

**Herausgeber:**

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

# ZARA

Ausgabe November/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, 28.10.2010 – Xa ZR 46/10 – Rail & Fly – Haftung des Reiseveranstalters für Bahnverspätungen	S. 4
BGH, 03.11.2010 – VIII ZR 337/09 – Wertersatzpflicht von Verbrauchern: Widerruf von Fernabsatzverträgen	S. 5
BGH, 30.09.2010 – V ZB 206/10 – Schenkung einer Eigentumswohnung an einen Minderjährigen	S. 6
BGH, 03.11.2010 – VIII ZR 330/09 – Zurückbehaltungsrecht und Mangelanzeige bei Mietmangel	S. 8
LG Hamburg, 08.10.2010 – 308 O 710/09 – Schadensersatz: Illegale Musik-Internetausbörsen	S. 8
BGH, 11.11.2010 – III ZR 57/10 – DSL-Anschluss: Keine vorzeitige Kündigung bei Umzug	S. 9

#### Strafrecht

BGH, 13.09.2010 – 1 StR 423/10 – Rücktritt: Außertatbestandliches Handlungsziel	S. 10
BGH, 04.08.2010 – 2 StR 118/10 – Notwehrprovokation und Fahrlässigkeitstat	S. 11

#### Öffentliches Recht

BVerwG, 04.11.2010 – 2 C 16.09 – Aufhebung erfolgter Ernennung im Konkurrentenstreit möglich	S. 15
BVerwG, 28.10.2010 – 2 C 47.09 – Gleichbehandlung von verpartnerten Beamten (1)	S. 16
BVerwG, 28.10.2010 – 2 C 21.09 – Gleichbehandlung von verpartnerten Beamten (2)	

#### Arbeitsrecht

BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 392/08 – KSchG: Kleinbetriebsklausel verfassungsgemäß	S. 17
BAG, diverse – Rechtsprechungsübersicht: Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst	S. 19
BAG, 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (A) – Vorlage an EuGH: Kettenbefristung bei dauerhaftem Vertretungsbedarf	S. 20
ArbG Berlin, 28.09.2010 – 1 Ca 5421/10 – Abgrenzung zu „Emmely“: Weiterer Pfandbon-Fall	S. 21
LAG Schleswig-Holstein, 29.09.2010 – 3 Sa 223/10 - § 626 BGB: Verzehr von Patientessen	S. 22

#### Erbrecht

BGH, 05.10.2010 – IV ZR 30/10 – Rücktritt vom Erbvertrag nach ausgebliebenen Pflegeleistungen	S. 23
---	-------

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Mayer Brown LLP sucht derzeit Praktikanten und Referendare (m/w) für das Büro in Frankfurt. Voraussetzung ist neben überdurchschnittlichen Studienleistungen und hervorragenden Englischkenntnissen das Interesse an wirtschaftlichen Themen. (Anzeige auf S. 2).
- Die Kanzlei Brettschneider & Michaelis-Hatje bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Brettschneider war jahrelang in Hessen bei Jura Intensiv als Repetitor tätig. Alle Gesellschafter der JuCon GbR können ihn persönlich ohne Vorbehalte empfehlen (Anzeige auf S. 7).

# JuCon Personalberatung

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

## In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in der vorliegenden November-Ausgabe der ZARA verdient die Entscheidung des BGH zur Notwehrprovokation durch soziaethisch zu missbilligendes Verhalten besondere Aufmerksamkeit. Dies vor allem deshalb, weil der BGH klarstellt, dass die Tatsache der Provokation nicht zwingend zur Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat führt. Der Sachverhalt könnte exakt in dieser Form als Examenklausur gestellt werden und sollte deshalb sorgfältig gelesen werden (ab S. 10).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeige der Kanzlei **Mayer Brown LLP**. Die Kanzlei sucht Praktikanten oder Referendare (m/w).

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

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

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

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

---

ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung

**Redaktion:** RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

**Anzeigen:** JuCon Personalberatung; E-Mail: [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

**Herausgegeben** von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

---

# 0815

*Etwas, das Sie nicht von uns  
und wir nicht von Ihnen erwarten.*

Zeigen Sie Ihre Klasse als

**Praktikant oder Referendar (m/w)**

Wir suchen Juristen mit überdurchschnittlichen Studienleistungen, hervorragenden Englischkenntnissen und Interesse an wirtschaftlichen Themen. Wir sind zu einer der führenden internationalen Wirtschaftskanzleien geworden, weil wir hohe Ansprüche an unsere Leistungen, an die von uns erarbeiteten Lösungen und vor allem an uns selbst stellen. Wenn Sie genauso anspruchsvoll sind, sind Sie bei uns herzlich willkommen.

Mayer Brown LLP  
Dr. Heinrich von Büнау  
Bockenheimer Landstraße 98-100, 60323 Frankfurt am Main  
T: +49 69 79 41 0, [career@mayerbrown.com](mailto:career@mayerbrown.com)

Americas | Asia | Europe | [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com)

MAYER • BROWN

# SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent



EXAMEN 2009 - MAINZ:  
9 DER 10 BESTEN VON JI !!  
EXAMEN 2010 I - MAINZ:  
4 DER 5 BESTEN VON JI !!

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

## INFO-VERANSTALTUNG in MARBURG

MITTWOCH, 8. Dezember 2010

AB 15.30 UHR

Bahnhofstraße 38, 3. Stock

## INFO-VERANSTALTUNG in GIESSEN

MONTAG, 6. Dezember 2010

AB 17.30 UHR

Siemensstraße 18a, 1. Stock

## INFO-VERANSTALTUNG in FRANKFURT

FREITAG, 10. Dezember 2010

AB 10.00 UHR

Zeil 65, 5. Stock

## Wir stehen Ihnen Rede und Antwort

Im Rahmen der o.g. Info-Veranstaltungen werden wir Ihnen unser Kurskonzept erklären und für alle Ihre Fragen zum Konzept von *Jura Intensiv* zur Verfügung stehen.

Die Veranstaltung ist auf ca. 90 Minuten angelegt.

## Werbeprovision: 25 € für jeden Examenkursteilnehmer

Sie sind bereits Teilnehmer von *Jura Intensiv* oder für den nächsten Examenkurs bereits angemeldet? Dann überzeugen Sie doch Freunde und Bekannte von *Jura Intensiv* und erhalten Sie 25 € Werbeprovision für jeden Neukunden (!) im Examenkurs von *Jura Intensiv*.

Bedingung: Auf dem Formular zur verbindlichen Anmeldung muss unter „Sonstiges“ eingetragen werden: „Geworben von Frau / Herrn ...“

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Rail &amp; Fly – Haftung des Reiseveranstalters für Bahnverspätungen</b>	BGB § 651c
Aktenzeichen: Xa ZR 46/10		
Datum: 28.10.2010		

	<p>Wirbt ein Reiseveranstalter für ein kombiniertes Flug- und Bahnticket derart, dass damit der Eindruck vermittelt wird, dass er den Bahntransfer als eigene Leistung anbietet und für den Erfolg einstehen will, so haftet er im Wege der Abhilfe nach § 651c BGB für die Mehrkosten der wegen eines verspäteten Bahntransfers geänderten Anreise zum Reiseziel (hier: einen Tag später). Dass die Auswahl der Bahnverbindung dem Reisenden überlassen ist, führt nicht zwingend zu einer anderen Beurteilung.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der beklagten Reiseveranstalterin die Erstattung von Zusatzkosten und Aufwendungen, die ihr wegen eines verpassten Fluges entstanden sind. Sie hatte bei der Beklagten eine All-Inclusive-Flugpauschalreise von Düsseldorf nach Samaná in der Dominikanischen Republik gebucht. Der Hinflug sollte am 19.6.2007 um 11:15 Uhr starten. Für die Anreise zum Flughafen nahm die Klägerin das "MEIER`S WELTREISEN Rail & Fly Ticket" in Anspruch. Zu diesem Ticket wurde in der Katalogbeschreibung und in einem der Klägerin ausgehändigten Informationsblatt der Beklagten ausgeführt:

"Kein Stress und kein Stau mit dem ‚MEIER`S WELTREISEN Rail & Fly Ticket“. Bei jeder Flugbuchung aus diesem Katalog ist das ‚MEIER`S WELTREISEN Rail & Fly Ticket" 2. Klasse der Deutschen Bahn AG zum Flughafen bereits im Preis enthalten! [...] Bitte wählen Sie Ihre Verbindung möglichst so, dass Sie den Abflughafen spätestens zwei Stunden vor Abflug erreichen [...]."

Die Klägerin wählte einen Zug aus, der planmäßig um 9:08 Uhr am Flughafen Düsseldorf ankommen sollte. Tatsächlich erreichte sie den Flughafen infolge einer Zugverspätung erst um 11:45 Uhr und verpasste den Hinflug der gebuchten Reise. Nach Rücksprache mit der Beklagten reiste sie mit der Bahn nach München und flog von dort aus am nächsten Tag in die Dominikanische Republik.

AG und LG gaben der auf Rückerstattung der Zusatzkosten für die geänderte Anreise sowie Ersatz der hierdurch entstandenen Aufwendungen für Unterkunft, Verpflegung und Taxi gerichteten Klage statt. Die Revision der Beklagten blieb vor dem BGH ohne Erfolg.

### Lösung:

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten Anspruch auf Rückerstattung der Zusatzkosten für die geänderte Anreise sowie Ersatz der hierdurch entstandenen Aufwendungen für Unterkunft, Verpflegung und Taxi.

Die Beklagte hat aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Reisenden mit ihrem Gesamtverhalten den Eindruck vermittelt, dass sie den Bahntransfer als eigene Leistung anbietet und für den Erfolg einstehen will. Das LG hat die Bezeichnung des Tickets, die Bewerbung als "bequemen Anreisesevice von MEIER`S WELTREISEN" und den Umstand, dass der Transfer im Gesamtreisepreis enthalten ist, zutreffend als Indizien für eine Eigenleistung gewertet.

Dass die Auswahl der Bahnverbindung zum Flughafen dem Reisenden überlassen ist, führt jedenfalls dann nicht zu einer anderen Beurteilung, wenn der Reiseveranstalter - wie hier - den Transfer ausdrücklich als eigene Leistung bewirbt, die Vorzüge gegenüber anderen Anreisemöglichkeiten hervorhebt und detaillierte Hinweise zur Auswahl der Bahnverbindung gibt. Da die Klägerin ihre Anreise mit dem Zug gemäß den Vorgaben der Beklagten hinreichend sorgfältig geplant hatte, muss die Beklagte für die Mehrkosten im Wege der Abhilfe nach § 651c BGB der wegen des verspäteten Bahntransfers geänderten Anreise zum Reiseziel aufkommen.

Über Schadensersatz- und Minderungsansprüche war im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.

Anzeige

	<p><b><u>Crash-Kurs im Januar '11 in Ffm und Mainz</u></b>  <b>Erstmals drei volle Termine im ZivilR und im ÖR!</b>  <b>2 Termine ArbR, HandelsR und GesR!</b>  <b>2 Termine StrafR!</b>  <b>Pro Kurstag nur 30 € !!</b></p>
---	--

Gericht: BGH	<b>Wertersatzpflicht von Verbrauchern: Widerruf von Fernabsatzverträgen</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 337/09		§ 357
Datum: 03.11.2010		

	Der Aufbau eines durch Vertragsabschluss im Fernabsatz erworbenen Wasserbetts und die Befüllung der Matratze mit Wasser stellen lediglich eine Prüfung der Sache dar, § 357 Abs. 3 S. 2 BGB a.F. (jetzt S. 3). Der Verbraucher soll Gelegenheit haben, die durch Abschluss eines Fernabsatzvertrags gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren, weil er die Ware vor Vertragsabschluss nicht sehen konnte; dies schließt die Ingebrauchnahme ein, soweit sie zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn sie zu einer Wertminderung der Ware führt.
---	--

**Sachverhalt:** Im August 2008 schlossen die Parteien per E-Mail einen Kaufvertrag über ein Wasserbett zum Preis von 1.265 €. Das Angebot des Beklagten, der die Wasserbetten über das Internet zum Verkauf anbietet, war dem Kläger per E-Mail als angehängte PDF-Datei übersandt worden. Der Text der E-Mail enthält eine Widerrufsbelehrung. Im weiteren Text der E-Mail heißt es: "Im Hinblick auf die o.g. Widerrufsbelehrung weisen wir ergänzend darauf hin, dass durch das Befüllen der Matratze des Wasserbettes regelmäßig eine Verschlechterung eintritt, da das Bett nicht mehr als neuwertig zu veräußern ist."

Das Wasserbett wurde gegen Barzahlung beim Kläger angeliefert. Dieser baute das Wasserbett auf und befüllte die Matratze mit Wasser. Anschließend übte er sein Widerrufsrecht aus. Nach Abholung des Wasserbetts forderte der Kläger den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Der Beklagte erstattete lediglich einen Betrag von 258 € und machte geltend, dass das Bett nicht mehr verkäuflich sei; lediglich die Heizung mit einem Wert von 258 € sei wieder verwertbar.

AG und LG gaben der auf Rückzahlung des restlichen Kaufpreises von 1.007 € gerichteten Klage statt. Die hiergegen gerichtete Revision des Verkäufers hatte keinen Erfolg.

**Lösung:**

Der Kläger kann trotz des möglicherweise eingetretenen Wertverlusts den vollen Kaufpreis zurückverlangen, da er die Ware nur geprüft hat.

Ein fristgerecht erklärter Widerspruch des Verbrauchers beim Fernabsatzvertrag hat zur Folge, dass die empfangenen Leistungen von den Vertragsparteien zurückzugewähren sind. Soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist, muss der Schuldner statt der Rückgabe Wertersatz leisten.

Dabei muss der Verbraucher nach § 357 Abs. 3 S. 1 BGB auch Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung leisten, wenn er spätestens bei Vertragsabschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Die Wertersatzpflicht besteht jedoch nach § 357 Abs. 3 S. 2 BGB a.F. (jetzt S. 3) dann nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. Dies war vorliegend der Fall.

Der Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser stellen lediglich eine Prüfung der Sache dar. Der Verbraucher soll nach Art. 6 der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie) und der sie umsetzenden deutschen Regelung grundsätzlich Gelegenheit haben, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren, weil er die Ware vor Abschluss des Vertrags nicht sehen konnte. Dies schließt die Ingebrauchnahme ein, soweit sie zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn sie zu einer Wertminderung der Ware führt.



**WuV-Kurs**  
**In Frankfurt und Mainz ab 28.03.2011**  
**3 mal die Woche Unterricht à 3 Stunden**  
**Pro Monat nur 135 € !**

**Der WuV-Kurs gibt Ihnen die Möglichkeit, sich in gut 4 Monaten nochmals intensiv auf das Examen vorzubereiten.**

Gericht: BGH	<b>Schenkung einer Eigentumswohnung an einen Minderjährigen</b>	BGB
Aktenzeichen: V ZB 206/10		§ 107
Datum: 30.09.2010		

	<b>Der schenkweise Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen bedarf stets der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB, weil er nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Beteiligte zu 1) hatte im Jahr 1999 ihr Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt. Hierbei entstanden zwei Eigentumswohnungen. Die große Wohnung übertrug sie dem Vater der Beteiligten zu 2). Die kleine Wohnung schenkte sie der Beteiligten zu 2) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf ihren künftigen Pflichtteil und ließ sie ihr auf. In dem Schenkungsvertrag behielt sie sich u.a. ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung und den Rücktritt für den Fall einer Veräußerung der Wohnung ohne ihre schriftliche Zustimmung vor. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch sollte durch eine Vormerkung gesichert werden.

Das Grundbuchamt machte den Vollzug allerdings von der Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des FamG abhängig. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde blieb vor dem BGH erfolglos.

#### **Lösung:**

Das Grundbuchamt hat die Eintragung in das Grundbuch zu Recht von der Genehmigung eines für die Beteiligte zu 2) zu bestellenden Ergänzungspflegers abhängig gemacht. Die weiter verlangte Genehmigung durch das FamG war allerdings nicht erforderlich.

Der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen bedarf nach § 107 BGB der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, wenn er für diesen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Dies ist der Fall, wenn der Erwerb mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Ob die Auflassung einer Eigentumswohnung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach h.M. ist der Erwerb einer Eigentumswohnung im Grundsatz lediglich rechtlich vorteilhaft. Anders sei es nur, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerhebliche Verschärfungen zu Lasten des Minderjährigen vorsehe, wenn ein Verwaltervertrag bestehe und der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung in diesen eintrete oder wenn die Eigentumswohnung vermietet sei.

Der Senat hat bisher nur entschieden, dass der Erwerb einer Eigentumswohnung jedenfalls dann als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerheblich zu seinen Lasten abweicht. Ob der Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen unabhängig hiervon nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil er durch den Erwerb Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft und für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat, hat er bislang offen gelassen. Nun bejaht der Senat diese Frage. Infolgedessen ist der schenkweise Erwerb einer Eigentumswohnung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für den Minderjährigen jedenfalls deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen Vermögensgegenstand erwirbt, sondern Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird. Er wäre nach § 16 Abs. 2 WEG nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen. Er hätte vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Kosten können ein je nach dem Alter und dem Zustand des Gebäudes, in dem sich die Eigentumswohnung befindet, ganz erhebliches Ausmaß annehmen.

Anzeige



**Ihr Erfolg durch den JI-Examenskurs:**

**Hessen '09: 2 x „sehr gut“ – beide von JI !**

**Mainz '09: 9 der 10 Besten waren bei JI !**

**Mainz '10 I: 4 der 5 Besten waren bei JI !**



# Wir schauen Ihren Prüfern auf die Finger!

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	<b>Zurückbehaltungsrecht und Mangelanzeige bei Mietmangel</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 330/09		§ 320
Datum: 03.11.2010		

	Der Mieter kann wegen eines Mangels der Wohnung, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, ein Zurückbehaltungsrecht erst an den Mieten geltend machen, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hat. Denn solange dem Vermieter ein Mangel nicht bekannt ist, kann das Zurückbehaltungsrecht die ihm zukommende Funktion, den Vermieter zur Mangelbeseitigung zu veranlassen, nicht erfüllen.
---	--

**Sachverhalt:** Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung des Klägers. Sie zahlten für die Monate April, Juni und Juli 2007 keine und für Mai 2007 lediglich einen Teil der Miete. Mit Schreiben vom 5.6.2007 erklärte der Kläger die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Die Beklagten widersprachen der Kündigung mit Schreiben vom 14.6.2007 unter Hinweis auf einen Schimmelpilzbefall in mehreren Zimmern. Der Kläger begehrt mit seiner Klage u.a. Räumung und Herausgabe der Wohnung.

Das AG gab der Räumungsklage statt. Das LG wies die Klage ab; die Mieter seien mit der Zahlung der Miete nicht in Verzug geraten, weil ihnen ungeachtet der unterbliebenen Anzeige des Schimmelbefalls ein Anspruch auf Beseitigung dieses Mangels zugestanden habe und sie sich auf ein daraus ergebendes Zurückbehaltungsrecht betreffend die Zahlung der Miete berufen könnten. Auf die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Berufung zurück.

**Lösung:**

Der Kläger hat Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung.

Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten an Mietzahlungen, die sie für einen Zeitraum vor der Anzeige des - dem Vermieter zuvor nicht bekannten - Schimmelpilzbefalls der Wohnung schulden, kommt nicht in Betracht. Das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB dient dazu, auf den Schuldner (hier: den Vermieter) Druck zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit auszuüben. Solange dem Vermieter ein Mangel nicht bekannt ist, kann das Zurückbehaltungsrecht die ihm zukommende Funktion, den Vermieter zur Mangelbeseitigung zu veranlassen, nicht erfüllen. Ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters besteht daher erst an den nach der Anzeige des Mangels fällig werdenden Mieten.

Gericht: LG Hamburg	<b>Schadensersatz: Illegale Musik-Internettauschbörsen</b>	UrhG
Aktenzeichen: 308 O 710/09		§ 97 I 2 a.F.
Datum: 08.10.2010		

	Wer Musikstücke unerlaubt kopiert und in das Internet einstellt, verletzt schuldhaft und rechtswidrig das Urheberrecht von Musikverlagen, zu deren Tonträgerherstellungsrecht auch das Vervielfältigungsrecht und das Recht des öffentlichen Zugänglichmachens gehören. Bei der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes (hier: 15 € pro Musiktitel) muss jedoch darauf abgestellt werden, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines fiktiven Lizenzvertrags als angemessene Lizenzgebühr für die Nutzung der Musikaufnahmen vereinbart hätten.
---	---

**Sachverhalt:** Der 1990 geborene Beklagte (Beklagter zu 2) stellte im Juni 2006 über den Internetanschluss seines Vaters (Beklagter zu 1), ohne dass dieser davon wusste, zwei Musikaufnahmen in eine Internettauschbörse ein, sodass die Dateien im Wege des sog. Filesharings von anderen Teilnehmern aufgerufen und heruntergeladen werden konnten. Bei den Aufnahmen handelte es sich um die Musikaufnahme "Engel" der Künstlergruppe "Rammstein" und die Aufnahme "Dreh dich nicht um" des Künstlers "Westernhagen".

Die Klägerinnen sind die Inhaber der ausschließlichen Tonträgerherstellerrechte an den genannten Musikaufnahmen. Sie verlangen u.a., dass beide Beklagten wegen der unerlaubten Nutzung jeweils 300 € Schadensersatz pro Aufnahme an sie zahlen. Die Künstler waren an dem Rechtsstreit nicht beteiligt.

Das LG gab der Klage teilweise statt.

**Lösung:**

Der Beklagte zu 2) ist den Klägerinnen zum Schadensersatz i.H.v. 30 € verpflichtet.

Er hat das Urheberrecht schuldhaft und rechtswidrig verletzt, indem er die Musikstücke unerlaubt kopiert und in

das Internet eingestellt hat. Zum Tonträgerherstellungsrecht der Klägerinnen gehören auch das Vervielfältigungsrecht und das Recht des öffentlichen Zugänglichmachens. Bei der Höhe des Schadensersatzes muss jedoch darauf abgestellt werden, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines fiktiven Lizenzvertrags als angemessene Lizenzgebühr für die Nutzung der Musikaufnahmen vereinbart hätten. Da es keinen unmittelbar anwendbaren Tarif für die zu bewertenden Nutzungen gibt, muss die angemessene Lizenz geschätzt werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den fraglichen Titeln zwar um solche bekannter Künstler handelte, dass die Aufnahmen 2006 jedoch bereits viele Jahre alt waren und deshalb nur noch eine begrenzten Nachfrage angenommen werden kann. Da außerdem von einem kurzen Zeitraum auszugehen ist, in dem die Titel zum Herunterladen bereit standen, ist davon auszugehen, dass es allenfalls zu 100 Downloads pro Titel gekommen sein kann. Unter Orientierung an dem GEMA-Tarif VR-OD 5 (Nutzung von Werken im Wege des Music-on-Demand zum privaten Gebrauch) hat das LG die angemessene Lizenz auf 15 € pro Titel geschätzt.

Der Beklagten zu 1) ist nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser ist weder Täter noch Teilnehmer der Urheberrechtsverletzung. Er ist zwar als sog. Störer anzusehen, weil er seinem Sohn unter Verletzung von Überwachungspflichten den Internetanschluss zur Verfügung gestellt hat, über den die Rechtsverletzungen begangen wurden. Durch dieses Verhalten werde jedoch keine Schadensersatzpflicht begründet.

Gericht: BGH	<b>DSL-Anschluss: Keine vorzeitige Kündigung bei Umzug</b>	BGB
Aktenzeichen: III ZR 57/10		§ 314 I 2
Datum: 11.11.2010		

	<b>Inhaber von DSL-Anschlüssen können den Vertrag mit ihren Anbietern nicht vor Ablauf der vereinbarten Frist kündigen, wenn sie an einen Ort umziehen, an dem noch keine DSL-fähigen Leitungen verlegt sind. Der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung abschließt, trägt grundsätzlich das Risiko, diese aufgrund einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können.</b>
--	--

**Sachverhalt:** Der Kläger hatte im Mai 2007 mit dem beklagten Unternehmen einen Vertrag über die Bereitstellung eines DSL-Anschlusses geschlossen. Der Vertrag war auf die Dauer von zwei Jahren geschlossen. Im November 2007 verzog der Kläger in eine im selben Landkreis gelegene andere Gemeinde. Dort liegen allerdings keine DSL-fähigen Leitungen. Infolgedessen war die Beklagte nicht in der Lage, am neuen Wohnort einen DSL-Anschluss zu installieren. Nachdem sie dem Kläger dies schriftlich mitgeteilt hatte, erklärte dieser die "Sonderkündigung" des Vertrags.

Die Beklagte beanspruchte allerdings weiterhin die vereinbarte monatliche Grundgebühr. Der Kläger verlangte Feststellung, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag durch die Kündigung wirksam beendet wurde und er nicht verpflichtet ist, die geltend gemachten Monatsbeträge zu zahlen.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

**Lösung:**

Der Kläger hatte keinen wichtigen Kündigungsgrund gem. § 626 Abs. 1 oder § 314 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein solcher Grund besteht grundsätzlich nicht, wenn er aus Vorgängen hergeleitet wird, die dem Einfluss des anderen Vertragspartners entzogen sind und der Interessensphäre des Kündigenden entstammen. Der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung abschließt, trägt grundsätzlich das Risiko, diese aufgrund einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können. Dementsprechend stellt ein Umzug, etwa aus beruflichen oder familiären Gründen, prinzipiell keinen wichtigen Grund für eine Kündigung dar.

Außerdem war die vergleichsweise lange Laufzeit des DSL-Anschlussvertrags die wirtschaftliche "Gegenleistung" des Klägers für einen niedrigen monatlichen Grundpreis. Der Kläger hätte auch einen Vertrag mit kürzerer Laufzeit oder monatlicher Kündbarkeit zu höheren Kosten abschließen können. Zudem amortisierten sich die Investitionen des Unternehmens, das dem Kunden insbesondere die notwendige technische Ausrüstung (Router, WLAN-Stick) zur Verfügung stellte, erst innerhalb des zweiten Vertragsjahrs.

## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Rücktritt: Außertatbestandliches Handlungsziel</b>	StGB § 24
Aktenzeichen: 1 StR 423/10		
Datum: 13.09.2010		

	<b>Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Vorstellung des Täters über ein außertatbestandmäßiges Handlungsziel, sondern über den Eintritt des tatbestandmäßigen Erfolgs (Rücktrittshorizont). Auch bei Erreichung des außertatbestandmäßigen Ziels kann ein unbeendeter Versuch vorliegen, so dass bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung für Rücktritt genügt</b>
---	--

**Sachverhalt:** Der später Geschädigte hatte eine tätliche Auseinandersetzung mit einem Freund des Angeklagten, die dieser zunächst aus einiger Entfernung beobachtete. Er wollte dann den Geschädigten kampfunfähig machen, näherte sich ihm von der Seite und stach ihm mit bedingtem Tötungsvorsatz wuchtig ein Messer in den Bauch. Obwohl lebensgefährlich verletzt, bemerkte der Geschädigte den Stich zunächst nicht und kämpfte sogar weiter. Zufällig kam kurz darauf eine Polizeistreife, die seine lebensrettende Behandlung veranlasste. Der Angeklagte war nach dem Stich geflüchtet. Er ging - wie sich zeigte, zutreffend - davon aus, dass die "Wirkung auf den Geschädigten alsbald einsetzen würde". Ob er dem Geschädigten weitere Stiche hätte versetzen können, bleibt ausdrücklich offen.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde der Angeklagte wegen versuchtem Totschlag in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe verurteilt.

Seine auf die entgegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht ausgeführte Verfahrensrüge und die allgemeine Sachrüge gestützte Revision bleibt erfolglos (§ 349 Abs. 2 StPO).

### **Lösung:**

1. Näher auszuführen ist dies nur, soweit ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB) verneint ist.

a) Da offen bleibt, ob weitere Stiche möglich gewesen wären, liegt kein fehlgeschlagener Versuch vor.

b) Der Angeklagte hat keine Rettungsmaßnahmen ergriffen. Im rechtlichen Ansatz zutreffend geht die Jugendkammer davon aus, aus diesem Grund komme kein Rücktritt in Betracht, da hier ein beendeter Versuch vorliege. Der Versuch sei deshalb beendet, weil der Angeklagte davon ausging, dass er sein Ziel, die Kampfunfähigkeit des Geschädigten, erreicht habe (gemeint: dass er davon ausging, dass dies demnächst eintreten werde). Dies ist allerdings unzutreffend.

Ob ein Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Vorstellung des Täters über ein außertatbestandmäßiges Handlungsziel, sondern über den Eintritt des tatbestandmäßigen Erfolgs (Rücktrittshorizont). Auch bei Erreichung des außertatbestandmäßigen Ziels kann ein unbeendeter Versuch vorliegen, so dass bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung für Rücktritt genügt (BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschluss vom 19. Mai 1993 - GSt 1/93, BGHSt 39, 221, 227 ff).

c) Dennoch hat das Urteil im Ergebnis Bestand. Der Angeklagte hatte eine mögliche tödliche Wirkung des Stichs billigend in Kauf genommen. Daher legt die Feststellung, der Angeklagte habe bei seiner Flucht unmittelbar nach dem Stich mit dessen baldiger Wirkung gerechnet, die Annahme nahe, er habe (auch) den baldigen Tod des Geschädigten für möglich gehalten. Zumindest wird aber deutlich, dass der Angeklagte jedenfalls keine gegenteiligen Erwägungen angestellt hat, er sich also - allenfalls - überhaupt keine Vorstellungen darüber gemacht hat, ob der Geschädigte sterben könne oder nicht, sodass jedenfalls deshalb beendeter Versuch vorliegt (BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 - 1 StR 59/08, NStZ 2009, 264, 266; BGH, Urteil vom 2. November 1994 - 2 StR 449/94, BGHSt 40, 304, 306), von dem der Angeklagte nicht zurückgetreten ist.

**Für Referendare:**

**Der Senat sieht jedoch Anlass zu folgenden Hinweisen zur Abfassung der Urteilsgründe:**

Die schriftlichen Urteilsgründe sollen nicht - etwa zum Vortatgeschehen - eine Vielzahl von Details aneinanderreihen, deren Bedeutung für den Schuldoder Strafausspruch kaum erkennbar ist. Ebenso wenig sollte etwa die Aussage des Angeklagten in der Art eines Protokolls und wiederholt unter Mitteilung des jeweiligen Fragestellers Satz für Satz referiert werden. Die Urteilsgründe sollen dem Leser ermöglichen, die die Entscheidung tragenden Feststellungen ohne aufwändige eigene Bemühungen zu erkennen. Dementsprechend soll die Beweiswürdigung lediglich belegen, warum bedeutsame tatsächliche Umstände so wie geschehen festgestellt wurden. Nur soweit hierfür erforderlich, sind Angaben des Angeklagten, Zeugenaussagen und sonst angefallene Erkenntnisse heranzuziehen. Urteilsgründe, die sich demgegenüber mit vielen sonstigen Erkenntnissen befassen, können den Blick für das Wesentliche verstellen und damit letztlich sogar den Bestand des Urteils gefährden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2009 - 1 StR 357/09; Beschluss vom 4. März 2009 - 1 StR 27/09, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2009, 701; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 - 2 StR 470/06, NStZ 2007, 720; BGH, Beschluss vom 4. September 1997 - 1 StR 487/97, NStZ 1998, 51 mwN).

Gericht: BGH	<b>Notwehrprovokation und Fahrlässigkeitstat</b>	StGB § 32
Aktenzeichen: 2 StR 118/10		
Datum: 04.08.2010		

	<p><b>Auch ein (bloß) sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten kann zu einer späteren Einschränkung des Notwehrrechts führen.</b></p> <p><b>Allerdings ist eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeitstat nicht die automatische Folge einer Beschränkung des Notwehrrechts.</b></p>
--	--

**Sachverhalt:** Nach den Feststellungen des Landgerichts war es zwischen dem 16jährigen Sohn M. des Angeklagten, und dem gleichaltrigen A. wiederholt zu Streitigkeiten und Handgreiflichkeiten gekommen; zuletzt drohte A. damit, seinen großen Bruder, den Nebenkläger H., einzuschalten. Der polizeilich als "Intensivtäter" geführte H. hatte in L. insbesondere aufgrund seiner Gewaltbereitschaft einen zweifelhaften Ruf; viele Jugendliche hatten Angst vor ihm. H. hatte auch mit M. schon einige Male Streit angezettelt und ihn einmal gohrfeigt.

Am Abend des 22. März 2008 rief A. M. an, und forderte ihn im Namen seines Bruders H. auf, jetzt nach O. zu kommen. M. verstand dies zutreffend als Ankündigung von Schlägen und erzählte seinem Vater davon. Da er Angst vor H. hatte, bat er den Angeklagten, ihn nach O. zu begleiten. Der Angeklagte, dem H. aus Erzählungen seines Sohnes als gewalttätig und leicht reizbar bekannt war, erklärte sich dazu bereit, weil er die Sache "klären" und H. zum Einlenken bringen wollte. Sollte dies nicht gelingen, hielt er auch eine körperliche Auseinandersetzung für möglich. Mit nach O. fuhren zwei Freunde M.s. Der Angeklagte hatte - wie des Öfteren - ein Butterflymesser in seiner Tasche. Einer der Jugendlichen hatte einen Baseballschläger eingepackt, was der Angeklagte allerdings erst unterwegs bemerkte.

In O. angekommen, forderte der Angeklagte den Türsteher einer Gaststätte, in der sich H. aufhielt, sehr aufgebracht auf, diesen hinauszuschicken. M. und sein 14jähriger Freund stellten sich wenige Meter abseits; sein 15jähriger Freund entfernte sich noch einige Meter weiter. Nach einer Weile erschien H., der eine Auseinandersetzung erwartete, mit einem schweren Holzknüppel und in Begleitung von mindestens acht teilweise erwachsenen Personen, von denen einige ebenfalls Schlagwerkzeuge mit sich führten und die sogleich den Angeklagten umstellten. Nach einem kurzen heftigen Wortwechsel schlug H. mit dem Holzknüppel wuchtig gegen den linken Arm des Angeklagten. Als er zum zweiten Mal ausholte und in Richtung Oberkörper-/ Kopfbereich zielte, ging der Angeklagte mit seinem Butterflymesser in der Hand auf ihn zu, wehrte den Schlag mit dem linken Arm ab und stach gleichzeitig rechts um H. herum von hinten in dessen Oberkörper. Beide fielen zu Boden, H. packte den Angeklagten am Kragen und schlug weiter zu; der Angeklagte seinerseits versetzte ihm weitere, nicht erhebliche Stiche. Der Stich in den Oberkörper H. s traf dessen Lunge und war akut lebensgefährlich.

**Die Lösung des LG:**

Das Landgericht hat den mit bedingtem Tötungsvorsatz geführten Messerstich gegen den Oberkörper des Neben-

***SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues***

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent



**Unsere aktuellen Assex-Angebote:**

## **Assex Zivil-, Straf- und ÖR**

- In Mainz und Heidelberg ab April 2011

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

## **Assex Zivil- und StrafR**

- In Frankfurt und Gießen ab März 2011

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

## **Assex Ö-Recht (Hessen)**

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

Ab Nov., Feb., Mai und Aug. jeweils Donnerstag 18 – 21 Uhr bei  
RA Dr. Kues, Frankfurt, Zeil 65, Kurspreis: 230,- €

## **Assex Arbeits-/WirtschaftsR**

- Jeweils 6 Termine à 3 Zeitstunden, montags und freitags

Ab März: 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 €

klägers H. wie auch die folgenden Stiche als durch Notwehr gerechtfertigt gewertet. Es hat angenommen, der Angeklagte habe die bestehende Notwehrlage in sozialetisch zu missbilligender Weise und vorwerfbar verursacht. Obwohl sein Sohn von den H. - Brüdern zu einer Schlägerei "eingeladen" worden sei, habe er den Nebenkläger H. in Begleitung mehrerer Jugendlicher zur Rede stellen wollen. Er habe ein Messer bei sich geführt und den Kontakt zu dem gewaltbereiten und leicht reizbaren H. verbal aggressiv hergestellt, da er den Türsteher in aufgebrachtem Tonfall nach dem Nebenkläger gefragt habe. Er habe sich damit nicht nur "sehenden Auges" in eine Gefahrenlage begeben. Aufgrund der Art und Weise seines Auftretens - Erscheinen mit einer vermeintlichen Überzahl von Personen nach "Einladung" zu einer Schlägerei und aufgebrachtener Tonfall - sei für einen objektiven Beobachter klar gewesen, dass es ihm nicht um ein vermittelndes Gespräch ging, sondern - falls sich H. nicht beeindrucken ließe - um eine Schlägerei.

Trotz der daraus folgenden Einschränkung seiner Notwehrbefugnisse sei sein Handeln gerechtfertigt gewesen. Aufgrund der Gefährlichkeit des Angriffs des Nebenklägers, der Einkesselung durch dessen Begleiter und seiner eigenen Standposition unmittelbar vor dem Nebenkläger sei dem Angeklagten weder ein Ausweichen noch eine erfolversprechende Abwehr oder eine andere mildere Gegenwehr möglich gewesen.

Der Angeklagte habe sich aber der fahrlässigen Körperverletzung strafbar gemacht. Insoweit sei an sein Vorverhalten anzuknüpfen, durch das er "die Notwehrlage auf sozialetisch zu missbilligende, vorwerfbare Weise verursacht" habe. Er habe objektiv und subjektiv sorgfaltswidrig und für ihn vorhersehbar eine Situation entstehen lassen, die zum Eintritt des tatbestandlichen Erfolges geführt habe. Die Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Fahrlässigkeit sei gleichsam "ein Spiegelbild des Verhaltens, das im Rahmen der Notwehr zur Einschränkung der Notwehrbefugnisse" führe.

#### **Lösung des BGH:**

Diese Bewertung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen ist die Annahme einer dem Angeklagten vorwerfbaren Provokation der Notwehrlage und einer damit einhergehenden, den Fahrlässigkeitsvorwurf begründenden Pflichtwidrigkeit rechtsfehlerhaft.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfährt das Notwehrrecht unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung unter anderem dann eine Einschränkung, wenn der Verteidiger gegenüber dem Angreifer ein pflichtwidriges Vorverhalten an den Tag gelegt hat, das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt. In einem solchen Fall muss der Verteidiger dem Angriff unter Umständen auszuweichen suchen und darf zur lebensgefährlichen Trutzwehr nur übergehen, wenn andere Abwehrmöglichkeiten erschöpft oder mit Sicherheit aussichtslos sind (**BGHSt 26, 143, 145**; BGH, Urteil vom 7. Februar 1991 - **4 StR 526/90**). Darüber hinaus vermag auch bereits ein sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten das Notwehrrecht einzuschränken, wenn zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Ursachenzusammenhang besteht und es nach Kenntnis des Täters auch geeignet ist, einen Angriff zu provozieren (vgl. BGH, **NStZ 2006, 332, 333**; **BGHSt 42, 97, 100**). Demgegenüber kann ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun nicht allein deshalb zu Einschränkungen der Notwehr führen, wenn der Täter wusste oder wissen konnte, dass andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnten (vgl. BGH **NJW 2003, 1955, 1959**).

b) Die Feststellungen des Landgerichts belegen nicht, dass der Angeklagte die Notwehrlage in rechtswidriger oder sonst sozialetisch zu missbilligender Weise vorwerfbar provoziert hätte.

Der Angeklagte hat seinen 16jährigen Sohn begleitet, der von einem älteren und, wie die Kammer festgestellt hat, als gewalttätig und leicht reizbar bekannten, von der Polizei als Intensivtäter geführten jungen Mann zu einer Schlägerei "eingeladen" worden war. Der Nebenkläger hatte schon zuvor den Streit mit dem Sohn gesucht, weshalb dieser nicht ohne Grund Angst vor ihm hatte. Vor diesem Hintergrund musste es der Angeklagte nicht dem Zufall überlassen, ob und wann der Nebenkläger wieder auf seinen Sohn treffen würde, und durfte diesen zur Rede stellen. Auch das Auftreten des Angeklagten als solches kann nicht als sozialetisch zu missbilligende, vorwerfbare Provokation gewertet werden. Allein der Umstand, dass er den Türsteher in aufgebrachtem Tonfall aufforderte, den Nebenkläger herauszuschicken, gibt hierfür keinen Anlass, zumal es die H. -Brüder waren, die zuvor dem Sohn des Angeklagten Schläge angekündigt hatten. Das Auftreten des Angeklagten ist auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass er von seinem Sohn und dessen Freunden begleitet wurde, nicht als vorwerfbare Provokation zu

werten, denn die Jugendlichen standen abseits und waren - wie der Angeklagte - jedenfalls nicht erkennbar bewaffnet.

Das Verhalten des Angeklagten mochte im gewissen Maße den Geboten der Vorsicht und der Lebensklugheit zuwiderlaufen; eine vorwerfbare Provokation eines rechtswidrigen Angriffs, die zu einer Einschränkung der Notwehrbefugnisse führte, ist darin aber ebenso wenig zu sehen wie eine einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründende Pflichtverletzung.

c) Der Angeklagte handelte in Bezug auf den Verletzungserfolg auch nicht deshalb pflichtwidrig, weil er das zur Tat verwendete Butterflymesser mit sich führte. Obgleich seinem Sohn Schläge angekündigt worden waren und der Angeklagte um die Reizbarkeit und Gewalttätigkeit des Nebenklägers wusste, war er nicht verpflichtet, dem Nebenkläger aus dem Weg zu gehen oder diesem nur schutzlos zu begegnen. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines rechtswidrigen Angriffs des Nebenklägers ist dem Angeklagten kein Vorwurf daraus zu machen, dass er sich nicht von seinem Messer getrennt und sich einer möglichen Aggression des Nebenklägers nicht schutzlos ausliefert hat (vgl. BGH NJW 1980, 2263).

Der Umstand, dass der Angeklagte das Messer vorliegend unter Verstoß gegen § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG unberechtigt mit sich führte, rechtfertigt keine andere Bewertung. Auch wenn ein Angegriffener eine Waffe unberechtigt führt, ist ihm deren Einsatz nicht verwehrt, wenn ihm kein anderes zur Abwehr des Angriffs geeignetes Mittel zur Verfügung steht (vgl. BGH, NStZ 1986, 357). Durch Notwehr waren daher nicht nur die gefährliche Körperverletzung und das versuchte Tötungsdelikt gerechtfertigt, sondern auch das Führen des Butterflymessers, soweit dies mit den Verletzungshandlungen unmittelbar zusammenfiel (BGH, StV 1991, 63, 64).

Auch ein Rückgriff auf das verbotene Führen des Butterflymessers zur Zurechnung des Verletzungserfolgs unter dem Gesichtspunkt fahrlässigen Handelns ist nicht zulässig. Es wäre ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung zum einen die Befugnis erteilte, das Notwehrrecht auszuüben, zum anderen aber gerade für diesen Fall die Bestrafung aufgrund eines Delikts androhte, dessen tatbestandliche Voraussetzungen mit der Ausübung dieser Befugnis erfüllt werden (Erb in MünchKomm - StGB, § 32 Rn. 203; Roxin, ZStW 93 (1981), S. 68, 92). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - anders in dem Fall, der der Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zugrunde lag (NJW 2001, 1075 f. mit abl. Anm. Roxin JZ 2001, 667 f.) - für den Fahrlässigkeitserfolg nicht an eine vorwerfbare Provokation der Notwehrlage angeknüpft werden kann.

Die Feststellungen des Landgerichts bieten daher keine Grundlage für die Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung, so dass dieser Schuldspruch entfällt. Es bleibt allein ein Verstoß gegen das Waffengesetz wegen des unerlaubten Führens des Butterflymessers bis zum Eintritt der Notwehrlage als strafbares Verhalten.

 <p>J u r a Intensiv</p>	<h1 style="margin: 0;">WuV-Kurs</h1> <h2 style="margin: 0;">In Frankfurt und Mainz ab 28.03.2011</h2> <h3 style="margin: 0;"><u>3 mal die Woche Unterricht à 3 Stunden</u></h3> <h3 style="margin: 0;"><u>Pro Monat nur 135 € !</u></h3>			
<p><b>Der WuV-Kurs gibt Ihnen die Möglichkeit, sich in gut 4 Monaten nochmals intensiv auf das Examen vorzubereiten.</b></p>				
<p><b>Freischuss</b> <i>Sie haben den Freischuss geschrieben und wollen sich für den Verbesserungsversuch fit halten?</i></p>	<p><b>Examenstermin In 6 Monaten</b> <i>Sie wollen nicht sofort nach dem Ende des Examenkurses ins Examen, sondern sich Zeit zur Wiederholung lassen?</i></p>	<p><b>Schwangerschaft</b> <i>Sie haben Ihr Examen wegen Schwangerschaft verschieben müssen und wollen den Einstieg finden, ohne erneut den kompletten Examenkurs besuchen zu müssen?</i></p>	<p><b>Lange Pause seit Examenkurs</b> <i>Sie haben den Examenkurs bereits besucht, haben aber z.B. aus persönlichen Gründen das Examen nicht zeitnah schreiben können?</i></p>	<p><b>Durchgefallen</b> <i>Sie haben den ersten Versuch leider nicht bestanden und wollen sich intensiv auf den zweiten Versuch vorbereiten, ohne den vollen Examenkurs zu wiederholen?</i></p>

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerwG	<b>Aufhebung erfolgter Ernennung im Konkurrentenstreit möglich</b>	GG
Aktenzeichen: 2 C 16.09		Art. 19 IV
Datum: 04.11.2010		

	<b>Ernennungen sind nicht mehr ausnahmslos rechtsbeständig. So kann die Beförderung eines Richters oder Beamten in ein höheres Amt im Rahmen eines Konkurrentenstreits aufgehoben werden, wenn der Dienstherr den ausgewählten Bewerber unter Verletzung des Grundrechts des Mitbewerbers auf wirkungsvollen Rechtsschutz ernannt hat. Dies ist der Fall, wenn der ausgewählte Bewerber ernannt wird, bevor unterlegene Bewerber die Möglichkeiten der gerichtlichen Nachprüfung ausgeschöpft haben.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war bislang Präsident eines LG. Er hatte sich zusammen mit dem Beigeladenen, dem damaligen Präsidenten des LSG, um das höher eingestufte Amt des Präsidenten des OLG beworben. Der Justizminister entschied sich für den Beigeladenen und stützte sich zur Begründung auf statistische Angaben über die Arbeitsergebnisse der Sozialgerichtsbarkeit des Landes in der Amtszeit des Beigeladenen sowie auf Eindrücke des Justizministers bei den Tagungen der Oberpräsidenten.

Der Antrag des Klägers, dem Beklagten die Ernennung des Beigeladenen zum Präsidenten des OLG durch einstweilige Anordnung zu untersagen, blieb in beiden verwaltungsgerichtlichen Instanzen erfolglos. Der Kläger hatte bereits zuvor angekündigt, bei nachteiligem Ausgang des Verfahrens das BVerfG anzurufen. Dennoch händigte der Justizminister dem Beigeladenen unmittelbar nach Eingang der Entscheidung des OVG im Justizministerium die Ernennungsurkunde aus.

Das BVerwG gab der in den Vorinstanzen erfolglosen Klage statt.

### Lösung:

Die Ernennung des Beigeladenen zum Präsidenten des OLG wird aufgehoben. Der Beklagte ist verpflichtet, das Amt aufgrund eines neuen Auswahlverfahrens zu vergeben.

Eine Klage auf Aufhebung der Ernennung eines Konkurrenten hat Erfolg, wenn die Bewerberauswahl Rechte des Mitbewerbers verletzt. Dies ist der Fall, wenn der Dienstherr – wie hier – den ausgewählten Bewerber ernennt, bevor unterlegene Bewerber die Möglichkeiten der gerichtlichen Nachprüfung ausgeschöpft haben, und damit deren Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzt. Die unterlegenen Bewerber können ihr Recht auf gerichtliche Nachprüfung der Bewerberauswahl dann nur noch durch eine Klage gegen die Ernennung wahren. Daher muss in solchen Fällen der Grundsatz der Ämterstabilität, nach dem die Vergabe eines Amtes rechtsbeständig ist, zurückstehen.

Im Streitfall hat die Auswahlentscheidung des Beklagten das grundrechtlich gewährleistete Recht des Klägers auf eine sachgerechte, allein an Leistungsgesichtspunkten orientierte Entscheidung über seine Bewerbung verletzt. Insbesondere hat der Beklagte die Auswahl des Beigeladenen auf nicht tragfähige Erkenntnisse gestützt. Er durfte dem Beigeladenen nicht bereits aufgrund statistischer Angaben über seine Arbeitsergebnisse in der Sozialgerichtsbarkeit und aufgrund der Eindrücke des Justizministers bei Tagungen den Vorzug geben.

Die neue Rechtsprechung zur Aufhebbarkeit von Ernennungen ist bereits im vorliegenden Fall anwendbar. Das Vertrauen des Beigeladenen in die Rechtsbeständigkeit seiner Ernennung ist nach Abwägung der gegenläufigen Interessen nicht schutzwürdig. Zwar hat der Beigeladene aufgrund des rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten erhebliche Nachteile zu tragen, da seine bisherige Stelle als Präsident des LSG bereits anderweitig besetzt ist. Jedoch ist der Beklagte aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, die Folgen für den Beigeladenen so weit als möglich auszugleichen. Der Beigeladene kann sich zudem erneut um das Amt des OLG-Präsidenten bewerben.

Anzeige \_\_\_\_\_



**Aktuell im Jura Intensiv-Verlag:**  
**Klausurblöcke !!**  
**Skripte: StrafR AT I + II, BT I, Allg. VerwR,**  
**Grundrechte, BGB AT, KaufR !!**

Gericht: BVerwG	<b>Gleichbehandlung von verpartnerten Beamten (1)</b>	RL 2000/78/EG
Aktenzeichen: 2 C 47.09		
Datum: 28.10.2010		

	Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, haben hinsichtlich der Auslandszuschläge bzw. der Aufwandsentschädigung für Auslandsaufenthalte und der Hinterbliebenenversorgung einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit verheirateten Beamten. Das ergibt sich aus der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.
---	---

**Sachverhalt:** In zwei Verfahren hatten in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte des Auswärtigen Dienstes geltend gemacht, dass ihnen Auslandszuschläge für die Zeiten einer Auslandsverwendung bzw. die Aufwandsentschädigung u.a. für die Beibehaltung einer Wohnung im Ausland während einer Abordnung an eine weitere Auslandsdienststelle in gleicher Weise zustünden wie Verheirateten. In einem dritten Verfahren hatte der verbeamtete Kläger die Feststellung begehrt, dass nach seinem Tod seinem Lebenspartner die beamtenrechtliche Hinterbliebenenversorgung wie einem Ehegatten zustehe.

Alle drei Klagen hatten vor dem BVerwG Erfolg.

**Lösung:**

Die Anspruchsgrundlagen für die geltend gemachten Ansprüche gelten nach ihrem Wortlaut zwar jeweils nur für verheiratete Beamte. Die Vorschriften sind aber dahingehend gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, dass sie auch in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte erfassen. Das folgt aus der Richtlinie 2000/78/EG, die jede unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung verbietet.

Eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung im Sinn der Richtlinie liegt vor, wenn sich Personen oder Gruppen im Hinblick auf die in Rede stehende Norm in vergleichbarer Lage befinden und dennoch unterschiedlich behandelt werden. Ob dies der Fall ist, haben nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Gerichte der Mitgliedstaaten zu entscheiden.

In den vorliegenden Fällen sind die beantragten Leistungen Lebenspartnern vorenthalten worden, obwohl sie sich sowohl im Hinblick auf die besonderen Erschwernisse bei Einsätzen im Ausland als auch im Hinblick auf Leistungen der Hinterbliebenenversorgung in einer mit Eheleuten vergleichbaren Situation befinden. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Gleichbehandlung sind daher erfüllt.

Gericht: BVerwG	<b>Gleichbehandlung von verpartnerten Beamten (2)</b>	BBesG § 40 I Nr. 1
Aktenzeichen: 2 C 21.09		
Datum: 28.10.2010		

	Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, haben seit Juli 2009 Anspruch auf Zahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 (sog. Ehegattenzuschlag). Nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG wird dieser Zuschlag zwar nur Eheleuten gewährt. Die Vorschrift ist unter Berücksichtigung des Beschlusses des BVerfG vom 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – aber dahingehend gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, dass der Zuschlag auch eingetragenen Lebenspartnern zusteht.
---	--

**Sachverhalt:** Das BVerwG hatte über die Klagen eines Beamten des Landes Schleswig-Holstein und eines Bundesbeamten zu entscheiden. Beide leben in eingetragener Lebenspartnerschaft und hatten auf Zahlung des "Ehegattenzuschlags" seit dem 2.12.2003 geklagt. Das BVerwG sprach ihnen für die Zeit ab Juli 2009 einen Anspruch auf den "Ehegattenzuschlag" zu.

**Lösung:**

Die Kläger haben seit Juli 2009 Anspruch auf Zahlung des "Ehegattenzuschlags".

Der Gesetzgeber hat zeitlich nach Inkrafttreten von § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG den Familienstand der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft geschaffen und später fortentwickelt. Zudem müssen Behörden und Gerichte in Deutschland seit dem 2.12.2003 die Richtlinie 2000/78/EG anwenden. Diese untersagt jede unmittelbare Diskriminierung u.a. wegen der sexuellen Ausrichtung einer Person. Am 7.7.2009 schließlich hat das BVerfG zur eingetragenen Lebenspartnerschaft entschieden, dass der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) die Privilegierung der Ehe nicht rechtfertigt, wenn dies mit einer Benachteiligung der Lebenspartnerschaft einhergeht.

Würde man den Anwendungsbereich von § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG auf Eheleute reduzieren, so läge hierin eine unzulässige unmittelbare Diskriminierung von Personen, die in eingetragener Lebenspartnerschaft leben. Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft sind im Hinblick auf den Familienzuschlag seit dem Beschluss des BVerfG vom 7.7.2009 als vergleichbar anzusehen. Seither gebietet das Gemeinschaftsrecht daher, den Zuschlag auch Beamten in einer Lebenspartnerschaft zu gewähren.

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>KSchG: Kleinbetriebsklausel verfassungsgemäß</b>	KSchG
Aktenzeichen: 2 AZR 392/08		§ 23 I
Datum: 28.10.2010		

	§ 23 Abs. 1 KSchG, wonach das Kündigungsschutzgesetz in der Regel nur auf Betriebe mit mehr als zehn Arbeitnehmern anwendbar ist, verstößt nicht gegen Art. 3 Abs.1 GG. Die hierin liegende Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern kleinerer und größerer Betriebe ist sachlich gerechtfertigt. Auch wenn ein Unternehmer mehrere Kleinbetriebe unterhält, werden die Zahlen der dort Beschäftigten nicht automatisch zusammengerechnet, wenn es sich jeweils um selbstständige Betriebe handelt.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 1990 in einem Betrieb der Beklagten in Hamburg als Hausmeister und Haustechniker beschäftigt. Die Beklagte unterhält eine weitere Betriebsstätte in Leipzig. Sie beschäftigt in Leipzig mindestens acht und in Hamburg sechs Arbeitnehmer. Im Januar 2006 setzte sie in Hamburg einen vor Ort mitarbeitenden Betriebsleiter ein, den sie – wie sie behauptet hat – bevollmächtigte, dort Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen.

Im März 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter Berufung auf betriebliche Gründe. Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass das Kündigungsschutzgesetz anwendbar sei. Danach liege eine fehlerhafte Sozialauswahl vor, da die Beklagte den mit ihm vergleichbaren, 2003 eingestellten, deutlich jüngeren und – im Gegensatz zu ihm – niemandem zum Unterhalt verpflichteten Arbeitnehmer A. hätte entlassen müssen.

Arbeitsgericht und LAG gaben der Klage wegen einer unzureichenden Sozialauswahl statt. Das LAG hielt das Kündigungsschutzgesetz für anwendbar, weil die Kapitalausstattung der Beklagten nicht gering gewesen sei und ihr Geschäftsführer in Hamburg nicht mitgearbeitet habe. Auf die Revision der Beklagten hob das BAG die Vorentscheidung auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

### Lösung:

Es kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob die Beklagte dem Kläger wirksam gekündigt hat.

Soweit nur auf die Betriebsstätte in Hamburg abgestellt wird, ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, da hier nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt wurden. § 23 Abs. 1 KSchG bewirkt insoweit zwar eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmern größerer und kleinerer Betriebe. Hierin liegt aber kein Verstoß gegen Art. 3 GG. Die Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt, weil Kleinbetriebe typischerweise geprägt sind durch

- enge persönliche Zusammenarbeit,
- geringere Finanzausstattung und
- einen Mangel an Verwaltungskapazität.

Auch wenn ein Unternehmer – wie hier die Beklagte – mehrere Kleinbetriebe unterhält, werden die Zahlen der dort Beschäftigten nicht automatisch zusammengerechnet, wenn es sich tatsächlich um organisatorisch hinreichend verselbstständigte Einheiten und deshalb um selbstständige Betriebe handelt. Es ist allerdings sicherzustellen, dass damit aus dem Geltungsbereich des Gesetzes nicht auch Einheiten größerer Unternehmen herausfallen, auf die die typischen Merkmale des Kleinbetriebs nicht zutreffen.

Das Fehlen eines der typischen Merkmale für einen Kleinbetrieb führt jedoch nicht automatisch dazu, dass die Zahlen der Beschäftigten sämtlicher Betriebsstätten zusammenzuzählen sind. Maßgebend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.

Nach diesen Grundsätzen ist das LAG zu Unrecht davon ausgegangen, dass im Streitfall beide Betriebsstätten aus verfassungsrechtlichen Gründen auch dann als einheitlicher Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne anzusehen sind, wenn sie organisatorisch selbstständig sind. Ob dies zutrifft, bedarf weiterer Feststellungen durch das LAG.

# Sicher zum Ziel

Die modernste  
Skriptenreihe  
auf dem Markt!  
Bisher  
erschienen:

Ihre Bezugsquellen:

Frankfurt: Hector  
Kerst & Schweitzer

Gießen: Thalia

Heidelberg: Ziehank

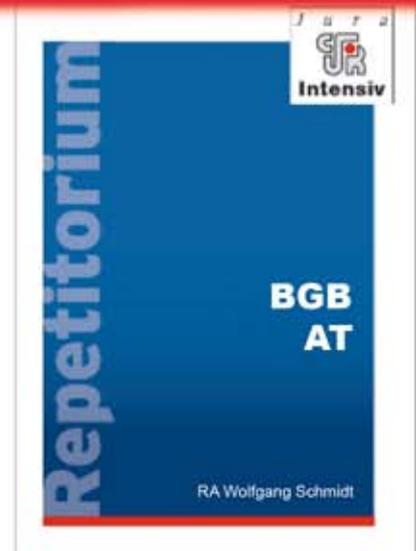
Mannheim: Löffler  
Thalia

Mainz: Kohl

Marburg: Elwert



+++ JETZT NEU: KLAUSURBLÖCKE, SKRIPT KAUFRECHT +++



## SKRIPTEN von Jura Intensiv

Gericht: BAG	<b>BAG-Rechtsprechungsübersicht: Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst</b>	ArbR diverse
Aktenzeichen: diverse		
Datum: diverse		

	Nachfolgend ist für Sie eine Übersicht der wichtigsten Entscheidungen des BAG der letzten Monate zum Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst zusammengestellt. Der Volltext der Entscheidungen ist – soweit schon verfügbar – jeweils auf den Webseiten des BAG veröffentlicht und hier beim Aktenzeichen hinterlegt.
---	---

BAG 20.5.2010, [6 AZR 319/09 \(A\)](#) u.a. **Vorlage an den EuGH: Diskriminieren die Entgeltregelungen des öffentlichen Dienstes jüngere Arbeitnehmer?** Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die auf Lebensaltersstufen bezogene Grundvergütung des BAT das Verbot der Altersdiskriminierung verletzt hat, ob sich eine solche Altersdiskriminierung im TVöD fortsetzt und ob und wie eine solche Altersdiskriminierung von den Tarifvertragsparteien – ggf. auch rückwirkend – beseitigt werden könnte.

BAG 19.5.2010, [4 AZR 796/08](#) **Ergänzende Auslegung: Dynamische Bezugnahmen auf den BAT erfassen auch die diesen ersetzenden Tarifverträge** Eine im Arbeitsvertrag enthaltene Bezugnahme Klausel, die auf den BAT "in seiner jeweils gültigen Fassung" verweist, ist dahingehend auszulegen, dass sie auch die den BAT ersetzenden Tarifverträge umfasst. Welcher der Nachfolgetarifverträge des BAT anzuwenden ist, beurteilt sich danach, welche Tarifregelung typischerweise gelten würde, wenn die Tätigkeit innerhalb des öffentlichen Dienst erbracht würde.

BAG 4.5.2010, [9 AZR 184/09](#) **Arbeitnehmer können bei unrichtiger Auskunft des Arbeitgebers einen Anspruch auf Schadensersatz haben** Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schuldhaft eine falsche Auskunft erteilt (hier: über die Auswirkungen der Freistellungsphase der Altersteilzeit auf den Bewährungsaufstieg), so kann der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz haben. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die falsche Auskunft kausal zu einem Schaden geführt hat, der Nachteil also ohne die Pflichtverletzung des Arbeitgebers nicht eingetreten wäre. Das muss der Arbeitnehmer darlegen.

BAG 18.3.2010, [6 AZR 156/09](#) u. [6 AZR 434/07](#) **Tarifliche Regelungen dürfen eingetragene Lebenspartner nicht gegenüber Eheleuten benachteiligen** Die Regelung im BAT, wonach nur verheirateten Beschäftigten im öffentlichen Dienst ein Ortszuschlag für Stiefkinder zu gewähren war, stellte eine gleichheitswidrige Benachteiligung von eingetragenen Lebenspartnern dar und war deshalb gem. Art. 3 Abs. 1 GG unwirksam. Gleiches gilt für eine tarifliche Regelung, wonach nur verheirateten Arbeitnehmern bei Entsendung ins Ausland ein Auslandszuschlag zu zahlen ist.

BAG 17.12.2009, [6 AZR 665/08](#) **TVöD: Unterschiedliche Überleitungsregelungen für Arbeiter und Angestellte verstoßen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG** Die unterschiedlichen Überleitungsregelungen für Angestellte und Arbeiter in den TVöD verstoßen nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs.1 GG. Sie können zwar dazu führen, dass ein angestellter Meister eine geringere Vergütung erhält als die ihm unterstellten Lehrgesellen. Hiermit haben die Tarifvertragsparteien aber die Grenzen der Tarifautonomie nicht überschritten.

BAG 27.10.2010, [7 AZR 485/09 \(A\)](#) **Vorlage an den EuGH: Verstößt die Haushaltsbefristung gegen europäisches Recht?** Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG, der den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen erlaubt, wenn die Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet werden, die für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, mit dem europäischen Unionsrecht vereinbar ist. Der Befristungsgrund stellt möglicherweise eine unzulässige Privilegierung öffentlicher Arbeitgeber dar.#

BAG 10.9.2009, [2 AZR 257/08](#) **Öffentlicher Dienst: Kündigung wegen außerdienstlicher Straftat** Für nicht hoheitlich tätige Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gelten nach § 41 Satz 1 TVöD-BT-V keine weitergehenden vertraglichen Nebenpflichten als für die Beschäftigten der Privatwirtschaft. Die früher in § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT und § 8 Abs. 8 MTArb vorgesehenen besonderen Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten der Arbeitnehmer sind von den Tarifvertragsparteien aufgehoben worden.

-----  
 BAG 24.09.2009, 8 AZR 636/08 **Bewerbung im öffentlichen Dienst – Entschädigung wegen Altersdiskriminierung** Ein Bewerber im öffentlichen Dienst, der vor Inkrafttreten des AGG aufgrund seines Alters abgelehnt worden ist, hat grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht ihm zu, wenn die Verletzung schwerwiegend ist bzw. ein schweres Verschulden des Schädigenden vorliegt.  
 -----

BAG 17.8.2010, 9 AZR 347/09 **Konkurrentenklage: Verfahrensmängel können Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens rechtfertigen** Kommt es bei der Besetzung eines öffentlichen Amtes zu einer Konkurrentenklage, in deren Verlauf seitens des Gerichts Verfahrensmängel beanstandet werden, so kann die Behörde zum Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens berechtigt sein. Mit einem berechtigten Abbruch wird der etwaige Besetzungsanspruch des unterlegenen Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG beseitigt. Ihm bleibt daher nur die Möglichkeit, sich bei einer erneuten Stellenausschreibung wieder zu bewerben.  
 -----

BAG 14.7.2010, 10 AZR 182/09 **Personalstellung durch Landesgesetz** Durch das VersÄmtEinglG sind die bei den aufgelösten Versorgungsämtern in Nordrhein-Westfalen Beschäftigten kraft Gesetzes zu anderen Landesbehörden versetzt oder im Wege der Personalstellung kommunalen Körperschaften unter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Land zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt worden. Diese Regelungen sind mit höherrangigem Recht vereinbar. Eines Rückgriffs auf eine vertragliche oder tarifliche Rechtsgrundlage bedurfte es auch im Fall der Personalstellung nicht.  
 -----

BAG 17.12.2009, 6 AZR 729/08 **Arbeitszeit für Schulhausmeister gem. TVöD** Schulhausmeister, die weitgehend selbstbestimmt tätig sind, müssen bei regelmäßigem Anfall von Bereitschaftszeiten nach Abschn. A des Anhangs zu § 9 TVöD dafür Sorge tragen, dass sie innerhalb des festgesetzten Ausgleichszeitraums die tariflichen Höchstgrenzen der zulässigen Arbeitszeit einhalten. Ist der Ausgleichszeitraum gem. § 6 Abs. 2 TVöD entsprechend lang bemessen, sind die Ferien bei der Ermittlung der durchschnittlichen höchstzulässigen Wochenarbeitszeit zu berücksichtigen.  
 -----

Gericht: BAG	<b>Vorlage an EuGH: Kettenbefristung bei dauerhaftem Vertretungsbedarf</b>	TzBfG
Aktenzeichen: 7 AZR 443/09 (A)		§ 14 I
Datum: 17.11.2010		

	Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es mit dem EU-Recht vereinbar ist, dass wiederholte Befristungen eines Arbeitsvertrags nach deutschem Recht auch dann auf den Sachgrund der Vertretung gestützt werden können, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht. Das BAG hält dies für zweifelhaft, weil der Arbeitgeber den Vertretungsbedarf in diesen Fällen regelmäßig auch durch unbefristete Einstellungen befriedigen kann und die Kettenbefristungen daher möglicherweise missbräuchlich sind.
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin war bei dem beklagten Land NRW aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen von Juli 1996 bis Dezember 2007 als Justizangestellte im Geschäftsstellenbereich des Amtsgerichts Köln beschäftigt. Die befristete Beschäftigung diente jeweils der Vertretung von Arbeitnehmern, die sich in Elternzeit oder Sonderurlaub befanden. Es spricht vieles dafür, dass bei Abschluss des letzten mit der Klägerin geschlossenen befristeten Vertrags beim Amtsgericht Köln ein ständiger Vertretungsbedarf an Justizangestellten vorhanden war.

Mit ihrer Klage wehrte sich die Klägerin gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses. Das BAG setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

*Ist es mit § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG (Rahmenvereinbarung) vereinbar, die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags auch dann auf den im nationalen Recht vorgesehenen Sachgrund der Vertretung zu stützen, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, der auch durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden könnte?*

**Lösung:**

Es ist zweifelhaft, ob der Senat unter Berücksichtigung des europäischen Unionsrechts uneingeschränkt an seiner bisherigen Rechtsprechung zur wiederholten Befristung von Arbeitsverhältnissen in Fällen eines ständigen

Vertretungsbedarfs festhalten kann.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats kann sich ein Arbeitgeber auf diesen Sachgrund auch berufen, wenn bei ihm ständig Arbeitskräfte ausfallen und der Vertretungsbedarf auch durch unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer abgedeckt werden könnte. Daher kann auch eine größere Anzahl von befristeten Verträgen auf den Sachgrund der Vertretung gestützt werden, wenn nur bei der jeweils letzten Befristungsabrede ein Vertretungsfall vorlag.

§ 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung verpflichtet die Mitgliedstaaten der EU allerdings, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden. Es ist fraglich, ob hiermit Kettenbefristungen bei ständigem Vertretungsbedarf zu vereinbaren sind. Diese Frage ist weder vom EuGH abschließend geklärt, noch ist ihre Beantwortung offenkundig.

Gericht: ArbG Berlin	<b>Abgrenzung zu „Emmely“: Weiterer Pfandbon-Fall</b>	BGB
Aktenzeichen: 1 Ca 5421/10		§ 626
Datum: 28.09.2010		

	Der Verdacht eines Pfandbon-Missbrauchs durch einen Verkäufer mit Kassentätigkeit kann auch bei verhältnismäßig geringem Schaden (hier: 6,06 €) und langjähriger Betriebszugehörigkeit eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Zwar kommt nach dem Urteil des BAG vom 10.6.2010 (Az.: 2 AZR 541/09 – "Emmely") einer langen Beschäftigungszeit im Rahmen der Interessenabwägung eine wichtige Bedeutung zu. Diese ist aber nicht unbedingt ausschlaggebend, wenn der dringende Verdacht den originären Kernbereich der Tätigkeit des Arbeitnehmers betrifft.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 17 Jahren als Verkäufer mit Kassentätigkeit bei dem Beklagten beschäftigt. Er geriet in Verdacht, in zwei Fällen manuell Pfandbons erstellt zu haben, ohne dass dem ein tatsächlicher Kassivorgang gegenüber gestanden hätte, und das entsprechende Geld an sich genommen zu haben. Dadurch soll ein Schaden i.H.v. insgesamt 6,06 € entstanden sein. Der Beklagte kündigte ihm wegen des Verdachts fristlos. Die hiergegen gerichtet Klage, mit der der Kläger die Tat bestritt, hatte vor dem Arbeitsgericht keinen Erfolg.

**Lösung:**

Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wirksam fristlos gekündigt.

Es besteht der dringende Verdacht, dass der Kläger Pfandbons erstellt hat, um sich persönlich zu bereichern. Er hat gegenüber dem Beklagten und im Prozess jeweils wechselnde Darstellungen des Sachverhalts abgegeben, so dass sein gesamtes Vorbringen als unglaubwürdig erscheint.

Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung war zwar die langjährige Betriebszugehörigkeit insbesondere nach der neuen Rechtsprechung des BAG zugunsten des Klägers zu berücksichtigen. Maßgeblich zu seinen Lasten war jedoch zu berücksichtigen, dass er als Verkäufer mit Kassiertätigkeit im originären Kernbereich seiner Tätigkeit derartige dringende Verdachtsmomente gesetzt hat. Auch der relativ geringe Schadensbetrag kann nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

**Der Hintergrund:** Vorliegend liegt ein Vergleich mit dem öffentlich stark diskutierten "Emmely"-Fall nahe: In beiden Fällen berührte die Tat bzw. der Verdacht den Kernbereich der Tätigkeit von langjährig beschäftigten Kassierern und war der wirtschaftliche Schaden eher gering. Der wesentliche Unterschied mag darin liegen, dass der Kläger des vorliegenden Verfahrens heimlich und mit deutlich höherer krimineller Energie vorgegangen ist als "Emmely".

Anzeige

	<p><b>Aktuell im Jura Intensiv-Verlag:</b></p> <p><b><u>Klausurblöcke !!</u></b></p> <p><b><u>Skripte: StrafR AT I + II, BT I, Allg. VerwR,</u></b></p> <p><b><u>Grundrechte, BGB AT, KaufR !!</u></b></p>
---	--

Gericht: LAG Schleswig-Holstein	<b>§ 626 BGB: Verzehr von Patientenessen</b>	BGB
Aktenzeichen: 3 Sa 233/10		§ 626
Datum: 29.09.2010		



Verzehrt ein in einem Krankenhaus langjährig beanstandungslos beschäftigter Arbeitnehmer ein Stück einer Patientenpizza sowie einen nicht verbrauchten Rest einer Patientenportion Gulasch, so rechtfertigt dies ohne vorherige Abmahnung keine fristlose Kündigung. Zweck einer fristlosen Kündigung ist nicht die Bestrafung einer Pflichtverletzung, sondern die Vermeidung künftiger Vertragsverstöße. Zur Objektivierung der negativen Zukunftsprognose ist in aller Regel eine Abmahnung erforderlich.

**Sachverhalt:** Der 56-jährige Kläger ist seit nahezu 20 Jahren in der von der Beklagten betriebenen psychiatrischen Fachklinik als Krankenpflegehelfer beschäftigt. Er genießt tariflichen Kündigungsschutz. In seiner gesamten Beschäftigungszeit war es zu keinerlei Beanstandungen gekommen.

Die Beklagte bezichtigte den Kläger, eine Ecke Pizza abgerissen und gegessen sowie einen Rest Gulasch verzehrt zu haben, welches beides den Patienten zugestanden hätte. Er habe daher zulasten der Patienten Vermögensdelikte begangen und deren besondere Schutzbedürftigkeit ausgenutzt. Der Kläger bestritt die Vorwürfe.

Ohne vorherige Abmahnung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des Betriebsrats fristlos. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage hatte sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG keinen Erfolg. Das LAG ließ auch die Revision nicht zu.

#### **Lösung:**

Die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung ist unwirksam und hat daher das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht beendet. Dabei kann offenbleiben, ob der Kläger tatsächlich übrig gebliebenes Patientenessen verzehrt hat. Selbst wenn dieser Vorwurf zutreffen sollte, könnte er ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung rechtfertigen.

Für die Prüfung eines wichtigen Grunds für eine außerordentliche Kündigung kommt es nicht auf die strafrechtliche Würdigung des Fehlverhaltens an. Zweck der fristlosen Kündigung darf auch nicht die Sanktion einer Vertragsverletzung sein. Sie dient vielmehr der Vermeidung des Risikos weiterer arbeitsvertraglicher Verstöße. Bei einem steuerbaren Verhalten ist in aller Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich, um eine negative Zukunftsprognose zu objektivieren. Die Abmahnung ist nur entbehrlich, wenn keine Verhaltensänderung zu erwarten ist oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass ihre Hinnahme durch den Arbeitgeber erkennbar ausgeschlossen ist.

Nach diesen Grundsätzen wäre im Streitfall vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich gewesen. Bei den Vorwürfen des unerlaubten Verzehrs von Essensresten handelt es sich allenfalls um ein geringfügiges Eigentumsdelikt. Vor diesem Hintergrund stellte die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine unverhältnismäßige Reaktion auf die behaupteten Pflichtverletzungen dar. Zu berücksichtigen waren außerdem der langjährige ungestörte Verlauf des Arbeitsverhältnisses und der äußerst geringe Wert der Speisen.

Anzeige



## **Crash-Kurs im Januar '11 in Ffm und Mainz**

**Erstmals drei volle Termine im ZivilR und im ÖR!**

**2 Termine ArbR, HandelsR und GesR!**

**2 Termine StrafR!**

**Pro Kurstag nur 30 € !!**

**Auch für Referendare zur Schnell-Wiederholung des materiellen Recht geeignet!**

## Erbrecht

Gericht: BGH	<b>Rücktritt vom Erbvertrag nach ausgebliebenen Pflegeleistungen</b>	<b>BGB</b>
Aktenzeichen: IV ZR 30/10		<b>§§ 2295, 323</b>
Datum: 05.10.2010		

	<p><b>In einem Erbvertrag, in dem der Erblasser den Bedachten im Verbund mit einem Vertrag unter Lebenden zum Erben bestimmt und dieser sich zum Erbringen von Pflegeleistungen verpflichtet, kann der Erblasser zwar wegen unterbliebener Pflegeleistungen vom Vertrag und zugleich nach § 2295 BGB vom Erbvertrag zurücktreten. Der Rücktritt kommt allerdings erst dann in Betracht, wenn der Erblasser den Bedachten unter Fristsetzung zuvor vergeblich aufgefordert hat, die im Einzelnen zu bezeichnenden Pflegeleistungen zu erbringen.</b></p>
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin hatte den Beklagten zu ihrem Erben eingesetzt. Ferner verpflichtete sie sich, ihr Hausgrundstück ohne Zustimmung des Beklagten weder zu veräußern noch zu belasten. Der Beklagte seinerseits verpflichtete sich dazu, die Klägerin in kranken und alten Tagen kostenlos zu hegen und zu pflegen.

Der Beklagte wohnte seit 1980 zunächst in einer eigenen Wohnung im Haus der Klägerin, bis er Anfang 1993 auszog. Im April 1999 forderte die Klägerin den Beklagten schriftlich auf, bis Mai 1999 in ihrer Wohnung vorstellig zu werden. Allerdings wurden auch in der Folgezeit keine Pflegeleistungen durch den Beklagten erbracht. Im Juni 2007 zog die Klägerin in ein Alten- und Pflegeheim. Im Januar 2008 erklärte sie den Rücktritt vom Erbvertrag unter Berufung darauf, dass sie seit Frühjahr 1999 geringfügig und seit Anfang des Jahres 2005 in größerem Umfang auf Pflege angewiesen gewesen sei.

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

### **Lösung:**

Die Feststellung des OLG, die Klägerin sei gem. §§ 2295, 323 Abs. 1 BGB wirksam vom Erbvertrag zurückgetreten, da der Beklagte seine Pflegeverpflichtung nicht erfüllt habe, war nicht verfahrensfehlerfrei.

Ist mit einem Erbvertrag, durch den der Erblasser den Bedachten zum Erben bestimmt, ein gegenseitiger Vertrag unter Lebenden verbunden, in dem der Bedachte sich zum Erbringen von Pflegeleistungen verpflichtet und der Erblasser weitere Verpflichtungen übernimmt (hier: keine Veräußerung oder Belastung seines Hausgrundstücks zu Lebzeiten), so kann letzterer zwar wegen unterbliebener Pflegeleistungen gem. § 323 BGB von diesem Vertrag und zugleich nach § 2295 BGB vom Erbvertrag zurücktreten. Ein derartiger Rücktritt kommt allerdings erst dann in Betracht, wenn der Erblasser den Bedachten unter Fristsetzung zuvor vergeblich aufgefordert hat, die im Einzelnen zu bezeichnenden Pflegeleistungen zu erbringen.

Unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG hatte das Berufungsgericht festgestellt, dass der Beklagte seine Vertragspflichten zu keinem Zeitpunkt erfüllt habe und eine Fristsetzung wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen sei. Die erforderliche Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung konnte nicht in dem Schreiben der Klägerin vom April 1999 gesehen werden. Denn es fehlte schon an der erforderlichen bestimmten und eindeutigen Aufforderung zur Leistung. Zudem wurde eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt. So wurde der Vortrag des Beklagten außer Acht gelassen, wonach nach seinem Auszug aus dem Haus der Klägerin diese den Kontakt zu ihm abgebrochen habe und nicht umgekehrt.

Der Beklagte selbst war lediglich zu einer Betreuung der Klägerin im häuslichen Umfeld mit den ihm gegebenen persönlichen Möglichkeiten verpflichtet. Sollte die Klägerin aber im Jahr 2007 in ein Alten- und Pflegeheim umgezogen sein, weil nur noch dort, nicht dagegen zu Hause, eine adäquate medizinische und pflegerische Betreuung möglich war, so entfiel gem. § 275 Abs. 1 BGB wegen nachträglicher Unmöglichkeit eine Pflegeverpflichtung des Beklagten, was der Klägerin dann die Möglichkeit eröffnete, ihrerseits von der erbvertraglichen Einsetzung des Beklagten zurückzutreten. Warum die Klägerin 2007 in ein Alten- und Pflegeheim gezogen ist, wird im weiteren Verfahren zu klären sein.