

Herausgeber:

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

# ZARA

Ausgabe April/09  
2. 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, Urt. v. 10.10.2008 – V ZR 131/07 – Anspruch auf Wertersatz bei Rücktritt (Belastung eines Grundstücks)	S. 3
LG Koblenz, Urt. v. 18.03.2009 – 10 O 250/08 – Internet-Auktion: Unzulässige Rechtsausübung	S. 6
BGH, Urt. v. 08.04.2009 – VII ZR 231/07 – Vorgetäuschter Eigenbedarf: Schadensersatzansprüche	S. 7
BGH, Urt. v. 26.02.2009 – Xa ZR 141/07 – Wirksamkeit von allgemeinen Reisebedingungen	S. 9
OLG Schleswig, Urt. v. 25.07.2008 – 14 U 125/07 – Komfortmangel: Bremsgeräusche eines Kfz	S. 10
BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07 – Schuldanerkenntnis: Vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung	S. 11
BGH, Beschl. v. 19.03.2009 – IX ZB 152/08 – Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung	S. 11
BGH, Beschl. v. 16.04.2009 – VII ZB 62/08 – Keine AGB-Kontrolle im Klauselerinnerungsverfahren	S. 12

#### Strafrecht

OLG München, Urt. v. 31.10.2007 – 4 St RR 159/07 – Betrug durch Unterlassen durch Nichtaufklärung der BA für Arbeit	S. 13
OLG Hamm, Beschl. v. 25.06.2008 – 4 Ss 234/08 – Nötigung im Straßenverkehr	S. 14
BGH, Beschl. v. 08.10.2008 – StB 12-15/08 – Zuständigkeit für nachträglichen Rechtsschutz gg. Postbeschlagnahme	S. 15
BGH, Urt. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08 – Zufallsfunde bei Telekommunikationsüberwachung	S. 17

#### Öffentliches Recht

BVerfG, Urt. v. 03.03.2009 – 2 BvC 3/07, 4/07 – Verwendung von Wahlgeräten	S. 19
BVerfG, Beschl. v. 17.10.2008 – 9 B 24.08 – Bemessung der Sondernutzungsgebühr und Grundrechtsausübung	S. 20
VGH München, Beschl. v. 09.06.2008 – 8 CS 08.1117 – Aussetzungsantrag an Behörde / Nachholbarkeit im gerichtl. Verfahren	S. 23

#### Arbeitsrecht

Hess. LAG, Urt. v. 03.09.2008 – 8 TaBV 10/08 - § 626 BGB: Grobe Beleidigung eines Vorgesetzten	S. 25
LAG Köln, Urt. v. 09.02.2009 – 5 Sa 926/08 - § 626 BGB: Nichtanzeige der Arbeitsunfähigkeit	S. 26
LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16.01.2009 – 9 Sa 572/08 – Kündigung wegen Verstoß gegen Schmiergeldverbot	S. 26
LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 31.03.2009 – 2 Sa Ga 1/09 – Unterstützungstreik im Bereich der Flugsicherung	S. 27
ArbG Berlin, Beschl. v. 01.04.2009 – 35 BV 17008/08 – Zur Tariffähigkeit einer Gewerkschaft	S. 28

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Baker & McKenzie veranstaltet einen Workshop zum Thema „Banking & Finance“ (Anzeige auf S. 2).
- Die Hansa Capital GmbH & Co. KG bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 8).

## **JuCon Personalberatung**

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

### **In eigener Sache**

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in der aktuellen Ausgabe wollen wir vor allem die Referendare auf das BGH-Urteil auf S. 15 hinweisen, in welchem der BGH sich zum nachträglichen Rechtsschutz gegen die Postbeschlagnahme äußert. Im Bereich Grundrechte / Staatsorganisationsrecht ist vor allem das Urteil des BVerfG zu Verwendung von Wahlgeräten von besonderer Bedeutung.

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeige der Kanzlei **Baker & McKenzie**.

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

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

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

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

---

**ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung**

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

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

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

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

---

# Workshop - Banking & Finance

## 26. Juni 2009

BAKER & MCKENZIE

**Oliver Socher:** Warst Du nicht letztes Jahr eine der Glücklichen, die sich beim Kartrennen einen Platz auf dem Siegerpodest erkämpft haben?

**Vivian Schmidt:** Nein – aber gewonnen habe ich trotzdem: unheimlich viele interessante Einblicke in die Mandatsarbeit und viele nette Kollegen.

**Oliver Socher:** Wie ist es uns gelungen Dich davon zu überzeugen, bei uns im Banking & Finance Team als wissenschaftliche Mitarbeiterin voll durchzustarten? Waren es die interessanten Fallbeispiele? Das Kartrennen? Unser Team? Oder...?

**Vivian Schmidt:** ...alles zusammen!

### Machen Sie sich Ihr eigenes Bild bei unserem diesjährigen Workshop!

**Bewerbungsschluss:** 07. Juni 2009

Handeln Sie. Erfahren Sie mehr.

**Baker & McKenzie - Partnerschaftsgesellschaft,  
Axel Hamm, Bethmannstraße 50-54, 60311 Frankfurt am Main,  
Telefon +49 (0) 69 2 99 08 600, E-mail: axel.hamm@bakernet.com**

[www.bakernet.com](http://www.bakernet.com)



**Vivian Schmidt**  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin  
Banking & Finance, Frankfurt

**Dr. Oliver Socher, LL.M.**  
Partner  
Banking & Finance, Frankfurt

# Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Anspruch auf Wertersatz bei Rücktritt (Belastung eines Grundstücks)</b>	BGB § 346 I, II
Aktenzeichen: V ZR 131/07		
Datum: 10.10.2008		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Im Falle des Rücktritts ist der Rückgewährschuldner verpflichtet, eine von ihm begründete Belastung des empfangenen Gegenstandes zu beseitigen.</li> <li>2. Wertersatz wegen der Belastung kann der Rückgewährgläubiger nur verlangen, wenn feststeht, dass dem Rückgewährschuldner deren Beseitigung unmöglich ist.</li> </ol>
---	---

**Sachverhalt:** K kauft von V mit notariellem Kaufvertrag ein Grundstück. Der Kaufpreis wird in zwei Teilbeträgen geschuldet. Zur Finanzierung des Kaufpreises nimmt K ein Darlehen bei der S auf, zu deren Sicherung eine Grundschuld im Grundbuch eingetragen wird. Die erste Kaufpreisrate wird vereinbarungsgemäß entrichtet. Eine Übereignung sollte erst nach Zahlung der zweiten Raten stattfinden. Nachdem die Zahlung der zweiten Rate trotz Fälligkeit ausblieb, forderte V den K mehrfach vergeblich unter Fristsetzung zur Zahlung des Kaufpreises auf. Schließlich erklärt V den Rücktritt vom Vertrag und verlangt unbedingt die Herausgabe des Grundstücks. K ist der Auffassung, zur Herausgabe nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung der ersten Kaufpreisrate verpflichtet zu sein. V hingegen macht geltend, wegen der Belastung des Grundstücks mit der Grundschuld einen Wertersatzanspruch zu haben und verrechnet den Rückzahlungsanspruch hiermit. Wie ist die Rechtslage?

### Lösung:

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks nach §§ 346 I, 323 I BGB haben.

### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks müsste entstanden sein.

#### 1. Rückgewährschuldverhältnis

Dann müsste zunächst ein Rückgewährschuldverhältnis nach § 346 I BGB bestehen. Dies könnte infolge eines wirksamen Rücktritts des V nach § 323 I BGB entstanden sein.

##### a) gegenseitiger Vertrag

Der Rücktritt nach § 323 I BGB setzt einen gegenseitigen Vertrag voraus. Zwischen K und V wurde ein wirksamer Kaufvertrag abgeschlossen. Hierbei handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag.

##### b) Leistungspflicht des Rücktrittsgegners

Wegen des wirksam abgeschlossenen Kaufvertrages ist K nach § 433 II BGB zur Kaufpreiszahlung verpflichtet.

##### c) Fälligkeit und Einredefreiheit

Die Zahlungspflicht des K war im Zeitpunkt des Rücktritts auch schon fällig, Einreden sind nicht ersichtlich. Die von K erhobene Einrede der Zug-um-Zug Leistung ergibt sich aus §§ 348, 320 BGB und bezieht sich lediglich auf die gegenseitigen Pflichten aus dem Rückgewährschuldverhältnis, nicht jedoch auf das Ausgangsverhältnis. Sie ist daher hier nicht zu berücksichtigen.

##### d) Ausbleiben der Leistung

K hat trotz Fälligkeit der zweiten Kaufpreisrate diese nicht entrichtet, so dass die Leistung ausgeblieben ist.

##### e) Angemessene Fristsetzung bzw. deren Entbehrlichkeit nach § 323 II BGB

V muss dem K nach Eintritt der Fälligkeit eine angemessene Frist zur Kaufpreiszahlung gesetzt haben, bevor er den Rücktritt erklären kann. Dies ist hier mehrfach geschehen.

*Anm: Eine gesonderte Mahnung ist nicht erforderlich. Die Fristsetzung schließt die Mahnung ein oder ist bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung ebenfalls entbehrlich. Die Bestimmung einer zu kurzen Frist setzt eine angemessene Frist in Lauf.*

f) Erfolgsloser Fristablauf

K hat trotz der mehrfach gesetzten Zahlungsfristen die geschuldete Leistung nicht erbracht, so dass die Fristen erfolglos abgelaufen sind.

g) Rücktrittserklärung gegenüber dem anderen Teil, § 349 BGB

V hat gegenüber K als dem richtigen Rücktrittsgegner den Rücktritt erklärt.

h) Kein Ausschluss des Rücktritts

Der Rücktritt dürfte auch nicht ausgeschlossen gewesen sein.

*Anm.: Grundsätzlich kommen folgende Ausschlussgründe in Betracht:*

- *einschränkende Vereinbarung*
- *Verzicht auf das Rücktrittsrecht nach seiner Entstehung,*
- *Erlöschen des Rücktrittsrechts nach Fristsetzung, § 350 BGB,*
- *Unbeachtlichkeit geringfügiger und unverschuldeter Überschreitung der gesetzten Frist nach § 242 BGB,*
- *kein Interessenwegfall bei Teilleistung, § 323 V 2 BGB (bei Rücktritt vom ganzen Vertrag),*
- *Unbeachtlichkeit bei Schlechtleistung, wenn nur unerhebliche Pflichtverletzung, § 323 V 2 BGB,*
- *Gläubiger ist weit überwiegend oder allein verantwortlich für Rücktrittsgrund, § 323 VI BGB,*
- *Gläubiger ist in Annahmeverzug und Schuldner hat nicht zu vertreten, § 323 VI BGB (Beachte aber § 300 BGB).*

Für das Vorliegen von Ausschlussgründen liegen keine Anhaltspunkte vor.

i) Keine Unwirksamkeit

Der Rücktritt des V ist auch nicht nach §§ 352, 353 oder 218 BGB unwirksam.

j) eigene Vertragstreue, § 242 BGB

Trotz Vorliegens der Rücktrittsvoraussetzungen ist V gleichwohl nur zum Rücktritt berechtigt, wenn er sich selbst vertragstreu verhält, da anderenfalls § 242 BGB einem Rücktritt entgegensteht.

*Anm.: Dies kann in folgenden Fällen angenommen werden:*

- *Gläubiger ist zur Leistung nicht bereit,*
- *Gläubiger fordert erheblich mehr, als er nach dem Vertrag verlangen kann,*
- *Gläubiger gefährdet den Vertragszweck oder verletzt Nebenpflichten von einigem Gewicht.*
- *Gläubiger erklärt eine ungerechtfertigte Anfechtung.*

V selbst hat sich jedoch vertragstreu verhalten, so dass § 242 BGB einem Rücktritt nicht entgegensteht.

Die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt nach § 323 I BGB lagen daher vor. Ein Rückgewährschuldverhältnis nach § 346 I BGB ist damit entstanden. Danach sind die Parteien einander zur Rückgewähr der empfangenen Leistung nach § 346 I BGB verpflichtet, so dass ein Anspruch des V von K auf Herausgabe des Grundstücks nach § 346 I BGB entstanden ist.

## II. Anspruch nicht untergegangen

Dieser Anspruch dürfte auch nicht untergegangen sein. Rechtsvernichtende Einwendungen werden von K nicht erhoben, so dass der Anspruch auch fortbesteht.

## III. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch des V gegen K auf unbedingte Herausgabe des Grundstücks auch durchsetzbar ist. K hat sich darauf berufen, dass er aus dem Schuldverhältnis seinerseits nach § 346 I BGB gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr des Erlangten, also auf Rückzahlung der ersten Kaufpreisrate hat. Diesen Anspruch hat er nach §§ 348, 320 BGB dem Anspruch des V auf Herausgabe des Grundstücks einredeweise entgegen gehalten. Steht dem K diese Einrede zu, so besteht der Anspruch des V auf Herausgabe des Grundstücks nur Zug-um-Zug gegen Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises.

### 1. Entstehung des Anspruchs des K gegen V auf Rückzahlung der ersten Rate

Der Anspruch des K auf Rückgewähr der ersten Kaufpreistratte ist nach § 346 I BGB wegen Vorliegens der schon geprüften Voraussetzungen entstanden.

2. Untergang des Rückzahlungsanspruch durch Aufrechnung des V mit einem Wertersatzanspruch nach § 346 II Nr. 2 BGB

Er könnte jedoch durch Aufrechnung des V mit einem ihm ebenfalls aus dem Rückgewährschuldverhältnis zustehenden Wertersatzanspruch nach § 346 II Nr. 2 BGB nach § 389 BGB untergegangen sein. Dies setzt jedoch voraus, dass dem V ein solcher Wertersatzanspruch auch zusteht. Grundsätzlich kann er nach § 346 II Nr. 2 BGB Wertersatz wegen der Belastung des empfangenen Gegenstandes verlangen. Der empfangene Gegenstand ist hier das Grundstück. Die auf dem Grundstück zugunsten der S eingetragene Grundschuld stellt auch eine Belastung dar.

a) Die Voraussetzungen, unter denen ein Rückgewährgläubiger Wertersatz beanspruchen kann, sind allerdings umstritten.

aa) Maßgebend ist Bestehen der Belastung, nicht Beseitigungsmöglichkeit

Nach einer Auffassung besteht der Wertersatzanspruch des § 346 II 1 Nr. 2 BGB immer dann, wenn einer der dort genannten Tatbestände vorliegt, der empfangene Gegenstand also veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet wurde. Der Anspruch hänge nicht davon ab, dass es dem Rückgewährschuldner unmöglich sei, den Gegenstand in dem Zustand herauszugeben, in dem er ihn empfangen habe. Eine Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustands sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Allerdings sei der Rückgewährschuldner hierzu berechtigt; er könne also beispielsweise eine Belastung beseitigen und den Gegenstand dann lastenfrei zurückgewähren (so Staudinger/Kaiser, BGB, § 346 Rn. 153 f.; Gaier, in: MüKo, § 346 Rn. 39; Arnold, Jura 2002, 154, 157).

bb) Wertersatzanspruch nur bei Unmöglichkeit der Beseitigung

Nach der wohl überwiegenden Auffassung kommt ein Wertersatzanspruch nur in Betracht, wenn es dem Rückgewährschuldner unmöglich ist, den empfangenen Gegenstand in seiner ursprünglichen Form zurückzugeben. Die Rückgewähr in Natur sei gegenüber der Verpflichtung, Wertersatz zu leisten, vorrangig. § 346 II 1 Nr. 2 BGB sei daher um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit zu ergänzen (so Palandt/Grüneberg, § 346 Rn. 8a; Grothe in: Bamberger/Roth BeckOK-BGB, § 346 Rn. 41).

cc) **Stellungnahme des BGH**

Der BGH hat sich nunmehr der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Das Gesetz knüpft die Verpflichtung zum Wertersatz in § 346 II BGB an Fälle an, in denen die empfangene Leistung typischerweise überhaupt nicht oder nur in veränderter Form zurückgewährt werden kann. Ihre Aufzählung ist nicht abschließend zu verstehen, vielmehr kommt in Satz 1 Nr. 1 bis 3 der Norm ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts zum Ausdruck, dass der Rückgewährschuldner in allen Fällen, in denen ihm die Rückgewähr der empfangenen Leistung unmöglich ist, zum Wertersatz verpflichtet ist (BGHZ 175, 286 = NJW 2008, 2028, 2030). Dieses Verständnis rechtfertigt umgekehrt den Schluss, dass auch in Bezug auf die in § 346 II 1 BGB genannten Fälle ebenfalls allein die Folgen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit geregelt werden sollten. Auch wenn die Vorschrift den Begriff der Unmöglichkeit nicht ausdrücklich verwendet, kann auf Grund des systematischen Zusammenhangs mit Abs. 1 und im Hinblick auf die Funktion des Wertersatzanspruchs, einen Rücktritt auch dann zu ermöglichen, wenn der Rücktrittsberechtigte zur Rückgewähr der empfangenen Leistung außerstande ist, nicht zweifelhaft sein, dass es der Sache nach um die Unmöglichkeit geht, den empfangenen Gegenstand überhaupt oder in der ursprünglichen Form zurückzugeben.

Allerdings ist bei der Bestimmung des Umfangs der primären Rückgewährpflichten zu berücksichtigen, dass dem Schuldner keine Beschaffungspflichten auferlegt werden dürfen, die einer Schadensersatzverpflichtung gleichkommen, da §§ 346 ff. BGB eben keinen Schadensersatzanspruch vorsehen, sondern nur einen Ausgleich für den geminderten oder verloren gegangenen Substanzwert geben wollen.

Aus diesem Grund kann aus § 346 I BGB keine Verpflichtung des Rückgewährschuldners abgeleitet werden, einen nach Empfang beschädigten Gegenstand vor seiner Herausgabe an den Rückgewährgläubiger zu reparieren. Die Reparatur käme nämlich einer Schadensersatzleistung in Form der Naturalrestitution (§ 249 I BGB) gleich. Im Fall der Verschlechterung des empfangenen Gegenstands beschränkt sich der Anspruch des Rückgewährgläubigers aus § 346 I BGB daher auf dessen Herausgabe im gegenwärtigen Zustand; wegen der Verschlechterung steht ihm ein

Anspruch auf - im Vergleich zu den Reparaturkosten nicht selten geringeren - Wertersatz gem. § 346 II 1 Nr. 3 i.V.m. S. 2 BGB zu.

Die Beseitigung einer der Kreditsicherung dienenden dinglichen Belastung stellt dagegen keine einer Naturalrestitution gleichkommende „Reparatur“ des empfangenen Gegenstands dar. Ein belastetes Grundstück ist nicht beschädigt, sondern wird von dem Rückgewährschuldner zum Zwecke der Kreditsicherung genutzt. Die Beseitigung der Belastung stellt sich mithin als Aufgabe einer andauernden Nutzung des herauszugebenden Grundstücks dar. Diese ist nach § 346 I BGB geschuldet. Ist die Beseitigung der Belastung möglich, kommt ein Anspruch des Rückgewährgläubigers auf Wertersatz nicht in Betracht. Denn die primären Rückgewährpflichten nach § 346 I BGB gehen der Verpflichtung zum Wertersatz nach § 346 II BGB vor (so zutr. Grothe, in: BeckOK-BGB, § 346 Rn. 41; Schwab, JuS 2002, 630, 632).

Der Vorrang der primären Rückgewährpflichten gilt auch dann, wenn dem Schuldner die finanziellen Mittel fehlen, um das Grundpfandrecht zu beseitigen. Denn die Regelung des § 346 II 1 BGB soll - ebenso wie § 818 II BGB - die Unmöglichkeit der Herausgabe durch einen Wertersatzanspruch ausgleichen. Stehen aber der Rückgewähr des unbelasteten Leistungsgegenstands nur finanzielle Gründe entgegen, dann kann diese Illiquidität nicht durch einen Wertersatzanspruch kompensiert werden, dessen Erfüllung wiederum entsprechende Geldmittel voraussetzt. Es bleibt dann bei dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat.

b) Anwendung auf den Fall

Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt folgt daraus, dass V kein Wertersatzanspruch, sondern ein Anspruch auf Löschung der Grundschuld gegen K zustand.

Die Beseitigung der Belastung war schon deshalb möglich, weil das gesicherte Darlehen von der Darlehensgeberin vorzeitig zur Rückzahlung fällig gestellt worden war. Mangels Gleichartigkeit der Ansprüche kommt die von dem BerGer. angenommene Aufrechnung der auf Beseitigung der Grundschuld und Rückzahlung des empfangenen Kaufpreisanparts von 307000 Euro gerichteten Forderungen somit nicht in Betracht.

Gericht: LG Koblenz	<b>Internet-Auktion: Unzulässige Rechtsausübung</b>	BGB
Aktenzeichen: 10 O 250/08		§ 242
Datum: 18.03.2009		

	Zwar trifft das Risiko einer fehlerhaften Einstellung eines Verkaufsangebots auf einer Auktionsplattform im Internet (hier: ein Porsche 911/997 Carrera 2 S Coupé für einen Ersteigerungsbetrag von 5,50 Euro) grundsätzlich den Verkäufer. Doch ist der Schadensersatzanspruch eines Käufers nicht durchsetzbar, wenn ihm gemäß § 242 BGB der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht.
---	---

**Sachverhalt:** Der Beklagte hatte am 12.08.2008 über ein Internet-Auktionshaus einen gebrauchten Porsche 911/997 Carrera 2 S Coupé, mit einem Neuwert von mehr als 105.000 Euro und einer Laufleistung von 5.800 Kilometer, zu einem Mindestgebot von einem Euro zur Versteigerung angeboten. Nach acht Minuten beendete der Beklagte, dem angeblich ein Fehler unterlaufen war, die Auktion vorzeitig. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger bereits ein Kaufangebot in Höhe von 5,50 Euro für das Fahrzeug abgegeben; als Höchstbetrag für sein Gebot hatte der Kläger einen Betrag von 1.100 Euro angegeben.

Der Beklagte lehnte den Vollzug des Kaufvertrags ab. Infolgedessen machte der Kläger Schadensersatz in Höhe von 75.000 Euro geltend. Das LG wies die Klage ab. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

**Lösung:**

Dem Kläger ist zwar ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten wegen Nichterfüllung Kaufvertrags gemäß §§ 280 I, 281 I, II BGB entstanden. Der Durchsetzbarkeit steht allerdings § 242 BGB entgegen.

Zwar trifft das Risiko einer fehlerhaften Einstellung eines Verkaufsangebots auf einer Auktionsplattform im Internet grundsätzlich den Verkäufer. Doch hat der Beklagte bei der Einstellung des Angebots einen Fehler begangen, den er unverzüglich zu korrigieren versucht hatte. Dieser Vorgang dauerte sodann acht Minuten. Eine derartige Internet-Auktion dauert gewöhnlich bis zu einer Woche. Die Nachfrage nach gebrauchten

Kraftfahrzeugen im Internet ist zudem groß. Fahrzeuge wie der vom Kläger angebotene Porsche erreichen regelmäßig Verkaufspreise von weit über 50.000 Euro.

Infolgedessen konnte der Kläger, der den Wert des Fahrzeugs selbst auf mindestens 75.000 Euro bezifferte, nicht davon ausgehen, für das von ihm abgegebene Gebot von 5,50 Euro oder für das von ihm angegebene Höchstgebot von 1.100 Euro das Fahrzeug erwerben zu können. Es erscheint auch als ausgeschlossen, dass bis zum regulären Ende der Auktion keine weiteren, höheren Gebote für das Fahrzeug abgegeben worden wären.

Der Kläger würde somit bei Anerkennung einer Schadensersatzpflicht des Verkäufers dafür belohnt, dass der Beklagte schnellstmöglich versucht hatte, die aus seiner Sicht fehlerhafte Auktion abubrechen. Außerdem ist davon auszugehen, dass bei Fortführung der Auktion ein Preis erzielt worden wäre, der ein Vielfaches des Höchstgebots des Klägers ergeben hätte.

Gericht: BGH	<b>Vorgetäuschter Eigenbedarf: Schadensersatzansprüche</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 231/07		§ 573 III 1
Datum: 08.04.2009		

	<b>Mietern, die auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin ausziehen, können auch dann Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung zustehen, wenn die Kündigung des Vermieters aus formalen Gründen unwirksam war. Der Schadensersatzanspruch des Mieters wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er sich mit dem Vermieter auf eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses einigte.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin war seit 1977 Mieterin in einem Haus der Beklagten. Aufgrund einer Vereinbarung vom 04.10.2002 zog die Klägerin aus der Wohnung aus, nachdem die Beklagten mehrfach das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs gekündigt und eine Räumungsklage und Schadensersatzforderungen bei nicht rechtzeitiger Räumung angedroht hatten. Kurz darauf boten die Beklagten das Haus über einen Makler zum Verkauf an. Ein Kaufvertrag wurde allerdings nie abgeschlossen. Die Klägerin war der Auffassung, dass die Beklagten den Eigenbedarf nur vorgetäuscht hätten. Sie begehrte mit ihrer Klage die Rückgabe des Mietobjekts und machte hilfsweise Schadensersatz geltend.

AG und KG wiesen die Klage ab. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das KG zurück.

**Lösung:**

Einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, können auch dann Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung zustehen, wenn die Kündigung des Vermieters aus formalen Gründen unwirksam war.

Im vorliegenden Fall war der Eigenbedarf entgegen § 573 III 1 BGB (§ 564a III BGB a.F.) nicht im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses angegeben und die Kündigung deshalb unwirksam. Der Vermieter hatte dem Mieter allerdings den Eigenbedarf schlüssig dargelegt, woraufhin der Mieter keine Veranlassung hatte, die Angaben des Vermieters in Zweifel zu ziehen.

Der Schadensersatzanspruch des Mieters wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass er sich mit dem Vermieter auf eine einvernehmliche Beendigung des Mietverhältnisses einigte. Dies, obwohl er zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen noch nicht zur Räumung der Wohnung verpflichtet war. Schließlich ist auch hier nicht entscheidend, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf.

Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein. Für einen Ausschluss des Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens gemäß § 254 BGB, wie vom KG angenommen, war deshalb kein Raum. Im weiteren Verfahren muss das KG klären, ob der mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf der Beklagten vorgetäuscht war.

## **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 die Lebens begleitende 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 u.a. die Sparten:  
Berufshaftpflichtversicherung, private Krankenversicherung,  
Berufsunfähigkeitsversicherung, Altersvorsorge, Sachversicherungen,  
Geldanlage, Immobilien- und Existenzgründungsfinanzierungen.

**Die Hansa Capital GmbH & Co. KG ist umgezogen und ist nun direkt im Rhein-Main-Gebiet ansässig.**

**Damit stehen Ihnen unsere Dienstleistungen noch direkter zur Verfügung und wir können sie noch persönlicher betreuen.**

**Wenden Sie sich vertrauensvoll an uns.**

---

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge  
Bankkaufmann  
Geschäftsführer

Hansa Capital GmbH & Co. KG  
Hagenauer Strasse 42 Trias Forum  
65203 Wiesbaden

Telefon: 0611/2386034  
ohlrogge@hansa-capital.de  
www.hansa-capital.de

Gericht: BGH	<b>Wirksamkeit von allgemeinen Reisebedingungen</b>	BGB § 309 Nr. 7
Aktenzeichen: Xa ZR 141/07		
Datum: 26.02.2009		

	<p>1. Dem Reisenden, der in einem Reisebüro eine Reise bucht, wird nur dann die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von den Allgemeinen Reisebedingungen Kenntnis zu nehmen, die der Reiseveranstalter dem Reisevertrag zugrunde legen will, wenn der Reiseveranstalter die Reisebedingungen dem Reisenden vor Vertragschluss vollständig übermittelt.</p> <p>2. Eine Klausel in Allgemeinen Reisebedingungen, mit der die gesetzliche Verjährungsfrist für die Ansprüche des Reisenden wegen eines Mangels der Reise abgekürzt wird, ist wegen Verstoßes gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB insgesamt unwirksam, wenn die in diesen Klauselverboten bezeichneten Schadensersatzansprüche nicht von der Abkürzung der Verjährungsfrist ausgenommen werden.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger macht gegen die beklagte Reiseveranstalterin Ansprüche wegen mangelhafter Reiseleistungen geltend. Er hatte für sich und seine Ehefrau bei der Beklagten eine Pauschalreise nach Mauritius gebucht, die später auf die Zeit vom 3. bis 18. August 2005 umgebucht wurde. In der ursprünglichen Buchung zugrunde liegenden Reiseanmeldung vom 12. Oktober 2004 heißt es: *"Die Reise- und Zahlungsbedingungen wurden anerkannt. Sie sind Vertragsinhalt."* In Nummer 10.7 der im damaligen Katalog der Beklagten abgedruckten Reise- und Zahlungsbedingungen der Beklagten ist bestimmt: *"Vertragliche Ansprüche des Reisenden verjähren in einem Jahr, beginnend mit dem Tag, an dem die Reise nach dem Vertrag enden sollte. Schweben Verhandlungen über die von Ihnen erhobenen Ansprüche, ist die Verjährung gehemmt, bis Sie oder wir die Fortsetzung der Verhandlungen verweigern. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. ..."* Mit Schreiben vom 22. August 2005 meldete der Kläger bei der Beklagten Ansprüche an, die die Beklagte mit Schreiben vom 17. Oktober 2005 zurückwies. Mit seiner Klage hat der Kläger die teilweise Rückzahlung des Reisepreises und eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit begehrt. Die Klageschrift ist am 11. August 2006 bei Gericht eingegangen und am 14. Dezember 2006 der Beklagten zugestellt worden. Das Amtsgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

#### Lösung:

Der BGH hob die Entscheidung auf und verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass Ansprüche des Klägers auf teilweise Rückerstattung des Reisepreises unter dem Gesichtspunkt der Minderung nach §§ 651d I, 651c I, 638 III, IV BGB und auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit nach § 651f II BGB verjährt seien. Maßgeblich ist hier die zweijährige Verjährungsfrist des § 651g II 1 BGB, die durch die Klageerhebung gehemmt worden ist. Die gesetzliche Frist ist nicht durch die von der Beklagten verwendeten Reise- und Zahlungsbedingungen verkürzt worden.

1. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen bereits nicht die Annahme, dass diese Bedingungen in den von den Parteien geschlossenen Reisevertrag einbezogen wurden. Die Reise- und Zahlungsbedingungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach § 305 II BGB nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Verwender die andere Vertragspartei nicht nur auf hierauf hinweist, sondern ihr auch die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Unklar ist dabei bereits, ob der Hinweis in der Reiseanmeldung als Verweis genügt, da „die“ Reise- und Zahlungsbedingungen, auf die verwiesen worden ist, weder durch einen Hinweis auf den Katalog noch in sonstiger Weise identifiziert worden sind. Dies kann jedoch dahinstehen, da es jedenfalls an einer Möglichkeit der Kenntnisnahme fehlt. Dem Reisenden, der im Reisebüro eine Reise bucht, ist nicht zuzumuten, durch Einsicht in den Katalog Kenntnis von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu nehmen. Bei den Reisebedingungen handelt es sich typischerweise um umfangreiche, im Kleindruck wiedergegebene Klauselwerke. Sie im Reisebüro wirklich zur Kenntnis zu nehmen, ist praktisch unmöglich und kann jedenfalls vom Reisenden nicht erwartet werden. Zwar kann der Reiseveranstalter dem Reisenden die Bedingungen auch dadurch zur Kenntnis bringen, dass er auf die in einem von ihm herausgegebenen Prospekt enthaltenen Angaben verweist. Dies setzt indessen voraus, dass der Reiseveranstalter dem Reisenden den Prospekt zur Verfügung stellt. Zumindest bei einer Buchung im Reisebüro muss der Katalog dem Reisenden ausgehändigt werden; es genügt gerade nicht, dass der Katalog nur im Reisebüro einsehbar ist.

2. Darüber hinaus ist die Verjährungsfrist im Streitfall auch deshalb nicht verkürzt worden, weil die einschlägige Reisebedingung unwirksam ist.

a) Die Bestimmung in Nummer 10.7 Satz 1 der Reise- und Zahlungsbedingungen der Beklagten verstößt gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB. Danach kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verschuldenshaftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit nicht, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden. Eine Begrenzung der Haftung in diesem Sinn ist auch die zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit entsprechender Schadensersatzansprüche durch Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen. Hiergegen verstößt Nummer 10.7 Satz 1 der vorliegenden Bedingungen. Denn die Reisebedingung schließt nach Verjährungseintritt die Haftung für Schadensersatzansprüche des Reisenden wegen eines Mangels der Reise nach § 651f I BGB generell aus, ohne Schäden durch die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Fälle eines groben Verschuldens des Reiseveranstalters oder seiner Erfüllungsgehilfen auszunehmen.

b) Die verbotswidrige Begrenzung der Haftung hat zur Folge, dass Nummer 10.7 Satz 1 der Reise- und Zahlungsbedingungen unwirksam ist. Verstößt eine Formularbestimmung gegen ein Klauselverbot, so kann sie nur unter der Voraussetzung teilweise aufrechterhalten bleiben, dass sie sich nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt. Dies ist hier nicht möglich. Die Klausel enthält eine einzige Regelung, mit der für sämtliche vertragliche Ansprüche des Reisenden die Verjährung auf ein Jahr abgekürzt wird. Um zu einem inhaltlich zulässigen Inhalt zu gelangen, müsste die Klausel um eine Ausnahmeregelung für die Verjährung der in § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB aufgeführten Schadensersatzansprüche ergänzt werden. Hierbei würde es sich indessen um eine geltungserhaltende Reduktion auf den erlaubten Inhalt handeln, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht kommt.

3. Das Berufungsurteil kann demnach keinen Bestand haben. Zur Prüfung des geltend gemachten Reisemangels ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Gericht: OLG Schleswig	<b>Komfortmangel: Bremsgeräusche eines Kfz</b>	BGB
Aktenzeichen: 14 U 125/07		§ 323 II 5
Datum: 25.07.2008		

	<b>Ein Komfortmangel in Form von wiederholten, quietschenden Bremsgeräuschen, die auch bei geschlossenem Fenster zu vernehmen sind, stellt bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie in einer Preisklasse von 75.000 € einen erheblichen Mangel dar, weil die Komforteinbuße beträchtlich ist und der Käufer berechtigterweise erwarten durfte, dass eine solche nicht auftritt.</b>
---	---

Denn auch ein sog. Komfortmangel stellt einen erheblichen Mangel dar, wenn die Komforteinbuße beträchtlich ist und der Käufer berechtigterweise erwarten durfte, dass eine solche nicht auftritt. Für die Beurteilung, ob es sich nur um einen unerheblichen Mangel handelt, der den Rücktritt nicht rechtfertigen würde, ist eine umfassende Interessenabwägung nach der Verkehrsanschauung und unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind dabei vor allem der für eine etwaige Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand bzw. bei nicht behebbaren Mängeln die von ihnen ausgehende funktionelle, ästhetische oder sonstige Beeinträchtigung. Da hier der Mangel als nicht behebbar einzustufen ist, weil eine wirksame Möglichkeit zur endgültigen Behebung der Bremsgeräusche nicht dargetan ist, kommt es auf die durch den Mangel verursachten Beeinträchtigungen an. Diese sind so beträchtlich, dass der Mangel als erheblich einzuordnen ist. Ein wiederholtes Quietschen während einer längeren Phase nach Fahrtantritt, das auch bei geschlossenem Fenster zu vernehmen ist, bedeutet eine erhebliche Störung. Bei Fahrzeugen der gehobenen Kategorie in einer Preisklasse von 75.000 €, bei denen auch der Fahrkomfort eine wichtige Eigenschaft ist, kann auch berechtigterweise erwartet werden, dass solche störenden Geräusche nicht vorhanden sind.

Anzeige

	<h2>Crash-Kurse im Juli und August 2009</h2> <p>Öff. Recht / Zivilrecht / Strafrecht. An drei Wochenenden (Samstag und Sonntag).                  Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr                  Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)</p>
---	--

Gericht: BGH	<b>Schuldanerkenntnis: Vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 265/07		§ 781
Datum: 11.11.2008		

	Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich genommen weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines „tatsächlichen“ Anerkenntnisses der beglichenen Forderung.
---	--

Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält über seinen Charakter als Erfüllungshandlung (§ 363 BGB) hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Das gilt auch für die tatsächlichen Grundlagen der einzelnen Anspruchsmerkmale. Zwar wird es in der Rspr. des BGH nicht als ausgeschlossen angesehen, der vorbehaltlosen Begleichung einer Rechnung zugleich eine Anerkenntniswirkung hinsichtlich der zu Grunde liegenden Forderung beizumessen. Dies erfordert aber stets ein Vorliegen weiterer Umstände, die geeignet sind, eine derartige Wertung zu tragen. Solche Umstände sind hier nicht festgestellt. Für sich genommen rechtfertigt die Bezahlung der Rechnung nicht die Annahme eines Anerkenntnisses.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung</b>	ZPO
Aktenzeichen: IX ZB 152/08		§ 296a
Datum: 19.03.2009		

	Eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemachte Klageerweiterung bleibt bei der Bestimmung des Beschwerdegegenstands grundsätzlich außer Ansatz. Wie sich aus § 256 Abs.2, § 261 Abs.2, § 297 ZPO ergibt, ist die Erhebung einer neuen Klageforderung oder einer Klageerweiterung durch einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz unzulässig, weil Sachanträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen.
---	---

**Sachverhalt:** Die Kläger sind Rechtsanwälte. Sie hatten gegen die Beklagte gerichtlich einen Anspruch auf Zahlung von Anwaltshonorar geltend gemacht. In der mündlichen Verhandlung vor dem AG beantragten die Kläger nach teilweiser Klagerücknahme, die Beklagte zur Zahlung von rund 414 Euro nebst Zinsen sowie weiterer rund 18 Euro zu verurteilen, und erklärten im Übrigen den Rechtsstreit für erledigt.

Die Erledigungserklärung blieb einseitig. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung reichten die Kläger einen Schriftsatz ein, durch den sie im Wege der Klageerhöhung eine Verurteilung der Beklagten auf Zahlung von weiteren rund 85 Euro beantragten. Diesen Schriftsatz übermittelte das AG der Beklagten formlos mit dem Hinweis, dass ein Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht gegeben sei.

Das AG verurteilte die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage, an die Kläger 321 Euro nebst Zinsen zu zahlen und ließ die Berufung nicht zu. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel der Kläger blieben erfolglos.

**Lösung:**

Das LG hat zutreffend angenommen, dass der Beschwerdegegenstand von über 600 Euro gemäß § 511 II Nr. 1 ZPO nicht erreicht war.

Fehlt es - wie im Streitfall - an einer Zulassung durch das Erstgericht, ist eine Berufung gemäß § 511 II Nr. 1 ZPO nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € übersteigt. Der Wert des Beschwerdegegenstands unterscheidet sich begrifflich sowohl von dem erstinstanzlichen Streitwert als auch der Beschwer. Mit dem Wert des Beschwerdegegenstands ist der Wert der Beschwer gemeint, den der Rechtsmittelführer mit dem Ziel ihrer Beseitigung zur Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht stellt. Aus diesen Erwägungen muss der Rechtsmittelführer mit der Berufung die Beseitigung einer Beschwer von mehr als 600 € verfolgen.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsmittels eines Klägers ist grundsätzlich von der "formellen Beschwer" auszugehen. Danach ist der Kläger insoweit beschwert, als das angefochtene Urteil von seinen Anträgen

abweicht. Im Blick auf den Teilerfolg der Klage beträgt die Beschwer der Kläger bezogen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung höchstens 569,63 €. Angesichts dieser Beschwer kann der Beschwerdegegenstand von 600 € nicht erreicht sein.

Mangels einer Antragstellung in mündlicher Verhandlung durfte auch über eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Klageerweiterung nicht entschieden werden. Gemäß § 296a ZPO können nach Schluss der mündlichen Verhandlung keine neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden. Da die Vorschrift lediglich Angriffsmittel, aber nicht den Angriff und damit die Klage selbst betrifft, werden zwar neue Sachanträge von ihrem Regelungsbereich nicht erfasst. Wie sich allerdings aus § 256 II, § 261 II, § 297 ZPO ergibt, ist die Erhebung einer neuen Klageforderung oder einer Klageerweiterung durch einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz unzulässig, weil Sachanträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Keine AGB-Kontrolle im Klauselerinnerungsverfahren</b>	ZPO
Aktenzeichen: VII ZB 62/08		§ 296a
Datum: 16.04.2009		

	Hat sich der Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen, kann er sich nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung darauf berufen, dass die Unterwerfungserklärung wegen Verstoßes gegen § 307 I BGB unwirksam sei. Er kann mit der Vollstreckungserinnerung nach § 732 ZPO nur Einwendungen gegen Fehler formeller Art erheben.
---	--

**Sachverhalt:** Der Schuldner hatte zur Sicherung eines Darlehens seiner Bank, eine Sicherungsbuchgrundschuld an seinem Grundstück zu Gunsten der Bank bestellt. Außerdem unterwarf er sich in der Bestellsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Nachdem die Darlehensforderung und die Grundschuld an eine andere deutsche Bank abgetreten, diese wiederum mit einer weiteren deutschen Bank verschmolzen worden war und ihre Rechtsform gewechselt hatte, wurden die Forderung und die Grundschuld an die Gläubigerin - einer Treuhänderin eines amerikanischen Finanzinvestors - abgetreten. Dieser wurde notariell eine auf sie als Rechtsnachfolgerin lautende Vollstreckungsklausel erteilt, aus der sie die daraufhin die Zwangsvollstreckung einleitete.

Das AG wies die hiergegen gerichtete Vollstreckungserinnerung des Schuldners zurück. Auf seine Beschwerde hin hob das LG den Beschluss auf und erklärte die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde für unzulässig. Das Beschwerdegericht war der Ansicht, dass die vorformulierte Unterwerfungserklärung eine unangemessene Benachteiligung im Sinn des § 307 I 1 BGB darstelle, wenn die Bank die Kreditforderung an beliebige Dritte wie etwa Finanzinvestoren, die keiner Bankenaufsicht unterliegen, abtreten könne.

Auf die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hob der BGH den Beschluss des LG auf und wies die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluss des AG zurück.

**Lösung:**

Der Notar hatte die Vollstreckungsklausel rechtmäßig erteilt. Insofern war die Vollstreckungserinnerung zurückzuweisen.

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Schuldner mit der Vollstreckungserinnerung nach § 732 ZPO nur Einwendungen gegen eine dem Gläubiger erteilte Vollstreckungsklausel erheben, die Fehler formeller Art zum Gegenstand haben. Der Notar, der die Vollstreckungsklausel erteilt, muss nach allgemeinen Regeln prüfen, ob ein formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt, und wie hier im Fall der Rechtsnachfolge, ob diese, soweit sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.

Dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Eine weitergehende Prüfungsbefugnis stand dem Notar nicht zu. Er ist infolgedessen nicht zur Prüfung befugt, ob eine Unterwerfungserklärung den Schuldner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Vielmehr muss er die Klausel erteilen, wenn bei der formellen Prüfung keine Bedenken bestehen.

## Strafrecht

Gericht: OLG München	<b>Betrug durch Unterlassen durch Nichtaufklärung der BA für Arbeit</b>	StGB § 263
Aktenzeichen: 4 St RR 159/07		
Datum: 31.10.2007		

	<p>Teilt ein Empfänger von Sozialleistungen der zuständigen Behörde eine Änderung der für die Leistungsgewährung maßgeblichen Verhältnisse mit, leistet jedoch die Behörde irrtümlich weiterhin, so kommt gleichwohl eine Strafbarkeit des Betroffenen wegen Betrugs durch Unterlassen in Betracht, wenn er den zuständigen Sachbearbeiter nicht über den Irrtum aufklärt.</p>
---	--

**Sachverhalt** (erst jüngst wurde das o.g. Urteil veröffentlicht): Das AG hat den Angekl. am 26. 6. 2007 wegen Betrugs zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten mit Bewährung verurteilt. Nach den amtsgerichtlichen Feststellungen habe der mehrfach vorbestrafte Angekl. als Inhaber eines Restaurants Eingliederungsbeihilfe für einen Arbeitnehmer von der Bundesagentur für Arbeit in einem Zeitraum erhalten, in welchem der Arbeitnehmer nicht mehr im Betrieb des Angekl. beschäftigt gewesen sei. Der Angekl. habe unwiderlegt seinen damaligen Steuerberater beauftragt gehabt, der Bundesagentur für Arbeit das Ausscheiden des Arbeitnehmers mitzuteilen. Diese Information sei jedoch nicht an die für die Auszahlung der Förderung zuständige Stelle der Bundesagentur für Arbeit gelangt. Obwohl der Angekl. im weiteren Verlauf bemerkt habe, dass die monatlichen Förderbeiträge zu Unrecht weiter ausbezahlt wurden, habe er entgegen der ihm bekannten Verpflichtung der Bundesagentur für Arbeit nicht unverzüglich mitgeteilt, dass das Beschäftigungsverhältnis mit dem Arbeitnehmer nicht mehr bestand. Des weiteren hat das AG festgestellt, dass sich der Arbeitnehmer bei der Bundesagentur für Arbeit als arbeitslos gemeldet habe. Die für die Entgegennahme dieser Arbeitslosmeldung zuständige Mitarbeiterin der Bundesagentur habe erkennen können, dass damit die für die Gewährung der Eingliederungsbeihilfe an den Angekl. erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr vorlagen, und sie hätte insoweit eine Meldung an die für die Auszahlung der Beihilfe zuständige Abteilung machen müssen.

Die Revision des Angekl. führte lediglich zur Aufhebung des Rechtsfolgenanspruchs.

### Lösung:

II. 1. Der Schuldspruch lässt Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. nicht erkennen. Insbesondere ist das AG in rechtlich nicht zu beanstandender Weise von einer vom Angekl. zu verantwortenden Täuschung durch Unterlassen und einer dadurch veranlassten Vermögensverfügung der Bundesagentur für Arbeit ausgegangen ...

b) Zu Recht hat das AG eine den Betrugstatbestand erfüllende Täuschung durch Unterlassen angenommen.

aa) Der Angekl. hat nicht durch aktives Verhalten getäuscht. Denn es ist nicht festgestellt, dass er bei der Antragstellung oder später unrichtige Angaben gemacht hätte oder in sonstiger Weise durch sein Verhalten einen Irrtum bei den zuständigen Bediensteten der Bundesagentur für Arbeit begründet, gefördert oder unterhalten hätte. Eine aktive Täuschungshandlung ist insbesondere auch nicht darin zu sehen, dass er die ihm zu Unrecht überwiesenen Geldbeträge entgegengenommen und verbraucht hat. Dieses Verhalten stellt sich vielmehr als ein bloßes Ausnutzen eines bei den Bediensteten der Bundesagentur für Arbeit bereits bestehenden Irrtums dar, das von § 263 StGB nicht erfasst wird (OLG Köln NJW 1984, 1979; OLG Hamburg wistra 2004, 151 jew. mwN).

bb) Der Angekl. hat jedoch nach den Feststellungen des AG die Täuschung durch Unterlassen bewirkt. Seine gemäß § 13 I StGB erforderliche Garantenpflicht folgt insoweit aus § 60 I Nr. 2 SGB I. Die Vorschrift ist anwendbar, weil die Eingliederungsbeihilfe auf Grund der §§ 217ff. SGB III gewährt worden war, und § 60 SGB I ausweislich der amtlichen Überschrift des 3. Abschnitts des SGB I und entsprechend der Gesetzssystematik eine gemeinsame Vorschrift für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuches darstellt. Danach hatte der Angekl. die Pflicht, Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen. Die amtsgerichtlichen Feststellungen tragen insoweit den Schuldspruch. Denn der Angekl. konnte sich nicht auf die bloße Beauftragung des Steuerberaters beschränken. Alleine mit dieser Auftragserteilung hatte er die von ihm geforderten Mitwirkungspflichten noch nicht ausreichend erfüllt. Die Mitteilungspflicht des § 60 I Nr. 2 SGB I ist Teil einer

effektiven Mitwirkungspflicht des Leistungsempfängers, auf die die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen ihrer umfassenden Aufklärungspflicht angewiesen ist. Adressat einer solchen Mitteilung ist die Bundesagentur für Arbeit, und ihr Zweck besteht darin, bei der Behörde irrige Vorstellungen der Personen zu beseitigen, die zugunsten des Leistungsempfängers eine Verfügung i.S.v. § 263 I StGB treffen, um wen es sich dabei im Einzelnen auch handeln mag. Dieser Zweck ist aber nicht erreicht, wenn weiterhin Zahlungen durch die Behörde erfolgen. Gehen daher in einem solchen Fall weitere Zahlungen der Behörde bei dem Leistungsempfänger ein, so liegt es nahe, dass die Mitteilung die Behörde oder zumindest den zuständigen Bediensteten nicht erreicht hat. Der Leistungsempfänger hat dann die Pflicht, die Mitteilung in geeigneter Form zu wiederholen und auf diese Weise zu gewährleisten, dass der zuständige Bedienstete von den veränderten Umständen unverzüglich Kenntnis erhält (vgl. OLG Köln aaO, und NStZ 2003, 374; OLG Hamburg aaO; Tröndle/Fischer 54. Aufl., § 263 Rn 23a). Hierfür spielt es keine Rolle, auf welchen Umständen die irrigen Vorstellungen des verfügenden Behördenmitarbeiters beruhen, ob also der Steuerberater den ihm vom Angekl. erteilten Auftrag nicht ausgeführt hat, oder ob er dies zwar getan hat, jedoch die Mitteilung an einen anderen Behördenangehörigen gelangte und aufgrund eines behördeninternen Versehens nicht den zuständigen Mitarbeiter erreichte. Der Angekl. hätte daher jedenfalls nach Kenntnis von zu Unrecht empfangenen Leistungen gegenüber der Bundesagentur für Arbeit den Wegfall der die Leistung rechtfertigenden Umstände mitteilen müssen. Dies war ihm auch zumutbar, da zu diesem Zeitpunkt ein strafbares Handeln durch ihn noch nicht vorlag. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem durch das OLG Karlsruhe entschiedenen (NStZ 2004, 584) dadurch, dass dort die Veränderungsanzeige die bearbeitende Stelle des Leistungsträgers tatsächlich erreicht hatte.

cc) Der Schuldspruch wegen vollendeten Betrugs begegnet auch vor dem Hintergrund keinen rechtlichen Bedenken, dass der Bundesagentur für Arbeit infolge der Arbeitslosmeldung des ehemaligen Bediensteten des Angekl. bekannt war, dass die Umstände für die Gewährung der Beihilfe entfallen waren. Denn dieses Wissen der Bundesagentur für Arbeit, das den Feststellungen des AG noch mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, führt nicht dazu, dass ein Irrtum der Bundesagentur entfiele und der Angekl. deshalb nur wegen versuchten (untauglichen) Betrugs zu bestrafen wäre. Subjekt des Irrtums kann nur eine natürliche Person sein. Bei einer Behörde kommt es daher dem Grundsatz nach auf die Vorstellungen desjenigen Behördenmitarbeiters an, der die Vermögensverfügung trifft oder kraft Organisationsherrschaft zu verantworten hat. Die etwaige Bösgläubigkeit irgendeines anderen Behördenmitarbeiters, der nicht in einem Überordnungsverhältnis zu dem die Vermögensverfügung ausführenden Bediensteten steht und der - wie vorliegend - in einer anderen Abteilung tätig ist, kann daher der Behörde nicht zugerechnet werden (vgl. Tröndle/Fischer aaO, Rn 39; LK-Tiedemann 11. Aufl., § 263 Rn 82) ...

Gericht: OLG Hamm	<b>Nötigung im Straßenverkehr</b>	StGB
Aktenzeichen: 4 Ss 234/08		§ 240
Datum: 25.06.2008		

	<b>Nicht jeder vorsätzliche Regelverstoß im Straßenverkehr, der ein Nötigungselement enthält, ist eine Nötigung i.S.v. § 240 StGB. Eine strafbare Nötigung liegt erst vor, wenn die Einwirkung auf den anderen Verkehrsteilnehmer nicht die bloße Folge, sondern der Zweck des verbotswidrigen Verhaltens ist.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Am 12. 12. 2006 suchte der Angekl. mit einem Lkw und Anhänger eine Druckerei auf, um an der Laderampe Waren auszutauschen. Zu dem Zweck setzte der Angekl. das Gespann rückwärts auf das Betriebsgelände der Firma, bis das Heck des Hängers an die Laderampe anschloss. Den Zugwagen ließ der Angekl. angekoppelt. Wegen der Länge des Gespannes ragte der Zugwagen dabei so in die Straße, dass diese für den Verkehr mit Kraftwagen blockiert war.

Gegen 16.35 Uhr befuhr der Zeuge A mit seinem Pkw diese Straße und fand in Höhe der Druckerei den weiteren Weg durch den Lastzug des Betr. versperrt. Der Zeuge wartete 10 Minuten, ob der Lastzug fortfahren werde. Der Angekl. ging in der Zeit der Ladetätigkeit nach, indem er Paletten aus der Lagerhalle der Druckerei auf den Lastzug fuhr. Schließlich stieg der Zeuge A aus und sprach den Angekl. an, wann er die Straße wieder frei machen werde. Der Angekl. entgegnete, dass er erst die Arbeit fertig machen wolle. Der Zeuge A gab sich daraufhin als Polizeibeamter zu erkennen und wies den Angekl. auf sein verkehrswidriges Verhalten hin. Der Angekl. beharrte darauf, dass er dort stehen könne, solange er wolle.

Schließlich fragte der Angekl. den Zeugen A, ob er, der Zeuge A, seinen Namen erfahren wolle. Als der Zeuge A dies bejahte, erklärte der Angekl. „Arschloch“ und wandte sich wieder unverändert seiner Arbeit zu, bis er nach ca. 20 Minuten fertig war.

**Lösung:**

(...)

II. Die tateinheitliche Verurteilung wegen Nötigung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht Stand.

Nicht jeder vorsätzliche Regelverstoß im Straßenverkehr, der ein Nötigungselement enthält, ist eine Nötigung i.S.d. § 240 StGB (vgl. BGHSt 23, 4; 48, 233). Die allgemeine Erfahrung lehrt, dass „im heutigen Straßenverkehr sich Verkehrsteilnehmer ständig gegenseitig irgendwie behindern“ (so LK-Rüth 10. Aufl., § 315b Rn 18). Für solche Fälle stellt die Rechtsordnung ein abgestuftes System von Sanktionen bereit: Wer vorsätzlich gegen eine Verkehrsregel verstößt und dadurch einen anderen behindert, handelt regelmäßig nach § 49 StVO ordnungswidrig i.S.v. § 24 StVG. Begeht er dabei eine der „sieben Todsünden“ im Straßenverkehr und führt das zu einem „Beinahe-Unfall“ (BGHSt 48, 119), macht er sich nach § 315c StGB wegen Gefährdung des Straßenverkehrs strafbar. Setzt er das von ihm geführte Kfz in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig mit der Folge eines „Beinaheunfalls“ ein, ist er nach § 315b StGB wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zu bestrafen (BGHSt 48, 233).

Nach allgemeiner Meinung, die der Senat teilt, erfüllen bestimmte Verhaltensweisen im Straßenverkehr den Straftatbestand der Nötigung i.S.d. § 240 StGB (vgl. Maatz NZV 2006, 337 mwN). Das sind namentlich die Fälle, in denen ein Kraftfahrer dicht und bedrängt auf seinen Vordermann auffährt (vgl. BVerfG NJW 2007, 1669 mwN), seinen Hintermann aus welchen Gründen auch immer - absichtlich „ausbremst“ oder vorsätzlich einen unerwünschten Verfolger „abdrängt“. Gemeinsamer Nenner dieser und ähnlicher Fälle ist, dass die Einwirkung auf den anderen Verkehrsteilnehmer nicht die bloße Folge, sondern der Zweck des verbotswidrigen Verhaltens ist (vgl. BGHSt 7, 379; 21, 301; 41, 231; 48, 233; BGH VRS 64, 267 - jew. zur Abgrenzung des gefährlichen Eingriffs von der Gefährdung des Straßenverkehrs; MK-Gropp/Sinn 2003, § 240 Rn 103; SK-Horn/Wolters 7. Aufl., § 240 Rn 7). Der Erfolg - dass der andere den Weg frei macht, bremsen muss oder nicht überholen kann - ist für den Täter „das Ziel seines Handelns“ (BGHSt 7, 379). Auf den „bloß“ rücksichtslosen Überholer trifft das in aller Regel nicht zu. Sein Ziel ist, schnell voran zu kommen. Dass dies auf Kosten anderer geschieht, ist nur die in Kauf genommene Folge seiner Fahrweise. Ein Schuldspruch wegen Nötigung scheidet in einem solchen Falle aus (teilw. a.A. OLG Stuttgart NZV 1995, 285; OLG Köln NZV 1995, 405).

Nach den hier vom AG getroffenen Feststellungen war es nicht das Ziel des Angekl., den Zeugen A zu einem ungewollten Warten oder einem Umweg zu zwingen, vielmehr war es nur die von ihm in Kauf genommene Folge seines Bestrebens, seinen Abladevorgang ohne mühsame Rangiertätigkeit zu erledigen. Ein Schuldspruch wegen Nötigung scheidet in einem solchen Falle aus.

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Zuständigkeit für nachträglichen Rechtsschutz gg. Postbeschlagnahme</b>	StPO § 101 VII
Aktenzeichen: StB 12-15/08		
Datum: 08.10.2008		

	<p>1. Zum Verfahren auf Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gem. § 101 VII StPO gegen die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs.</p> <p>2. Für das Begehren nachträglichen Rechtsschutzes ist in denjenigen Fällen, in denen bereits Anklage erhoben wurde, die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit des nunmehr mit der Sache befassten erkennenden Gerichts begründet; dies kann zu einem Zuständigkeitswechsel führen, wenn schon vor Anklageerhebung ein Antrag nach § 101 VII 2 StPO gestellt worden ist.</p>
---	---

**Sachverhalt:** Der GBA führt bzw. führte ein Ermittlungsverfahren gegen 7 Beschuldigte wegen des Verdachts der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung („militante gruppe“). Auf seinen Antrag erließ der Ermittlungsrichter des BGH im Zuge dieses Ermittlungsverfahrens am 18. 5. 2007 einen Postbeschlagnahmebeschluss nach §§ 99, 100 I, III 2 StPO, mit dem er für den Zeitraum vom 18. bis 22. 5. 2007 die Beschlagnahme durch bestimmte äußere Merkmale gekennzeichneter Briefe an 4 Berliner Zeitungsverlage im

Briefzentrum 10 in Berlin-Mitte anordnete. Auf diese Weise sollten etwaige Bekennerschriften zu einem am 18. 5. 2007 begangenen Brandanschlag vor deren Auslieferung durch die Deutsche Post-AG sichergestellt und untersucht werden. 2 Bekennerschriften, gerichtet an 2 Zeitungen, auf die die im Beschlagnahmebeschluss genannten äußeren Merkmale zutrafen, wurden auf diese Weise als Beweismittel gesichert. Mit Beschluss vom 31. 5. 2007 bestätigte der Ermittlungsrichter des BGH deren Beschlagnahme. Eine Benachrichtigung der betroffenen Adressaten von der Anordnung und dem Vollzug der Maßnahme wurde aus Ermittlungsgründen zurückgestellt. Die Betroffenen haben hiervon Anfang November 2007 von dritter Seite Kenntnis erlangt.

Ohne dass zwischenzeitlich eine Benachrichtigung nach § 101 IV 1 Nr. 2 und S. 2 StPO vorgenommen worden war, haben die im Beschluss vom 18. 5. 2007 als mögliche Adressaten der Briefe benannten 4 Berliner Zeitungsverlage mit Schriftsatz vom 28. 1. 2008 gegen die Beschlagnahmeanordnung sowie hilfsweise gegen die Art und Weise des Vollzugs der Maßnahme „Beschwerde“ eingelegt; den Beschluss vom 31. 5. 2007 haben sie nicht angefochten. Der Ermittlungsrichter des BGH hat das Rechtsmittel in einen Antrag nach § 101 VII 2 StPO auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung der Postbeschlagnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzugs umgedeutet. Hinsichtlich der Anordnung der Maßnahme hat er den Antrag mit Beschluss vom 5. 5. 2008 als unbegründet zurückgewiesen. Dem hilfsweise gestellten Antrag hat er entsprochen. Gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der richterlichen Anordnung der Postbeschlagnahme haben die Betroffenen am 8. 5. 2008 sofortige Beschwerde eingelegt und diese am 3. 6. 2008 begründet. Unter dem 21. 6. 2008 hat der GBA gegen 3 der 7 Beschuldigten Anklage zum 1. Strafsenat des KG erhoben. Im wesentlichen Ermittlungsergebnis der Anklageschrift sind die beschlagnahmten 2 Selbstbeichtigungsschriften der „militanten Gruppe“ vom 18. 5. 2007 als Beweismittel benannt. Die Ermittlungsverfahren hinsichtlich der übrigen 4 Beschuldigten sind abgetrennt worden und dauern an. Der BGH hat die Sache an den 1. Strafsenat des KG abgegeben.

#### **Lösung:**

(...)

II. Auf Grund der Anklageerhebung ist die Entscheidungszuständigkeit gem. § 101 VII 4 StPO auf das KG übergegangen.

1. Das Verfahren zur Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen die Postbeschlagnahme richtet sich nach § 101 VII StPO. Diese Vorschrift beinhaltet insoweit eine spezielle Regelung für alle dort benannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die die allgemeinen Rechtsbehelfe verdrängt. Der Ermittlungsrichter hat daher die „Beschwerde“ zu Recht in den allein statthaften Antrag nach § 101 VII 2 StPO umgedeutet (§ 300 StPO).

Dass es sich bei § 101 StPO um eine abschließende Sonderregelung handelt, deren Abs. 7 - jedenfalls für bereits beendete Maßnahmen - den Rechtsbehelf der Beschwerde sowie den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutz entsprechend § 98 II StPO verdrängt, ergibt sich neben dem Grundsatz des *lex specialis* insbesondere aus der Systematik des § 101 StPO. Stünde den Betroffenen neben dem Verfahren des nachträglichen Rechtsschutzes nach § 101 VII StPO das bisherige Rechtsbehelfssystem parallel zur Verfügung, so liefe die gesetzliche Bestimmung einer Antragsfrist von 2 Wochen nach Benachrichtigung von der Maßnahme (§ 101 VII 2 StPO) sowie die Ausgestaltung des Anschlussrechtsmittels als sofortige Beschwerde (§ 101 VII 3 StPO) leer (krit. aber Glaser/Gedeon GA 2007, 415, 434). Die Befristung des Rechtsbehelfs war vom Gesetzgeber im Hinblick auf die Lösungsregelung in § 101 VIII StPO jedoch ausdrücklich für notwendig erachtet worden, da ein unbefristeter Rechtsbehelf einer Löschung dauerhaft entgegenstünde.

Insbesondere handelt es sich bei dem Rechtsmittel nach § 101 VII 2 StPO nicht um einen Auffangtatbestand, der nur dann Anwendung findet, wenn das Rechtsschutzbedürfnis - auch nach den Maßstäben der Rechtsprechung zu dessen Fortbestehen bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen (BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163 = NSTZ 1997, 447 L; BGHSt 44, 265 = NJW 1999, 730 = NSTZ 1999, 200) - mit Erledigung der Maßnahme entfallen ist (a.A. Meyer-Goßner 51. Aufl., § 101 Rn 26; Eisenberg BeweisR d. StPO, 6. Aufl., Rn 2499, 2535; Löffelmann in AnwKomm-StPO, § 100d Rn 10). Denn die Funktion und praktische Bedeutung des § 101 VII 2 StPO erschöpfen sich nicht allein darin, dem Betroffenen den Nachweis eines fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses im Einzelfall zu ersparen (dahingehend Puschke/Singelnstein NJW 2008, 113, 116; Zöller StraFo 2008, 15, 23; Löffelmann aaO), sondern zielen insgesamt darauf ab, ein „harmonisches Gesamtsystem“ der strafprozessualen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen (BT-Dr 16/5846, S. 91) und des Rechtsschutzes gegen diese zu schaffen. Auf Grund des klaren Wortlauts und Zwecks der gesetzlichen Neuregelung können die teilweise missverständlichen Formulierungen in der Gesetzesbegründung, die auf einen nicht fristgebundenen parallelen Rechtsschutz

entsprechend § 98 II 2 StPO hindeuten (BT-Dr 16/5846, S. 62), für die Gesetzesauslegung keine maßgebliche Bedeutung gewinnen. Andernfalls wären wiederum erhebliche Abgrenzungsprobleme zu gewärtigen.

2. Mit Erhebung der Anklage durch den GBA ist die Zuständigkeit für die Entscheidung über den Antrag nach § 101 VII 4 StPO auf den 1. Strafsenat des KG übergegangen.

Nach der - insoweit eindeutigen - Gesetzesbegründung (BT-Dr 16/5846, S. 63) soll für Anträge auf nachträglichen Rechtsschutz in Fällen, in denen bereits Anklage erhoben wurde, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Effizienz die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit des nunmehr mit der Sache befassten erkennenden Gerichts begründet sein. Auch wenn eine Entscheidung des Anordnungs- bzw. BeschwGer. über die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Maßnahme sowie der Art und Weise ihres Vollzugs keine Entscheidung über die Verwertbarkeit der hierdurch gewonnenen Beweismittel beinhaltet (OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2006, 44, 45; KK-Nack 6. Aufl., § 101 Rn 35; Nöding StraFo 2007, 456, 463) und für das im Hauptverfahren erkennende Gericht auch nicht präjudizierend ist (BT-Dr 16/5846, S. 62; Meyer-Goßner Rn 25; KK-Nack aaO; Eisenberg aaO, Rn 2535), soll der Gefahr divergierender Entscheidungen dadurch begegnet werden, dass dieses über den Antrag nach § 101 VII 2 StPO in der das Verfahren abschließenden Entscheidung einheitlich befindet.

Dies kann, wenn bereits vor Anklageerhebung um nachträglichen Rechtsschutz nach § 101 VII 2 StPO nachgesucht worden ist, zu einem Übergang der gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit auf das erkennende Gericht führen (BT-Dr 16/5846, S. 63; Meyer-Goßner aaO, Rn 25). Der dem § 162 StPO zu entnehmende allgemeine Rechtsgedanke, dass mit Anklageerhebung jedwede Kompetenz des Ermittlungsrichters beendet ist und diese auf das erkennende Gericht übergeht (OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2006, 44, 45; LR-Erb 26. Aufl., § 162 Rn 52, 52a; KK-Griesbaum 6. Aufl., § 162 Rn 20), hat in § 101 VII 4 StPO eine spezialgesetzliche Konkretisierung erfahren ...

c) Letztlich wird der Zuständigkeitswechsel auch nicht dadurch gehindert, dass der Antrag nach § 101 VII 2 StPO sowie die sofortige Beschwerde nach § 101 VII 3 StPO bereits vor Anklageerhebung angebracht worden waren; denn mit dem Wegfall der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des BGH ist auch diejenige des Senats als BeschwGer. (§§ 135 II, 304 V GVG) entfallen (BGHSt 27, 253 = NJW 1977, 2175). Der dem § 101 VII 4 StPO zu Grunde liegende Rechtsgedanke, divergierende Entscheidungen verschiedener Gerichte zu vermeiden, gilt auch in dieser Verfahrenskonstellation (vgl. BGHSt 27, 253, 254 = NJW 1977, 2175). Daher hat nunmehr das erkennende Gericht zu entscheiden (s. auch OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 2006, 44, 45; Meyer-Goßner § 162 Rn 19).

**Vor allem für Referendare:**

Gericht: BGH	<b>Zufallsfunde bei Telekommunikationsüberwachung</b>	StPO
Aktenzeichen: 3 StR 342/08		§ 477 II 2
Datum: 27.11.2008		

	<b>Zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Überwachung der Telekommunikation, wenn sich zwischen der Durchführung der Maßnahme und der Verwendung der gewonnenen Erkenntnisse die Anordnungsvoraussetzungen geändert haben.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Dem Angekl. lag zur Last, die Zeugen E, M und K durch Täuschung zu Zahlungen von insgesamt mehr als 116000 EUR veranlasst zu haben, um sich eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen. Während der Ermittlungen wurde der Festnetzanschluss des Zeugen M, der erhebliche Barbeträge auf das Konto des Angekl. eingezahlt hatte, überwacht, weil gegen ihn der Verdacht der Geldwäsche bestand. Das Verfahren gegen diesen Zeugen wurde gem. § 170 II StPO eingestellt, weil die Ermittlungen ergeben hätten, dass er selbst als Geschädigter anzusehen sei. Demgemäß erfasste die Anklage auch Betrugstaten des Angekl. zum Nachteil dieses Zeugen. Die StA hat in der Hauptverhandlung die Verlesung von 17 Tü-Protokollen beantragt. Das LG hat diesen Antrag abgelehnt, weil es ein Verwertungsverbot angenommen hat, und den Angekl. freigesprochen, weil es den Tatnachweis nicht führen konnte.

Die Revision der StA hatte mit der Aufklärungsrüge Erfolg.

**Lösung:**

(...)

b) Die Erkenntnisse über den Inhalt der Telefongespräche (die Kommunikationsdaten) sind in dem Ermittlungsverfahren gegen M zulässig gewonnen worden, da bestimmte Tatsachen den Verdacht begründet hatten, dass dieser als Täter oder Teilnehmer eine Geldwäsche begangen oder zu begehen versucht hatte, und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert gewesen wäre (§ 100a Nr. 2 StPO a.F.). Dies ergibt sich zwar nicht aus den ermittelrichterlichen Anordnungsbeschlüssen, die sich in formelhaften Wendungen ohne näheren Tatsachenbezug erschöpfen, folgt aber aus den mit der Revisionsbegründung vorgelegten polizeilichen Ermittlungsberichten, die den Anordnungen zu Grunde lagen (vgl. BGHSt 47, 362, 367ff.).

c) Die Inhalte der Telefonate sind in dem gegen den Angekl. wegen des Vorwurfs des Betrugs gerichteten Strafverfahren jedenfalls als sog. Zufallsfunde nach § 477 II 2 StPO verwertbar. Danach dürfen die auf Grund der Telefonüberwachung (rechtmäßig) erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen. Dies ist hier der Fall:

§ 100a II Nr. 1n StPO erlaubt die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation beim tatsächengestützten Verdacht des Betruges im schweren Fall (§ 263 III 2 StGB). Diese Regelung ist zwar erst am 1. 1. 2008 in Kraft getreten (Art. 16 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21. 12. 2007 - TKÜG, BGBl I, 3198) und galt deshalb im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachungsmaßnahmen und ihrer Durchführung noch nicht. Hierauf kommt es indes entgegen der Auffassung des LG nicht an.

Ändern sich im Verlauf eines anhängigen Strafverfahrens strafprozessuale Vorschriften, so ist für das weitere Verfahren grundsätzlich die neue Rechtslage maßgeblich (vgl. BGHSt 22, 321, 325; 26, 288, 289; 46, 310, 317ff. LR-Kühne 26. Aufl., Einl Abschnitt F Rn 22; Knierim StV 2008, 599, 600; für Änderungen des Verfahrensrechts im Zeitpunkt zwischen dem tatrichterlichen Urteil und der Entscheidung des RevGer. vgl. § 354a StPO und Meyer-Goßner 51. Aufl., § 354a Rn 4). Dieser Grundsatz wird für die hier zu beurteilende Fallkonstellation durch folgende Überlegung bestätigt: Der Angekl. war durch die im Verfahren gegen M (rechtmäßig) angeordneten Telefonüberwachungen allenfalls mittelbar in seinen Rechten betroffen. Denn diese in Grundrechte eingreifenden strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen richteten sich unmittelbar allein gegen den damaligen Beschuldigten und dessen Ehefrau, während der Angekl. lediglich reflexartig als einer der Kommunikationspartner des M in seinen Rechten berührt wurde; soweit es sich um Telefonate zwischen den Zeugen M und K handelt, sind durch die Überwachung und Aufzeichnung der Gespräche Rechte des Angekl. nicht einmal beeinträchtigt. Der eigentliche, unmittelbare Eingriff in die Rechtssphäre des Angekl. lag vielmehr erst darin, dass die StA die durch die Telefonüberwachung gewonnenen Daten in das Verfahren gegen den Angekl. einfuhrte mit dem Begehren, sie zur Aufklärung des gegen diesen gerichteten Tatvorwurfs zu verwenden. In einer derartigen Verwendung der gewonnenen Daten liegt eine erneute Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses (vgl. BVerfGE 100, 313, 391f.), die gesonderter rechtlicher Grundlage insbesondere deswegen bedarf, weil die Datenverwendung nunmehr der Strafverfolgung eines Dritten dienen soll, gegen den sich die ursprüngliche Anordnung der heimlichen Datengewinnung nicht gerichtet hatte. Diese rechtliche Grundlage war im Zeitpunkt der von der StA begehrten Datenverwendung durch § 477 II 2 i.V.m. § 100a II Nr. 1n StPO indes gegeben. Der vor dem 1. 1. 2008 bestehenden Rechtslage, die die Verwendung der durch die Telefonüberwachung rechtmäßig erlangten Zufallsfunde zur Aufklärung eines Betrugs im besonders schweren Fall (§ 263 III 2 StGB) nicht zuließ (vgl. § 100b V i.V.m. § 100a I StPO a.F.), kommt demgegenüber keine Bedeutung mehr zu. Ein berechtigtes Vertrauen des Angekl. in die Fortgeltung dieses früheren Rechtszustands ist nicht anzuerkennen.

Letztlich steht der Verwertung auch nicht entgegen, dass die StA die Eheleute M im November 2006 von den gegen sie durchgeführten Telefonüberwachungsmaßnahmen unterrichtet und ihnen mitgeteilt hat, die erlangten Unterlagen würden vernichtet, dies indes in der Folgezeit unterblieben ist. Die StA war berechtigt, von der Löschung der Daten abzusehen, da zeitgleich mit der Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen M und damit noch vor der Unterrichtung der Eheleute M wegen desselben Sachverhalts ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche gegen Rechtsanwalt B eingeleitet worden war, in dem die Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung als Beweismittel unmittelbar hätten verwertet werden können (vgl. § 100b VI StGB a.F.; § 101 VIII StPO n.F.). Dieses Verfahren ist erst nach dem Erlass des hier angegriffenen Urteils eingestellt worden.

15 Nach alledem kann dahinstehen, ob es sich bei dem Verfahren gegen den Angekl., soweit es die betrügerische Erlangung der vom Zeugen M gezahlten Beträge von zweimal 25000 EUR betrifft, überhaupt um ein im Verhältnis zu dem vormaligen Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen M „anderes Strafverfahren“ i.S.v. § 477 II 2 StPO (= § 100b V StPO a.F.) handelt oder ob nicht vielmehr eine einheitliche Tat im prozessualen Sinn vorliegt, so dass jedenfalls in diesem Umfang die durch die Überwachung gewonnenen Beweisergebnisse ohne Einschränkung auch gegen den Angekl. verwertet werden durften ...

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	<b>Verwendung von Wahlgeräten</b>	BWahlG § 35
Aktenzeichen: 2 BvC 3/07, 4/07		
Datum: 03.03.2009		

	Das Bundesverfassungsgericht hat in der vorliegenden Entscheidung über zwei Wahlprüfungsbeschwerden geurteilt, die sich gegen den Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten (sog. Wahlcomputer) bei der Bundestagswahl 2005 zum 16. Deutschen Bundestag richteten.
---	---

### I. Zulässigkeit von Wahlcomputern

Der Einsatz von Wahlcomputern ist grundsätzlich zulässig, wenn die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.

Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, der sich aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat ergibt, gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlich überprüfbar sind, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses eine besondere Bedeutung zu. Der Einsatz von Wahlgeräten, die die Stimmen der Wähler elektronisch erfassen und das Wahlergebnis elektronisch ermitteln, genügt nur dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.

Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Manipulationen oder Wahlfälschungen unter den Rahmenbedingungen der geltenden Vorschriften jedenfalls nur mit erheblichem Einsatz und einem präventiv wirkenden sehr hohen Entdeckungsrisiko möglich sind, sind Programmierfehler in der Software oder zielgerichtete Wahlfälschungen durch Manipulation der Software bei elektronischen Wahlgeräten nur schwer erkennbar. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler an den Wahlgeräten oder gezielter Wahlfälschungen gebietet besondere Vorkehrungen zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl.

Einschränkungen der bürgerschaftlichen Kontrollierbarkeit des Wahlvorgangs können nicht dadurch ausgeglichen werden, dass Mustergeräte im Rahmen des Verfahrens der Bauartzulassung oder die bei der Wahl konkret eingesetzten Wahlgeräte vor ihrem Einsatz von einer amtlichen Institution auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten Sicherheitsanforderungen und auf ihre technische Unversehrtheit hin überprüft werden. Auch eine umfangreiche Gesamtheit sonstiger technischer und organisatorischer Sicherungsmaßnahmen ist allein nicht geeignet, fehlende Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte des Wahlverfahrens durch die Bürger zu kompensieren. Denn die Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte der Wahl fördert begründetes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Wahl erst dadurch, dass die Bürger selbst den Wahlvorgang zuverlässig nachvollziehen können.

### II. Unzulässigkeit der eingesetzten Wahlcomputer

Die Wahlgeräte ermöglichten keine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung, da wegen der ausschließlich elektronischen Erfassung der Stimmen auf einem Stimmspeichermodule weder Wähler noch Wahlvorstände oder im Wahllokal anwesende Bürger die unverfälschte Erfassung der abgegebenen Stimmen überprüfen konnten. Auch die wesentlichen Schritte bei der Ergebnisermittlung konnten von der Öffentlichkeit nicht nachvollzogen werden. Es

reichte nicht aus, dass anhand eines zusammenfassenden Papierausdrucks oder einer elektronischen Anzeige das Ergebnis des im Wahlgerät durchgeführten Rechenprozesses zur Kenntnis genommen werden konnte.

### III. Verlässungswidrigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung

Die Bundeswahlgeräteverordnung enthält keine Regelungen, die sicherstellen, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung und eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses genügen. Die Bundeswahlgeräteverordnung stellt nicht sicher, dass nur solche Wahlgeräte eingesetzt werden, die bei Abgabe der Stimme eine verlässliche Kontrolle ermöglichen, ob die Stimme unverfälscht erfasst wird. Die Verordnung stellt auch keine konkreten inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen hinsichtlich einer verlässlichen nachträglichen Kontrolle der Ergebnisermittlung. Dieses Defizit kann nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung behoben werden.

Gericht: BVerwG	<b>Bemessung der Sondernutzungsgebühr und Grundrechtsausübung</b>	FStrG
Aktenzeichen: 9 B 24.08		§ 8 III
Datum: 17.10.2008		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Der Maßstab für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren ist aus dem Äquivalenzprinzip als gebührenrechtlicher Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herzuleiten.</li> <li>2. Mit Blick auf das Äquivalenzprinzip ist bei der Gebührenbemessung auch auf den wirtschaftlichen Wert der Sondernutzung abzustellen.</li> <li>3. Es gibt keinen Grundsatz des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei sein müsse, wenn sie zum Zwecke der Grundrechtsverwirklichung geschieht.</li> <li>4. Aus dem Äquivalenzprinzip lässt sich kein prozentualer, an gewerblichen Mieten für ein festes Verkaufslokal außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen ausgerichteter Gebührenhöchstsatz für alle Arten von Sondernutzungen herleiten.</li> </ol>
--	--

#### A. Grundlagenwissen: Allgemeingebrauch und Sondernutzung an Straßen

Grundsätzlich besteht Allgemeingebrauch an Straßen, so dass diese im Rahmen der Widmung von jedermann ohne besondere Erlaubnis genutzt werden dürfen. Wird eine Straße hingegen mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen, bedarf es nach § 29 II StVO einer Sondernutzungserlaubnis.

Eine mehr als verkehrsübliche Inanspruchnahme liegt vor, wenn die Benutzung der Straße für den Verkehr wegen der Zahl oder des Verhaltens der Teilnehmer oder der Fahrweise der beteiligten Fahrzeuge eingeschränkt wird. Dementsprechend liegt Sondernutzung vor, wenn die Straße nicht überwiegend zum Verkehr, sondern für sonstige Zwecke genutzt wird und Verkehrsbeeinträchtigungen hiermit verbunden sein können. Verkehr ist dabei jede auf eine Ortsveränderung gerichtete Tätigkeit. Diese Ortsveränderung ist aber nur dann Gemeingebrauch, wenn die Ortsveränderung selbst der eigentliche Zweck der Straßenbenutzung ist und nicht nur nebenbei stattfindet.

Schon im Zusammenhang mit Demonstrationen haben die Gerichte regelmäßig eine verfassungskonforme Auslegung von § 29 II StVO dahingehend angenommen, dass zum Gemeingebrauch auf die Benutzung der Straßen zu Kommunikationszwecken (sog. kommunikativer Verkehr) gehört (vgl. VGH Kassel NJW 88, 2125). Eine Sondernutzungserlaubnis ist dann nicht nur erforderlich, wenn ortsfeste Einrichtungen verwendet werden sollen (z.B. Informationstische). Allerdings besteht dann unter Berücksichtigung der Bedeutung der Grundrechte bei Einhaltung ordnungsrechtlicher Vorgaben ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung.

Über eine solche straßenverkehrsrechtliche Sondernutzungserlaubnis hinaus ist eine straßen- und wegerechtliche Sondernutzungserlaubnis nicht erforderlich, da diese Erlaubnis bei Genehmigungspflichtigkeit nach § 29 StVO von der straßenverkehrsrechtlichen Sondernutzungserlaubnis mitumfasst wird (Konzentrationswirkung der straßenverkehrsrechtlichen Erlaubnis).

#### B. Berücksichtigung der Grundrechte bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühren (BVerwG in VBl. BW 2009, 56)

**Sachverhalt:** Die Church of Scientology (C) beantragte am 22.08.2002 bei der Stadt S die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Veranstaltungen ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ in drei Zelten mit einer Fläche von insgesamt 180 m<sup>2</sup>, und zwar vom 06. bis 08.09.2002 auf der K-Straße, am 10.09.2002 auf dem S-Platz und am 13.09.2002 auf dem M-Platz in S. Die Veranstaltung sei Teil einer einjährigen Rundreise ihrer „ehrenamtlichen Geistlichen“ durch Europa, um deren uneigennützig Arbeit vorzustellen und zur Harmonisierung von Seele und Körper anzuleiten: Verkauf oder sonstige gewerbliche Betätigung seien nicht vorgesehen. Mit Schreiben vom 29.08.2002 teilte die Beklagte ihre Absicht mit, den Antrag abzulehnen. Die Klägerin habe sich in der Vergangenheit bei ähnlichen Veranstaltungen nicht an die Vorgaben des Amts für öffentliche Ordnung gehalten, auch seien Werbeveranstaltungen grundsätzlich nur im Bereich K-/B-Straße und auf dem W-Platz zugelassen, die teilweise schon anderweitig belegt seien.

Nach Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht Stuttgart (Beschluss vom 04.09.2002 - 13 K 3959/02 -) erteilte S mit Bescheid vom 05.09.2002 gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 8 und 9 StVO und § 16 StrG die widerrufliche Ausnahmegenehmigung, mit der sie in zeitlicher und räumlicher Hinsicht dem Antrag vom 22.08.2002 entsprach. Nach Nr. 18 des Gebührenverzeichnisses zur Satzung über Erlaubnisse und Gebühren für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen in S vom 06.07.1994 (SNS) setzte sie eine Sondernutzungsgebühr in Höhe von 18.568,- EUR fest. Den von C u. a. gegen die Sondernutzungsgebühr eingelegten Widerspruch, den sie damit begründete, dass die Veranstaltung ausschließlich gemeinnützigen Zwecken gedient habe und keine Werbeveranstaltung im Sinne von Nr. 18 des Gebührenverzeichnisses gewesen sei, wies S mit Bescheid vom 28.11.2003, zugestellt am 03.12.2003, unter Erläuterung der Gebührenberechnung zurück. Die hiergegen gerichtete Klage hatte ebenso wenig Erfolg wie die Berufung. Im Berufungsurteil des VGH Mannheim wurde die Revision nicht zugelassen. C erhebt Nichtzulassungsbescheide und beruft sich auf eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache vor dem Hintergrund, dass sie eine Religionsgemeinschaft sei und dies bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühr hätte berücksichtigt werden müssen. Es werden insofern folgende Fragen aufgeworfen, die nach Auffassung der C grundsätzliche Bedeutung haben:

1. Muss der Schutzbereich der Grundrechte, insbesondere aus Art. 4 und 5 GG bei Bestimmung der angemessenen Gebühr für eine straßenrechtliche Sondernutzung auch dann berücksichtigt werden, wenn der kommunale Satzungsgeber bei Erfüllung eines bestimmten Gebührentatbestandes keine Rahmen- sondern eine Festgebühr vorsieht?
2. Muss dies jedenfalls dann gelten, wenn der Grundrechtsträger im öffentlichen Straßenraum keine wirtschaftliche Tätigkeit beantragt und auch nicht durchgeführt hat?
3. Besteht zwischen einer Sondernutzungsgebühr und der Zurverfügungstellung öffentlichen Straßengrundes immer dann ein Missverhältnis (gröbliche Verletzung des Äquivalenzprinzips), wenn die Sondernutzungsgebühr mehr als 100% höher ist als die Miete, die ein Ast. an einen privaten Eigentümer für die Überlassung einer vergleichbaren Fläche zu bezahlen hätte?

Hat die Nichtzulassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

**Lösung:**

Die Nichtzulassungsbeschwerde wird nach § 132 II Nr. 1 VwGO nur dann Erfolg haben, wenn die aufgeworfenen Fragen einer gerichtlichen Klärung bedürfen. Dies hat das BVerwG jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Fragen ohne weiteres auf der Grundlage geltenden Rechts beantworten lassen.

**I. Berücksichtigung von Grundrechten bei Anwendung der Sondernutzungsgebührensatzung bei Festgebühren**

Es liegt schon mit Blick auf die Gesetzesbindung der Exekutive auf der Hand, dass die Behörde nicht befugt ist, die Höhe der Sondernutzungsgebühren unter Berücksichtigung der konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen auf eine mit der Sondernutzung verbundene Ausübung von Grundrechten eigenständig festzulegen, wenn die Sondernutzungsgebührensatzung insoweit kein Ermessen einräumt, sondern für bestimmte Tatbestände genau bezifferte Festgebühren vorschreibt.

Das gilt offenkundig auch dann, wenn diese Festbeträge grundrechtlich geschützte Sondernutzungen erfassen, mit denen keine wirtschaftliche Betätigung verbunden ist (Teilfrage 2).

## **II. Verfassungswidrigkeit einer Sondernutzungsgebührensatzung, die eine Festgebühren vorsieht und keinen Raum für eine einzelfallbezogene Berücksichtigung der mit einer Sondernutzung verbundenen Grundrechtsausübung auf öffentlichen Straßen belässt**

Mit dieser auf die satzungsrechtliche Regelungstechnik bezogenen Rüge wird allenfalls eine klärungsbedürftige Frage des Landesrechts aufgezeigt, nicht jedoch des Bundesverfassungsrechts selbst.

Das gilt in gleicher Weise, soweit es der Beschwerde um die gebührenrechtliche Erfassung solcher Formen der Grundrechtsausübung auf öffentlichen Straßen geht, bei denen die wirtschaftliche Betätigung keine Rolle spielt (Teilfrage 2).

## **III. Berücksichtigung von Grundrechten bei Bemessung von Sondernutzungsgebühren**

Der Maßstab für die Bemessung von Sondernutzungsgebühren ist aus dem Äquivalenzprinzip als gebührenrechtlicher Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herzuleiten.

Danach darf eine Sondernutzungsgebühr ihrer Höhe nach weder außer Verhältnis zum Ausmaß der mit der Sondernutzung verbundenen Beeinträchtigung der gemein gebräuchlichen Nutzungsmöglichkeiten noch außer Verhältnis zu dem mit der Straßennutzung verfolgten wirtschaftlichen Interesse stehen. Diese Vorgabe schließt für den Regelfall zugleich Gebührensätze aus, die zur Unwirtschaftlichkeit der Sondernutzung führen und diese damit faktisch verhindern. Dem Verbot einer wirtschaftlich erdrosselnden Gebührenerhebung kommt daher bei Sondernutzungsgebühren neben dem Äquivalenzprinzip regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zu (BVerwGE 80, 36, 39 ff.; 26, 305, 311; zum Verbot prohibitiv wirkender Verwaltungsgebühren).

## **IV. Differenzierung der Gebührenhöhe nach wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung**

Es ist in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt, dass mit Blick auf das Äquivalenzprinzip bei der Gebührenbemessung auch auf den wirtschaftlichen Wert der Sondernutzung abzustellen ist (BVerwGE 80, 36, 40 = NVwZ 1989, 456). Dem trägt etwa die Regelung des § 8 III 6 FStrG Rechnung, wonach bei der Bemessung der Sondernutzungsgebühren neben Art und Ausmaß der Einwirkung auf die Straße und den Gemeingebrauch auch das wirtschaftliche Interesse des Gebührenschuldners zu berücksichtigen ist. Hinsichtlich der Gebührenhöhe ist folglich danach zu differenzieren, ob mit der Sondernutzung wirtschaftliche Interessen verfolgt werden oder nicht. Dies gilt in gleicher Weise für Sondernutzungen, die der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten dienen. Denn es gibt keinen Grundsatz des Bundesrechts, dass die besondere, über das allgemein Zulässige hinausgehende Inanspruchnahme öffentlicher Straßen dann gebührenfrei sein müsse, wenn sie zum Zwecke der Grundrechtsverwirklichung geschieht (BVerwGE 56, 63, 71 = NJW 1978, 1937).

Die Vorinstanz hat nicht festgestellt, dass die gebührenpflichtige Veranstaltung der Kl. für diese ohne wirtschaftlichen Wert war. Sie hat im Gegenteil angenommen, dass es sich um eine „Werbeveranstaltung“ nach Nr. 18 des der Satzung als Anlage 1 beigefügten Gebührenverzeichnisses gehandelt habe. Mit der Veranstaltung habe bei den Passanten ein positives Bild der C erzeugt werden sollen mit dem Ziel, deren weitere wirtschaftliche Betätigung zu fördern („Verkaufsförderung“). Dem stehe nicht entgegen, dass C an Ort und Stelle selbst keine Kurse, Bücher oder sonstige Materialien verkauft.

## **V. Ortsübliche Miete als Vergleichsgröße**

Bezüglich dieser Frage bedarf es nach Auffassung des BVerwG keiner Klärung im Revisionsverfahren, da sie auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG eindeutig verneint wird.

Wie ausgeführt, besagt das Äquivalenzprinzip, dass eine Sondernutzungsgebühr weder in einem Missverhältnis zu Art und Ausmaß der Einwirkungen auf die Straße und den Gemeingebrauch noch zu dem mit der Sondernutzung verfolgten wirtschaftlichen Interesse stehen darf.

Es ist nicht möglich festzustellen, dass das Äquivalenzprinzip danach unabhängig von den Umständen des Einzelfalls immer dann verletzt ist, wenn die Sondernutzungsgebühr für die Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums die gewerbliche Miete für die zeitgleiche Nutzung eines Ladenlokals in derselben Straße um mehr als 100% übersteigt. Die Beschwerde lässt zum einen außer Acht, dass in die Sondernutzungsgebühr auch die Einwirkung auf die Straße und die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs einfließt, was bei Geschäftsraummiets nicht der Fall ist. Dieser Aspekt kann je nach Umfang der Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums und Intensität des dadurch beeinträchtigten (Fußgänger-)Verkehrs eine deutliche Differenzierung der Gebührenhöhe rechtfertigen (vgl. BVerwGE 80, 36, 37f. = NVwZ 1989, 456).

Zum anderen bemisst sich der wirtschaftliche Wert einer Sondernutzung wesentlich danach, in welcher Art und Weise sie durchgeführt wird. Hier geht es um eine Werbeveranstaltung zur Förderung der wirtschaftlichen Betätigung der C. Es liegt auf der Hand, dass solche Werbeveranstaltungen im Allgemeinen erheblich mehr

Aufmerksamkeit erzeugen, wenn sie auf öffentlichen Straßen stattfinden und nicht innerhalb eines Verkaufsllokals, zumal dann, wenn zu diesem Zweck - wie hier - eine Straße im Zentrum einer Großstadt in Anspruch genommen wird. Das wirtschaftliche Interesse an einer solchen verkaufsfördernden Werbeaktion kann den wirtschaftlichen Wert der Nutzung eines Verkaufsllokals im selben Zeitraum, wie er in der gewerblichen Miete zum Ausdruck kommt, durchaus übersteigen.

Nach allem lässt sich aus dem Äquivalenzprinzip kein prozentualer, an gewerblichen Mieten für ein festes Verkaufsllokal außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen ausgerichteter Gebührenhöchstsat für alle Arten von Sondernutzungen herleiten.

Gericht: VGH München	<b>Aussetzungsantrag an Behörde / Nachholbarkeit im gerichtl. Verfahren</b>	VwGO
Aktenzeichen: 8 CS 08.1117		§ 80 V, VI
Datum: 09.06.2008		

	<p>1. Der formularmäßige Hinweis der Behörde auf die Möglichkeit der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen ist nicht ausreichend, um ein Drohen der Vollstreckung nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO mit der Folge anzunehmen, dass ein vorheriger Aussetzungsantrag an die Behörde entbehrlich ist.</p> <p>2. Der Aussetzungsantrag an die Behörde nach § 80 VI 1 VwGO kann auch noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.</p>
---	---

**Sachverhalt:**

K hat eine Sondernutzungserlaubnis für ein Straßencafe in der kreisfreien Stadt M beantragt und erhalten. Für die Benutzung erhielt er einen Gebührenbescheid über die Sondernutzung. Hiernach waren monatliche Gebühren zu zahlen. Nachdem zunächst keine Zahlung erfolgte, wurde ihm am 30.10.2007 eine Mahnung mit dem Hinweis zugestellt, dass bei nicht fristgerechter Zahlung auch Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet werden können. Gleichwohl zahlte K erst am 14.01.2008, ohne geltend zu machen, nur wegen der drohenden Vollstreckung zu zahlen. Eine weitere Mahnung gleichen Wortlauts erhielt er für einen Folgebetrag am 18.02.2008, auf die K wiederum ohne Vorbehalt am 20.02.2008 zahlte.

Gegen den Gebührenbescheid legte K Widerspruch ein und beantragte beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO. Einen vorherigen Aussetzungsantrag an die Behörde stellte er nicht. Ist der Antrag zulässig?

**Lösung:**

Der Antrag nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 II VwGO**

Es wird um eine Sondernutzungsgebühr gestritten, die nach Kommunalabgabenrecht zu beurteilen ist, so dass öffentliches Recht streitentscheidend ist. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

**II. Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO**

Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Der Gebührenbescheid ist ein belastender Verwaltungsakt, so dass in der Hauptsache die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt VwGO einschlägig ist. Nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfällt zu dem bei öffentlichen Abgaben, zu denen auch Gebühren zählen, der Suspensiveffekt. Der Antrag nach § 80 V VwGO ist daher statthaft.

**III. Antragsbefugnis, § 42 II analog**

Die analog § 42 II VwGO erforderliche Antragsbefugnis ergibt sich nach der Adressatentheorie daraus, dass K als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

**IV. Richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO analog**

Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen gegen die Behörde zu stellen, welche den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen ist, hier also gegen den Oberbürgermeister der Stadt M.

**V. Rechtsschutzbedürfnis**

K muss auch ein schutzwürdiges Interesse an der Anrufung des Gerichts haben.

Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da K hier zuvor schon Widerspruch eingelegt hatte. Dieser ist auch nicht offensichtlich unzulässig.

Fraglich ist allerdings, ob K nicht nach § 80 VI VwGO zuvor erfolglos bei der Behörde um Aussetzung der Vollziehung hätte ersuchen müssen.

Nach § 80 VI 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 11 1 Nr. 1 VwGO grundsätzlich erforderlich, der hier einschlägig ist. Allerdings wurde ein solcher Antrag nicht gestellt.

**1. Entbehrlichkeit nach § 80 VI 2 VwGO**

Er könnte jedoch nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich sein, wenn bereits die Vollstreckung drohte. Fraglich ist, ob der entsprechende Hinweis im Gebührenbescheid hierzu ausreicht.

Eine Vollstreckung in diesem Sinn droht nur dann, wenn die Behörde den Beginn von Vollstreckungsmaßnahmen für einen unmittelbar bevorstehenden Termin ankündigt oder konkrete Vorbereitungen für eine alsbaldige Durchsetzung des Anspruchs trifft. K wurde eine Mahnung der S zugestellt, die den formularmäßigen Hinweis auf Vollstreckungsmaßnahmen bei nicht fristgerechter Zahlung enthielt. K hat daraufhin seine Zahlung trotzdem erst am 14.01.2008 geleistet, ohne geltend zu machen, dass er nur zur Abwendung einer drohenden Vollstreckung leiste. Auf eine weitere Mahnung der Antragsgegnerin vom 18. 2. 2008 mit formularmäßigem Vollstreckungshinweis hin hat er den geforderten Betrag am 20.02.2008 ebenfalls geleistet, ohne auf eine Abwendung der Vollstreckung hinzuweisen. Bereits aus diesem Ablauf der Mahnungen und der Zahlungsvorgänge ist zu ersehen, dass weder die S konkrete Vollstreckungsmaßnahmen vorbereitete noch der K mit solchen wirklich rechnete. Nachdem K damit die geforderten Sondernutzungsgebühren einschließlich der für das Jahr 2008 sowie die Säumniszuschläge und Mahngebühren geleistet hat, ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Vollstreckung seitens der Antragsgegnerin noch drohen sollte.

Danach war ein Antrag nach § 80 VI VwGO nicht entbehrlich.

**2. Nachholbarkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**

Fraglich ist jedoch, ob dieser Antrag nicht noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann.

Nach wohl herrschender Meinung soll dieser Aussetzungsantrag bei der Behörde während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auch nicht mehr nachgeholt werden können (vgl. Nachweise bei Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 185 Fußn. 354).

Dieser Auffassung begegnen jedoch erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV 1 GG. Denn Art. 19 IV GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle: er verbietet, den Zugang zu Gericht in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise zu erschweren (vgl. BVerfGE 77, 275, 284; 78, 88, 99).

Die an die finanzgerichtliche Rechtsprechung angelehnte herrschende Meinung schickt den Rechtsschutzsuchen dagegen auf einen unnötigen ‚Instanzenweg‘ (vgl. Eyermann/Jörg/Schmidt, VwGO, § 80 Rn. 60). Die Ansicht, der Aussetzungsantrag könne während des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr nachgeholt werden, stellt einen reinen Formalismus dar, der keinen Gewinn in der Sache für die Beteiligten bringt, wie er etwa bei der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erwartet werden könnte (vgl. insoweit Kopp/Schenke aaO. Vorbem. § 68 Rn 11).

K hat jedoch im vorliegenden Verfahren nicht vorgetragen, dass er wenigstens nachträglich einen Aussetzungsantrag bei der Antragsgegnerin gestellt hätte. Damit hat er die Zugangsvoraussetzung des § 80 VI 1 VwGO auch nicht nachträglich erfüllt.

## Arbeitsrecht

Gericht: Hess. LAG	<b>§ 626 BGB: Grobe Beleidigung eines Vorgesetzten</b>	BGB § 626
Aktenzeichen: 8 TaBV 10/08		
Datum: 03.09.2008		

	<p>Wirft ein Arbeitnehmer seinem Vorgesetzten vor, dass die Arbeitsbedingungen schlimmer seien als in einem KZ, so liegt hierin zwar eine grobe Beleidigung, die grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann. Bei einem einmaligen Vorfall, sehr langer Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und glaubhafter Entschuldigung kann jedoch die im Rahmen einer fristlosen Kündigung vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfallen, so dass die Kündigung unwirksam ist.</p>
---	---

**Der Sachverhalt:** Der 55 Jahre alte A. war seit mehr als 35 Jahren bei dem Arbeitgeber beschäftigt. Er war anerkannter Schwerbehinderter und Mitglied des Betriebsrats. Als es im Sommer 2007 im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme einer neuen Maschine zu Schwierigkeiten kam, beschwerte sich A. bei seinen Vorgesetzten, dass die Arbeit menschenunwürdig sei; laut Betriebsverfassungsgesetz sei das verboten. Nach einem weiteren Disput erklärte er: "Das sind Arbeitsbedingungen wie im Konzentrationslager".

Der Arbeitgeber sah hierin eine grobe Beleidigung, die eine Weiterbeschäftigung des A. unzumutbar mache. Er beantragte deshalb die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des A. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung mit der Begründung, dass A. sich in einer körperlichen Stresssituation befunden und starke Schmerzen in der Schulter gehabt habe. Inzwischen bedauere er die Äußerung. Er habe sich auch glaubhaft dafür entschuldigt.

Der Arbeitgeber beantragte die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des A. durch das Gericht. Das ArbG wies den Antrag zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Arbeitgebers hatte vor dem LAG keinen Erfolg.

### Lösung:

Die gemäß § 103 Abs.1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Betriebsratsmitglieds A. ist nicht zu ersetzen. Eine Zustimmungsersetzung kommt nach § 103 II BetrVG nur in Betracht, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Das ist hier nicht der Fall.

Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund setzt gemäß § 626 I BGB voraus,

- dass Tatsachen vorliegen, die geeignet sind, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung als unzumutbar erscheinen zu lassen,
- und dass die Kündigung auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile gerechtfertigt ist.

Im Streitfall liegen Tatsachen vor, die an sich geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. A. hat seine Vorgesetzten grob beleidigt. Den Vergleich des Betriebs mit einem Konzentrationslager mussten die Vorgesetzten als Gleichstellung mit SS-Schergen und menschenverachtende Unmenschen verstehen. Die Äußerungen des A. können auch nicht mehr als eine – grundsätzlich von der Meinungsfreiheit gedeckte – überspitzte Kritik aufgefasst werden.

Die gebotene Interessenabwägung fällt allerdings zugunsten des A. aus. Zwar war auf Seiten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, dass dieser ein berechtigtes Interesse daran hat, von einem Arbeitnehmer nicht beleidigt zu werden und auch seine Repräsentanten vor Beleidigungen zu schützen. Bei der Beleidigung durch A. handelte es sich aber um eine einmalige Verfehlung eines langjährig beschäftigten Mitarbeiters. A. hat zudem von Anfang glaubhaft beteuert, dass er seine Äußerung bedauert, und sich hierfür entschuldigt. Zu berücksichtigen war auch, dass A. aufgrund seines Alters und seiner Behinderung besonders schutzbedürftig ist.

Gericht: LAG Köln	<b>§ 626 BGB: Nichtanzeige der Arbeitsunfähigkeit</b>	BGB
Aktenzeichen: 5 Sa 926/08		§ 626
Datum: 09.02.2009		

	Die hartnäckige und trotz mehrfacher Abmahnung über längere Zeit fortgesetzte Verletzung der Pflicht, dem Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit oder deren Verlängerung anzuzeigen, kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer jeweils mehrere Tage unentschuldig der Arbeit fernbleibt und dadurch eine Einsatzplanung nahezu unmöglich macht.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger war bei dem beklagten Land seit 1988 als Justizhelfer beschäftigt. Er war alkoholabhängig und unterzog sich ein Jahr lang mehreren stationären Therapien. Zwischendurch war er immer mal wieder für kurze Zeiträume nicht krankgeschrieben.

Der Kläger fehlte in mindestens vier Fällen mehrere Tage lang, ohne seinen Dienstherrn über die Fortdauer seiner Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise eine erneute Arbeitsunfähigkeit zu informieren. Der Beklagte sprach daraufhin jeweils eine Abmahnung aus. Als der Kläger nach der dritten Abmahnung ein weiteres Mal unentschuldig nicht zum Dienst erschien, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG keinen Erfolg.

**Lösung:**

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

Der Kläger hat hartnäckig und trotz dreimaliger Abmahnung seine Pflicht aus § 5 I 1 EFZG verletzt, den Beklagten über seine Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise deren Fortdauer zu informieren. Dies stellt einen wichtigen Grund im Sinn § 626 I BGB dar, der geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Arbeitgeber müssen rechtzeitig über eine krankheitsbedingte Verhinderung des Arbeitnehmers und deren voraussichtliche Dauer informiert werden, um Ersatz für den ausgefallenen Arbeitnehmer planen zu können. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer – wie hier - entgegen seiner ausdrücklichen Ankündigung nach dem Ende der attestierten Arbeitsunfähigkeit weiterhin tagelang unentschuldig fehlt.

Das Verhalten des Klägers war auch schuldhaft. Wie das sonstige Verhalten des Klägers gezeigt hat, war dieser durch seine Alkoholerkrankung nicht an der ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Anzeigenpflichten gehindert. Auch die vorzunehmende Interessenabwägung konnte nicht zugunsten des Klägers ausfallen. Dabei war zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien bereits seit längerem gestört war. Der Kläger hat im Übrigen derart hartnäckig gegen seine Anzeigenpflichten verstoßen, dass für den Beklagten Arbeitseinsätze des Klägers in keiner Form mehr planbar waren.

Gericht: LAG Rheinland-Pfalz	<b>Kündigung wegen Verstoß gegen Schmiergeldverbot</b>	KSchG
Aktenzeichen: 9 Sa 572/08		§ 1
Datum: 16.01.2009		

	Nimmt ein Arbeitnehmer von einem für den Arbeitgeber tätigen Dienstleister ein teures Geschenk (hier: VIP-Eintrittskarte für ein Bundesliga-Fußballspiel) an, so kann dies eine Kündigung rechtfertigen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer mit der Annahme des Geschenks den Eindruck erweckt, er sei käuflich. Hierin liegt unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer den Arbeitgeber schädigenden Handlung kommt, ein Verstoß gegen das sogenannte Schmiergeldverbot.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 1991 bei der Beklagten als Personalleiter beschäftigt. Zu seinen Aufgaben gehörte unter anderem die Vergabe von Aufträgen an Personalvermittlungen. Er bekam von einer Personalvermittlung, zu der Vertragsbeziehungen bestanden, eine VIP-Eintrittskarte für ein Bundesliga-Fußballspiel im Wert von mindestens 100 Euro geschenkt. Er behielt die Karte, ohne bei der Beklagten nachzufragen, ob er dieses Geschenk annehmen darf.

Als die Beklagte hiervon erfuhr, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wegen Verstoßes gegen das

Schmiergeldverbot fristlos und hilfsweise mit ordentlicher Kündigungsfrist. Sie stützte die Kündigung außerdem darauf, dass der Kläger entgegen einem ausdrücklichen Verbot in größerem Umfang private Telefonate geführt habe.

Mit seiner gegen die Kündigung gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass die Beklagte ihn vor einer Kündigung zunächst hätte abmahnen müssen. Er habe nicht gewusst, dass das Verbot, Privattelefonate zu führen, auch für leitende Angestellte gegolten habe. Im Übrigen, sei die Annahme von Werbegeschenken im Unternehmen üblich gewesen und stets von der Beklagten geduldet worden.

Das ArbG stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch eine ordentliche Kündigung beendet worden ist, und wies die Klage im Übrigen ab. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

**Lösung:**

Die Kündigung der Beklagten ist als ordentliche Kündigung rechtswirksam. Der Kläger hat in zweifacher Hinsicht gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen, zum einen durch die Annahme der Eintrittskarte für das Fußballspiel und zum anderen durch Zuwiderhandlung gegen das Verbot, private Telefonate zu führen.

Mit der Annahme der Eintrittskarte für das Fußballspiel hat der Kläger in gravierender Weise gegen das sogenannte Schmiergeldverbot verstoßen. Arbeitnehmer dürfen von Dritten keine Vorteile annehmen, die dazu bestimmt oder auch nur geeignet sind, sie in ihrem geschäftlichen Verhalten zu beeinflussen. Schon der Anschein, dass ein führender Mitarbeiter bei seinen Entscheidungen nicht allein die Interessen des Arbeitgebers vertritt, ist nicht hinnehmbar. Daher setzt eine Kündigung wegen Verstoßes gegen das Schmiergeldverbot nicht voraus, dass es tatsächlich zu einer den Arbeitgeber schädigenden Handlung gekommen ist.

Die Eintrittskarte für das Fußballspiel stellte einen erheblichen geldwerten Vorteil dar. Das Geschenk war objektiv geeignet, ein Wohlwollen des Klägers gegenüber dem schenkenden Unternehmen zu begründen oder zu verstärken. Die Annahme dieses Geschenks begründete deshalb die Gefahr, dass der Kläger bei der Vergabe von Aufträgen an Personalvermittler nicht mehr ausschließlich die Interessen seiner Arbeitgeberin wahrnehmen würde. Dies musste dem Kläger auch bewusst sein.

Diese Pflichtverletzung rechtfertigt – zusammen mit den Verstößen gegen das Verbot von Privattelefonaten – auch ohne Abmahnung eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Ein Verstoß gegen das Schmiergeldverbot kann darüber hinaus zwar auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Im Streitfall fällt allerdings die insoweit gebotene Interessenabwägung zugunsten des Klägers aus. Der Beklagten war es angesichts der langen Betriebszugehörigkeit des Klägers und dem Umstand, dass es vor diesen Pflichtverletzungen keine nennenswerten Beanstandungen gegeben hat, zumutbar, den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen.

**Vor allem für den Schwerepunktbereich:**

Gericht: LAG Baden-Württemberg	<b>Unterstützungstreik im Bereich der Flugsicherung</b>	GG Art. 9 III
Aktenzeichen: 2 Sa Ga 1/09		
Datum: 31.03.2009		

	<b>Auch im Bereich der Flugsicherung kann grundsätzlich gestreikt werden. Dasselbe gilt für Unterstützungstreiks in diesem Bereich. Deren Rechtmäßigkeit richtet sich – wie bei anderen Arbeitskämpfmaßnahmen auch – nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Soweit Notdienstvereinbarungen bestehen, ist der Streik regelmäßig nicht wegen einer abstrakten Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Passagiere, der Bediensteten des Flughafens oder der Flughafen-Anwohner unzulässig.</b>
---	---

**achverhalt:** Seit dem 01.03.2009 wird der Bereich der Flugsicherung des Flughafens Stuttgart bestreikt. Die Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. (Antragsgegnerin) hatte einen Unterstützungstreik bei der Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS, Antragstellerin) angekündigt, falls die bei ihr beschäftigten Fluglotsen Aufgaben der Vorfeldkontrolle auf dem bestreikten Flughafen übernehmen sollten. Dies werde als Verletzung der Neutralitätspflicht bewertet.

Die Antragstellerin beehrte den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der angedrohten Arbeitskämpfmaßnahmen. Ein Streik der Fluglotsen sei aufgrund ihrer hoheitlichen, sonderpolizeilichen Tätigkeit

grundsätzlich rechtswidrig. Im Übrigen liege zumindest eine abstrakte Gefährdung von Leben und Gesundheit der Passagiere, der Bediensteten des Flughafens und der Flughafen-Anwohner vor, da der streikbedingte Ausfall des Towers zur Folge habe, dass der Flugverkehr umgeleitet werden müsse. Solche zusätzlichen Flugmanöver erhöhten das Risiko von Unfällen.

Das ArbG wies den Antrag zurück. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragstellerin hatte keinen Erfolg.

**Lösung:**

Eine Untersagung des angekündigten Unterstützungsstreiks kommt derzeit nicht in Betracht.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin darf auch der Bereich der Flugsicherung grundsätzlich bestreikt werden. Ein völliger Ausschluss des Streikrechts würde gegen die aus Art. 9 III GG hergeleitete Garantie des Arbeitskampfmittels Streik verstoßen. Zwar kann ein Streik in bestimmten Bereichen zu einer Beeinträchtigung von Rechten Dritter führen. Dies rechtfertigt aber kein absolutes Streikverbot, sondern macht lediglich einen Notdienst und Erhaltungsarbeiten erforderlich.

Diese Grundsätze gelten auch für gewerkschaftliche Streiks, die der Unterstützung des Hauptarbeitskampfes dienen. Auch ein Unterstützungsstreik fällt grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 9 III GG, soweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Ein Unterstützungsstreik ist daher nur rechtswidrig, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder unter Berücksichtigung der schützenswerten Interessen Dritter unangemessen ist.

Der vom Antragsgegner angekündigte Unterstützungsstreik ist nach derzeitiger Sachlage nicht unverhältnismäßig. Es liegen ein rechtmäßiger Hauptarbeitskampf und eine enge Verbindung zwischen dem Hauptarbeitskampf und dem möglichen Unterstützungsstreik vor. Die Gewerkschaft des Hauptarbeitskampfes und des möglichen Unterstützungsstreiks ist zudem identisch.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch keine abstrakte Gefahr für Leben und Gesundheit der Passagiere, der Bediensteten des Flughafens und der Flughafen-Anwohner erkennbar. Es werden zwar möglicherweise Flüge ausfallen, aber keine risikoreicheren Flüge stattfinden. Im Übrigen bestehen umfangreiche Notdienstvereinbarungen. Auch der mögliche wirtschaftliche Schaden bei der Antragstellerin durch einen etwaigen Unterstützungsstreik rechtfertigt derzeit kein Streik-Verbot.

**Vor allem für den Schwerepunktbereich:**

Gericht: ArbG Berlin	<b>Zur Tariffähigkeit einer Gewerkschaft</b>	TVG
Aktenzeichen: 35 BV 17008/08		§ 21
Datum: 01.04.2009		

	Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist nicht tariffähig und darf daher keine Tarifverträge abschließen. Sie verfügt nicht über genug Durchsetzungskraft ("Sozialmächtigkeit") gegenüber der Arbeitgeberseite. Hiergegen spricht nicht, dass sie einige Tarifabschlüsse erreicht hat. Denn die Tarifabschlüsse liegen unter dem Lohnniveau von Tarifverträgen mit DGB-Gewerkschaften und erlauben den Arbeitgebern eine Durchbrechung des "Equal-Pay-Gebots".
---	--

**Sachverhalt:** Antragsteller waren die Berliner Senatsverwaltung für Arbeit und die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Sie beantragten die Feststellung, dass die CGZP nicht tariffähig sei.

Die Antragsteller haben das Verfahren vor dem Hintergrund eingeleitet, dass zahlreiche Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände mit der CGZP Tarifverträge abgeschlossen haben, deren Vergütungsniveau sowohl unter dem Vergütungsniveau in Tarifverträgen mit DGB-Gewerkschaften als auch unter dem Vergütungsniveau in den jeweiligen Entleiherbetrieben liegt.

Das ArbG stellte die mangelnde Tariffähigkeit der CGZP fest. Der Beschluss ist allerdings noch nicht rechtskräftig und kann vor dem LAG mit der Beschwerde angefochten werden.

**Lösung:**

Die CGZP ist nicht tariffähig. Es fehlt an der für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlichen

"Sozialmächtigkeit" der Tarifgemeinschaft. Diese ist nur gegeben, wenn die jeweiligen sozialen Gegenspieler – also Gewerkschaft und Arbeitgeber - über eine Durchsetzungskraft gegenüber der tariflichen Gegenseite verfügen. Gegen eine solche Durchsetzungskraft spricht im Streitfall schon die relativ geringe Mitgliederzahl der CGZP.

Darüber hinaus hat die CGZP zwar einige Tarifverträge abgeschlossen, was im Regelfall die erforderliche "Sozialmächtigkeit" indiziert. In der Zeitarbeitsbranche muss die Arbeitgeberseite aber anders als in anderen Branchen regelmäßig nicht zum Abschluss eines Tarifvertrags gedrängt werden. Denn nur durch Tarifvertrag darf vom „Equal-Pay-Gebot“ in § 9 Nr.3 AÜG abgewichen werden. Ein Tarifvertrag ist daher Voraussetzung dafür, dass die Leiharbeitnehmer schlechter bezahlt werden dürfen als die im jeweiligen Entleiherbetrieb beschäftigte Stammebelegschaft.

Die mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge sehen ein Vergütungsniveau vor, das unterhalb des Vergütungsniveaus der Stammkräfte in den Entleiherbetrieben liegt und auch das Vergütungsniveau in Tarifverträgen, die mit DGB-Gewerkschaften abgeschlossen worden sind, unterschreitet. Die Arbeitgeberseite hatte daher ein massives Eigeninteresse an den Tarifabschlüssen, so dass diese kein Beleg für die Durchsetzungsfähigkeit der CGZP sind.