

Überreicht durch:



Mandantenbrief

- neueste Informationen -

FHP Floehr · Hermes & Partner GbR
Steuerberater · Rechtsanwälte
Grenzstraße 115-117
47799 Krefeld
Tel. 02151 58 66 0
www.fhp-krefeld.de

aus

Februar 2016

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 174

Bevollmächtigung bei Kündigungen **Fortgeltung einer zuvor vorgelegten Vollmacht**

ArbeitsR

(BAG in BB 2015, 3068; Urteil vom 24.09.2015 – 6 AZR 492/14)

1. Der Erklärungsempfänger ist i.S.v. § 174 S. 2 BGB von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt, wenn eine **früher vorgelegte**, den Anforderungen des § 174 S. 1 BGB genügende **Vollmacht** sich auch auf das später vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft erstreckt, etwa auf eine Folgekündigung, sofern dem Erklärungsempfänger nicht zwischenzeitlich vom Vollmachtgeber das Erlöschen der Vollmacht angezeigt worden ist.
2. Bei einseitigen Rechtsgeschäften genügt es – im Gegensatz zu zweiseitigen Rechtsgeschäften – für den Nachweis i.S.v. § 174 S. 1 BGB **grundsätzlich nicht**, dass für ein **früheres einseitiges Rechtsgeschäft** eine Vollmacht vorgelegt war.
3. Ein Inkennnissetzen i.S.v. § 174 S. 2 BGB liegt auch vor, wenn einem **früheren einseitigen Rechtsgeschäft** eine Vollmacht beigelegt war, wenn daraus für den Empfänger deutlich wird, dass sie sich auch **auf das spätere einseitige Rechtsgeschäft erstreckt**, und wenn sie nicht zwischenzeitlich widerrufen ist. § 174 BGB schützt den Empfänger nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen. Bei Zweifeln hinsichtlich der Vertretungsmacht kann er gem. § 180 BGB deren Fehlen rügen.

BGB
§§ 326 I, 634, 638

Teilunmöglichkeit **Unzureichende Fußbodenheizung in einzelnen Räumen**

SR BT

(OLG München in NJW-RR 2015, 1430; Urteil vom 10.02.2015 – 9 U 2902/14)

Fall: Die Kl. nimmt die Bekl. auf restlichen Werklohn für Heizungsarbeiten in Anspruch. Die Bekl. beruft sich auf die Mangelhaftigkeit des Werkes. Für die Ausführung der Fußbodenheizung war für das Kinderzimmer im Dachgeschoß eine Innenraumtemperatur von 23 Grad Celsius bei einer Außentemperatur von minus 16 Grad Celsius als Sollbeschaffenheit vereinbart. Diese Heizwerte werden jedoch nicht erreicht. Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat festgestellt, dass es keine Fußbodenheizung gibt, die die gewünschte Raumtemperatur erreichen kann. Eine derartige Flächenheizung könne allenfalls eine Raumtemperatur von 20 Grad Celsius erreichen. Die vereinbarte Heizleistung könne nur durch eine weitere statische Heizfläche erreicht werden.

I. Vorliegen von Unmöglichkeit

Es könnte hier Unmöglichkeit im Sinne von § 275 I 2. Fall BGB vorliegen.

*„Selbst bei optimaler Ausführung und Einstellung der vorhandenen Anlage kann nicht die vereinbarte Raumtemperatur erreicht werden. Da dieses Problem nur die Wohnräume im Dachgeschoss betrifft, nicht jedoch auch die übrigen Stockwerke und die Leistungen der Kl. im Übrigen, handelt es sich bezogen auf das gesamte Vertragsverhältnis um eine **Teilunmöglichkeit**.“* (OLG München aaO.)

II. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

*„Die Folge der Unmöglichkeit ist das **Entfallen des Erfüllungsanspruchs** und damit ebenso des Nacherfüllungsanspruchs“* (so wörtlich BGHZ 201, 148 = NJW 2014, 3365 = DS 2014, 187 = NZBau 2014, 492 = NZM 2014, 645 = ZfBR 2014, 560 Rn. 24; §§ 634 Nr. 1, 635 BGB) sowie **teilweise des Werklohnanspruchs** der Kl. (§ 326 I 1 BGB). Dieser Sachverhalt begründet zugleich tatsächliche „Umstände nach denen eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht kommt“ (so wörtlich Leitsatz BGH, NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 310 = NZM 2012, 92 = ZfBR 2011, 461) und lässt ein Abrechnungsverhältnis entstehen, in dem der eingeklagte **Restwerklohn** auch **ohne Abnahme und ohne Abnahmereife fällig** wird.“ (OLG München aaO.)

III. Minderung bei Teilunmöglichkeit

*„Nach §§ 326 I 1, 441 III BGB ist bei der Teilunmöglichkeit der **Minderungsbetrag zu schätzen** und die **Erklärung der Minderung** durch den Auftraggeber **nicht erforderlich** (wie etwa bei einer Minderung nach § 638 BGB). Wegen der fehlenden Möglichkeit, den Mangel zu beseitigen, kann die Minderung **nicht an der Höhe der Mangelbeseitigungskosten** orientiert werden (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn. 2194). Legt man zu Grunde, dass die Kl. rund 600 qm Fußbodenheizung für rund 50.000 € brutto ausgeführt hat und dass das Kinderzimmer eine Fläche von 50 qm aufweise, würde auf das Kinderzimmer*

Mandantenbrief

ein Herstellungsbetrag von 4.166 € entfallen. Unterstellt man zu Gunsten der Bekl., dass während der Hälfte der Heizperiode negative Außentemperaturen herrschen, so dass die ungenügende Wärmeleistung der Fußbodenheizung im Kinderzimmer eine Rolle spielt, würde der anteilige Minderungsbetrag maximal 2.083 € betragen. Dies würde aber voraussetzen, dass eine Minderung auf 0 in der Hälfte der Heizperiode angemessen erscheint. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, weil die Fußbodenheizung unstreitig mindestens eine Innentemperatur von 17 Grad Celsius erreicht (streitig ist, ob sie darüber hinausgehend eine Innenraumtemperatur von 20 Grad Celsius erreicht). Demzufolge erscheint eine Minderung auf 0 % nicht angemessen, sondern – zu Gunsten der Bekl. – eine solche auf 50 % zutreffend. Dann würde sich ein Minderungsbetrag von rund 1.000 € für das Kinderzimmer ergeben.“ (OLG München aaO.)

AGG
§ 22

Altersdiskriminierung Unwirksamkeit einer Kündigung auch im Kleinbetrieb (BAG in MDR 2016, 37; Urteil vom 23.07.2015 – 6 AZR 457/14)

ArbeitsR

1. Die **Erwähnung der „Pensionsberechtigung“** des betroffenen Arbeitnehmers in einer Kündigungserklärung des Arbeitgebers kann eine **unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters** nach § 22 AGG vermuten lassen.
2. Zur Widerlegung der Vermutung ist die Darlegung und gegebenenfalls der Vollbeweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es **ausschließlich andere Gründe** waren als das Alter, die zu der Kündigung geführt haben.
3. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, die Vermutung zu widerlegen, ist die **Kündigung unwirksam**, wenn die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nicht gemäß § 10 oder § 8 AGG zulässig ist. Dies folgt im Kleinbetrieb aus § 134 BGB in Verbindung mit §§ 7 I, 1, 3 AGG.

Fall: Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung im Kleinbetrieb sowie über einen Anspruch der Kl. auf Zahlung einer Entschädigung wegen Altersdiskriminierung.

Die 1950 geborene Kl. erlernte den Beruf der medizinisch-technischen Assistentin und war ab dem 16.12.1991 bei der beklagten Gemeinschaftspraxis auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 21.11.1991 als Arzthelferin angestellt.

Das Arbeitsverhältnis der Kl. kündigten die Gesellschafter der Bekl. mit Schreiben vom 24.05.2013 zum 31.12.2013. Dieses lautet auszugsweise wie folgt:

„...seit über 20 Jahren gehen wir nun beruflich gemeinsame Wege. Wir haben in dieser Zeit viel erlebt, auch manche Veränderung. Inzwischen bist Du pensionsberechtigt und auch für uns beginnt ein neuer Lebensabschnitt in der Praxis. Im kommenden Jahr kommen große Veränderungen im Laborbereich auf uns zu. Dies erfordert eine Umstrukturierung unserer Praxis. Wir kündigen deshalb das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Frist zum 31.12.2013.“

Mit ihrer Klage hat sich die Kl. gegen die Kündigung vom 24.05.2013 gewandt und ihre Weiterbeschäftigung verlangt. Die Kündigung sei wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unwirksam. Der Wortlaut des Kündigungsschreibens lasse eine Benachteiligung wegen des Alters vermuten, da darin auf ihre „Pensionsberechtigung“ abgestellt werde.

I. Vermutung einer Altersdiskriminierung

*„Mit dem LAG ist hier eine **unmittelbare Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Lebensalters** und damit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes **zu vermuten**. Das Kündigungsschreiben führt an, die Klägerin sei „inzwischen pensionsberechtigt“. Das LAG hat zutreffend ausgeführt, dass damit das **Alter der Klägerin in Bezug** genommen wird, denn mit dieser Formulierung wird offensichtlich auf die – zumindest in absehbarer Zeit – bestehende Möglichkeit der Beanspruchung gesetzlicher Altersrente hingewiesen. Diese setzt nach den §§ 35 ff. SGB VI bei jedem Tatbestand ein Mindestalter voraus. Die **Möglichkeit des Bezugs von Altersrente ist daher untrennbar mit dem Alter verbunden**. Das LAG hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, dass es unwahrscheinlich sei, dass die „Pensionsberechtigung“ und damit das Alter der Klägerin für die Kündigungsentscheidung keine Rolle gespielt habe. Durch die Verwendung des Wortes „deshalb“ im zweiten Absatz des Schreibens habe zwar wohl nur eine Verbindung zwischen der Kündigung und der Umstrukturierung der Praxis aufgrund der Veränderungen im Laborbereich hergestellt werden sollen. Gleichwohl sei nicht zu erkennen, dass der **Hinweis auf die „Pensionsberechtigung“** allein der Tatsache geschuldet gewesen sein soll, die betrieblich notwendige Kündigung freundlich und verbindlich zu formulieren. Hierfür hätte es ausgereicht die Leistungen und Verdienste der Klägerin in den Vordergrund zu rücken. Dieses Verständnis des Kündigungsschreibens begegnet keinen revisionsrechtlich relevanten Bedenken. Es entspricht vielmehr der **naheliegenden Einschätzung**, dass mit der angeführten „Pensionsberechtigung“ die **soziale Absicherung der Klägerin in den Vordergrund** gestellt werden sollte, um die mit der Kündigung verbundenen Härten für die Klägerin zu relativieren. Dies spricht dafür, dass das Lebensalter bei der Kündigungsentscheidung berücksichtigt wurde.“ (BAG aaO.)*

II. Widerlegung der Vermutung

*„Bei einer wegen des Alters vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und ggf. der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es **ausschließlich andere Gründe** waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat (BAG v. 23.08.2012 – 8 AZR 285/11 – Rn. 34).*

*Entgegen der Ansicht des LAG und der Beklagten hat der Gesetzgeber die **Möglichkeit eines (zeitnahen) Rentenbezugs** auch **nicht** nach § 10 S. 3 Nr. 5 u. 6 AGG als **generell zulässiges Differenzierungskriterium** angesehen. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gilt gerade nicht für Kündigungen („ohne Kündigung“). Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung kann daher nicht herangezogen werden (vgl. zur Wirksamkeit von Altersgrenzen BAG v. 12.06.2013 – 7 AZR 917/11 – Rn. 33 f. m.w.N.). § 10 S. 3 Nr. 6 AGG bezieht sich auf die Ausgestaltung von Sozialplänen. Diese kommen nur bei einer wirksamen Kündigung zum Tragen (vgl. zu ihrer Überbrückungsfunktion BAG v. 09.12.2014 – 1 AZR 102/13 – Rn. 23, MDR 2015, 344 f. m.w.N.).*

*Soweit das LAG anführt, die Kündigung entspreche sogar den Anforderungen an eine nach § 1 III 1 KSchG vorzunehmende Sozialauswahl, kann dahingestellt bleiben, ob dies zutreffend ist. Die **Zulässigkeit der Berücksichtigung einer altersbedingten Rentennähe im Rahmen dieser Sozialauswahl ist umstritten** (vgl. AR/Kaiser 7. Aufl., § 1 KSchG Rn. 205 m.w.N. unter Hinweis auf § 8 I ATZG und § 41 VI SGB). Dessen ungeachtet kann aus der Vereinbarkeit einer Sozialauswahl mit den Vorgaben des § 1 III 1 KSchG nicht geschlossen werden, es liege keine unzulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vor. Die*

Mandantenbrief

Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind vielmehr im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen zu beachten (BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 790/12 – Rn. 30 f., BAGE 147, 89 = MDR 2014, 478 f.; v. 20.06.2013 – 2 AZR 295/12 – Rn. 36 f., BAGE 145, 296 = MDR 2014, 230 f.; v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10 – Rn. 47, BAGE 140, 169 = MDR 2012, 857 f.; v. 06.11.2008 – 2 AZR 523/07 – Rn. 28, BAGE 128, 238 = MDR 2009, 573 f.). Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes hat die Prüfung – wie dargelegt – ohnehin unmittelbar am Maßstab des Benachteiligungsverbots des § 7 I AGG zu erfolgen.“ (BAG aaO.)

ZPO
§ 383 I 2

Zeugnisverweigerungsrecht Auch für geschiedenen Ehegatten des gesetzlichen Vertreters (BGH in NZI 2015, 998; Beschluss vom 29.09.2015 – XI ZB 6/15)

ZivilVerfR

§ 383 I 2 ZPO findet in Fällen, in denen eine **juristische Person** Partei ist, auf einen Zeugen, der **Ehegatte des gesetzlichen Vertreters dieser Partei** ist, entsprechende Anwendung.

Fall: Der Kl. ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des weiteren Beteiligten. Er nimmt die Bekl. auf Herausgabe von Maschinen in Anspruch. Die Bekl. begehrt widerklagend die Feststellung von Forderungen i.H.v. 165.000 € und 39.999,96 € zur Insolvenztabelle. Geschäftsführerin der Bekl. ist die geschiedene Ehefrau des weiteren Beteiligten. Bis zur Scheidung der Ehe im Mai 2012 war der weitere Beteiligte Geschäftsführer der Bekl. Der weitere Beteiligte ist von beiden Parteien als Zeuge, unter anderem zur Frage des Erwerbs von zwei herausverlangten Maschinen durch die Bekl., benannt worden. Er hat die Aussage verweigert und zur Begründung geltend gemacht, die Geschäftsführerin der Bekl. sei seine geschiedene Ehefrau. Außerdem müsse er sich durch eine Aussage möglicherweise einer Straftat bezichtigen. War er zur Zeugnisverweigerung berechtigt?

Der weitere Beteiligte könnte als **geschiedener Ehemann der Geschäftsführerin** der Bekl. gem. § 383 I Nr. 2 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sein.

„Nach dieser Vorschrift hat der Ehegatte einer Partei, **auch wenn die Ehe nicht mehr besteht**, ein Zeugnisverweigerungsrecht. Diese Regelung findet nach ihrem Sinn und Zweck **entsprechende Anwendung**, wenn die **Partei eine juristische Person ist und der Zeuge**, wie im vorliegenden Fall, **Ehegatte des gesetzlichen Vertreters dieser Partei ist oder war** (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 383 Rn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Aufl., § 383 Rn. 2; HK-ZPO/Eichele, 6. Aufl., § 383 Rn. 5; Trautwein in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 383 Rn. 5; a.A.: Musielak/Huber, ZPO, 12. Aufl., § 383 Rn. 2; MüKo-ZPO/Damrau, 4. Aufl., § 383 Rn. 11).

Der Weigerungsgrund des § 383 I Nr. 2 ZPO beruht auf der Überlegung, dass ein Zeuge, der mit einer der Parteien familiär verbunden ist, mit großer Wahrscheinlichkeit in einen **Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und familiärer Rücksichtnahme** gerät, wenn er über Tatsachen aussagen soll, die für den Angehörigen nachteilig sind. Ein solcher Zeuge soll weder durch eine wahre Aussage zu Ungunsten des Angehörigen die Integrität der Familie gefährden, noch aus Rücksicht auf den Angehörigen falsch aussagen. Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 I Nr. 2 ZPO schützt mit der Familie den Bereich, der typischerweise zur engeren Privatsphäre des Zeugen gehört (Ahrens in Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 383 Rn. 6). Dieser Regelungszweck rechtfertigt es, § 383 I Nr. 2 ZPO auch dann anzuwenden, wenn der **Zeuge nicht Ehegatte einer Partei ist, sondern wenn die Partei eine juristische Person ist und der Zeuge Ehegatte des gesetzlichen Vertreters dieser juristischen Person ist oder war**. In diesem Fall befindet sich der Zeuge in einem vergleichbaren Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und familiärer Rücksichtnahme wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 383 I Nr. 2 ZPO. Der weitere Beteiligte als früherer Ehegatte der Geschäftsführerin der beklagten GmbH ist mithin entsprechend § 383 I Nr. 2 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob dies auch nach Scheidung der Ehe gilt, da die genannte Zweckbestimmung dann nicht mehr erfüllt werden kann. Dies könnte dazu führen, dass die entsprechende Anwendung der Norm nicht gerechtfertigt ist. Zudem ist die Ehefrau erst nach der Scheidung gesetzliche Vertreterin geworden.

„Diese Einwände greifen nicht durch. Dass das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 2 ZPO nach Scheidung der Ehe fortbesteht, ergibt sich **unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift**. Im Übrigen ist es **ohne Einfluss** auf das Recht zur Zeugnisverweigerung, ob der nach § 383 I Nr. 2 ZPO zur Zeugnisverweigerung berechtigte Zeuge bei seiner Aussage **tatsächlich in den beschriebenen Konflikt** geraten würde (Ahrens in Wiczorek/Schütze, § 383 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

ZPO
§ 283a

Sicherungsanordnung Nicht nur im Miet- und Pachtrecht

ZivilVerfR

(OLG Naumburg in BeckRS 2015, 19774; Beschluss vom 15.09.2015 – 12 W 84/15)

Fall: Die Beklagten haben von dem Kläger ein Haus gemietet. Über die Größe des Hauses sind sich die Parteien nicht einig. Das Recht zur Nutzung des Hauses ist seit Oktober 2014 beendet. Der Kläger verlangt Räumung des Hauses und Nutzungsentschädigung seit November 2014. Darüber hinaus hat der Kläger die Anordnung einer Sicherheitsleistung beantragt.

„Über das Miet- und Pachtrecht hinausgehend liegt eine Räumungsklage im Sinne des § 283 a I ZPO immer schon dann vor, wenn Räumung oder Herausgabe einer unbeweglichen Sache begehrt wird, der Rechtsgrund des Anspruchs ist gleichgültig (vgl. Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., Rn. 8 zu § 283 a ZPO).

Überdies ist die Klage auf Herausgabe und Räumung des streitgegenständlichen Grundstücks auch mit einer **Klage auf Zahlung von Nutzungsentschädigungen**, die erst nach Rechtshängigkeit der Klage fällig geworden sind, verbunden worden.

Die Zahlungsklage aus den Geldforderungen hat auch hohe Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 283 a ZPO. Diesbezüglich wird keine Glaubhaftmachung, sondern eine **prognostische Entscheidung des Gerichts** verlangt. Es soll nach dem Vortrag der Parteien und eventuellen Beweisergebnissen eine Prognose über den Verfahrensausgang treffen. Hierfür reicht hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne des § 114 ZPO nicht aus. Das Gericht darf seine Prognose nur mit den Mitteln des Strengbeweises gewinnen, ohne die Beweisangebote jedoch voll ausschöpfen zu müssen (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., Rn. 3 zu § 283 a ZPO).“ (OLG Naumburg aaO.)

(BGH in NStZ-RR 2015, 371; Beschluss vom 28.04.2015 – 3 StR 48/15)

1. Die **Zueignungsabsicht** ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers **körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen** und sie der Substanz oder dem Sachwert nach **seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen** will.
2. An dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens oder den des Vermögens eines Dritten zu mehren, fehlt es dagegen, wenn er das **Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsmaßnahme** einsetzt oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“, „zu beschädigen“, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern.
3. **Bloßer Besitz** einer Sache bildet einen **Vermögensvorteil** i.S.d. § 253 StGB nur dann, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, etwa weil er zu wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will.

Fall: Nach den Feststellungen besaß der Gesch. auf seinem Handy Aufnahmen der gesondert verfolgten C, auf denen erkennbar war, dass diese als Prostituierte arbeitete. Um an das Mobiltelefon mitsamt den Bildern zu gelangen, brachte die gesondert verfolgte C die beiden Angekl. mit der Behauptung, um sie zur Prostitution zu zwingen, drohe ihr der Gesch., die Fotos ihrer Familie zu zeigen, zu dem Entschluss, diesem das Handy wegzunehmen. Zusammen mit 2 Mittätern begaben sie sich deshalb zu einem Feldweg, zu dem die gesondert Verf. C den Gesch. nach vorheriger Absprache lockte. Auf der gemeinsamen Fahrt besprachen die 4 Täter ihr Vorgehen. Sie fassten den Plan, die erwartete Gegenwehr des Gesch. mit personeller Überlegenheit und Gewalt zu überwinden. Außerdem zeigte einer der Mittäter eine Schusswaffe oder ein Schusswaffenimitat (im Folgenden: die Waffe), wobei Einigkeit bestand, dass dieser Gegenstand jedenfalls zur Drohung eingesetzt werden sollte. Die Angekl. beabsichtigten, dem Gesch. das Handy wegzunehmen und nicht wiederzugeben. Sie wollten es auf etwaige Aufnahmen untersuchen und diese löschen. Danach sollte über den Verbleib des Mobiltelefons entschieden werden. Während der Angekl. U in dem abseits geparkten Fahrzeug verblieb, erwarteten der Angekl. E und die beiden Mittäter den Gesch. und die gesondert Verf. am verabredeten Ort. Als diese vorfuhren, riss der Angekl. E die Beifahrertür auf und forderte den Gesch. auf, auszusteigen. Dabei hielt ein Mittäter dem Gesch. die Waffe an den Kopf. Dann zog ihn der Angekl. E zusammen mit dem Mittäter aus dem Fahrzeug. Dieser schlug mit der Waffe auf den Kopf des Gesch. ein, wobei der Angekl. E den Gesch. an den Beinen festhielt. Während der Angekl. E die Schläge mit der Waffe billigte und sich in Kenntnis der Schläge weiter an der Tat beteiligte, erschien der Angekl. U erst am Tatort, nachdem der Mittäter die Übergriffe beendet hatte. Ein weiterer Mittäter suchte nach dem Mobiltelefon, fand es schließlich auf dem Boden neben dem Beifahrersitz und übergab es dem Angekl. U, der es einsteckte. Der Verbleib des Handys konnte nicht geklärt werden. Eine Überwachung der IMEI-Nummer ergab, dass das Mobiltelefon einige Wochen später nochmals kurzzeitig in Betrieb genommen worden war. Die Angekl. wurden wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung jeweils zu der Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Ist die Verurteilung wegen besonders schweren Raubes zu Recht erfolgt?

I. Anforderungen an Zueignungsabsicht

„Die ... Feststellungen belegen nicht, dass die Angekl., wie von § 249 I StGB vorausgesetzt, die Absicht hatten, das Mobiltelefon des Gesch. sich oder einem Dritten zuzueignen. Die **Zueignungsabsicht** ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers **körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen** und sie der Substanz oder dem Sachwert nach **seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen** will (BGH, Urt. v. 28.06.1961 – 2 StR 184/61 = NJW 1961, 2122; Beschl. v. 05.03.1971 – 3 StR 231/69 NJW 1971, 900; Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NStZ 2011, 699 [701]). An dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens oder den des Vermögens eines Dritten zu mehren, fehlt es dagegen, wenn er das **Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsmaßnahme** einsetzt oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“, „zu beschädigen“, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.1984 – 3 StR 367/84 = NJW 1985, 812; v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NStZ 2011, 699, 701 – jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Maßstäben ist die **Zueignungsabsicht** der Angekl. hier **nicht belegt**. Sie wollten das Handy auf kompromittierende Aufnahmen der gesondert verfolgten C untersuchen, um diese zu löschen. Was weiter mit dem Handy geschehen sollte, stand zum Tatzeitpunkt hingegen noch nicht fest. Vielmehr sollte erst später über seinen Verbleib entschieden werden. Zwar kann die Zueignungsabsicht auch bei einer Wegnahme mit dem Willen vorhanden sein, die Sache zunächst zu behalten und sich erst später darüber schlüssig zu werden, wie über sie zu verfügen sei (BGH, Urt. v. 25.10.1968 – 4 StR 398/68, GA 1969, 306, 307). Doch ergeben die Feststellungen gerade nicht, dass die Angekl. zum Zeitpunkt der Wegnahme das Handy – wenn auch nur vorübergehend – **über die für die Löschung der Bilder benötigte Zeit hinaus behalten** wollten. Dass die von den Angekl. beabsichtigte Durchsuchung des Speichers und die Identifizierung der dabei aufgefundenen Bilddateien im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache lagen, ändert hieran nichts, denn diese führten nicht zu deren Verbrauch (BGH, Beschl. v. 14.02.2012 – 3 StR 392/11 = NStZ 2012, 627 m.w.N.).

Auch eine – bei fehlender Zueignungsabsicht mögliche (vgl. BGH, Urt. v. 05.07.1960 – 5 StR 80/60 = BGHSt 14, 386 = NJW 1960, 1729) – **Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung** (§ 253 I, § 255 StGB) kommt auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht in Betracht, denn die Angekl. handelten **nicht in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern**. **Bloßer Besitz** einer Sache bildet einen Vermögensvorteil nur dann, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, etwa weil er zu **wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen** führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will. Daran fehlt es nicht nur in den Fällen, in denen der Täter die Sache unmittelbar nach Erlangung vernichten will, sondern auch dann, wenn er den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens hinnimmt (vgl. nur BGH, Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NStZ 2011, 699, 701; Beschl. v. 14.02.2012 – 3 StR 392/11 = NStZ 2012, 627). Nach alledem kann das Urteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf vielmehr neuer Verhandlung und Entscheidung.“ (BGH aaO.)

1. Bei der Beurteilung, ob ein Verstoß beharrlich ist, kommt es auf die **Zahl der Vorverstöße**, ihren **zeitlichen**, aber auch auf ihren **Schweregrad** an.
2. Mangelnde Rechtstreue wird sich daher eher bei gravierenden Rechtsverstößen zeigen, kommt aber **auch bei einer Vielzahl kleiner Rechtsverstöße** in Betracht.
3. Bei den sog. **Handyverstößen** handelt es sich um solche **eher leichteren Rechtsverstöße**, wobei sie aber in der Bandbreite der leichteren Rechtsverstöße eher im oberen Bereich anzusiedeln sind.
4. Erforderlich für die Annahme von **Beharrlichkeit** ist auch, dass ein **innerer Zusammenhang i.S. einer auf mangelnder Verkehrsdisziplin** beruhenden Unrechtskontinuität zwischen den Zuwiderhandlungen besteht.

Fall: Gegen den Betroffenen, der während der Autofahrt mit seinem Mobiltelefon telefonierte, wurde ein Fahrverbot mit der Begründung festgesetzt, dass bei 2 einschlägigen Vorbelastungen und Begehung der verfahrensgegenständlichen Tat binnen Jahresfrist eine beharrliche Verletzung der Pflichten als Kraftfahrzeugführer vorliege.

I. Zweifaches Benutzen eines Mobiltelefons in einem 2-Jahres Zeitraum

„**Beharrliche Pflichtverletzungen** liegen vor, wenn ein Verkehrsteilnehmer durch die **wiederholte Verletzung** von Rechtsvorschriften erkennen lässt, dass es ihm an der für die Teilnahme am Straßenverkehr erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und der **notwendigen Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt** (vgl. nur BGH, NJW 1992, 1398 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2014 – IV – 2 RBs 37/14= BeckRS 2014, 16347). Bei der Beurteilung, ob ein Verstoß beharrlich ist, kommt es auf die **Zahl der Vorverstöße**, ihren **zeitlichen Abstand** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2014 – IV – 2 RBs 37/14= BeckRS 2014, 16347) aber auch auf ihren **Schweregrad** an (vgl. insoweit: BayOLGSt 2003, 132 [133]; OLG Hamm, NSTz-RR 2014, 59). Mangelnde Rechtstreue wird sich daher eher bei gravierenden Rechtsverstößen zeigen, kommt aber **auch bei einer Vielzahl kleiner Rechtsverstöße** in Betracht. Bei den sog. **Handyverstößen** handelt es sich – gemessen an ihrer Einordnung im Bußgeldkatalog (Nr. 246) mit einer vergleichsweise geringen Geldbuße – um solche **eher leichteren Rechtsverstöße**, wobei sie aber in der Bandbreite der leichteren Rechtsverstöße eher im oberen Bereich anzusiedeln sind, was sich aus der Bewertung (nach neuem Recht) mit 1 Punkt und damit der gesetzgeberischen Einordnung als verkehrssicherheitsbeeinträchtigende Ordnungswidrigkeit (§ 6 I Nr. 1 lit. s StVG) ergibt.

Hier schon grundsätzlich **bei 2 einschlägigen Vorverstößen**, der letzten Vorbelastung **innerhalb 1 Jahres** vor der neuen Tat, von einer **Beharrlichkeit** auszugehen, völlig ungeachtet dessen, aus welcher Zeit die erste einschlägige Vorbelastung stammt, erscheint dem Senat gleichwohl **nicht überzeugend**. Erforderlich ist nämlich auch, dass ein **innerer Zusammenhang i.S. einer auf mangelnder Verkehrsdisziplin** beruhenden Unrechtskontinuität zwischen den Zuwiderhandlungen besteht (OLG Hamm, NSTz-RR 2014, 59 m.w.N.). Das kann bei diesen vom AG aufgestellten Rechtssätzen der Fall sein, muss es aber nicht. Konkret war es hier so, dass der erste der beiden Handyvorverstöße am 10.01.2012 begangen und am 16.01.2012 mit Bußgeldbescheid geahndet worden ist. Der zweite einschlägige Vorverstoß wurde am 04.03.2014 begangen und mit Bußgeldbescheid vom 11.03.2014 geahndet. Es folgte dann der jetzige Verstoß am 16.09.2014. Hier bestehen wegen des langen Zeitraums zwischen der Ahndung des ersten einschlägigen Vorverstoßes und der Begehung des zweiten einschlägigen Vorverstoßes (immerhin mehr als 2 Jahre) Zweifel an einer solchen Unrechtskontinuität, wenn man allein die Handyverstöße in den Blick nimmt.“ (OLG Hamm aaO.)

II. Berücksichtigung weiterer Vorverstöße anderer Art

„Der Senat hält gleichwohl eine beharrliche Pflichtverletzung für gegeben, wenn man **alle im angefochtenen Urteil aufgeführten Vorverstöße** seit dem ersten Handyverstoß berücksichtigt. Denn zwischen den beiden einschlägigen Vorverstößen hat der Betr. zwei nicht unerhebliche Geschwindigkeitsverstöße (jeweils um 22 km/h) begangen, die mit Bußgeldbescheide von 29.05.2013 bzw. 09.01.2014 mit Geldbußen geahndet worden sind.

Sämtliche Vorverstöße sind auch unter Zugrundelegung des neuen, seit 01.05.2014 geltenden Registerrechts verwertbar und unterliegen nicht dem Verwertungsverbot des § 29 VII StVG.

Angesichts der Begehung von insgesamt **5 Verkehrsverstößen** innerhalb eines Zeitraums von **deutlich weniger als 3 Jahren**, die jeweils Verhaltensweisen mit einem gewissen Gefährdungspotential für Dritte betreffen, was sich aus der Einordnung als verkehrssicherheitsbeeinträchtigende Ordnungswidrigkeit ergibt (§ 6 I Nr. 1 lit. s StVG i.V.m. Tab. 1 Nr. 11.3.4. BKatV und Nr. 246.1 BKatV), ist die **erforderliche Unrechtskontinuität vorhanden**. Die genannten Umstände lassen nur die Bewertung zu, dass es dem Betr. an der für die Teilnahme am Straßenverkehr erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und der notwendigen Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt. Der Senat hält auf Grund der o.g. Umstände das verhängte Fahrverbot für angemessen.“ (OLG Hamm aaO.)

Fall: Der Kläger ist alleiniger Geschäftsführer einer GmbH. Anlässlich seines 60. Geburtstages lud er circa 70 Personen zu einer Geburtstagsfeier ein. Es handelte sich dabei ausschließlich um Arbeitskollegen beziehungsweise Mitarbeiter, einige Rentner und den Aufsichtsratsvorsitzenden. Die Feier fand in Räumen des Unternehmens statt. In seiner Einkommensteuererklärung machte der Kläger die Aufwendungen für die Geburtstagsfeier (2.470 €) als Bewirtungs- beziehungsweise Werbungskosten bei seinen Arbeitseinkünften geltend. Das beklagte Finanzamt erkannte die Aufwendungen nicht an.

„Die Bewirtungskosten könnten als Werbungskosten abgezogen werden, weil die Geburtstagsfeier **beruflich veranlasst** gewesen sei, so das FG Rheinland-Pfalz. Ein **Geburtstag** stelle zwar ein **privates Ereignis** dar. Der Kläger habe allerdings zu der fraglichen Feier keine privaten Freunde oder Verwandte eingeladen, sondern nur Personen aus dem beruflichen Umfeld. Die Veranstaltung sei in **Räumen des Arbeitgebers** (Werkstatthalle) und - zumindest teilweise - **während der Arbeitszeit durchgeführt** worden. Manche Gäste

Mandantenbrief

hätten sogar noch ihre Arbeitskleidung getragen. Der Kostenaufwand (pro Person 35 €) liege zudem deutlich unter dem Betrag, den der Kläger für seine Feiern mit privaten Freunden und Familienmitgliedern ausgegeben habe. Bei der gebotenen Gesamtwürdigung sei deshalb von beruflich veranlassten Aufwendungen auszugehen. Ein Rechtsmittel hat das FG nicht zugelassen. Allerdings hat das Finanzamt die Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof einzulegen.“ (FG Rheinland-Pfalz aaO.)

ESTG
§ 8 II 4

Privater Nutzungsvorteil der Pkw-Überlassung Leasingsonderzahlung und Fahrtenbuchmethode

SteuerR

(BFH in DB 2015, 2730; Urteil vom 03.09.2015 – VI R 27/14)

Fall: Streitig ist, wie der geldwerte Vorteil aus einer Pkw-Überlassung bei Anwendung der Fahrtenbuchmethode zu ermitteln ist, wenn der Arbeitgeber eine Leasingsonderzahlung erbracht hat.

Die Klägerin, eine GmbH, leaste einen Pkw und überließ ihn ihrem Geschäftsführer, Herrn B, der am Stammkapital der Klägerin mit 9,9% beteiligt war, auch zur privaten Nutzung. Die Klägerin ermittelte im Streitjahr (2005) den geldwerten Vorteil aus der Pkw-Überlassung nach der Fahrtenbuchmethode; dabei verteilte sie die von ihr im Jahr 2005 erbrachte Leasingsonderzahlung über 15.000 € auf 36 Monate, die Gesamtlaufzeit des Leasingvertrags, und setzte im Streitjahr anteilig für acht Monate Kosten von 3.333 € an. Aufgrund der so ermittelten Gesamtkosten (25.401 €) ergab sich ein Kilometersatz von 1,08 € und dementsprechend ein sonstiger Bezug von 4.112 €.

Das FA vertrat dagegen im Anschluss an eine LSt-Außenprüfung die Auffassung, dass bei einem Leasingfahrzeug die monatlichen Leasingraten anstelle der Abschreibung stünden, aber die einmalige Leasingzahlung insgesamt den im Streitjahr anzusetzenden Gesamtkosten hinzuzurechnen sei. Dementsprechend ermittelte das FA einen Kilometersatz von 1,57 €, setzte die Privatfahrten mit 5.978,56 € an und gelangte zu einem nachzuversteuernden Betrag von 1.865 €. In Höhe der darauf entfallenden LSt zzgl. SolZ nahm das FA die Klägerin mit Haftungsbescheid gem. § 42d EStG in Anspruch.

I. Überlassung eines betrieblichen Pkw führt zu Lohnzufluss

„Die Beteiligten gehen zu Recht übereinstimmend davon aus, dass die **Überlassung eines betrieblichen Pkw** durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für dessen Privatnutzung zu einer Bereicherung des Arbeitnehmers und damit zu **Lohnzufluss** i.S.d. § 19 I 1 Nr. 1 EStG führt.

Nach § 8 II 4 EStG kann der Wert nach den Sätzen 2 und 3, nämlich der **Wert der privaten Nutzung** eines betrieblichen Kfz zu privaten Fahrten, **statt mit der 1%-Regelung** auch mit dem auf die private Nutzung und die Nutzung zu Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entfallenden Teil der „gesamten Kraftfahrzeugaufwendungen“ angesetzt werden, wenn die durch das Kfz „insgesamt entstehenden Aufwendungen“ durch Belege und das Verhältnis der privaten Fahrten und der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu den übrigen Fahrten durch ein **ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen** werden.“ (BFH aaO.)

II. „Gesamte Kfz-Kosten“ i.S.d. § 8 II 4 EStG

„Zu diesen **insgesamt entstehenden Kfz-Aufwendungen** (Gesamtkosten) gehören die Kosten, die unmittelbar dem Halten und dem Betrieb des Kfz dienen und in Zusammenhang mit dessen Nutzung typischerweise entstehen; dazu rechnen insb. die **Kosten für Betriebsstoffe, Wartung und Reparaturen** sowie die regelmäßig wiederkehrenden festen Kosten, etwa für die **Haftpflichtversicherung, die Kfz-Steuer, AfA oder Leasing- und Leasingsonderzahlungen und Garagenmiete**; das entsprach auch der Auffassung der Finanzverwaltung im Streitjahr wie auch noch gegenwärtig (vgl. R 31.[9] Nr. 2 Satz 8 LStR 2005; R 8.1 IX Nr. 2 Satz 9 LStR 2015, H 8.1 [9-10] „Gesamtkosten“ des LSt-Handbuchs 2015).

Die zutreffende Ermittlung des geldwerten Vorteils gebietet nicht nur, die Gesamtkosten dem Grunde nach zutreffend zu erfassen, sondern auch, diese **Gesamtkosten periodengerecht den jeweiligen Nutzungszeiträumen zuzuordnen**. Seit jeher werden gem. § 7 I EStG die Anschaffungskosten eines Fahrzeugs in der Weise berücksichtigt, dass sie über den gesamten voraussichtlichen Nutzungszeitraum des Fahrzeugs hinweg aufgeteilt werden, statt dass sie im Jahr der Rechnungsstellung oder Bezahlung in einem Betrag in die Gesamtkosten eingehen. Nichts anderes hat für die in der Gewinnermittlung zu erfassenden Mietvorauszahlungen oder Leasingsonderzahlungen zu gelten, die für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erbracht werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber die Kosten des von ihm überlassenen Fahrzeugs in seiner Gewinnermittlung periodengerecht erfassen muss.

Entsprechend diesen Grundsätzen hat das FG zur Frage der **periodengerechten Aufteilung des Aufwands i.S.d. § 8 II 4 EStG** im hier gegebenen Streitfall zutreffend § 5 V 1 Nr. 1 EStG angewandt, wonach in der Steuerbilanz für Ausgaben vor dem Abschlussstichtag auf der Aktivseite RAP anzusetzen sind, soweit sie Aufwand für eine bestimmte [DB 2015 S. 2731] Zeit nach diesem Tag darstellen. Ob der den Dienstwagen überlassende Arbeitgeber im Rahmen seiner Gewinnermittlung in Bezug auf den Dienstwagen diese Gewinnermittlungsgrundsätze tatsächlich beachtet, ist unerheblich. Maßgeblich ist vielmehr, welcher Aufwand sich bei zutreffender Anwendung gesetzlicher Bilanzierungsgrundsätze im Vz. tatsächlich ergeben hätte. Denn ein allgemeines Korrespondenzprinzip besteht nicht; es gibt keine Rechtsgrundlage dafür, dass auf der Arbeitgeberseite einerseits und auf der Arbeitnehmerseite andererseits stets korrespondierende Ansätze vorzunehmen wären.“ (BFH aaO.)