auf diese Weise hinreichend Genüge getan.
---	--

**Sachverhalt:** Im Dezember 2005 verkaufte die Beklagte einen gebrauchten Mercedes SL 230 Pagode, Baujahr 1966, zum Kaufpreis von 34.900 €. Im Frühjahr 2006 beanstandete der Käufer gegenüber der Beklagten Mängel am Motor des Fahrzeugs. Er forderte sie auf, die Mängel "umgehend" zu beseitigen. Er kündigte an, ansonsten eine andere Werkstatt mit der Behebung der Mängel zu beauftragen.

Daraufhin erklärte ein Mitarbeiter der Beklagten, dass er sich um die Angelegenheit kümmern und umgehend Mitteilung machen werde. Nachdem sich die Beklagte in der Folgezeit nicht wieder bei dem Käufer gemeldet und er anschließend vergeblich versucht hatte, die Beklagte telefonisch zu erreichen, beauftragte er am 7.4.2006 ein anderes Unternehmen mit der Reparatur. Der Käufer zahlte die Rechnung i.H.v. rund 2.194 € und forderte die Beklagte vergeblich zur Erstattung des Betrags auf.

Der Kläger, an den der Käufer seine Schadensersatzansprüche abgetreten hat, machte diese mit der Klage geltend. AG und LG wiesen die Klage ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH die Urteile auf und wies die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

### Lösung:

Die Ansicht des Berufungsgerichts, es fehle an der nach § 281 BGB erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung, ist abzulehnen.

Nach § 281 I 1 BGB kann der Käufer wegen eines behebbaren Mangels der Kaufsache Schadensersatz statt der Leistung regelmäßig nur dann verlangen, wenn er dem Verkäufer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat. Für die erforderliche Fristsetzung reicht es allerdings aus, wenn der Käufer den Verkäufer auffordert, den Mangel "umgehend" zu beseitigen. Die Angabe eines bestimmten (End-)Termins oder Zeitraums ist für die Bestimmung einer angemessenen Frist nicht erforderlich.

Eine Frist ist ein bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum. Mit der Aufforderung zur umgehenden Nacherfüllung wird eine zeitliche Grenze gesetzt, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist. Dem Zweck der Fristsetzung, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erbringen kann, sondern dass hierfür eine zeitliche Grenze besteht, wird auf diese Weise hinreichend Genüge getan.

Da es an Feststellungen zu den behaupteten Mängeln fehlte, war das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gericht: BGH	<b>Automietvertrag: Zurechnung von Drittverschulden in AGB</b>	BGB § 307
Aktenzeichen: XII ZR 94/07		
Datum: 20.05.2009		

	Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Kraftfahrzeugmietvertrags gegen Entgelt eine Haftungsreduzierung für den Mieter nach Art der Vollkaskoversicherung mit Selbstbeteiligung, so verliert dieser den Versicherungsschutz nicht, wenn ein Dritter, dem er das Fahrzeug überlassen hat, dieses schuldhaft beschädigt. Entgegenstehende AGB beeinträchtigen den Mieter unangemessen und sind deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin ist ein gewerbliches Unternehmen, das Autos vermietet. Sie vermietete an die Beklagte zu 1) einen Kleintransporter zum Zwecke der Weitervermietung. Dabei vereinbarten sie eine Haftungsreduzierung mit einer Selbstbeteiligung von 511 € gegen eine Zusatzgebühr. Außerdem sollte laut AGB im Fall vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachter Schäden die Haftungsreduzierung nicht eintreten.

Die Beklagte zu 1) vermietete ihrerseits das Fahrzeug an den Beklagten zu 2). Dieser verursachte in Absprache mit dem Beklagten zu 3) vorsätzlich einen Unfall. Dabei entstand am Mietfahrzeug der Klägerin ein Schaden von rund 7.306 €. Die Beklagte zu 1) bezahlte allerdings nur den vereinbarten Selbstbeteiligungsbetrag.

Die Klägerin machte gegen alle drei Beklagten die Differenz von 6.795 € geltend. Das LG verurteilte die Beklagten zu 2) und 3) antragsgemäß und wies die Klage gegen die Beklagte zu 1) ab. Die Klägerin blieb in allen weiteren Instanzen erfolglos.

**Lösung:**

Die in den AGB geregelte Haftungsreduzierung bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Schadens war gemäß § 307 II 1 BGB unwirksam, soweit die Haftungsreduzierung wegen des nur zugerechneten Verhaltens eines Dritten entfallen sollte.

Vereinbarten die Parteien eines gewerblichen Kraftfahrzeugmietvertrages gegen Entgelt eine Haftungsreduzierung für den Mieter nach Art der Vollkaskoversicherung mit Selbstbeteiligung, so verliert der Mieter diesen Versicherungsschutz nicht, wenn ein Dritter, dem er das Fahrzeug überlassen hat, dieses schuldhaft beschädigt. Nur bei Einräumung dieses Schutzes genügt der gewerbliche Vermieter seiner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben erwachsenen Verpflichtung, schon bei der Festlegung seiner AGB die Interessen künftiger Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen.

Die Tatsache, dass in der Kraftfahrzeugvollversicherung eine Haftung des Versicherten für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Fahrers, dem er das Fahrzeug überlassen hat, nicht in Betracht kommt, ergibt sich bereits aus § 61 VVG a.F. (§ 81 VVG). Nach dieser Bestimmung ist der Versicherer von seinen Leistungspflichten nur frei, wenn der Versicherungsnehmer selbst den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt. Damit schließt bereits der Wortlaut des Gesetzes jede Zurechnung eines Drittverschuldens zu Lasten des Versicherungsnehmers aus.

Der Versicherer wird nur dann von der Leistungspflicht frei, wenn der Dritte Repräsentant des Versicherungsnehmers ist und in dieser Rolle den Versicherungsfall grob fahrlässig oder gar vorsätzlich vorbeiführt. Repräsentant ist allerdings nur, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertrags an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist. Die bloße Überlassung der Obhut reicht dabei nicht aus. Ebenso wenig begründen allein verwandtschaftliche Beziehungen oder allein vertragliche Beziehungen, kraft derer der Dritte die Obhut über das versicherte Risiko hat, die Repräsentantenstellung.

Gericht: BGH	<b>Eigenbedarfskündigung einer BGB-Gesellschaft</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 231/08		§ 566
Datum: 16.07.2009		

	Zwar schützt § 566 BGB den Mieter, indem der Erwerber anstelle des alten Vermieters in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Die Vorschrift schützt den Mieter allerdings nicht davor, dass eine Eigentümergemeinschaft oder einer BGB-Gesellschaft, als Erwerberin in den Mietvertrag eintritt und das Mietverhältnis vor Umwandlung in Wohnungseigentum wegen Eigenbedarfs eines ihrer Gesellschafter kündigt.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine aus acht Gesellschaftern bestehende BGB-Gesellschaft. Sie erwarb ein Wohnanwesen in München. Erklärter Gesellschaftszweck ist die Eigennutzung der Wohnungen durch die Gesellschafter.

Die Beklagte hatte noch mit den Voreigentümern des Anwesens im Jahr 1983 einen Mietvertrag über eine Wohnung im dritten Obergeschoss abgeschlossen. Ende März 2006 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis über diese Wohnung wegen Eigenbedarfs ihres Gesellschafter A. zum 31.3.2007. Mit der Klage begehrte die Klägerin Räumung und Herausgabe der Wohnung.

AG und LG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

**Lösung:**

Eine BGB-Gesellschaft als Vermieterin darf einem Mieter selbst dann wegen Eigenbedarfs eines ihrer Gesellschafter nach § 573 II Nr. 2 BGB kündigen, wenn die BGB-Gesellschaft durch Erwerb des Mietwohnraums gemäß § 566 I BGB in den Mietvertrag eingetreten ist.

Zwar schützt § 566 BGB den Mieter, indem der Erwerber anstelle des alten Vermieters in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Die Vorschrift schützt den Mieter allerdings nicht davor, dass eine Personenmehrheit, sei es in Form einer Eigentümergemeinschaft oder einer BGB-Gesellschaft, als Erwerberin in den Mietvertrag eintritt.

Der Wirksamkeit der Kündigung der Klägerin stand auch die Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung nach § 577a BGB (in Verbindung mit der einschlägigen Landesverordnung über die Gebiete mit gefährdeter Wohnungsversorgung) weder in direkter noch in analoger Anwendung entgegen. Schließlich hat die klagende BGB-Gesellschaft kein Wohnungseigentum, sondern das bebaute Grundstück als solches erworben. Im Zeitpunkt der Kündigung durch die Klägerin war eine Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht erfolgt.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift muss ebenfalls ausscheiden, weil gerade die erhöhte Gefahr einer Eigenbedarfskündigung nach Umwandlung des vermieteten Wohnraums in eine Eigentumswohnung und Veräußerung an einen neuen Eigentümer nach Auffassung des Gesetzgebers die Rechtfertigung für die mit der verlängerten Kündigungssperrfrist verbundene Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentümerbefugnisse sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers darstellt. Auf den Schutz vor einer unabhängig von der Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage ist die Vorschrift nach ihrem Normzweck nicht zugeschnitten.

Da der Schutzzweck des § 577a BGB den Erwerb einer Wohnimmobilie durch eine Mehrheit von Personen, sei es in Form einer Miteigentümergeinschaft oder in Form einer BGB-Gesellschaft zum Zwecke der Eigennutzung, nicht erfasst, war auch eine unzulässige Umgehung dieser Vorschrift zu verneinen. Das Berufungsgericht muss deshalb im weiteren Verfahren klären, ob der für den Gesellschafter mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf begründet ist.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Zur Frage einer erneuten Zeugenvernehmung</b>	ZPO
Aktenzeichen: VIII ZR 3/09		§ 529 I Nr. 1
Datum: 14.07.2009		

	Nach § 529 I Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht zwar grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Würdigt es allerdings eine Zeugenaussage anders als das erstinstanzliche Gericht, ohne den Zeugen selbst zu vernehmen, liegt darin ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin hatte die Beklagte aus abgetretenem Recht ihres Geschäftsführers auf Zahlung des Kaufpreises von 42.000 € für die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils gerichtlich in Anspruch genommen. Die Beklagte behauptete hingegen, bei Abschluss des Kaufvertrags sei vereinbart worden, dass der Kaufpreis mit einer persönlichen Darlehensschuld des Verkäufers gegenüber einer GmbH verrechnet werde und dadurch die Forderung erloschen sei.

Das LG wies die Klage aufgrund der Aussagen der von der Beklagten benannten Zeugen letztlich ab. Das OLG war hingegen der Ansicht, die Beklagte habe den Beweis für die behauptete Verrechnungsvereinbarung nicht erbracht und gab der Klage statt. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

**Lösung:** Das OLG hatte die erstinstanzlich vernommenen Zeugen entgegen § 529 I Nr. 1, § 398 I ZPO nicht erneut

vernommen, obwohl es deren Aussagen anders gewürdigt hat als das LG. Dies verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG.

Nach § 529 I Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht zwar grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine erneute Beweisaufnahme allerdings zwingend geboten. Insbesondere muss das Berufungsgericht die bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals gemäß § 398 I ZPO vernehmen, wenn es deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz. Es darf nur dann auf eine weitere Vernehmung verzichten, wenn es sich auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen.

Im vorliegenden Fall hatte das OLG gemeint, dass sich der Aussage eines Zeugen der Beklagten, der als einziger der vernommenen Zeugen bei dem Vertragsschluss zugegen gewesen sei, ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien im Hinblick auf eine Verrechnungsabrede nicht entnehmen lasse. Somit hat es die Zeugenaussage für unergiebig erachtet und abweichend gewürdigt, ohne sich durch erneute Vernehmung des Zeugen einen eigenen Eindruck zu verschaffen. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass das OLG zu einer abweichenden Entscheidung gelangt wäre, wenn es die Zeugen erneut vernommen hätte.

## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Zur Selbstgefährdung des Junkies bei der Überlassung von Drogen</b>	StGB § 222
Aktenzeichen: 1 StR 518/08		
Datum: 29.04.2009		

	<p>Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers schließt die objektive Zurechnung aus. Die Zurechnung ist jedoch zu bejahen, wenn der Täter die Gefahrenlage besser erfasst, als das Opfer (überlegenes Wissen).</p> <p>Der BGH behandelt in diesem Urteil die Frage, wie sich diese Grundsätze auf den Fall auswirken, dass der Täter die Gefahrenlage zwar nicht besser erkannt hat, aber besser hätte erkennen müssen.</p>
---	--

Sachverhalt: In der Nacht zum 21. 1. 2006 kamen *B K* und *Ü Y* überein, „gemeinsam Kokain zu konsumieren“. *B K* wandte sich deshalb an den unter anderem wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln vorbestraften Angekl., „von dem er wusste, dass man bei ihm Kokain erhalten“ konnte. Dieser erklärte sich bereit, *B K* und *Ü Y* „Kokain zu überlassen“, holte aus seinem Vorrat Rauschgift und portionierte dieses in zwei zusammengerollten Zehn-Euro-Scheinen, die er *B K* und *Ü Y* zum Konsum übergab. „In diesem Moment wusste er jedoch nicht, dass es sich bei dem von ihm mitgeführten Rauschgift nicht um Kokain handelte, sondern um reines Heroin. Tatsächlich hielt er das mitgebrachte Rauschgift für eine Mischung aus Kokain, Amphetamin und gekochtem Marihuana. Entweder hatte er das Heroin von seinem Lieferanten als das entsprechende Kokaingemisch erhalten oder er hatte sowohl reines Heroin als auch die entsprechende Mischung vorrätig und sorgfalswidrig die Mengen bei Herausnahme aus seinem Vorrat verwechselt.“ *B K* konsumierte das Heroin und verstarb wenige Stunden später infolge eines ausschließlich hierdurch verursachten zentralen Regulationsversagens. Diese Folge hätte der Angekl. bei pflichtgemäßem und sorgfältigem Handeln erkennen und vermeiden können.

### Lösung:

2. Der Generalbundesanwalt meint, diese Feststellungen würden die Verurteilung wegen - tateinheitlich zum Verstoß gegen § 29 I Nr. 6 lit. b Alt. 2 BtMG begangener - fahrlässiger Tötung nicht tragen. Der Angekl. habe sich lediglich an einer vorsätzlichen Selbstgefährdung *B K*'s beteiligt und daher nicht gem. § 222 StGB strafbar gemacht. Der *Senat* vermag dieser Auffassung nicht zu folgen.

a) Allerdings trifft es zu, dass eigenverantwortlich gewollte, mithin zumindest in Kauf genommene Selbsttötungen, -verletzungen und -gefährdungen nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts unterfallen. Wer sich daran beteiligt, nimmt an einem Vorgang teil, der - soweit es um die Strafbarkeit wegen eines solchen Delikts geht - keine Tat i.S. der §§ 25, 26, 27 I StGB darstellt. Der sich vorsätzlich Beteiligende kann nach

ständiger Rechtsprechung des *BGH* infolgedessen nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden. Wer das zumindest selbst gefährdende, eigenverantwortliche Verhalten eines anderen fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs nicht strafbar sein, wenn er sich im Falle vorsätzlichen Handelns nicht strafbar machen würde (grundlegend BGHSt 32, 262 [263ff.] = NStZ 1984, 411; s. auch *BGH*, NJW 2000, 2286 = NStZ 2001, 205).

b) Hieran gemessen hat sich der Angekl. auch wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht.

aa) Denn die Straflosigkeit eines Beteiligten setzt voraus, dass der andere sich „frei und eigenverantwortlich gewollt“ selbst gefährdet (vgl. *BGH*, NStZ 1985, 25 [26]; BGHSt 33, 66 = NStZ 1985, 319). Die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses begrenzt die Strafbarkeit (vgl. *Jähnke*, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 222 Rdnr. 21). An dieser fehlt es aber nicht nur, wenn ein autonomes Handeln beispielsweise in Folge einer Intoxikationspsychose ausgeschlossen ist (*BGH*, NStZ 1983, 72), sondern auch bei einem die Selbstverantwortlichkeit betreffenden Irrtum (vgl. *BGH*, NStZ 1986, 266 [267]).

Einem derartig rechtserheblichen Irrtum war *B K* unterlegen. Zwar hat der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift zutreffend darauf hingewiesen, dass den sich am illegalen Umgang mit Betäubungsmitteln beteiligenden Personen die Wirkstoffkonzentration und der Gehalt eventuell beigemengter Stoffe regelmäßig nicht bekannt sind und Konsumenten daher riskieren, nicht nur eine zu hohe Dosierung des von ihnen gewünschten Rauschgifts, sondern zusätzlich unbekannte, möglicherweise ebenfalls gesundheitsgefährdende Stoffe zu sich zu nehmen. Das vom *LG* festgestellte Geschehen lag aber außerhalb eines solchen üblichen Gefahrenbereichs, so dass *B K* das von ihm eingegangene Risiko grundlegend verkannte. Denn er erhielt vom Angekl. nicht - wie gewünscht und ihm zugesagt - Kokain, das lediglich einen höheren Wirkstoffgehalt hatte, als von ihm angenommen, und dem weitere Substanzen beigegeben waren, sondern Heroin. Dieses ist nicht nur generell gefährlicher als Kokain, wie die deutlich divergierenden Grenzwerte für die jeweils nicht geringe Menge erkennen lassen (vgl. BGHSt 32, 162 = NStZ 1984, 221: 1,5g Heroinhydrochlorid; BGHSt 33, 133 = NStZ 1985, 366: 5g Kokainhydrochlorid), sondern war vorliegend „rein“ und damit von weit überdurchschnittlicher Gefährlichkeit (vgl. den Deutschland betreffenden Bericht 2007 des nationalen Knotenpunkts des Europäischen Informationsnetzwerks zu Drogen und Sucht [REITOX] an die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, S. 122, 125, wonach im Jahr 2006 der durchschnittliche Wirkstoffgehalt von Heroin im Straßenhandel 15,6% und im Großhandel 38,1% betrug).

bb) Das *LG* hat angesichts dessen im Ergebnis zutreffend angenommen, dass *B K*'s Tod auf einem sorgfaltswidrigen Verhalten des Angekl. beruht und diesem zuzurechnen ist. Die im Rahmen der rechtlichen Würdigung für die Bejahung des § 222 StGB gegebene Begründung, der Angekl. habe es pflichtwidrig unterlassen, *B K* „über die Tatsache aufzuklären, dass er ihm statt reines Kokain eine Mischung überließ“, erweist sich jedoch als nicht tragfähig. Diese Fehlvorstellung des Angekl. war für die Erhöhung des für *B K* bestehenden Risikos ohne Bedeutung; eine entsprechende Mitteilung hätte diesem keine realistischere Beurteilung des Risikos ermöglicht.

Als der Angekl. das Rauschgift zum Konsumieren zur Verfügung stellte, verhielt er sich aber insofern sorgfaltswidrig, als er dabei unter Berücksichtigung des Vorverhaltens der Beteiligten (konkulent) zum Ausdruck brachte, dem Wunsch *B K*'s und seiner Zusage entsprechend handele es sich um Kokain. Denn eine solche Erklärung durfte der Angekl. nur abgeben, wenn er sich zuvor vergewissert hätte, dass er tatsächlich dieses Rauschmittel aushändigt. In diesem Fall hätte er das tatsächliche Risiko und die daraus erwachsenden Folgen ebenso erkennen können (vgl. *Hardtung*, in: MünchKomm-StGB, § 222 Rdnr. 22) wie den Umstand, dass *B K* sein sich selbst gefährdendes Verhalten falsch einschätzen würde (s. auch *Jähnke*, in: LK-StGB, § 222 Rdnr. 21).

Einer solchen Prüfungspflicht steht nicht entgegen, dass der unerlaubte Umgang mit Betäubungsmitteln generell und hier konkret das Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch (§ 29 I Nr. 6 lit. b Alt. 2 BtMG) unter Strafe gestellt ist. Denn anderenfalls würde derjenige, der sich in ohnehin strafbarer Weise verhält, gegenüber demjenigen besser gestellt, der grundsätzlich erlaubt potenziell risikobehaftete Stoffe an andere weitergibt. Beispielsweise haben Ärzte und Apotheker zuvor zu prüfen, ob sie dem Kunden das richtige Medikament aushändigen. Eine solche Auslegung würde darüber hinaus dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel zuwiderlaufen, gerade die durch unerlaubte Betäubungsmittel verursachten Gefahren einzudämmen. Ob sich eine solche Prüfungspflicht auch auf den jeweiligen Wirkstoffgehalt des von den Beteiligten (qualitativ und quantitativ) zutreffend eingestuften Rauschmittels erstreckt, braucht der *Senat* nicht zu entscheiden. Bei solchen Konstellationen wird jedenfalls

zumeist - worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hingewiesen hat - keine relevante Abweichung von der Vorstellung des Rauschmittelkonsumenten hinsichtlich des von ihm eingegangenen Risikos und damit ein eigenverantwortliches Verhalten vorliegen.

3. a) Gegen die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung spricht ferner nicht die Kontrollüberlegung, ob der Angekl. bei vorsätzlichem Verhalten straflos geblieben wäre. Dies wäre nicht der Fall. Denn hätte der Angekl. dem lediglich Kokain erwartenden *B K* vorsätzlich reines Heroin zum Konsumieren ausgehändigt, ohne ihn darüber aufzuklären, wäre er wegen eines in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Alt. 2 StGB) begangenen vorsätzlichen Tötungsdelikts zu verurteilen gewesen, wobei die Annahme eines Heimtückemords nahegelegen hätte. Das so genannte Teilnahmeargument geht somit fehl, weil *B K* irrtumsbedingt das tatsächliche Risiko verkannte.

b) Einer Bestrafung nach § 222 StGB steht schließlich auch nicht eine privilegierende Spezialität des § 30 I Nr. 3 BtMG mit daraus gegebenenfalls folgender Sperrwirkung entgegen. Privilegierende Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren (spezielleren) Gesichtspunkt erfasst, und der Täter durch die Spezialvorschrift privilegiert werden soll. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen, da hierdurch die Privilegierung beseitigt würde. Ob die speziellere Vorschrift den Täter begünstigen soll, ist anhand des Zwecks dieser Vorschrift, des inneren Zusammenhangs der miteinander konkurrierenden Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers zu prüfen (BGHSt 49, 34 [37] = NStZ 2004, 204).

Die anhand dieser Kriterien vorgenommene Prüfung ergibt zwar, dass § 30 I Nr. 3 BtMG hinsichtlich des herbeigeführten Todes leichtfertiges Verhalten verlangt und dieses zudem gegenüber der offenen Tathandlung beim § 222 StGB konkretisiert, diesem gegenüber also *lex specialis* ist (ebenso *Rahlf*, in: MünchKomm-StGB, § 30 BtMG Rdnr. 173). Da aber im Hinblick darauf sein Strafraum deutlich erhöht ist, sperrt er die Anwendung des § 222 StGB nicht, wenn dieser, jedoch § 30 I Nr. 3 BtMG nicht erfüllt ist (s. auch BGHSt 19, 188 [190] = NJW 1964, 559; BGHSt 30, 235 [236] = NStZ 1982, 27; BGHSt 49, 34 [38] = NStZ 2004, 204).

Dieses Ergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte der neuen Betäubungsmittelvorschriften, die durch das Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts vom 28. 7. 1981 (BGBl I, 681) geändert worden sind, bestätigt. Wie sich aus den Materialien ergibt (BT-Dr 8/3551, S. 37; auch 7/4141, S. 5f.), sollte wegen der steigenden Zahl der Drogentoten durch die Einfügung des Merkmals der (nicht mehr vorsätzlichen, sondern nur noch) leichtfertigen Herbeiführung des Todes eines Menschen das diesbezügliche Strafrecht verschärft werden.

**Vor allem für Referendare:**

Bundesministerium der Justiz	<b>Die neue „Kronzeugen“-Regelung tritt in Kraft</b>	StPO StGB
Pressestelle		
Datum: 31.08.2009		

	<b>Am 1. September 2009 tritt eine neue Strafzumessungsregel in Kraft. Bei Straftätern, die zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten beitragen, können Richterinnen und Richter die Strafe künftig mildern oder ganz von Strafe absehen.</b>
---	--

Die Reform knüpft an frühere Möglichkeiten an, die Kooperationsbereitschaft von Straftätern zu honorieren. Bis 1999 galt das Kronzeugengesetz, das für die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen und damit zusammenhängende Taten die Möglichkeit eröffnete, das Verfahren einzustellen, von Strafe abzusehen oder die Strafe zu mildern. Das geltende Strafrecht kennt spezifische ("kleine") "Kronzeugenregelungen" für bestimmte Delikte, nämlich bei der Geldwäsche (§ 261 StGB), im Betäubungsmittelstrafrecht (§ 31 BtMG) und in sehr engem Umfang bei der Bildung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB). Praktisch bedeutsam ist vor allem § 31 BtMG, dessen Anwendung in den vergangenen Jahrzehnten gute Ermittlungserfolge bei der Aufklärung organisierter Rauschgiftkriminalität ermöglichte.

"Der Staat muss nicht nur für eine angemessene Bestrafung der Täter sorgen, sondern er hat auch den

verfassungsrechtlichen Auftrag, gerade schwere Straftaten aufzuklären und zu verhindern. Die neue Strafzumessungsvorschrift unterscheidet sich vor allem in zwei Punkten von den bisherigen Kronzeugenregelungen: Wir fassen den Anwendungsbereich breiter und treffen Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch. Der wesentliche Nachteil der bisherigen Regelungen lag zum einen in ihrer Beschränkung auf bestimmte Deliktsbereiche. Bislang konnte nur der Täter eines Betäubungsmitteldelikts oder ein Geldwäscher eine Strafmilderung erhalten und dies auch nur dann, wenn er half, ein Drogen- oder Geldwäschdelikt aufzuklären. Damit fehlte ein Kooperationsanreiz für alle potenziellen "Kronzeugen", die eine andere Tat begangen hatten, etwa für den Passfälscher, Schleuser oder Waffenhändler, durch dessen Angaben z. B. ein Sprengstoffanschlag vereitelt oder aufgeklärt werden kann. Deshalb haben wir eine allgemeine Strafzumessungsregelung geschaffen, die grundsätzlich unabhängig vom Delikt des "Kronzeugen" angewandt werden kann, wenn er wichtige Informationen zu schweren und häufig auch nur schwer aufklärbaren Straftaten preisgibt. Zusätzlich enthält die neue Regelung wichtige Schutzvorkehrungen, um eine unangemessene Begünstigung des "Kronzeugen" und einen Missbrauch der Regelung zu vermeiden. Dadurch unterstützen wir die Gerichte darin, nur demjenigen eine Strafmilderung zu gewähren, der wesentlich und vor allem rechtzeitig zur Aufklärung oder Verhinderung einer schweren Tat beiträgt", erläuterte Bundesjustizministerin Zypries.

### **Eckpunkte der Neuregelung:**

#### **1. Voraussetzungen:**

Der Täter einer mittelschweren oder schweren Straftat offenbart sein Wissen über Tatsachen, die wesentlich zur Aufklärung einer schweren Straftat nach § 100a II StPO beitragen (sog. Aufklärungshilfe), oder durch die eine schwere Straftat nach § 100a II StPO verhindert werden kann (sog. Präventionshilfe).

**Beispiel:** Der wegen seiner Beteiligung an einem (bewaffneten) Bankraub (§§ 249, 250 StGB) verhaftete A gibt der Polizei Hinweise, die zur Ergreifung seiner Mittäter B und C führen.

Die Bedeutung dessen, was der "Kronzeuge" zur Aufklärung oder Verhinderung von Straftaten beiträgt, rechtfertigt im Verhältnis zur Schwere der eigenen Tat eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe.

#### **2. Folge**

Das Gericht kann die Strafe mildern oder von Strafe absehen, hat jedoch folgende Einschränkungen zu beachten:

Ist "lebenslänglich" die ausschließlich angedrohte Strafe (wie dies insbesondere bei Mord der Fall ist) darf die Strafe allenfalls auf eine Freiheitsstrafe von zehn Jahren gemildert werden;

von Strafe absehen darf das Gericht nur, wenn die Tat abstrakt nicht auch mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter im konkreten Fall - ohne die Strafmilderung - keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hätte.

*Im Beispielfall kann das Gericht die Strafe gegen A mildern und dabei unter die Mindeststrafandrohung (§ 250 StGB) von drei Jahren Freiheitsentzug gehen. Ein Absehen von Strafe wird in der Praxis nur unter besonderen Umständen in Frage kommen, z. B. wenn der Tatbeitrag des A gering ist und mit seiner Hilfe weitere Bankraube, die B und C bereits geplant hatten, verhindert werden können.*

*Haben A, B und C demgegenüber bei ihrem gemeinsamen Bankraub leichtfertig den Tod einer Bankangestellten verursacht, weil sich aus einer ihrer Schusswaffen ein Schuss gelöst hat, so darf das Gericht im Verfahren gegen den "Kronzeugen" A nicht von Strafe absehen, weil die entsprechende Tat (Raub mit Todesfolge, § 251 StGB) auch mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist.*

#### **3. Ausschluss**

Die neue Regelung findet keine Anwendung, wenn der Kronzeuge sein Wissen erst offenbart, nachdem das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn beschlossen hat. Damit soll insbesondere erreicht werden, dass die Angaben des Täters von den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten noch rechtzeitig auf Ihre Stichhaltigkeit überprüft werden können, bevor über die Strafmilderung entschieden wird. Dies soll dazu beitragen, dass nur derjenige eine Strafmilderung erlangt, der wirklich wesentlich zur Aufklärung oder Verhinderung einer schweren Straftat beigetragen hat.

*Beispiel:* Der wegen eines Menschenhandeldelikts Angeklagte hat während des gesamten Verfahrens geschwiegen. Erst am letzten Verhandlungstag, als ihm eine Verurteilung droht, macht er auf einmal vor dem Gericht Angaben über angebliche Drogenstraftaten von Personen, die dem Gericht und den Strafverfolgungsbehörden bislang

unbekannt sind. Eine Strafmilderung nach der "Kronzeugenregelung" kommt dann nicht in Frage. Möglich bleibt es allein, die Aussage nach den allgemeinen Regeln bei der Strafzumessung noch zu Gunsten des Täters zu berücksichtigen, falls das Gericht sie für überzeugend hält (§ 46 StGB).

#### 4. Kein Automatismus der Strafmilderung

Die Strafmilderung ist kein Automatismus. Vielmehr hat das Gericht ausdrücklich die Aufgabe, den "Wert" der Aussage zur Schwere der Tat des "Kronzeugen" ins Verhältnis zu setzen. Es muss also abwägen, ob der konkrete Nutzen der Aussage und die Schwere der dadurch aufgeklärten oder verhinderten Taten es rechtfertigen, dem "Kronzeugen" für seine eigene Tat eine Strafmilderung zu gewähren. Es bleibt dem Gericht daher insbesondere unbenommen, dem "Kronzeugen" wegen der besonderen Schwere seiner Schuld oder wegen des nur geringen Nutzens seiner Aussage eine Strafmilderung zu verwehren.

#### 5. Bisherige Kronzeugenregelungen aufgehoben oder angepasst

Die derzeit existierenden spezifischen "Kronzeugenregelungen" wurden, soweit sie entbehrlich geworden sind, aufgehoben oder zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen an die Vorgaben der allgemeinen Strafzumessungsregel angepasst.

#### Wesentliche Unterschiede und Vorzüge im Vergleich zum früheren Kronzeugengesetz:

##### Allgemeine Strafzumessungsregel

Die Neuregelung ist eine allgemeine Strafzumessungsregel, d. h. sie ist grundsätzlich nicht auf bestimmte Delikte beschränkt. Die Strafverfolgungspraxis bemängelte an der früheren Kronzeugenregelung aus den 80er und 90er Jahren vor allem die enge Bindung an die Organisationsdelikte der §§ 129, 129a StGB (kriminelle / terroristische Vereinigung), da diese Delikte teilweise schwierig nachzuweisen sind und deren Voraussetzungen häufig auch schlicht nicht vorliegen. In der Praxis waren deshalb oft auch zunächst langwierige Ermittlungen nötig, bevor feststand, ob man einem kooperationsbereiten Beschuldigten die Vergünstigungen aus der früheren Kronzeugenregelung überhaupt in Aussicht stellen konnte.

##### Keine Identität der Deliktsgruppe erforderlich

Die Tat des "Kronzeugen" und die Tat, auf die sich seine Präventions- oder Aufklärungshilfe bezieht, müssen nicht derselben Deliktsgruppe zuzuordnen sein.

##### Schutzvorkehrungen gegen Missbrauch

Die Neuregelung enthält Sicherungen, um die Gefahr zu minimieren, dass ein vermeintlicher Kronzeuge durch Falschangaben eine Strafmilderung erlangt. Dies geschieht vor allem durch die zeitliche Begrenzung des Anwendungsbereichs (Angaben müssen vor Eröffnung des Hauptverfahrens gemacht werden, um noch rechtzeitig überprüft werden zu können, siehe oben), aber auch durch die Ausweitung und Erhöhung der Strafen der für Falschangaben einschlägigen Straftatbestände (§ 145d StGB - Vortäuschen einer Straftat, § 164 StGB - Falsche Verdächtigung), wenn der Täter die Falschangaben macht, um sich die Strafmilderung der Kronzeugenregelung zu erschleichen. Beide Sicherungen sind auch in die für die Praxis wichtige Kronzeugenregelung des § 31 BtMG eingebaut worden. Im Übrigen hängt die Gewährung einer Strafmilderung natürlich auch zukünftig davon ab, dass das entscheidende Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass die Angaben des "Kronzeugen" auch tatsächlich zu einem Aufklärungserfolg führen oder die Verhinderung einer schweren Straftat ermöglichen.

Anzeige \_\_\_\_\_



## Assex-StPO-Crash-Kurs im Oktober 2009

Für alle Referendare zur Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen:

Dienstag 17 – 20 Uhr am 6., 20. und 27. Oktober in Frankfurt am Main!

Über 40 aktuelle Urteile zum Strafprozessrecht. Dozent: RA Thorsten Krauß

## **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.

**Die Hansa Capital GmbH & Co. KG ist umgezogen und ist nun direkt im Rhein-Main-Gebiet ansässig.**

**Damit stehen Ihnen unsere Dienstleistungen noch direkter zur Verfügung und wir können sie noch persönlicher betreuen.**

**Wenden Sie sich vertrauensvoll an uns.**

---

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge  
Bankkaufmann  
Geschäftsführer

Hansa Capital GmbH & Co. KG  
Hagenauer Strasse 42 Trias Forum  
65203 Wiesbaden

Telefon: 0611/2386034  
ohlrogge@hansa-capital.de  
www.hansa-capital.de

Bundesministerium der Justiz	<b>Neuregelung zu Patientenverfügungen in Kraft</b>	StGB
Pressestelle		Sterbehilfe-
Datum: 30.01.2008		Problematik

	<b>Am 1. September 2009 tritt die gesetzliche Regelung zur Wirksamkeit und Reichweite von Patientenverfügungen in Kraft. Damit sind die Voraussetzungen von Patientenverfügungen und ihre Bindungswirkung eindeutig im Gesetz bestimmt. Patientenverfügungen erläutern dem Arzt den Willen des Patienten, der sich zur Frage seiner medizinischen Behandlung nicht mehr selbst äußern kann.</b>
---	---

*Anm.: Die Patientenverfügung spielt im Examen vor allem eine Rolle im Bereich der Sterbehilfe-Problematik im Strafrecht und wird deshalb an dieser Stelle vorgestellt.*

„Das Gesetz zur Patientenverfügung bringt endlich Sicherheit und Klarheit für die etwa acht Millionen Menschen, die schon heute eine solche Verfügung haben - und natürlich auch für alle, die sich in Zukunft dafür entscheiden. Patienten und ihre Angehörigen haben nun Gewissheit: Der Patientenwille ist in allen Lebenslagen oberstes Gebot. Neu ist die Schriftform. Ab dem 1. September müssen Patientenverfügungen schriftlich sein und eigenhändig unterschrieben sein. Frühere schriftliche Verfügungen bleiben wirksam. Auf höhere bürokratische Hürden oder eine Reichweitenbegrenzung haben wir bewusst verzichtet. Das Gesetz sagt klipp und klar: Jede schriftliche Patientenverfügung, die der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entspricht, ist für alle Beteiligten verbindlich. So stellen wir sicher, dass die Menschen in jeder Phase ihres Lebens selbst entscheiden können, ob und wie sie behandelt werden möchten. Zugleich gewährleisten wir, dass bei Missbrauchsgefahr oder Zweifeln über den Patientenwillen das Gericht als neutrale Instanz entscheidet“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

„Der gesetzliche Rahmen steht. Jetzt muss jeder für sich selbst entscheiden, ob er eine Patientenverfügung will oder nicht. Keiner darf eine solche Verfügung verlangen, weder vor einer Operation im Krankenhaus noch bei einer Aufnahme im Pflegeheim. Wer sich aus freien Stücken für eine Patientenverfügung entscheidet, sollte sich Zeit nehmen nachzudenken, in welcher Situation er wie behandelt werden will. Je konkreter die Formulierung, desto besser die Orientierung für alle Beteiligten. Ich rate auch dazu, vorhandene Patientenverfügungen regelmäßig zu aktualisieren. Im Ernstfall geht es ja darum, ob die Verfügung den aktuellen Willen wiedergibt. Ist sie Jahrzehnte alt, können Zweifel aufkommen. Darum ist es gut, das Papier etwa alle zwei Jahre durchzulesen und mit einer kurzen Notiz klarzustellen, ob und wie es weiter gelten soll. Damit die Verfügung - auch wenn es schnell gehen muss - zur Hand ist, sollte man einen Hinweis darauf bei sich tragen, dass es sie gibt und wo sie zu finden ist. Ich empfehle außerdem, eine Vertrauensperson zu bevollmächtigen, die den niedergelegten Willen zu Geltung bringen kann. Mit ihr sollte man die Verfügung besprechen, damit klar ist, was gemeint ist. Weitergehende Ratschläge, Textbausteine und Formulierungshilfen gibt unsere Informationsbroschüre, die kostenlos beim Bundesjustizministerium bestellt werden kann“, erläuterte Zypries.

### **Zu den Regelungen im Einzelnen:**

Volljährige können in einer schriftlichen Patientenverfügung im Voraus festlegen, ob und wie sie später ärztlich behandelt werden wollen, wenn sie ihren Willen nicht mehr selbst äußern können. Kommt es danach zur Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen, sind Betreuer und Bevollmächtigter an die Patientenverfügung gebunden. Sie müssen prüfen, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entsprechen und den Willen des Betroffenen zur Geltung bringen. Es gibt keine Reichweitenbegrenzung, die den Patientenwillen kraft Gesetzes in bestimmten Fällen für unbeachtlich erklärt.

Niemand ist gezwungen, eine Patientenverfügung zu verfassen. Patientenverfügungen können jederzeit formlos widerrufen werden. Gibt es keine Patientenverfügung oder treffen die Festlegungen nicht die aktuelle Situation, muss der Betreuer oder Bevollmächtigte unter Beachtung des mutmaßlichen Patientenwillens entscheiden, ob er in die Untersuchung, die Heilbehandlung oder den ärztlichen Eingriff einwilligt.

Die Entscheidung über ärztliche Maßnahmen bei Entscheidungsunfähigen wird im Dialog zwischen Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem vorbereitet. Der behandelnde Arzt prüft, was medizinisch angezeigt ist und erörtert die Maßnahme mit dem Betreuer oder Bevollmächtigten, möglichst unter Einbeziehung naher Angehöriger und sonstiger Vertrauenspersonen.

Sind sich Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigter über den Patientenwillen einig, bedarf es keiner Einbindung des Gerichts. Bestehen hingegen Meinungsverschiedenheiten, müssen die Entscheidungen vom Betreuungsgericht genehmigt werden.

Wer sich für eine Patientenverfügung entscheidet, findet Hilfestellungen in der vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Broschüre "Patientenverfügung". Sie enthält allgemeine Empfehlungen, sorgfältig erarbeitete Textbausteine für die Formulierung der individuellen Entscheidungen sowie zwei Beispiele einer möglichen Patientenverfügung. Die Broschüre kann unter [www.bmj.de/patientenverfuegung](http://www.bmj.de/patientenverfuegung) elektronisch abgerufen oder kostenlos bestellt werden.

Informationen zu der Möglichkeit, eine Vertrauensperson mit der Durchsetzung der Patientenverfügung und/oder mit anderen Aufgaben zu betrauen, enthält die Broschüre "Betreuungsrecht". Sie informiert ausführlich über die rechtlichen Rahmenbedingungen des Betreuungsrechts und gibt im Anhang konkrete Hinweise, wie man für den möglichen Fall der eigenen Betreuungsbedürftigkeit vorsorgen kann. Ausführlich wird dabei auf die sogenannte Vorsorgevollmacht eingegangen. Erläutert wird auch die Möglichkeit, in einer Betreuungsverfügung zu bestimmen, wer im Ernstfall zum Betreuer oder zur Betreuerin bestellt werden soll. Konkrete Formulierungsvorschläge runden das Angebot ab. Die Broschüre kann unter [www.bmj.de/betreuungsrecht](http://www.bmj.de/betreuungsrecht) abgerufen oder bestellt werden.

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	<b>Verfassungswidrige Dauer eines Zivilprozesses</b>	GG
Aktenzeichen: 1 BvR 2662/06		Art. 2 I,
Datum: 30.07.2009		20 III

	<b>Aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG lässt sich eine Verpflichtung der Fachgerichte ableiten, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens (hier: 22 Jahre) ist allerdings stets nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen und ergibt sich nicht aus allgemeingültigen Zeitvorgaben.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Beschwerdeführerin war Eigentümerin mehrerer Grundstücke mit Kiesvorkommen. Diese wurden im Jahr 1986 versteigert, nachdem die im Ausgangsverfahren beklagte Bank ihre Kreditzusage am Versteigerungstag zurückgezogen hatte. Im Jahr 1987 klagte die Beschwerdeführerin gegen das Kreditinstitut beim LG auf Schadensersatz. Sie war der Ansicht, die Grundstücke seien weit unter Wert verschleudert worden. Im Jahr 1990 sprach das OLG der Beschwerdeführerin den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zu Zweidritteln zu und verwies die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das LG zurück. Eine Entscheidung im Betragsverfahren erging bis heute nicht.

Zunächst führte das LG von 1991 bis 1993 das Verfahren auf Bitten der Beschwerdeführerin wegen schwebender Vergleichsverhandlungen nicht fort. Während des Verfahrens wechselte die Beschwerdeführerin mehrfach den Prozessbevollmächtigten, änderte wiederholt ihre Klaganträge und stellte mehrere Prozesskostenhilfeanträge. Überdies stellte sie verschiedene Befangenheitsanträge gegen Richter Sachverständige.

Nach Erstattung eines Gutachtens Anfang 2008 lehnte die Beschwerdeführerin den Sachverständigen erfolgreich als befangen ab, woraufhin das LG die Einholung eines Gutachtens durch einen neuen Sachverständigen anordnete. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wandte sich die Beschwerdeführerin gegen die überlange Dauer des Hauptsacheverfahrens und hatte vor dem BVerfG Erfolg.

### Lösung:

Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG folgenden Rechts auf effektiven Rechtsschutz rügte, konnte die Verfassungsbeschwerde angenommen werden. Die bisherige Dauer des Verfahrens begründete auch einen Verfassungsverstoß. Das LG ist nunmehr gehalten, unverzüglich geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die zu einem möglichst raschen Abschluss des Verfahrens führen.

Aus Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich eine Verpflichtung der Fachgerichte ableiten, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen. Die Angemessenheit der Dauer eines

Verfahrens ist aber stets nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen. Es gibt insofern keine allgemeingültigen Zeitvorgaben.

Auch wenn die Beschwerdeführerin bisher durch ihr Prozessverhalten zur Länge des Verfahrens beigetragen hat, ist es nach Abwägung sämtlicher Umstände verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, dass der Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens nach über 22 Jahren noch nicht absehbar ist. Die Pflicht zur nachhaltigen Beschleunigung des Verfahrens durch die Fachgerichte wurde hier noch dadurch verstärkt, dass die Beschwerdeführerin durch den Rechtsstreit erheblichen finanziellen Lasten ausgesetzt ist.

Das LG hätte sich angesichts der außergewöhnlich langen Verfahrensdauer nicht darauf beschränken dürfen, das Verfahren wie einen gewöhnlichen, wenn auch komplizierten Rechtsstreit zu behandeln. Vielmehr hätte es - unter Zugrundelegung seines rechtlichen Ausgangspunktes - sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung nutzen müssen. Gegebenenfalls wäre es gehalten gewesen, sich um gerichtsinterne Entlastungsmaßnahmen zu bemühen.

Gericht: VG Frankfurt a.M.	<b>Altersgrenze für hessische Beamte verstößt gegen EU-Recht</b>	HBG
Aktenzeichen: 9 L 1887/09.F(V)		§ 50 I
Datum: 06.08.2009		

	<b>Die beamtenrechtlichen Altersgrenzenregelungen in Hessen verstoßen nach Auffassung des VG Frankfurt gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und sind daher unwirksam. Das Gericht hat deshalb einem 65 Jahre alten Beamten im Eilverfahren einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zugesprochen.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der Antragsteller ist Oberstaatsanwalt. Er vollendet im August 2009 sein 65. Lebensjahr. Da dies der Altersgrenze entspricht, müsste er nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Regelungen (§ 25 BeamStG i.V.m. § 50 I HBG) eigentlich mit Ablauf des Monats kraft Gesetzes in den Ruhestand treten.

Im Frühjahr 2009 hatte der Antragsteller seinen Dienstherrn gebeten, den Eintritt in den Ruhestand für ein Jahr aufzuschieben. Nachdem dieser Antrag abgelehnt worden war, suchte er Mitte Juli 2009 um einstweiligen Rechtsschutz nach. Das VG gab dem Eilantrag statt und verpflichtete das Land Hessen, den Antragsteller zunächst weiter als Oberstaatsanwalt zu beschäftigen.

**Lösung:**

Der Antragsteller hat vorläufig einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, da die die beamtenrechtlichen Altersgrenzenregelungen gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (RL 2000/78/EG) verstoßen. Die Vorschriften dürfen daher nicht zulasten von Beamten angewandt werden.

Die beamtenrechtlichen Altersgrenzenregelungen stellen eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters dar. Eine Schlechterstellung wegen des Alters kann nach der Rechtsprechung des EuGH zwar grds. gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung kommt danach aber nur in Betracht, wenn die Ungleichbehandlung Allgemeinwohlbelangen – insbesondere der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt oder der beruflichen Bildung – dient. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Den beamtenrechtlichen Altersgrenzen liegt insbesondere kein in sich stimmiges arbeitsmarkt- oder sonstiges sozialpolitisches Konzept zugrunde. Für den Geltungsbereich der hessischen Altersgrenzen gibt es auch keine nachvollziehbare Personalplanung zur sog. richtigen Altersschichtung. Selbst wenn es eine solche Personalplanung gäbe, wäre diese zudem als rein privatautonomes Ziel nach der Rechtsprechung des EuGH nicht geeignet, die Altersgrenze zu rechtfertigen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es keine objektiven Kriterien für einen "richtigen" Personalaufbau gibt.

**Hinweis:** Mit dieser Entscheidung ist keine Aussage zu der Frage verbunden, ab welchem Lebensalter Beamte bei Beendigung ihres Beamtenverhältnisses abschlagsfrei Ruhegehalt beanspruchen können.

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>Kopftuch-Verbot für Pädagoginnen an Schulen zulässig</b>	AGG §§ 1, 7
Aktenzeichen: 2 AZR 499/08		
Datum: 20.08.2009		

	Soweit Lehrer und pädagogische Mitarbeiter nach einem Landesschulgesetz (hier: NRW) keine religiösen Bekundungen abgeben dürfen, sind hiervon auch Kopfbedeckungen erfasst, mit denen Haare, Haaransatz und Ohren einer Frau vollständig bedeckt und die erkennbar als Ersatz für ein islamisches Kopftuch getragen werden. Das Bekundungsverbot verstößt weder gegen das Grundgesetz noch gegen das AGG oder europäische Diskriminierungsverbote.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin ist islamischen Glaubens. Seit 1997 ist sie an einer Gesamtschule in NRW als Sozialpädagogin beschäftigt. An der Schule kommt sie mit Schülern unterschiedlicher Nationalitäten und Religionen in Kontakt.

Bis zum Inkrafttreten des neuen Schulgesetzes NRW im Jahr 2006, das Schulbediensteten u.a. religiöse und weltanschauliche Bekundungen verbietet, trug die Klägerin ein islamisches Kopftuch. Nach entsprechender Aufforderung durch ihren Arbeitgeber setzte sie das Kopftuch ab und trägt seitdem eine Mütze mit Strickbund, durch die Haare, Haaransatz und Ohren vollständig bedeckt sind. Das beklagte Land sah hierin lediglich einen Ersatz für das verbotene Kopftuch und forderte die Klägerin auf, auf das Tragen der Mütze zu verzichten. Als die Klägerin dem nicht nachkam, mahnte das Land sie ab.

Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin die Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte. Ihre Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

### Lösung:

Die Klägerin ist zu Recht abgemahnt worden, da sie mit dem Tragen der Mütze gegen ihre Pflichten aus dem Schulgesetz NRW verstoßen hat.

Nach §§ 58, 57 IV Schulgesetz NRW dürfen Lehrer und pädagogische Mitarbeiter einer Schule während der Arbeitszeit keine religiösen Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes oder den religiösen Schulfrieden zu gefährden. Hiernach ist nicht nur das Tragen eines islamischen Kopftuches verboten. Das gesetzliche Bekundungsverbot erfasst vielmehr auch Kopfbedeckungen, mit denen Haare, Haaransatz und Ohren einer Frau vollständig bedeckt werden und die erkennbar als Ersatz für ein islamisches Kopftuch getragen werden.

Nach diesen Grundsätzen ist die Mütze der Klägerin als religiöse Bekundung und nicht lediglich als modisches Accessoire aufzufassen. Das gesetzliche Bekundungsverbot steht auch im Einklang mit höherrangigem Recht. Es verletzt die Klägerin insbesondere nicht in ihren Grundrechten. Auch ein Verstoß gegen nationale oder europäische Diskriminierungsverbote scheidet aus.

Gericht: BAG	<b>Keine Vermutung der Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung gem. § 1 V KSchG</b>	KSchG § 1 V
Aktenzeichen: 2 AZR 844/07		
Datum: 28.05.2009		

	Wird auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung ausgesprochen, so wird nicht gem. § 1 V KSchG vermutet, dass die Kündigung durch betriebsbedingte Erfordernisse bedingt ist. Die Vertragsänderung muss vielmehr durch einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 I BGB gerechtfertigt sein. Anderenfalls hätten es die Betriebsparteien in der Hand, den tariflichen Sonderkündigungsschutz ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer erheblich zu entwerten.
---	---

**Sachverhalt:** Der 1950 geborene Kläger ist seit 1982 bei dem Beklagten in der Abteilung "Trendanalyse" beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) Anwendung. 1999 beschloss der Beklagte die teilweise Verlegung seines Sitzes von Bonn nach Berlin, wovon auch die Abteilung

"Trendanalyse" betroffen war. Er vereinbarte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit einer Namensliste der zu versetzenden Mitarbeiter. Die Versetzung sollte danach ggf. im Wege der betriebsbedingten Änderungskündigung erfolgen.

Auf der Namensliste befand sich auch der Name des Klägers. Da dieser nach dem BAT tarifvertraglich ordentlich unkündbar war, sprach der Beklagte eine außerordentliche Änderungskündigung mit Auslaufrfrist aus und bot dem Kläger eine Weiterbeschäftigung zu im Übrigen unveränderten Arbeitsbedingungen in Berlin an.

Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und erhob Änderungsschutzklage. Er machte geltend, dass eine aus drei Referenten gebildete Personalreserve in Bonn aufgestellt worden sei, wo er einsetzbar gewesen sei. Die Vermutungswirkung des § 1 V KSchG sei nicht anwendbar. Das ArbG wies die Änderungsschutzklage ab; das LAG gab ihr statt. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

**Lösung:**

Die dem Kläger angebotene Vertragsänderung ist nicht durch einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 I BGB gerechtfertigt. Zwar kann eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung über die Sonderkündigungsschutzvorschriften des BAT hinaus in extremen Ausnahmefällen zulässig sein. An die Wirksamkeit einer solchen Kündigung sind aber hohe Anforderungen zu stellen. Das gilt auch, wenn die Kündigung auf der Grundlage eines Interessenausgleichs mit Namensliste ausgesprochen wird.

§ 1 V KSchG, wonach vermutet wird, dass eine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, wenn die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich bezeichnet sind, findet hier keine Anwendung. Diese Vorschrift gilt zwar grds. auch für ordentliche Änderungskündigungen. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf außerordentliche (Änderungs-)Kündigungen scheidet aber aus. Denn Prüfungsmaßstab ist in diesen Fällen gerade nicht § 1 II KSchG, auf den § 1 V KSchG verweist, sondern § 626 I BGB (bzw. § 54 I BAT).

Im Streitfall ist die Kündigung schon deshalb nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt, weil jedenfalls vorübergehend eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in Bonn bestand.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BAG	<b>Fristversäumung und Zurechnung von Anwaltsverschulden</b>	ZPO
Aktenzeichen: 2 AZR 472/08		§ 85 II
Datum: 11.12.2008		

	<b>Versäumt der Bevollmächtigte schuldhaft die Frist des § 4 S. 1 KSchG, ist dies dem klagenden Arbeitnehmer gem. § 85 II ZPO zuzurechnen</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die seit April 2006 bei ihrem Arbeitgeber beschäftigte Arbeitnehmerin erhält am 26. 9. 2007 die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31. 10. 2007. Der am 28. 9. 2007 beauftragte Rechtsanwalt versäumt die fristgerechte Erhebung der Kündigungsschutzklage. Dies erfährt die Arbeitnehmerin auf Nachfrage am 2. 11. 2007. Am 20. 11. 2007 erhebt ihr neuer Anwalt Kündigungsschutzklage und beantragt nachträgliche Zulassung der Klage, da der Arbeitnehmerin das Verschulden ihres ersten Anwalts nicht zuzurechnen sei. Dieser Antrag bleibt in allen Instanzen erfolglos.

**Lösung:**

§ 4 S. 1 KSchG stellt eine prozessuale Klageerhebungsfrist dar, so dass der Arbeitnehmerin das Anwaltsverschulden gem. § 46 II 1 ArbGG i.V. mit § 85 II ZPO zuzurechnen ist. § 85 II ZPO ist weder auf bestimmte Arten prozessualer Fristen beschränkt, noch setzt § 85 II ZPO ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis voraus. Es genügt bereits das Bestehen eines wirksamen Mandats im Innenverhältnis. Die Verschuldenszurechnung stellt keinen Verstoß gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG, die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG oder das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG dar. Es handelt sich vielmehr um die Kehrseite der Vorteile, die die Partei durch Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts genießt. Die Zurechnung ist Ausdruck des

allgemeinen Rechtsgedankens, dass eine Partei, die ihren Prozess durch einen Vertreter führt, sich in jeder Weise so behandeln lassen muss, als führe sie selbst den Prozess. Ansonsten wäre das Prozessrisiko zu Lasten des Gegners verschoben, da die vertretene Partei sich stets auf ihr fehlendes Eigenverschulden berufen könnte. Die Zurechnung nach § 85 II ZPO dient folglich in erster Linie der Rechtssicherheit und -klarheit.

Gericht: BAG	<b>§ 626 BGB: 1,30 € Pfandbon – BAG lässt Revision zu</b>	BGB
Aktenzeichen: 2 AZR 224/09		§ 626
Datum: 28.07.2009		

	Das BAG hat im Streit über die außerordentliche Kündigung einer Kassiererin wegen Unterschlagung von Leergutbons im Wert von 1,30 € die Revision gegen das klageabweisende Urteil des LAG Berlin-Brandenburg zugelassen. Das LAG hatte in der gebotenen Interessenabwägung u.a. das spätere prozessuale Verhalten der Klägerin zu deren Nachteil berücksichtigt. Ob dies zulässig ist, stellt nach dem Beschluss des BAG eine noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage dar, so dass die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen war.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin, eine 50-jährige Mutter von drei Kindern, war seit mehr als 30 Jahren bei der beklagten Supermarktkette als Kassiererin beschäftigt. Eine andere Mitarbeiterin teilte der Beklagten mit, dass sie beobachtet habe, wie die Klägerin zwei ihr nicht gehörende Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 € aus dem Kassenbüro entnommen habe. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage bestritt die Klägerin den Unterschlagungsvorwurf. Im Übrigen sei der Vorwurf nicht schwerwiegend genug, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Das ArbG wies die Klage ab. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Das LAG hielt den Vorwurf für erwiesen und ging davon aus, dass auch die Interessenabwägung zuungunsten der Klägerin ausfalle. Dabei bezog es die Einlassungen der Klägerin im Prozess als wesentlichen Gesichtspunkt in die Interessenabwägung ein. So heißt es wörtlich:

"Auf den Einzelfall bezogen war hier in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Rahmen der arbeitgeberseitigen Aufklärung den Sachverhalt beharrlich geleugnet, den Verdacht haltlos auf andere Mitarbeiter abzuwälzen versucht hat und sich im Prozess entgegen § 138 ZPO zu maßgeblichem Sachvortrag wahrheitswidrig eingelassen hat. Dadurch war der Vertrauensverlust irreparabel geworden."

Das LAG ließ die Revision nicht zu. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

**Lösung:**

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, allerdings lediglich wegen der Rechtsfrage, ob das spätere prozessuale Verhalten eines gekündigten Arbeitnehmers bei der erforderlichen Interessenabwägung als mitentscheidend berücksichtigt werden kann. Die weiteren von der Beschwerde erhobenen Rügen greifen dagegen nicht durch.

Es ist fraglich, ob der für die Wirksamkeit der Kündigung maßgebliche Beurteilungszeitpunkt – der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – eine Einbeziehung des späteren Prozessverhaltens des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung zulässt. Diese Rechtsfrage ist von grundsätzlicher Bedeutung und sowohl klärungsfähig als auch klärungsbedürftig, da sich das BAG bislang noch nicht hiermit befasst hat.

Gericht: BAG	<b>§ 613a BGB: Nach Aufhebungsvertrag kein Widerspruchsrecht</b>	BGB
Aktenzeichen: 8 AZR 357/08		§ 613a
Datum: 23.07.2009		

	Zwar wird die Widerspruchsfrist des § 613a VII BGB nicht in Gang gesetzt, wenn die Unterrichtung über einen beabsichtigten Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß erfolgt. Der Arbeitnehmer kann sein Widerspruchsrecht allerdings verwirken, wenn er mit der Betriebserwerberin einen Aufhebungsvertrag abschließt und so über sein Arbeitsverhältnis disponiert.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 2001 als Konstrukteur bei der Beklagten beschäftigt. Diese verkaufte ihren

Mobiltelefon-Geschäftsbereich. Die Vermögensgegenstände in Deutschland gingen im Wege der Einzelrechtsübertragung auf die Käuferin über. Die Beklagte informierte den Kläger am 29.8.2006 über den Betriebsübergang. Am 9.8.2006 hatte der Kläger mit der Betriebsübernehmerin einen Aufhebungsvertrag geschlossen, wonach das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2006 gegen Zahlung einer Abfindung iHv. 62.000 € enden sollte.

Am 22.12.2006 widersprach der Kläger dem Betriebsübergang unter Berufung auf die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung. Über das Vermögen der Betriebsübernehmerin wurde mit Wirkung zum 1.1.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit seiner Klage machte der Kläger den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend. Er war der Auffassung, er habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Käuferin noch wirksam widersprechen können, weil er nicht ausreichend, insbesondere nicht zutreffend über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin unterrichtet worden sei.

Das ArbG gab der Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses statt, wies die Klage auf Weiterbeschäftigung allerdings ab. Das LAG wies sowohl die Berufung des Klägers als auch der Beklagten zurück. Auf die Revision der Beklagten hob das BAG die Urteile auf und wies die Klage ab.

**Lösung:**

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten.

Zwar wurde die Widerspruchsfrist des § 613a VI 1 BGB nicht in Gang gesetzt, da die Unterrichtung über den beabsichtigten Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß war. Allerdings hat der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt. Denn durch den Abschluss des Aufhebungsvertrags mit der Betriebserwerberin hatte der Kläger über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Auf diesen Umstand konnte sich später die Beklagte berufen, wobei es nicht darauf ankam, wann sie vom Abschluss des Aufhebungsvertrags Kenntnis erlangte.