

Überreicht durch:

Rechtsanwälte Lauenburg & Kopietz
Elbchaussee 87
22763 Hamburg
Tel. 040/ 39 14 08
Fax. 040 / 39 14 07
Email: rae-l-k@t-online.de
www.ihr-anwalt-hamburg.de

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Dezember 2011

A. Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes

19. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25.11.2011 – In-Kraft-Treten am 03.12.2011 (BGBl I 2011, S. 2313)

I. Allgemeines

Das **BVerfG** hatte mit Urteil vom 03.07.2008 (NVwZ 2008, 991) entschieden, dass das geltende Recht wegen des sog. „**negativen Stimmgewichts**“ **verfassungswidrig** ist, da „ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann“. Dieser paradoxe Effekt tritt im Zusammenhang mit Überhangmandaten auf, die Parteien erhalten, wenn sie in einem Land mehr Direktmandate erringen, als ihnen laut Zweitstimmenergebnis zusteht.

1. Begriffsdefinition „Überhangmandate“

Überhangmandate entstehen immer dann, wenn eine Partei in einem Bundesland durch Erststimmen **mehr Direktmandate** erzielt, **als ihr durch den Zweitstimmenanteil eigentlich zustehen** würden.

Bei Bundestagswahlen wird zuerst festgestellt, wie viele Mandate einer Partei nach dem Zweitstimmenergebnis bundesweit zustehen. Dann werden diese Mandate – basierend auf den Zweitstimmenergebnissen in den einzelnen Bundesländern – auf die Länder verteilt.

In jedem Bundesland wird dabei einzeln geprüft, wie viele Mandate die jeweilige Partei dort durch Direktmandate bereits erhalten hat. Die übrigen Mandate, die der Partei in diesem Bundesland laut Zweitstimmenergebnis zustehen, werden anschließend der Partei über ihre jeweiligen Landeslisten zugeteilt.

Hat eine Partei in einem Bundesland mehr Direktmandate erlangt, als ihr nach dem Zweitstimmenergebnis zustehen, darf sie trotzdem **alle Direktmandate behalten**, denn die Kandidaten, die in ihren Wahlkreisen mit der Erststimme direkt gewählt wurden, haben das Recht, auf jeden Fall in den Bundestag einzuziehen. Dadurch entstehen Mandate, die über die Mandat-Anzahl durch das Zweitstimmenergebnis "überhängen" (sog. „Überhangmandate“).

2. Begriffsdefinition „negatives Stimmgewicht“

Von einem negativen Stimmgewicht wird gesprochen, wenn eine Partei **durch weniger Stimmen Mandate hinzugewinnt – oder Mandate verliert, wenn sie mehr Stimmen bekommt**. Bei Bundestagswahlen ist dies schon mehrfach geschehen.

Das BVerfG aaO hat daher den Gesetzgeber dazu verpflichtet, eine verfassungsgemäße Regelung herbeizuführen. Dieser Verpflichtung soll mit der vorliegenden Gesetzesänderung entsprochen werden.

II. Die gesetzl. Neuregelungen im Überblick

1. Mit dem neuen Gesetz soll der **Effekt des "negativen Stimmengewichts"**, den das Verfassungsgericht gerügt hatte, **beseitigt** werden, indem die bisher **mögliche Verbindung von Landeslisten einer Partei abgeschafft** wird. Damit könnten Zweitstimmen, die eine Partei in einem Bundesland erhält, nicht mehr mit denen in einem anderen Land verrechnet werden. Durch den Verzicht auf Listenverbindungen soll sich das Auftreten des negativen Stimmengewichts erheblich reduzieren.
2. Außerdem enthält die Neuregelung eine weitere Klausel: Ist die **Zahl der Zweitstimmen** einer Partei, die in den 16 Ländern nicht zu einem Sitz geführt haben, **größer als die im Bundesdurchschnitt** für ein Mandat erforderliche Stimmenzahl, sollen **zum Ausgleich weitere Mandate vergeben** werden. Dabei werden diese zunächst den Landeslisten einer Partei zugeteilt, auf die Überhangmandate entfallen sind.

Den Landeslisten der Parteien werden demnach nun Sitze aus **Sitzkontingenten** zugeteilt, die je nach Wahlbeteiligung auf die Länder verteilt wurden. In einem ersten Schritt wird dafür die Zahl der Sitze ermittelt, die jedem einzelnen Land zusteht; in einem zweiten Schritt werden die auf ein Land entfallenden Sitze auf die Landeslisten der Parteien verteilt, die mehr als 5 % der Stimmen erreicht haben. Da auf Listenverbindungen verzichtet wird, **konkurrieren künftig alle Landeslisten aller Parteien um die zu vergebenden Sitze**, und nicht mehr die Listen ein- und derselben Partei. Weniger Zweitstimmen für die eine Partei führen deshalb u. U. zu mehr Mandaten für eine andere Partei, aber die Landeslisten ein- und derselben Partei können nicht mehr voneinander profitieren (oder sich gegenseitig behindern).

Bleiben die „**Reststimmen**“, also Stimmen, die bei der Auszählung nicht mehr zu einem Mandat führen. Maßstab dafür ist die „**Erfolgswertabweichung**“, die Abweichung von der Stimmenzahl, die im Bundesdurchschnitt zu einem Mandat führt. Sie sind von Land zu Land unterschiedlich. Für eine Partei können sich die jeweiligen Abweichungen in den Ländern gegenseitig aufheben - im neuen Verfahren aber häufiger auch kumulieren.

Das betrifft vor allem die Zweitstimmen in kleineren Bundesländern, wo Wähler fürchten müssen, dass ihre Stimme „verloren“ ist, wenn sie eine kleine Partei, wie z. B. die FDP, wählen. Sind die kumulierten Abweichungen für eine Partei größer als die Stimmenzahl, die im Bundesdurchschnitt zu einem Mandat geführt haben, werden künftig zusätzliche Sitze zugeteilt.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 276

Unberechtigte Abhebungen mit richtiger PIN Darlegungsanforderungen für Anscheinsbeweis

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 189/2011 vom 29.11.2011; Urteil vom 29.11.2011 - XI ZR 370/10)

Fall: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde dem Beklagten von der klagenden Bank eine Kreditkarte zur Verfügung gestellt, die zur Abhebung von Bargeld an Geldautomaten zugelassen war. In den zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Bank den Höchstbetrag für Bargeldauszahlungen auf 1.000 € pro Tag begrenzt. Weiter war danach der Karteninhaber verpflichtet, Verlust oder festgestellten Missbrauch der Karte der Bank unverzüglich anzuzeigen. Bis zum Eingang dieser Verlustmeldung sollte er grundsätzlich nur bis zu einem Höchstbetrag von 50 € haften.

Die klagende Bank begehrt von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes Ausgleich der Belastungsbuchungen und der Gebühren für Rücklastschriften sowie für die Erstellung eines Kontoauszugs in Höhe von insgesamt noch 2.996 €. Sie ist der Ansicht, der Beklagte habe die Geheimhaltungspflicht hinsichtlich der verwendeten PIN verletzt. Wird die Klage Erfolg haben.

I. Umfang der Höchstbetragshaftungsklausel

Eine von der kontoführenden Bank in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel, nach der bis zum Eingang einer Verlustmeldung der Karteninhaber nur bis zu einem Höchstbetrag von 50 EUR haften soll, umfasst auch die Haftung des Karteninhaber bei schuldhafter Verletzung seiner Sorgfaltspflichten. Der beklagte Karteninhaber kann sich damit auf die Haftungsgrenze von 50 Euro unabhängig davon berufen, ob er schuldhaft gehandelt hat.

II. Anspruch auf Einhaltung des vereinbarten Höchstbetrages

Ein in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank festgelegter Höchstbetrag für Bargeldauszahlungen pro Tag mit einer konkreten Karte schützt auch den Karteninhaber, sodass dessen Haftung im Falle eines Kartenmissbrauchs auf diesen Betrag begrenzt sein kann, wenn die die Karte ausstellende Bank ihrer Pflicht, die Einhaltung dieses Höchstbetrags zu sichern, nicht genügt hat.

III. Anscheinsbeweis bei Eingabe der richtigen Geheimnummer

1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

Wurde an einem Geldausgabeautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben, so spricht ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass entweder der Karteninhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder dass ein Dritter nach der Entwendung der Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der Karte Kenntnis erlangen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2004 – XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308, 314 f.; BGH Urteil vom 06.07. 2010 – XI ZR 224/09, WM 2011, 924 Rn. 10).

2. Konkretisierung in neuer Entscheidung

Der BGH hat nunmehr die Darlegungsanforderungen für die Bank zur Berufung auf den Anscheinsbeweis konkretisiert. Er stellt klar, dass der Anscheinsbeweis nur dann gilt, wenn bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist, da bei Abhebung mithilfe einer ohne Kenntnis des Inhabers gefertigten Kartenkopie (z.B. durch Skimming) kein typischer Geschehensablauf dafür spricht, Originalkarte und Geheimzahl seien gemeinsam aufbewahrt worden.

Den Einsatz der Originalkarte hat dabei die Schadensersatz begehrende Bank zu beweisen.

BGB
§ 444

Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses arglistig verschwiegener Sachmangel (BGH in MDR 2011, 1281; Urteil vom 15.07.2011 – V ZR 171/10)

BGB

Selbst wenn ein **arglistig verschwiegener Sachmangel** für den Willensentschluss des Käufers nicht ursächlich war, ist dem Verkäufer in diesem Falle die **Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss gem. § 444 BGB verwehrt**.

I. Ob sich ein Verkäufer auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn ein arglistig verschwiegener Mangel ohne Einfluss auf den Willensentschluss seines Vertragspartners war, ist für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung **höchststrichterlich noch nicht entschieden** worden.

- Während das **RG** Kausalitätsfragen im Gewährleistungsrecht allgemein für unerheblich hielt (RG WarnR 1933 Nr. 193; zu § 477 BGB a. F. RGZ 55, 210; zu § 463 BGB a. F. RGZ 102, 394; ebenso Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 15. Aufl., S. 436; Planck/Knoke, BGB, 4. Aufl., § 463 Anm. 2 a.E.), hat der BGH für § 463 S. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung angenommen, dass die von dem Verkäufer zu beweisende fehlende Kausalität den Anspruch ausschließt (BGH NJW 2003, 2380; ebenso BGH NJW 1990, 42; BGH NJW 1981, 45; BGH NJW 1977, 1914; KG NJW-RR 1989, 972).
- In der **Lit.** war die Frage umstritten: Teils wurde vertreten, dass die fehlende Kausalität einen Schadensersatzanspruch gemäß § 463 S. 2 BGB a.F. ausschließe (Erman/Grunewald, BGB, 10. Aufl., § 463 Rn 6; Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl., § 463 Rn 29), teils wurde sie für irrelevant gehalten (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 463 Rn 25; § 476 Rn 9 f.; Staudinger/Honsell, BGB, § 476 Rn 24).
- Für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung wird - soweit zu dieser Frage überhaupt Stellung bezogen wird - überwiegend angenommen, dass die Arglist nicht ursächlich für den Vertragsschluss gewesen sein muss (Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn 748; allgemein zum Recht der Sachmängelhaftung Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 438 Rn 37; widersprüchlich Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB, § 444 Rn 42 einerseits, § 438 Rn 95 andererseits; a. A. MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl, § 438 Rn 35).

II. Nach Ansicht des **BGH aaO** ist die **Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss unerheblich**.

*„Anders als in § 123 I BGB (‘zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt’) findet die Kausalität in dem Wortlaut des § 444 BGB keine Erwähnung (‘kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen ... hat’). Ein Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig. Während die Anfechtbarkeit im Falle einer arglistigen Täuschung die **rechtsgeschäftliche EntschlieÙungsfreiheit schützt** (BGHZ 51, 141), sind Ansprüche aus Sachmängelhaftung an eine Verletzung der in § 433 I 2 BGB normierten Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache geknüpft. Sie **setzen grds. nicht voraus, dass der Mangel die Kaufentscheidung beeinflusst hat**. Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 S. 2 BGB a.F. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch war, ist die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache seit der Reform des Schuldrechts Teil des Erfüllungsanspruchs, § 433 I 2 BGB. Ein Schadensersatzanspruch ist gem. § 437 Nr. 3, § 280 I 2, § 276 I 1 BGB auch bei einer fahrlässig verschuldeten mangelhaften Lieferung gegeben. Das **arglistige Verhalten des Verkäufers** ist in diesem Zusammenhang **nur noch im Rahmen von § 444 BGB von Bedeutung**. Diese Vorschrift soll den Käufer allein vor einer **unredlichen Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung schützen**. Eine solche unredliche Freizeichnung ist gegeben, wenn der Verkäufer arglistig handelt. Weitere Voraussetzungen enthält § 444 BGB nicht.*

*Der Vorrang der Nacherfüllung, der sich für den Rücktritt aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB und für den Schadens- bzw. Aufwendungsersatz aus §§ 437 Nr. 3, 281 I 1, 284 BGB ergibt, **steht dem Anspruch nicht entgegen**. Jedenfalls aber wäre bei einer arglistigen Täuschung die Nacherfüllung unzumutbar (BGH NJW 2007, 835; BGHNJW 2008, 1371).“ (BGH aaO)*

BGB
§ 730 II 2**Auflösung einer GbR**
Erlöschen der Einzelgeschäftsführungsbefugnis

BGB

(BGH in MDR 2011, 1246 = NZG 2011, 1140; Urteil vom 05.07.2011 – II ZR 199/10)

Die **Auflösung einer als GbR ausgestalteten Publikumsgesellschaft hat grds. das Erlöschen der einzelnen Gesellschaftern verliehenen Einzelgeschäftsführungsbefugnis nach § 730 II 2 BGB zur Folge. Die Geschäftsführung und Vertretung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.**

„[Die Auflösung einer GbR] hat zur Folge, dass eine vollständige Auseinandersetzung des gesamten Gesellschaftsvermögens nach den §§ 731 ff. BGB notwendig wird. Dabei tritt das Interesse der Gesellschafter nach Überwachung und Kontrolle in der Liquidationsphase deutlich in den Vordergrund. Dieser Gedanke liegt auch dem § 730 II 2 BGB zu Grunde (Staudinger/Habermeier, BGB, Neubearb. 2003, § 730 Rn 12; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn 40).“ (BGH aaO)

StVG
§ 4 III 1 Nr. 2**Verwertungsverbot**
Eintragungen im Verkehrszentralregister

StVG

(OVG Magdeburg in NJW 2011, 3466; Beschluss vom 18.08.2011 – 3 M 348/11)

Eine **Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister kann zur Anordnung eines Aufbauseminars nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, nicht mehr verwertet werden.**

- I. Gem. **§ 29 VIII 1 StVG** dürfen die Tat und die Entscheidung einem Betroffenen für die Zwecke der Beurteilung der Eignung und Befähigung von Personen zum Führen von Kraftfahrzeugen (§ 28 II Nr. 1 StVG) nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwendet werden, wenn eine Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister getilgt ist. Unterliegen diese Eintragungen einer zehnjährigen Tilgungsfrist, dürfen sie nach Ablauf eines Zeitraums, der einer fünfjährigen Tilgungsfrist entspricht, gem. § 29 VIII 2 StVG nur noch für ein Verfahren übermittelt und verwendet werden, das die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand hat.
- II. **OVG Magdeburg aaO** hält es nicht für gerechtfertigt, wegen der Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar die fünfjährige Frist mit der Begründung hinauszuschieben, die Anordnung bilde die Vorstufe zu einer Fahrerlaubnisentziehung, weil die Nichtteilnahme an einem Aufbauseminar die Entziehung der Fahrerlaubnis nach Maßgabe des § 4 VII 1 StVG nach sich ziehe.

1. Nach dem **Wortlaut des § 29 VIII 2 StVG** ist die Möglichkeit der Verwertung über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus beschränkt auf ein Verfahren, das die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis „zum Gegenstand hat“. Wollte man davon ausgehen, dass die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar eine Vorstufe zur Fahrerlaubnisentziehung ist, so würde die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit über den Wortlaut der Regelung hinaus auf die Verfahren erstreckt, die nicht eine Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, sondern Voraussetzung für ein möglicherweise künftig einzuleitendes Verfahren zur Fahrerlaubnisentziehung sind.

„Entgegen der Auffassung des Ag. kann aus der Bezugnahme auf „diese Eintragungen“ im Wortlaut der Regelung des § 29 VIII 2 StVG nicht geschlossen werden, dass nach § 29 VIII 2 StVG nur solche Eintragungen einer besonderen Regelung hinsichtlich der Befugnis zur Übermittlung und Verwertung zugeführt werden, die im Verkehrszentralregister nach § 29 VIII 1 StVG bereits gelöscht sind. Denn ein solches Verständnis verkennt, dass eine im Verkehrszentralregister getilgte Eintragung über eine gerichtliche Entscheidung bereits nach § 29 VIII 1 StVG nicht mehr vorgehalten und nicht mehr zum Nachteil des Betroffenen verwertet werden darf. Die Verwendung der Worte „diese Eintragung“ in § 29 VIII 2 StVG knüpft nicht an im Verkehrszentralregister getilgte Eintragungen an, sondern an eine Eintragung „über eine gerichtliche Entscheidung im Verkehrszentralregister.“ (OVG Magdeburg aaO)

2. Auch aus der **Entstehungsgeschichte** lässt sich nach Auffassung des OVG Magdeburg aaO nicht belegen, dass die Ausnahme der zehnjährigen Verwertbarkeit gerichtlicher Entscheidung nach § 29 VIII 2 StVG über den Wortlaut der Regelung hinaus auch auf Verfahren erstreckt werden dürfte, die nicht die Entziehung der Fahrerlaubnis, sondern die Teilnahme an einem Aufbauseminar zum Gegenstand haben.
3. Schließlich spricht zudem die **Gesetzessystematik** dafür, ein auf die Anordnung der Teilnahme an einem Aufbauseminar nach § 4 III 1 Nr. 2 StVG gerichtetes Verfahren nicht einem Verfahren zur Entziehung einer Fahrerlaubnis gleichzusetzen.

„Wenn nämlich der Gesetzgeber in § 28 III StVG wegen der im Verkehrszentralregister zu speichernden Daten zwischen der Entziehung einer Fahrerlaubnis (§ 28 III Nr. 6 StVG) auf der einen Seite und Maßnahmen der Fahrerlaubnisbehörde nach § 4 III 1 Nr. 1 und 2 StVG (§ 28 III Nr. 11 StVG) auf der anderen Seite unterscheidet, so spricht dies dafür, ausgehend von dieser Unterscheidung bei der Aufnahme von Daten in das Verkehrszentralregister auch für die Verwertung an dieser Unterscheidung festzuhalten und die zehnjährige Verwertungsmöglichkeit nach § 29 VIII 2 StVG auf die Verfahren zu beschränken, die die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben.“

Sinn und Zweck der Regelungen über das Verwertungsverbot ist es, die bis dahin mögliche („ewige“) Verwertung für Verfahren, die die Erteilung oder Entziehung der Fahrerlaubnis zum Gegenstand haben, abzuschaffen und durch § 29 VIII 2 StVG die Verwertung „auf die dort vorgesehenen Fristen“ (vgl. BT-Dr 13/6914, S. 76) zu begrenzen. Die dort vorgesehenen Fristen unterscheiden indes hinreichend klar zwischen einer zehnjährigen Verwertungsmöglichkeit für ein Verfahren, das auf die Erteilung oder Entziehung einer Fahrerlaubnis gerichtet ist, und der Begrenzung der Verwertung auf eine fünfjährige Frist für weitere verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Verfahren.“ (OVG Magdeburg aaO)