

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Mai/08
1. 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, 24.04.2008 – XII ZR 42 und 140/07 – Schwarzarbeit schließt Gewährleistungsansprüche nicht aus S. 2
OLG Frankfurt, 30.01.2008 – 23 U 38/05 – Anscheinsbeweis bei Abhebung mit PIN bei Kartendiebstahl S. 4
BGH, 01.02.2008 – V ZR 47/07 – Vermögenseinbuße wegen Brands auf Nachbargrundstück S. 4

Strafrecht

- Gesetzesänderung im Bereich der Fernmeldeüberwachung S. 5
BGH, 12.02.2008 – 4 StR 623/07 – Wahlfeststellung oder „in dubio pro reo“ Freispruch ? S. 8
OLG Celle, 15.02.2007 – 1 Ws 33/07 – Antragsbefugnis im Klageerzwingungsverfahren S. 9

Öffentliches Recht

- BVerfG, 11.03.2008 – 1 BvR 256/08 – Eilantrag gegen Vorratsdatenspeicherung teilweise erfolgreich S. 10
BayVGH, 19.04.2007 – 7 B 06.2498 – Rücknahmefrist bei begünstigendem Verwaltungsakt S. 11
BVerwG, 22.08.2007 – 6 C 22.06 – Versammlungsbegriff des GG und des VersG S. 12

Arbeitsrecht

- BAG, 23.04.2008 – 2 AZR 21/07 – Tarifliche Kündigungsfristen und Beschäftigungsdauer S. 14
BAG, 16.04.2008 – 7 AZR 1048/06 – Schriftform der Befristungsabrede S. 15
LAG Düsseldorf, 29.04.2008 – 6 Sa 1809/07 u.a. – Wirksamer Widerspruch gegen Betriebsübergang bei BenQ S. 16

Handels- und Gesellschaftsrecht

- BGH, 25.01.2008 – V ZR 63/07 – GbR kann Eigentum an Grundstücken erwerben S. 17

Familienrecht

- Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls S. 18

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmer von Jura Intensiv,

mit der Ausgabe Mai / 2008 stellen wir Ihnen die neue Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung (ZARA) vor.

Die ZARA wird im Auftrag der Jura Intensiv, Soltner, Dr. Schweinberger, Dr. Kues GbR hergestellt. Die ZARA wird zunächst monatlich jeweils zum Monatsende erscheinen und Sie über aktuelle Rechtsprechung und Gesetzesänderungen informieren.

Die ZARA finanziert sich über Werbung. Deswegen werden Sie in Zukunft verstärkt Werbeanzeigen von Kanzleien, Versicherungen und Verlagen in der ZARA finden. Die JuCon GbR wird bestrebt sein, ihrem Gesellschaftszweck entsprechend, die ZARA zu einem interessanten Marktplatz für Stellenangebote für Juristen in jedem Stadium der Ausbildung zu machen.

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 hoffen, dass Ihnen die ZARA eine wertvolle Hilfe bei Ihrer Examensvorbereitung wird.

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: jucon@gmx.de

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.

Zivilrecht

Gericht: BGH	Schwarzarbeit schließt Gewährleistungsansprüche nicht aus	BGB § 249 I
Aktenzeichen: XII ZR 42 u. 140/07		
Datum: 24.04.2008		

	Verbrauchern stehen bei mangelhaften Werkleistungen am Bau auch dann Gewährleistungsansprüche gegen den Werkunternehmer zu, wenn sie mit diesem ein Tätigwerden ohne Rechnung vereinbart haben. Zwar sind solche "Ohne-Rechnung-Abreden" gemäß den §§ 134, 138 BGB nichtig, weil sie einer Steuerhinterziehung dienen. Es ist jedoch treuwidrig, wenn sich der Werkunternehmer nach Durchführung des Auftrags auf die Nichtigkeit des Vertrags beruft.
---	--

Sachverhalt: Der BGH hatte in zwei Fällen darüber zu entscheiden, ob Werkunternehmer auch bei einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ für mangelhafte Werkleistungen einstehen müssen.

Im ersten Fall (Az.: VII ZR 42/07) hatte der Kläger den beklagten Handwerker mit der Abdichtung seiner Terrasse beauftragt. Als es später zu einem Wasserschaden in der unter der Terrasse gelegenen Einliegerwohnung kam, machte der Kläger Gewährleistungsrechte geltend. Im zweiten Fall (Az.: VII ZR 140/07) hatten die Kläger den beklagten Ingenieur mit Vermessungsarbeiten für einen Neubau beauftragt. Sie warfen dem Beklagten einen Vermessungsfehler vor, in dessen Folge das Haus falsch platziert worden sei, und verlangten Schadensersatz für die nachträglich erforderlich gewordenen Umbauarbeiten.

In beiden Fällen hatten sich die Parteien geeinigt, dass die Werkleistungen ohne Rechnung erbracht werden sollten. Als die Beklagten auf Gewährleistung in Anspruch genommen wurden, beriefen sie sich jeweils darauf, dass die Werkverträge wegen dieser „Ohne-Rechnung-Abrede“ insgesamt nichtig seien und daher keine Gewährleistungsansprüche bestünden.

LG und OLG wiesen die Klagen der Auftraggeber wegen Gesamtnichtigkeit der Werkverträge ab. Auf die Revision der Kläger hob der BGH diese Entscheidungen auf und wies die Verfahren an das Berufungsgericht zurück.

Lösung:

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen sind Gewährleistungsansprüche der Kläger wegen der „Ohne-Rechnung-Abrede“ nicht von vornherein ausgeschlossen. Dabei kann offen bleiben, ob die gemäß §§ 134, 138 BGB nichtige „Ohne-Rechnung-Abrede“ zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags führt, wenn die Parteien sich ohne diese Abrede nicht auf denselben Preis geeinigt hätten. Denn auf eine etwaige Nichtigkeit des Gesamtvertrags können sich die Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht berufen.

Bauunternehmer, die sich auf eine auch ihrem eigenen Vorteil dienende „Ohne-Rechnung-Abrede“ einlassen und den Auftrag durchführen, setzen sich in Widerspruch zu ihrem auf Vertragserfüllung gerichteten Verhalten, wenn sie sich später auf die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags und einem damit verbundenen Ausschluss der Gewährleistungsrechte berufen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Mängel am Bau sich regelmäßig auch im Bauwerk niederschlagen. Die Folgen der Mängel lassen sich daher durch die Regeln über die Rückabwicklung eines nichtigen Vertrags zumeist nicht wirtschaftlich sinnvoll bewältigen, so dass die Auftraggeber erkennbar ein besonderes Interesse an vertraglichen, auf Mängelbeseitigung gerichteten Gewährleistungsrechten haben.

Anzeige



Crash-Kurs im Juni und Juli 2008

Öff. Recht 28. und 29. Juni / Zivilrecht: 05. und 06. Juli / Strafrecht 12. und 13. Juli

Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr

Goetheplatz 5, Frankfurt

Hansa Capital GmbH & Co. KG

Ihr überregionaler Finanz- und Versicherungsmakler



Mit über 10 Jahren Finanzdienstleistungserfahrung sind wir mit den Details juristischer Karrieren vertraut wie kaum ein anderer.

Im Zentrum unserer Aktivitäten steht Ihre lebensbegleitende Beratung und Betreuung. Angefangen mit zielgerichteten Informationen zum Studium, zum Berufseinstieg und zur Karriere, bieten wir Ihnen ein ganzheitliches Vorsorge- und Vermögensmanagement.

Als Makler vergleichen wir für Sie Preise und Leistungen und bringen Transparenz in den unübersichtlichen Markt aus Anbietern, Produkten, Tarifen und Bedingungen.

Zu unserem Leistungsspektrum zählen die Beratung und Anbieter- sowie Produktauswahl Ihrer Berufshaftpflichtversicherung, Ihrer privaten Krankenversicherung, Ihrer Berufsunfähigkeitsversicherung, Ihrer Altersvorsorgeverträge sowie selbstverständlich Ihrer Sachversicherungen.

Unser weiterführendes Leistungsspektrum umfasst die Beratung und Anbieter- sowie Produktauswahl bei Kanzleigründungen, Immobilienfinanzierungen sowie Geldanlagen in Investmentfonds, Schiffen, regenerativen Energien und Immobilien.

Je nach Ihren Wünschen erbringen wir unsere Beratungsleistung im Rahmen von ausführlichen Telefonterminen und/oder in persönlichen Terminen an jedem Standort im Bundesgebiet nach vorheriger Terminabsprache. Im Raum Frankfurt, Mainz, Wiesbaden stehen wir Ihnen zudem regelmäßig alle 14 Tage zur Verfügung.

Auf Wunsch erhalten Sie von uns Ihre gesamte Beratungsdokumentation auf elektronischem Wege. So können Sie alle Daten übersichtlich auf Ihrem PC ablegen und haben sie bei Bedarf jederzeit zur Hand.

Sicherlich gibt es andere Anbieter. Sie werden jedoch feststellen, dass wir uns in angenehmer Art und Weise unterscheiden und Ihnen die sachlich fundierte Beratung bieten, die Sie suchen.

Zu Beginn eines jeden Gesprächs erläutern wir Ihnen ausführlich unsere Arbeitsweise und unsere Leistungen, damit Sie genau wissen, woran Sie sind, bevor Sie uns beauftragen.

Wir freuen uns auf Sie!

Ihr Jens Ohlrogge
Bank- und Dipl.-Kaufmann
Geschäftsf. Gesellschafter

Hansa Capital GmbH & Co. KG
Mirabellenweg 7
21720 Grünendeich bei Hamburg

Telefon: 04142/898-284
ohlrogge@hansa-capital.de
www.hansa-capital.de

Gericht: OLG Frankfurt	Anscheinsbeweis bei Abhebung mit PIN bei Kartendiebstahl	BGB
Aktenzeichen: 23 U 38/05		§ 812
Datum: 30.01.2008		

	Es spricht regelmäßig der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Karteninhaber die PIN auf der EC-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn zeitnah nach dem Diebstahl der Karte und Eingabe der PIN an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben wird. Es kann ausgeschlossen werden, dass Dritte das PIN-Verschlüsselungssystem "knacken" können.
---	--

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass Sicherheitsmängel bei dem von der beklagten Bank in der Zeit von Dezember 1999 bis Februar 2003 verwandten Verschlüsselungssystem (Triple-DES-Schlüssel, bestehend aus 128 Bit) bestanden. Es könne praktisch ausgeschlossen werden, dass Kriminelle den kryptographischen Schlüssel geknackt hätten.

Geklagt hatte eine Verbraucherschutzzentrale, die sich die Ansprüche von 12 Kunden der beklagten Bank hatte abtreten lassen, die allesamt behaupten, Dritte hätten ihre gestohlene PIN-Karte dazu missbraucht, unberechtigte Bargeldabhebungen vorzunehmen. Die Bank hatte sich darauf berufen, die Kunden hätten gegen ihre Pflicht verstoßen, die Karten mit besonderer Sorgfalt aufzubewahren und dafür Sorge zu tragen, dass kein unbefugter Dritter Kenntnis von der PIN erhalte.


Nachdem die Klage schon in der ersten Instanz ohne Erfolg geblieben war, wies nun auch das Oberlandesgericht die Berufung der Verbraucherschutzzentrale zurück.

Es lehnte sich dabei an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2004 (XI ZR 210/03) an, wonach der so genannte Beweis des ersten Anscheins dafür spreche, dass der Karteninhaber die PIN auf der EC-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt habe, wenn zeitnah nach dem Diebstahl der Karte und Eingabe der PIN an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben werde. Um diesen zugunsten der Bank wirkenden Anscheinsbeweis zu entkräften, müsse der Karteninhaber einen atypischen Verlauf beweisen, d.h. er müsse darlegen, dass er nicht zur missbräuchlichen Verwendung der Karte beigetragen habe. Ein solcher Fall könne dann vorliegen, wenn ein Dritter das PIN-System „knacken“ könne. Von solchen Sicherheitsmängeln könne bei dem hier untersuchten System aber nicht ausgegangen werden, wie das Oberlandesgericht nach Einholung eines Sachverständigengutachtens des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) feststellte.

Das Gericht lehnte weitere Beweiserhebungen ab, die die Verbraucherschutzzentrale zur Möglichkeit von anderen Manipulationsmöglichkeiten beantragte, z.B. zur Frage der Verwendung von auf der Karte gespeicherten Daten zur PIN-Verifikation.

Ann. von Dr. Schweinberger: Dieses Urteil ist auch im Strafrecht von Relevanz. Im Fall des Computerbetrugs (§ 263a StGB) stellt sich nämlich die Frage, wer der Geschädigte ist. Die bisher herrschende Ansicht, dass der berechnigte Karteninhaber durch den Täter geschädigt wurde, weil der Berechnigte von seiner Hausbank keinen Ersatz erhält, wird auch durch dieses Urteil bestätigt.

Gericht: BGH	Vermögenseinbuße wegen Brands auf Nachbargrundstück	BGB
Aktenzeichen: V ZR 47/07		§ 906 II 2
Datum: 01.02.2008		

	Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 II 2 BGB umfasst auch Vermögenseinbußen, die der Eigentümer oder Besitzer eines beeinträchtigten Grundstücks infolge der Beschädigung beweglicher Sachen auf seinem Anwesen aufgrund eines Brands auf dem Nachbargrundstück erleidet. Er dient als Kompensation für den Ausschluss primärer Abwehransprüche nach §§ 1004 I, 862 I BGB und schützt wie diese das Eigentum und den Besitz an einem Nachbargrundstück.
---	--

Sachverhalt: Die Eigentumswohnung des Beklagten war infolge eines defekten Küchengeräts in Brand geraten. Dadurch wurde auch das angrenzende Gebäude beschädigt, in dem sich ein Lederwarengeschäft befand. Der

geschädigte Lederwarenhändler hatte seine Betriebseinrichtung und Warenvorräte bei der Klägerin versichert. Außerdem bestand Versicherungsschutz für Betriebsunterbrechungsschäden.

Die Klägerin zahlte wegen der durch Rauch, Ruß und Löschwasser entstandenen Schäden 118.510 Euro an den Geschädigten sowie 17.000 Euro zum Ausgleich seines Betriebsunterbrechungsschadens. Diese Beträge verlangte sie aus übergegangenem Recht des Geschädigten von dem Beklagten ersetzt.

Das LG wies die Klage ab. Das OLG gab ihr statt. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch aus übergegangenem Recht des Geschädigten gemäß § 67 VVG in analoger Anwendung des § 906 II 2 BGB.

Ein Anspruch aus § 906 II 2 BGB setzt voraus, dass von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Nutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, aus besonderen Gründen jedoch nicht gemäß §§ 1004 I, 862 I BGB unterbinden kann. Die hierdurch erlittenen Nachteile müssen das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen. Hiervon ist regelmäßig auszugehen, wenn ein Brand auf ein fremdes Grundstück übergreift, da der Nachbar die Gefahr in aller Regel nicht erkennen und die Einwirkungen auf das Grundstück nicht rechtzeitig abwehren kann.

Der Eigentümer eines Hauses, das infolge eines technischen Defekts seiner elektrischen Geräte in Brand gerät, erfüllt die Störereigenschaft. Für den Beklagten als Wohnungseigentümer gilt nichts anderes.

Inhalt und Umfang des Ausgleichsanspruchs werden nach den Grundsätzen der Enteignungsentschädigung bestimmt und führen dazu, dass die Entschädigung auch die Nachteile erfasst, die der Geschädigte infolge der Beeinträchtigung seiner Warenvorräte durch Rauch, Ruß und Löschwasser erlitten hat.

Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 II 2 BGB dient als Kompensation für den Ausschluss primärer Abwehransprüche nach §§ 1004 I, 862 I BGB. Er schützt also wie diese das Eigentum und den Besitz an einem Nachbargrundstück. Daher sind auch die vermögenswerten Betriebsnachteile auszugleichen, die ihre Ursache in der Störung haben.

Zu diesen Nachteilen zählen die für eine ungestörte Fortführung des Gewerbebetriebs erforderlichen Aufwendungen. Entscheidend ist, dass der Schaden an den beweglichen Sachen nicht eingetreten wäre, wenn der Unterlassungsanspruch hätte durchgesetzt werden können, und sich damit als Teil der diesem durch die Störung abverlangten Vermögenseinbuße darstellt. Deshalb sind auch die Ertragseinbußen, die hier infolge der Notwendigkeit, neue Lederwaren zu beschaffen, eingetreten sind, vom Beklagten auszugleichen.

Strafrecht



Gesetzesänderung im Bereich der Fernmeldeüberwachung

Mit Wirkung zum 1.1.2008 wurden wichtige Gesetze im Bereich der Fernmeldeüberwachung neu gefasst. Der neue Kommentar von Meyer-Goßner erscheint erst in der 25. KW. Deshalb sollten an dieser Stelle die für das Examen besonders wichtigen Neuregelungen im Wortlaut wiedergegeben und kurz kommentiert werden.

§ 100a StPO neue Fassung

(1) Auch ohne Wissen der Betroffenen darf die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet werden, wenn

1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat,
2. die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt und
3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

(2) Schwere Straftaten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind:

1. aus dem Strafgesetzbuch:

- a) Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates sowie des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 80 bis 82, 84 bis 86, 87 bis 89, 94 bis 100a,
- b) Abgeordnetenbestechung nach § 108e,
- c) Straftaten gegen die Landesverteidigung nach den §§ 109d bis 109h,
- d) Straftaten gegen die öffentliche Ordnung nach den §§ 129 bis 130,
- e) Geld- und Wertzeichenfälschung nach den §§ 146 und 151, jeweils auch in Verbindung mit § 152, sowie nach § 152a Abs. 3 und § 152b Abs. 1 bis 4,
- f) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in den Fällen der §§ 176a, 176b, 177 Abs. 2 Nr. 2 und des § 179 Abs. 5 Nr. 2,
- g) Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften nach § 184b Abs. 1 bis 3,
- h) Mord und Totschlag nach den §§ 211 und 212,
- i) Straftaten gegen die persönliche Freiheit nach den §§ 232 bis 233a, 234, 234a, 239a und 239b,
- j) Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 und schwerer Bandendiebstahl nach § 244a,
- k) Straftaten des Raubes und der Erpressung nach den §§ 249 bis 255,
- l) gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei und gewerbsmäßige Bandenhehlerei nach den §§ 260 und 260a,
- m) Geldwäsche und Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 Abs. 1, 2 und 4,
- n) Betrug und Computerbetrug unter den in § 263 Abs. 3 Satz 2 genannten Voraussetzungen und im Falle des § 263 Abs. 5, jeweils auch in Verbindung mit § 263a Abs. 2,
- o) Subventionsbetrug unter den in § 264 Abs. 2 Satz 2 genannten Voraussetzungen und im Falle des § 264 Abs. 3 in Verbindung mit § 263 Abs. 5,
- p) Straftaten der Urkundenfälschung unter den in § 267 Abs. 3 Satz 2 genannten Voraussetzungen und im Falle des § 267 Abs. 4, jeweils auch in Verbindung mit § 268 Abs. 5 oder § 269 Abs. 3, sowie nach § 275 Abs. 2 und § 276 Abs. 2,
- q) Bankrott unter den in § 283a Satz 2 genannten Voraussetzungen,
- r) Straftaten gegen den Wettbewerb nach § 298 und, unter den in § 300 Satz 2 genannten Voraussetzungen, nach § 299,
- s) gemeingefährliche Straftaten in den Fällen der §§ 306 bis 306c, 307 Abs. 1 bis 3, des § 308 Abs. 1 bis 3, des § 309 Abs. 1 bis 4, des § 310 Abs. 1, der §§ 313, 314, 315 Abs. 3, des § 315b Abs. 3 sowie der §§ 316a und 316c,
- t) Bestechlichkeit und Bestechung nach den §§ 332 und 334,

2. aus der Abgabenordnung:

- a) Steuerhinterziehung unter den in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 genannten Voraussetzungen,
- b) gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel nach § 373,
- c) Steuerhehlerei im Falle des § 374 Abs. 2,

3. aus dem Arzneimittelgesetz:

Straftaten nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a unter den in § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchstabe b genannten Voraussetzungen,

4. aus dem Asylverfahrensgesetz:

- a) Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Abs. 3,
- b) gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84a,

5. aus dem Aufenthaltsgesetz:

- a) Einschleusen von Ausländern nach § 96 Abs. 2,
- b) Einschleusen mit Todesfolge und gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen nach § 97,

6. aus dem Außenwirtschaftsgesetz:

Straftaten nach § 34 Abs. 1 bis 6,

7. aus dem Betäubungsmittelgesetz:

- a) Straftaten nach einer in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 in Bezug genommenen Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen,
- b) Straftaten nach den §§ 29a, 30 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 sowie den §§ 30a und 30b,

8. aus dem Grundstoffüberwachungsgesetz:

Straftaten nach § 19 Abs. 1 unter den in § 19 Abs. 3 Satz 2 genannten Voraussetzungen,

9. aus dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen:

- a) Straftaten nach § 19 Abs. 1 bis 3 und § 20 Abs. 1 und 2 sowie § 20a Abs. 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21,
- b) Straftaten nach § 22a Abs. 1 bis 3,

10. aus dem Völkerstrafgesetzbuch:

- a) Völkermord nach § 6,
- b) Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7,
- c) Kriegsverbrechen nach den §§ 8 bis 12,

11. aus dem Waffengesetz:

- a) Straftaten nach § 51 Abs. 1 bis 3,
- b) Straftaten nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Buchstabe c und d sowie Abs. 5 und 6.

(3) Die Anordnung darf sich nur gegen den Beschuldigten oder gegen Personen richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt.

(4) ¹Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach Absatz 1 allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. ²Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach Absatz 1 erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. ³Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. ⁴Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.

Anmerkungen:

Wie auch nach der bisherigen Gesetzeslage darf eine Überwachung der Telekommunikation nur bei auf

bestimmten **Tatsachen** begründetem Verdacht angeordnet werden. „Vermutungen“ oder „kriminalistische Erfahrung“ alleine kann also keine Grundlage für eine Fernmeldeüberwachung bieten.

Neu eingeführt wird in § 100a I Nr. 1 StPO für die Katalogtaten der Begriff der „**schweren Straftat**“. Hierdurch wird das Verhältnis zu anderen Eingriffsbefugnissen verdeutlicht. Während der große Lauschangriff nach § 100c I StPO nur bei „*besonders schweren Straftaten*“ möglich ist, wird eine Verkehrsdatenauskunft nach § 100g I StPO bei „*Straftaten von erheblicher Bedeutung*“ zugelassen. Insoweit nimmt § 100a StPO im Verhältnis zu den anderen genannten Eingriffsbefugnissen eine Zwischenstellung ein.

Insgesamt wurden die sog. „**Katalogtaten**“ **ausgeweitet**. So wurden zwar 19 Straftatbestände gestrichen, weil sie in der Praxis ihre Relevanz verloren haben, aber 31 Tatbestände wurden vom Gesetzgeber neu aufgenommen. Erweitert wurde der Katalog z.B. in § 100a II Nr. 1 f)-g) StPO hinsichtlich der Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung und im Bezug auf alle Formen der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes von kinderpornografischen Schriften i.S.d. § 184b StGB. Diese Straftatbestände spielen zwar im Examen kaum eine Rolle, empören die Öffentlichkeit jedoch regelmäßig in besonderem Maße. Da diese Taten heute fast ausschließlich über elektronische Kommunikationsmittel begangen werden und ohne eine Überwachung kaum aufzuklären sind, war die Ausdehnung der Fernmeldeüberwachung auf diese Delikte nahe liegend.

Zusätzlich zum abstrakten Vorliegen einer dieser Katalogtaten des § 100a II StPO kann aber eine Überwachung gem. § 100a I Nr. 2 StPO nun nur noch dann angeordnet werden, wenn „**die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt**“. Hierdurch wird der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 107, 299, 322; 109, 279, 346; NJW 2006, 2603, 2611) Rechnung getragen. Hiernach sind im Rahmen einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung Fälle auszuscheiden, bei denen mangels hinreichender Schwere der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nicht zu rechtfertigen ist. Folglich genügt es auch in einer Klausur nicht mehr, sich mit der bloßen Feststellung zu begnügen, dass der Verdacht einer Katalogtat gegeben ist.

In § 100a I Nr. 3 StPO wurde die bisherige Regelung zur **Verhältnismäßigkeit** und **Subsidiarität** übernommen. An dieser Stelle ergeben sich auch in der Prüfungssituation keine neuen Anforderungen.

In seinem Urteil zum Lauschangriff hatte des BVerfG den Gesetzgeber aufgefordert, den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung durch einfachgesetzliche Vorkehrungen zu schützen (BVerfGE 113, 348, 392). Deshalb sieht § 100a IV 1 StPO nun vor, dass Eingriffe nach Abs. 1 nicht erfolgen dürfen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass durch eine Maßnahme „**allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden**.“ Da dieses Beweiserhebungsverbot damit nur bei ausschließlicher Erlangung von Kernbereichsinformationen eingreift, wird es regelmäßig nicht einschlägig sein, da Telekommunikation meist durch unterschiedlichste Inhalte geprägt sein wird. Für diesen Fall besteht damit zwar kein Beweiserhebungs-, nach § 100a IV 2 und 3 StPO aber ein **Beweisverwertungsverbot** mit einer Verpflichtung zur unverzüglichen Löschung der dem Kernbereichsschutz unterfallenden Daten. Die Entscheidung des Gesetzgebers, hier nicht die - praktisch kaum umsetzbare - Regelung aus § 100c IV StPO zu übernehmen, ist als allein praxisgerechte Lösung zu begrüßen. Da die Überwachung der Telekommunikation heute dadurch umgesetzt wird, dass die Kommunikationsinhalte automatisiert aufgezeichnet werden, wäre eine andere Regelung aus praktischer und technischer Sicht gar nicht umsetzbar und personell auch nicht zu bewältigen (so wörtlich und zutreffend Bär, MMR 2008, 215, 217).

§ 100b StPO neue Fassung

(1) ¹Maßnahmen nach § 100a dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. ²Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. ³Soweit die Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft. ⁴Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. ⁵Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen.

(2) ¹Die Anordnung ergeht schriftlich. ²In ihrer Entscheidungsformel sind anzugeben:

1. soweit möglich, der Name und die Anschrift des Betroffenen, gegen den sich die Maßnahme richtet,
2. die Rufnummer oder eine andere Kennung des zu überwachenden Anschlusses oder des Endgerätes, sofern sich nicht aus bestimmten Tatsachen ergibt, dass diese zugleich einem anderen Endgerät zugeordnet ist,
3. Art, Umfang und Dauer der Maßnahme unter Benennung des Endzeitpunktes.

(3) ¹Auf Grund der Anordnung hat jeder, der Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und ihren im Polizeidienst tätigen Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) die Maßnahmen nach § 100a zu ermöglichen und die erforderlichen Auskünfte unverzüglich zu erteilen. ²Ob und in welchem Umfang hierfür Vorkehrungen zu treffen sind, bestimmt sich nach dem Telekommunikationsgesetz und der Telekommunikations-Überwachungsverordnung. ³§ 95 Abs. 2 gilt entsprechend.

- (4) ¹Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, so sind die auf Grund der Anordnung ergriffenen Maßnahmen unverzüglich zu beenden. ²Nach Beendigung der Maßnahme ist das anordnende Gericht über deren Ergebnisse zu unterrichten.
- (5) ¹Die Länder und der Generalbundesanwalt berichten dem Bundesamt für Justiz kalenderjährlich jeweils bis zum 30. Juni des dem Berichtsjahr folgenden Jahres über in ihrem Zuständigkeitsbereich angeordnete Maßnahmen nach § 100a. ²Das Bundesamt für Justiz erstellt eine Übersicht zu den im Berichtsjahr bundesweit angeordneten Maßnahmen und veröffentlicht diese im Internet. 31)
- (6) In den Berichten nach Absatz 5 sind anzugeben:
1. die Anzahl der Verfahren, in denen Maßnahmen nach § 100a Abs. 1 angeordnet worden sind;
 2. die Anzahl der Überwachungsanordnungen nach § 100a Abs. 1, unterschieden nach
 - a) Erst- und Verlängerungsanordnungen sowie
 - b) Festnetz-, Mobilfunk- und Internettelekommunikation;
 3. die jeweils zugrunde liegende Anlassstrafat nach Maßgabe der Unterteilung in § 100a Abs. 2.

Anmerkungen:


Mit dem neu eingefügten Begriff des „**Werktags**“ in § 100b I 1 StPO wird nun auf die allgemeinen Regelungen der §§ 42 ff. StPO Bezug genommen, sodass es den Staatsanwaltschaften auch bei Eilanordnungen am Wochenende möglich sein wird, bis zum dritten Werktag rechtzeitig eine richterliche Bestätigung der Anordnung einzuholen. Die nach Nr. 1 schon bisher bestehende Verpflichtung zur Angabe des Betroffenen wurde durch den Zusatz „**soweit möglich**“ ergänzt, um damit klarzustellen, dass es auch hier durchaus Anordnungen z.B. gegen unbekannt geben kann.

Die bisher in § 100b V StPO zu findende **Zufallsfundregelung** ist nunmehr in §§ 161 II und § 477 II StPO „versteckt“ worden. Die §§ 161 II, 477 II StPO regeln nun generell, unter welchen Voraussetzungen personenbezogene Daten, die mit besonders eingriffsintensiven Maßnahmen rechtmäßig erlangt wurden, für andere Zwecke verwendet werden dürfen. Die Neuregelung knüpft insofern nicht an das Merkmal der Heimlichkeit an, sondern gilt für alle Maßnahmen, die nur bei dem Verdacht bestimmter Straftaten zulässig sind.

§ 477 II 2 und § 161 II StPO betreffen die Verwendung von strafprozessual erlangten Daten in anderen Strafverfahren bzw. von mit sonstigen hoheitlichen Maßnahmen erlangten Daten in Strafverfahren. Diese ist jeweils nur zulässig zur Aufklärung solcher Straftaten, für die die Maßnahme nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen diese Verwendungs-Beschränkungen nur für die unmittelbare Verwertung als Beweismittel gelten („zu Beweis Zwecken“). Als Ansatz für weitere Ermittlungen („Spurenansatz“) sollen die Daten also auch verwendet werden dürfen, wenn der Verdacht einer bestimmten Straftat gerade nicht vorliegt (Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113, 117 f.).

Zu weiteren Änderungen vgl. den *Übersichtsaufsatz* von Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113 ff. Eine **Synopse** mit sämtlichen Änderungen der StPO zum 1.1.2008 findet sich im Internet unter: <http://dejure.org/aenderungen/synopse-StPO-2008.html>

Gericht: BGH	Wahlfeststellung oder „in dubio pro reo“ Freispruch ?	StGB
Aktenzeichen: 4 StR 623/07		§§ 263, 263a
Datum: 12.02.2008		

	Der Täter, der sich unbefugt Gelder von fremden Konten verschafft, indem er Überweisungsträger der betreffenden Konten fälscht, erfüllt – wenn die Überweisungsträger nur in automatisierter Weise auf ihre Echtheit überprüft werden – den Tatbestand des Computerbetruges. Lässt sich der Ablauf der Überweisung bei der bezogenen Bank nicht mehr aufklären, kommt regelmäßig eine wahlweise Verurteilung wegen Betruges oder Computerbetruges in Betracht.
---	---

Sachverhalt: Nach den Feststellungen verschaffte sich der Angeklagte jeweils Geld von fremden Konten, indem er entweder einen Dritten veranlasste, Überweisungsbelege der betreffenden Konten der Geschädigten zu fälschen und die Gelder über Drittkonten auf sein eigenes Privatkonto zu leiten oder die Fälschungen und betrügerischen Überweisungen selbst vornahm. Nach den Feststellungen blieb unklar, im Hinblick auf welche konkreten Umstände Bankbedienstete täuschungsbedingt einer Fehlvorstellung erlagen. Es lag nahe, dass die betreffenden Banken die Überweisungsträger, soweit die Überweisungen ausgeführt worden sind, lediglich in automatisierter Weise geprüft haben, ohne dass die Fälschung auffiel und ohne dass ein Mitarbeiter des jeweiligen Kreditinstituts noch eine persönliche Kontrolle durchgeführt hat.

Lösung: Bei einem „wahlweisen“ Sachverhalt (hier: entweder automatisierte Bearbeitung oder Bearbeitung durch einen Bankmitarbeiter) müssen in einer Klausur stets beide Sachverhaltsvarianten nacheinander durchgeprüft werden. Dann werden die Ergebnisse verglichen.

Kommt in beiden Varianten eine Strafbarkeit nach demselben Delikt in Betracht, liegt ein Fall „unechter Wahlfeststellung“ vor. In diesem Fall wird der Täter eindeutig wegen des Delikts verurteilt, allerdings auf wahldeutiger Tatsachenbasis. Ein Ergebnissatz könnte also lauten: „Indem A entweder ... oder ... gemacht hat, hat sich er wegen ... strafbar gemacht.“

Ergeben sich in beiden Sachverhaltsvarianten unterschiedliche Strafbarkeiten, die nicht in einem Stufenverhältnis stehen, so kommt allenfalls eine „echte Wahlfeststellung“ in Frage. Diese setzt voraus, dass beide Delikte „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“ sind.

Auf den Fall übertragen bedeutet dies:

1. Variante: Die Prüfung findet durch Bankmitarbeiter statt

Strafbarkeit wegen Betrugs, § 263 I StGB (+).

2. Variante: Automatisierte Bearbeitung

In diesem Fall fehlt es für eine Strafbarkeit wegen Betruges an einer Täuschung und Irrtumserregung. Der Angeklagte hätte unter diesen Umständen vielmehr den Tatbestand des Computerbetruges (§ 263 a I StGB) in der Tatvariante des unbefugten Verwendens von Daten erfüllt.

3. Ergebnisvergleich


Bei Unaufklärbarkeit des tatsächlichen Ablaufs ist die Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug zulässig, da beide Delikte rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind. (Nach einer m.M. muss in einem derartigen Fall ein Freispruch „in dubio pro reo“ erfolgen, weil es nicht zulässig sei, den Angeklagten „wegen Betrugs oder Computerbetrugs“ zu verurteilen.)

Hinweis für Referendare:

Der Urteilstenor würde lauten: „Der Angeklagte wird wegen Betrugs oder Computerbetrugs zu einer ... Strafe von ... verurteilt.“

In einer Anklageschrift ist der abstrakte Anklagesatz des Betrugs mit demjenigen des Computerbetrugs durch das Wort „oder“ verbunden. Im konkreten Anklagesatz ist der Sachverhalt mit dem Hinweis zu schildern, dass sich nicht mehr aufklären ließ, ob eine automatisierte Bearbeitung oder eine solche durch Bankmitarbeiter stattgefunden hat.

Gericht: OLG Celle	Antragsbefugnis im Klageerzwingungsverfahren	StPO
Aktenzeichen: 1 Ws 33/07		§ 172
Datum: 15.02.2007		

	Bei Untreuedelikten zum Nachteil einer GmbH ist nur diese und nicht etwa der einzelne Gesellschafter zur Antragstellung im Klageerzwingungsverfahren befugt.
---	--

Vor allem für Referendare:

Dieser recht spät veröffentlichte Beschluss des OLG Celle mag für Referendare nochmals ein Anlass sein, mit der möglichen „Exotenklausur“ des Klageerzwingungsverfahrens (häufig in Kombination mit der Privatklage) zu beschäftigen.

Bei Untreuedelikten zum Nachteil einer GmbH ist nur diese und nicht etwa der einzelne Gesellschafter zur Antragstellung im Klageerzwingungsverfahren befugt.

Entscheidend hierfür spricht nämlich, dass die jur. Person eine Rechtspersönlichkeit besitzt und eine Schädigung durch ein Vermögensdelikt unmittelbar nur diese betrifft. Auch wenn die in der GmbH verkörperten Teilhabe- und

Eigentumsrechte letztlich den beteiligten Gesellschaften zugute kommen, sind diese von das Vermögen schädigenden Handlungen gerade wegen der eigenständigen Rechtspersönlichkeit der GmbH nur mittelbar betroffen.


Die in Teilen der Lit. geäußerte Gegenmeinung (vgl. etwa Zielinski wistra 93, 6; für Aktiengesellschaften auch Frisch JZ 74, 7, 11) vermag nicht zu überzeugen:

Insbesondere bei Gesellschaften mit einer Vielzahl von Gesellschaftern bestünde ansonsten die Möglichkeit einer Popularklage. Es erscheine zudem systemwidrig, im Rahmen des Klageerzwingungsverfahrens dem einzelnen Gesellschafter quasi im Durchgriff die Verletzteneigenschaft zuzugestehen, wenn er gleichzeitig zivilrechtlich nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich keine Möglichkeit hat, Ansprüche gegen den Schädiger im eigenen Namen durchzusetzen. So ist der einzelne Gesellschafter regelmäßig darauf angewiesen, dass die Gesellschaft die ihr zustehenden Ansprüche selbst einfordert (vgl. etwa § 43 II GmbHG).

Schließlich bestünde auch die Gefahr, dass einzelne Gesellschafter möglicherweise auch den Willen der für die GmbH handelnden Organe, aus durchaus vorstellbaren sachlichen Gründen auf eine Klageerhebung zu verzichten, konterkarieren könnten, wenn sie als Verletzte anzusehen wären. Insoweit muss es aber der GmbH bzw. den für diese handelnden Organen als Verantwortliche überlassen bleiben, zu bestimmen, ob eine weitere Strafverfolgung soll oder nicht.

Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	Eilantrag gegen Vorratsdatenspeicherung teilweise erfolgreich	TKG
Aktenzeichen: 1 BvR 256/08		§§ 113a, b
Datum: 11.03.2008		

	Die durch §§ 113a, 113b TKG eröffnete, sechs Monate andauernde Möglichkeit des Zugriffs auf sämtliche durch eine Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten entstandenen Verkehrsdaten zu Zwecken der Strafverfolgung bedeutet eine erhebliche Gefährdung des in Art. 10 I GG verankerten Persönlichkeitsschutzes. Eine Verwendung dieser Daten ist daher nur zulässig, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a II StPO ist.
---	---

Die Antragsteller wenden sich gegen die in §§ 113a, 113b TKG neu eingeführte Pflicht zur sog. Vorratsdatenspeicherung. Diese Vorschriften dienen unter anderem dazu, die Richtlinie der Europäischen Union über die Vorratsdatenspeicherung in deutsches Recht umzusetzen. § 113a TKG regelt die Speicherungspflicht für Daten. Anbieter von Telekommunikationsdiensten werden verpflichtet, bestimmte Verkehrs- und Standortdaten, die bei der Nutzung von Telefon, Handy, E-Mail und Internet anfallen, für einen Zeitraum von sechs Monaten zu speichern. § 113b TKG regelt die Verwendung der gespeicherten Daten. Danach kann der bevorratete Datenbestand zum Zwecke der Verfolgung von Straftaten, der Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben abgerufen werden. Die Norm enthält keine eigenständige Abrufbefugnis, sie setzt vielmehr gesonderte gesetzliche Bestimmungen über einen Datenabruf unter Bezugnahme auf § 113a TKG voraus.

Bislang nimmt lediglich die Strafprozessordnung (§ 100g StPO) auf § 113a TKG Bezug und ermöglicht zum Zweck der Strafverfolgung ein Auskunftersuchen über solche Telekommunikations-Verkehrsdaten, die ausschließlich aufgrund der in § 113a TKG geregelten Bevorratungspflicht gespeichert sind.

Der Antrag der Beschwerdeführer, §§ 113a, 113b TKG im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Kraft zu setzen, hatte teilweise Erfolg. Die Speicherung der Daten ist grundsätzlich zulässig, für die Verwendung bestehen jedoch Einschränkungen.

1. Eine Aussetzung des Vollzugs von § 113a TKG (Speicherungspflicht) scheidet aus. Ein besonders schwerwiegender und irreparabler Nachteil, der es rechtfertigen könnte, den Vollzug der Norm ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung auszusetzen, liegt in der Datenspeicherung allein nicht. Zwar kann die umfassende und anlasslose Bevorratung sensibler Daten über praktisch jedermann für staatliche Zwecke, die sich zum Zeitpunkt der Speicherung der Daten nicht im Einzelnen absehen lassen, einen erheblichen

Einschüchterungseffekt bewirken. Der in der Vorratsdatenspeicherung für den Einzelnen liegende Nachteil für seine Freiheit und Privatheit verdichtet und konkretisiert sich jedoch erst durch einen Abruf seiner Daten zu einer möglicherweise irreparablen individuellen Beeinträchtigung.


2. Hingegen ist die in § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG ermöglichte **Nutzung der bevorrateten Daten zu Zwecken der Strafverfolgung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde teilweise auszusetzen**. Die erforderliche Folgenabwägung ergibt, dass das öffentliche Interesse am Vollzug der Norm hinter den Nachteilen, die durch den Normvollzug drohen, teilweise zurückstehen muss.

a) Erginge keine einstweilige Anordnung, erwiese sich die Verfassungsbeschwerde aber später als begründet, so drohten Einzelnen und der Allgemeinheit in der Zwischenzeit Nachteile von ganz erheblichem Gewicht. In dem Verkehrsdatenabruf selbst liegt ein schwerwiegender und nicht mehr rückgängig zu machender Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 I GG (Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses). Ein solcher Datenabruf ermöglicht es, weitreichende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte des Betroffenen zu erlangen. Zudem werden in vielen Fällen die durch den Verkehrsdatenabruf erlangten Erkenntnisse die Grundlage für weitere Ermittlungsmaßnahmen bilden. Schließlich können die abgerufenen Verkehrsdaten sowie die durch weitere Ermittlungsmaßnahmen, die an den Verkehrsdatenabruf anknüpfen, erlangten Erkenntnisse Grundlage eines Strafverfahrens oder gegebenenfalls einer strafrechtlichen Verurteilung des Betroffenen werden, die ohne den Datenabruf nicht möglich gewesen wäre.

b) Erginge eine auf den Abruf der bevorrateten Daten bezogene einstweilige Anordnung, erwiesen sich die angegriffenen Normen jedoch später als verfassungsgemäß, so könnten sich Nachteile für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung ergeben. Diese Nachteile wiegen allerdings teilweise weniger schwer und sind hinzunehmen, wenn nicht das Abrufersuchen ausgeschlossen, sondern lediglich die Übermittlung und Nutzung der erhobenen Daten ausgesetzt werden. **Sollten die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen sich als verfassungsgemäß erweisen, so könnten anschließend diese Daten in vollem Umfang zum Zweck der Strafverfolgung genutzt werden.**

Die Übermittlung und Nutzung der von einem Diensteanbieter auf ein Abrufersuchen hin erhobenen Daten sind allerdings in den Fällen **nicht zu beschränken**, in denen Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine **schwere Straftat im Sinne des § 100a II StPO ist, die auch im Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a I StPO)**. In diesen Fällen hat das öffentliche Strafverfolgungsinteresse ein derartiges Gewicht, dass eine Verzögerung durch eine einstweilige Anordnung nicht hingenommen werden kann. Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht vor, ist die Übermittlung und Nutzung der bevorrateten Verkehrsdaten einstweilen auszusetzen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Abrufermächtigung der Strafprozessordnung (§ 100g StPO) Verkehrsdatenabrufe bei Verdacht auf sonstige „Straftaten von im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ oder auf Straftaten mittels Telekommunikation ermöglicht, ist das Risiko hinzunehmen, dass eine Verzögerung der Datennutzung das Ermittlungsverfahren insgesamt vereitelt. Die Nichtaufnahme in den Katalog des § 100a II StPO indiziert, dass der Gesetzesgeber den verbleibenden Straftaten im Hinblick auf Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 I GG geringere Bedeutung beigemessen hat. Dementsprechend geringer zu gewichten sind die Nachteile durch eine Aussetzung der Datennutzung.

Gericht: BayVGH	Rücknahmefrist bei begünstigendem VA	VwVfG
Aktenzeichen: 7 B 06.2498		§ 48
Datum: 19.04.2007		


	Die (Rücknahme-)Jahresfrist für einen begünstigenden Verwaltungsakt beginnt erst dann zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die weiteren für die Rücknahme der Entscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.
---	---

Nach Art. 48 IV 1 BayVwVfG, der im vorliegenden Fall auch anwendbar ist (Art. 48 IV 2 i.V.m. Art. 48 II 3 Nr. 1 BayVwVfG), ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahrs seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von Tatsachen zulässig, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts rechtfertigen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat und ihr die

weiteren für die Rücknahme der Entscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind (st. Rspr. des BVerwG seit BVerwGE 70,356).

Nach dieser Rspr., der der Senat folgt, wird die Jahresfrist in Lauf gesetzt, wenn die Behörde positive Kenntnis von den Tatsachen, welche die Rücknahme rechtfertigen, erhalten hat. Dabei genügt es nicht, dass die die Rücknahme des Verwaltungsakts rechtfertigenden Tatsachen aktenkundig – d.h. aus den Akten ersichtlich – sind, da dadurch dem Charakter der Frist nicht Genüge getan wird, die der Behörde zur sachgerechten Entscheidung über die Rücknahme eingeräumt ist. Sie wird deshalb nicht in Lauf gesetzt, bevor sich die Behörde der Notwendigkeit bewusst geworden ist, über die Rücknahme entscheiden zu müssen. Die Jahresfrist beginnt demgemäß erst zu laufen, wenn diese Tatsachen vollständig, uneingeschränkt und zweifelsfrei ermittelt sind (BVerwGE 70, 356 [364 f.]; BVerwG, NVwZ-RR 01,198; BVerwGE 112, 360 [362]). Auch eine schuldhafte Unkenntnis der Behörde genügt nicht (BVerwGE 112,360 [262]).

Gericht: BVerwG	Versammlungsbegriff des GG und des VersG	GG Art. 8
Aktenzeichen: 6 C 22.06		
Datum: 22.08.2007		

	Wenn eine geplante Veranstaltung nach ihrer Konzeption einen Rahmen bieten soll, in den Außenstehende zum Zwecke der kollektiven Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung einbezogen werden, so handelt es sich um eine Versammlung im Sinne des Grundgesetzes und des Versammlungsgesetzes. Dies gilt auch dann, wenn die Veranstaltung informative Elemente enthält.
---	---

Sachverhalt: Der Kl. meldete in Berlin eine Veranstaltung mit dem Thema „Gegen die Militärintervention im Irak und anderswo“ an. Das Ziel der Veranstaltung sollte darin bestehen, Menschen zu einer Äußerung über ihre Haltung zur Militärintervention im Irak zu bewegen. Hierbei sollten unterschiedliche Hilfsmittel Verwendung finden. Es war vorgesehen, dass auf bereitliegenden Karten schriftliche Meinungsäußerungen zu dem Veranstaltungsthema abgegeben und diese Karten an einer bereitgestellten Lattenkonstruktion öffentlich angebracht werden. Der Bekl. vertritt die Ansicht, dass die geplante Veranstaltung nicht als Versammlung im Sinne des VersG angesehen werden könne.

Lösung:

I. Nach § 1 I VersG hat jedermann u.a. das Recht, öffentliche Versammlungen zu veranstalten. Art. 8 I GG verleiht allen Deutschen das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Der Versammlungsbegriff des VersG entspricht demjenigen des GG (vgl. DÖV 07,883). Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Versammlungsfreiheit will das ungehinderte Zusammenkommen mit anderen Menschen zum Zweck der gemeinsamen Meinungsbildung und Meinungsäußerung (kollektive Aussage) schützen. Eine Versammlung wird dadurch charakterisiert, dass eine Personenmehrheit durch einen gemeinsamen Zweck inhaltlich verbunden ist. Das Grundrecht schützt die Freiheit der Versammlung als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung. Für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 I GG reicht es wegen seines Bezugs auf den Prozess öffentlicher Meinungsbildung nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vorausgesetzt ist vielmehr zusätzlich, dass die Zusammenkunft auf die Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist.

Definition: Versammlungen i.S. des Art. 8 GG und damit auch des VersG sind örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zu gemeinschaftlicher, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.

Entscheidend ist, dass die Meinungsbildung und Meinungsäußerung mit dem Ziel erfolgen, auf die Öffentlichkeit entsprechend einzuwirken. Die vom Versammlungsrecht geschützten Veranstaltungen sind nicht auf Zusammenkünfte traditioneller Art beschränkt, sondern umfassen vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens. Die rechtliche Beurteilung ist danach zu richten, ob sich die Veranstaltung aus der Sicht eines durchschnittlichen Betrachters ihrem Gesamtgepräge nach als Versammlung darstellt oder ob andere Zwecke im Vordergrund stehen. Dabei sind nur solche Anliegen und die ihrer Umsetzung dienenden Elemente zu berücksichtigen. Mit denen

ernsthaft die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung bezweckt wird, die also nicht nur vorgeschoben sind, um den Schutz der Versammlungsfreiheit beanspruchen zu können.

II. Die **Aufstellung eines Informationsstandes als solche genießt nicht den Schutz der Versammlungsfreiheit** (vgl. BVerwGE 56,63 [69]; BVerfG NJW 77, 671). Dies gilt auch für den durch Verteilung politischer Schriften ausgeübten Betrieb eines Informationsstandes, mit dem den Vorübergehenden ein einseitiges Informationsangebot gemacht werden soll. Solche Informationsstände zielen auf individuelle Kommunikation mit zufällig des Weges kommenden Einzelpersonen ab, nicht auf Kommunikation vermittels einer eigenen zu diesem Zweck veranlassten Gruppenbildung. Den sich an Informationsständen bildenden Personenansammlung fehlt die innere Bindung, die das Wesen einer Versammlung ausmacht und dazu führt, dass die Versammelten sich als überpersonales Ganzes verstehen. Die jeweils vor und hinter dem Informationsstand ungebunden anwesenden Personenmehrheit stellt lediglich eine Ansammlung, nicht eine Versammlung dar. Dass auf einer Veranstaltung auch Informationen angeboten werden, schließt hingegen die Annahme einer Versammlung nicht zwingend aus. Eine Versammlung liegt auch dann vor, wenn das Informationsangebot der Vermittlung des politischen Mottos der Veranstaltung dient und darauf zielt, Außenstehende einzubeziehen, damit diese in einen Prozess der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung im Interesse der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung eintreten (vgl. BVerwGE 82, 34 [39]). Das Informationsangebot erweist sich dann als Bestandteil einer aus anderen Gründen zu bejahenden Versammlung (vgl. Urt. v. 7.6.1978, aaO, S. 69 f.).

III. Im vorliegenden Fall hat der Kl. die Konzeption der angemeldeten Veranstaltung im Einzelnen beschrieben. Diese Darlegungen sind schlüssig und auch im Übrigen nachvollziehbar. Sie sind nicht als vorgeschoben anzusehen, um den Schutz der Versammlungsfreiheit zu erlangen. Deshalb sind sie der Beurteilung, ob die streitige Veranstaltung eine Versammlung darstellt, zugrunde zu legen.

Das Thema der Veranstaltung („Gegen die Militärintervention im Irak und anderswo“) betraf eine die Öffentlichkeit berührende politische Fragestellung und zielte insoweit auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung. Dem Veranstaltungsthema wurde auch durch Hilfsmittel, die in der Veranstaltung Verwendung finden sollten, Ausdruck verliehen. So war beabsichtigt, Schriftbänder und –tafeln, Fotos, Transparente und Flugblätter zu verwenden. In Holzrahmen sollten Fotografen von zivilen Kriegsopfern zur Schau gestellt werden. An dem Ort der Veranstaltung sollten ständig etwa drei Personen aus dem Bereich der Initiatoren anwesend sein.

1. Es kann hier dahinstehen, ob bereits die anwesenden Personen aus dem Kreis der Initiatoren eine Versammlung gebildet hätten. Dafür könnte sprechen, dass angesichts des Themas der Veranstaltung und der darauf bezogenen Hilfsmittel wohl deutlich erkennbar gewesen wäre, dass die anwesenden Initiatoren nicht nur ein einseitiges Informationsangebot im Zusammenhang mit dem Veranstaltungsthema unterbreiten, sondern ihrer kritischen Haltung zu Militärintervention Ausdruck verleihen wollten, was als kollektive Meinungsäußerung im Interesse der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung angesehen werden könnte. Der (Haupt)Zweck der Veranstaltung bestand indes nicht darin, den Initiatoren eine Möglichkeit zu eröffnen, ihre Meinung zu äußern. Die Veranstaltung zielte vielmehr darauf, zufällig des Weges kommende Personen und solche, die gezielt den Veranstaltungsort aufsuchten, zu einer Meinungsbildung und Meinungsäußerung in Gruppenform im Zusammenhang mit dem Thema der Veranstaltung zu veranlassen. In diesen Prozess der Meinungsbildung und -äußerung wollten sich auch die am Veranstaltungsort anwesenden Initiatoren einbringen.

2. Die streitige Veranstaltung war nicht als Betrieb eines Informationsstandes anzusehen. Die informativen Elemente, die die angemeldete Veranstaltung nach deren Konzeption aufgewiesen hätte, unterscheiden sich grundlegend von Informationsangeboten, wie sie bei einem auf einseitige Informationsvermittlung angelegten Informationsstand unterbreitet werden.

Soweit die Hilfsmittel einen Informationsgehalt enthalten hätten, wie etwa die Fotografen von Kriegsopfern, die Flugblätter und die Zeitungen, sollte dieser nicht einseitig gegenüber Außenstehenden vermittelt werden. Die Informationen sollten vielmehr Mittel zum Zweck sein, bei den Außenstehenden den angestrebten Vorgang der Meinungsbildung und -äußerung in Gruppenform einzuleiten oder zu fördern. Die Informationsvermittlung sollte also Bestandteil einer Veranstaltung sein, die der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung, wie sie einer Versammlung eigen ist, dient.

Anders als dies bei einem Informationsstand der Fall ist, war die streitige Veranstaltung auf die Einbeziehung Außenstehender angelegt. Die Einbeziehung sollte auch dadurch geschehen, dass die in dem angestrebten Meinungsbildungsprozess herausbildeten Meinung auf bereitgehaltenen Karten schriftlich niedergelegt und diese beschrifteten Karten an eine vorhandene Lattenkonstruktion angebracht werden sollten. Dadurch sollte nicht nur das Ergebnis der Meinungsbildung in Gestalt einer schriftlichen Meinungsäußerung dokumentiert werden Es sollte auch auf den Meinungsbildungsprozess der am Ort der Veranstaltung sich befindenden Personen Einfluss genommen werden.

Dass die beschrifteten Karten für sich betrachtet individuelle Meinungsäußerung darstellen, ändert nichts daran, dass sie ihre Grundlage in einem am Veranstaltungsort stattfindenden kollektiven Meinungsbildungsprozess finden und dass sie auf den dort stattfinden kollektiven Meinungsbildungsprozess zurückwirken sollten. Sie sind deshalb als integraler Bestandteil eines komplexen Vorgangs anzusehen, bei dem Außenstehende untereinander und mit den anwesenden Initiatoren in einen Vorgang der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung eintreten sollten. Dieser Vorgang ist als Einheit zu betrachten, so dass auch die beschrifteten Karten als Teil jenes Vorgangs anzusehen sind.

3. Da die angemeldete Veranstaltung in der soeben dargelegten Weise auf die Einbeziehung einer möglichst großen Zahl dritter Personen in einen Prozess der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung anlegt war, wären diese, soweit sie dem Diskussionsangebot gefolgt wären, untereinander und mit den Initiatoren durch einen gemeinsamen kommunikativen Zweck, nämlich die gemeinschaftliche Beteiligung an dem genannten Prozess, innerlich verbunden gewesen. Im Gegensatz zu dem gemeinsamen kommunikativen Zweck ist die Übereinstimmung der Meinungen für eine Versammlung nicht konstituierend (vgl. BVerfGE 92, 191 [203]).


Zwar ist davon auszugehen, dass sich der am Veranstaltungsort anwesende Personenkreis dadurch verändert hätte, dass Personen den Ort verlassen hätten und hinzugekommen wären. Der konzeptionelle Rahmen wäre jedoch trotz dieser Fluktuation bestehen geblieben. In personeller Hinsicht wäre Kontinuität jedenfalls durch die ständig am Veranstaltungsort anwesenden Initiatoren gewahrt gewesen. Die sächliche Ausgestaltung der Veranstaltung wäre von der Veränderung des Personenkreises nicht betroffen gewesen.

IV. Aus den dargestellten Gründen hätte sich die Veranstaltung nach ihrem **Gesamtgepräge** aus Sicht eines durchschnittlichen Betrachters als Versammlung im Sinne des VersG und des Art. 8 I GG dargestellt. Dem steht nicht entgegen, dass die Veranstaltung mit Blick auf ihre Konzeption nicht den traditionellen Arten von Zusammenkünften mit Versammlungscharakter entsprochen hätte. Deshalb streitet gegen die Annahme einer Versammlung auch nicht der Umstand, dass die Veranstaltung über einen Zeitraum von mehr als zwei Wochen stattfinden sollte und sich auch insoweit von typischen Versammlungen unterschieden hätte.

V. Ergebnis: Der Kl. hat einen Anspruch auf die Feststellung, dass die angemeldete Veranstaltung eine Versammlung in Sinne des VersG war.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Tarifliche Kündigungsfristen und Beschäftigungsdauer	BGB
Aktenzeichen: 2 AZR 21/07		§ 622 IV
Datum: 23.04.2008		

	Nach § 622 Abs.4 BGB können durch Tarifvertrag von der gesetzlichen Regelung abweichende Kündigungsfristen vereinbart werden. Die Tarifvertragsparteien sind dabei nicht verpflichtet, sich am gesetzlichen Leitbild des § 622 BGB zu orientieren. Sie dürfen daher auch einheitliche Grundkündigungsfristen ohne Differenzierung nach der Beschäftigungsdauer der Arbeitnehmer festlegen.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war seit 1975 bei der Beklagten als Kfz-Mechaniker beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Bestimmungen des Manteltarifvertrags für die gewerblichen Arbeitnehmer und Angestellten des Kraftfahrzeuggewerbes in Bayern Anwendung. Hiernach gelten beiderseitige

Grundkündigungsfristen von sechs Wochen zum Monatsende. Lediglich für Betrieb mit mindestens 20 Beschäftigten sieht der Tarifvertrag für arbeitgeberseitige Kündigungen nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelte verlängerte Kündigungsfristen vor.

Die Beklagte, die weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigte, legte ihren Betrieb im Jahr 2005 still und kündigte dem Kläger am 14.11.2005 mit einer Frist von sechs Wochen zum 31.12.2005.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist nach sieben Monaten beendet worden sei. Die tarifliche Regelung der Kündigungsfrist sei unwirksam, weil sie in Kleinbetrieben keine Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit vorsehe. Die Tarifvertragsparteien hätten sich am gesetzliche Leitbild des § 622 BGB zu orientieren.

Lösung:


Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wirksam zum 31.12.2005 gekündigt. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Manteltarifvertrag für Betriebe mit weniger als 20 Arbeitnehmern unabhängig von der Beschäftigungsdauer eine einheitliche Grundkündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende vorsieht. Rechtsgrundlage hierfür ist § 622 IV BGB, wonach durch Tarifvertrag von der gesetzlichen Regelung abweichende Kündigungsfristen vereinbart werden können.

Zwar sieht § 622 II BGB nach der Betriebszugehörigkeit gestaffelte Kündigungsfristen für Kündigungen durch den Arbeitgeber vor. Danach würde im Streitfall wegen der mehr als 20 Jahre langen Beschäftigungsdauer des Klägers eine gesetzliche Kündigungsfrist von sieben Monaten gelten. § 622 IV erlaubt den Tarifvertragsparteien aber ausdrücklich auch eine von § 622 II BGB abweichende Regelung der Kündigungsfristen und stellt die gesetzlichen Kündigungsfristen damit insgesamt zur Disposition der Tarifvertragsparteien.

Im Streitfall haben die Tarifvertragsparteien von ihrer Befugnis zur Festlegung abweichender Kündigungsfristen in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht. Sie waren insbesondere befugt, für Kleinbetriebe unabhängig von der jeweiligen Beschäftigungsdauer der Arbeitnehmer eine einheitliche Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende festzulegen.

Gericht: BAG	Schriftform der Befristungsabrede	TzBfG
Aktenzeichen: 7 AZR 1048/06		§ 14 IV
Datum: 16.04.2008		

	Das Schriftformerfordernis für befristete Arbeitsverträge ist grundsätzlich auch dann gewahrt, wenn der Arbeitnehmer das ihm vor Vertragsbeginn ausgehändigte schriftliche Vertragsangebot erst nach Arbeitsaufnahme unterschreibt und an den Arbeitgeber zurückgibt. In einem solchen Fall ist nicht von einem mündlichen Vertragsschluss auszugehen, da der Arbeitgeber sein Angebot auf Abschluss des befristeten Vertrags regelmäßig von der Rückgabe des unterzeichneten Vertrags abhängig macht.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war bei der Beklagten aufgrund eines vom 01.01.2005 bis zum 30.06.2005 befristeten Arbeitsvertrags als Industriemechaniker beschäftigt. Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses hatte die Beklagte dem Kläger einen von ihr bereits unterzeichneten Arbeitsvertrag mit der Bitte um Unterzeichnung und baldige Rückgabe zugesandt. Dem war der Kläger bis zur Arbeitsaufnahme nicht nachgekommen. Erst auf Nachfrage eines Vertreters der Beklagten übergab er nach seinem Arbeitsantritt den unterzeichneten Vertrag.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung sowie seine Weiterbeschäftigung. Er machte geltend, dass es schon vor Unterzeichnung des Vertrags zum mündlichen Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer – unwirksamen Befristungsabrede – gekommen sei.


Lösung:

Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wirksam befristet. Dem Kläger steht daher kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu. Die streitige Befristungsabrede genügt insbesondere dem Schriftformerfordernis aus

§ 14 IV TzBfG, da der Kläger das schriftliche Vertragsangebot der Beklagten unterzeichnet hat. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis läge selbst dann nicht vor, wenn der Kläger das Vertragsangebot der Beklagten erst nach Arbeitsaufnahme unterzeichnet haben sollte. Denn bei Übersendung eines schriftlichen Vertragsangebots mit der Bitte um Unterzeichnung und Rücksendung des unterschriebenen Exemplars kann der Arbeitnehmer das Vertragsangebot grundsätzlich nur durch die Unterzeichnung der Urkunde annehmen. Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall durch die bloße Arbeitsaufnahme noch kein Arbeitsverhältnis begründet worden, da die Beklagte ihr Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags von der Rückgabe des unterzeichneten Arbeitsvertrags abhängig gemacht hatte.

Gericht: LAG Düsseldorf	Wirksamer Widerspruch gegen Betriebsübergang bei BenQ	TzBfG § 14 IV
Aktenzeichen: 6 Sa 1809/07 u.a.		
Datum: 29.04.2008		

	Sind Arbeitnehmer nicht hinreichend über den bevorstehenden Betriebsübergang informiert worden, so können sie dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses (hier: von der Siemens AG auf BenQ Mobile) auch noch über ein Jahr nach dem Betriebsübergang widersprechen. Die einmonatige Widerspruchsfrist gemäß § 613a Abs.6 S.1 beginnt erst nach Zugang einer vollständigen Unterrichtung über den Betriebsübergang.
---	--

Sachverhalt: Die Kläger waren ursprünglich Arbeitnehmer der Siemens AG. Der Betriebsteil, in dem sie beschäftigt waren, ging auf die BenQ GmbH & Co oHG über. Hierbei handelte es sich um eine für die Übernahme extra neu gegründete Tochtergesellschaft von BenQ, über deren Vermögen inzwischen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Sie war mit einem Haftungskapital von 50.000 Euro ausgestattet.

Über ein Jahr nach dem Betriebsübergang legten die Kläger gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses Widerspruch ein und beantragten, festzustellen, dass ihre Arbeitsverhältnisse mit der Siemens AG fortbestehen. Siemens machte dagegen geltend, dass die Widersprüche verspätet erklärt worden und damit unwirksam seien. Die Kläger hielten dem entgegen, dass das Informationsschreiben über den Betriebsübergang nicht den gesetzlichen Mindestansprüchen entsprochen und deshalb keine Frist in Gang gesetzt hätte.

Lösung:

Die Klagen hatten sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg. Das LAG ließ allerdings die Revision zum BAG zu.

Die Kläger haben dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die BenQ GmbH & Co oHG wirksam widersprochen, so dass die Arbeitsverhältnisse mit der Siemens AG grundsätzlich fortbestehen.

Einem wirksamen Widerspruch steht insbesondere nicht entgegen, dass die Kläger diesen erst mehr als ein Jahr nach dem Betriebsübergang erklärt haben. Zwar sieht § 613a Abs.6 S.1 BGB eine Widerspruchsfrist von nur einem Monat vor. Diese Frist beginnt aber erst nach Zugang einer Unterrichtung nach § 613a Abs.5 BGB über

- den Zeitpunkt des Übergangs,
- den Grund für den Übergang,
- die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer
- und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Das Informationsschreiben, das die Kläger erhalten haben, genügte diesen Anforderungen nicht und hat die Ein-Monats-Frist daher nicht in Gang gesetzt. Es fehlte insbesondere an hinreichenden Informationen über die Identität des Firmenübernehmers. So war unter der neuen Adresse noch die Personalabteilung von Siemens erreichbar. Den Klägern ist auch nicht mitgeteilt worden, dass es sich bei dem Betriebsübernehmer nicht um die Muttergesellschaft BenQ aus Taiwan handelte, sondern um eine extra für die Übernahme neu gegründete Gesellschaft mit einem Haftungskapital von nur 50.000 Euro.


Anm. von Dr. Schweinberger: Schon wegen des immensen öffentlichen Interesses ist dies ein sehr interessantes Urteil. Für die Kläger stellt diese Entscheidung nur einen Etappensieg dar. Denn wie ein Justizsprecher mitteilte,

haben sie teils von BenQ, teils von Siemens oder dem BenQ-Insolvenzverwalter Kündigungen erhalten, über deren Wirksamkeit in separaten Kündigungsschutzverfahren entschieden werden muss. Jedenfalls zeigt sich auch hier wieder welche großen Gefahren für den Arbeitgeber von der gesetzlichen Regelung ausgehen, dass die Widerspruchsfrist nicht läuft, wenn die Unterrichtung fehlerhaft war.

Für die Examensklausur bedeutet dies, dass der Prüfer eine sehr „clevere“ Möglichkeit hat, im Rahmen einer Klausur zum Thema Betriebsübergang ein völlig anderes Thema (welches Gegenstand der Unterrichtung der Arbeitnehmer war) inzident abzurufen. Für den Aufbau des Gutachtens folgt hieraus, dass innerhalb der Widerspruchsfrist die Frage zu klären ist, ob diese überhaupt zu laufen begonnen hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unterrichtung fehlerhaft war.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Gericht: BGH	GbR kann Eigentum an Grundstücken erwerben	BGB
Aktenzeichen: V ZR 63/07		§§ 705 ff.
Datum: 25.01.2008		

	Die GbR ist entgegen der Meinung des Berufungsgerichts rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Ihre Rechtsfähigkeit umfasst auch die Fähigkeit, Eigentümerin von Grundstücken zu sein.
---	---

Sachverhalt: Die Kläger sind Eigentümer eines Grundstücks. Nachdem die Zufahrtstraße 1972 höher gelegt worden war, nutzten sie einen Teil des angrenzenden früher volkseigenen Grundstücks als Zufahrt zu ihrer Garage. 2003 wurden die Beklagten „als Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer dieses Nachbargrundstücks in das Grundbuch eingetragen.

Die Kläger verlangten von den Beklagten als Eigentümer des Flurstücks zur Sicherung der Garagenzufahrt die Bewilligung einer Grunddienstbarkeit nach § 116 I SachRBerG. Die Beklagten dies ab. LG und OLG gaben der Klage im Wesentlichen statt. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

Lösung:

Die Kläger können von den Beklagten nicht die Bestellung der Grunddienstbarkeit an dem Grundstück verlangen. Nach § 116 I Hs.1 SachRBerG kann der Eigentümer eines Grundstücks im Beitrittsgebiet unter den Voraussetzungen von § 116 I Hs.2 SachRBerG zwar die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an einem fremden Grundstück verlangen. Der Anspruch richtet aber gegen den Eigentümer des fremden Grundstücks und dies ist vorliegend die GbR und nicht die Beklagten. Die GbR ist entgegen der Meinung des Berufungsgerichts rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Ihre Rechtsfähigkeit umfasst auch die Fähigkeit, Eigentümerin von Grundstücken zu sein.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagten in entsprechender Anwendung von § 128 S.1 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich persönlich haften und die Gesellschaft die von den Klägern verlangte Dienstbarkeit zu bestellen hätte. Die Haftung der Beklagten scheitert daran, dass Gegenstand der von der Klägerin erstrebten Leistung eine Willenserklärung ist.

Auch dass die Beklagten gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und damit zu der von den Klägern erstrebten Leistung in der Lage sind, führt nicht dazu, dass eine durch die Rechtskraft eines Urteils fingierte Erklärung der Beklagten (§ 894 ZPO) namens der Gesellschaft abgegeben wäre und damit gegen diese wirkte. Hierzu bedarf es vielmehr einer Verurteilung der Gesellschaft. Ebenso wenig folgt aus § 736 ZPO, dass die Gesellschafter zu einer Leistung verurteilt werden können, die nicht von ihnen, sondern von der Gesellschaft geschuldet wird.

Das OLG muss nun prüfen, ob die Klage dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Gesellschaft Beklagte des Rechtsstreits ist.

Anm. von Dr. Schweinberger: Das vorliegende Urteil ist in zwei Lernkontexte zu stellen.

1.: Mit dem vorliegenden Urteil des BGH dürfte für die Praxis die Frage, ob die GbR Eigentum an Grundstücken erwerben kann, beantwortet sein: Die Frage ist zu bejahen. Bisher wurde dies verbreitet mit dem Hinweis darauf verneint, dass die GbR nicht fähig sei, im Grundbuch eingetragen zu werden. Hierzu der BGH:

„Ihre Rechtsfähigkeit umfasst die Fähigkeit, Eigentümer von Grundstücken zu sein (BayObLG, NJW-RR 2002, 1363). Die hiergegen geäußerten Bedenken (BayObLG, NJW 2003, 70; OLG Celle, NJW 2006, 2194) übergehen, dass die Verneinung der Möglichkeit, eine GbR als solche unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung in das Grundbuch einzutragen, nicht dazu führt, dass die GbR das Eigentum an einem Grundstück nicht erwerben könnte (so zutreffend Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 [332]). Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR führt vielmehr dazu, dass das Verfahrensrecht an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen ist. Dass diese dem Gesetzgeber vorbehaltene Anpassung bisher nicht erfolgt ist, schließt den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht aus, sondern erschwert nur den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 [336]; Nagel, NJW 2003, 1146 [1147]).

2. Die Haftung der Gesellschafter einer GbR richtet sich nach h.M. (ebenso wie bei den Gesellschaftern einer oHG) nach der sog. „eingeschränkten Erfüllungstheorie“ (vgl. § 128 HGB). Dies bedeutet, dass der Gesellschafter grundsätzlich ebenso wie die Gesellschaft auf Erfüllung in Anspruch genommen werden kann. Das gilt jedoch nicht, wenn dem Gesellschafter die Erfüllung der Pflicht der Gesellschaft nicht möglich ist. Dies hat der BGH im vorliegenden Fall angenommen.

Familienrecht



Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls

Der Bundesrat hat am 23.05.2008 das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls gebilligt. Das Gesetz erleichtert die Eingriffsmöglichkeit der Familiengerichte bei Gefährdung des Kindeswohls, beschleunigt die Verfahren für Eilmaßnahmen und zwingt die Gerichte zur Kontrolle bereits gefällter Entscheidungen. Es tritt am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

Das Gesetz enthält insbesondere folgende Änderungen:

Abbau von "Tatbestandshürden" Künftig kann das Familiengericht tätig werden, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern diese Gefahr nicht abwenden wollen oder können. Ein darüber hinausgehendes - schwer belegbares - Erziehungsversagen der Eltern muss nicht mehr nachgewiesen werden. Die Vorschrift soll auf die maßgeblichen Voraussetzungen für den Eingriff zum Schutz des Kindes beschränkt werden und nicht die Eingriffsschwelle der Gefährdung des Kindeswohls senken.

Konkretisierung der möglichen Rechtsfolgen Das neue Gesetz führt in § 1666 Abs.3 BGB einen beispielhaften Maßnahmenkatalog ein, der die vielfältigen Handlungsmöglichkeiten des jeweiligen Familiengericht verdeutlichen soll. Es stellt klar, dass das Familiengericht auch Maßnahmen unterhalb eines Sorgerechtsentzugs anordnen kann. Der zuständige Richter kann die Eltern zum Beispiel verpflichten, Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe – wie etwa eine Erziehungsberatung oder ein Antigewalttraining – in Anspruch zu nehmen. Er kann die Eltern aber auch konkret anweisen, für ihr Kind einen Kindergartenplatz in Anspruch zu nehmen oder für den regelmäßigen Schulbesuch des Kindes zu sorgen.

Erörterung der Kindeswohlgefährdung Neu ist im familiengerichtlichen Kindesschutzverfahren auch die „Erörterung der Kindeswohlgefährdung“. Danach soll das Familiengericht künftig mit den Eltern, dem Jugendamt und unter Umständen auch mit dem Kind mündlich erörtern, wie die Gefährdung des Kindeswohls abgewendet werden kann. Es ist Aufgabe des Familiengerichts, den Eltern den Ernst der Lage vor Augen zu führen, darauf hinzuwirken, dass sie notwendige Leistungen der Jugendhilfe annehmen und sie auf die andernfalls eintretenden Konsequenzen (beispielsweise den Entzug des Sorgerechts) hinzuweisen.

Gerichtliche Überprüfungsabpflicht nach Absehen von Maßnahmen Nach der Gesetzesänderung soll das Gericht in angemessenem Zeitabstand überprüfen, ob seine Entscheidung unverändert richtig ist. Damit soll gewährleistet werden, dass das Gericht erneut tätig wird, wenn sich die Kindeswohlsituation nicht verbessert oder sich sogar verschlechtert.

Schnellere Gerichtsverfahren Das Gesetz sieht ein umfassendes Vorrang- und Beschleunigungsgebot für Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls und für Verfahren, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, vor. Damit wird eine Änderung der FGG-Reform vorweggenommen. Das Gericht muss binnen eines Monats einen ersten Erörterungstermin ansetzen. Zudem muss es in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls unverzüglich nach Verfahrenseinleitung Eilmaßnahmen prüfen.