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

ZARA

Ausgabe Juni/10
3. Jahrgang

Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:
RA Dr. Kues

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

Inhaltsverzeichnis:

Zivilrecht

BGH, 21.04.2010 – VIII ZR 6/099 – Mietrecht: Rechtskraft des Rückgabeanspruchs aus § 546 I BGB S. 4
BGH, 10.03.2010 – VIII ZR 182/08 – Mietkauf: Zum Rücktrittsrecht des Verkäufers S. 5
BGH, 13.04.2010 – VIII ZB 69/09 – Vollstreckbare Ausfertigung des Titels und Rechtsnachfolge S. 7
BGH, 09.06.2010 – VIII ZR 294/09 – Schönheitsreparaturen auch in Eigenleistung zulässig S. 9

Strafrecht

BGH, 25.02.2010 – 5 StR 542/09 – Qualifikation nach Vollendung aber vor Beendigung S. 9
BGH, 14.01.2010 – 4 StR 450/09 – Rechtliche Behandlung des Steinwurfs von Autobahnbrücken S. 11
BGH, 04.02.2010 – 4 StR 393/09 – Zur Belehrung eines Geistlichen über sein Zeugnisverweigerungsrecht S. 13
BGH, 09.03.2010 – 4 StR 606/09 – Revisionsrecht: Widerspruchslösung erneut bestätigt S. 13
BGH, 28.10.2009 – 1 StR 205/09 – Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage S. 14

Öffentliches Recht

Hess VGH, 15.09.2009 – 7 A 2550/08 – Fortsetzungsfeststellungsinteresse: Wiederholungsgefahr S. 15
EuGH, 08.06.2010 – C-58/08 – EU-Roamingverordnung ist rechtmäßig S. 19
VGH Mannheim, 29.05.2009 – 10 U 1519/08 – Berufungszulassung durch Einzelrichter / Bindung des VerwG S. 20

Arbeitsrecht

BAG, 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – „Fall Emmely" – Außerordentliche Kündigung unverhältnismäßig S. 21
AbrG Berlin, 18.02.2010 – 38 Ca 12879/09 – Datenschutz-Affäre bei der DB: Kündigung der Compliance-Beauftragten unwirksam S. 22
BGH, 17.09.2009 – III ZR 207/08 – Zulässigkeit einer formularmäßigen Pflicht zur Erstattung von Ausbildungskosten S. 23
LAG Berlin-Brandenburg, 26.03.2010 – 6 Sa 2345/09 – Nur mit Initialen „unterschriebene" Befristung ist unwirksam S. 24
BAG, 17.03.2010 – 5 AZR 301/09 – Schwatzgeldabrede ist arbeitsrechtlich keine Nettolohnvereinbarung S. 25

Handels- und Gesellschaftsrecht

OLG Hamm, 14.09.2009 – 22 U 43/09 – Reichweite der Rechtskraft eines gegen alle BGB-Gesellschafter ergangenen Urteils S. 26

Prüfungsrecht

OVG Saarlouis, 22.01.2010 – 3 A 20/09 – Begründung ist entscheidend bei Bewertung einer Prüfungsleistung S. 27

Unsere 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. (Anzeige auf S. 8).
- Das Repetitorium Jura Intensiv weist in mehreren Anzeigen auf seine nächsten Kursangebote hin.

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

das Werfen von Gegenständen von Autobahnbrücken hat die Gerichte in jüngster Zeit häufig beschäftigt und weist deshalb eine besondere Examensrelevanz auf. Beachten Sie in diesem Zusammenhang das Urteil des BGH auf S. 11. Enorme mediale Aufmerksamkeit erzielte das Urteil das BAG zum „Fall Emmely", welches wir Ihnen auf S. 21 vorstellen. Sehr interessant sind die Ausführungen des OLG Hamm zur Reichweite der Rechtskraft eines gegen alle Gesellschafter einer Personengesellschaft ergangenen Urteils (S. 26).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen.

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.

Die Jura Intensiv Skripten:

Nicht kostenlos.

Die Jura Intensiv Skripten sind da!

Können aber verhindern, dass Ihr Studium umsonst ist.

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

Jura Intensiv

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent

Unsere aktuellen Assex-Angebote:

Jura Intensiv

Assex Zivil-, Straf- und ÖR

• In Mainz und Heidelberg ab Oktober 2010

Jahreskurs: 24 Termine ZR, je 12 Termine SR und ÖR
Kurspreis nur 90 € pro Monat!

Assex Zivil- und StrafR

• In Frankfurt und Gießen ab September 2010

24 Termine ZR (wöchentlicher Unterricht) und 12 Termine SR (Unterricht alle 14 Tage) - Kurspreis nur 120 € pro Monat

Assex Öffentliches R

• 12 Unterrichtseinheiten à 3 Stunden (inkl. 15 Min. Pause)

Ab Aug., Nov., Feb. und Mai jeweils Donnerstag 18 – 21 Uhr bei RA Dr. Kues - Goetheplatz 5, Ffm, Kurspreis: 230,- €

Assex Arbeits-/WirtschaftsR

• Jeweils 6 Termine à 3 Zeitstunden, montags und freitags

Ab September: Mo. ArbR bzw. Fr. WR, je ab 17 h
Dozenten: Dr. Schweinberger und RiAG Wutz (3 Termine WR)
In Frankfurt, Komplettkurs: 230 €, ein Rechtsgebiet 130 €

Zivilrecht

Gericht: BGH Aktenzeichen: VIII ZR 6/09 Datum: 21.04.2010	Mietrecht: Rechtskraft des Rückgabeanspruchs aus § 546 I BGB	BGB § 546 I

!	**Die Rechtskraft der gegen den Mieter ergangenen Entscheidung über den Rückgabeanspruch des Vermieters aus § 546 Abs. 1 BGB hat hinsichtlich der Frage der Beendigung des Mietverhältnisses keine Bindungswirkung für eine nachfolgende Entscheidung über den gegen den Dritten gerichteten Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 2 BGB. Allerdings wird eine Kündigung nicht nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB unwirksam, wenn ihr vor nicht länger als zwei Jahren bereits eine dementsprechend unwirksam gewordene Kündigung vorausgegangen ist.**

Sachverhalt: Die Beklagte zu 1) hatte eine Wohnung der Klägerin für monatlich rund 394 € angemietet. Sie nahm ihren Lebensgefährten, den Beklagten zu 2), in die Wohnung auf. Am 15.11.2006 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit der Beklagten zu 1) fristlos wegen der bis einschließlich November 2006 aufgelaufenen Mietrückstände. Am 5.12.2006 zahlte die Beklagte zu 1) die rückständigen 801 € und das Mietverhältnis wurde fortgesetzt.
Am 11.5.2007 sprach die Klägerin erneut die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen der seit der vorangegangenen Kündigung entstandenen Mietrückstände i.H.v. rund 825 € aus. Mit der am 30.6.2007 der Beklagten zu 1) zugestellten Klage begehrte die Klägerin die Herausgabe der Wohnung. Die Beklagte zu 1) zahlte am 4.7.2007 den Mietrückstand. Das AG wies daraufhin die Klage ab. Das LG gab der im Berufungsverfahren gegen den Beklagten zu 2) erweiterten Räumungsklage hinsichtlich beider Beklagter statt. Die Revision des Beklagten zu 2) blieb vor dem BGH erfolglos.

Lösung:
Der Beklagte zu 2) musste gem. § 546 Abs. 2 BGB die von der Beklagten zu 1) gemietete Wohnung zurückgeben, da das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) begründete Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 11.5.2007 beendet worden war.
Zwar war der Beklagte zu 2) durch die Rechtskraft der Entscheidung des LG über den gegen die Beklagte zu 1) gerichteten Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB nicht daran gehindert, mit der von ihm eingelegten Revision geltend zu machen, dass das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht beendet sei. Denn die Rechtskraft der gegen den Mieter ergangenen Entscheidung über den Rückgabeanspruch des Vermieters aus § 546 Abs. 1 BGB hat hinsichtlich der Frage der Beendigung des Mietverhältnisses keine Bindungswirkung für eine nachfolgende Entscheidung über den gegen den Dritten gerichteten Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 2 BGB.
Allerdings war das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass die fristlose Kündigung vom 11.5.2007 wegen Zahlungsverzugs der Beklagten zu 1) gerechtfertigt war, da die Kündigung nicht gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB unwirksam geworden war. Das LG hatte im Ergebnis zutreffend angenommen, dass diese Schutzvorschrift zugunsten des Mieters hier gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 BGB nicht eingriff. Danach wird eine Kündigung nicht nach S. 1 unwirksam, wenn ihr vor nicht länger als zwei Jahren bereits eine nach S. 1 unwirksam gewordene Kündigung vorausgegangen ist.
Diese Voraussetzung war hier im Hinblick auf die der Kündigung vom 11.5.2007 vorangegangene Kündigung vom 15.11.2006 erfüllt. Letztere war bereits durch Zahlung der Rückstände innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB vor der Kündigung vom 11.5.2007 unwirksam geworden. Infolgedessen hatte die Beklagte zu 1) keine Möglichkeit mehr, die nachfolgende Kündigung vom 11.5.2007 durch erneute Zahlung der Rückstände wiederum unwirksam werden zu lassen.

Gericht: BGH	Mietkauf: Zum Rücktrittsrecht des Verkäufers	BGB § 323
Aktenzeichen: VIII ZR 182/08		
Datum: 10.03.2010		

!	**Täuscht bei einem Mietkauf der vorleistungspflichtige Lieferant den Mietverkäufer über eine in Wirklichkeit noch nicht erfolgte Lieferung des Mietkaufgegenstandes an den Mietkäufer und veranlasst er dadurch den Mietverkäufer, an ihn den Kaufpreis in Umkehrung der vertraglichen Leistungspflichten vorzuleisten, ist der Mietverkäufer gem. § 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB zum sofortigen Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt. In solchen Fällen sind in der Regel besondere Umstände gegeben, die einen sofortigen Rücktritt des Mietverkäufers vom Kaufvertrag rechtfertigen.**

Sachverhalt: Die Klägerin, die auf dem Gebiet des Finanzierungsleasings tätig ist, hatte im Jahr 2005 mit der E-GmbH einen Mietkaufvertrag über eine Callcenteranlage im Wert von 108.420 € abgeschlossen. Die Beschaffung sollte über die Beklagte erfolgen, die auch den Abschluss des Mietkaufvertrages vermittelt hatte. Die Beklagte legte daraufhin eine von der E-GmbH unterzeichnete Übernahmebestätigung vor, in der diese bestätigte, dass sie am gleichen Tage die Callcenteranlage von der Beklagten erhalten habe. In der beigefügten Rechnung der Beklagten über brutto 125.767 €, die die Klägerin daraufhin zuzüglich einer Vermittlungsprovision von brutto rund 5.659 € an die Beklagte bezahlte, war zugleich ausgeführt, dass die Lieferung erfolgt sei.
Diese Angabe war genauso wie die Übernahmebestätigung allerdings unzutreffend, da die Anlage sich zu diesem Zeitpunkt noch bei der Beklagten befand. Nachdem die E-GmbH die nach dem Mietkaufvertrag fällige Mietkaufrate zuzüglich der sofort fälligen Gesamtmehrwertsteuer ebenso wenig an die Klägerin bezahlt hatte wie die Dezemberrate, kündigte die Klägerin den Mietkaufvertrag. Gegenüber der Beklagten focht sie schriftlich "sämtliche Erklärungen und Verträge im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietkaufvertrages" an und forderte von ihr die Rückzahlung des Kaufpreises und der Provision.
Das LG gab der Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises statt, wies allerdings den auf Rückzahlung der Provision gerichteten Anspruch ab; das OLG wies die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und gab der Zahlungsklage Zug um Zug gegen Übergabe der Callcenteranlage statt.

Lösung:
Die Beklagte ist gem. § 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, § 346 Abs. 1 BGB zur Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet.
Die Beklagte hatte die Klägerin bereits bei Beginn des Vertragsvollzuges über die von ihr zu bewirkende (Vor-)Leistung getäuscht und die Klägerin zu einer nicht geschuldeten Vorleistung veranlasst. Der dadurch bewirkte Vertrauensverlust in die künftige Leistungstreue der Beklagten wog umso schwerer, als auch die Mietkäuferin durch Abgabe einer unzutreffenden Übernahmebestätigung an der Täuschungshandlung mitgewirkt hatte, so dass zumindest der Eindruck eines kollusiven Zusammenwirkens beider zum Nachteil der Klägerin auf der Hand lag.
Wenn die Mietkäuferin und die Lieferantin - wie hier - bereits bei Übergabe des Leasinggegenstandes durch Abgabe einer falschen Übernahmebestätigung/Liefererklärung allem Anschein nach kollusiv zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt haben, musste diese greifbar befürchten, dass es auch im Zuge der weiteren Vertragsabwicklung zu gleichartigen Verhaltensweisen kommen würde und ihr Interesse an einer redlichen Vertragsdurchführung nachhaltig gefährdet war. Ein ins Gewicht fallendes gegenläufiges Interesse der Beklagten, trotz ihrer schwer wiegenden Verfehlung am Vertrag festhalten zu können, war nicht zu erkennen. Somit war die Klägerin berechtigt, sich durch sofortigen Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag über die zu liefernde Callcenterausstattung zu lösen und die Rückgewähr der von ihr bereits erbrachten Leistungen zu beanspruchen.
Darüber hinaus war die Beklagte gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Rückerstattung der von der Klägerin erhaltenen Vermittlungsprovision verpflichtet, weil die Klägerin ihr Provisionsversprechen, zu dem sie durch diese Täuschung bestimmt worden war, wirksam angefochten hatte (§ 123 Abs. 1, § 141 Abs. 1 BGB) und es deshalb für die Provisionszahlung am Rechtsgrund fehlte. Allerdings war die Klägerin ihrerseits gem. § 346 Abs. 1 BGB zur Rückgabe der in ihren Besitz gelangten Ausstattungsgegenstände verpflichtet, so dass ihr Zahlungsbegehren auf eine Verurteilung Zug um Zug einzuschränken war (§ 348, § 320 Abs. 1, § 322 Abs. 1 BGB).

A B M Ä R Z 2 0 1 0

WuV-Kurs

in Mainz und Frankfurt

Der neue Wiederholungs- und Vertiefungskurs gibt Ihnen die Möglichkeit, in gut 4 Monaten den Prüfungsstoff strukturiert aufzubereiten. Machen Sie sich fit!

Es gibt viele gute WuV-Gründe:

Freischuss
Sie haben den Freischuss geschrieben und wollen sich für den Verbesserungsversuch fit halten?

Examenstermin erst in 6 Monaten
Sie wollen nicht sofort nach dem Ende des Examenskurses ins Examen, sondern sich Zeit zur Wiederholung lassen?

Schwangerschaft
Sie haben Ihr Examen wegen einer Schwangerschaft verschieben müssen und wollen den Einstieg finden, ohne erneut den kompletten Examenskurs besuchen zu müssen?

Lange Pause seit Examenskurs
Sie haben den Examenskurs bereits besucht, haben aber z.B. aus persönlichen Gründen das Examen nicht zeitnah schreiben können?

Durchgefallen
Sie haben den ersten Versuch leider nicht bestanden und wollen sich intensiv auf den zweiten Versuch vorbereiten, ohne den vollen Examenskurs zu wiederholen?

Unser Angebot:

In allen oben genannten Fällen ist der neue WuV-Kurs von Jura Intensiv genau das richtige Angebot für Sie.

Der Zeitplan

In 16 Wochen (**plus Sommerferien**) wiederholen wir mir Ihnen in 48 Kurseinheiten à 3 Stunden (inkl. 15 Minuten Pause) den wichtigsten Prüfungsstoff.

Das Konzept

Auf jeder der drei Kursschienen wird in 16 Terminen der gesamte Prüfungsstoff wiederholt. Soweit dies didaktisch sinnvoll ist, wird an Klausuren auf Examensniveau die Umsetzung am Fall trainiert. Der Schwerpunkt liegt aber eindeutig bei der Wiederholung.

Sie nehmen Einfluss auf die Inhalte

Für jede Unterrichtseinheit werden Ihnen vorher die Lerninhalte mitgeteilt. Sie sollen die jeweilige Sitzung vorbereiten und Ihre Fragen in den Unterricht einbringen.

Jura Intensiv

Ihr Draht zum Dozenten

Über speziell eingerichtete E-Mail-Adressen können Sie Fragen zum Themenkreis der nächsten Sitzung vorab einreichen. Der Dozent wird hilfreiche Fragen bündeln und in den Unterricht einbauen.

Gerade nach dem Ende des Examenskurses tauchen im Rahmen der eigenständigen Nachbereitung häufig noch Fragen auf. Nutzen Sie diese Gelegenheit, diese Fragen von Ihrem Dozenten kompetent beantwortet zu bekommen.

Die Kurszeiten

Die WuV-Kurse in Mainz und Frankfurt beginnen im Oktober 2010.

Die Kurszeiten und die Dozenten werden noch festgelegt.

1 x pro Woche Strafrecht und Nebengebiete (Dozent N.N.)

1 x pro Woche Zivilrecht (Dozent N.N.)

1 x pro Woche Ö-Recht (Dozent N.N.)

Der Kurspreis

Der Kurs kostet 4 Monatsraten à 135 €, wenn Sie uns eine Einzugsermächtigung erteilen. Ansonsten kostet der Kurs 140 € pro Monat.

Die Unterlagen

Es gibt im Grundsatz **keine** neuen Unterlagen. Die Unterlagen aus dem Examenskurs sind Ihre Basis für die Examensvorbereitung. Auf diesen Unterlagen baut natürlich auch der WuV-Kurs auf. Neue Unterlagen gibt es nur, soweit dies didaktisch sinnvoll ist und soweit es sich um Lösungsskizzen von Fällen handelt.

Nutzen Sie die Gelegenheit, sich effektiv auf Ihr Examen vorzubereiten. Unsere Dozenten helfen Ihnen, das Wesentliche vom Unwesentlichen zu unterscheiden. Gehen Sie mit dem guten Gefühl ins Examen, sich optimal vorbereitet zu haben.

Wir freuen uns auf Ihre Mitarbeit.

www.jura-intensiv.de Jura Intensiv, Zeil 81, 60313 Frankfurt am Main 069 / 21 99 56 46

Gericht: BGH	Vollstreckbare Ausfertigung des Titels und Rechtsnachfolge	ZPO §§ 103 I, 325, 727
Aktenzeichen: VIII ZB 69/09		
Datum: 13.04.2010		

Stirbt der im Titel genannte Kostengläubiger nach Rechtshängigkeit, so tritt die Rechtskraftwirkung des Urteils unter den Voraussetzungen des § 325 ZPO auch für dessen Rechtsnachfolger ein. Zur Erwirkung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses bedarf der Rechtsnachfolger des im Titel ausgewiesenen Kostengläubigers nach § 727 ZPO einer Umschreibung des Titels in Gestalt einer auf ihn lautenden vollstreckbaren Ausfertigung.

Sachverhalt: Die Beklagten wurden mit Urteil des AG von Februar 2000 zur Zahlung rückständiger Miete verurteilt; die Kosten des Rechtsstreits wurden ihnen auferlegt. Klägerin des damaligen Verfahrens war die Mutter der Antragstellerin, die im November 2003 verstorben ist. Die gegen das Urteil des AG eingelegte Berufung nahmen die Beklagten zurück. Das LG entschied daraufhin mit Beschluss von September 2000, dass die Beklagten die durch die Berufung entstandenen Kosten zu tragen haben. Die Akten des Rechtsstreits wurden vernichtet.
Die Antragstellerin hat nun die Festsetzung der ihrer Mutter in beiden Instanzen entstandenen Kosten von insgesamt 1.232 € beantragt. Sie hat in dem Kostenfestsetzungsverfahren eine Generalvollmacht ihrer verstorbenen Mutter vorgelegt und glaubhaft gemacht, dass sie deren Alleinerbin geworden sei.
AG und LG wiesen den Kostenfestsetzungsantrag zurück. Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde der Antragstellerin blieb vor dem BGH ohne Erfolg.

Lösung:
Die Auffassung des LG, der Antragstellerin fehle die Befugnis, einen Kostenfestsetzungsantrag zu stellen, ist frei von Rechtsfehlern.
Gem. § 103 Abs. 1 ZPO kann der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten nur aufgrund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Antragsbefugt ist demnach grundsätzlich nur derjenige, zu dessen Gunsten im Titel eine Kostengrundentscheidung nach §§ 91 ff. ZPO ergangen ist. Stirbt der im Titel genannte Kostengläubiger nach Rechtshängigkeit, so tritt die Rechtskraftwirkung des Urteils unter den Voraussetzungen des § 325 ZPO auch für dessen Rechtsnachfolger ein. Um den dem Grunde nach zugesprochenen Kostenerstattungsanspruch durchsetzen zu können, bedarf der Rechtsnachfolger nach § 727 ZPO einer Umschreibung des Titels in Gestalt einer auf ihn lautenden vollstreckbaren Ausfertigung.
Diese sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Voraussetzung der Antragsbefugnis eines Rechtsnachfolgers des Titelgläubigers im Kostenfestsetzungsverfahren zieht die Rechtsbeschwerde zu Unrecht in Zweifel. Soweit die Rechtsbeschwerde meint, einer Titelumschreibung bedürfe es schon deswegen nicht, weil noch kein Kostenfestsetzungstitel existiere, der umgeschrieben werden könne, verkennt sie, dass es vorliegend um den Nachweis der Kostengläubigerschaft aus dem Hauptsachetitel geht, der die unabdingbare Voraussetzung eines Kostenfestsetzungstitels darstellt.
Ob, wie die Rechtsbeschwerde meint, anderes zu gelten hat, wenn ein bereits laufendes Kostenfestsetzungsverfahren durch den Tod des Titelgläubigers unterbrochen und von dessen Rechtsnachfolger aufgenommen wird, bedurfte keiner Entscheidung, weil ein solcher Fall hier nicht gegeben ist.

Anzeige

Jura Intensiv

Wiederholungs- und Vertiefungs-Kurs (1. Prüfung)

Der neue Wiederholungs- und Vertiefungskurs (WuV-Kurs) gibt Ihnen die Möglichkeit, in 4-5 Monaten den Prüfungsstoff strukturiert aufzubereiten. Machen Sie sich fit! 16 Wochen lang 3 mal die Woche 3 Stunden Unterricht. 4 Monatsraten à 135 €. Nähere Infos auf unserer Homepage.

Kursbeginn Ffm und Mainz: Oktober / November 2010

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

BRETTSCHNEIDER & MICHAELIS-HATJE

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

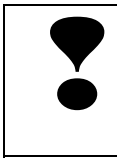
info@bmb-recht.de ■ www.bmb-recht.de

WULF BRETTSCHNEIDER
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE
Rechtsanwältin und Mediatorin
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHNEIDER
Rechtsanwalt
Repetitor für Öff. Recht

Gericht: BGH	Schönheitsreparaturen auch in Eigenleistung zulässig	BGB § 307
Aktenzeichen: VIII ZR 294/09		
Datum: 09.06.2010		



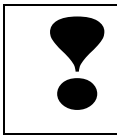
Eine Klausel in einem Wohnraummietvertrag ist wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam, wenn dem Mieter durch die Klausel die Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auferlegt wird, ohne dass ihm die Möglichkeit zur Vornahme dieser Arbeiten in Eigenleistung offen steht. Schönheitsreparaturen sind lediglich fachgerecht in mittlerer Art und Güte auszuführen; das setzt aber nicht zwingend die Beauftragung einer Fachfirma voraus.

Sachverhalt: Die Beklagten waren bis September 2007 Mieter einer Wohnung der klagenden Wohnungsbaugesellschaft in München. Zu den Schönheitsreparaturen enthält der Mietvertrag folgende Bestimmungen: "Der Mieter ist verpflichtet, die Schönheitsreparaturen, wie z.B. das Kalken, Anstreichen oder Tapezieren der Wände und Decken, das Streichen und die Behandlung der Fußböden, der Fenster und der Türen, in der Wohnung ausführen zu lassen, (…)"
Die Klägerin begehrt unter anderem Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen i.H.v. 7.036 €. AG und LG wiesen die Klage insoweit ab. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen.
Die Mieter waren nicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet. Die im entschiedenen Fall verwendete Klausel zu den Schönheitsreparaturen kann aufgrund ihres Wortlauts ("ausführen zu lassen") jedenfalls auch dahin verstanden werden, dass der Mieter unter Ausschluss der Möglichkeit einer Selbstvornahme die Arbeiten durch einen Fachhandwerker ausführen lassen muss. In dieser hier maßgeblichen - "kundenfeindlichsten" - Auslegung hält die Klausel einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB nicht stand.
Zwar ist nach der Rechtsprechung des BGH die formularvertragliche Überwälzung der nach dem Gesetz dem Vermieter obliegenden Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen auf den Mieter grundsätzlich zulässig. Allerdings hat der BGH zugleich darauf hingewiesen, dass die zur Verkehrssitte gewordene Praxis einer Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter auch dadurch geprägt ist, dass der Mieter die ihm übertragenen Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführen kann.
Wird dem Mieter die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung - ggf. durch Hinzuziehung von Verwandten und Bekannten - genommen, stellt die Überwälzung dieser Arbeiten eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar. Denn Schönheitsreparaturen sind - gleich ob sie der Mieter oder der Vermieter durchführen muss - lediglich fachgerecht in mittlerer Art und Güte auszuführen. Das setzt aber nicht zwingend die Beauftragung einer Fachfirma voraus.

Strafrecht

Gericht: BGH	Qualifikation nach Vollendung aber vor Beendigung	StGB § 250
Aktenzeichen: 5 StR 542/09		
Datum: 25.02.2010		



Setzt der Täter, vom Opfer wahrgenommen, nach Vollendung, aber noch vor Beendigung der Raubtat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug mit dem Ziel weiterer Wegnahme ein, so genügt dies für ein Verwenden "bei der Tat" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die angestrebte weitere Wegnahme nicht vollendet wird.

Sachverhalt: Nach den Feststellungen des Landgerichts überfielen der Angeklagte und sein Mittäter am 15. Oktober 2007 einen Supermarkt. Unter Vorhalt einer wie eine "echte" Schusswaffe aussehenden Spielzeugpistole zwangen sie eine der beiden anwesenden Angestellten, den Tresor aufzuschließen. Der Mittäter des Angeklagten

nahm Geldscheine sowie Münzgeld heraus und verstaute das Geld in einer mitgebrachten Plastiktasche. Unzufrieden mit der bisherigen Ausbeute durchsuchte er den Tresor und entwendete Telefonkarten sowie für Mobiltelefone bestimmte "Startersets", die er ebenfalls in die Plastiktasche steckte.
Sodann wies er die Angestellte an, auch die untere der beiden Tresortüren zu öffnen, hinter der er Scheine mit größerer Stückelung vermutete. Die Aussage der Angestellten, dass der Zugriff auf diesen Teil des Tresors nur gemeinsam mit dem Geldtransportunternehmen möglich sei, hielt er für eine Lüge. Mit den Worten, sie müssten "dann wohl etwas grob werden", zog er ein Schinkenmesser mit einer Klingenlänge von mindestens 15 cm und bedrohte damit die Angestellte. Die Pistole übergab er dem Angeklagten. Diese haltend sagte der Angeklagte, es müsse noch weiteres Geld vorhanden sein. Den Einsatz des Messers durch seinen Mittäter billigte er. Letztlich ließen sich die Täter durch einen am Tresor angebrachten, das Schloss für die Geldtransporteure bezeichnenden Aufkleber davon überzeugen, dass die Tresortür durch die Angestellte alleine nicht geöffnet werden könne.
Der Angeklagte durchstöberte danach vergeblich auf einem Schrank abgestellte Kasseneinsätze nach weiterem Geld. Anschließend riss er das Kabel des Bürotelefons heraus und zertrat das Telefon. Die nunmehr beide mit Kabelbindern gefesselten Angestellten fragte er, ob sie Mobiltelefone besäßen, was jene verneinten. Ferner erkundigte er sich danach, wem das noch auf dem Parkplatz befindliche Auto gehöre, wozu sich eine der Angestellten bekannte. Er durchsuchte deren Tasche nach den Autoschlüsseln, fand diese aber nicht.
Die Täter flüchteten mit einer Beute von etwa 5.500 € in bar sowie Telefonkarten mit einem Gebührenguthaben von etwa 3.500 €.

Lösung:
Obgleich der Angeklagte und sein Mittäter nach dem Einsatz des Messers keine Wegnahmehandlung mehr vollführt haben, hält die Wertung der Strafkammer, der Angeklagte habe im Hinblick auf den von ihm gebilligten Messereinsatz seines Mittäters einen besonders schweren Raub nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB begangen, rechtlicher Nachprüfung stand.

Die Vorschrift verlangt eine Verwendung des gefährlichen Werkzeugs "bei der Tat". Es entspricht dabei ständiger Rechtsprechung, dass eine Verwirklichung der Qualifikationstatbestände des § 250 Abs. 2 Nr. 1 und 3a StGB auch noch in der Phase zwischen der - hier gegebenen (vgl. BGHSt 26, 24, 25 f.) - Vollendung und der Beendigung der Raubtat möglich ist (BGHSt 52, 376, 377; 53, 234, 236; BGH NStZ-RR 2008, 342, 343; jeweils m.w.N.). Allerdings muss das den Qualifikationstatbestand erfüllende Handeln noch von Zueignungsabsicht (in Fällen der räuberischen Erpressung von Bereicherungsabsicht) getragen sein, was auch dann anzunehmen ist, wenn es auf Beutesicherung abzielt (vgl. BGHSt 53, 234, 237 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2008, 342, 343; vgl. zu § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB auch Eser in Schönke/Schröder, § 250 Rdn. 10 f.).
Gleiches gilt, wenn der Täter - wie hier - im Rahmen eines noch nicht abgeschlossenen einheitlichen Tatgeschehens zur Intensivierung seiner Drohung und zugleich seines Angriffs auf die von §§ 249 ff. StGB mitgeschützten Vermögensrechte ein gegebenenfalls von ihm zuvor nur mitgeführtes gefährliches Werkzeug tatsächlich einsetzt und damit den Qualifikationstatbestand vollständig erfüllt (zur ähnlichen Problematik bei § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB im Ergebnis ebenso BGHSt 51, 276, 278 f., zu weitgehende Folgerungen bei Fischer, StGB 57. Aufl. § 177 Rdn. 84a). Dann sind - ungeachtet einer weiteren vollendeten Wegnahmehandlung - "bei der Tat" die spezifischen Gefahren der Werkzeugverwendung eingetreten, vor denen der Gesetzgeber mit der höheren Strafdrohung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB schützen will. Die Aufspaltung der Tat in einen vollendeten schweren Raub und einen damit ideal konkurrierenden Versuch eines besonders schweren Raubes erschiene vor diesem Hintergrund gekünstelt. Eine solche Betrachtungsweise wäre überdies geeignet, sachlich nicht gerechtfertigte Zufallsergebnisse zu produzieren.

Anzeige

Jura Intensiv

Crash-Kurs im Juli/August 2010
Diesmal je ein Kurs in Frankfurt und in Mainz!
Erstmals mit Arbeits-, Handels- und GesR!
Pro Kurstag nur 30 € !

Gericht: BGH	Rechtliche Behandlung des Steinwurfs von Autobahnbrücken	StGB
Aktenzeichen: 4 StR 450/09		§§ 211, 315b
Datum: 14.01.2010		

Versuchter Mord durch den Wurf von schweren Steinen auf eine Autobahn (Heimtücke; gemeingefährliche Mittel; bedingter Tötungsvorsatz); versuchte gefährliche Körperverletzung; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.

Anm.: Eine bewusste Fahrlässigkeit liegt nur vor, wenn der Täter ernsthaft und nicht nur vage auf den Nichteintritt des Erfolges vertraut. Bei einem bloß vagen Vertrauen (sog. „Gottvertrauen") liegt Eventualvorsatz vor. Hierzu der BGH: Auch wenn es den Angeklagten auf Personenschäden nicht ankam, schließt dies nicht aus, dass sie im Rahmen ihres Tatplans auch in diesem Fall (zumindest) Verletzungen der Insassen der mit den Steinen kollidierenden Fahrzeuge billigend in Kauf genommen haben. Dies liegt nahe, zumal die Strafkammer im Rahmen ihrer Ausführungen zur "subjektiven Tatseite" selbst darlegt, dass jedem normalintelligenten, ungestörten und straßenverkehrserfahrenen Menschen klar [sei], dass das Werfen von Steinen ... auf eine unbeleuchtete Bundesautobahn ... zu schweren Verkehrsunfällen mit erheblichen Sach- und Personenschäden führt. Dass keine Personen zu Schaden gekommen sind, ist ... ´***einem Heer von Schutzengeln zu verdanken***, die über der Autobahn geschwebt sein müssen´. Hiervon konnten die Angeklagten jedoch bei Begehung ihrer Taten keinesfalls ausgehen.

Zum Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln" führt der BGH aus:
1. Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters (BGHSt 38, 353, 354; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Gemeingefährliche Mittel 2, und BGH NStZ 2006, 503, 504).
2. Auf dieser Grundlage hängt es vom konkreten Einzelfall ab, ob Steinwürfe von einer Autobahnbrücke bei Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes als Tötung bzw. Tötungsversuche mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewerten sind. Trifft der Täter bei einem solchen Steinwurf ein bestimmtes Fahrzeug, so schließt ein solcher Angriff gegen dessen Insassen, also bereits individualisierte Opfer, zwar die Annahme, er habe ein gemeingefährliches Mittel eingesetzt, nicht vor vorneherein aus. Eine tödliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen wird jedoch zumeist nur dann bestehen, wenn dichter Verkehr herrscht und in der Folge des durch den Steinwurf unmittelbar verursachten Unfalls eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen - also regelmäßig die Insassen anderer Fahrzeuge - tödliche Verletzungen erleiden können (vgl. BGHSt 38, 353, 355).
3. Nichts anderes gilt in den Fällen, in denen der Täter bei dem Steinwurf noch kein bestimmtes Fahrzeug im Auge hat, sondern sich die Tat auf ein beliebiges, sich möglicherweise noch außerhalb seines Sichtbereichs befindliches Fahrzeug und dessen Insassen bezieht. Auch hier fehlt es bezogen auf die Kollision zwischen diesem Fahrzeug und dem auf der Fahrbahn liegenden Stein regelmäßig daran, dass allein hierdurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet werden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Daher wird auch in solchen Fällen eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln - von Ausnahmefällen wie etwa einer Kollision eines voll besetzten Omnibusses mit dem Stein abgesehen - nur dann in Betracht kommen, wenn Folgeunfälle mit tödlichen Verletzungen drohen.

Bzgl. § 315b ist daran zu denken, dass der Fall des Abs. 1 Nr. 3 vorliegt. Der Wurf an sich ist ein „ebenso gefährlicher Eingriff" und begründet eine abstrakte Gefahr, die sich für den Fahrer des getroffenen Fahrzeugs zur konkreten Gefahr „verdichtet" (Stichwort: „gedankliche Trennbarkeit").

Anzeige

Die Examenskurse in Hessen beginnen am 30. August 2010.

1. Prüfung 2009 in Hessen: 2 x „sehr gut" – beide bei *Jura* Intensiv!!

Info-Veranstaltungen: Marburg 2.6. ab 15.30 Uhr / Gießen 7.6. ab 16.30 Uhr
Frankfurt 14.6. ab 15.45 Uhr (Zeil 81)

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Knes

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent

Jura Intensiv

EXAMEN 2009 - MAINZ:
9 DER 10 BESTEN VON JI !!

EXAMEN 2009 - HESSEN:
2 X SEHR GUT - BEIDE VON JI !!

Die Kleingruppe: Vertraglich garantiert - max. 27 im Examenskurs

aktive Mitarbeit ⇔ keine anonyme Großgruppe

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen!

Vergleichen Sie durch Probehören:

In Frankfurt sitzen bei einem Mitbewerber derzeit über 70 Personen in einem kleinen Raum (z.T. mit dem Rücken zum Dozenten!).

In Marburg / Gießen finden Sie bei einem Mitbewerber völlig inhomogene Arbeitsgruppen aus Wiederholern und Ersthörern von bis zu 60 Personen.

Nur bei *Jura* Intensiv haben Sie eine überschaubare und homogene Arbeitsgruppe!

Vollständige Kursunterlagen: Keine verdeckten Kosten!

alles inklusive ⇔ kein zusätzlicher Skriptenerwerb

Vermeiden Sie die verdeckten Kosten durch Skripten!

**Ein Mitbewerber hat 39 Skripte für den Stoff der 1. Prüfung auf dem Markt.
Je nach Standort bekommen Sie zwischen 5 und 10 Skripte geschenkt.
Den Rest müssen Sie für 14,80 € pro Stück kaufen, weil Sie nur Fälle mit Lösungen erhalten.**

**Bei *Jura* Intensiv erhalten Sie vollständiges Unterrichtsmaterial!
Über 4.000 S. Schemata, Streitstandsübersichten, Fälle + Lösungen und E-Mail-Service.**

Effektives Klausurentraining: Abgestimmt auf Ihren Lernfortschritt

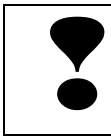
Klausuren als Lernkontrolle ⇔ keine vom Kurs losgelöste Klausur

Vermeiden Sie von den Kursinhalten losgelöste Klausurenkurse.

**Die Mitbewerber bieten Ihnen vom Unterrichtsinhalt völlig losgelöste Klausurenkurse.
So werden Sie mit Inhalten konfrontiert, die Sie im Unterricht nicht behandelt haben.
Dadurch können Sie (vor allem am Beginn des Kurses) die Klausuren faktisch nicht schreiben!**

**Bei *Jura* Intensiv sind alle Klausuren auf Ihren Wissensfortschritt abgestimmt.
Nur so trainieren/verbessern Sie Ihre Fähigkeit, Klausuren zu schreiben!**

Gericht: BGH	Zur Belehrung eines Geistlichen über sein Zeugnisverweigerungsrecht	StPO § 53 I Nr. 1
Aktenzeichen: 4 StR 393/09		
Datum: 04.02.2010		

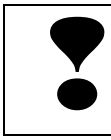


Zur Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts bei § 53 I Nr. 1 StPO und zur Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung.

Zur Anforderung an die Beweiswürdigung bei der Bejahung von Tötungsvorsatz (Hemmschwellentheorie).

1. Ein Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erstreckt sich nur auf Tatsachen, die dem betreffenden Geistlichen in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind und nicht auf das, was er in ausschließlich karitativer oder fürsorgerischer Tätigkeit erfahren hat (BGHSt 51, 140, 141; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1865).
2. Eine Pflicht zur Belehrung in Fällen des § 53 StPO besteht nicht (vgl. BGH, NJW 1991, 2844, 2846; VRS 41 (1971), 93, 94). Das Gericht darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Zeuge sein Recht zur Zeugnisverweigerung kennt. Dies gilt für den Geistlichen eines fremden Landes jedenfalls dann, wenn er sich in Deutschland dauerhaft aufhält und hier eine Gemeinde betreut.
3. Soweit der Gesetzgeber die leichtfertige Todesverursachung unter Strafe gestellt hat, umschreibt das Gesetz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit dem Begriff der Leichtfertigkeit ein Verhalten, das - bezogen auf den Todeseintritt - einen hohen Grad von Fahrlässigkeit aufweist. Leichtfertig handelt hiernach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinn oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt (BGHSt 33, 66, 67).
4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt bedingt vorsätzliches Handeln voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt. 36. 1, 9; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 53). In Abgrenzung zu der Schuldform der bewussten Fahrlässigkeit müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (BGHR aaO). Tritt die Lebensgefährlichkeit einer äußerst gefährlichen Gewalthandlung offen zu Tage, liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs der von ihm in Gang gesetzten Handlungskette rechnet. Da es jedoch auch Fälle geben kann, in denen der Täter zwar alle Umstände kennt, die sein Tun zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, er sich aber gleichwohl nicht bewusst ist, dass der Tod des Opfers eintreten kann, bedarf es für den Schluss auf die Billigung eines Todeserfolges im Hinblick auf die insoweit bestehende hohe Hemmschwelle einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 22. November 2001 – 1 StR 369/01, NStZ 2002, 314, 315).
5. Bei der Inbrandsetzung eines Gebäudes sind im Rahmen der Gesamtwürdigung insbesondere die Beschaffenheit des Gebäudes (im Hinblick auf Fluchtmöglichkeiten und Brennbarkeit der beim Bau verwendeten Materialien), die Angriffszeit (wegen der erhöhten Schutzlosigkeit der Bewohner zur Nachtzeit), die konkrete Angriffsweise sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation bei der Tatbegehung zu berücksichtigen (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39).

Gericht: BGH	Revisionsrecht: Widerspruchslösung erneut bestätigt	StPO § 238 II
Aktenzeichen: 4 StR 606/09		
Datum: 09.03.2010		



Der BGH bestätigt erneut seine Rechtsprechung, wonach (viele) Revisionsgründe dadurch verwirkt werden, dass der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung der Verwertung eines Beweismittels nicht rechtzeitig widerspricht.

1. Die in die Hauptverhandlung eingeführte Bewertung des Vorsitzenden einer Strafkammer, eine Zeugin sei nicht mit dem Angeklagten verlobt, kann vom Angeklagten nur dann zur Grundlage einer Verfahrensrüge gemacht werden, wenn er eine Entscheidung des Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt hat.

2. **Zweck des § 238 Abs. 2 StPO ist es**, die Gesamtverantwortung des Spruchkörpers für die Rechtsförmigkeit der Verhandlung zu aktivieren, hierdurch die Möglichkeit zu eröffnen, Fehler des Vorsitzenden im Rahmen der Instanz zu korrigieren und damit **Revisionen zu vermeiden.** Dieser Zweck würde verfehlt, wenn es im unbeschränkten Belieben des um die Möglichkeit des § 238 Abs. 2 StPO wissenden Verfahrensbeteiligten stünde, ob er eine für unzulässig erachtete verhandlungsleitende Maßnahme des Vorsitzenden nach § 238 Abs. 2 StPO zu beseitigen sucht oder stattdessen hierauf im Falle eines ihm nachteiligen Urteils in der Revision eine Verfahrensrüge stützen will. **Er hat daher grundsätzlich auf Entscheidung des Gerichts anzutragen; unterlässt er dies, kann er in der Revisionsinstanz mit einer entsprechenden Rüge nicht mehr gehört werden** (BGH, Urteil vom 16. November 2006 – 3 StR 139/06, BGHSt 51, 144, 147; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung: BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 2007 – 2 BvR 2557/06).

3. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zu Grunde liegt, die ihm für die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen einen Beurteilungsspielraum eröffnet oder ihm auf der Rechtsfolgenseite Ermessen einräumt, und die Revisionsrüge auf eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums oder einen Ermessensfehlgebrauch gestützt werden soll (BGH aaO). Umso mehr ist eine Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO geboten, wenn das Revisionsgericht an solche tatrichterlichen Feststellungen gebunden ist, wie dies die Rechtsprechung bezüglich der Voraussetzungen eines Verlöbnisses annimmt (vgl. die Nachweise bei BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 – 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 300 [dort offen gelassen]).

4. Gerade wenn dem Revisionsgericht eine Richtigkeitsprüfung infolge einer Bindung an die Feststellungen des Tatrichters verwehrt ist, besteht für den späteren Revisionsführer Anlass, sich mit der Maßnahme des Vorsitzenden nicht zu begnügen, sondern diese und ihre im Nachhinein selbst im Freibeweisverfahren kaum rekonstruierbare Tatsachengrundlage zunächst zur Überprüfung durch das gesamte Tatgericht zu stellen. Unterlässt er diese Anrufung des Gerichts, so gibt er damit zu erkennen, dass er die Grenzen des Beurteilungsspielraums des Vorsitzenden nicht als überschritten und die Anordnung nicht als rechtswidrig ansieht.

5. Da das Verlöbnis ein allein vom Willen der Betroffenen abhängiges, an keine Form gebundenes Rechtsverhältnis ist, dessen Auflösung sogar dann in Betracht kommt, wenn einer der Beteiligten einseitig den Heiratswillen aufgibt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2003 - 2 StR 445/02, BGHSt 48, 294, 300 f.), unterliegt die "Feststellung", ob ein Verlöbnis vorliegt, als Maßnahme der Verhandlungsleitung der wertenden Beurteilung des Vorsitzenden nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls. Sie ist deshalb nach § 238 Abs. 2 StPO angreifbar.

Gericht: BGH Aktenzeichen: 1 StR 205/09 Datum: 28.10.2009	**Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage**	StPO §§ 204, 265

!	**Laut BGH erfordert die Umgrenzungsfunktion der Anklage, dass sich aus dem Anklagesatz zumindest die Grundlagen der Tatbeteiligung ergeben.**

Der 1. Strafsenat kam zu dem Ergebnis, dass die Tat, für die der Angeklagte vom LG verurteilt worden war, weder im Anklagesatz noch im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen hinreichend konkret beschrieben worden war. Letztere dürfen zwar grundsätzlich zur Ergänzung und Auslegung des Anklagesatzes herangezogen werden (vgl. BGH, NJW 2000, 3293). Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich aus dem Anklagesatz zumindest die Grundlagen einer Tatbeteiligung ergeben. Daran fehlte es hier. Im Zusammenhang mit dem abgeurteilten Tatkomplex wurde der Name des Angeklagten in der Anklageschrift überhaupt nicht erwähnt. Die Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage konnte so nicht gewahrt werden, ein Mangel, den auch der Eröffnungsbeschluss nicht heilen konnte.

Der BGH: „Die Anklageschrift hat die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (Umgrenzungsfunktion – st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 1994, 2556; 2008, 2131). Es darf nicht

unklar bleiben, über welchen Sachverhalt das Gericht nach dem Willen der StA urteilen soll. Die begangene, konkrete Tat muss vielmehr durch bestimmte Tatumstände so genau gekennzeichnet werden, dass keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. Fehlt es hieran, so ist die Anklage unwirksam (vgl. BGH NStZ 1994, 350; 1995, 245).
Darüber hinaus hat die Anklage auch die Aufgabe, den Angeklagten und die übrigen Verfahrensbeteiligten über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten, um ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Prozessverhalten auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf einzustellen. Mängel der Anklage in dieser Hinsicht führen nicht zu ihrer Unwirksamkeit. Insoweit können Fehler auch noch in der Hauptverhandlung durch Hinweise entsprechend § 265 StPO geheilt werden (Informationsfunktion – vgl. BGH NJW 1994, 2556; 2008, 2131)."

Öffentliches Recht

Gericht: Hess VGH Aktenzeichen: 7 A 2550/08 Datum: 15.09.2009	**Fortsetzungsfeststellungsinteresse: Wiederholungsgefahr**	VwGO § 113 I 4

!	**1. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage, die auf die verwaltungsgerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts aus einem bestimmten Rechtswidrigkeitsgrund gerichtet ist, ist unstatthaft.** **2. Eine ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründende Wiederholungsgefahr, d. h. eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, dass bei im Wesentlichen unveränderter Sach- und Rechtslage ein dem erledigten Verwaltungsakt gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird, muss grundsätzlich im Verhältnis der Beteiligten des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens bestehen.**

Sachverhalt: K begehrt die Feststellung, dass ein erledigter Verwaltungsakt aus einem bestimmten rechtlichen Grund rechtswidrig gewesen ist.
K war in Deutschland im Bereich der Unternehmens- und Rechtsberatung gewerblich tätig. Das Regierungspräsidium ... untersagte ihm mit Bescheid vom 17.01.2005 wegen Unzuverlässigkeit neben der Unternehmens- und Rechtsberatung jede selbstständige gewerbliche Tätigkeit sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person. Vom 01.01.1982 bis zum 20.11.2002 war K zunächst mit Nebenwohnungen, dann mit Hauptwohnungen in B-Stadt gemeldet. 2003 wurde ihm für den Aufenthalt in der Schweiz eine bis zum 07.07.2008 gültige Aufenthaltsbewilligung erteilt. Dort war er für die ... AG (Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen der Rechts- und Steuerberatung und dem Inkassowesen) tätig.
Vom 28.01.2005 bis zum 16.07.2006 war K mit is)einem Wohnsitz in ... gemeldet. Nach einer Auskunft des Schweizerischen Bundesamtes für Migration an die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland vom 25.01.2006 reiste K am 27.06.2005 ins Ausland ab. Die Auslandsadresse war dem Bundesamt unbekannt. Gegenüber der Bundespolizeiinspektion L. gab der aus der Schweiz in die Bundesrepublik Deutschland einreisende K anlässlich einer Personenkontrolle am 18.07.2006 an, seine schweizerische Aufenthaltsbewilligung vor einiger Zeit zurückgegeben zu haben und am Vortag einen Aufenthaltstitel in der Schweiz beantragt zu haben. Ferner äußerte er, nun keinen Wohnsitz mehr in der Bundesrepublik Deutschland zu haben.

Das Finanzamt F. teilte B mit Schreiben vom 29.12.2005 mit, dass K dem Land ... Steuern und steuerliche Nebenleistungen in Höhe von 2.740.930,75 € schulde. Zugleich regte die Finanzbehörde bei B pass- und personalausweisrechtliche Maßnahmen gegen K an. Zur Begründung verwies die Finanzbehörde darauf, K habe seinen Wohnsitz von ... in die Schweiz verlegt, um sich seinen steuerlichen Verpflichtungen zu entziehen.

B verfügte mit Bescheid vom 10.04.2006 die Entziehung des Reisepasses des Klägers und bestimmte unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, dass der Personalausweis des K diesen nicht berechtige, die Bundesrepublik Deutschland über eine Auslandsgrenze zu verlassen. Eine Durchsetzung der Passentziehung erfolgte nicht. Mit Bescheid vom 01.08.2006 nahm B ihren Bescheid vom 10.04.2006 zurück. Die Rücknahme erfolgte, da B aufgrund ihr im Nachhinein bekannt gewordene Umstände der Auffassung war, für die pass- und personalausweisrechtlichen Maßnahmen örtlich unzuständig gewesen zu sein.

K hat gegen den Bescheid vom 10.04.2006 am 16.04.2006 Anfechtungsklage erhoben. Nachdem ihm der Rücknahmebescheid vom 01.08.2006 bekannt gegeben worden ist, hat er beantragt, festzustellen, dass die Verfügung der B vom 10.04.2006 (auch deshalb) rechtswidrig war, weil die nach § 8 PassG zu einem Passentzug erforderliche Kausalität zwischen der Steuerschuld einerseits und dem Verlassen der Bundesrepublik Deutschland durch K andererseits nicht vorgelegen habe. Er habe ein berechtigtes Interesse an der Klage, da ihm durch die Ausreisebeschränkungen Schäden entstanden seien. Zudem bestünde eine Wiederholungsgefahr, da die Gefahr bestehe, dass bei Wiedereinreise pass- oder personalausweisrechtliche Maßnahmen anderer Behördenträger auf Initiative des Finanzamtes B-Stadt ergriffen würden.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:
Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage als Klage auf Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitgrundes
Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO
Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Hier sind streitentscheidende Normen solche des Passgesetzes, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass sie nach der modifizierten Subjektstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten ist die Streitigkeit nach der Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg gern. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart
Ursprünglich hatte K gegen den ihn belastenden Verwaltungsakt vom 10.04.2008 Anfechtungsklage erhoben. Aufgrund der erfolgten Rücknahme hat sich dieser Verwaltungsakt jedoch erledigt, so dass von ihm nach § 43 I1 VwVfG keine Rechtswirkungen mehr ausgehen. Eine Aufhebung im Wege der Anfechtungsklage nach § 113 I 1 VwGO kommt daher nicht mehr in Betracht.

K hat jedoch seinen Klageantrag umgestellt und begehrt nunmehr, die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes festzustellen. Eine solche Umstellung auf die sog. Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO ist als gem. § 91 I VwGO sachdienliche Klageänderung möglich, wenn sich der angefochtene Verwaltungsakt - wie hier - nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt hat.

III. Zulässigkeit der Anfechtungsklage
Da die Erledigung jedoch nicht dazu führen kann, dass ein bereits verschlossener Rechtsweg wieder eröffnet wird und eine ursprünglich unzulässige Anfechtungsklage nunmehr als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden kann, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nur zulässig, wenn die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage zulässig war. Hiervon ist auszugehen.

IV. besonderes Feststellungsinteresse
Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zudem nur zulässig, wenn K trotz des Umstandes, dass von den erledigten Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr ausgehen, ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung hat, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war. Ein solches kommt nur in Betracht, wenn ein Rehabilitationsinteresse besteht. Wiederholungsgefahr angenommen werden soll oder eine Schadensersatzklage beabsichtigt ist. Darüber hinaus kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage nach Art. 19 IV GG auch in Betracht, wenn eine erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung vorlag und diese ohne die Fortsetzungsfeststellungsklage ohne jede gerichtliche Kontrolle bliebe.

K könnte schon deshalb ein berechtigtes Interesse an der Feststellungsklage fehlen, weil er die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes begehrt.

Grundsätzlich kann K mit der Fortsetzungsfeststellungsklage nur die Feststellung erreichen, dass der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war. Fraglich ist, ob der K darüber hinaus auch begehren kann, dass der Rechtswidrigkeitsgrund festgestellt wird.

Die aus dem Wortlaut des § 113 I 4 VwGO folgende Unstatthaftigkeit der Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes entspricht auch der einfachgesetzlichen Systematik. Nach § 88 VwGO bestimmt der Kläger zwar das Klageziel und darf das Gericht über das Klagebegehren nicht hinausgehen. Eine Begrenzung des Maßstabs, den das Gericht bei der Prüfung der Berechtigung des Klagebegehrens anlegt. ist damit indes prinzipiell nicht verbunden. Der Verfügungsgrundsatz, der im Verwaltungsprozess ebenso wie im Zivilprozess Geltung beansprucht, beinhaltet nämlich grundsätzlich nicht die Befugnis des Klägers. den Streitgegenstand auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte zu begrenzen und damit das Gericht zu deren Prüfung zu verpflichten (vgl. Eyermann, VwGO, § 86 Rn 6; MüKo-ZPO, Einl. Rn 306; Zöller, ZPO, Einl. Rn 84).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird im Zivilprozess für Leistungsklagen im Hinblick darauf zugelassen, dass Ansprüche des Klägers aus bestimmten Anspruchsgrundlagen prozessual bzw. materiell-rechtlich privilegiert sind (z.B. erweiterter Vollstreckungszugriff nach § 850 f 11 ZPO sowie Aufrechnungsverbot nach § 393 BGB für Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung). Diese Ausnahme, die auf den zwischen Privatrechtssubjekten geltenden rechtsstaatlichen Justizgewährleistungsanspruch (Art. 20 III GG) rückführbar ist, findet bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO keine Entsprechung. Insbesondere fordert die gegenüber der Ausübung öffentlicher Gewalt eingreifende Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG nicht, § 113 Abs. I 4 VwGO erweiternd dahin auszulegen, dass die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes mit der Fortsetzungsfeststellungsklage möglich ist. Gegenüber belastenden Verwaltungsakten, zu denen die Passentziehung zählt, ist hinreichender Rechtsschutz regelmäßig bereits durch die aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO bzw. deren gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung nach § 80 V 1 VwGO gewährleistet. Ist ein solcher repressiver Rechtsschutz ausnahmsweise nicht zumutbar, ist ausreichender Rechtsschutz durch eine vorbeugende Leistungs- oder Feststellungsklage bzw. eine entsprechende gerichtliche einstweilige Anordnung nach § 123 I 1 sichergestellt (vgl. zur Unzulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags nach § 113 I 4 VwGO, der auf die gerichtliche Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes gerichtet ist. BVerwGE 76, 258 [260]; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 Rn 79).

Ein berechtigtes Interesse des K fehlt bereits deshalb, weil die Rechtswidrigkeit der im Bescheid der B vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen als solche nicht streitig ist. sondern von B durch Rücknahme verbindlich anerkannt worden ist (vgl. zum Bestrittensein der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes als Voraussetzung eines berechtigten Interesses an der Rechtswidrigkeitsfeststellung: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 113 Rn 90; Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rn 268, jeweils m.w.N.).

V. Zwischenergebnis: Die Fortsetzungsfeststellungsklage gerichtet auf die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrund ist daher unzulässig.

B. Zulässigkeit der Klage als (bloße) Fortsetzungsfeststellungsklage

Gleichwohl kann der Antrag des K nach § 88 VwGO dahingehend ausgelegt werden, dass auch die Feststellung der bloßen Rechtswidrigkeit begehrt wird.

Da die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, kommt es auch hier darauf an, ob ein berechtigtes Interesse besteht.

1. Vorbereitung eines Schadensersatzklage

Es ist anerkannt, dass ein berechtigtes Feststellungsinteresse auch dann anzunehmen ist, wenn der Kläger beabsichtigt, eine Schadensersatzklage wegen rechtswidrigen Verwaltungshandelns vor dem Zivilgericht zu erheben, soweit eine solche Anspruchsverfolgung hinreichend sicher erfolgen wird und eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat.

Um dem Verwaltungsgericht die Prüfung der offensichtlichen Aussichtslosigkeit einer entsprechenden Schadensersatzklage zu ermöglichen, bedarf es bereits prinzipiell auch konkreter Angaben des Kläger der Fortsetzungsfeststellungsklage zu dem Schaden, der seiner Auffassung nach auf den amtspflichtwidrigen Erlass des erledigten Verwaltungsakts zurückzuführen ist (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ-RR 2003, 696). Hier kommt hinzu, dass K als Folge der im Bescheid vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen nur für einen

verhältnismäßig kurzen Zeitraum vom 18.07.2006 bis zum 02.08.2006 daran gehindert war, seiner beruflichen Tätigkeit in der Schweiz nachzugehen. Ob ihm hieraus ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden ist, ist für den Senat fraglich, zumal der Arbeitgeber des K der B mit Schreiben vom 28.07.2006 eine Frist zur Aufhebung bzw. Änderung der verfügten Maßnahmen bis spätestens zum 03.08.2006 gesetzt hatte, um gravierende wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden. Die Rücknahme der im Bescheid vom 10.04.2006 getroffenen Regelungen verfügte B bereits mit Bescheid vom 01.08.2006.

Ohne entsprechenden Vortrag des K kann die Erfolgsaussicht nicht geprüft werden. Da es jedoch an ihm liegt, sein berechtigtes Interesse darzulegen, kann aus der angeblich beabsichtigten Schadensersatzklage kein entsprechendes Interesse ableitet werden.

2. Wiederholungsgefahr
Auch das Bestehen einer Wiederholungsgefahr kann ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzungsfeststellungsklage begründen. Dies setzt jedoch voraus, dass konkret zu besorgen ist, eine entsprechende Regelung werde erneut gegenüber dem K ergehen.
Die Befürchtung, das Finanzamt B-Stadt werde auch andere Behörden bei Gelegenheit zu pass- und personalausweisrechtlichen Maßnahmen bestimmten, ist hierfür unzureichend.
Eine ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründende Wiederholungsgefahr, d. h. eine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, dass bei im Wesentlichen unveränderter Sach- und Rechtslage ein dem erledigten Verwaltungsakt gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird, muss grundsätzlich im Verhältnis der Beteiligten des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens bestehen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O., § 113 Rn 93). Lediglich in diesem bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis ist es gerechtfertigt. dem Kläger die Rechtsschutzoption des § 113 I 4 VwGO zu ermöglichen, obwohl der aktuelle Rechtsschutzbedarf durch Erledigung des Verwaltungsaktes entfallen ist. Ein Interesse des K. im gegen B gerichteten Fortsetzungsfeststellungsstreit Rechtsfragen gerichtlich klären zu lassen, die nicht für sein Verhältnis zu B, sondern zu Dritten von Bedeutung sind, entspricht demgegenüber einem abstrakten, d.h. vom konkreten Rechtsstreit der Beteiligten losgelösten Interesse an der Klärung der Rechtslage. Ein solches Interesse aber ist zur Begründung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses nach allgemeiner Meinung unzureichend (vgl. statt aller. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 113 Rn 90).
Es kommt daher nur auf eine im Verhältnis zwischen Bund K bestehende konkrete Wiederholungsgefahr an. Diese ist indes von K nicht dargelegt.

3. sonstige Gründe
Von K ist weder ein Rehabilitationsinteresse dargelegt worden noch erfordert Art. 19 IV GG die Zulassung der Fortsetzungsfeststellungsklage aus verfassungsrechtlichen Gründen.

4. Zwischenergebnis: Auch die (bloße) Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist mangels berechtigten Interesses unzulässig.

C. Zulässigkeit der Klage als Feststellungsklage
Das Klagebegehren des K könnte nach § 88 VwGO auch als Feststellungsklage ausgelegt werden.
.Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist kein nach § 43 I VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.
Für die Zulässigkeit einer Klage nach § 43 I VwGO, mit der die Feststellung begehrt wird, dass zwischen den Beteiligten am 10.04.2006 kein Rechtsverhältnis bestanden hat. welches B zum Erlass der pass- und personalausweisrechtlichen Verfügungen berechtigte, fehlt es jedenfalls am qualifizierten Feststellungsinteresse, das für die Feststellung vergangener Rechtsverhältnisse erforderlich ist. Denn B hat durch die Rücknahme ihres Bescheids vom 10.04.2006 das Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses verbindlich eingeräumt.

Eine Klage nach § 43 I VwGO, mit der das Nichtbestehen des bezeichneten Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten aus einem bestimmten Rechtsgrund heraus festgestellt werden soll, ist schon deshalb unstatthaft, weil eine bloße Vorfrage des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses - hier die von K behauptete fehlende Kausalität zwischen der Steuerschuld und dem Verlassen der Bundesrepublik Deutschland - kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 I VwGO ist.

Die Klage ist daher auch als Feststellungsklage nach § 43 I VwGO unzulässig.

D. Ergebnis: Die Klage des K ist unzulässig und kann keinen Erfolg haben.

Gericht: EuGH	EU-Roamingverordnung ist rechtmäßig	RoamingVO Nr. 717/20 EG
Aktenzeichen: C-58/08		
Datum: 08.06.2010		

Die EU war berechtigt, im Interesse des Binnenmarkts Obergrenzen für die Entgelte vorzuschreiben, die von den Mobilfunkbetreibern für Roaminganrufe berechnet werden. Dies hat der EuGH im Rahmen einer Vorabentscheidung bei der Überprüfung der Roamingverordnung (EG) Nr. 717/20 festgestellt.

Sachverhalt: Die Verordnung (EG) Nr. 717/20 legt Obergrenzen für die Entgelte fest, die die Mobilfunkbetreiber für Sprachanrufe berechnen dürfen, die ein Nutzer außerhalb ihres Netzes annimmt oder tätigt. Die Verordnung schreibt außerdem eine Obergrenze für Großkundenentgelte vor, d. h. das Entgelt, das das Netz des Verbrauchers an das vom Verbraucher genutzte ausländische Netz zahlt.
Die Verordnung wurde auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen, wonach die Gemeinschaft Rechtsvorschriften erlassen kann, um das Recht der Mitgliedstaaten anzugleichen, falls Unterschiede oder potenzielle Unterschiede bestehen, die geeignet sind, die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Markts zu behindern. In der ursprünglichen Fassung der Verordnung war vorgesehen, dass sie am 30.6.2010 außer Kraft tritt. Im Juni 2009 wurde die Verordnung durch eine neue Verordnung geändert, mit der die Entgeltobergrenzen auf SMS und die Datenübertragung ausgeweitet wurden und die Geltung der Verordnung bis zum 30.6.2012 verlängert wurde.
Vier der wichtigsten europäischen Mobilfunkbetreiber, Vodafone, Telefónica O2, T-Mobile und Orange, haben vor dem High Court of Justice of England and Wales Zweifel an der Gültigkeit der Roamingverordnung geäußert. Dieses Gericht hat den EuGH im Rahmen eines Vorabersuchens gefragt, ob die Gemeinschaft auf der Grundlage von Art. 95 EG zum Erlass der Verordnung befugt war und ob der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Festlegung von Obergrenzen für Endkundenentgelte gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und/oder das Subsidiaritätsprinzip verstoßen hat.

Lösung:
Die Verordnung bezweckt, die Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern, und durfte auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen werden.
Das Niveau der Endkundenentgelte der Dienste für Auslandsroaming war zurzeit des Erlasses dieser Verordnung hoch (1,15 € pro Minute) und das Verhältnis zwischen Kosten und Entgelten nicht so, wie es auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb der Fall wäre. Der Gemeinschaftsgesetzgerber hatte es mit einer Situation zu tun, in der der Erlass voneinander abweichender nationaler Maßnahmen zur Senkung des Endkundenentgelts ohne gleichzeitige Regelung der Großkundenentgelte wahrscheinlich erschien. Eine solche Entwicklung hätte jedoch spürbare Wettbewerbsverzerrungen verursachen und das ordnungsgemäße Funktionieren des Markts für gemeinschaftsweites Roaming empfindlich stören können, was es rechtfertigte, auf der Grundlage von Art. 95 EG eine entsprechende Verordnung zu erlassen.
Die Verordnung ist auch verhältnismäßig, obwohl sie nicht nur für Großkundenentgelte, sondern auch für Endkundenentgelte Obergrenzen festsetzt. Die Höchstentgelte auf Endkundenebene können als zum Schutz der Verbraucher gegen überhöhte Entgelte geeignet und erforderlich angesehen werden. Der in der Verordnung vorgesehene Tarif liegt erheblich unter dem Durchschnittsentgelt und orientiert sich an den Obergrenzen für Großkundenentgelte, um die Endkundenentgelte genauer an den Kosten der Anbieter auszurichten. Eine Regulierung nur der Großkundenmärkte hätte nicht dasselbe Ergebnis erzielt, da angesichts des mangelnden Wettbewerbsdrucks für die Betreiber nicht zwingend sinkende Endkundenentgelte garantiert gewesen wären.
Die Verordnung verstößt auch nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip, wonach die Gemeinschaft nur tätig werden darf, wenn die Mitgliedstaaten dasselbe Ziel nicht auf angemessene Art und Weise erreichen können. Der Gemeinschaftsgesetzgeber durfte aufgrund der Wechselwirkungen zwischen den Großkunden- und den Endkundenentgelten berechtigterweise annehmen, dass ein gemeinsamer Ansatz auf Gemeinschaftsebene erforderlich ist, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen und es dadurch den Betreibern zu ermöglichen, in einem einheitlichen und kohärenten Rechtsrahmen tätig zu werden.

Gericht: VGH Mannheim Aktenzeichen: 10 U 1519/08 Datum: 29.05.2009	Berufungszulassung durch Einzelrichter / Bindung des VerwG	VwGO § 124a I 1

!	**Der Verwaltungsgerichtshof ist auch dann an eine Berufungszulassung durch den Einzelrichter gebunden, wenn dieser sie entgegen § 124a I 1 VwGO auf den Zulassungsgrund des § 124 II Nr. 2 VwGO gestützt hat.**

I. Die Bindungswirkung nach § 124 a I 2 VwGO scheitert nicht daran, dass der Einzelrichter die Berufung wegen besonderer tatsachlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten nach § 124 11 Nr. 2 VwGO zugelassen hat, obwohl ihm in diesem Fall nach § 61 1 Nr. 1 VwGO der Rechtsstreit von der Kammer gar nicht zur Entscheidung hätte übertragen werden dürfen.
Der vom 7. Senat des erkennenden Gerichtshofs vertretenen Auffassung. in einem solchen Fall der Befugnisüberschreitung sei der Einzelrichter nicht „Verwaltungsgericht“ i.S.v. § 124 a I 1 VwGO und die von ihm zugelassene Berufung binde das Berufungsgericht nicht (VGH Mannheim VBfBW 2004, 108 ff), ist das BVerwG nicht gefolgt (NVwZ 2005, 821 ff.): Die Bindung an die Zulassung durch Einzelrichter als „Verwaltungsgericht“ (vgl. dazu VGH Mannheim VBIBW 2005, 60 f.) entfalle nicht deswegen, weil die Übertragung des Rechtsstreits auf ihn voraussetze, dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung habe (§ 61 1 Nr. 2 VwGO), die Berufungszulassung nach § 124 II Nr. 3 VwGO hingegen die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache erfordere. Diese gegenläufigen Voraussetzungen rechtfertigten nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe die Zulassung der Berufung durch den Einzelrichter in solchen Fallen ausschließen wollen. Denn der Einzelrichter sei an die Bewertung der Kammer im Übertragungsbeschluss, dass die Rechtssache keine grds. Bedeutung habe, nicht gebunden. Ebenso wenig sei er zur Rückübertragung des Rechtsstreits an die Kammer verpflichtet, wenn er entgegen der Bewertung durch die Kammer oder aufgrund einer wesentlichen Änderung der Prozesslage zu der Einschätzung gelange. dass die Sache grundsätzliche Bedeutung aufweise; vielmehr dürfe er in solchen Fällen im Rahmen seines Ermessens nach § 6 111 1 VwGO über den Rechtsstreit selbst entscheiden und zugleich die Berufung zulassen (ebenso Kopp/Schenke, VwGO, § 124 a Rn 4 sowie mit eingehender Begründung auch Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 124 a Rn 11).
Dieser zutreffenden Auffassung schließt sich der Senat auch für den vorliegend in Rede stehenden Zulassungsgrund des § 124 II Nr 2 VwGO an: Die Rechtslage ist insofern nicht anders zu beurteilen als bei der Grundsatzrüge nach § 124 II Nr. 3 VwGO Auch bei Vorliegen des Zulassungsgrunds der besonderen tatsachlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten ist die Kammer gehindert, den Rechtsstreit auf den Einzelrichter zu übertragen. Hat sie eine Übertragung aufgrund einer anderen rechtlichen Beurteilung des Falles gleichwohl vorgenommen, ist der Einzelrichter an diese Rechtsauffassung auch insofern weder gebunden noch ist er zur Rückübertragung an die Kammer verpflichtet.

II. Die Bindung an die Zulassung durch den Einzelrichter entfällt auch nicht deswegen, weil dieser sich auf einen Zulassungsgrund (§ 124 a I VwGO) gestützt hat, der dem Verwaltungsgericht nach § 124 a I 1 VwGO nicht zu Gebot steht. sondern dem Verwaltungsgerichtshof im Zulassungsverfahren nach § 124 a IV, V 2 VwGO vorbehalten ist.
Es handelt Sich hierbei um keinen Fall, in dem das zugelassene Rechtsmittel spezialgesetzlich überhaupt ausgeschlossen oder in dem, wie etwa nach § 78 II 1 AsylVfG, dessen Zulassung durch das Ausgangsgericht schlechthin nicht vorgesehen ist (gegen die Bindungswirkung in derartigen Konstellationen vgl. Kopp/Schenke aaO, § 124 a Rn 11 und 3; a. A [Bindung auch bei nicht-statthafter Berufung, allerdings nur an die Zulassung] Happ aaO, § 124 a Rn 5) Vielmehr hat das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner generellen Zulassungsbefugnis nach § 124 a I 1 VwGO "nur" eine Begründung gewählt, welche die Zulassung durch das Ausgangsgericht nicht trägt. Dieser Fehler liegt auf einer anderen Rechtsebene. Er macht die Zulassung zwar evident fehlerhaft und steht nach seinem Gewicht insofern den Fallgruppen gleich, in denen entweder offensichtlich keiner der Zulassungsgründe des § 124 a I 1 VwGO vorliegt oder die Zulassung an einem sonstigen schwerwiegenden Verfahrensfehler leidet. Solcherart evident rechtswidrige, weil fehlerbehaftete oder im Einzelfall offensichtlich gesetzwidrige Zulassungen eines Rechtsmittels lassen nach einhelliger Auffassung die Bindungswirkung der Zulassungsentscheidung für die Oberverwaltungsgerichte / Verwaltungsgerichtshöfe aber unberührt, wenn das betreffende Rechtsmittel jedenfalls generell statthaft und zulassungsfähig ist. Dies gebietet das Prinzip der Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG Aktenzeichen: 2 AZR 541/09 Datum: 10.06.2010	„Fall Emmely“ – Außerordentliche Kündigung unverhältnismäßig	BGB § 626

!	**Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers können zwar auch bei einem geringen wirtschaftlichen Schaden eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Maßgeblich sind aber immer die konkreten Umstände des Einzelfalls, die im Rahmen einer umfangreichen Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Diese Interessenabwägung fällt im Fall "Emmely" zugunsten der Klägerin aus. Deren Prozessverhalten (Bestreiten des Vorwurfs und Verdächtigung anderer Mitarbeiter) war nicht zu ihren Lasten zu berücksichtigen.**

Sachverhalt: Die Klägerin, eine 50-jährige Mutter von drei Kindern, die unter dem Namen "Emmely" bekannt geworden ist, war seit mehr als 30 Jahren bei der beklagten Supermarktkette bzw. deren Rechtsvorgängerin als Kassiererin beschäftigt. Im Januar 2008 hatte der Filialleiter der Klägerin zwei Pfandbons im Wert von 1,30 €, die ein Kunde liegen gelassen hatte, zur Aufbewahrung im Kassenbüro übergeben. Zehn Tage später reichte die Klägerin die Pfandbons bei einem privaten Einkauf ein.
Als die Beklagte hiervon erfuhr, kündigte sie das Arbeitsverhältnis fristlos. Die Klägerin erhob hiergegen Klage. Im Laufe des Prozesses bestritt sie immer wieder den Vorwurf und verwies darauf, dass sie sich möglicherweise durch ihre Teilnahme an gewerkschaftlichen Aktionen Ende 2007 unbeliebt gemacht habe. Vor der Kündigung hatte sie zur Erklärung ins Feld geführt, die Pfandbons könnten ihr durch eine ihrer Töchter oder eine Kollegin ins Portemonnaie gesteckt worden sein.
Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Das LAG hielt den Vorwurf für erwiesen und ging davon aus, dass auch die Interessenabwägung zuungunsten der Klägerin ausfalle. Dabei bezog es die Einlassungen der Klägerin im Prozess als wesentlichen Gesichtspunkt in die Interessenabwägung ein. Es ließ die Revision nicht zu.
Die daraufhin erhobene Nichtzulassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das BAG ließ die Revision wegen der Frage zu, ob im Rahmen der bei einer außerordentlichen Kündigung gebotenen Interessenabwägung das prozessuale Verhalten des Arbeitnehmers zu seinem Nachteil berücksichtigt werden darf.

Lösung:
Die Kündigung ist unwirksam.
Bestätigung der Grundsätze zu Bagatellkündigungen
Grundsätzlich kann ein vorsätzlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Vertragspflichten zwar auch dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn der wirtschaftliche Schaden für den Arbeitgeber gering ist. Allerdings stellt nicht jede unmittelbar gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete Vertragspflichtverletzung ohne Weiteres einen Kündigungsgrund dar. Maßgeblich ist vielmehr, ob ein "wichtiger Grund" i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Das Gesetz kennt insoweit **keine "absoluten Kündigungsgründe"**. Vielmehr sind alle Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen. Hierzu gehören insbesondere

- das Maß der Beschädigung des Vertrauens,
- das Interesse an der korrekten Handhabung der Geschäftsanweisungen,
- das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene "Vertrauenskapital"
- und die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstoßes.

Eine abschließende Aufzählung ist indes nicht möglich. Insgesamt muss sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen. Unter Umständen kann als milderes Mittel eine Abmahnung ausreichen, um das für die Fortsetzung des Vertrags notwendige Vertrauen in die Redlichkeit des Arbeitnehmers wiederherzustellen.

Zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigende Umstände
Im Streitfall hat die Klägerin mit dem Einlösen der fremden Pfandbons einen **schwerwiegenden Vertragsverstoß**

begangen. Dieser berührte den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin und hat damit trotz des geringen Werts der Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet. Das gilt umso mehr, als die Beklagte als Einzelhandelsunternehmen besonders anfällig dafür ist, in der Summe hohe Einbußen durch eine Vielzahl für sich genommen geringfügiger Schädigungen zu erleiden.
Nicht zulasten der Klägerin ist allerdings ihr Prozessverhalten zu berücksichtigen, da dieses keine Rückschlüsse auf eine vertragsrelevante Unzuverlässigkeit zulässt. Es erschöpfte sich in einer möglicherweise ungeschickten und widersprüchlichen Verteidigung.

Zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigende Umstände
Zugunsten der Klägerin war zu berücksichtigen, dass sie seit mehr als 30 Jahren bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt war, ohne dass es jemals zu rechtlich relevanten Störungen des Arbeitsverhältnisses gekommen war. Hierdurch hatte sich die Klägerin ein hohes Maß an Vertrauen erworben. Dieses Vertrauen konnte durch den in vieler Hinsicht **atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt** nicht vollständig zerstört werden. Im Rahmen der Abwägung war auch die vergleichsweise geringfügige wirtschaftliche Schädigung der Arbeitgeberin zu berücksichtigen.
Damit überwogen letztlich die zugunsten der Klägerin in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte. Eine Abmahnung wäre als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung angemessen und ausreichend gewesen, um einen künftig wieder störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu bewirken.

Hintergrund: Eigentlich sollte es in dem Revisionsverfahren nur um die – bislang höchstrichterlich nicht entschiedene - Frage gehen, ob das Prozessverhalten eines außerordentlich gekündigten Arbeitnehmers im Rahmen der gem. § 626 I BGB gebotenen Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Dies ist problematisch, da ein Nachschieben von Kündigungsgründen grds. unzulässig ist.
Das BAG hat nichtsdestotrotz die Gelegenheit genutzt, um seine Rechtsprechung zu sog. Bagatellkündigungen zu bestätigen und "konsequent weiterzuführen", so die Gerichtssprecherin und Richterin am Bundesarbeitsgericht Inken Gallner. Sie stellte noch einmal klar, dass auch schon bislang ein Bagatelldelikt nicht automatisch zu einer wirksamen Kündigung geführt habe. Mit dieser differenzierten Sicht sei man jedoch insbesondere in der Wirtschaftskrise nicht in der Gesellschaft durchgedrungen.
Der Arbeitgeber ist nach dem verlorenen Prozess nicht gehindert, das Fehlverhalten von „Emmely“ abzumahnen.

Gericht: ArbG Berlin Aktenzeichen: 38 Ca 12879/09 Datum: 18.02.2010	**Datenschutz-Affäre bei der DB: Kündigung der Compliance-Beauftragten unwirksam**	KSchG § 1

!	**Veranlasst ein Compliance-Beauftragter fragwürdige Überwachungsmaßnahmen, so rechtfertigt dies nur dann eine Kündigung, wenn er bewusst rechtswidrig gehandelt hat. Bei einem begründeten Verdacht von Straftaten ist es zudem grds. nicht rechtswidrig, einen Dritten mit einer Überwachung – auch in Form eines Datenabgleichs – zu beauftragen. Nach diesen Grundsätzen rechtfertigt die sog. Datenschutz-Affäre bei der Deutschen Bahn keine Kündigung der verantwortlichen Compliance-Beauftragten.**

Sachverhalt: Die Klägerin ist promovierte Diplom-Ökonomin. Seit Juli 2000 ist sie bei der beklagten Deutschen Bahn AG beschäftigt. Dort war sie zuletzt im Vorstandsressort "Compliance" in leitender Stellung für die nationalen Ermittlungen zuständig. Um etwaige Korruptionsfälle aufzudecken, wurde ein Dienstleister mit Überwachungsmaßnahmen beauftragt, insbesondere mit einem groß angelegten Abgleich von Mitarbeiter- und Lieferantendaten. Nachdem dies aufgedeckt und in den Medien stark kritisiert worden war, kündigte die Beklagte der Klägerin fristlos und hilfsweise fristgerecht.
Die hiergegen gerichtete Klage hatte vor dem Arbeitsgericht Erfolg. Die Beklagte hat allerdings angekündigt, hiergegen Berufung einlegen zu wollen, so dass eine abschließende Entscheidung voraussichtlich noch aussteht.

Lösung:
Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nicht wirksam gekündigt. Es fehlt bereits an einem Kündigungsgrund.
Die Beklagte hat insoweit vorgetragen, dass die Klägerin die fraglichen Überwachungsmaßnahmen unter

Verletzung von Datenschutzbestimmungen veranlasst habe. Dieser Vorwurf ist nicht nachvollziehbar. Es gehörte grundsätzlich zu den Aufgaben der Klägerin, bei einem Straftatverdacht Überwachungsmaßnahmen zu veranlassen. Entsprechende Maßnahmen waren von der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt offenbar auch erwünscht. Dass eine Überwachung im streitigen Umfang heute – auch angesichts der massiven Kritik – als nicht mehr opportun erscheint, kann der Klägerin nicht vorgehalten werden.
Im Übrigen setzt die Kündigung eines leitenden Mitarbeiters im Bereich Compliance wegen von ihm veranlasster Überwachungsmaßnahmen nicht nur einen objektiven, sondern auch einen subjektiven Rechtsverstoß voraus. Hierzu hat die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Sie hätte insbesondere darlegen müssen, dass die Klägerin, die keine juristische Ausbildung absolviert hat, sich über etwaige Bedenken ihrer juristisch geschulten Mitarbeiter hinweggesetzt hätte. Hiergegen spricht, dass die Beklagte offenbar ein Rechtsgutachten eingeholt hatte, dass die Zulässigkeit von bestimmten Überwachungsmaßnahmen bestätigte.
Des Weiteren ist zu beachten, dass auch das Erheben und Abgleichen personenbezogener Daten eines Beschäftigten zulässig sein kann, wenn

- tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat,
- die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist
- und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Die Beklagte hat nicht im Einzelnen dargelegt, dass diese immer schon geltenden und im neu gefassten § 32 BDSG nunmehr ausdrücklich normierten Voraussetzungen hier – für die Klägerin erkennbar – nicht erfüllt waren.

Gericht: BGH Aktenzeichen: III ZR 207/08 Datum: 17.09.2009	**Zulässigkeit einer formularmäßigen Pflicht zur Erstattung von Ausbildungskosten**	BGB § 307

!	**1. Zur Frage der Wirksamkeit der in einem Ausbildungsvertrag (hier: Prüfingenieur) enthaltenen Klausel, die einen (Teil-)Erlass der Ausbildungskosten für den Fall des vorfristigen Ausscheidens aus der „Prüforganisation" des die Ausbildung durchführenden Unternehmens vorsieht, dabei aber nicht nach dem Grund der Beendigung der Zugehörigkeit zu dieser Organisation differenziert.** **2. Der Inhaltskontrolle hält eine Klausel nicht stand, die dem Arbeitnehmer ohne Ausnahme und ohne Differenzierung nach der Sphäre der auslösenden Umstände für jeden Fall der vorfristigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Ausbildungskosten-erstattungspflicht auferlegt. Dabei ist es unerheblich, ob die Kosten als „Darlehen" geschuldet werden und der Erlass der Darlehensforderung an die Einhaltung der Bindungsfrist geknüpft ist.**

Maßstäbe für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen
Nach § 307 I 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr.: vgl. nur Senat, BGH NJW 2008, 1064 Rn 19; NJW 2009, 1334 [1337) Rn 29; BAG NZA 2003, 668 [669]; BAG, NZA 2009, 435 [438] Rn 31; NZA 2009, 666 [667] Rn 14).
Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Vereinbarung der Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung oder Erstattung von Ausbildungskosten an den Arbeitgeber für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf einer bestimmten (Bindungs-)Frist endet, allerdings grundsätzlich zulässig und stellt nicht schon für sich genommen eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar (BAG, NJW 2006, 3083 [3085]; NZA 2009, 435 [438] Rn 34; NZA 2009,666 [667] Rn 17; s. auch BAG NZA 1994, 937 [938]; BAG NJW 2004, 3059 [3060]).

Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein billigenswertes Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen ist, die von ihm finanzierte Ausbildung des Arbeitnehmers für den eigenen Betrieb möglichst langfristig nutzen zu können.

Dieses Interesse ist jedoch mit der in Art. 12 I 1 GG verankerten arbeitsplatzbezogenen Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers und seinem Interesse, den Arbeitsplatz ohne Belastung mit Kosten frei wählen zu können, abzuwägen. Im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und unter Heranziehung der Umstände des Einzelfalls ist zu prüfen, ob die Erstattungspflicht dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zumutbar ist (BAG, NZA 1991, 178 [179]; BAG NZA 1994, 937 [938]; BAG NZA 2002,551 [552]; BAG NJW 2004, 3059 [3060], NJW 2006, 3083 [3085]; NZA 2009, 666 [668] Rn 17).

a) Vorteilserlangung durch Arbeitnehmen
Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Arbeitnehmer aus der vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung einen Vorteil erlangt, der seine Arbeitsmarktchancen erhöht und sich als geldwerte Verbesserung seiner beruflichen Position darstellt (vgl. BAG, NZA 1991, 178 (179); BAG NZA 1994, 937 [940]; BAG NZA 2002, 551 [552 f.]).

b) Differenzierung nach Auslöser für Beendigung
Zudem darf die Erstattungspflicht des Arbeitnehmers nach der formularmäßigen Regelung nur durch ein Ereignis ausgelöst werden, das in die (Verantwortungs- und Risiko-) Sphäre des Arbeitnehmers und nicht in die Sphäre des Arbeitgebers fällt.
Die vertragliche Formularregelung ist im Rahmen der Inhaltskontrolle anhand einer überindividuellen, typisierenden und generalisierenden Betrachtung zu würdigen (s. dazu BGH NJW 1988, 2536; BGH NJW 1990, 1601; BGH, NJW 2002, 1713 [1715]) und deshalb stets nichtig, wenn sie dem Arbeitnehmer ohne Ausnahme und ohne Differenzierung nach der Sphäre der auslösenden Umstände für jeden Fall der vorfristigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Erstattungspflicht für entstandene Ausbildungskosten auferlegt (BAG NZA 2006, 1042 Rn 27 ff.; NZA 2007, 748; NJW 2009, 1532; Schmidt, NZA 2004, 1002 [1002]).
Dabei ist es unerheblich, ob die Pflicht des Arbeitnehmers zur Rückzahlung oder Erstattung der Ausbildungskosten erst mit der vorfristigen Beendigung des Arbeitsvertrags begründet wird oder ob der Arbeitnehmer diese Kosten dem Arbeitgeber, gegebenenfalls aufgrund einer gesonderten Vereinbarung, als "Darlehen" schuldet und der Erlass dieser Darlehensforderung an die Einhaltung der Bindungsfrist geknüpft wird. Denn bei derartigen Abreden ist in Wahrheit - entgegen dem Wortlaut - kein Darlehen im Rechtssinne gewollt, sondern eine arbeitsvertragliche Vereinbarung über die Tragung der Ausbildungskosten (s. BAG, NZA 1991, 178; NJW 2007, 3018 = NZA 2007, 748 Rn 15 ff.; NZA 2009, 435 (438) Rn 32; Schmidt, NZA 2004, 1002 [1006]).

Gericht: LAG Berlin-Brandenburg	Nur mit Initialen „unterschriebene“ Befristung ist unwirksam	TzBfG § 14 IV
Aktenzeichen: 6 Sa 2345/09		
Datum: 26.03.2010		

!	Hat der Arbeitgeber einen befristeten Arbeitsvertrag anstatt mit einer Unterschrift mit unleserlichen Zeichen versehen, die wie die Initialen seines Vor- und Nachnamens erscheinen, so ist die Befristungsabrede mangels Einhaltung der Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Auf den Mangel der Schriftform kann das Berufungsurteil auch gestützt werden, wenn dieser erstinstanzlich nicht thematisiert worden ist. Das gilt zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer eine Kopie des Arbeitsvertrags zur Akte gereicht hat.

Sachverhalt: Die beklagte Bundesagentur für Arbeit (BA) hatte die Klägerin mit auf den 30.12.2005 datierten Arbeitsvertrag befristet bis zum 31.12.2008 als Arbeitsvermittlerin eingestellt. Der Vertragstext enthält unter der Angabe "im Auftrag" einen Schriftzug, der vom Geschäftsführer Finanzen der zuständigen Arbeitsagentur geleistet worden ist. Der Schriftzug besteht aus zwei durch einen Punkt getrennte und mehr oder minder offene Haken, wobei der Punkt so tief gesetzt ist, dass er diese beiden Haken wie die Initialen von Vor- und Familiennamen des Unterzeichners erscheinen lässt.
Die Klägerin war der Auffassung, dass die Befristung sachlich nicht gerechtfertigt war, und begehrte daher mit ihrer Klage, der sie eine Kopie des Arbeitsvertrags beilegte, die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2008 beendet worden ist. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Lösung:
Das Arbeitsverhältnis hat nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2008 geendet.
Die Befristungsabrede war gem. §§ 125 Satz 1, 126 Abs. 1 BGB nichtig, weil sie entgegen § 14 Abs. 4 TzBfG nicht von einem Vertreter der Beklagten unterschrieben worden ist. Zwar war der Arbeitsvertrag mit dem Schriftzug des Geschäftsführers versehen. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass es sich hierbei um dessen Unterschrift handelte. Der Schriftzug erinnert allenfalls an die Initialen von Vor- und Familiennamen des Unterzeichners. Diese stellen jedoch wie eine Paraphe als Namenskürzel gerade keine Unterschrift i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB dar.
Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Geschäftsführer eine Unterschriftsprobe in fast gleicher Weise geleistet hat. Denn der Wille eine Unterschrift zu leisten, ist im Rechtsverkehr nur insoweit von Bedeutung, wie er im Schriftzug seinen Ausdruck gefunden hat. Im Übrigen hat der Geschäftsführer bei anderer Gelegenheit Dokumente in der Spalte "Namenszeichen, Datum" mit exakt demselben Schriftzug wie den Arbeitsvertrag vom 30.12.2005 ausgefüllt.
Der Berücksichtigung des Mangels der Schriftform durch die Berufungsinstanz steht auch nicht entgegen, dass erstinstanzlich die Einhaltung der Schriftform nicht thematisiert worden ist. Die Klägerin hat bereits dadurch, dass sie eine Ablichtung des Arbeitsvertrags mit ihrer Klageschrift zur Akte gereicht hat, die Formwirksamkeit der getroffenen Befristungsabrede zur gerichtlichen Überprüfung gestellt.

Gericht: BAG Aktenzeichen: 5 AZR 301/09 Datum: 17.03.2010	**Schwarzgeldabrede ist arbeitsrechtlich keine Nettolohnvereinbarung**	SGB IV § 14 II 2

!	**Der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, wonach bei Schwarzgeldabreden ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gilt, erstreckt sich ausschließlich auf das Sozialversicherungsrecht und hat keine arbeitsrechtliche Wirkung. Arbeitnehmer können hieraus daher keinen Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung oder Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung ableiten.**

Sachverhalt: Die Klägerin war in der Spielothek der Beklagten offiziell als 400-€-Kraft angestellt. Sie arbeitete allerdings durchschnittlich 41,25 Stunden pro Woche und erhielt über die 400 € hinaus weitere 900 € zuzüglich Umsatzprovisionen "schwarz" ausgezahlt.
Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen Diebstahls der Klägerin wirksam ordentlich gekündigt hatte, verlangte die Klägerin Annahmeverzugsvergütung für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung. Die Beklagte erkannte die geforderten Nettobeträge als Bruttolohn an und beantragte im Übrigen Klageabweisung. Das Arbeitsgericht wies die weitergehende Klage ab; das LAG gab ihr statt. Die hiergegen gerichtete Revision hatte vor dem BAG Erfolg.

Lösung:
Die Beklagte schuldet der Klägerin keine Annahmeverzugsvergütung und Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung. Eine solche Vereinbarung haben die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent geschlossen. Mit der Schwarzgeldabrede bezweckten die Parteien lediglich, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch die Arbeitgeberin.
Eine Nettolohnabrede folgt auch nicht aus § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Danach gilt zwar ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich aber auf das Sozialversicherungsrecht und erstreckt sich nicht auf das bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Das ergibt sich aus dem Gesetzeszusammenhang und dem Zweck der Vorschrift, Beweisschwierigkeiten bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu beseitigen.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Gericht: OLG Hamm Aktenzeichen: 22 U 43/09 Datum: 14.09.2009	**Reichweite der Rechtskraft eines gegen alle BGB-Gesellschafter ergangenen Urteils**	ZPO § 325

!	**Ist eine gegen sämtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft (hier: GbR) gerichtete Klage, mit der ein Anspruch aus einem namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft geltend gemacht worden ist, rechtskräftig abgewiesen worden, so ist eine erneute, auf den identischen Sachverhalt gestützte Klage mit demselben Begehren gegen die Gesellschaft als solche wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig.**

Ausdrücklich anerkannt ist eine Rechtskrafterstreckung im Verhältnis einer Personengesellschaft zu ihren Mitgliedern bisher nur in der Richtung, dass ein im Gesellschaftsprozess ergangenes Urteil auch für spätere Prozesse gegen die Einzelgesellschafter bindet (vgl. BGH NJW-RR 1993, 1266; Zöller/Vollkommer, ZPO, Rn. 35 zu § 325; Musielak, ZPO, Rn. 16 zu § 325; Münchener Kommentar/Gottwald, ZPO, Rn. 69 zu § 325; Wieczorek/Schütze/Büscher, ZPO, Rn. 96 zu § 325; Baumbach/Hopt, HGB, Rn. 43 zu § 128; Staub/Habersack, HGB, Rn. 10 f. zu § 129; Münchener Kommentar/K. Schmidt, HGB, Rn. 12 ff. zu § 129). Diese ihrer Rechtsnatur nach im einzelnen unterschiedlich beurteilte Bindungswirkung beruht für die Personengesellschaften des Handelsrechts auf § 129 Abs. 1 bzw. § 161 Abs. 2HGB; seit der Anerkennung der Teilrechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR durch die oben zitierte BGH-Entscheidung wird sie auch auf diese übertragen (vgl. Zöller/Vollkommer a. a. O.; Wieczorek/Schütze/ Büscher a. a. O.). Der spätere Prozess gegen den oder die Einzelgesellschafter wird dadurch, jedenfalls bei einem Passivprozess nach vorangegangener Verurteilung der Gesellschaft, nicht zwingend unzulässig, weil es möglich ist, dass die Einzelgesellschafter sich auf ihnen persönlich zustehende Einwendungen berufen. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung im Verhältnis zu der Gesellschaft steht jedoch mit Bindungswirkung für den Folgeprozess fest.

Demgegenüber findet sich in der Kommentarliteratur überwiegend die Auffassung, dass umgekehrt die Gesellschaft sich auf ein im Verhältnis zu einem Gesellschafter ergangenes Urteil grundsätzlich nicht berufen könne, oder jedenfalls nur in der Sonderkonstellation, dass der Vorprozess - wie es in der Entscheidung BGHZ 48, 175 der Fall war - zwischen den Gesellschaftern über die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses geführt worden ist (vgl. Zöller/Vollkommer Rn. 36 zu § 325; Musielak a. a. O; Münchener Kommentar/Gottwald a. a. O.; Wieczorek/Schütze/Büscher Rn. 97 zu § 325; Baumbach/Hopt Rn. 44 zu § 128).

Diese in keiner der angeführten Zitatstellen ausdrücklich begründete Auffassung hat eine offensichtliche Berechtigung in dem Fall, dass in dem Vorprozess nur ein einzelner Gesellschafter oder ggf. auch mehrere einzelne, jedenfalls aber nicht alle Gesellschafter beteiligt waren. In diesem Fall konnte zum einen nicht die vollständige Gesamtheit der Gesellschafter Einfluss auf das Ergebnis des Vorprozesses nehmen. Zum anderen muss dieses Prozessergebnis nicht auf der rechtlichen Beurteilung des Verhältnisses zwischen Prozessgegner und Gesellschaft, sondern kann auch auf einem besonderen Rechtsverhältnis des Gegners nur gegenüber dem (den) beteiligten Gesellschafter(n), d. h. auf einer persönlichen Einwendung, beruht haben.

Das ist in der hier vorliegenden Konstellation, dass sämtliche Gesellschafter auch am Vorprozess beteiligt waren, anders. Die einheitliche Abweisung der gegen alle Gesellschafter gerichteten Klage konnte hier nur darauf beruhen - und hat auch darauf beruht -, dass der Anspruch gegen die Gesellschaft insgesamt nicht als bestehend angesehen wurde. Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, lediglich aufgrund der Konstruktion der Teilrechtsfähigkeit und formellen Parteifähigkeit der Gesellschaft als solcher eine erneute Inanspruchnahme der Justiz für das bereits endgültig abschlägig beschiedene Begehren zuzulassen.

Prüfungsrecht

Gericht: OVG Saarlouis Aktenzeichen: 3 A 20/09 Datum: 22.01.2010	**Begründung ist entscheidend bei Bewertung einer Prüfungsleistung**	Prüfungs-recht

!	**In einem juristischen Staatsexamen ist es nicht ausreichend, wenn der Prüfling themenartig das richtige oder ein vertretbares Ergebnis benennt, ohne auch nur ansatzweise eine Begründung hierfür zu liefern.**

Sachverhalt (vereinfacht):
Der Kläger hatte die Aufsichtsarbeiten im Rahmen seines zweiten juristischen Staatsexamens geschrieben und war anschließend nicht zur mündlichen Prüfung zugelassen worden. Mit seiner Klage begehrt er die Neubewertung einer der abgegebenen Aufsichtsarbeiten.
Die Anfechtung der bisherigen Bewertung stützte sich vor allem darauf, dass die Korrektoren die Annahme einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO durch den Kläger als falsch bewertet hatten. Hierbei stützten sich die Korrektoren darauf, dass der Kläger eine zwar theoretisch vertretbare Lösung gewählt, diese allerdings nicht hinreichend begründet habe.
In seiner Stellungnahme vom 10.04.2007 führt der Erstkorrektor diesbezüglich aus:

"Um zu einer Drittwiderspruchsklage zu gelangen, hätte der Kandidat zumindest eine Umdeutung der Klage (...) vornehmen, die verständige Auslegung, wie der Kandidat meine, dann auch entsprechend deutlich machen müssen."

Der Zweitkorrektor führt in seiner Stellungnahme vom 24.04.2007 aus:

"Ich stimme mit dem Erstkorrektor dahin überein, dass mit der von dem Kandidaten gebotenen Begründung die Annahme einer Drittwiderspruchsklage beim Klageantrag zu 1 nicht vertretbar und damit als falsch erscheint. Der Kandidat berücksichtigt nicht hinreichend den gestellten Klageantrag, der dahingehend formuliert ist, dass der Beklagte verurteilt werde, darin einzuwilligen, dass der hinterlegte Geldbetrag an den Kläger ausgezahlt wird. Auch und gerade mit Blick auf die Regelungen im § 308 Abs. 1 ZPO und § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO durfte der Kandidat nicht mit der gebotenen Begründung die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären."

Der Kläger hielt die gegebene Begründung für fehlerhaft, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden dürfe.

Lösung:
Das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes (OVG Saarlouis) ist der Argumentation des Klägers nicht gefolgt.

Das OVG Saarlouis führt im vorliegenden Beschluss vom 22.01.2010 - 3 A 20/09 - zunächst lehrbuchartig aus, dass Voraussetzung für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Aufhebung einer Prüfungsentscheidung ist, dass die Korrektoren ihren Bewertungsspielraum überschritten haben und möglich erscheint, dass der geltend gemachte Mangel sich auf die Notengebung und das Ergebnis der Prüfung ausgewirkt haben kann.

Eine entsprechende Überschreitung des Bewertungsspielraumes der Prüfer sieht das OVG Saarlouis vorliegend nicht. Es verweist unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG darauf, dass eine Lösung nur dann nicht als falsch bewertet werden dürfe, wenn diese vertretbar und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründet sei. Dies, so das OVG Saarlouis, setze aber eine ausreichende Begründung voraus. Im vorliegenden Falle seien die Prüfer zu Recht davon ausgegangen, dass es in einem juristischen Staatsexamen nicht ausreichend sei, wenn der Prüfling lediglich das richtige oder zumindest ein vertretbares Ergebnis benennt. Zu erwarten ist vielmehr, dass ein Prüfling in der zweiten juristischen Staatsprüfung seine Befähigung zur Bearbeitung einer praktischen Aufgabe auch dadurch zeigt, dass er die vorhandenen Probleme mit juristischer Begründung und in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung umfassend behandelt. Es genügt nicht, lediglich die Lösung zu präsentieren. Erforderlich ist vielmehr eine problemorientierte Entwicklung des schließlich vertretenen Lösungsansatzes.

Mitgeteilt von Herrn RA Brettschneider (vgl. Anzeige auf S. 8).