

Herausgeber:

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

# ZARA

Ausgabe März/12  
5. 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, 29.02.2012- VIII ZR 155/11 – Anforderungen an Darlegung eines Mangels bei Mietwohnung	S. 4
BGH, 28.02.2012 – VI ZR 10/11 – Zum Mitverschulden wegen Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes	S. 5
BGH, 22.02.2012 – VIII ZR 205/11 – Zur Auslegung von Farbwahlklauseln bei Mietverträgen	S. 6

#### Strafrecht

BVerfG 05.03.2012 – 2 BvR 1464/11 – Unwirksamer Rechtsmittelverzicht bei Zweifeln über Absprache	S. 8
BGH, 23.02.2012 – 1 StR 586/11 – Zum untreuerelevanten Vermögensnachteil bei einer KG	S. 8

#### Öffentliches Recht

BVerfG, 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 – Telekommunikationsdaten: Regelungen teilweise verfassungswidrig	S. 10
--	-------

#### Arbeitsrecht

BAG, 16.02.2012 – 6 AZR 553/10 – Zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung	S. 11
BAG, 15.03.2012 – 8 AZR 160/11 – AGG-Ansprüche: Geltendmachung innerhalb von 2 Monaten	S. 12
BAG, 21.02.2012 – 9 AZR 487/10 – Kein doppelter Urlaubsanspruch im „Doppelarbeitsverhältnis“	S. 12
LAG Berlin-Brandenburg, 10.02.2012 – 6 Sa 1845/11 - § 626 BGB: Diebstahl geringwertiger Sachen	S. 13
LAG Hamm, 22.03.2012 – 16 Sa 1176/09 – Zum Urlaubs-Übertragungszeitraum bei Langzeiterkrankung	S. 14
LAG Berlin-Brandenburg, 08.02.2012 – 24 Sa 1800/11 – Zur Verdachtskündigung bei langjähriger Beschäftigung	S. 16
ArbG Mönchengladbach, 23.02.2012 – 3 Ca 3495/11 u.a. - § 626 BGB: Zur Kündigungserklärungsfrist bei Verdachtskündigung	S. 16

#### Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH, 17.01.2012 – II ZR 197/10 – Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters als Scheingesellschafter	S. 17
BGH, 06.03.2012 – II ZR 56/10 – Haftung von GmbH-Gesellschaftern bei wirtschaftlicher Neugründung	S. 18

#### Familienrecht

EGMR, 22.03.2012 – 45071/09 u.a. – Zur Abweisung von Klagen zur Vaterschaftsanfechtung	S. 19
--	-------

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Weil, Gotshal & Manges veranstaltet in Kooperation mit der JuCon und mit Jura Intensiv am 24. Mai einen Bewerberabend in Frankfurt (Anzeige auf S. 2).
- Die Kanzlei Linklaters veranstaltet einen Workshop zum Thema Steuerrecht (Anzeige auf S. 3).
- Die Kanzlei Simmons & Simmons veranstaltet einen Workshop zu wirtschaftsrechtlichen Themen (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,

die aktuelle Ausgabe der ZARA enthält wieder viele überaus wichtige Entscheidungen. Herausheben möchten wir dennoch die Entscheidung des BVerfG zur teilweisen Verfassungswidrigkeit der Regelungen zur Speicherung und Weitergabe von Telekommunikationsdaten.

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 **Weil, Gotshal & Manges** auf S. 2. Am 24. Mai findet in Kooperation mit der JuCon und mit Jura Intensiv in Frankfurt ein Bewerberabend statt. Die Kanzlei **Linklaters** veranstaltet am 4. und 5. Mai einen Workshop zum Steuerrecht in München (Anzeige auf S. 3). Schließlich veranstaltet die Kanzlei **Simmons & Simmons** am 8. Mai in Frankfurt einen Workshop zu wirtschaftsrechtlichen Fragen (Anzeige auf S. 7).

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.

**Internet:** [www.JuCon-online.org](http://www.JuCon-online.org)

# One Team, Many Faces – Truly Global



Weil, Gotshal & Manges LLP, 1931 in New York gegründet, zählt heute zu den größten und renommiertesten Anwaltssozietäten in den USA und Europa. Inzwischen beraten über 1.200 Anwälte an 20 Standorten weltweit Mandanten in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

In Kooperation mit Jura Intensiv und der JuCon laden wir Sie am **24. Mai 2012** um **17:00 Uhr** herzlich zum **Bewerberabend** in unsere Kanzlei ein, zum Thema:

## **Restructuring: Von der Stundung bis zur Insolvenz**

Wir geben Ihnen eine kurze Einführung, dann arbeiten wir gemeinsam in Workshops an Themen aus unserer täglichen Wirklichkeit.

Lernen Sie unser Team persönlich kennen und tauschen Sie sich mit unseren Anwältinnen und Anwälten in einer unkomplizierten und lockeren Atmosphäre bei Fingerfood und Drinks über Ihre persönlichen Erwartungen und Vorstellungen aus.

Haben Sie Ihr 1. Staatsexamen erfolgreich absolviert? Dann bewerben Sie sich bis zum 3. Mai 2012 bei Dr. Dirk Schweinberger ([info@jucon-online.net](mailto:info@jucon-online.net)).

Weil, Gotshal & Manges LLP  
Taunusanlage 1 (Skyper)  
60329 Frankfurt am Main





Für Juristen  
und Wiwis.

## Achtung, Praxis: Steuerrecht.

### Workshop Steuerrecht am 4./5. Mai 2012 in München

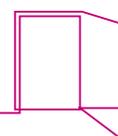
Unsere Steuerrecht-Teams strukturieren M&A-Transaktionen, reorganisieren Konzerne, entwickeln Finanzprodukte, argumentieren in der Betriebsprüfung und überzeugen Finanzgerichte. Lernen Sie unsere Teams aus den Büros in Düsseldorf, Frankfurt und München kennen.

Dazu laden wir Sie zu zwei spannenden Tagen mit praxisnahen Fallstudien, Einblicken in den Berufsalltag sowie einem attraktiven Rahmenprogramm in unser Münchner Büro ein. Dabei haben Sie die Gelegenheit, alles über den Berufseinstieg und die Entwicklungsmöglichkeiten im Bereich Steuerrecht sowie über unser Referendarprogramm „Colleagues of Tomorrow“ zu erfahren.

Bewerben Sie sich als **fortgeschrittener Student der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften, Referendar oder Berufseinsteiger (w/m)** mit Ihren vollständigen Unterlagen (bevorzugt per E-Mail) bis zum 23. April 2012.

#### Linklaters LLP

Nicola von Tschirnhaus  
Recruitment Manager  
+49 69 71003 341  
recruitment.germany@linklaters.com



## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Anforderungen an Darlegung eines Mangels bei Mietwohnung</b>	BGB § 536
Aktenzeichen: VIII ZR 155/11		
Datum: 29.02.2012		

	<p>Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz in einem Mehrfamilienmietshaus muss der Mieter, der einen Minderungsanspruch geltend machen will, kein "Protokoll" führen. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten.</p>
---	---

**Sachverhalt:** Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Klägerin. Einen Teil der Wohnungen vermietet die Klägerin als Ferienwohnungen an Touristen. Die Beklagten minderten die Miete um 20 %, da es durch die Vermietung an die Touristen zu erheblichen Belästigungen durch Lärm und Schmutz komme. Daraufhin kündigte die Klägerin wegen des aufgelaufenen Mietrückstandes das Mietverhältnis mit den Beklagten fristlos, hilfsweise fristgemäß. Nach der Kündigung zahlten die Beklagten unter Vorbehalt einen Betrag von 3.704,68 €.

Das AG wies die Räumungsklage ab und gab der Widerklage hinsichtlich der Rückerstattung des unter Vorbehalt gezahlten Betrags sowie der Feststellung eines Mietminderungsrechts statt. Das LG verurteilte hingegen die Beklagten zur Räumung der Wohnung und wies die Widerklage ab. Auf die Revision der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

### Die Lösung:

Das Berufungsgericht hatte die Anforderungen an die Darlegung eines Sachmangels gem. § 536 BGB in unvertretbarer Weise überspannt. Zwar war die Annahme des LG zutreffend, dass eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht schon darin lag, dass die Klägerin Wohnungen an Feriengäste und Touristen vermietet. Schließlich führt so etwas nicht zwangsläufig zu Beeinträchtigungen der übrigen Mieter, die über das Maß von Störungen hinausgeht, die bei einer Wohnnutzung typischerweise zu erwarten und in einer Wohnanlage mit vielen Parteien kaum zu vermeiden sind. So sind in einem Mehrfamilienhaus etwa gelegentlich auftretende Streitigkeiten von Bewohnern oder gelegentliches Feiern als sozialadäquat hinzunehmen.

Entgegen seiner Auffassung gingen jedoch die Einwirkungen, die nach Darstellung der Beklagten durch die Vermietungspraxis der Klägerin verursacht wurden, über derartige kaum zu vermeidende Beeinträchtigungen weit hinaus. Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, muss der Mieter nur einen konkreten Sachmangel, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt, vortragen. Insofern hatte das Berufungsgericht die Anforderungen an die vom Mieter geforderte Darlegung der Beeinträchtigungen verkannt.

Das Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung (oder einen bestimmten Minderungsbetrag) braucht der Mieter nämlich nicht anzuzeigen. Bei wiederkehrenden Beeinträchtigungen durch Lärm oder Schmutz ist die Vorlage eines "Protokolls" nicht erforderlich. Vielmehr genügt grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Diesen Anforderungen wurde der Vortrag der Beklagten durchaus gerecht. Das Berufungsgericht muss nun im weiteren Verfahren Feststellungen zu den geltend gemachten Beeinträchtigungen treffen.

## Assessorseminare Klausurtechnik:

Empfohlen von und in Kooperation mit:

Linklaters

TaylorWessing



14. und 15.04.: Klausurtechnik S II (Urteil und Revision)

Gericht: BGH	<b>Zum Mitverschulden wegen Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes</b>	StVO
Aktenzeichen: VI ZR 10/11		§ 34 I Nr. 2
Datum: 28.02.2012		

	Ereignet sich auf einer öffentlichen Straße ein Unfall, ist der Unfallfahrer nicht nur berechtigt, den Gurt zu lösen, um das Fahrzeug zu verlassen und sich in Sicherheit bringen zu können, sondern gem. § 34 Abs. 1 Nr. 2 StVO sogar dazu verpflichtet, um die Unfallstelle sichern zu können. Ereignet sich daraufhin ein Zweitunfall, kann kein höherer Mitverursachungsanteil wegen des nichtangelegten Sicherheitsgurtes angenommen werden.
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin war nachts gegen 3:10 Uhr mit ihrem Pkw auf einer Bundesautobahn unterwegs, als sie plötzlich aus ungeklärten Gründen die Kontrolle über ihr Fahrzeug verlor. Dieses geriet ins Schleudern, stieß gegen die Mittelplanke und kam auf der linken Fahrspur unbeleuchtet zum Stehen. Kurz darauf prallte der Beklagte zu 1), mit einer Geschwindigkeit von etwa 130 km/h und eingeschaltetem Abblendlicht mit seinem Pkw auf das Fahrzeug der Klägerin. Diese wurde schwer verletzt.

Später beehrte die Klägerin von der Haftpflichtversicherung des Beklagten zu 1), der Beklagten zu 2), Schadensersatz unter Berücksichtigung einer Mitverschuldensquote von 1/3. Das LG gab der Klage statt; das OLG senkte die Haftungsquote grundsätzlich auf 60 % ab. Da die Klägerin bei dem Zweitunfall nicht angeschnallt war, nahm es hinsichtlich des der Klägerin infolge ihrer Körperverletzung entstandenen Schadens einen höheren Mitverursachungsanteil an und ordnete insoweit eine Haftungsquote von nur 40 % an. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und änderte die Entscheidung zugunsten der Klägerin ab.

#### Die Lösung:

Es war eine Haftung der Beklagten hinsichtlich sämtlicher Schäden mit einer einheitlichen Quote von 60 % anzuordnen.

Zwar müssen gem. § 21a Abs. 1 StVO vorgeschriebene Sicherheitsgurte während der Fahrt grundsätzlich angelegt sein. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift kann hinsichtlich unfallbedingter Körperschäden auch zu einer Haftungskürzung wegen Mitverursachung führen. Da die Beklagten hier nur für die Folgen des Zweitunfalls haften, war für die Frage der Mitverursachung durch die Klägerin allerdings nur von Bedeutung, ob zum Zeitpunkt des Zweitunfalls noch eine Anschnallpflicht bestand. Und das war nicht der Fall.

Der Aufprall des vom Beklagten zu 1) gelenkten Pkw ereignete sich nicht "während der Fahrt". Vielmehr war dessen Fahrt dadurch beendet worden, dass der Pkw der Klägerin unfallbedingt an der Leitplanke zum Stehen gekommen war. Nachdem es zu diesem Unfall gekommen war, war die Klägerin mithin nicht nur berechtigt, den Gurt zu lösen, um ihr Fahrzeug verlassen und sich in Sicherheit bringen zu können, sondern gem. § 34 Abs. 1 Nr. 2 StVO sogar dazu verpflichtet, um die Unfallstelle sichern zu können. Ihr konnte deshalb nicht angelastet werden, unangeschnallt gewesen zu sein, als sich der Zweitunfall ereignete.



## Assessorseminare Klausurtechnik:

Empfohlen von und in Kooperation mit:

Linklaters

TaylorWessing

### Der nächste vollständige Kurs:

- .: Klausurtechnik ZPO I und II
- .: Klausurtechnik zivilrechtliche Anwaltsklausur
- .: Klausurtechnik Öffentliches Recht
- .: Klausurtechnik S I (Abschlussverfügung)
- .: Klausurtechnik S II (Urteil und Revision)

Unser Assex-Crash-Kurs: Fit in die Klausuren gehen!

Gericht: BGH	<b>Zur Auslegung von Farbwahlklauseln in Mietverträgen</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 205/11		§ 305c
Datum: 22.02.2012		

	<b>Auch wenn der Mieter die Wohnung bei Mietbeginn mit einem neuen weißen Anstrich übernommen hat, benachteiligt ihn eine Farbwahlklausel nur dann nicht unangemessen, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht. Zudem muss die Klausel dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lassen.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin war von Juli 2005 bis September 2008 Mieterin einer Wohnung des Beklagten. Im Mietvertrag sind die Schönheitsreparaturen formularmäßig auf die Klägerin abgewälzt; außerdem ist eine Quotenabgeltungsklausel vereinbart. Zur Ausführung der Schönheitsreparaturen heißt es in § 13 Ziffer 3 des Mietvertrags:

"Die Arbeiten müssen in fachmännischer Qualitätsarbeit - handwerksgerecht - ausgeführt werden. Der Mieter darf ohne Zustimmung des Vermieters bei der Ausführung der Schönheitsreparaturen bei Vertragsende nicht von der ursprünglichen Ausführungsart abweichen. Das Holzwerk darf nur weiß gestrichen werden, Naturholz nur transparent oder lasiert. Heizkörper und Heizrohre sind weiß zu streichen. Der Anstrich an Decken und Wänden hat in weiß, waschfest nach TAKT, zu erfolgen. Die Verwendung anderer Farben bedarf der Genehmigung des Vermieters, ebenso die Anbringung besonderer Wanddekorationen und schwerer Tapeten."

Die Klägerin führte am Ende des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen an den Decken und Wänden der Wohnräume durch. Im Hinblick auf die vereinbarte Quotenabgeltungsklausel behielt der Beklagte für anteilige Kosten der Schönheitsreparaturen hinsichtlich der Heizkörper, Innentüren, Keller sowie des Loggiabodens aus der Kautio einen Betrag i.H.v. 650 € ein. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Schönheitsreparaturklauseln wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam seien und ihr die Kautio deshalb ungekürzt ausbezahlen sei; für die von ihr durchgeführten Schönheitsreparaturen schulde der Beklagte Wertersatz i.H.v. 1.037 €.

Das AG gab der auf Zahlung von 1.687 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichteten Klage unter Abweisung im Übrigen i.H.v. 163 € nebst Zinsen statt. Das LG gab der Klage i.H.v. 261 € nebst Zinsen statt. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil insoweit auf, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

#### Die Lösung:

Die Schönheitsreparaturen sind im Hinblick auf die vom Beklagten verwendete (unzulässige) Farbwahlklausel nicht wirksam auf die Klägerin übertragen, so dass dem Beklagten anteilige Schönheitsreparaturkosten nicht zustehen und ein Anspruch der Klägerin auf Wertersatz für die am Vertragsende teilweise ausgeführten Schönheitsreparaturen nicht mit der vom LG gegebenen Begründung verneint werden kann.

Nach ständiger BGH-Rechtsprechung benachteiligt eine Farbwahlklausel den Mieter (nur) dann nicht unangemessen, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt. Die hier vereinbarte Farbwahlklausel wird diesen Voraussetzungen nicht gerecht. Sie gibt dem Mieter - auch für Schönheitsreparaturen während der Mietzeit - einen weißen Anstrich von Decken und Wänden vor und schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters dadurch in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt.

Unbeachtlich ist, ob die Regelung in § 13 Ziffer 3 S. 2, der für die bei Vertragsende auszuführenden Arbeiten die ursprüngliche Ausführungsart vorgibt, so ausgelegt werden kann, dass auch die Verpflichtung, den Anstrich von Decken und Wänden weiß auszuführen, nur für bei Vertragsende durchzuführende Dekorationsarbeiten gilt. Denn eine Auslegung der Klausel dahin, dass die Farbvorgabe "weiß" - ebenso wie die in § 13 Ziffer 3 S. 1 geregelte Vorgabe einer handwerksgerechten Qualität der auszuführenden Arbeit - auch für die während der Mietzeit erforderlichen Schönheitsreparaturen gilt, ist zumindest möglich und deshalb nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) zugrunde zu legen.

Für die Beurteilung der Farbwahlklausel spielt es auch keine Rolle, dass die Klägerin die Wohnung zu Beginn des Mietverhältnisses mit einem neuen weißen Anstrich übernommen hatte. Das berechnete Interesse des Vermieters beschränkt sich darauf, die Wohnung am Ende der Mietzeit in einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Interessenten akzeptiert wird und somit einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht. Diesem Interesse kann der Vermieter jedoch mit einer Klausel Rechnung tragen, die nur für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt. Rechtsfolge der unangemessenen Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen ist die Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin.

## JOIN THE LAW FIRM THAT THINKS OTHERWISE...

...about law, business and you...

Sie bringen überdurchschnittliche Rechts- und Englischkenntnisse mit und fragen sich, wo Sie in den Anwaltsberuf einsteigen möchten?

Nehmen Sie an unserem interaktiven **Workshop** mit folgenden Themen aus der Praxis einer internationalen Wirtschaftskanzlei teil:

- Nutzen Sie Ihre Kreativität - Vertragsgestaltung in internationalen M&A Deals
- Von Madoff über Porsche/Volkswagen zur Deutschen Börse - Fondsstrukturen, Handelsstrategien und shareholder activism
- Konzerninterne Restrukturierung - steuerliche Beratung in einer internationalen Wirtschaftskanzlei

Wo und wann?

**Frankfurt, 8. Mai 2012**

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung bis zum 22. April 2012 unter [workshop-germany@simmons-simmons.com](mailto:workshop-germany@simmons-simmons.com), Stichwort Workshop Frankfurt.

### Düsseldorf

BroadwayOffice  
Breite Straße 31  
40213 Düsseldorf  
T +49 2 11-4 70 53-0

### Frankfurt

MesseTurm  
Friedrich-Ebert-Anlage 49  
60308 Frankfurt am Main  
T +49 69-90 74 54-0

Weitere Details unter  
[www.simmons-simmons.de/workshops-germany](http://www.simmons-simmons.de/workshops-germany)

azur  
100  
Top-Arbeitgeber  
2012



## Strafrecht

Gericht: BVerfG	<b>Unwirksamer Rechtsmittelverzicht bei Zweifeln über Absprache</b>	StPO § 257c
Aktenzeichen: 2 BvR 1464/11		
Datum: 05.03.2012		

	Ein Rechtsmittelverzicht nach einer Verfahrensabsprache ist unwirksam, wenn aufgrund des Verstoßes gegen die gesetzlichen Dokumentationspflichten des § 273 Abs. 1a StPO Zweifel über das Zustandekommen einer Absprache bestehen.
---	--

**Sachverhalt:** Im Ausgangsfall hatte das Amtsgericht den Beschwerdeführer nach geständiger Einlassung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschwerdeführer verzichteten nach Urteilsverkündung und Aufhebung des Haftbefehls zunächst auf Rechtsmittel. Dennoch legte der Beschwerdeführer später Berufung ein und begründete die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts mit einer der Verurteilung vorausgegangenem Verfahrensabsprache (§ 302 I 2 StPO). Doch weder aus dem Hauptverhandlungsprotokoll noch aus dem Urteil waren ein Zustandekommen oder Scheitern einer Verfahrensabsprache nach § 273 Abs. 1a Satz 1 bzw. Satz 3 StPO erkennbar. Im Protokoll findet sich lediglich der Hinweis auf eine Unterbrechung der Hauptverhandlung für ein „Rechtsgespräch“, das vor der Einlassung des Angeklagten geführt wurde. Nach der Aufklärung im Freibeweisverfahren blieben Gegenstand und Ergebnis des Rechtsgespräches unklar.

### Die Lösung:

Nach Einschätzung der Verfassungsrichter sei es zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nicht zu beseitigende Zweifel am Vorliegen von Verfahrenstatsachen grundsätzlich zulasten des Angeklagten gehen können. Dies gelte jedoch dann nicht mehr, wenn die Unaufklärbarkeit des Sachverhalts auf einem Verstoß gegen eine gesetzliche Dokumentationspflicht beruhe. In diesem Fall könnten die Zweifel nicht zulasten des Beschwerdeführers gehen, da dies einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot eines fairen Verfahrens darstellen würde.

**Anm.:** Der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt im Bereich des materiellen Strafrechts und bei der Frage, ob ein Verfahrenshindernis vorliegt (z.B. Verjährung). Keine Geltung beansprucht dieser Grundsatz im Normalfall bei bloßen Verfahrensfehlern.

Gericht: BGH	<b>Zum untreuerelevanten Vermögensnachteil bei einer KG</b>	StGB § 266
Aktenzeichen: 1 StR 586/11		
Datum: 23.02.2012		

	Der KG als solcher kann ein Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht entstehen. Vielmehr kann der Untreueschaden lediglich auf Komplementärs- und Kommanditistenebene eintreten. Zudem muss sich die untreuerelevante Schadensermittlung dabei dezidiert mit den anteiligen Gesellschaftsverhältnissen von Komplementärin und Kommanditisten auseinandersetzen.
---	---

**Sachverhalt:** Der Angeklagte A war im Tatzeitraum Geschäftsführer der G-GmbH, die - ohne selbst am Kommanditkapital beteiligt zu sein - Komplementärin der G-GmbH & Co. KG ist. Am Kommanditkapital waren A zu 4 %, sein Vater, seine Kinder, seine Schwestern und deren Kinder sowie sein Onkel und dessen Kinder zu insgesamt 96 % beteiligt. An 567 Tagen übertrug A satzungswidrig Firmengelder von Konten der KG auf Privatkonten, um damit im eigenen Namen und auf eigene Rechnung hochspekulative Wertpapiergeschäfte zu finanzieren, und setzte zur Zahlung seiner privaten Teilnahme an Glücksspielen im Internet Firmenkreditkarten ein, wodurch die Firmenkonten der KG entsprechend belastet wurden. Insgesamt entnahm A rund 5,4 Millionen EUR. Obwohl A erzielte Gewinne Firmenkonten wieder gutbrachte, entstand insgesamt ein Fehlbetrag von mindestens 2 Millionen EUR. Eine Zahlungsunfähigkeit der KG drohte nicht. A offenbarte sich in der Folge seinen Familienangehörigen und gab

gegenüber den anderen Kommanditisten ein Schuldanerkenntnis ab, was jedoch nicht zu einer familieninternen Befriedung führte. Vielmehr stellten sein Onkel, dessen Sohn, die Schwestern und deren Kinder Strafantrag, sein Vater und seine Kinder dagegen nicht.

Das LG hat die Taten als Untreue in 567 Fällen gewertet und A zu 4 Jahren und 3 Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Nach Ansicht des LG seien entgegen bisheriger Rechtsprechung des BGH nicht die Kommanditisten geschädigt, sondern das Vermögen der KG in Höhe des Nominalwertes der durch jede Einzeltat abgeflossenen Liquidität. Dies führe nicht zu einer Schlechterstellung des A, weil bei der Strafzumessung auch und nicht nur zu berücksichtigen sei, ob und wieviele Gesellschafter, einschließlich dem Täter, mit der Schädigung einverstanden waren bzw. kein Interesse an der Strafverfolgung haben, sondern auch, in welchem Umfang sie am geschädigten Gesellschaftsvermögen rechnerisch beteiligt sind. Die Strafe entnimmt das LG dem erhöhten Strafraum der §§ 266 II, 263 III S. 2 Nr. 1 StGB. Unter Verweis auf eine Vermögensschädigung der KG um mehr als 50.000 EUR hat das LG zudem die zusätzliche Verwirklichung des Regelbeispiels gemäß §§ 266 II, 263 III S. 2 Nr. 2 StGB strafscharfend gewertet. Gegen dieses Urteil wendet sich A mit der Revision.

### Die Lösung:

Die Revision hat teilweisen Erfolg und führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Eine Schädigung des Gesamtvermögens einer KG kann untreuerelevant nur insoweit sein, als sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt. Es besteht keine Veranlassung, von dieser gefestigten Rechtsprechung des BGH abzuweichen. Geschädigter kann nur ein mit dem Täter nicht identischer Träger fremden Vermögens sein, dem eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Eine solche Rechtspersönlichkeit wird der KG nicht zuerkannt. Das Fehlen fristgerechter Strafanträge führt nur dann zu einem Strafverfolgungshindernis, wenn A zu allen Gesellschaftern in einer privilegierten Beziehung (§ 247 StGB) stünde, was hier nicht der Fall ist. Weder der Onkel des A und dessen Kinder noch die Kinder der Schwestern sind Angehörige (§ 11 I Nr. 1 StGB). Die Verurteilung wegen Untreue ist damit rechtlich nicht zu beanstanden. A hatte als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber dieser und gegenüber den Kommanditisten eine Vermögensbetreuungspflicht, die er durch den Missbrauch seiner Verfügungsmacht jeweils verletzt hat. Hierdurch entstand (jedenfalls) den nicht in einer durch § 247 StGB privilegierten Beziehung zu A stehenden Kommanditisten ein Vermögensnachteil in Höhe der Entnahmen. Das Gutbringen der erzielten Gewinne war nicht zu berücksichtigen, da eine derart ungewisse Aussicht auf Rückzahlung wirtschaftlich ohne Wert ist; maßgeblich für den zur Bestimmung des tatbestandlichen Nachteils erforderlichen Vermögensvergleich ist der Zeitpunkt der vermögensschädigenden Handlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach den Verfügungen.

Der Strafausspruch hat jedoch keinen Bestand. Rechtsfehlerfrei legt das LG zwar den sich aus dem gewerbsmäßigen Handeln des A ergebenden erhöhten Strafraum der §§ 266 II, 263 III 2 Nr. 1 StGB zugrunde; für die konkrete Strafzumessung hat das LG jedoch nicht beachtet, dass die Untreue nur auf Antrag verfolgt werden kann, wenn und soweit durch sie ein Angehöriger verletzt wird. Das LG geht rechtsfehlerhaft in Einzelfällen von einem besonders schweren Fall (§ 266 II, § 263 III 2 Nr. 2 StGB) aus, was besorgen lässt, es habe der Strafzumessung insgesamt einen unzutreffenden Schuldumfang zugrunde gelegt. Für die Frage des Nachteileintritts ist bei der KG nicht nur auf die Gesellschaft, sondern auch auf das Vermögen der einzelnen Gesellschafter abzustellen. Bei einer personalisiert strukturierten Gesellschaft sind als Verletzte deren Gesellschafter anzusehen. Deren Einverständnis schließt die Annahme von Untreue aus, soweit sie selbst betroffen sind. In gleicher Weise kann bei einer KG A selbst, soweit sein Gesellschaftsanteil betroffen ist, nicht Geschädigter einer von ihm begangenen Untreue sein. Auch hinsichtlich eines Kommanditisten, der in einer privilegierten Beziehung (§ 247 StGB) zu A steht, scheidet eine Untreue zu dessen Nachteil bei Fehlen eines form- und fristgerechten Strafantrags aus. Die Anwendbarkeit der Norm entfällt nicht dadurch, dass hinsichtlich eines oder mehrerer der gesamthänderisch verbundenen Kommanditisten die Voraussetzungen nicht gegeben sind. Der Haus- und Familienfrieden als Schutzzweck der Norm besteht nur in dem Umfang nicht, in dem ein durch die Untreue verletzter Gesellschafter nicht in einer privilegierten Beziehung zum Täter steht.

Fallen Taten zulasten mehrerer Geschädigter Tateinheitlich zusammen, ergibt sich der Umfang der Verfolgbarkeit nach Maßgabe des § 247 StGB. Demzufolge bestimmt sich die Höhe des A anzulastenden Nachteils und damit des Schadens großen Ausmaßes nach der Summe der zugefügten Nachteile hinsichtlich der Kommanditisten, die entweder form- und fristgerecht Strafantrag gestellt haben oder die nicht in einer durch § 247 StGB privilegierten Beziehung zu A standen. Dies zugrunde gelegt ist die Erwägung des LG, bei einem in Höhe der Entnahmen angenommenen Schaden von 50.000 EUR und mehr könne die zusätzliche Verwirklichung des Regelbeispiels strafscharfend gewertet werden, rechtsfehlerhaft. Vielmehr durfte das LG das Vorliegen eines großen Schadensausmaßes allenfalls bei einem insgesamt 104.166,67 EUR übersteigenden Betrag annehmen, da nur 48 % des jeweils vom LG angenommenen Schadens dem Schuldumfang zugrunde gelegt werden konnten. Denn A selbst

war mit 4 %, sein Vater und seine Kinder, die keinen Strafantrag gestellt haben, mit insgesamt 31 % und seine Schwestern, die nicht fristgemäß i.S.d. § 77b StGB Strafantrag gestellt haben, mit 17 % am Kommanditkapital beteiligt.

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	<b>Telekommunikationsdaten: Regelungen teilweise verfassungswidrig</b>	GG
Aktenzeichen: 1 BvR 1299/05		Art. 2 I iVm.
Datum: 24.01.2012		Art. 1 I

	Die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes zur Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten sind teilweise verfassungswidrig. So verletzt die Regelung des § 113 Abs. 1 S. 2 TKG zur Auskunftsberechtigung von Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden sowie Nachrichtendienste hinsichtlich Passwörtern oder PIN-Codes das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.
---	---

**Sachverhalt:** Die Beschwerdeführer nutzen vorausbezahlte Mobilfunkkarten sowie Internetzugangsdienste und machten geltend, durch die Speicherung ihrer Daten und deren mögliche Übermittlung im Rahmen der Auskunftsverfahren in ihren Grundrechten aus Art. 10 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass mit ihnen bekannte Personen in ein Ermittlungsverfahren verwickelt und in dessen Verlauf die Rufnummern der Beschwerdeführer überprüft würden. Sie erlangten von Abfragen nach den §§ 112 und 113 TKG keine Kenntnis. Auskunft bei allen nach diesen Regelungen abfrageberechtigten Behörden einzuholen, sei ihnen nicht zumutbar.

Die Regelungen der §§ 111 bis 113 TKG seien nicht mit der Speicherung und Übermittlung anderer Daten, wie Konto-Stammdaten, Einwohnermeldedaten und Daten aus den Kraftfahrzeugregistern, zu vergleichen. Die Regelung des § 113 TKG sei vor allem bei der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet anhand dynamischer IP-Adressen praxisrelevant.

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde teilweise für begründet.

### Die Lösung:

Die Erhebung und Speicherung von Telekommunikationsdaten nach § 111 TKG sowie ihre in § 112 TKG geregelte Verwendung im automatisierten Auskunftsverfahren sind verfassungsgemäß. Der hierdurch bewirkte Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nur von begrenztem Gewicht und angesichts der erstrebten Verbesserung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung gerechtfertigt. Für den Abruf der Daten durch die Behörden setzt § 112 TKG dem "Doppeltürenmodell" entsprechend eine eigene Ermächtigungsgrundlage voraus, wobei die allgemeinen Datenerhebungsvorschriften der jeweils auskunftsberechtigten Behörden ausreichen.

Unverhältnismäßig ist die Vorschrift nach dem derzeitigen Stand der technischen Entwicklung und Praxis auch nicht insoweit, als sie unter Umständen die Identifizierung von statischen IP-Adressen ermöglicht. Denn da diese zum gegenwärtigen Zeitpunkt in aller Regel nur Institutionen und Großnutzern, nicht aber privaten Nutzern als Einzelkunden zugewiesen werden, hat die Möglichkeit der Abfrage solcher Nummern nur geringes Gewicht. Allerdings trifft den Gesetzgeber insoweit eine Beobachtungs- und gegebenenfalls Nachbesserungspflicht. Die dynamischen IP-Adressen sind von § 111 TKG jedoch nicht umfasst, sodass § 112 TKG diesbezüglich eine Deanonymisierung nicht ermöglicht.

Keinen Erfolg hat die Verfassungsbeschwerde auch insoweit, als sie sich gegen die in § 113 Abs. 1 S. 1 TKG enthaltene Regelung zur Erteilung allgemeiner Auskünfte durch die Telekommunikationsdiensteanbieter im manuellen Auskunftsverfahren richtet. Die Vorschrift ist verfassungskonform so auszulegen, dass es für den Datenabruf spezieller fachrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen bedarf. Zudem berechtigt sie nicht zu einer Zuordnung von dynamischen IP-Adressen. Für eine Übergangszeit, längstens bis zum 30.6.2013, darf die Vorschrift unabhängig von diesen Maßgaben angewendet werden.

### Dagegen ist § 113 Abs. 1 S. 2 TKG mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vereinbar.

Mit § 113 TKG werden die Provider dazu verpflichtet, Zugangssicherungs-codes (wie Passwörter, PIN, PUK, etc.), etwa von Mobiltelefonen, an Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden sowie die Nachrichtendienste herauszugeben. Damit umfasst die Auskunftspflicht gerade auch solche Daten, die den Zugang zu Endgeräten sichern und damit vor einem Zugriff auf die Daten über Telekommunikationsvorgänge schützen sollen. Diese

Regelung verstößt nach der Entscheidung des BVerfG gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da sie für eine effektive Aufgabenwahrnehmung der Behörden nicht erforderlich sei. Denn es sei nicht hinreichend sichergestellt, dass die Ermittlungsbehörden Auskünfte über die geregelten Zugangssicherungs-codes auch nur dann verlangen dürfen, wenn sie selbst zur Nutzung der Daten gesetzlich ermächtigt sind, wie z.B. nach der StPO. Unklar sei zudem, welche Behörden die Provider zur Datenherausgabe verpflichten können. Des Weiteren wurde durch die Karlsruher Richter moniert, dass die Provider bei der Identifizierung von Nutzern über die dynamische IP-Adresse die Kundendaten auswerten müssten, wodurch in das Telekommunikationsgeheimnis eingegriffen werde. Die Eingriffsvoraussetzungen müssten für eine Verfassungskonformität mit höheren Hürden ausgestattet werden. Die angegriffenen Regelungen des TKG sind nach der Entscheidung aber nicht grundsätzlich verfassungswidrig. Vielmehr hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, deren Ausgestaltung bis zum 30.06.2013 nachzubessern. Bis dahin sind die Normen unter den einschränkenden Vorgaben des BVerfG weiter anzuwenden.

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>Zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung</b>	KSchG § 1
Aktenzeichen: 6 AZR 553/10		
Datum: 16.02.2012		

	<b>Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist jedenfalls nach sechs Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung zulässig. Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen.</b>
--	--

**Sachverhalt:** Der mit einem Grad der Behinderung von 60 schwerbehinderte Kläger stand seit November 2007 in einem bis zum 31.10.2009 befristeten Arbeitsverhältnis. Im Januar 2009 wurde der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Arbeitgeberin bestellt.

Während des Insolvenzeröffnungsverfahrens erbat der Beklagte in einem Fragebogen zur Vervollständigung bzw. Überprüfung der ihm vorliegenden Daten u.a. Angaben zum Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten. Der Kläger verneinte seine Schwerbehinderung. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigte der Beklagte als Insolvenzverwalter am 26.5.2009 dem Kläger zum 30.6.2009. Der Kläger, der in der Klageschrift vom 9.6.2009 seine Schwerbehinderung mitgeteilt hat, hält die Kündigung vom 26.5.2009 für unwirksam, weil das Integrationsamt ihr nicht zugestimmt habe.

Das ArbG gab der Klage statt. Das LAG wies sie mit der Begründung ab, der Kläger könne sich auf den Kündigungsschutz für Schwerbehinderte nicht berufen, weil er die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig verneint habe. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG keinen Erfolg.

### Die Lösung:

Die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung steht im Zusammenhang mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers durch die Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG, der die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl verlangt, sowie durch den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX, wonach eine Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf. Sie soll es dem Arbeitgeber ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten.

Die Frage diskriminiert behinderte Arbeitnehmer nicht gegenüber solchen ohne Behinderung. Auch datenschutzrechtliche Belange stehen der Zulässigkeit der Frage nicht entgegen. Infolge der wahrheitswidrigen Beantwortung der ihm rechtmäßig gestellten Frage nach seiner Schwerbehinderung ist es dem Kläger unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.

Gericht: BAG	<b>AGG-Ansprüche: Geltendmachung innerhalb von 2 Monaten</b>	AGG § 15 IV
Aktenzeichen: 8 AZR 160/11		
Datum: 15.03.2012		

	<b>Arbeitnehmer können Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gem. § 15 Abs. 4 AGG nur innerhalb von zwei Monaten geltend machen. Diese Frist ist wirksam und verstößt insbesondere nicht gegen europarechtliche Vorgaben. Bei Ablehnung einer Bewerbung beginnt die Frist zu laufen, sobald der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt hat.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger hatte sich auf eine vom beklagten Land ausgeschriebene Stelle als Lehrkraft an einer Justizvollzugsanstalt beworben und dabei ausdrücklich auf seine anerkannte Schwerbehinderteneigenschaft hingewiesen. Dennoch wurde er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und erhielt am 2.9.2008 eine Absage.

Mit einem am 4.11.2008 beim beklagten Land eingegangenen Schreiben machte der Kläger Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend. Es bestehe eine Vermutung für eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung, da das Land gegen seine nach § 82 SGB IX bestehende Verpflichtungen zur Einladung zum Vorstellungsgespräch verstoßen habe.

Das beklagte Land machte dagegen geltend, dass etwaige Ansprüche nach § 15 Abs. 4 AGG verfristet seien. Die Ausschlussfrist von sechs Monaten gem. § 37 TVöD sei hier nicht anwendbar, weil noch kein Beschäftigungsverhältnis begründet worden sei.

Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

**Die Lösung:**

Der Kläger hat gegen das beklagte Land keinen Anspruch auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem AGG. Die Klage scheidet bereits daran, dass der Kläger die für die Geltendmachung der Ansprüche maßgebliche Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht eingehalten hat. Diese Frist begegnet keinen rechtlichen Bedenken und ist daher von jedem Arbeitnehmer, der Ansprüche nach dem AGG geltend machen will, zu beachten.

Der Kläger hatte bereits mit Erhalt des Ablehnungsschreibens Kenntnis von den Indizien für eine Benachteiligung, da er bei der Bewerbung ausdrücklich auf seine Schwerbehinderung hingewiesen hatte und abgelehnt worden war, ohne nach § 82 SGB IX von dem öffentlichen Arbeitgeber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein. Damit war der Kläger mit Erhalt des Ablehnungsschreibens am 2.9.2008 in der Lage, seine Benachteiligung geltend zu machen. Sein dazu gefertigtes Schreiben erreichte das beklagte Land jedoch erst am 4.11.2008 und damit zu spät.

Gericht: BAG	<b>Kein doppelter Urlaubsanspruch im „Doppelarbeitsverhältnis“</b>	AGG § 15 IV
Aktenzeichen: 9 AZR 487/10		
Datum: 21.02.2012		

	<b>Hat ein Arbeitnehmer nach arbeitgeberseitiger Kündigung ein neues Arbeitsverhältnis begründet und hat seine Kündigungsschutzklage Erfolg, so steht ihm im Umfang des von seinem neuen Arbeitgeber gewährten Urlaubs regelmäßig kein Ersatzurlaubsanspruch gegen den alten Arbeitgeber zu. Das gilt jedenfalls dann, wenn er seine Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig hätte erfüllen können.</b>
---	--

**Anm.:** Ist einem Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber gekündigt worden und klagt der Arbeitnehmer gegen diese Kündigung, so hat er sich während des laufenden Kündigungsschutzprozesses um eine anderweitige Beschäftigung zu kümmern, vgl. § 615 S. BGB. Gewinnt er in diesem Fall seinen Kündigungsschutzprozess, so hat er nunmehr ein sog. „Doppelarbeitsverhältnis“. Vgl. hierzu auch die Regelung in § 12 KSchG.

**Sachverhalt:** Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Beklagten. Nach dem Arbeitsvertrag standen ihr jährlich 29 Arbeitstage Urlaub zu. Anfang 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis. Die Klägerin erhob rechtzeitig Kündigungsschutzklage und suchte sich eine neue Stelle. Später stellte das LAG rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht vor Ablauf des Jahres 2008 aufgelöst worden ist.

Im November 2008 beantragte die Klägerin bei der Beklagten erfolglos Urlaub für die letzten sechs Wochen des Jahres. Ihr neuer Arbeitgeber hatte ihr zu diesem Zeitpunkt 21 Urlaubstage gewährt.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, dass ihr ein Ersatzurlaubsanspruch von 29 Tagen für das Jahr 2008 zusteht. Die Beklagte machte dagegen geltend, dass die vom neuen Arbeitgeber gewährten 21 Urlaubstage auf den Urlaubsanspruch anzurechnen sind. Arbeitsgericht und LAG gaben der Klage statt. Auf die Revision der Beklagten stellte das BAG fest, dass der Klägerin lediglich ein Ersatzurlaubsanspruch von acht Arbeitstagen zusteht.

**Die Lösung:**

Die Beklagte muss der Klägerin lediglich für acht verweigerter Urlaubstage aus 2008 Schadensersatz leisten. Das folgt allerdings nicht bereits aus § 6 Abs. 1 BUrlG. Hiernach entfällt der Urlaubsanspruch, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist. Die Vorschrift erfasst nicht den - hier vorliegenden - Fall, dass ein Arbeitnehmer nach einer Kündigung des Arbeitgebers ein anderweitiges Arbeitsverhältnis eingegangen ist und festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.

Im Streitfall liegt ein Doppelarbeitsverhältnis vor, da die Klägerin während des zwar gekündigten, aber letztendlich fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ein weiteres Arbeitsverhältnis begründet hat. In einem solchen Fall scheidet im Umfang des vom neuen Arbeitgeber gewährten Urlaubs ein (Ersatz-)Urlaubsanspruch gegen den alten Arbeitgeber grds. aus. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig hätte erfüllen können.

Einem doppelten Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers steht entgegen, dass dieser im Fall eines Obsiegens im Kündigungsrechtsstreit grds. so zu stellen ist, als hätte keine tatsächliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses stattgefunden. Zwar handelt es sich beim Urlaub nicht um Entgelt für geleistete Dienste, so dass die Anrechnungsvorschriften § 11 Nr. 1 KSchG und § 615 Satz 2 BGB keine unmittelbare Anwendung finden. Wegen der Gleichheit der Interessenlage ist aber eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen geboten.

Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin für das Jahr 2008 nur ein Ersatzurlaubsanspruch von acht Arbeitstagen zu. Da sie nicht gleichzeitig ihre Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen erfüllen konnte, hat sie keinen doppelten Urlaubsanspruch, sondern muss sich die ihr gewährten 21 Urlaubstage auf ihren Urlaubsanspruch gegenüber der Beklagten anrechnen lassen.

Gericht: LAG Berlin-Brandenburg	<b>§ 626 BGB: Diebstahl geringwertiger Sachen</b>	BGB
Aktenzeichen: 6 Sa 1845/11		§ 626
Datum: 10.02.2012		

	Entwendet der Filialleiter eines Einzelhandelsunternehmens Ware oder besteht der dringende Verdacht einer solchen Tat, so rechtfertigt dies eine fristlose Kündigung. Das gilt selbst dann, wenn die Ware nur einen vergleichsweise geringen Wert hat und der Arbeitnehmer seit vielen Jahren in dem Betrieb beschäftigt ist. Im Rahmen der Interessenabwägung kann zum Nachteil des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein, dass er die Tat zunächst geleugnet hat.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit knapp 21 Jahren bei dem beklagten Einzelhandelsunternehmen tätig, zuletzt als Filialleiter. An einem Tag nahm er einen Beutel Streusand aus der Filiale mit, ohne ihn zu bezahlen. Zwei Tage später wurde er beim Verlassen der Filiale mit unbezahlten Waren im Wert von 12,02 € angetroffen.

Der Beklagte kündigte dem Kläger, der den Vorwurf zunächst geleugnet hatte, wegen dieser Vorfälle fristlos, ohne ihn zuvor abzumahnern. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage hatte sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG keinen Erfolg.

**Die Lösung:**

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

Es besteht der dringende Verdacht, dass sich der Kläger in zwei Fällen widerrechtlich im Eigentum des Beklagten stehende Sachen aneignen wollte. Hiermit hat er das während seiner langjährigen Tätigkeit aufgebaute Vertrauen in seine Rechtschaffenheit endgültig zerstört. Es kann dem Beklagten daher nicht zugemutet werden, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Zu Lasten des Klägers war dabei u.a. zu berücksichtigen, dass er einen für den Verdacht wesentlichen Umstand zunächst in Abrede gestellt hatte. Dass es sich um Sachen von geringem Wert gehandelt hat, ist ohne Bedeutung.

**Anm:** Der Fall erinnert in mancherlei Hinsicht an den berühmten "Emmely-" bzw. "Pfandbon"-Fall (BAG, Urt. v. 10.6.2010 - 2 AZR 541/09), zumal das LAG die Vorgaben des BAG zum Vertrauenskapital bei langjähriger Beschäftigung explizit aufgreift. Ein wesentlicher Unterschied zu "Emmely" dürfte aber darin liegen, dass es sich bei der Filialleitung um eine herausgehobene Vertrauensposition handelt. Zudem belief sich der Schaden des Arbeitgebers nicht lediglich auf Cent-Beträge.

Gericht: LAG Hamm	<b>Zum Urlaubs-Übertragungszeitraum bei Langzeiterkrankung</b>	BGB
Aktenzeichen: 16 Sa 1176/09		§ 626
Datum: 22.03.2012		

	Die Regelung im MTV für die Metall- und Elektroindustrie NRW, wonach das Ansammeln von Ansprüchen auf Jahresurlaub aus vergangener Zeit auf einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten beschränkt ist, ist wirksam. Das folgt aus dem Urteil des EuGH vom 22.11.2011 (Rs. C-214/10 - "Winfried Schulte"). Soweit ein Tarifvertrag - wie etwa im Einzelhandel NRW - keine eigenständigen Regelungen für den Verfall des übergesetzlichen Urlaubs enthält, beträgt der Übertragungszeitraum in richtlinienkonformer Fortbildung des BUrlG 18 Monate.
---	---

**Sachverhalt:** Der schwerbehinderte Kläger war bei der Beklagten als Schlosser beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der MTV für die Metall- und Elektroindustrie NRW (EMTV) Anwendung. Seit dem 23.1.2002 war der Kläger arbeitsunfähig krank und bezog ab dem 1.10.2003 - jeweils befristet - eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. Zum 31.8.2008 wurde das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvereinbarung beendet. Mit seiner am 18.3.2009 erhobenen Klage verlangte der Kläger die Abgeltung seines Urlaubs für die Jahre 2006, 2007 und 2008. Das Arbeitsgericht sprach ihm für die drei Jahre einen Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs von 60 Arbeitstagen und des Schwerbehindertenurlaubs von 15 Arbeitstagen zu. Auf die Berufung der Beklagten setzte das LAG das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Urlaubsansprüche für langjährig arbeitsunfähige Arbeitnehmer angesammelt werden können oder ob sie zeitlich befristet sind.

Der EuGH hat am 22.11.2011 (Rs. C-214/10) entschieden, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften wie Tarifverträge den Übertragungszeitraum auf 15 Monaten beschränken können. Daraufhin hat das LAG die Beklagte verurteilt, für 15 Monate den Urlaub abzugelten, und die Klage i.Ü. abgewiesen.

**Die Lösung:**

Der Kläger kann vom Beklagten lediglich die Abgeltung von Urlaub für 15 Monate verlangen. Das ergibt sich aus § 11 Abs. 1 Unterabs. 3 des EMTV, der einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten bei Krankheit vorsieht. Nach dem Urteil des EuGH ist diese Vorschrift nicht zu beanstanden und verstößt nicht gegen Europarecht.

Der Kläger war auch berechtigt, die Ansprüche noch geltend zu machen, obwohl er die im EMTV geregelte Drei-Monats-Frist nach Fälligkeit nicht eingehalten hat. Diese Ausschlussfrist gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer trotz Anwendung der ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt gehindert war, sie einzuhalten. Ein solcher Fall lag hier vor. Denn zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Ansprüche des Klägers fanden nach der einschlägigen Rechtsprechung des BAG derartige Ausschlussfristen für Urlaubsansprüche noch keine Anwendung, so dass der Kläger zum damaligen Zeitpunkt die Frist nicht einhalten musste.

**Anm.:** Für den Fall des **MTV Einzelhandels in NRW** hat das LAG am 12.1.2012 (Az.: 16 Sa 1352/11) entschieden, dass hier Urlaubsansprüche langjährig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer erst spätestens **18 Monate** nach Ablauf des Urlaubsjahres verfallen, wenn sie bis dahin nicht genommen werden konnten.

Der MTV Einzelhandel in NRW enthält - anders als der der Metall- und Elektroindustrie - keine eigenständigen Regelungen für den Verfall des übergesetzlichen Urlaubs. Vor diesem Hintergrund hält das LAG eine dahingehende richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des Bundesurlaubsgesetzes für geboten, dass an die Stelle des dreimonatigen Übertragungszeitraums unter Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 132 ILO ein 18-monatiger Übertragungszeitraum tritt.



# 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: LAG Berlin-Brandenburg	<b>Zur Verdachtskündigung bei langjähriger Beschäftigung</b>	BGB
Aktenzeichen: 24 Sa 1800/11		§ 626
Datum: 08.02.2012		

	<b>Spricht aufgrund verschiedener Indizien eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Arbeitnehmer eine Straftat oder schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, so kann dies eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Das gilt auch bei einem langjährig bestehenden Arbeitsverhältnis. Die Täterschaft des Arbeitnehmers muss hierfür nicht nachgewiesen werden.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger war langjährig bei den beklagten Berliner Verkehrsbetrieben (BVG) beschäftigt. Zu seinen Aufgaben gehörte die Versorgung externer Verkaufsstellen mit Blankofahrscheinrollen, mit denen Fahrscheine ausgedruckt werden können. Restrollen werden an die Beklagte zurückgegeben und in einem Tresor verwahrt. In einem besonders gesicherten Schulungsraum, zu dem der Kläger Zugang hatte, können die Mitarbeiter der Verkaufsstellen die Herstellung der Fahrscheine üben.

Nachdem zwei Kundinnen, die mit dem Kläger verwandt bzw. freundschaftlich verbunden sind, innerhalb kurzer Zeit mehrere Jahreskarten und Tageskarten zur Erstattung eingereicht hatten, die in dem Schulungsraum hergestellt worden waren, kündigte die Beklagte nach weiteren Ermittlungen das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos. Die hiergegen gerichtete Klage hatte vor dem LAG keinen Erfolg.

**Die Lösung:**

Die von der Beklagten ausgesprochene außerordentliche Verdachtskündigung ist wirksam.

Der Kläger ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme dringend verdächtig, Fahrscheine hergestellt und vertrieben zu haben. Er hatte im streitigen Zeitraum Zugang zu den verwahrten Restrollen und zum Schulungsraum. Zudem war er während der Herstellung der Fahrscheine im Dienst. Berücksichtigt man darüber hinaus, dass er die Kundinnen, die die Fahrscheine zur Erstattung eingereicht hatten, kannte, so spricht eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass er an der illegalen Herstellung der Fahrscheine beteiligt war.

Der dringende Tatverdacht berechtigte die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Dem steht die langjährige Beschäftigung des Klägers nicht entgegen. Die Beklagte musste dem Kläger auch nicht eine Täterschaft nachweisen.

Gericht: ArbG Mönchengladbach	<b>§ 626 BGB: Zur Kündigungserklärungsfrist bei Verdachtskündigung</b>	BGB
Aktenzeichen: 3 Ca 3495/11 u.a.		§ 626
Datum: 23.02.2012		

	<b>Arbeitgeber müssen eine außerordentlich Kündigung gem. § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt aussprechen, in dem sie von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt haben. Dies gilt auch für Verdachtskündigungen, weshalb eine fristlose Kündigung ausgeschlossen sein kann, wenn der Arbeitgeber zu lange ermittelt hat.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Kläger sind seit vielen Jahren in der Grünpflegekolonne der beklagten Stadt beschäftigt, einer von ihnen als Vorarbeiter. Im November 2011 erfuhr die Beklagte, dass die Kläger während der Arbeitszeit für eine Privatperson Bäume beschnitten bzw. gefällt und hierfür Geld bekommen hatten. Die maßgeblichen "Verhandlungen" mit der Privatperson hatte der Vorarbeiter geführt.

Im Dezember 2011 kündigte die Beklagte den Klägern wegen dieses Vorfalls fristlos. Mit ihren hiergegen gerichteten Klagen räumten die Kläger den Vorwurf im Wesentlichen ein, machten aber geltend, dass sie für ihre Dienste kein Geld verlangt hätten. Dieses sei ihnen aus Dankbarkeit übergeben worden. Sie hätten das Geld der Kaffekasse der Grünpflegekolonne zugeführt und nicht für sich behalten.

Die Kündigungsschutzklagen der Kläger hatten vor dem Arbeitsgericht Erfolg.

**Die Lösung:**

Die fristlosen Kündigungen sind unwirksam und haben daher die Arbeitsverhältnisse mit den Klägern nicht beendet.

Das Beschneiden bzw. Fällen von Bäumen während der Arbeitszeit ohne dienstlichen Auftrag gegen Annahme finanzieller Vorteile stellt allerdings an sich einen zur außerordentlichen Kündigung geeigneten Grund dar. Das gilt

unabhängig davon, ob die Kläger das vereinnahmte Geld der Kaffeekasse zugeführt oder für sich behalten haben. Im Fall des Vorarbeiters hält die fristlose Kündigung zudem auch der erforderlichen Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes einerseits und den Interessen des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses andererseits Stand. Zwar ist die langjährige Betriebszugehörigkeit zugunsten des Vorarbeiters zu berücksichtigen. Für ein Überwiegen der Interessen der Beklagten spricht aber u.a., dass es der Vorarbeiter war, der die maßgeblichen "Verhandlungen" über das Herabsetzen der Bäume mit den Privatpersonen geführt hat.

Die Kündigungsschutzklage des Vorarbeiters hat aber dennoch Erfolg, da außerordentliche Kündigungen gem. § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nur innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt ausgesprochen werden können, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Diese Frist hat die Beklagte nicht gewahrt, sondern zu lange ermittelt.

Die zweite Kündigung hält dagegen bereits nicht der Interessenabwägung Stand. Zu Gunsten des zweiten Klägers ist neben seiner langjährigen Betriebszugehörigkeit der Umstand zu berücksichtigen, dass er letztlich auf Anweisung des Vorarbeiters tätig geworden ist und dementsprechend der Schuldvorwurf, der dem Vorarbeiter zu machen ist, im Vergleich zu demjenigen des Klägers überwiegt.

## Handels- und Gesellschaftsrecht

Gericht: BGH	Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters als Scheingesellschafter	BGB
Aktenzeichen: II ZR 197/10		§ 242
Datum: 17.01.2012		

	Der Gesellschafter, der aus einer bestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin als Gesellschafter nach außen auftritt, kann als Scheingesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Voraussetzung ist, dass er gegen den gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und sich ein Dritter bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger schloss mit einer GbR, deren Gesellschafterin die Beklagte war, im Juli 2003 einen Verwaltervertrag für ein von ihm vermietetes Wohnhaus. Der Vertrag hatte eine Laufzeit bis 31.12.2004 und sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht gekündigt wurde. Als Vergütung sollte die GbR mtl. pro Wohneinheit 15 € zzgl. Mehrwertsteuer erhalten, jeweils bis zum 15. eines Monats per Dauerauftrag. Der Kläger überwies mtl. per Dauerauftrag 208,80 €.

Im April 2006 sandte die GbR unter dem Datum vom 10.4.2005 dem Kläger eine Rechnung über einen Rechnungsbetrag von 2.505,60 € (2.160 € zzgl. Mehrwertsteuer). Die Rechnung enthielt eine Rechnungsnummer und lautete u.a.: "Vertragsgemäß berechnen wir Ihnen folgende Provisionszahlung: Hausverwaltertätigkeit 2005 für 12 Monate á 180 €. Wir bitten, den mtl. Betrag i.H.v. Brutto 2.505,60 € jeweils zum 01. des laufenden Kalendermonats auf folgendes Konto zu überweisen". Unter dem Datum vom 10.4.2006 sandte die GbR dem Kläger eine weitere Rechnung über 2.505,60 €, diesmal für die Hausverwaltertätigkeit 2006.

Im April 2006 überwies eine Mitarbeiterin des Klägers an die GbR 5.011,20 € unter Angabe der Rechnungsnummern der Rechnungen von 2005 und 2006 als Verwendungszweck. Die Beklagte war aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses bereits mit Wirkung vom 30.9.2005 aus der Gesellschaft ausgeschieden und ihr Anteil war auf den einzigen weiteren Gesellschafter übergegangen, der die Tätigkeit der Gesellschaft allein fortsetzen sollte. Mit der Klage verlangt der Kläger die Rückzahlung der zusätzlich zu den Zahlungen aus dem Dauerauftrag überwiesenen 5.011,20 €.

LG und OLG wiesen die Klage ab. Auf die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

### Die Lösung:

Zunächst hat das OLG zutreffend eine Nachhaftung der Beklagten nach § 736 Abs. 2 BGB verneint. Ein Gesellschafter, der nach dem Abschluss eines eine Zahlungspflicht begründenden Vertrages, aber vor einer versehentlichen Doppelzahlung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, haftet nicht für die Bereicherungsschuld der Gesellschaft, wenn die Doppelzahlung in dem ursprünglichen Vertrag nicht angelegt war. Die streitgegenständliche Verbindlichkeit stellt insoweit keine Altverbindlichkeit dar, auf die sich die Nachhaftung erstreckt.

Rechtsfehlerhaft hat das OLG aber nicht geprüft, ob die Beklagte als Scheingesellschafterin haftet. Der Gesellschafter, der aus einer bestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist, aber weiterhin als Gesellschafter nach außen auftritt, kann als Scheingesellschafter haften, wenn er gegen den gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen ist und sich ein Dritter bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat. Wenn nach außen hin für den Rechtsverkehr eine Veränderung in der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft nicht sichtbar geworden ist, muss der ausgeschiedene Gesellschafter sich so behandeln lassen, als bestehe der bisherige Rechtszustand weiter.

Die Beklagte ist nach außen weiterhin als Gesellschafterin in Erscheinung getreten. Dem Kläger, der den Verwaltervertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen hatte, war ihr Ausscheiden nicht mitgeteilt worden. Im Gegenteil war die Beklagte jedenfalls auf dem Briefkopf weiterhin als Gesellschafterin genannt, so auch auf den beiden im April 2006 übersandten Rechnungen, die die Überweisung ausgelöst haben. Der Kläger hat sich, wie die ausdrücklich an die Gesellschaft gerichteten Überweisungen zeigen, bei seinen Zahlungen auf den damit gesetzten Rechtsschein eines Fortbestehens der Gesellschaft mit der Beklagten verlassen.

Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht deshalb als richtig, weil die Beklagte bestritten hat, die Verwendung ihres Namens geduldet zu haben. Der ausscheidende Gesellschafter muss im Rahmen des ihm Zumutbaren selbst die Handlungen vornehmen, die geeignet sind, den aus der früheren Kundgabe der Stellung als Gesellschafter erwachsenen Rechtsschein zu zerstören. Die Sache war insoweit nicht zur Entscheidung reif und daher an das OLG zurückzuverweisen, um der Beklagten die Gelegenheit zu geben darzulegen, welche zumutbaren Maßnahmen sie zur Zerstörung des gesetzten Rechtsscheins unternommen hat.

Gericht: BGH	<b>Haftung von GmbH-Gesellschaftern bei wirtschaftlicher Neugründung</b>	GmbHG
Aktenzeichen: II ZR 56/10		§§ 9, 11
Datum: 06.03.2012		analog

	Im Falle der wirtschaftlichen Neugründung einer stillgelegten GmbH haften die Gesellschafter für die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des in der Satzung ausgewiesenen Stammkapitals (Unterbilanzhaftung). Unterbleibt die erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, kommt es für eine etwaige Unterbilanzhaftung darauf an, ob im Zeitpunkt der Neugründung eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Stammkapital bestanden hat.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer im Dezember 1993 gegründeten GmbH mit dem Unternehmensgegenstand des Vertriebs von medizinischen Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln sowie des Handels mit Waren aller Art. Die GmbH verfügte Ende des Jahres 2003 über keinerlei Aktiva und tätigte keine Umsätze mehr.

Am 21.7.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma und des Unternehmensgegenstands, verlegte den Gesellschaftssitz und bestellte eine neue Geschäftsführerin. Diese meldete die Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister an, ohne die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen, und nahm die Geschäfte entsprechend dem neuen Unternehmensgegenstand auf.

Die Beklagte erwarb Ende 2005 den einzigen Geschäftsanteil an der GmbH mit einem Nennbetrag von 50.000 DM zum Preis von 7.500 €. Im Februar 2007 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger stellte Forderungen i.H.v. 36.926 € zur Insolvenztabelle fest und beansprucht diesen Betrag von der Beklagten als Erwerberin sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH.

Das LG wies die Klage ab; das OLG gab ihr statt. Auf die Revision der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur weiteren Aufklärung an das OLG zurück.

**Die Lösung:**

Das OLG hat zu Recht angenommen, dass es sich bei der Aufnahme der Geschäfte mit geändertem Unternehmensgegenstand im Juli 2004 um eine wirtschaftliche Neugründung handelte. Als wirtschaftliche Neugründung ist es nach der Rechtsprechung des BGH anzusehen, wenn die in einer GmbH verkörperte juristische Person als unternehmensloser Rechtsträger besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob eine bewusst für eine spätere Verwendung "auf Vorrat" gegründete Gesellschaft aktiviert oder ob wie im entschiedenen Fall ein leer gewordener Gesellschaftsmantel wiederverwendet wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH haften im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung die Gesellschafter für die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zur Höhe des in der Satzung ausgewiesenen Stammkapitals

(Unterbilanzhaftung). Außerdem ist die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen. In Rechtsprechung und Literatur war bisher umstritten, wie die Haftung ausgestaltet ist, wenn die erforderliche Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterbleibt.

Der BGH ist vorliegend nicht der vom OLG vertretenen Auffassung gefolgt, dass die Gesellschafter in diesem Fall einer zeitlich unbegrenzten Verlustdeckungshaftung unterliegen. Vielmehr ist es nach Ansicht des BGH so, dass es im vorliegenden Fall für eine etwaige Unterbilanzhaftung der Beklagten, die ggf. als Erwerberin des Geschäftsanteils haftet, darauf ankommt, ob im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung im Juli 2004 eine Deckungslücke zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem satzungsmäßigen Stammkapital bestanden hat. Da das OLG hierzu keine Feststellungen getroffen hat, war die Sache zur weiteren Aufklärung zurückzuverweisen.

## Familienrecht

Gericht: EGMR	<b>Zur Abweisung von Klagen zur Vaterschaftsanfechtung</b>	<b>EMRK</b> Art. 8
Beschwerde-Nr.: 45071/09 u.a.		
Datum: 22.03.2012		

	Zwar können die Mitgliedstaaten nach Art. 8 EMRK dazu verpflichtet sein, zu prüfen, ob es im Kindeswohlinteresse liegt, dem leiblichen Vater die Möglichkeit zu geben, eine Beziehung zu seinem Kind aufzubauen, etwa durch Gewährung des Umgangsrechts. Daraus folgt aber nicht notwendigerweise eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach der Konvention, biologischen Vätern die Möglichkeit einzuräumen, den Status des rechtlichen Vaters anzufechten.
---	---

### Sachverhalte:

**Beschwerde-Nr. 45071/09:** Beide Beschwerdeführer sind deutsche Staatsangehörige. Der Beschwerdeführer zu 1) ging davon aus, Vater einer im August 2005 geborenen Tochter zu sein, mit deren Mutter er eine Beziehung gehabt hatte. Zur Zeit der Empfängnis lebte diese aber mit einem anderen Mann (M.) zusammen, der die Vaterschaft für das Kind anerkannte. Das Paar hat das gemeinsame Sorgerecht und kümmert sich gemeinsam um das Kind. Im Oktober 2005 erhob der Beschwerdeführer zu 1) Klage wegen Anfechtung der Vaterschaft des M. Dieser machte geltend, er übernehme die volle elterliche Verantwortung für das Kind, selbst wenn er nicht der leibliche Vater sei. Das AG stellte fest, dass Beschwerdeführer zu 1) leiblicher Vater des Kindes sei. Das Gericht berücksichtigte ein Sachverständigengutachten sowie das Ergebnis eines Bluttests, der seine biologische Vaterschaft nachwies, und kam zu der Ansicht, dass er nicht an der Anfechtung der Vaterschaft des M. gehindert sei. Das KG hob das Urteil auf und befand, dass der Beschwerdeführer zu 1) kein Recht habe, die Vaterschaft anzufechten, da zwischen M. und dem Kind eine sozial-familiäre Bindung bestehe, die andauere, obwohl erwiesen sei, dass M. nicht der leibliche Vater sei. Das BVerfG lehnte es ab, die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen.

**Beschwerde-Nr. 23338/09:** Der Beschwerdeführer zu 2) ging davon aus, Vater der im März 2005 geborenen Tochter seiner ehemaligen Ehefrau zu sein. Diese lebt mit einem neuen Partner (P.) zusammen, der die Vaterschaft für das Kind anerkannte. Später bekam das Paar zwei weitere Kinder und heiratete. Der Beschwerdeführer zu 2) teilte seiner Ex-Gattin mit, dass er Umgang mit dem Kind wünsche und beabsichtige, die Vaterschaft anzuerkennen. Das AG wies die Klage auf Feststellung seiner Vaterschaft und Anfechtung der Vaterschaft des P. ab. Das Gericht befand, dass der Beschwerdeführer zu 2) von der Vaterschaftsanfechtung ausgeschlossen sei, weil eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater P. bestehe. Da das Kind einen rechtlichen Vater habe, habe der Beschwerdeführer zu 2) auch kein Recht auf Feststellung seiner Vaterschaft durch einen Gentest. Berufung und Verfassungsbeschwerde blieben erfolglos.

Beide Beschwerdeführer rügten unter Berufung auf Art. 8 EMRK für sich genommen und i.V.m. Art. 14 EMRK die Entscheidungen der deutschen Gerichte, ihre Klagen zur Anfechtung der Vaterschaft zurückzuweisen, und machten geltend, dass sie im Verhältnis zur Mutter, zum rechtlichen Vater und zum Kind diskriminiert würden. Der EGMR wies beide Beschwerden ab. Die Urteile sind allerdings noch nicht rechtskräftig.

### Die Lösung:

Es lag in beiden Fällen weder eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) noch eine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) vor. Zwar hatten die Beschwerdeführer Anspruch auf Schutz ihres Interesses an der Feststellung eines wesentlichen

Gesichtspunktes ihres Privatlebens und an dessen rechtlicher Anerkennung. Die Entscheidungen der deutschen Gerichte zielten aber darauf ab, dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, einem bestehenden Familienverband zwischen dem betroffenen Kind und seinem rechtlichen Vater, der sich regelmäßig um das Kind kümmert, Vorrang einzuräumen gegenüber der Beziehung zwischen dem (angeblichen) leiblichen Vater und seinem Kind.

Aus dem Urteil im Fall Anayo gegen Deutschland ließ sich zwar ableiten, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 EMRK verpflichtet sind zu prüfen, ob es im Kindeswohlinteresse liegt, dem leiblichen Vater die Möglichkeit zu geben, eine Beziehung zu seinem Kind aufzubauen, etwa durch Gewährung des Umgangsrechts. Daraus folgt aber nicht notwendigerweise eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach der Konvention, biologischen Vätern die Möglichkeit einzuräumen, den Status des rechtlichen Vaters anzufechten.

Der Hauptgrund für die Ungleichbehandlung der Beschwerdeführer im Vergleich zur Mutter, zum rechtlichen Vater und zum Kind hinsichtlich der Möglichkeit, die Vaterschaft anzufechten bzw. einen Gentest zu verlangen lag in der Absicht, das jeweilige Kind und seine soziale Familie vor äußerer Beeinträchtigung zu schützen. In Erwägung seiner Schlussfolgerungen hinsichtlich Art. 8 EMRK kam der Gerichtshof zu der Auffassung, dass die Entscheidung, einem bestehen Familienverband zwischen dem betroffenen Kind und seinen rechtlichen Eltern Vorrang einzuräumen gegenüber der Beziehung zu seinem biologischen Vater, soweit dessen rechtlicher Status betroffen war, in den Beurteilungsspielraum des Staates fiel. Folglich lag in beiden Fällen keine Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 vor.

## Einzelunterricht

**Unser Dozententeam bietet Ihnen eine Intensive Betreuung  
im Rahmen des Einzelunterrichts.**

**Eine 3-Stunden-Einheit kostet 250 €.**

## Kleinstgruppe von 2 bis 4 Personen

**Sie haben in Ihrer Lerngruppe oder im Freundes- und Bekanntenkreis ein  
Verständnisproblem und wollen dieses gezielt beheben?**

**In der Kleinstgruppe von 2 – 4 Personen stehen wir Ihnen  
gerne zur Verfügung.**

- **2-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 250 €. Sie zahlen pro Person nur 125 €!**
- **3-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 270 €. Sie zahlen pro Person nur 90 €!**
- **4-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 300 €. Sie zahlen pro Person nur 75 €!**

---

**Anfragen richten Sie bitte direkt an das Büro unter Tel. 069 / 21 99 56 46  
oder per E-Mail unter [info@ji-ssk.de](mailto:info@ji-ssk.de)**

**Wir bitten Sie um Verständnis, dass wir – aus nahe liegenden Gründen –  
keine Hilfe bei der Abfassung von Hausarbeiten leisten.**