

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Dezember/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

BVerfG, 11.11.2009 - 1 BvR 2853/08 – Schmerzensgeld für rechtswidrig festgesetzte Demonstranten	S. 4
BGH, 25.11.2009 – VIII ZR 318/08 – Widerrufsrecht auch bei sittenwidrigen Fernabsatz-Kaufverträgen	S. 5
OLG Frankfurt, 13.11.2009 – 2 U 76/09 – Franchisevertrag: Verdachtskündigung möglich	S. 6
BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07 – Zusendung einer Werbe-E-Mail als Eingriff in den Gewerbebetrieb	S. 7
OLG Celle, 08.04.2009 – 3 U 251/08 – Gewährleistungsausschluss: Garantieübernahme bei Internetangebot	S. 7

Strafrecht

BGH, 09.07.2009 – 3 StR 257/09 – Abgrenzung fehlgeschlagener und unbeendeter Versuch	S. 9
BGH, 09.06.2009 – 4 StR 164/09 – Sukzessive Mittäterschaft: Voraussetzungen	S. 10
BGH, 29.07.2009 – 2 StR 160/09 – Kein „uneigentliches Organisationsdelikt“ bei Schneeballsystem	S. 12
BGH, 09.06.2009 – 4 StR 170/09 – Qualifizierte Belehrung nach Spontanäußerung	S. 12
OLG Hamm, 18.08.2009 – 3 Ss 293/08 – Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit	S. 13

Öffentliches Recht

OVG Lüneburg, 15.05.2009 – 10 MW 385/08 – Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch bei jur. Personen	S. 14
OVG Münster, 02.06.2009 – 8 B 572/09 – Privilegiertes Vorhaben – Massentierhaltung im Außenbereich	S. 17
OVG Münster, 27.05.2009 – 15 E 635/09 – Keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess	S. 19
OVG Lüneburg, 30.06.2009 – 4 ME 168/09 – Prüfungsumfang im Abänderungsverfahren: Verhältnis § 80 V zu VII	S. 22
OVG Münster, 29.04.2009 – 8 E 147/09 – Klageeinreichung beim unzuständigen Gericht	S. 24

Arbeitsrecht

BAG, 20.08.2009 – 2 AZR 267/08 – Zum Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG	S. 25
LAG Berlin-Brandenburg, 09.09.2009 – 15 Sa 797/09 – Gegenläufige Betriebliche Übung: Altfälle	S. 26
LAG Hessen, 01.04.2009 – 6 Sa 1593/08 - § 626 BGB: Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit	S. 26
LAG Rheinland-Pfalz, 08.09.2009 – 1 Sa 230/09 – Zum Thema Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber	S. 27

Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH, 16.09.2009 – VIII ZR 321/08 - § 25 I HGB greift auch bei kurzer zwischenzeitlicher Umfirmierung	S. 28
--	-------

Familienrecht

BGH, 18.11.2009 – XII ZR 65/09 – Verhältnis von Unterhaltsansprüchen aus 1. und 2. Ehe	S. 29
--	-------

Unser Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Brettschneider & Michaelis-Hatje bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Brettschneider war jahrelang in Hessen bei Jura Intensiv als Repetitor tätig. Alle Gesellschafter der JuCon GbR können ihn persönlich ohne Vorbehalte empfehlen (Anzeige auf S. 2).

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

das Jahr 2009 neigt sich dem Ende entgegen und wir wünschen Ihnen allen ein frohes Weihnachtsfest und einen guten Rutsch in ein für Sie hoffentlich gesundes und erfolgreiches Jahr 2010. Besonders wünschen wir allen, denen im Jahr 2010 eine Examensprüfung ins Haus steht viel Erfolg und die notwendige Konzentration, um diese Prüfung möglichst erfolgreich zu bestehen.

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

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.



Wir fechten Ihre Prüfung für Sie aus!

Kompetente Hilfe bei allen Fragen des
Hochschul- und Prüfungsrechts



Rechtsanwalt Lars Brettschneider ist seit vielen Jahren als Repetitor für Öffentliches Recht tätig. Er kennt daher den Prüfungsstoff und die Probleme der juristischen Staatsexamina aus langjähriger Praxis. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit beschäftigt er sich mit dem Hochschul- und Prüfungsrecht und ist bundesweit tätig.

Anwalts- und Notarkanzlei

BRETTSCHEIDER & MICHAELIS-HATJE

Lange Str. 55 ■ 27232 Sulingen ■ Tel. 04271/2087 ■ Fax 04271/6408

info@bmb-recht.de ■ www.bmb-recht.de

WULF BRETTSCHEIDER
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE
Rechtsanwältin und Mediatorin
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHEIDER
Rechtsanwalt
Repetitor für Öff. Recht

Die Jura Intensiv Skripten:

Die Jura (R) Evolution.



Unsere Skripten für alle Semester.
Die Skripten für alle Fälle.

J u r a

Intensiv

Zivilrecht

Gericht: BVerfG	Schmerzensgeld für rechtswidrig festgesetzte Demonstranten	GG Art. 2 I
Aktenzeichen: 1 BvR 2853/08		
Datum: 11.11.2009		

	<p>Der Schutzauftrag des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gebietet den Bürgern einen Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens, weil anderenfalls ein Verkümmern des Rechtsschutzes der Persönlichkeit zu befürchten wäre. Dies gilt nicht weniger, wenn bei von der Polizei festgesetzten Demonstranten zusätzlich das Grundrecht auf Freiheit der Person betroffen ist, weil es bereits an einer Rechtsgrundlage für die freiheitsentziehende Maßnahme als solche fehlte.</p>
---	--

Der Sachverhalt: Die zwei Beschwerdeführer hatten sich im November 2001 im Wendland aufgehalten, um die Demonstrationen anlässlich eines Castortransports in das Zwischenlager Gorleben zu beobachten. Für einen Korridor von 50 Metern beiderseits der Bahnstrecke war ein Demonstrationsverbot verhängt worden. Die Beschwerdeführer saßen an diesem Tag in einer Entfernung von ca. drei Kilometern von den Bahnschienen in ihrem Auto.

Polizeibeamte nahmen die Beschwerdeführer zusammen mit ca. 70 anderen Bürgern für mehrere Stunden in Gewahrsam. Das AG stellte im März 2007 die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung fest. LG und OLG wiesen die Amtshaftungs- und Schmerzensgeldklage gegen das Land sowie den Bund allerdings ab. Die Beschwerdeführer waren der Ansicht, dass die Entscheidungen Bedeutung und Tragweite der Grundrechte aus Art. 2 II 2 sowie Art. 1 I, auch i.V.m. Art. 2 I GG grundlegend verkannt hätten, indem sie die herabwürdigenden Umstände der Ingewahrsamnahme nicht berücksichtigt hätten.

Auf die Verfassungsbeschwerde hob das BVerfG die Urteile auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

Lösung:

Die Urteile verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 I iVm Art. 1 I und aus Art. 2 II 2 GG, weil sie bei der Versagung eines Amtshaftungsanspruchs nicht berücksichtigten, dass schon die Voraussetzungen für die freiheitsentziehende Maßnahme selbst nicht gegeben waren. Außerdem haben die Gerichte die Umstände des Gewahrsamvollzugs bei der Versagung des Schmerzensgeldes in verfassungsrechtlich nicht mehr tragfähiger Weise außer Acht gelassen.

Das BVerfG hat bereits entschieden, dass der Schutzauftrag des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens gebietet, weil anderenfalls ein Verkümmern des Rechtsschutzes der Persönlichkeit zu befürchten wäre. Dies gilt nicht weniger, wenn wie vorliegend zusätzlich das Grundrecht auf Freiheit der Person betroffen ist, weil es bereits an einer Rechtsgrundlage für die freiheitsentziehende Maßnahme als solche fehlte. Dies gilt, auch wenn der hiernach gebotene Ausgleich, wie die die Gerichte im Ausgangspunkt zutreffend erkannt haben, nicht zwingend in der Zubilligung eines Zahlungsanspruchs bestehen muss.

Die Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 II 2 GG durch die rechtswidrige Freiheitsentziehung selbst, unabhängig von den Bedingungen ihres Vollzuges, wurde in den angegriffenen Entscheidungen zwar erwähnt, aber nicht sachhaltig gewichtend in die gebotene Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles einbezogen. Sie gibt dem vorliegenden Fall aber gerade sein wesentliches Gepräge und unterscheidet ihn von Entscheidungen, in denen es allein um die Bedingungen beim Vollzug einer an sich gerechtfertigten Freiheitsentziehung ging.

Darüber hinaus genügte auch die Erwägungen der Gerichte zur rechtlichen Würdigung der Umstände des Gewahrsamsvollzugs bereits nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. So war insbesondere zu beanstanden, dass das OLG in der mindestens zehnstündigen Festsetzung der Beschwerdeführer keine nachhaltige Beeinträchtigung gesehen hatte, ohne die abschreckende Wirkung zu erwägen, die einer derartigen Behandlung für den künftigen Gebrauch grundrechtlich garantierter Freiheiten wie die Teilnahme an Demonstrationen oder deren von Art. 2 I GG umfasste Beobachtung zukommen konnte.

Gericht: BGH	Widerrufsrecht auch bei sittenwidrigen Fernabsatz-Kaufverträgen	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 318/08		§§ 312d, 355
Datum: 25.11.2009		

	Bei einem Fernabsatzgeschäft besteht auch dann ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nach §§ 312d, 355 BGB, wenn es einen Kaufvertrag über ein Radarwarngerät zum Gegenstand hat, der wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Denn ein solches Widerrufsrecht ist beim Fernabsatzvertrag unabhängig davon gegeben, ob die Willenserklärung des Verbrauchers oder der Vertrag wirksam ist.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin hatte nach einem telefonischen Werbegespräch vom 1.5.2007 am darauf folgenden Tag per Fax einen Pkw-Innenspiegel mit einer unter anderem für Deutschland codierten Radarwarnfunktion zum Preis von rund 1.129 € erworben. Auf dem von der von Klägerin ausgefüllten Bestellschein darauf hingewiesen, dass diese Geräte verboten sind und die Gerichte den Kauf von Radarwarngeräten als sittenwidrig betrachten.

Die Lieferung des Radarwarngerätes erfolgte per Nachnahme am 9.5.2007. Die Klägerin sandte am 19.5.2007 das Gerät an die Beklagte zurück und bat um Erstattung des Kaufpreises. Die Beklagte verweigerte allerdings die Annahme des Gerätes und die Rückzahlung des Kaufpreises.

Das AG wies die Klage hinsichtlich der Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich 8,70 € Rücksendungskosten ab; das LG gab ihr statt. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten blieb vor dem BGH erfolglos.

Lösung:

Die Klägerin hat als Verbraucherin aufgrund des ausgeübten Widerrufs Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags. Infolgedessen kann sie gem. § 346 BGB die Rückzahlung des Kaufpreises und gem. § 357 II 2 BGB die Erstattung der Kosten für die Rücksendung des Gerätes verlangen.

Zwar ist der Kaufvertrag über den Erwerb eines Radarwarngeräts sittenwidrig und damit nach § 138 I BGB nichtig, wenn der Kauf nach dem für beide Seiten erkennbaren Vertragszweck auf eine Verwendung des Radarwarngeräts im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung gerichtet ist. Allerdings wurde dadurch das Recht der Klägerin, sich von dem Fernabsatzvertrag zu lösen, nicht berührt. Denn ein Widerrufsrecht nach §§ 312d, 355 BGB beim Fernabsatzvertrag ist unabhängig davon gegeben, ob die Willenserklärung des Verbrauchers oder der Vertrag wirksam ist.

Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben den allgemeinen Rechten besteht, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließt. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts wegen unzulässiger Rechtsausübung kann nur bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers in Betracht kommen. Daran fehlt es in der Regel allerdings, wenn beiden Parteien - wie hier - ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt.

Der vorliegende Fall unterschied sich zudem vom BGH-Urteil aus dem Jahr 2005 (Az.: VIII ZR 129/04). Der dortige Käufer hatte kein Widerrufsrecht nach § 312d BGB geltend gemacht und konnte die Rückzahlung des Kaufpreises für ein Radarwarngerät nicht verlangen, weil der dort zu beurteilende Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB an der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB scheiterte. Danach ist die Rückforderung einer zur Erfüllung eines wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Vertrages erbrachten Leistung ausgeschlossen, wenn beiden Parteien ein Sittenverstoß zur Last fällt. Für den dem Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäfts zustehenden Kaufpreisrückzahlungsanspruch aus § 346 BGB gilt diese Konditionssperre allerdings nicht.

Anzeige

	<h2>Crash-Kurs im Januar/Februar 2010</h2> <p>Zivilrecht (23. + 24.01.) / Strafrecht (30. + 31.01.) / Öff. Recht (06. + 07.02.)</p> <p>Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr</p> <p>Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)</p>
---	---

Gericht: OLG Frankfurt	Franchisevertrag: Verdachtskündigung möglich	BGB
Aktenzeichen: 2 U 76/09		§§ 581 II,
Datum: 13.11.2009		546 I

	Kommt es bei einem Franchisenehmer / Pächter von Schnellrestaurants über Jahre hinweg zu Unregelmäßigkeiten bei der Weiterleitung von im Restaurant eingesammelten Spendengeldern und besteht deshalb der dringende Verdacht einer Straftat, so kann der Franchisegeber / Verpächter zum Ausspruch einer sog. Verdachtskündigung berechtigt sein. Zuvor muss er dem Pächter ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin ist die deutsche Zweigniederlassung eines in der Systemgastronomie tätigen Unternehmens. Die Beklagten betreiben als Franchisenehmer und Pächter der Klägerin seit 2003 vier Schnellrestaurants in Frankfurt a. M. Die Klägerin hat die zugrunde liegenden überwiegend bis 2023 laufenden Franchise- und Pachtverträge mehrfach außerordentlich gekündigt, weil sie den Beklagten mehrere gravierende Pflichtverletzungen vorwirft. Insbes. macht sie geltend, dass die in den vier Restaurants für eine Stiftung gesammelten Spendengelder über mehrere Jahre hinweg zweckwidrig verwendet worden seien.

In den von den Beklagten geführten Restaurants waren sog. "Spendenhäuschen" aufgestellt, mit denen zu Gunsten einer Stiftung Spendengelder von Kunden der Restaurants zur Unterstützung schwer kranker Kinder gesammelt wurden. Bis November 2003 wurden die gesammelten Spendengelder aus den Restaurants der Beklagten an die Stiftung abgeführt. Die erzielten Spendengelder für den Zeitraum Januar 2004 bis Juli 2008 wurden jedoch nicht an die Stiftung weitergeleitet, sondern auf einem Privatkonto eines der Beklagten verbucht.

Das LG wies die auf Räumung und Herausgabe der Lokale gerichtete Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin hob das OLG das Urteil auf und gab der Klage statt. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Lösung:

Die Kündigungen der Franchise- und Pachtverträge durch die Klägerin waren wirksam. Ihr steht deshalb gegen die Beklagten aus §§ 581 II, 546 I BGB ein Anspruch auf Räumung und Herausgabe der jeweiligen Räumlichkeiten zu.

Nach den zwischen den Parteien vereinbarten Franchiseverträgen war die Klägerin berechtigt, das Vertragsverhältnis außerordentlich zu kündigen, wenn und soweit ein begründeter Verdacht vorliegt, dass der Franchisenehmer in Zusammenhang mit dem Betrieb eines der Restaurants eine schwere Straftat, insbesondere ein Vermögens- oder Steuerdelikt mit großer Tragweite, begangen oder an einer solchen Straftat teilgenommen hat.

Im Streitfall war die Klägerin jedenfalls zum Ausspruch einer so genannten "Verdachtskündigung" berechtigt, nachdem es über Jahre hinweg zu Unregelmäßigkeiten bei der Weiterleitung von Spendengeldern gekommen war. So bestellten die Beklagten zwar "Spendenhäuschen" und stellten diese auch in ihren Lokalen auf; seit November 2003 wurden aber keine Spendengelder mehr abgeführt.

Die Klägerin durfte daher aufgrund der von ihr ermittelten Umstände - und nachdem sie den Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte - davon ausgehen, dass die Beklagten bzw. der für sie handelnde Geschäftsführer insoweit einer Straftat dringend verdächtig erscheinen. Hierdurch wurde das Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien zerstört, so dass der Klägerin eine Fortsetzung der Vertragsverhältnisse nicht zumutbar war.

Anzeige



Einzelunterricht

Sowohl für das 1. als auch für das 2. Examen.

Unser Einzelunterrichtsteam bietet Ihnen ein auf Ihre Wünsche und Bedürfnisse maßgeschneidertes Angebot!

Zeitstunde Einzelunterricht 90 €. 3-stündige Einheit mit 15 Minuten Pause 250 €.

Gericht: BGH	Zusendung einer Werbe-E-Mail als Eingriff in den Gewerbebetrieb	BGB
Aktenzeichen: I ZR 218/07		§ 823
Datum: 20.05.2009		

	Bereits die einmalige unverlangte Zusendung einer E-Mail mit Werbung kann einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.
---	--

In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage umstritten, ob die unverlangte Zusendung von E-Mails mit Werbung an Gewerbetreibende einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Zum Teil wird ein rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs jedenfalls bei einer einmaligen Zusendung einer E-Mail mit Werbung verneint (*AG Dresden*, NJW 2005, 2561; *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 27. Aufl., § 7 Rdnr. 199; *Ohly*, in: *Piper/Ohly*, UWG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 22). Die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums bejahen dagegen auch bei einer einmaligen E-Mail-Versendung eine entsprechende Rechtsverletzung (*KG*, MMR 2002, 685; *NJW-RR* 2005, 51; *OLG München*, MMR 2004, 324; *OLG Düsseldorf*, MMR 2004, 820; *OLG Bamberg*, MMR 2006, 481; *OLG Naumburg*, DB 2007, 911).

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen.

Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar. Davon ist auszugehen bei Eingriffen, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne Weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt. Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versendungsmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen.

Gericht: OLG Celle	Gewährleistungsausschluss: Garantieübernahme bei Internetangebot	BGB
Aktenzeichen: 3 U 251/08		§ 443 I
Datum: 08.04.2009		

	Der Hinweis in einem Internetangebot, der nicht angeschlossene Motor einer gebrauchten Segelyacht sei in einer Wassertonne getestet worden, beinhaltet noch keine Übernahme einer Garantie für die Gebrauchstauglichkeit des Motors gem. § 443 I BGB. Dies kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn der Verkäufer in der Anzeige explizit zum Ausdruck gebracht hat, eine Garantie nicht übernehmen zu wollen. Für ein über das Internetauktionshaus eBay unterbreitetes Angebot gelten insoweit keine Besonderheiten.
---	---

Eine Beschaffenheitsgarantie i.S. von § 443 I BGB hat der Bekl. nicht abgegeben. Der Kl. will aus der Beschreibung in dem Internet-Angebot, „der Motor laufe, fördere genügend Kühlwasser und sei lediglich noch elektrisch an die Schaltung/Lenkung anzuschließen“, folgern, dass der Bekl. damit eine Garantie für die Gebrauchstauglichkeit des Motors bzw. dafür, dass der Motor mit guter Geschwindigkeit laufe, und nur noch kleinere Restarbeiten in Form des Anschlusses der bereits bis zum Motor verlegten Kabel- und Bowdenzüge zur Gebrauchstauglichkeit erforderlich seien, übernommen habe. Dies kann allenfalls als Beschaffenheitsangabe i.S. des § 434 I 1 BGB, nicht aber als Beschaffenheitsgarantie gem. § 443 I BGB angesehen werden, zumal nach dem weiteren Angebotstext eine Garantie ausdrücklich nicht übernommen werden sollte. Abgesehen davon kann diese

Beschreibung vor dem Hintergrund, dass der Motor unstrittig - und für den Kaufinteressenten ersichtlich - gerade nicht angeschlossen und ferner - wie aus dem Angebot auch hervor geht - nur in einer Wassertonne und nicht beim Betrieb des Boots gestestet worden war, nur als Hinweis auf eine oberflächliche Prüfung und keineswegs als Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit und Leistung des Motors verstanden werden.

Die Übernahme einer Garantie setzt - wie nach altem Recht die Zusicherung einer Eigenschaft - voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346). Mit Rücksicht auf diese weitreichenden Folgen ist insbesondere bei der Annahme einer - grundsätzlich möglichen - stillschweigenden Übernahme einer solchen Einstandspflicht Zurückhaltung geboten. Ob der Verkäufer danach eine Garantie für die Beschaffenheit der Kaufsache übernommen hat, ist Frage tatrichterlicher Vertragsauslegung. Ob die Angaben zum Zustand des Motors lediglich als Beschaffenheitsangabe oder als Beschaffenheitsgarantie zu werten sind, ist auch unter Berücksichtigung der beim Abschluss des Kaufvertrags über ein Gebrauchtfahrzeug (hier eine gebrauchte Segelyacht) typischerweise gegebenen Interessenlage zu beantworten. Beim privaten Verkauf trifft die für den gewerblichen Verkauf in der Regel maßgebliche Erwägung, dass der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen daher die Übernahme einer Garantie sieht, in der Regel nicht zu. Hier steht vielmehr dem Interesse des Käufers gleichgewichtig das Interesse des Verkäufers gegenüber, für nicht mehr als dasjenige eintreten zu müssen, was er nach seiner laienhaften Kenntnis zu beurteilen vermag (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346 Rdnr. 25). Dies war vorliegend allein die Tatsache, dass der Motor bei dem Probelauf in der Wassertonne lief und der Bekl. annahm, er könne mit den mitverkauften Kabeln und Bowdenzügen ordnungsgemäß installiert werden. Von der Übernahme einer (stillschweigenden) Beschaffenheitsgarantie durfte der Kl. als Käufer erst recht deswegen nicht ausgehen, weil der Bekl. eindeutig zu erkennen gegeben hatte, eine solche nicht übernehmen zu wollen. Will der Käufer bei einem privaten Kauf einer gebrauchten Sache eine bestimmte Garantie haben, muss er sich diese regelmäßig ausdrücklich vom Verkäufer vergeben lassen, was hier nicht der Fall ist. Von einer stillschweigenden Garantieübernahme kann beim Privatkauf nur ausnahmsweise ausgegangen werden; wenn über die Angabe hinaus besondere Umstände vorliegen, die bei dem Käufer die berechnigte Erwartung wecken, der Verkäufer habe für eine bestimmte Eigenschaft eintreten wollen, was etwa sein kann, wenn der Verkäufer diese auf ausdrückliche Nachfrage erneut bestätigt (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346, dort zum Fall der Laufleistung des Fahrzeugs).

Auch die Besonderheiten des Kaufs über das Internet mittels eines von *eBay* zur Verfügung gestellten Bietverfahrens rechtfertigen keine anderweitige Bewertung. Zwar ist der das Internet nutzende Käufer wegen der häufig großen Entfernung zum Verkäufer vor allem auf das in das Internet eingestellte Foto und die Angebotsbeschreibung des Verkäufers angewiesen - anders als der Käufer, der die Kaufsache vor Vertragsabschluss besichtigen und untersuchen kann. Dies ist aber bei jedem anderen Kauf ohne vorherige Inaugenscheinnahme der Kaufsache ebenso. Außerdem hat der Bekl. in dem Internet-Angebot die Kaufinteressenten ausdrücklich dazu aufgefordert, die Kaufsache vor Abgabe eines Gebots zu besichtigen. Unabhängig davon berechnigt allein die häufig fehlende Möglichkeit oder Fähigkeit, die Angaben des Verkäufers vor Abschluss des Kaufvertrags zu überprüfen, den Käufer nicht zu der Annahme, der Verkäufer wolle, auch ohne dies ausdrücklich erklärt zu haben, für fehlerhafte Angaben unter allen Umständen eintreten und damit gegebenenfalls auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346).

Anzeige



Die Jura Intensiv Skriptenreihe ist da!

Endlich können Sie die ersten Skripte aus der neuen JI-Skriptenreihe in Ihrer Fachbuchhandlung kaufen. Es sind erschienen BGB-AT, Kaufrecht, Grundrechte, [Verwaltungsrecht AT \(Autoren Dr. Kues und Baumeister\)](#), [Strafrecht AT I und II \(Autor Dr. Dirk Schweinberger\)](#), sowie [Strafrecht BT I \(Vermögensdelikte\)](#). Bestellungen können Sie ab sofort tätigen. Ansichtsexemplare in Kürze in jedem Kursort im Kursraum und in Ihrem jeweiligen juristischen Seminar.

Strafrecht

Gericht: BGH	Abgrenzung fehlgeschlagener und unbeendeter Versuch	StGB § 24
Aktenzeichen: 3 StR 257/09		
Datum: 09.07.2009		

	Bei der Abgrenzung des unbeendeten vom fehlgeschlagenen Versuch ist nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter davon ausgeht, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang für möglich, ist ein Verzicht auf Weiterhandeln als Rücktritt vom Versuch zu werten.
---	--

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des LG kamen die Angeklagten überein, ein Lebensmittelgeschäft zu überfallen. Sie beabsichtigten, die Inhaberin durch Bedrohung mit einem Klappmesser zur Herausgabe von Geld zu veranlassen; einen „über die Drohung hinausgehenden Einsatz des Messers zum Zwecke der Verletzung anderer Personen schlossen sie jedoch von vornherein in jedem Fall aus“. Nach dem Betreten des Geschäfts ging der Angekl. B zur Theke, hielt der Inhaberin das Messer vor und sagte „Geld her“. Als die Inhaberin resolut entgegnete „ihr kriegt hier nichts“, entschlossen sich beide Angeklagte, das Geschäft unverrichteter Dinge zu verlassen. Beim Hinausgehen entnahm der Angekl. A im Einverständnis mit dem Mitangekl. 2 Zigarettenschachteln aus einem Regal und steckte sie ein.

Das LG hat die Angekl. A und B der versuchten schweren räuberischen Erpressung und des Diebstahls schuldig gesprochen. Es hat den Angekl. A zu einer Jugendstrafe von 9 Monaten und den Angekl. B zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt. Die Revision des Angekl. A hat mit der Sachrüge Erfolg. Sein Rechtsmittel führte nach § 357 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilung des Mitangekl. B.

Lösung:

Auf dieser Grundlage kann der Schuldspruch wegen schwerer räuberischer Erpressung keinen Bestand haben. Die Feststellungen legen die Möglichkeit nahe, dass die Angeklagten mit strafbefreiender Wirkung vom Erpressungsversuch zurückgetreten sein könnten (§ 24 II 1 StGB). Hiermit hat sich das LG rechtsfehlerhaft nicht auseinandergesetzt.

Gemäß § 24 II 1 StGB werden bei Tatbeteiligung mehrerer diejenigen Beteiligten nicht wegen Versuchs bestraft, die freiwillig die Tatvollendung verhindern. Hierfür kann es genügen, wenn Mittäter im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies tun könnten (BGHSt 42, 158,162; BGH NStZ 2007, 91, 91 mwN). Dies gilt zwar dann nicht, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv - sei es auch nur wegen aufkommender innerer Hemmungen (BGH NStZ 2007, 91) - die Vollendung nicht mehr für möglich hält; abzustellen ist daher nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ 2008,393). Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er vielmehr die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (BGH NStZ 2007, 91). Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs (BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369). Der ursprüngliche Tatplan kann je nach Fallgestaltung nur insoweit eine Rolle für den Erkenntnishorizont des Täters spielen, als die von ihm nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen erkannte Notwendigkeit, Tathandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete

Tatmittel einzusetzen, ein gewichtiges Indiz dafür darstellen kann, dass aus seiner Sicht der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 393).

Zu den Vorstellungen der Angeklagten nach Misslingen des zunächst ins Auge gefassten Tatablaufs - nach der Weigerung der Geschädigten, Geld herauszugeben - teilt das Urteil nichts mit. Selbst wenn die Feststellungen des LG dahin zu verstehen sein sollten, dass die Angeklagten unüberwindliche Hemmungen hatten, das Messer über ein bloßes Mittel der Bedrohung hinaus einzusetzen, und insoweit nicht Herr ihrer Entschlüsse waren, verstünde es sich indes nicht von selbst, dass sie keine weitere Handlungsalternative mehr sahen, mit der sie im unmittelbaren Fortgang noch hätten zur Tatvollendung gelangen können. Insbesondere lässt die Feststellung, der Angekl. B habe der Geschädigten das Messer „vorgehalten“, nicht erkennen, welche Intensität die Bedrohung bereits erreicht hatte. Ein fehlgeschlagener Versuch ist damit nicht belegt ...

Gericht: BGH	Sukzessive Mittäterschaft: Voraussetzungen	StGB
Aktenzeichen: 4 StR 164/09		§ 25 II
Datum: 09.06.2009		

	<p>1. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt.</p> <p>2. Kann bei mehreren nacheinander aktiv werdenden Tätern der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.</p>
---	--

Sachverhalt: Nach den Feststellungen des LG hielten sich beide Angeklagte in den Abendstunden des 13. 5. 2008 in der Wohnung der Marianne H in Wernigerode auf und genossen, wie schon am Nachmittag zuvor, im Einzelnen nicht näher feststellbare Mengen Alkohol. In den frühen Morgenstunden des 14. 5. 2008 unternahm der erheblich unter Alkoholeinfluss stehende Marco Pi, der ebenfalls in der Wohnung anwesend war, Annäherungsversuche gegenüber Marianne H und berührte sie an verschiedenen Körperteilen. Auf den Versuch des Angekl. J, Marco Pi von weiteren Übergriffen abzuhalten und ihn zu diesem Zweck von Marianne H zu trennen, reagierte Pi mit einer abwehrenden Armbewegung, wobei er den Angekl. J mit der Hand am Hals berührte. Über dieses Verhalten ärgerte sich der Angekl. R und beschloss, Marco Pi dafür mit körperlicher Züchtigung zu bestrafen. Er versetzte diesem 3 bis 4 Faustschläge auf die linke Gesichtshälfte, woraufhin der Angekl. J, der ebenso verärgert war, nun seinerseits beschloss, sich der Bestrafung des Marco Pi anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Er schlug mehrfach gegen den Körper des Marco Pi und trat auch mindestens einmal gegen ihn. In der Zwischenzeit beteiligte sich auch der Angekl. R weiter an den mit heftigen Schlägen geführten körperlichen Misshandlungen des mittlerweile von der Couch gerutschten Geschädigten. Beide Angeklagte hätten dabei auf Grund ihrer persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen trotz erheblichen Alkoholgenusses erkennen können, dass der auf Grund erheblicher Alkoholisierung (BAK: 4‰) nahezu wehrlose Geschädigte bei einer derartigen Behandlung ums Leben kommen könne und dass dieser Erfolg durch ein Unterlassen der Gewalthandlungen hätte vermieden werden können. Der Geschädigte erlitt u.a. eine Schädel-Hirn-Verletzung mit Brückenvenenabriss. Die dadurch verursachten Blutungen führten noch am selben Tag zum Tode.

Das sachverständig beratene LG ist davon ausgegangen, dass die massive Einblutung in das Hirn des Geschädigten infolge des Abrisses mehrerer Brückenvenen todesursächlich war. Hierfür komme eine stumpfe Gewalteinwirkung gegen den frei beweglichen Kopf des Geschädigten in Betracht; bei Anwendung entsprechender Kraft könne dafür schon ein Schlag ausreichend sein. Ob schon allein die vor dem Eingreifen des Angekl. J von R begangenen Gewalthandlungen für den Eintritt des Brückenvenenabrisses ursächlich waren, hat das LG jedoch, auch insoweit

dem Sachverständigen folgend, nicht festzustellen vermocht; auch das Zusammenwirken mehrerer Verletzungshandlungen für den Eintritt des Erfolges hat es nicht feststellen können. Mit der Erwägung, es könne dahinstehen, wer von den beiden Angeklagten die Handlungen ausgeführt habe, die die tödliche Verletzung hervorrief, hat es beide Angeklagte wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt; beide Angeklagte müssten sich auf Grund der mittäterschaftlichen Begehungsweise die Tatbeiträge des jeweils Anderen zurechnen lassen.

Das LG hat den Angekl. R zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten und den Angekl. J zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. J hatte mit der Sachrüge Erfolg. Das Rechtsmittel des Angekl. R hatte einen Teilerfolg.

Lösung:

(...)

II. Verurteilung des Angekl. R.

Der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen beschloss der Angekl. J, sich der von dem Angekl. R begonnenen „Bestrafung“ des Geschädigten anzuschließen und setzte diesen Entschluss sodann in die Tat um. Die Gewaltanwendung in diesem zweiten Tatabschnitt erfolgte somit im gegenseitigen Einverständnis und Zusammenwirken beider Angeklagter. Daher muss sich der Angekl. R auch die Schläge und den Fußtritt des in diesem Handlungsabschnitt hinzugetretenen Angekl. J gegen das Tatopfer zurechnen lassen. Dass R die todesursächliche Verletzungshandlung - möglicherweise - nicht selbst vorgenommen hat, steht einer Strafbarkeit gemäß § 227 StGB nicht entgegen. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt (Senatsurt. NStZ 1994, 339 mwN). So liegt es hier.

III. Verurteilung des Angekl. J.

1. Im Hinblick auf den Angekl. J begegnet der Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge jedoch durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Entgegen der Auffassung des LG führt der Umstand, dass J die von ihm beobachtete vorangegangene Gewaltanwendung durch den Angekl. R billigte und sich zur Teilnahme an dessen weiterer Gewaltanwendung entschloss, nicht dazu, dass die ihm bereits vor seinem Tatentschluss durch R allein verwirklichten Tatumstände zuzurechnen wären. Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.

2. Da das LG rechtsfehlerfrei nicht feststellen konnte, welche der von beiden Angeklagten ausgeübten Gewalteinwirkungen für den todesursächlichen Brückenvenenabriss in der Hirnkammer des Geschädigten ursächlich war, war in Anwendung des Zweifelssatzes davon auszugehen, dass dem Geschädigten die zum Tode führende Verletzung schon im ersten Teil des Geschehens und damit vor dem Zeitpunkt zugefügt worden war, als der Angekl. J beschloss, sich der durch den Mitangekl. R begonnenen Bestrafung des Tatopfers anzuschließen und bei den Körperverletzungshandlungen mitzuwirken. Sollte die zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene StrK insoweit zu keinen weiteren Feststellungen gelangen können, kommt hinsichtlich des Angekl. J lediglich eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung in Betracht.

IV. Rechtlichen Bedenken begegnet weiter, dass das LG von der Unterbringung der Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen hat (§ 64 StGB) ...

Gericht: BGH	Kein „uneigentliches Organisationsdelikt“ bei Schneeballsystem	StGB
Aktenzeichen: 2 StR 160/09		§§ 52, 263
Datum: 29.07.2009		

	Zur Frage nach konkurrenzrechtlichen Beurteilung von Betrugstaten, die der Aufrechterhaltung eines Schneeballsystems dienen.
---	--

Das Landgericht hat die Tat des Angeklagten als "uneigentliches Organisationsdelikt" gewertet. Jedenfalls ab Ende März/Anfang April 1999 habe der Tatbeitrag des Angeklagten in dem Aufbau und der Aufrechterhaltung einer auf Straftaten gerichteten Struktur zur Einwerbung von Anlagegeldern bestanden. Ziel sei es gewesen, die Gelder vertragswidrig nicht dem Börsenhandel zuzuführen, sondern im Rahmen eines Schneeballsystems zur Befriedigung der Renditeerwartungen von Altanlegern und zur Deckung der Geschäftskosten der V. zu verwenden. Ab März 1999 sei bereits mit dem Abschluss des Beteiligungsvertrages bzw. der Aufstockung der Beteiligung und dem Eingang des Anlagekapitals eine schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung eingetreten. Selbst wenn der Angeklagte darauf vertraut bzw. gehofft habe, dass aus der Vermögensgefährdung kein Schaden entstehen werde, habe er Kenntnis von allen die Gefährdung begründenden Umständen gehabt. Rechtlich handele es sich um eine Tat, da der Angeklagte lediglich einmal im März 1999 den Entschluss gefasst habe, trotz der ausbleibenden Gewinne den Geschäftsbetrieb der V. unter Vorspiegelung falscher Tatsachen fortzuführen.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass einzelne Beiträge eines Mittäters, mittelbaren Täters oder Gehilfen zur Errichtung, zur Aufrechterhaltung und zum Ablauf eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebes zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst werden können, indem die aus der Unternehmensstruktur heraus begangenen Straftaten in der Person des betreffenden Tatbeteiligten zu einer einheitlichen Tat oder wenigen einheitlichen Taten im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengeführt werden (vgl. BGHSt 49, 177, 184; BGHSt 48, 331, 341). Das kann namentlich auch für wiederkehrende gleichartige Einzelbetrugstaten im Rahmen einer betrieblichen Organisation gelten, die auf diese Weise zu einer einheitlichen Handlung verknüpft werden (vgl. BGHSt 49, 177). Dabei darf jedoch nicht aus dem Blick verloren werden, dass § 263 StGB nicht als Organisationsdelikt, sondern als ein gegen das Vermögen einzelner Privater oder juristischer Personen gerichteter Straftatbestand konzipiert ist. Strafbar nach § 263 StGB ist nicht das Betreiben einer auf Betrug ausgerichteten Organisation als solcher, sondern die betrügerische Schädigung individuellen Vermögens. Der Umstand, dass Straftaten unter Schaffung und Ausnutzung einer Unternehmensstruktur "organisiert" begangen werden, ändert daher nichts daran, dass die mehrgliedrigen tatbestandlichen Voraussetzungen des § 263 StGB, erforderlichenfalls hinsichtlich jedes - möglicherweise zu gleichartiger Tateinheit zusammenzufassenden - schädigenden Einzelaktes, konkret festgestellt sein müssen. Kommt mittelbare Täterschaft in Betracht, weil ein Hintermann unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst (vgl. Senat BGH NSTZ 2008, 89), müssen die von ihm nicht selbst verwirklichten Tatbestandsmerkmale in der Person des Tatmittlers begangen sein.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Qualifizierte Belehrung nach Spontanäußerung	StPO
Aktenzeichen: 4 StR 170/09		§ 136a I 2
Datum: 09.06.2009		

	Zur Frage, wann eine Belehrung nach § 136 I 2 StPO notwendig ist, wenn ein Polizeibeamter spontane Äußerungen eines Dritten entgegennimmt, mit denen dieser sich selbst belastet.
---	---

Die Belehrung nach § 136 I 2 StPO soll sicherstellen, dass ein Beschuldigter nicht im Glauben an eine vermeintliche Aussagepflicht Angaben macht und sich damit unfreiwillig selbst belastet (vgl. BGHSt - GS 42, 139,

147; BayObLG NStZ-RR 2001, 49, 51). Für den Fall der von einem Polizeibeamten durchgeführten Befragung von Auskunftspersonen ist nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH zum einen die Stärke des Tatverdachts, den der Beamte gegenüber dem Befragten hegt, bedeutsam für die Entscheidung, von welchem Zeitpunkt an die Belehrung nach § 136 I 2 StPO erforderlich ist (BGHSt 38, 214, 227 f.). Hierbei hat der Beamte einen Beurteilungsspielraum, den er freilich nicht mit dem Ziel missbrauchen darf, den Zeitpunkt der erforderlichen Belehrung möglichst weit hinauszuschieben (BGH aaO; vgl. auch BGH NStZ 1983, 86). Daneben ist zum anderen von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Beamten aus Sicht des Befragten darstellt. Polizeiliche Verhaltensweisen wie die Mitnahme eines Befragten zur Polizeiwache, die Durchsuchung seiner Wohnung oder seine vorläufige Festnahme belegen dabei schon ihrem äußeren Befund nach, dass der Polizeibeamte dem Befragten als Beschuldigten begegnet, mag er dies auch nicht zum Ausdruck bringen (BGHSt 38, 214, 228; 51, 367, 370 f.).

Ob die vorstehend dargelegten Grundsätze ohne Einschränkung auch dann gelten, wenn der Polizeibeamte keine gezielte Befragung durchführt, sondern lediglich passiv spontane Äußerungen eines Dritten entgegennimmt, mit denen sich dieser selbst belastet, ist in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärt. Eine Verwertbarkeit solcher Äußerungen trotz fehlender Belehrung über die Beschuldigtenrechte wird in der Regel für zulässig gehalten, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Belehrungspflichten nach §§ 136 I 2, 163a II 2 StPO gezielt umgangen wurden, um den Betr. zu einer Selbstbelastung zu verleiten (BGH NStZ 1983, 86; NJW 1990, 461; OLG Oldenburg NStZ 1995, 412; LR-Gleiß, § 136a Rn 16; Meyer-Goßner, § 136a Rn 4).

Dieses erschiene jedoch zumindest dann bedenklich, wenn sich - wie hier von der Verteidigung behauptet - Polizeibeamte von einem Tatverdächtigen nach pauschalem Geständnis einer schweren Straftat und der unmittelbar darauf erfolgten Festnahme über eine beträchtliche Zeitspanne Einzelheiten der Tat berichten ließen, ohne den von ihnen ersichtlich als Beschuldigten behandelten Täter auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen. Ein solches Verhalten käme einer gezielten Umgehung zumindest äußerst nahe.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OLG Hamm	Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit	StPO
Aktenzeichen: 3 Ss 293/08		§§ 104 III,
Datum: 18.08.2009		105 I 1

	Das OLG Hamm hat eine ohne richterliche Anordnung durchgeführte Durchsuchung für rechtswidrig erklärt und ein Beweisverwertungsverbot angenommen, weil kein auch in der Nacht erreichbarer richterlicher Eildienst eingerichtet worden war.
---	--

Die Wohnung des Angeklagten war kurz nach 1.00 Uhr nachts durchsucht worden. Die Polizeibeamten hatten nach Rücksprache mit dem Eildienstdezernenten der Staatsanwaltschaft Gefahr im Verzug angenommen, nachdem der richterliche Eildienst zum Zeitpunkt der Anordnung bereits nicht mehr besetzt gewesen war. In der Revisionsinstanz erklärte das OLG Hamm die Durchsuchung für rechtswidrig. Es nahm außerdem ein Verwertungsverbot für die anlässlich der Durchsuchung sichergestellten Beweismittel an. Nach Ansicht des Revisionsgerichts lag hier ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vor. Die Justiz hätte durch Einrichtung eines rund um die Uhr erreichbaren Bereitschaftsdienstes dafür Sorge tragen müssen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung auch praktisch wirksam werden kann. Dass im hier betroffenen LG-Bezirk ein solcher Dienst erforderlich war, sei für die Justizverwaltung spätestens mit der einschlägigen Entscheidung des BVerfG (NJW 2004, 1442) erkennbar gewesen.

Öffentliches Recht

Gericht: OVG Lüneburg	Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch bei jur. Personen	GG
Aktenzeichen: 10 MW 385/08		Art. 2 I, 19
Datum: 15.05.2009		III

	<p>1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht grundsätzlich auch juristischen Personen zu, da es nach Art. 19 III GG dem Wesen nach auf sie anwendbar ist.</p> <p>2. Dies gilt insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht zum Schutz gegen die Schädigung des guten Rufs in der Öffentlichkeit.</p> <p>3. Die Schutzgewährleistung kann auch spezialgesetzlich über Art. 12 GG oder Art. 14 GG erfolgen, nur nachrangig ist ein Rückgriff auf Art. 2 I GG erforderlich.</p>
---	---

A. Grundlagenwissen: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich normiert. Es ist aber als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine - als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung den speziellen Freiheitsrechten angenäherte - Grundrechtsgarantie. Aus Art. 2 I GG haben sich in der Ausdeutung und Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht zwei Grundrechtsgarantien mit unterschiedlichen Ausprägungen nach Schutzbereich, Wirkungsrichtung und Einschränkungsmöglichkeiten ergeben. Zum einen die in umfassender Weise verstandene und qualitativ nicht näher eingegrenzte allgemeine Handlungsfreiheit und zum anderen das, frühzeitig durch das BVerfGE als unbenanntes Freiheitsrecht begründete allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen, das aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG hergeleitet wird. (BVerfGE, 27, 1 (6); 34, 238 (245 f.); 54, 148 (153); 63, 131 (142 f.).

Eine solche Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stellt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Es wurde als Reaktion auf staatliche Informationseingriffe und die neuartigen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung, deren Gefährdungspotential in der jederzeitigen Verfügbarkeit, beliebigen Transferierbarkeit und den grenzenlosen Kombinationsmöglichkeiten von einmal erhobenen Einzeldaten liegt, vom BVerfGE in Auseinandersetzung mit den Gefahren der automatischen Datenverarbeitung im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG abgeleitet und hat seitdem bundesverfassungsrechtlichen Rang (BVerfGE 65, 171 = NJW 1984, 419).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen die Befugnis, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, wobei der Datenbegriff dabei alle Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person umfasst.

B. Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht auch juristischen Personen zu (OVG Lüneburg, NJW 2009, 2697)

Sachverhalt: Die Stadt Oldenburg modernisiert die in den sechziger Jahren erstellte Fußgängerzone. Da die Modernisierungsmaßnahmen aus Rechtsgründen nicht durch die Erhebung von Ausbaubeiträgen nach der städtischen Satzung refinanziert werden können, sollen diese gemeinsam mit den Anliegern auf freiwilliger, privater Basis finanziert werden.

Zu diesem Zweck wurde eine Ausbaugesellschaft mbH gegründet, welche die Anlieger vertritt und die Modernisierung zu 90 % vorfinanziert. Die auf die einzelnen Anlieger entfallenden freiwilligen Kostenbeteiligungen werden durch grundstücks- und verkaufsflächenbezogene, von den Anliegern bestimmte Kostenverteilungsschlüssel ermittelt und aufgrund vertraglicher Vereinbarung zwischen den dazu bereiten Eigentümern und der Ausbaugesellschaft gezahlt. Diejenigen Eigentümer von Anliegergrundstücken, welche die erbetene Zahlung leisten, sollen öffentlich genannt werden.

Die A-GmbH ist Eigentümerin von drei Anliegergrundstücken im betroffenen Bereich. Sie ist nicht bereit, den nach den von einer Ausbaugesellschaft für die Modernisierung der Flächen vorgelegten Vertragsentwürfen auf ihre drei Grundstücke entfallenden Gesamtbetrag von 45.858,- € zu zahlen. Sie will verhindern, dass dies aus Mitteilungen der Stadt Oldenburg in der Öffentlichkeit bekannt wird. Sie hat daher im Wege vorläufigen

Rechtsschutzes beantragt, der Stadt Oldenburg vorläufig zu untersagen, in Pressemitteilungen oder in anderen Formen der Öffentlichkeitsarbeit

1. die Personen namentlich aufzuführen, die einen finanziellen Beitrag zur Modernisierung der Fußgängerzone geleistet haben,
2. einen Übersichtsplan derjenigen Grundstücke, deren Eigentümer einen finanziellen Beitrag zur Modernisierung der L.-Straße geleistet haben, auf der Internetseite der Stadt X. oder in sonstiger Form zu veröffentlichen.

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

I. Zulässigkeit

Der Antrag der A-GmbH ist gerichtet auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO. Da es um die Öffentlichkeitsarbeit der Stadt Oldenburg geht, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Antrag nach § 123 VwGO ist auch statthaft, da die Veröffentlichung keinen Verwaltungsakt darstellen würde und daher keinesfalls die Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO einschlägig sein können. Die A-GmbH ist auch analog § 42 II 1 VwGO antragsbefugt, da eine Verletzung in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I, 19 II GG nicht von vornherein und unter jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Da auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags.

II. Begründetheit

Der Antrag des G auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn G Anordnungsanspruch (den zu regelnden bzw. sichernden Anspruch) und Anordnungsgrund (Gefährdung des Anspruchs) gem. § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO glaubhaft gemacht hat.

Fraglich ist jedoch, ob überhaupt ein Anordnungsanspruch besteht. Da es der A-GmbH um die Sicherung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung geht, handelt es sich um eine Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO, so dass die Gefahr bestehen muss, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Es kommt also darauf an, ob die geplanten Veröffentlichungen die A-GmbH in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen würde.

1. Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist vom BVerfG als Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen, welches sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ergibt. Fraglich ist jedoch, ob es auch für juristische Personen gilt. Grundsätzlich kann sich eine juristische Person nach Art. 19 II GG dann auf Grundrechte berufen, wenn sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Ob dies bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Fall ist, ist umstritten.

Allerdings teilt der Senat nicht die in Teilen der Literatur (vgl. Bär, BayVBl 1994, 427) vertretenen generellen Einwendungen dagegen, dass Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch juristische Personen wie die A-GmbH sein können.

Das BVerfG hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in seinem dieses dogmatisch entwickelnden Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 als einen Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG) definiert. Die überwiegende Ansicht wendet das allgemeine Persönlichkeitsrecht über Art. 19 III GG auch auf juristische Personen, insbesondere Kapital- und Personengesellschaften an (Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 I Rn. 224 f.). Allerdings ist das Schutzniveau im Vergleich zu betroffenen natürlichen Personen abgesenkt, weil juristische Personen sich nicht auf Art. 1 I GG berufen können, dessen thematische Nähe aber gerade die Schutzverstärkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Vergleich zur allgemeinen Handlungsfreiheit fordert.

Allerdings geht es bei juristischen Personen regelmäßig nur um den Schutz von wirtschaftlichen Interessen.

Je nach der funktionellen Ausrichtung der juristischen Person sind aber auch sachliche Entsprechungen zum Ehrenschutz der engeren Persönlichkeitssphäre zu erkennen, sofern es gerade um die Beschädigung des guten Rufs in der Öffentlichkeit in wirtschaftlicher oder sonstiger Weise geht. Das BVerfG, das bislang nicht abschließend über die generelle Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen entschieden hat,

nimmt eine Einzelfallbetrachtung vor und hat - die generelle Anwendbarkeit dabei ausdrücklich offenlassend - z.B. die Anwendbarkeit des Rechts, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, über Art. 19 III GG auch auf juristische Personen verneint (BVerfGE 95, 220 = NJW 1997, 1841).

Es kommt hinzu, dass Schutzgewährleistungen, die - wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht - bei natürlichen Personen in erster Linie von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG erfasst sind, bei juristischen Personen häufig über speziellere Grundrechtsgewährleistungen vermittelt werden. Betreibt die juristische Person ein Gewerbe, ist der Schutz vor Ausspähung und Weitergabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von Art. 12 und Art. 14 GG erfasst. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ließe sich in diesen spezielleren Grundrechten verankern, die ohne Weiteres auch auf juristische Personen des Privatrechts Anwendung finden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nach alledem zumindest in Teilbereichen auch auf juristische Personen anwendbar (ebenso Wilms/Roth, JuS 2004, 577)

Mithin kann sich die A-GmbH jedenfalls zur Abwehr ihres Ruf schädigender Presseerklärungen der Stadt Oldenburg, oder damit in der Wirkung vergleichbarer Darstellungen auf deren Internetseite auf dieses Recht berufen.

2. Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Dieses Recht müsste aber auch verletzt werden, falls es zu den betreffenden Veröffentlichungen kommt.

Die Stadt Oldenburg hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren mit Schriftsatz vom 19.09.2008 erläutert, dass sie sowohl bei der Darstellung der Grundstücke, deren Eigentümer sich an den Ausbaukosten beteiligt haben, in dem auf ihrer Internetseite zu veröffentlichenden Übersichtsplan als auch bei der Auflistung dieser Eigentümer mit ihren Grundstücken in der Presseerklärung von der Einteilung in zwei Gruppen ausgeht. Zur ersten Gruppe gehören alle an der Finanzierung beteiligten Grundstückseigentümer, die sich mit der Veröffentlichung ihrer Namen bzw. ihrer Namen und ihrer Grundstücke bereit erklärt haben. Die zweite Gruppe bilden die Grundstückseigentümer, die sich nicht an der Finanzierung beteiligt haben und die Grundstückseigentümer, die sich zwar an der Finanzierung beteiligt haben, aber nicht namentlich genannt werden wollen. Beide Veröffentlichungen werden mit einem diese Zweiteilung erläuternden Zusatz versehen.

Bei dieser Art der Veröffentlichung ist es für den Leser der Presseerklärung und denjenigen, der den Übersichtsplan im Internet aufruft, schlechterdings nicht möglich, ohne Zusatzwissen aus sonstigen privaten Quellen zu erkennen, dass die A-GmbH zur „Untergruppe“ der Nichtzahler in der zweiten Gruppe gehört. Denn die Auflistung in der Presseerklärung und die Markierungen im Übersichtsplan lassen nach der beigegebenen Erläuterung für jedermann nur den sicheren Rückschluss darauf zu, dass die namentlich bezeichneten Grundstückseigentümer für ihre in der Presseerklärung bezeichneten und korrespondierend im Übersichtsplan gekennzeichneten Grundstücke finanzielle Beiträge erbracht haben (Gruppe 1), und welche Grundstücke nicht bezeichnet sind (Gruppe 2).

Die von der A-GmbH befürchtete „Prangerwirkung“ kann mithin nicht eintreten; es werden keine möglicherweise den Ruf der A-GmbH in der Öffentlichkeit schädigenden Informationen preisgegeben-

Die Befürchtung der A-GmbH sie werde durch die beabsichtigte Presseerklärung und/oder den Übersichtsplan im Internet bloßgestellt als eine Eigentümerin von Anliegergrundstücken der L.-Straße, die nicht bereit sei, sich an den Kosten für die Modernisierung der Fußgängerzone zu beteiligen, ist nach alledem nicht begründet. Für den beantragten Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt es daher an einer der Antragsstellerin drohenden Rechtsbeeinträchtigung.

Ergebnis: Der Antrag ist unbegründet.

Gericht: OVG Münster	Privilegiertes Vorhaben – Massentierhaltung im Außenbereich	BauGB § 35
Aktenzeichen: 8 B 572/09		
Datum: 02.06.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Gewerbliche Massentierhaltung ist keine Landwirtschaft im Sinne des § 201 BauGB und daher nicht nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert. 2. Sie kann nach aber § 35 I Nr. 4 BauGB ein privilegiertes Vorhaben sein. 3. Dies setzt voraus, dass sie weder im beplanten noch im unbeplanten Bereich realisiert werden kann. 4. Das Bestehen nachteiliger Auswirkungen auf die Umgebung liegt auf der Hand und ist nicht - auch nicht unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung - detailliert zu prüfen. 5. Gewerbliche Massentierhaltung ist der landwirtschaftlichen Tierhaltung zumindest ähnlich und daher im Außenbereich zu billigen.
---	---

Sachverhalt: C beabsichtigt die Errichtung und den Betrieb einer Anlage zum Halten von 39900 Masthähnchen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich der Gemeinde A. Hierbei soll das Futter anderweitig erworben werden. Er beantragte bei der zuständigen Bezirksregierung die erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Die Gemeinde A hat ihr Einvernehmen versagt.

Zu Recht?

Lösung:

Der Hähnchenmastbetrieb stellt nach § 4 BImSchG eine genehmigungsbedürftige Anlage dar. Die Genehmigung ist nach § 6 BImSchG zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer aufgrund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Bezüglich weiterer erforderlicher Genehmigungen hat die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach § 13 BImSchG Konzentrationswirkung. Daher sieht das in § 10 BImSchG geregelte Genehmigungsverfahren auch vor, dass eine vollständige Koordinierung der Genehmigungsverfahren zu erfolgen hat, wenn für das Vorhaben selbst an sich weitere Genehmigungen erforderlich wären, die wegen der Konzentrationswirkung jedoch von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mitumfasst sind (§ 10 V 2 BImSchG).

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Anlage schließt daher auch die erforderliche Baugenehmigung mit ein. Für deren Erteilung ist aber, da es sich um ein Vorhaben im unbeplanten Außenbereich der Gemeinde A handelt, nach § 36 I 2 BauGB die Herstellung des Einvernehmens der Gemeinde erforderlich. Diese darf jedoch Ihr Einvernehmen nach § 36 11 1 BauGB nur aus den sich (hier) aus §§ 31, 33, 34, 35 BauGB ergebenden Gründen versagen.

Die Gemeinde A hat daher ihr Einvernehmen nur dann rechtmäßig versagt, wenn das Vorhaben des C bauplanungsrechtlich unzulässig ist.

Die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens im Außenbereich beurteilt sich nach § 35 BauGB.

Es könnte sich hier um ein sog. privilegiertes Vorhaben handeln, welches nach § 35 I BauGB im Außenbereich immer dann zulässig ist, wenn öffentliche Belange im Sinne des § 35 III BauGB nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist.

I. Vorliegen eines Privilegierungstatbestandes

Es muss zunächst einer der Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB vorliegen.

1. § 35 I Nr. 1 BauGB: Landwirtschaft

Bei dem Hähnchenmastbetrieb des C könnte es sich um einen landwirtschaftlichen Betrieb handeln, so dass die Errichtung einer Masthähnchenanlage nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert sein könnte.

Landwirtschaft im Sinne des BauGB ist Tierhaltung aber nach § 201 BauGB nur, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann.

C hat jedoch nicht vor, das Futter für die Mästung der Hähnchen selbst zu erzeugen, so dass es sich bei seinem Betrieb um keine Landwirtschaft handelt.

2. § 35 I Nr. 4 BauGB: nachteilige Wirkungen auf Umgebung

Es könnte sich bei dem Masthähnchenbetrieb aber um einen solchen Handeln, der wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nach § 35 I Nr. 4 BauGB nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.

Ob die gewerbliche Massentierhaltung überhaupt eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 4 BauGB genießen soll, wird diskutiert. Teilweise wird davon ausgegangen, dass solche Vorhaben keine Privilegierung verdienen und daher nur nach Maßgabe der strengeren Voraussetzungen des § 35 II BauGB im Außenbereich zulässig sein sollen (vgl. Söfker, NVwZ 2008, 1273). Diese Auffassung hat sich aber - auch in der Rechtsprechung des BVerwG - bislang nicht durchgesetzt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat (NVwZ 1984, 169, zu § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB a. F.), entschieden, dass ein Geflügelmaststall mit 180.000 Mastplätzen ein Vorhaben im Sinne dieses Privilegierungstatbestands sein könne, soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

a) keine Möglichkeit der Realisierung im Planbereich oder Innenbereich, §§ 30, 34 BauGB

Die Beantwortung der Frage, ob ein Vorhaben „nur im Außenbereich“ ausgeführt werden soll, hängt davon ab, ob es nicht auch im Innenbereich ausgeführt werden kann, d.h. ob es in der konkreten Gemeinde einen beplanten oder unbeplanten Innenbereich gibt, in dem das Vorhaben gemäß § 30 oder § 34 BauGB zugelassen werden kann (BVerwG, NVwZ 1984, 169).

Wie das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hat, befindet sich auf dem Gemeindegebiet der Antragstellerin bereits nach deren eigenen Angaben kein Innenbereich, in dem es verwirklicht werden könnte, so dass es nur auf die Nutzung des Außenbereichs verwiesen werden kann. Die Wertung, dass das Vorhaben wegen seiner landwirtschaftsähnlichen Natur einerseits und wegen der mangelnden Vergleichbarkeit mit anderen gewerblichen oder industriellen Betrieben andererseits im Außenbereich verwirklicht werden „soll“ trifft auch hier zu.

bb) besondere Anforderungen/Zweckbestimmung oder nachteilige Wirkungen auf die Umgebung

Das Bundesverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass das Hervorrufen nachteiliger Wirkungen auf die Umgebung und die sich daraus ergebende Erforderlichkeit der Nutzung des Außenbereichs durch Anlagen der gewerblichen Massentierhaltung auf der Hand liegt.

Im Rahmen dieser Wertung hat das Bundesverwaltungsgericht angeführt, dass die Massentierhaltung einer der landwirtschaftlichen Produktion immerhin ähnliche wirtschaftliche Betätigung darstelle. Von anderen wirtschaftlichen Betätigungen unterscheide es sich gerade dadurch, dass es auch bei Einhaltung der nach dem Stand der Technik möglichen Begrenzung seiner nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung kaum in Einklang mit städtebaulichen Grundsätzen in zusammenhängend bebauten Ortslagen oder in einem der nach der Baunutzungsverordnung planbaren allgemeinen Baugebiete unterzubringen sei: es könne insbesondere nicht mit anderen gewerblichen oder industriellen Vorhaben verglichen werden, die der Gesetzgeber gerade nicht in den Außenbereich, sondern in Gewerbe- und Industriegebiete des beplanten oder unbeplanten Innenbereichs verwiesen habe.

Der Hinweis der Gemeinde A. dass sich „möglicherweise wegen des Strukturwandels in der Landwirtschaft geänderte Betriebsformen“ herausgebildet hätten, führt ebenfalls nicht weiter. Insbesondere wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass gewerbliche Massentierhaltung der hier vorliegenden Art bei einer Betrachtung des Gesamtbildes, insbesondere der Art der verursachten Emissionen, eher Ähnlichkeit zur - außenbereichstypischen - Landwirtschaft aufweist als zu - außenbereichsfremden - gewerblichen und industriellen Produktionsstätten. Es spricht auch nichts dafür, dass sich das Erscheinungsbild gewerblicher Tierhaltung in tatsächlicher Hinsicht seit dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.06.1983 erheblich verändert hätte. Immerhin betraf jenes Verfahren einen Geflügelmaststall mit 180.000 Mastplätzen, wohingegen es hier um lediglich 39.900 Mastplätze geht.

cc) Billigung der Ausführung im Außenbereich

Die gesetzliche Formulierung „ausgeführt werden soll“ setzt zudem eine Wertung voraus, dass das Vorhaben in einer Weise billigungswert ist, die es rechtfertigt, es bevorzugt im Außenbereich zuzulassen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 17.12.2002 (BVerwGE 117, 287) die Massentierhaltung, die mit ihren Großstallungen mancherorts den Außenbereich beherrscht neben Windkraftanlagen und dem Abbau von Bodenschätzen ausdrücklich zu den Massenphänomenen gezählt, die den Gesetzgeber veranlasst hätten, die Privilegierung in den Fällen des § 35 I Nr. 2 bis 6 BauGB unter den in § 35 III 3 BauGB geregelten Planvorbehalt zu stellen. Damit ist zugleich ein Weg aufgezeigt, wie Gemeinden, in denen zu besorgen ist, dass sich Vorhaben der gewerblichen Massentierhaltung in unzuträglicher Weise häufen, planerisch steuernd eingreifen können.

II. Nichtentgegenstehen öffentlicher Belange

Es sind auch keine öffentlichen Belange, insbesondere nicht jene des § 35 III BauGB, in einer so nachhaltigen Weise betroffen, dass sie der festgestellten Privilegierung entgegenstehen würden.

III. Sicherung der Erschließung

Von einer Sicherung der Erschließung kann ausgegangen werden.

Ergebnis: Das Vorhaben ist daher planungsrechtlich zulässig. Die Gemeinde durfte nach § 36 II BauGB ihr Einvernehmen nicht versagen. Ihre Weigerung ist rechtswidrig.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG Münster	Keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess	VwGO
Aktenzeichen: 15 E 635/09		§ 173
Datum: 27.05.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Gegen die Ablehnung der Zustellung einer Streitverkündungsschrift ist - wie auch bei Ablehnung einer Beiladung nach § 65 VwGO - die Beschwerde nach § 146 I VwGO zulässig, da es sich nicht um eine prozessleitende Verfügung nach § 146 II VwGO handelt. 2. Die Beteiligung Dritter am Verwaltungsrechtsstreit ist durch die Beiladung in § 65 VwGO abschließend geregelt, für die Anwendbarkeit der ZPO über § 173 VwGO bleibt kein Raum. 3. Das Institut der Streitverkündung existiert im Verwaltungsprozess nicht.
---	--

A. Grundlagenwissen: Streitverkündung nach §§ 72 ff. ZPO

Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der Kläger eines Prozesses unsicher darüber ist, gegen welchen von mehreren möglichen Anspruchsgegnern er einen Anspruch hat, aber sicher ist, dass mindestens einer ihm haften muss. Die Streitverkündung dient dabei dazu, dass sich die Rechtskraftwirkung des geführten Prozesses auch auf einen möglichen Nachfolgeprozess mit dem Streitverkündeten erstreckt und damit widersprüchliche Entscheidungen vermieden werden.

I. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung ist zulässig, wenn

- es einen anhängigen und noch rechtshängigen Hauptprozess gibt, in welchem der Streitverkünder Hauptpartei ist,
- sie dem Dritten gegenüber wirksam erklärt wird
- und ein Streitverkündungsgrund vorliegt.

1. Streitverkündungserklärung

Zum Zweck der Streitverkündung hat die Partei gem. § 73 ZPO einen Schriftsatz einzureichen, in dem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Dieser Schriftsatz ist dann dem Dritten zuzustellen und dem Gegner des Streitverkünders in Abschrift mitzuteilen. Die Streitverkündung wird erst mit der Zustellung an den Dritten wirksam.

2. Streitverkündungsgrund

Eine Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann gem. § 72 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Streitverkünder bei Unterliegen im Prozess Anlass hat, gegen den Streitverkündeten zu prozessieren, z.B. bei Gewährleistungsansprüchen, Regressansprüchen, Rückgriffsansprüchen.

II. Wirkung der Streitverkündung

Nach erfolgter Streitverkündung hat der Dritte die Möglichkeit, dem Rechtsstreit beizutreten. Sein Verhältnis zu den Parteien bestimmt sich dann nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

Unabhängig davon, ob ein Beitritt erfolgt oder nicht, tritt die Interventionswirkung des § 68 ZPO ein. Allerdings ist dann nicht die Zeit des Beitritts entscheidend, sondern es ist maßgeblich, zu welcher Zeit der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war. Darüber hinaus führt die zulässige Streitverkündung gegenüber dem Dritten zu einer Hemmung der Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB und damit zur Erhaltung von Gewährleistungsrechten.

B. keine Streitverkündung im Verwaltungsprozess (OVG Münster, OVBl. 2009, 996 = BeckRS 2009 34577)

Sachverhalt: K macht gegen die Stadt B Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geltend. Nachdem jedoch nicht eindeutig geklärt ist, ob die Stadt B auch tatsächlich die richtige Anspruchsgegnerin ist oder nicht K seine Ansprüche gegenüber der städtischen C-GmbH geltend machen muss, reicht er beim zuständigen Verwaltungsgericht eine Streitverkündungsschrift ein. Durch gerichtliche Verfügung wird K mitgeteilt, dass die Kammer beschlossen habe, die Zustellung der Streitverkündungsschrift abzulehnen mit der Begründung, dass das Institut der Streitverkündung nach § 72 ZPO auch über § 173 VwGO keine Anwendung finde. Hiergegen legt K Beschwerde ein.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

Lösung:

Die Beschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist im Verwaltungsprozess nach § 146 I VwGO zulässig gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind. Hiervon ausgenommen sind jedoch nach § 146 II VwGO prozessleitende Verfügungen des Gerichts.

Die hier in Rede stehende - im Wege eines Kammerbeschlusses ergangene - Ablehnung, den Schriftsatz des Klägers zum Zwecke der Streitverkündung zuzustellen, fällt jedoch nicht unter den Begriff der prozessleitenden Verfügung. Dieser Begriff umfasst Entscheidungen, die sich auf den Fortgang des Verfahrens beziehen. Deren Unanfechtbarkeit soll bewirken, dass das erstinstanzliche Verfahren nicht durch Verfahrensstreitigkeiten geringerer Bedeutung gehemmt wird. Vielmehr soll entsprechend der nur dienenden Funktion der Verfahrensvorschriften grundsätzlich lediglich eine Ergebniskontrolle in Form der Überprüfung der Endentscheidung stattfinden (vgl. Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 146 Rn. 20 f).

Um eine derartige prozessleitende Verfügung geht es hier nicht. Der Kläger wendet sich nicht gegen die Leitung des Verfahrens zur Entscheidung über sein Klagebegehren, sondern er will über dieses Klagebegehren hinaus die Wirkungen der erstrebten Entscheidung auf einen Dritten im Wege der Streitverkündung erstreckt wissen, was das Verwaltungsgericht ablehnt, indem es die Zustellung eines Streitverkündungsschriftsatzes verweigert. Eine solche Entscheidung ist daher - wie auch die vergleichbare Ablehnung der Beiladung (vgl. § 65 IV 3 VwGO) - nach § 146 I VwGO beschwerdefähig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn eine Streitverkündung im Verwaltungsprozess zulässig ist. Dies könnte sich aus dem Verweis des § 173 VwGO auf die ergänzende Anwendung der ZPO ergeben, wo die Streitverkündung in §§ 72 ff. ZPO geregelt ist. Die Anwendbarkeit der ZPO ist jedoch nur vorgesehen, wenn die VwGO keine entsprechenden Bestimmungen enthält.

§ 65 VwGO regelt für den Bereich des Verwaltungsprozesses abschließend die Einbeziehung Dritter in ein gerichtliches Verfahren und verdrängt damit das Institut der Streitverkündung nach § 72 ZPO.

Der Umstand, dass - wie der Kläger geltend macht - Voraussetzungen und Wirkungen von Streitverkündung und Beiladung nicht identisch sind, rechtfertigt nicht, die Streitverkündung über § 173 S. 1 VwGO im Verwaltungsprozess für zulässig zu halten. Diese Vorschrift erklärt die Zivilprozessordnung für entsprechend anwendbar, soweit die Verwaltungsgerichtsordnung keine Bestimmung über das Verfahren enthält und wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Einbeziehung Dritter in das verwaltungsgerichtliche Verfahren wird durch das speziell auf den Verwaltungsprozess zugeschnittene Institut der Beiladung abgedeckt. Es ist gerade Ausfluss dieser spezifischen Anpassung, dass bei der Beiladung im Gegensatz zur Streitverkündung die Dispositionsbefugnis der Parteien zurückgedrängt ist und die Beiladung nicht in das Belieben der Prozessparteien, sondern in die Entscheidung des Gerichts gestellt ist: Im Verwaltungsprozess geht es nicht um allein das Verhältnis zweier Privatpersonen betreffende Rechte und Pflichten, vielmehr spielt regelmäßig auch das öffentliche Interesse an einer rechtmäßigen und effektiv handelnden Verwaltung eine Rolle. Deshalb ist es etwa im Zivilprozess Sache der Parteien, den Tatsachenstoff und die Beweise dafür dem Gericht beizubringen, während im Verwaltungsprozess dies von Amts wegen geschieht (§ 86 I VwGO).

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Wirkungen der Beiladung für K weniger Vorteile mit sich bringt, als die Streitverkündung, die nach § 204 I Nr. 6 BGB verjährungshemmende Wirkung hat.

Auch der Umstand, dass die Beiladung im Gegensatz zur Streitverkündung (§ 204 I Nr. 6 BGB) keine verjährungshemmende Wirkung hat (vgl. BGH, NVwZ 2003, 1549 (1550 f)), vermag die Zulässigkeit einer Streitverkündung im Verwaltungsprozess nicht zu begründen. Es mag sein, dass die Wahrung des vom Kläger angenommenen Anspruchs gegen die C durch eine verjährungshemmende Streitverkündung erleichtert würde. Da sich der Gesetzgeber aber aus spezifisch verwaltungsprozessualen Gründen für die Beiladung als Ersatz für eine Streitverkündung entschieden hat, muss der Kläger seinen Anspruch ohne die Hemmungswirkung einer Streitverkündung wahren, was - wie er auch nicht in Abrede stellt - möglich ist.

Denn das Institut der Streitverkündung existiert im Verwaltungsprozess nicht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Februar 2009- 8 B 21.09 -, Juris Rn. 3; Kopp/Schenke, VwGO, § 65 Rn. 2; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, § 64 Rn. 1.).

Ergebnis: Die Beschwerde ist unbegründet.

Anzeige



Crash-Kurs im Januar/Februar 2010

Zivilrecht (23. + 24.01.) / Strafrecht (30. + 31.01.) / Öff. Recht (06. + 07.02.)

Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr

Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)

Gericht: OVG Lüneburg	Prüfungsumfang im Abänderungsverfahren: Verhältnis § 80 V zu VII	VwGO
Aktenzeichen: 4 ME 168/09		§ 80
Datum: 30.06.2009		

	<p>1. Unabhängig von der materiellen Rechtskraftfähigkeit eines Beschlusses nach § 80 V VwGO bindet dieser die Beteiligten, so dass ein erneuter Antrag nach § 80 V VwGO bei identischem Streitgegenstand unzulässig ist.</p> <p>2. Im Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO wird allein die Fortdauer der im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung geprüft, nicht aber deren ursprüngliche Richtigkeit.</p> <p>3. Die Befugnis zur Änderung von Beschlüssen von Amts wegen nach § 80 VII 1 VwGO steht ausschließlich dem Gericht der Hauptsache zu, in die das Beschwerdegericht unzulässigerweise eingreifen würde, wenn es im Beschwerdeverfahren die vom Gericht der Hauptsache abgelehnte Abänderung oder Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 80 VII VwGO vornähme.</p>
---	--

Sachverhalt: A, eine nigerianische Staatsangehörige, war im Rahmen des Ehegattennachzugs zu Ausländern nach § 30 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer von 1 Jahr erteilt worden. A stellte rechtzeitig einen Verlängerungsantrag. In diesem Zusammenhang wurde ihr Ehegatte, ebenfalls nigerianischer Staatsangehöriger, der eine Niederlassungserlaubnis besitzt, gebeten, bei der zuständigen Behörde ebenfalls vorzusprechen, um das Fortbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft zu überprüfen. Dieser Aufforderung kam er nicht nach und war auch sonst nicht erreichbar. Die Behörde ging daher davon aus, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr fortbesteht und lehnte die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis ab. A ergriff fristgerecht den zulässigen Rechtsbehelf in der Hauptsache und beantragt beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs nach § 80 V VwGO. Im Verfahren räumte sie ein, dass sich ihr Ehemann auf unbestimmte Zeit in Nigeria aufhalte und sich von ihr trennen wolle. Der Antrag wurde vom Gericht mit Beschluss vom 25.05.2009 als unbegründet zurückgewiesen.

Im Juni 2009 stellte A erneut einen Antrag beim Verwaltungsgericht, ihr die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Dies begründet sie damit, dass ihre Ausführungen im Ausgangsverfahren nicht richtig gewesen seien. Ihr Mann habe sich nicht von ihr trennen wollen. Sie habe während der gesamten Zeit seines Aufenthalts in Nigeria Kontakt zu ihm gehabt. Er sei nur deshalb nicht zurückgekommen, weil er dort einen Unfall erlitten habe und die Heilbehandlung sich hinzog. Seit Ende April 2009 sei er aber wieder in Deutschland gewesen und habe die eheliche Lebensgemeinschaft fortgeführt. Dieser Antrag wurde ebenfalls abgelehnt, so dass A hiergegen Beschwerde eingelegt hat.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

Lösung:

Die Beschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 146 IV 1 VwGO statthaft gegen Entscheidungen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO. Vom Vorliegen der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen kann ausgegangen werden.

B. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn Entscheidung des VG über den erneuten Antrag der A rechtsfehlerhaft erfolgt ist. Es fragt sich daher, ob dieser Antrag zulässig und begründet war.

I. Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs der A gegen die Versagung der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis ist durch § 80 11 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 84 I Nr. 1 AufenthG entfallen, so dass sie

grundsätzlich vor dem Verwaltungsgericht um die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO streiten kann.

Allerdings hat das VG eine entsprechende Entscheidung schon getroffen. Fraglich ist daher, ob der Beschluss vom 25.05.2009 nicht einer erneuten Geltendmachung entgegensteht.

Unabhängig davon, ob dem vorausgegangenem Beschluss nach § 80 V VwGO neben der formellen Rechtskraft auch eine materielle Rechtskraft (so VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 1995, 174, 175) oder nur eine eingeschränkte materielle Rechtskraft (so Thüringer OVG, NVwZ-RR 1995, 179, 180) zukommt, bindet ein solcher Beschluss nach allgemeiner Auffassung jedenfalls die Beteiligten (Niedersächsisches OVG, NVwZ-RR 1995, 376; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn. 358), so dass ein erneuter Antrag nach § 80 V VwGO bei - wie hier - identischem Streitgegenstand unzulässig ist.

Der Antrag der K ist daher nach § 88 VwGO in einen Änderungsantrag nach § 80 VII VwGO umzudeuten. Ein solcher ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Nach § 80 VII 2 VwGO kann jeder Beteiligte die Änderung oder Aufhebung einer nach § 80 V VwGO ergangenen Entscheidung wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen.

Im Abänderungsverfahren wird allein die Fortdauer der im Verfahren nach § 80 V VwGO getroffenen Entscheidung geprüft, nicht deren ursprüngliche Richtigkeit oder die Feststellung sonstiger behördlicher Befugnisse (VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2002, 908, 909; Sodan/Ziekow, VwGO, § 80 Rn. 183).

Das Abänderungsverfahren trägt damit dem Umstand Rechnung, dass in manchen Fällen Veränderungen während des Hauptsacheverfahrens eintreten, auf die trotz formeller Rechtskraft und der damit verbundenen Bindungswirkung eines abgeschlossenen Eilverfahrens mit Wirkung für die Zukunft reagiert werden muss. Danach hat ein Abänderungsantrag eines Beteiligten nur dann Erfolg, wenn veränderte oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachte Umstände vorgetragen werden, die geeignet sind, eine Änderung der Entscheidung herbeizuführen.

1. Vorliegen veränderter Umstände

Der Vortrag der A gegenüber ihrem Vortrag im Ausgangsverfahren ist inhaltlich anders. Fraglich ist jedoch, ob dies als Vorliegen veränderter Umstände angesehen werden kann.

Veränderte Umstände i.S.d. § 80 VII 2 Alt. 1 VwGO liegen in erster Linie bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Abschluss des Verfahrens nach § 80 V VwGO vor.

Der von A geschilderte Sachverhalt endet mit der Rückkehr ihres Ehemannes aus Nigeria nach Deutschland "Ende April 2009". Das Verfahren nach § 80 V VwGO war hier indes erst mit dem die Beschwerde verwerfenden Beschluss des Senats vom 25.05.2009 abgeschlossen. Damit liegen auch nach dem Vorbringen der A keine Umstände vor, die erst nach Abschluss des Verfahrens nach § 80 V VwGO entstanden wären, sondern Umstände, die schon im vorausgehenden Verfahren nach § 80 VwGO bestanden haben und hätten vorgebracht werden können.

Der Antrag kann daher nicht auf das Vorliegen veränderter Umstände gestützt werden.

2. unverschuldete Verhinderung der Geltendmachung

Eine Änderung oder Aufhebung der Entscheidung nach § 80 V VwGO kommt dann nach § 80 VII 2 Alt. 2 VwGO nur in Betracht, wenn der Beteiligte ohne Verschulden gehindert war, diese Gründe im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO geltend zu machen.

Gründe, die das Unterlassen der A entschuldigen könnten, sind von ihr nicht dargetan. Ausgehend von dem auch

im Rahmen des § 80 VII 2 VwGO anwendbaren Verschuldensmaßstab des § 60 11 VwGO (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Rn. 387) sind ihrem Vorbringen auch keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die ein Verschulden in Frage stellen könnten. So hat A vor dem Verwaltungsgericht ausgeführt, dass sie entgegen ihrer ursprünglichen Behauptung, wonach ihr Ehemann sich habe von ihr trennen wollen, während der gesamten Dauer der Ortsabwesenheit ihres Ehemannes Kontakt zu ihm gehabt und auch von dem Unfall gewusst habe. Selbst wenn man diese neue Darlegung als wahr unterstellt, hätte A schon im vorausgehenden Verfahren nach § 80 V VwGO umfassende Kenntnis der nun vorgetragenen Umstände gehabt. Einen Grund, warum sie diese Umstände erst jetzt vorbringt, hat sie aber nicht einmal ansatzweise benannt.

Es liegt auch keine unverschuldete Verhinderung der Geltendmachung im Ausgangsverfahren vor, so dass die Voraussetzungen für eine Abänderung nach § 80 VII 2 VwGO nicht gegeben sind.

3. Möglichkeit der Abänderung nach § 80 VII 1 VwGO

Nach § 80 VII 1 VwGO hat das Gericht der Hauptsache jederzeit die Möglichkeit, Beschlüsse nach § 80 V VwGO zu ändern oder aufzuheben.

Diese Befugnis steht aufgrund der ausdrücklichen Klarsteilung durch das 4. VwGOÄndG ausschließlich dem Gericht der Hauptsache zu (vgl. VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2002, 908, 910; OVG Hamburg, NVwZ 1995, 1004, 1005). In diese ausschließliche Kompetenz des Gerichts der Hauptsache würde das Beschwerdegericht unzulässigerweise eingreifen, wenn es im Beschwerdeverfahren die vom Gericht der Hauptsache abgelehnte Abänderung oder Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 80 VII 1 VwGO vornehmen dürfte.

Das Beschwerdegericht ist daher selbst bei Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Beschlusses über den ersten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung daran gehindert, diesen ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 80 VII 2 VwGO abzuändern.

Ergebnis: Die Beschwerde der A ist unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OVG Münster	Klageeinreichung beim unzuständigen Gericht	VwGO
Aktenzeichen: 8 E 147/09		§§ 90, 81 I 1,
Datum: 29.04.2009		146 I

	Nutzt der Absender eines Klageschriftsatzes das angerufene Gericht als Bote und bittet um Weiterleitung an das zuständige Gericht, fehlt es an einer wirksamen Klageerhebung. In diesen Fällen wird die Klage weder anhängig noch rechtshängig, so dass sie nicht registriert und damit auch nicht beschieden werden muss.
---	---

Gemäß § 90 VwGO wird die Streitsache durch die Erhebung der Klage, also mit der Einreichung eines Klageschriftsatzes bei Gericht (vgl. § 81 I 1 VwGO), rechtshängig. Gemäß § 85 S. 1 VwGO verfügt der Vorsitzende die Zustellung der Klage an den Bekl. Ist der Verwaltungsrechtsweg unzulässig, spricht das VG dies gem. § 173 S. 1 VwGO i.V. mit § 17a II 1 GVG aus und verweist den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs. Die Rechtshängigkeit und ihre Folgen treten aber nur ein, wenn eine wirksame Klageerhebung vorliegt. Der Kl. bringt sein Begehren vor Gericht und macht es dort anhängig, indem er Klage erhebt. Damit unterrichtet er das Gericht über sein Ansinnen, es möge sich mit seinem Streit befassen; darüber hinaus will er erreichen, dass der Bekl. vor Gericht gerufen wird und sich einer auch für ihn verbindlichen Entscheidung nicht entziehen kann. Lässt sich dem eingehenden Schriftsatz aber ganz offensichtlich kein ernsthaft gemeintes Rechtsschutzbegehren entnehmen oder nutzt der Absender das angerufene Gericht als Bote und bittet um Weiterleitung an das zuständige Gericht, fehlt es an einer wirksamen Klageerhebung. In diesen Fällen wird die Klage weder anhängig noch rechtshängig, so dass sie nicht registriert und damit auch nicht beschieden werden muss (vgl. Ortloff/Riese, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 81 Rdnr. 4; VGH München, NJW 1990,

2403). So liegt der Fall hier. Die Bf. hat ihr Begehren nach eigenem Bekunden von vornherein nur deswegen bei dem VG angebracht, um eine Zustellung der „Klage“ mit nachfolgender Verweisung an das von ihr für zuständig gehaltene LG Berlin zu erreichen. Sie verfolgt gar nicht das Ansinnen, das VG möge sich mit ihrem Streit befassen. Das VG soll lediglich gleichsam als Bote fungieren, um das Verfahren an das LG Berlin weiterzuleiten. Bei dieser Sachlage ermangelt es einer wirksamen Klageerhebung, die eine Pflicht des VG zur weiteren Befassung mit der Eingabe der Bf. begründen würde.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Zum Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG	KSchG § 1a
Aktenzeichen: 2 AZR 267/08		
Datum: 20.08.2009		

	Eine verspätet erhobene Kündigungsschutzklage, die nicht mit dem Antrag auf nachträgliche Zulassung gem. § 5 I, II KSchG verbunden ist, hindert die Entstehung eines Abfindungsanspruchs nach § 1a KSchG. Maßgebend ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift alleine, ob dem Arbeitgeber ein Rechtsstreit um die Sozialwidrigkeit der Kündigung erspart bleibt.
---	---

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer N ist bei der Arbeitgeberin G beschäftigt und wird am 19.6. ordentlich aus betriebsbedingten Gründen zum 31.12. gekündigt. Das Kündigungsschreiben, das dem Arbeitnehmer am 29.6. zugeht, enthält den entsprechenden Hinweis nach § 1a KSchG auf ein Abfindungsangebot bei Nichterheben einer Kündigungsschutzklage. Am 7.8. erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage und gibt an, die Kündigung sei ihm erst am 17.7. zugegangen und seine Klage deswegen fristgerecht. Ein Antrag auf nachträgliche Zulassung sei daher nicht notwendig. Außerdem lehnt er das Angebot einer Abfindung ab. Am 21.8. nimmt er die Klage zurück und begehrt nunmehr in einer neuen Klage die Abfindung. Er habe die Kündigungsschutzklage zu spät erhoben, die Voraussetzungen für eine Abfindung lägen also vor. Unbedeutend sei, dass er zunächst davon ausgegangen sei, rechtzeitig Klage erhoben zu haben.

Lösung:

Dem Arbeitnehmer steht kein Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG zu. Zweck dieser Regelung ist es, gerichtliche Auseinandersetzungen der Arbeitsvertragsparteien zu vermeiden. Deswegen ist dem Arbeitnehmer eine Abfindung zu versagen, wenn er eine gerichtliche Auseinandersetzung eingeleitet hat. Dies gilt auch für eine nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist eingereichten Klage. Deren Rücknahme kann nicht das Gegenteil bewirken; denn der Arbeitnehmer soll gerade nicht zunächst die Entwicklung des Kündigungsschutzprozesses abwarten und die Klage dann bei sich abzeichnender Erfolglosigkeit zurücknehmen dürfen, um doch noch in den Genuss der Abfindung zu kommen. Nur derjenige Arbeitnehmer lässt die Klagefrist „verstreichen“, der sich nicht durch die Klage auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung beruft. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer den Antrag auf nachträgliche Zulassung deswegen nicht stellt, weil er der Auffassung ist, die Klagefrist sei gewahrt.

[Anm.: Bereits 2007 (BAG, NJW 2008, 2601 = NZA 2008, 696) hat der Senat entschieden, dass der Abfindungsanspruch aus § 1a KSchG bei verspäteter Kündigungsschutzklage mit gleichzeitigem Antrag auf nachträgliche Zulassung entfällt. Diese Konstellation stellt er nun mit der hiesigen gleich, in der der Arbeitnehmer zwar keinen solchen Antrag stellt, aber die Sozialwidrigkeit der Kündigung geltend macht und von einer rechtzeitigen Klageerhebung ausgeht. Entscheidend ist also nicht die dogmatische Einordnung des „Verstreichenlassens“ der Frist, sondern die Verhinderung einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Sozialwidrigkeit der Kündigung.

So überzeugend die Überlegungen zum Sinn und Zweck der Vorschrift auch seien mögen, so bleibt doch eine „dogmatische Merkwürdigkeit“: Mit Verstreichenlassen des 20.7. war der Anspruch gem. § 1a KSchG eigentlich entstanden und hätte vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden können. Mit Klageerhebung am 7.8. soll dieser Anspruch nun wieder untergehen. Die dogmatische Erklärung hierfür bleibt unklar. Die Überlegung, dass der Arbeitnehmer gerade nicht zunächst die Entwicklung des Kündigungsschutzprozesses soll abwarten können um die Klage dann bei sich abzeichnender Erfolglosigkeit zurückzunehmen, um doch noch in den Genuss der Abfindung zu

kommen, könnte in Richtung eines treuwidrigen Verhaltens, § 242 BGB, gedeutet werden. Das BAG spricht davon, dass der Anspruch im vorliegenden Fall gar nicht „entstanden“ sei. Dies kann man jedoch nur vertreten, wenn man „rückblickend“ auf den Sachverhalt schaut.]

Gericht: LAG Berlin-Brandenburg	Gegenläufige betriebliche Übung: Altfälle	BGB
Aktenzeichen: 15 Sa 797/09		§ 308 Nr. 5
Datum: 09.09.2009		

	Es kann offenbleiben, ob für vor dem 1.1.2002 vereinbarte Arbeitsverträge eine gegenläufige betriebliche Übung weiterhin anzuerkennen ist. Eine gegenläufige betriebliche Übung scheidet auch in Altfällen aber jedenfalls dann aus, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer bei Einstellung seiner Leistung nicht darauf hingewiesen hat, dass ein (dreimaliges) Schweigen als Zustimmung zur Abänderung des Arbeitsvertrags gewertet wird.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin ist seit 1981 bei der Beklagten beschäftigt. Nachdem die Beklagte ihren Mitarbeitern über mehr als zehn Jahre ohne Vorbehaltserklärung ein Treue- bzw. Jubiläumsgeld gezahlt hatte, stellte sie diese Leistungen im Jahr 2004 ein. Ein Teil der Belegschaft klagte bereits im Jahr 2004 hiergegen und obsiegte letztlich auch vor dem BAG.

Die Klägerin begehrte mit ihrer im September 2008 erhobenen Klage die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Treuegelds für 2008. Die hierauf gerichtete Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg. Das LAG ließ allerdings wegen der Vielzahl der Parallelstreitigkeiten die Revision zum BAG zu.

Lösung:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung einen Anspruch auf Zahlung des Treuegelds für 2008. Der Anspruch ist durch die über mehr als zehn Jahre vorbehaltlos erfolgte Zahlung des Treuegelds begründet worden. Es liegt auch keine gegenläufige betriebliche Übung vor, die den Anspruch für die Zukunft beseitigt hätte.

Das BAG hat mit Urteil vom 18.3.2009 (Az.: 10 AZR 281/08) seine Rechtsprechung zur gegenläufigen Übung aufgegeben. Hiernach kann seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1.1.2002 nicht mehr angenommen werden, dass eine (dreimalige) widerspruchslose Hinnahme der Einstellung der Leistung zum Verlust des entsprechenden Anspruchs führt. Denn nach § 308 Nr. 5 BGB ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach Schweigen als (fingierte) Willenserklärung gilt, unwirksam.

Nach Auffassung des BAG gelten allerdings für sog. Altfälle (vor dem 1.1.2002 begründete Arbeitsverhältnisse) Besonderheiten. Zumindest für die im Streitfall vorliegende Konstellation ist jedoch zweifelhaft, ob derartige Vertrauensgesichtspunkte eingreifen können. Denn die Beklagte hat in der Zeit nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nichts unternommen, um die Arbeitsverträge im Hinblick auf die neue rechtliche Situation abzuändern.

Ob eine gegenläufige betriebliche Übung für Altfälle in jedem Fall anzuerkennen ist, kann hier jedoch offenbleiben. Eine wirksame gegenläufige betriebliche Übung scheidet im Streitfall schon daran, dass die Beklagte ihre Arbeitnehmer bei Einstellung der Treuegeld-Zahlungen nicht darauf hingewiesen hat, dass ein (dreimaliges) Schweigen als Zustimmung zur Abänderung des Arbeitsvertrags gewertet wird.

Gericht: LAG Hessen	§ 626 BGB: Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit	BGB
Aktenzeichen: 6 Sa 1593/08		§ 626
Datum: 01.04.2009		

	Hat der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht, so kann dies auch dann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum bereits abgelaufen war. Von einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit ist auszugehen, wenn der vermeintlich kranke Arbeitnehmer auf ein Angebot zur Schwarzarbeit eingeht. In diesem Fall ist der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert.
---	---

Sachverhalt: Der über 50 Jahre alte Kläger war seit 20 Jahren beim Beklagten als Schweißer beschäftigt. Nachdem der Beklagte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt gekündigt hatte, meldete sich der Kläger krank. Einige Wochen später schaltete der Beklagte einen Detektiv zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers ein. Der Detektiv rief den Kläger an und täuschte vor, jemanden "schwarz" für Innenausbautätigkeiten – wie z.B. das Einreißen von Wänden – zu benötigen. Daraufhin bot der Kläger seine Arbeitsleistung an. Als der Beklagte hiervon erfuhr, kündigte er dem Kläger wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit fristlos. Mit seiner gegen die Kündigung gerichteten Klage bestritt der Kläger, dem Detektiv seine Arbeitsleistung angeboten zu haben. Er habe lediglich erklärt, er könne andere Kollegen fragen, ob sie Interesse hätten. Im Übrigen sei zum Zeitpunkt des Detektiveinsatzes der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen gewesen. Dem Beklagten sei daher selbst bei einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit kein finanzieller Schaden entstanden. Das ArbG gab der Klage statt. Auf die Berufung des Beklagten hob das LAG diese Entscheidung auf und wies die Klage ab.

Lösung:

Die fristlose Kündigung ist wirksam. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass der vermeintlich kranke Kläger sich gesund genug fühlte, um für Dritte schwere körperliche Arbeiten im Innenausbau auszuführen. Damit ist der Beweiswert der von ihm vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Es ist davon auszugehen, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht hat.

Eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit kann eine erhebliche Vertragspflichtverletzung darstellen, die auch ohne vorherige Abmahnung eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt. Das gilt selbst dann, wenn – wie hier – zum Zeitpunkt der Täuschungshandlung der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen war und der Arbeitnehmer sich damit keine Entgeltfortzahlung erschlichen, sondern dem Arbeitgeber "nur" seine Arbeitskraft vorenthalten hat. Auch in diesem Fall liegt ein unredliches Verhalten des Arbeitnehmers vor, dass das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber zerstören kann.

Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeit ist zudem nicht erst mit der Ausführung von Arbeiten für andere erschüttert, sondern bereits mit der angekündigten Arbeitsbereitschaft.

Im Streitfall fällt auch die Interessenabwägung nicht zugunsten des Klägers aus. Trotz der langen Betriebszugehörigkeit des Klägers, seines Alters und seiner Unterhaltungspflichten gegenüber mehreren Kindern überwiegen die betrieblichen Interessen an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Der Beklagte hat insbesondere ein schützenswertes Interesse daran, gegenüber der übrigen Belegschaft deutlich zu machen, dass er solche Täuschungshandlungen nicht duldet.

Gericht: LAG Rheinland-Pfalz	Zum Thema Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber	BGB
Aktenzeichen: 1 Sa 230/09		§ 626
Datum: 08.09.2009		

	Verlässt der Arbeitnehmer nach einem heftigen Streit mit dem Arbeitgeber seinen Arbeitsplatz und reicht am folgenden Tag eine Krankmeldung ein, so erschüttert dies nicht den Beweiswert der von ihm vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Der Streit kann durchaus der Auslöser einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung gewesen sein. Für eine außerordentliche Kündigung muss der Arbeitgeber daher weitere Tatsachen vortragen, die für eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit sprechen.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin war bei dem Beklagten als Steuerfachangestellte beschäftigt. Am 1.9.2008 kündigte sie das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.9.2008.

Am 2.9.2008 kam es zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu einem heftigen Streit, in dessen Verlauf der Beklagte die Klägerin zunächst aufforderte, eine Liste ihrer regelmäßigen Aufgaben zu erstellen. Die Klägerin kam dieser Anweisung nach. Daraufhin forderte der Beklagte sie auf, für ein Gespräch mit ihm in seinem Arbeitszimmer Platz zu nehmen. Die Klägerin verweigerte dies mit dem Hinweis, dass ihr schlecht sei und sie jetzt zum Arzt gehe. In der Folgezeit reichte sie für den Zeitraum vom 2.9. bis zum 30.9.2008 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ein.

Am 11.9.2008 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverweigerung fristlos. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis

durch diese auBerordentliche Kündigung nicht beendet worden ist, sondern bis zum 30.9.2008 fortbestanden hat. Sie beehrte auBerdem eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des restlichen September-Gehalts. Die Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.

Lösung:

Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nicht wirksam fristlos gekündigt. Ein hinreichender Kündigungsgrund liegt insbesondere nicht in der vom Beklagten behaupteten Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit. Die Klägerin hat mit der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zunächst ihre Arbeitsunfähigkeit nachgewiesen. Dem Beklagten ist es nicht gelungen, begründete Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung aufzuzeigen und dadurch ihren Beweiswert zu erschüttern.

Die Mitteilung der Klägerin kurz vor Verlassen des Arbeitsplatzes, dass ihr schlecht sei, spricht in keiner Weise dagegen, dass sie sich zu diesem Zeitpunkt tatsächlich schlecht gefühlt hat. Etwas anderes würde auch nicht gelten, wenn die Klägerin, wie der Beklagte behauptet hat, bis zu dem Streit arbeitsfähig war. Es ist durchaus möglich, dass gerade der Streit Auslöser einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung gewesen ist.

Die auBerordentliche Kündigung ist auch nicht wegen der vom Beklagten behaupteten Arbeitsverweigerung gerechtfertigt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Klägerin bereits bei Verlassen des Arbeitsplatzes die Absicht gehabt hat, bis zum 30.9.2008 nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen, hätte der Beklagte dieses Verhalten abmahnen müssen. Eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses ist hierin nicht zu sehen – zumal die Klägerin den Arbeitsplatz in einer emotional aufgeladenen Situation verlassen hat.

Handelsrecht

Gericht: BGH	§ 25 I HGB greift auch bei kurzer zwischenzeitlicher Umfirmierung	HGB § 25 I
Aktenzeichen: VIII ZR 321/08		
Datum: 16.09.2009		

	<p>Eine nur kurze, zwischenzeitliche Umfirmierung eines Unternehmens steht der Haftung für eine Firmenfortführung gem. § 25 I HGB nicht entgegen, wenn die nach außen in Erscheinung tretende Kontinuität des Unternehmens dadurch nicht beeinträchtigt wird. Für die Anwendung des § 25 I HGB genügt es, dass ein Teilerwerb des früheren Handelsgeschäfts stattfindet, wenn dieser den Kern des Unternehmens ausmacht.</p>
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin macht gegen die beklagte "R. Automobile GmbH" nach den Grundsätzen der Haftung für eine Firmenfortführung gem. § 25 HGB Ansprüche auf Zahlung geltend. Die - der Höhe nach unstrittigen - Forderungen resultieren aus Vereinbarungen der Klägerin mit der "Automobile R. e.K." und der "Autohaus R. GmbH" über die Abnahme von Schmierstoffen.

Das Vermögen der "Automobile R. e.K." wurde Anfang 2005 im Wege der Umwandlung durch Ausgliederung von der "Autohaus R. GmbH" übernommen. Deren Geschäftsgegenstand war der Handel mit neuen und gebrauchten Fahrzeugen sowie der Betrieb einer Autowerkstatt. Im November 2005 wurde diese GmbH in "J. Auto- und Servicehaus GmbH" umfirmiert, deren geschäftsführender Gesellschafter J.R. war. Diese stellte den Betrieb jedoch bereits Ende 2005 wieder ein; im Jahr 2006 wurde das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet.

Bereits Ende 2005 hatte die "J. Auto- und Servicehaus GmbH" Verträge mit der neu gegründeten Beklagten - Geschäftsführer auch hier J.R. - geschlossen, die seitdem den Fahrzeughandel weiterführt, und mit der von den Mitarbeitern ebenfalls neu gegründeten "R. Service GmbH", die seither die Werkstatteleistungen erbringt. Alle vorgenannten Unternehmen führten bzw. führen ihren Geschäftsbetrieb unter derselben Anschrift, nutzten/ nutzen dieselben Telefon- und Faxnummern und traten/ treten unter demselben Internetportal mit den Marken Alfa Romeo, Suzuki und Rover auf.

LG und OLG gaben der Klage statt. Die Revision der Beklagten hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:

Das Berufungsgericht hat zu Recht die Haftung der Beklagten für die gegen die "J. Auto- und Servicehaus GmbH" begründeten Forderungen der Klägerin bejaht. Die Voraussetzungen des § 25 I HGB liegen vor. Die Beklagte hat das Handelsgeschäft der "J. Auto- und Servicehaus GmbH" in seinem wesentlichen Kern erworben und es unter deren - hier maßgeblichen alten - Firmenbezeichnung fortgeführt.

Die Firmenfortführung wurde nicht dadurch unterbrochen, dass im November 2005 eine Umfirmierung der "Autohaus R. GmbH" in die "J. Auto- und Servicehaus GmbH" erfolgte. Nach außen in Erscheinung getreten ist Letztere mit den Initialen "J." lediglich in der kurzen Zeitspanne von der Umfirmierung im November 2005 bis zur Einstellung des Geschäftsbetriebs Ende 2005. Da die Beklagte nahezu zeitgleich gegründet wurde, ist dies eine zu kurze Zeitspanne, als dass aus der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise der Name "J. Auto- und Servicehaus GmbH" mit der Kontinuität des Unternehmens, das zuvor mehrere Jahre unter der Firma "Autohaus R. GmbH" bzw. "Automobile R. e.K." aufgetreten ist, verbunden würde.

Dem Erwerb und der Fortführung des zuletzt unter "J. Auto- und Servicehaus GmbH" firmierenden Autohauses steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte den Werkstattbetrieb nicht fortführte. Die Haftungsfolge aus § 25 I HGB greift auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen sind, solange nur der wesentliche Kern des Unternehmens übernommen wird, so dass sich der nach außen für die beteiligten Verkehrskreise in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt.

Dies war bei der Beklagten, auch wenn sie nur den Teilbereich des Handels mit Kraftfahrzeugen und nicht den Werkstattbetrieb fortgeführt hat, der Fall. Sie handelte mit Fahrzeugen derselben Automarken, wie sie von der "J. Auto- und Servicehaus GmbH" vertrieben wurden, in denselben Ausstellungs- und Büroräumen unter Beibehaltung derselben Telefon- und Faxnummern und unter Wahrung der personellen Kontinuität durch den Namensgeber der Firma, den Geschäftsführer J. R. Der Fahrzeughandel war als der wesentliche Teil des Unternehmens zu werten und der Übernahme der Werkstatt durch die "R. Service GmbH" keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen.

Familienrecht

Gericht: BGH	Verhältnis von Unterhaltsansprüchen aus 1. und 2. Ehe	BGB
Aktenzeichen: XII ZR 65/09		§ 1578
Datum: 18.11.2009		

	Ein geschiedener Ehemann kann die Herabsetzung des Unterhalts für seine geschiedene Ehefrau verlangen, wenn er wieder geheiratet hat und nunmehr auch seiner neuen Ehefrau unterhaltspflichtig ist. In welchem Umfang er gegenüber der neuen Ehefrau unterhaltspflichtig ist, bestimmt sich dann allerdings nicht nach der frei wählbaren Rollenverteilung innerhalb der neuen Ehe, sondern nach den strengeren Maßstäben, wie sie auch für geschiedene Ehegatten gelten.
---	---

Sachverhalt: Die Parteien streiten um Unterhaltsansprüche nach einer Scheidung. Die 1975 geschlossene kinderlose Ehe wurde 2003 geschieden. Seitdem ist der Kläger, ein Chemieingenieur, der Beklagten, die als Reinigungskraft arbeitet, zum sog. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB) verpflichtet. Aus der Ehe des seit 2004 wieder verheirateten Klägers ist 2005 ein Sohn hervorgegangen. Außerdem adoptierte er im Jahr 2006 den Sohn seiner jetzigen nicht erwerbstätigen Ehefrau.

Der Unterhalt der Beklagten wurde zuletzt durch Urteil des Familiengerichts von August 2007 auf mtl. 607 € festgesetzt. Bei der Unterhaltsberechnung wurden zwar die Unterhaltspflichten des Klägers gegenüber den beiden Kindern berücksichtigt, nicht aber die Unterhaltspflicht gegenüber seiner jetzigen Ehefrau. Hiergegen wandte sich der Kläger mit seiner Klage.

AG und OLG gaben dem Herabsetzungsbegehren des Klägers unter Berücksichtigung des Unterhaltsanspruchs der neuen Ehefrau teilweise statt und reduzierten den Unterhalt der Beklagten auf mtl. 290 €. Die vom Kläger für die Zeit ab 2008 begehrte weitere Herabsetzung wurde verneint, weil auch die neue Ehefrau nur teilweise unterhaltsbedürftig sei. Eine Befristung des Unterhalts lehnten beide Vorinstanzen ab. Die Revision hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:

Die nach der Scheidung entstandenen Unterhaltspflichten des Klägers gegenüber den Kindern und auch gegenüber seiner neuen Ehefrau waren nach § 1578 I 1 BGB schon bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs der Beklagten zu berücksichtigen.

Aus dem Gedanken der Teilhabe des Unterhaltsberechtigten am Lebensstandard des unterhaltspflichtigen Ehegatten folgt zugleich dessen Begrenzung auf den Standard, der dem Unterhaltspflichtigen selbst jeweils aktuell zur Verfügung steht. Dessen Lebensstandard sinkt durch hinzugetretene Unterhaltspflichten ebenso wie bei anderen unverschuldeten Einkommensrückgängen. Nach früherer Rechtsprechungspraxis wurde das Einkommen des Unterhaltspflichtigen zum Stichtag der Ehescheidung zunächst zwischen ihm und dem geschiedenen Ehegatten aufgeteilt (sog. Stichtagsprinzip). Nur das verbleibende Einkommen stand ihm für sich und seine neue Familie zur Verfügung. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (XII ZR 177/06) ist das Einkommen nunmehr gleichmäßig aufzuteilen (Bsp.: Einkommen 4.000 € - Unterhalt des geschiedenen wie auch des neuen Ehegatten: $4.000 \text{ €} : 3 = \text{je } 1.333 \text{ €}$. Dem Unterhaltspflichtigen verbleiben selbst 1.333 €).

Im Rahmen der Unterhaltsberechnung spielt es keine Rolle, dass die neue Ehefrau - anders als die Beklagte - nicht erwerbstätig ist. Vielmehr sind für die geschiedene wie für die neue Ehefrau die gleichen Maßstäbe anzuwenden. Zwar ist die Rollenverteilung in der neuen Ehe gesetzlich zulässig und kann nicht als rechtsmissbräuchlich bewertet werden. Die Rollenverteilung betrifft aber nur das Innenverhältnis zwischen den neuen Ehegatten. Daher ist der Unterhalt der neuen Ehefrau zum Zwecke der Gleichbehandlung so zu ermitteln, als wäre die neue Ehe ebenfalls geschieden. Auch eine anderweitige Regelung der Ehegatten im Hinblick auf die Dauer der Kinderbetreuung (sog. elternbezogene Gründe nach § 1570 II BGB) kann aus diesen Gründen grundsätzlich nicht ausschlaggebend sein.

Zur Frage der Befristung des Geschiedenenunterhalts hat sich bzgl. des sog. Aufstockungsunterhalts (§ 1573 II) die Rechtslage seit dem 1.1.2008 nicht maßgeblich geändert. Die neue Vorschrift des § 1578b BGB stellt insoweit nur klar, was bereits aufgrund des BGH-Urteils vom 12.4.2006 (XII ZR 240/03) gegolten hat. Konsequenz dieser Entscheidung ist somit, dass bei allen rechtskräftigen Unterhaltstiteln, die vor der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Unterhaltsreform, aber nach der Änderung der Rechtsprechung im Jahr 2006 erlassen wurden, bei ansonsten gleich gebliebener Tatsachenlage eine nachträgliche Befristung aufgrund der Rechtskraft des vorausgegangenen Urteils ausgeschlossen ist.