

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe März/10
3. 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, 02.03.2010 – VI ZR 23/09 – Zuständigkeit für Klagen gg. ausländische Internetveröffentlichungen	S. 4
BGH, 17.09.2009 – I ZR 103/07 – Beweisführerschaft bei Beweisaufnahme von Amts wegen	S. 4
BGH, 31.03.2010 – I ZR 34/08 – Zum Gewährleistungsausschluss bei Ebay-Versteigerungen	S. 5
BGH, 25.02.2010 – VII ZR 64/09 – Konkludente Abnahme durch nicht erfolgte Mängelrüge	S. 6
BGH, 02.03.2010 – VI ZR 144/09 – Entschädigungsmaßstab bei KfZ-„Unikat“: Wiederbeschaffungswert	S. 7
BGH, 02.02.2010 – XI ZB 23/08 – Anwaltsverschulden bei EDV-gestütztem Fristenkalender	S. 8
BGH, II ZR 10/09 – 08.02.2010 – Wiedereinsetzung: Kontrollpflichten von Rechtsanwälten	S. 9

Strafrecht

BVerfG, 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. – Vorratsdatenspeicherung in aktueller Ausgestaltung verfassungswidrig	S. 10
BGH, 12.01.2010 – 1 StR 272/09 – Der „Fall Bad Reichenhall“: Fahrlässigkeit und Unterlassung	S. 11
BGH, 14.01.2010 – 1 StR 620/09 – Beweisanspruch: Erreichbarkeit eines Zeugen	S. 13

Öffentliches Recht

BayVG, 08.02.2010 – 11 C 09.220 – Trunkenheitsfahrt mit Fahrrad	S. 14
BVerwG, 17.02.2010 – 6 PB 43.09 – Rechtsschutzbedürfnis für Feststellungsantrag	S. 15

Arbeitsrecht

BAG, 23.03.2010 – 9 AZR 128/09 – Neue Urlaubs-Rspr. gilt auch für Zusatzurlaub Schwerbehinderter	S. 16
LAG Ba-Wü, 10.02.2010 – 13 Sa 59/09 – Keine fristlose Kündigung im „Kinderrreisebett-Fall“	S. 16
LAG Schleswig-Holstein, 13.01.2010 – 3 Sa 324/09 – Keine fristlose Kündigung im „Werkbank-Fall“	S. 17
LAG Hannover, 22.01.2010 – 10 Sa 424/09 – Kündigung eines BR-Mitglieds erst nach Rechtskraft der Zustimmungsersetzung	S. 18

Unser Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Bretttschneider & Michaelis-Hatje bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Bretttschneider war jahrelang in Hessen bei Jura Intensiv als Repetitor tätig. Alle Gesellschafter der JuCon GbR können ihn persönlich ohne Vorbehalte empfehlen (Anzeige auf S. 2).

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in der März-Ausgabe der ZARA möchten wir Sie darauf hinweisen, dass die öffentliche Diskussion über die Zulässigkeit von außerordentlichen Kündigung wegen geringfügiger Eigentumsdelikte augenscheinlich Wirkung zeigt. In der vorliegenden ZARA finden Sie zwei Urteile von LAGs, die eine Kündigung für unwirksam erklärt haben (S. 16 und 17). Im Bereich des Strafrechts ist besonders auf das Urteil des BGH zum „Fall Bad Reichenhall“ auf S. 11 hinzuweisen.

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

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.



Wir schauen Ihren Prüfern auf die Finger!

Kompetente Hilfe bei allen Fragen des
Hochschul- und Prüfungsrechts



Rechtsanwalt Lars Brettschneider ist seit vielen Jahren als Repetitor für Öffentliches Recht tätig. Er kennt daher den Prüfungsstoff und die Probleme der juristischen Staatsexamina aus langjähriger Praxis. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit beschäftigt er sich mit dem Hochschul- und Prüfungsrecht und ist bundesweit tätig.

Anwalts- und Notarkanzlei

BRETTSCHNEIDER & MICHAELIS-HATJE

Lange Str. 55 ■ 27232 Sulingen ■ Tel. 04271/2087 ■ Fax 04271/6408

info@bmb-recht.de ■ www.bmb-recht.de

WULF BRETTSCHNEIDER
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE
Rechtsanwältin und Mediatorin
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHNEIDER
Rechtsanwalt
Repetitor für Öff. Recht

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent

Unsere aktuellen Assex-Angebote:



Assex Öffentliches R

- 12 Unterrichtseinheiten à 3 Stunden (inkl. 15 Min. Pause)

Ab Mai, Donnerstag 18 – 21 Uhr bei RA Dr. Kues
Goetheplatz 5, Ffm, Kurspreis: 230,- €

Assex Arbeits-/WirtschaftsR

- Jeweils 6 Termine à 3 Zeitstunden, montags und freitags

Ab Mo. 26.04.2010 (ArbR) bzw. Fr. 30.04.2010 (WR), je ab 17 h
Dozenten: Dr. Schweinberger und RiAG Wutz (3 Termine WR)
Goetheplatz 5, Ffm, Komplettkurs: 230 €, ein Rechtsgebiet 130 €

Kompaktkurs materielles ZR für Referendare

- 9 Termine à 3 Zeitstunden, davon 4 Erb- und FamilienR

Ab Freitag 30.04.2010 jeweils von 17.30 – 20.30 Uhr
Dozent: RA Soltner, Zeil 81, Kurspreis 170,- €

Zivilrecht

Gericht: BGH	Zuständigkeit für Klagen gg. ausländische Internetveröffentlichungen	ZPO
Aktenzeichen: VI ZR 23/09		§ 12
Datum: 02.03.2010		

	Gem. § 32 ZPO ist für Klagen aus unerlaubten Handlungen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde. Infolgedessen sind die deutschen Gerichte für Klagen wegen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch einen im Internet abrufbaren Artikel (hier: "The New York Times") international zuständig, wenn der Artikel deutliche Bezüge nach Deutschland aufweist.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger lebt in Deutschland. Er sah sich wegen eines am 12.6.2001 in den Internetauftritt der Tageszeitung "The New York Times" eingestellten und dort im "Online-Archiv" zum Abruf bereit gehaltenen Artikels in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt. Insofern nahm er die Verlegerin der Zeitung sowie den in New York ansässigen Autor auf Unterlassung in Anspruch.

In dem angegriffenen Artikel wird der Kläger namentlich genannt. Ihm werden unter Berufung auf Berichte europäischer Strafverfolgungsbehörden Verbindungen zur russischen Mafia nachgesagt. Es wird behauptet, seine Firma in Deutschland sei ausweislich der Berichte deutscher Strafverfolgungsbehörden Teil eines Netzwerkes des internationalen organisierten Verbrechens und dem Kläger sei die Einreise in die USA untersagt.

LG und OLG verneinten die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte und wiesen die Klage deshalb als unzulässig ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH die Urteile der Vorinstanzen auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Lösung:

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte lag gem. § 32 ZPO vor.

Danach ist für Klagen aus unerlaubten Handlungen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde. Ort der deliktischen Handlung ist dabei sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort. Somit lag der Erfolgsort der vom Kläger behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzung in Deutschland, da dort der Eingriff in das geschützte Rechtsgut drohte. Der angegriffene Artikel besaß einen deutlichen Inlandsbezug, der ein erhebliches Interesse deutscher Internetnutzer an seiner Kenntnisnahme nahe legte.

Bei dieser Sachlage war davon auszugehen, dass der Artikel im Inland zur Kenntnis genommen wurde oder wird. Bei der "New York Times" handelt es sich um ein international anerkanntes Presseerzeugnis, das einen weltweiten Interessentenkreis ansprechen und erreichen will. Nach bisherigen Feststellungen war und ist die Online-Ausgabe der Zeitung auch in Deutschland abrufbar. Deutschland ist im Registrierungsbereich des Online-Portals ausdrücklich als "country of residence" aufgeführt. Im Juni 2001 waren nach den Feststellungen des OLG 14.484 Internetnutzer registriert, die Deutschland als Wohnsitz angegeben hatten.

Gericht: BGH	Beweisführerschaft bei Beweisaufnahme von Amts wegen	ZPO
Aktenzeichen: I ZR 103/07		§ 379 S. 1
Datum: 17.09.2009		

	Wird eine Beweisaufnahme von Amts wegen angeordnet, ist die materiell beweisbelastete Partei nicht Beweisführer i.S. von § 379 S. 1 ZPO. In diesen Fällen darf die Durchführung der Beweisaufnahme nicht davon abhängig gemacht werden, dass die beweisbelastete Partei einen Auslagenvorschuss zahlt.
---	--

Allerdings hatte das OLG die Berufung der Kläger zu Unrecht ohne Durchführung einer Beweisaufnahme zurückgewiesen. Die Revision hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Beschluss, in dem das Berufungsgericht die Zahlung des Vorschusses durch die Kläger angeordnet hatte, nicht auf § 379 S. 1, § 402 ZPO gestützt werden konnte. Beweisführer i.S.v. § 379 S. 1 ZPO ist nur diejenige Partei, die den Beweis angeboten hat. Die materielle

Beweislast bestimmt den Vorschussschuldner nur dann, wenn die Beweisaufnahme von beiden Parteien beantragt wurde. Da die Kläger kein Sachverständigengutachten beantragt hatten, durfte das OLG sie auch nicht mit einem Auslagenvorschuss gem. § 379 S. 1 ZPO belasten.

Auch § 17 III GKG rechtfertigt es nicht, die Berufung mangels Vorschusszahlung zurückzuweisen. Danach ist es zwar zulässig, für Handlungen, die von Amts wegen vorgenommen werden, einen Vorschuss zur Deckung der Auslagen zu erheben. Dies gilt aber nicht für gem. § 144 I ZPO von Amts wegen angeordnete Beweisaufnahmen.

Gericht: BGH	Zum Gewährleistungsausschluss bei eBay-Versteigerungen	BGB
Aktenzeichen: I ZR 34/08		§ 475 II
Datum: 31.03.2010		

	Ein gewerblicher Verkäufer handelt unlauter i.S.d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, wenn er auf einer Internetplattform Verbrauchern Waren unter Ausschluss der Mängelgewährleistung anbietet. Mit diesem Urteil hat der BGH auch die Streitfrage entschieden, ob neben Verbänden auch Mitbewerber gegen die Verwendung unzulässiger Vertragsklauseln vorgehen können.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin betreibt einen Einzelhandel u.a. mit gebrauchten Telefonartikeln. Ihre Produkte vertreibt sie über das Internet, bei eBay ist sie als "Powerseller" registriert. Der Beklagte handelt ebenfalls mit gebrauchter Ware wie Software und Elektronikartikeln aller Art. Er ist bei eBay als gewerblicher Verkäufer registriert. Im Juni 2006 stellte er mehrere Angebote zu gebrauchter Software und medizinischen Geräten in das Internet ein, in denen sich der Satz findet: "Ob eine Umlizenzierung bzw. Umschreibung möglich ist, wissen wir nicht, daher verkaufen wir die Software wie oben beschrieben ohne Garantie und Gewährleistung".

Die Klägerin, die hierin einen wettbewerbswidrigen Verstoß gegen § 475 II BGB sieht, hat den Beklagten vorgerichtlich unter Bezugnahme auf die Angebote abgemahnt und die Abgabe einer u.a. auf den Ausschluss der Gewährleistung bei Telefonartikeln bezogenen strafbewehrten Unterlassungserklärung gefordert. Dem ist der Beklagte nicht nachgekommen. Daraufhin hat die Klägerin den Beklagten gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen, Telefonartikel an Verbraucher unter Ausschluss der Gewährleistung zu verkaufen.

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

Lösung:

Obwohl der Verstoß an sich das begehrte Verbot aufgrund des UWG gerechtfertigt hätte, war die Entscheidung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, weil das OLG dem Beklagten durch einen Verfahrensfehler die Möglichkeit zu weiterem Vortrag genommen hat.

In der Sache ist das OLG allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass das Angebot des Beklagten sich auch an Verbraucher und nicht nur an Gewerbetreibende richtete. Der Beklagte hatte zwar darauf hingewiesen, nur an Gewerbetreibende zu verkaufen. Er hatte den Hinweis aber nicht unzweideutig erteilt und keine Vorkehrungen getroffen, dass nur Gewerbetreibende Angebote abgaben.

Gegenüber Verbrauchern konnte der Beklagte einen Gewährleistungsausschluss nach §§ 474, 475 BGB nicht wirksam vereinbaren. Der gleichwohl in seinem Angebot bei eBay vorgesehene Gewährleistungsausschluss stellt einen Wettbewerbsverstoß dar, weil der Beklagte dadurch einer gesetzlichen Vorschrift i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG zuwidergehandelt hat. Damit hat der BGH auch die Streitfrage entschieden, ob neben Verbänden auch Mitbewerber gegen die Verwendung unzulässiger Vertragsklauseln vorgehen können.

Anzeige _____

	<h2>Einzelunterricht</h2> <p>Sowohl für das 1. als auch für das 2. Examen. Unser Einzelunterrichtsteam bietet Ihnen ein auf Ihre Wünsche und Bedürfnisse maßgeschneidertes Angebot! Zeitstunde Einzelunterricht 90 €. 3-stündige Einheit mit 15 Minuten Pause 250 €.</p>
---	--

Gericht: BGH	Konkludente Abnahme durch nicht erfolgte Mängelrüge	BGB
Aktenzeichen: VII ZR 64/09		§ 640 II
Datum: 25.02.2010		

	Die konkludente Abnahme einer Tragwerksplanung kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezahlung der Rechnung des Tragwerkplaners und mehrere Monate nach Einzug in das nahezu fertig gestellte Bauwerk keine Mängel der Tragwerksplanung rügt. Auch bei einer konkludenten Abnahme kommt es gem. § 640 II BGB zu einem Rechtsverlust, wenn der Besteller sich die Rechte wegen der ihm bekannten Mängel nicht vorbehält.
---	---

Sachverhalt: Die Klägerin und ihr zwischenzeitlich verstorbener Ehemann schlossen im Oktober 2001 mit einem Architekturbüro einen Vertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses. Am gleichen Tag beauftragten die Bauherren den beklagten Statiker mit der Erstellung der Tragwerksplanung für das Bauwerk auf Grundlage der Pläne des Architekturbüros. Das Honorar des Beklagten bezahlte die Klägerin im November 2001. Am 3.11.2001 kam es wegen des Baugrundes zu einem Gespräch auf der Baustelle, an dem u.a. die Bauherren, der Architekt und der Beklagte teilnahmen. Der Ablauf des Termins und die Ergebnisse sind zwischen den Parteien streitig.

Das in der Folge errichtete Bauwerk weicht von den ursprünglichen Architektenplänen ab: z.B. wurden die Innenwände im Dachgeschoss in Trockenbauweise statt in Massivbauweise erstellt, die Balkonanlage wurde verkürzt, das Bauwerk höher gegründet und die Kellerhöhe um ca. 7 cm niedriger als ursprünglich vorgesehen ausgeführt. Diese Abweichungen beruhen nach der Darstellung des Beklagten auf dem Ergebnis der Besprechung vom 3.11.2001. Ob sie von der Klägerin beauftragt oder gebilligt wurden, ist streitig.

Die Leistungen des ausführenden Bauunternehmens wurden mit Teilabnahmen abgenommen. Eine Gesamtabnahme erfolgte nicht. Die Klägerin zog im Sommer 2002 in das zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig fertiggestellte Haus ein. Im Sommer 2003 übergab der Beklagte der Klägerin eine statische Berechnung vom 30.10.2001. Ferner erhielt die Klägerin von dem Beklagten mit Schreiben vom 11.9.2003 mehrere, ihr bis zu diesem Zeitpunkt noch fehlende Positionspläne zur Statik. Sie war damit im Besitz der gesamten Tragwerksplanung, die als Grundlage für die tatsächliche Bauausführung diene. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe seine Herausgabepflicht nicht vollständig erfüllt, weil die vorgelegte Statik nicht auf der Grundlage der Architektenpläne erstellt worden sei, die dem Vertrag zugrunde gelegen hätten.

AG und LG wiesen die auf Herausgabe der vollständigen vertragsgemäßen Statik einschließlich der Planzeichnungen gerichtete Klage ab. Die Revision der Klägerin hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:

Der Klägerin stehen gegen den Beklagten keine Erfüllungsansprüche mehr zu und sie kann nicht die Fertigung und Herausgabe einer den ursprünglichen Architektenplänen entsprechenden Statik verlangen.

Ohne Rechtsfehler ist das LG davon ausgegangen, dass die Klägerin die Tragwerksplanung des Beklagten spätestens zum Ende des Jahres 2003 konkludent als im Wesentlichen vertragsgerecht abgenommen hat. Beim Werk eines Statikers liegt eine konkludente Abnahme vor, wenn der Besteller dessen Pläne entgegennimmt und ihm gegenüber, nach einer angemessenen Prüfungsfrist, zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend billigen.

Die Klägerin war seit September 2003 im Besitz der vom Beklagten gefertigten Tragwerksplanung und hatte ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Überprüfung. Gegen die Länge der vom LG als angemessen angesehenen Prüfungsfrist von drei Monaten wendet sich die Revision nicht. Die Klägerin hat die Pläne auch tatsächlich überprüft. Nachdem sie zunächst die ihr noch fehlenden Pläne bei dem Beklagten angefordert und diese mit Schreiben vom 11.9.2003 übersandt erhalten hatte, hat sie die Abweichungen in der Ausführung des Bauwerks von der ursprünglichen Planung positiv erkannt und daraufhin mit Schreiben vom 21.9.2003 den Beklagten insoweit um Auskunft gebeten.

Die Klägerin hat bis Ende 2003 dem Beklagten gegenüber auch keine Mängel der Tragwerksplanung gerügt. In dem Schreiben vom 21.9.2003 weist die Klägerin zwar auf nicht genehmigte Änderungen hin. Der Beklagte durfte dieses Schreiben jedoch so verstehen, dass die Klägerin die Verantwortung für diese Abweichung nicht beim ihm, sondern - wie es auch nahe lag - bei ihrem Architekten suchte. Denn sie hat dem Beklagten gegenüber keine Mängelrüge erhoben, sondern lediglich um die Veränderungsanzeige des Planungsbüros des Architekten gebeten,

die ihn veranlasst habe, eine abweichende Statik zu erstellen. Der Beklagte konnte ihr Verhalten insgesamt dahin verstehen, dass sie gegen die Statik auf der Grundlage veränderter Architektenpläne keine Bedenken hatte und sie als vertragsgerecht akzeptierte.

Gericht: BGH	Entschädigungsmaßstab bei Kfz-„Unikat“: Wiederbeschaffungswert	BGB § 251 I
Aktenzeichen: VI ZR 144/09		
Datum: 02.03.2010		

	Bei der fiktiven Schadensabrechnung eines als "Unikat" anzusehenden Kraftfahrzeugs, wie dem Pkw Typ Wartburg 353 W, kann ein über den Wiederbeschaffungswert hinaus gehender Schadensbetrag nicht abgerechnet werden. Der Wiederbeschaffungswert ist bei derartigen Kraftfahrzeugen sowohl hinsichtlich der Restitution als auch hinsichtlich der Kompensation ein geeigneter Maßstab für die zu leistende Entschädigung.
---	---

Sachverhalt: Der Kläger war in einen Verkehrsunfall verwickelt worden, für dessen Folgen die Beklagte dem Grunde nach in vollem Umfang einzustehen hat. Sein Pkw Typ Wartburg 353, Erstzulassung 1966, mit einem Rahmen und den entsprechenden Sonderausrüstungen eines Wartburg 353 W, wurde dabei beschädigt. Die Beklagte leistete infolgedessen Schadensersatz i.H.d. Wiederbeschaffungswerts von 1.250 €. Der Kläger verlangte allerdings weiteren Schadensersatz i.H.v. rund 1.212 €, der Differenz zu den Nettopreparaturkosten von rund 2.462 €. Laut Sachverständigen ist ein vergleichbares Fahrzeug auf dem Gebrauchtwagenmarkt nicht zu erwerben. Um das beschädigte Fahrzeug adäquat wieder herzustellen, sei es erforderlich, für insgesamt 2.950 € einen Wartburg 353 zu erwerben und mit Originalteilen auf einen Wartburg 353 W umzubauen. Das AG gab der Klage statt; das LG wies sie ab. Die Revision des Klägers blieb vor dem BGH erfolglos.

Lösung:

Dem Kläger stand lediglich ein - von der Beklagten bereits ausgeglichener - Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswerts zu.

Für die Berechnung von Kfz-Schäden stehen dem Geschädigten regelmäßig zwei Wege der Naturalrestitution zur Verfügung: Reparatur des Unfallfahrzeugs oder Anschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs. Das gilt gem. § 251 I BGB allerdings nur, wenn eine Wiederherstellung des beschädigten Fahrzeugs im Rechtssinne möglich ist. Zwar hatte der Kläger vorgetragen, dass es sich bei seinem beschädigten Fahrzeug um ein Unikat und damit Gesamtkunstwerk handele, und dass auch ein vergleichbares Fahrzeug im Hinblick auf die vom Kläger individuell vorgenommenen Veränderungen nicht zu erwerben sei. Allerdings konnte die Frage, ob § 251 I BGB im Streitfall Anwendung findet, dahinstehen. Denn der dem Kläger zustehende Schadensersatzanspruch war unabhängig davon auf die Höhe des Wiederbeschaffungswerts beschränkt, ob eine Wiederherstellung möglich ist oder nicht. Ist eine Wiederherstellung im Rechtssinne möglich, so kann der Kläger nur den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs verlangen, weil er fiktiv abrechnet und die Kosten für eine Reparatur des Fahrzeugs fast doppelt so hoch sind wie der Wiederbeschaffungswert. Ersatz von Reparaturkosten - bis zu 30% über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs - können nur verlangt werden, wenn die Reparatur fachgerecht und in einem Umfang ausgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Schätzung gemacht hat. Ist die Wiederherstellung unmöglich, besteht der Anspruch des Klägers auf Geldentschädigung gleichfalls nur in Höhe des Wiederbeschaffungswerts. Der Wiederbeschaffungswert ist bei Kraftfahrzeugen in Fällen der vorliegenden Art sowohl hinsichtlich der Restitution als auch hinsichtlich der Kompensation ein geeigneter Maßstab für die zu leistende Entschädigung.

Anzeige _____

	<h2>Crash-Kurs im Juli/August 2010</h2> <p>Zur Vorbereitung auf die Klausuren der 1. Prüfung und für Referendare als Möglichkeit zur Schnell-Wiederholung des materiellen Rechts, bieten wir Ihnen im Juli/August 2010 wieder unseren Wochenend-Crash-Kurs an.</p> <h3>Diesmal je ein Kurs in Frankfurt und in Mainz!</h3>
---	--

Gericht: BGH	Anwaltsverschulden bei EDV-gestütztem Fristenkalender	BGB
Aktenzeichen: XI ZB 23/08		§ 85 II
Datum: 02.02.2010		

	Ein anwaltliches Organisationsverschulden (hier: verspätete Berufungsbegründung) liegt vor, wenn ein Rechtsanwalt einen EDV-gestützten Fristenkalender verwendet, aber nicht anordnet, dass die Eingaben in diesen Kalender jeweils durch Ausgabe der eingegebenen Einzelvorgänge über einen Drucker oder durch Ausgabe eines Fehlerprotokolls kontrolliert werden. Die Fertigung eines Kontrollausdrucks ist erforderlich, um nicht nur Datenverarbeitungsfehler des EDV-Programms, sondern auch Eingabefehler mit geringem Aufwand rechtzeitig zu erkennen.
---	---

Sachverhalt: Der Kläger macht gegen die Beklagten Ansprüche aus einem fehlgeschlagenen Anlagegeschäft geltend. Das LG wies die Klage ab. Das Urteil wurde den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 2.5.2008 zugestellt. Gegen die Entscheidung haben diese mit Schriftsatz vom 2.6.2008, bei Gericht am selben Tag eingegangen, Berufung eingelegt.

Durch Schreiben vom 9.7.2008, zugestellt am 15.7.2008, hat das OLG die Klägervorteiler auf das Fehlen einer Berufungsbegründung aufmerksam gemacht. Da der Hinweis zunächst ohne Antwort geblieben ist, hat es die Berufung durch Beschluss vom 29.7.2008 als unzulässig zurückgewiesen. Mit Schriftsatz vom 4.8.2008 hat die vorliegende Sache bearbeitende Rechtsanwältin die Berufung begründet und zugleich die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt.

Der Kläger hat u.a. vorgetragen: Seine Anwältin habe ihre persönliche Sekretärin per Diktat angewiesen, die nach dem Computerprogramm notwendige separate Eintragung der Frist für die Berufungsbegründung in den elektronischen Kalender vorzunehmen. Dabei sei das zunächst richtig eingetragene Zustellungsdatum des landgerichtlichen Urteils gelöscht und infolge eines Tippfehlers falsch (Monat "06" statt "05") neu eingegeben worden. Der Computer habe daher irrtümlich den 2.8. (Samstag) bzw. den 4.8.2008 (Montag) als Tag des Fristablaufs für die Einreichung der Berufungsbegründungsschrift errechnet und gespeichert.

Das OLG wies den Antrag des Klägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurück. Seine hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

Lösung:

Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Eine Entscheidung des BGH zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO) war nicht erforderlich. Es liegt kein Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes vor.

Das OLG hat dem Kläger die beantragte Wiedereinsetzung zu Recht versagt, weil die Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung auf einem schuldhaften Fehlverhalten seiner Prozessbevollmächtigten beruht. Der Anwalt hat grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Rechtsmittelfristen auszuschließen. Die für die Berufungsbegründung zuständige Anwältin trifft insofern ein Verschulden, das der Kläger sich gem. § 85 II ZPO zurechnen lassen muss.

Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung darf die elektronische Kalenderführung eines Prozessbevollmächtigten grundsätzlich keine geringere Überprüfungssicherheit bieten als die eines herkömmlichen Fristenkaltenders. Ein anwaltliches Organisationsverschulden ist danach darin zu sehen, dass Eingaben in den EDV-Kalender nicht durch Ausgabe der eingegebenen Einzelvorgänge über den Drucker oder durch Ausgabe eines Fehlerprotokolls durch das Programm kontrolliert werden. Die Fertigung eines Kontrollausdrucks ist erforderlich, um nicht nur Datenverarbeitungsfehler des EDV-Programms, sondern auch Eingabefehler mit geringem Aufwand rechtzeitig zu erkennen und zu beseitigen.

Der Kläger hat eine derartige Kontrolle nicht dargetan (§ 236 II ZPO). Zwar ist gemäß dem Vortrag des Klägers davon auszugehen, dass die von seinen Prozessbevollmächtigten mit der Fristenkontrolle betrauten Büroangestellten die in den Computer eingegebenen Fristen täglich ausdrucken und dem jeweiligen Sachbearbeiter vorlegen. Auf die allgemeine Organisation der Fristenkontrolle kommt es aber nicht entscheidend an, weil nach den eigenen Angaben des Klägers die mit seiner Sache befasste Anwältin ihre persönliche Sekretärin per Diktat angewiesen hat, die Eintragung der Frist für die Berufungsbegründung vorzunehmen. Dazu, dass die Sekretärin angewiesen war, die Eintragung anhand eines Kontrollausdrucks zu überprüfen, ist indes nichts vorgetragen.

Gericht: BGH	Wiedereinsetzung: Kontrollpflichten von Rechtsanwälten	ZPO
Aktenzeichen: II ZR 10/09		§ 85 II
Datum: 08.02.2010		

	Zu den zur Ermöglichung einer Gegenkontrolle erforderlichen Vorkehrungen eines Rechtsanwalts im Rahmen der Fristenkontrolle gehört, dass die Rechtsmittelfristen in der Handakte notiert werden und die Handakte durch entsprechende Erledigungsvermerke oder auf sonstige Weise erkennen lässt, dass die Fristen in den Fristenkalender eingetragen wurden. Er muss die Einhaltung seiner Anweisungen zur Berechnung und Notierung laufender Fristen einschließlich deren Eintragung in den Fristenkalender auch dann eigenverantwortlich prüfen, wenn die Handakte zur Bearbeitung nicht zugleich mit vorgelegt wurde.
---	--

Sachverhalt:

Der Beklagte war vom LG zur Zahlung und Freistellung verurteilt worden. Hiergegen legte sein Prozessbevollmächtigter fristgerecht Berufung ein. Nachdem das OLG auf die Nichteinhaltung der Berufungsbegründungsfrist hingewiesen hatte, beantragte der Beklagte die Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Begründung der Berufung und legte eine Berufungsbegründung vor.

Zur Begründung seines Wiedereinsetzungsbegehrens trug der Beklagte vor, sein Prozessbevollmächtigter habe im Anschluss an die Zustellung des landgerichtlichen Urteils die für die Eintragung und Kontrolle von Fristen zuständige Büroangestellte mündlich angewiesen, die Berufungsfrist und die Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender zu markieren. Von der bisher zuverlässig arbeitenden Bürokraft sei versehentlich nur die Frist zur Berufungseinlegung, nicht aber die Begründungsfrist notiert worden, was dazu geführt habe, dass die Akten vor Ablauf der Begründungsfrist dem Prozessbevollmächtigten nicht vorgelegt worden seien.

Das OLG wies den Antrag auf Wiedereinsetzung zurück und verwarf die Berufung als unzulässig. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde des Beklagten blieb vor dem BGH erfolglos.

Lösung:

Die Rechtsbeschwerde war unzulässig, weil es an den Voraussetzungen des § 574 II ZPO fehlte, da ein dem Beklagten nach § 85 II ZPO zuzurechnendes Verschulden seines Prozessbevollmächtigten an der Fristversäumnis nicht auszuschließen war.

Die Sorgfaltspflicht in Fristsachen verlangt von einem Rechtsanwalt, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten. Überlässt er die Berechnung und Notierung von Fristen einer gut ausgebildeten, als zuverlässig erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft, hat er durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert werden. Dies war dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten allerdings nicht gelungen.

Zu den zur Ermöglichung einer Gegenkontrolle erforderlichen Vorkehrungen im Rahmen der Fristenkontrolle gehört, dass die Rechtsmittelfristen in der Handakte notiert werden und die Handakte durch entsprechende Erledigungsvermerke oder auf sonstige Weise erkennen lässt, dass die Fristen in den Fristenkalender eingetragen wurden. Wird dem Rechtsanwalt die Sache im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung zur Bearbeitung vorgelegt, muss er die Einhaltung seiner Anweisungen zur Berechnung und Notierung laufender Rechtsmittelfristen einschließlich deren Eintragung in den Fristenkalender auch dann eigenverantwortlich prüfen, wenn die Handakte zur Bearbeitung nicht zugleich mit vorgelegt wurde.

Bei sachgerechter Organisation der Fristenkontrolle wäre hier die unterbliebene Eintragung der Berufungsbegründungsfrist in dem Fristenkalender wegen des fehlenden Erledigungsvermerks aus der Handakte ersichtlich gewesen und bei der im Zusammenhang mit der Fertigung der Berufungsschrift gebotenen Prüfung offenbar geworden. Zwar darf ein Rechtsanwalt grundsätzlich auf die Zuverlässigkeit einer gut ausgebildeten Bürokraft vertrauen. Betrifft die Anweisung aber einen so wichtigen Vorgang wie die Eintragung einer Rechtsmittelfrist und wird sie - wie hier - nur mündlich erteilt, müssen in der Rechtsanwaltskanzlei ausreichende organisatorische Vorkehrungen dagegen getroffen sein, dass die mündliche Anweisung in Vergessenheit gerät. Dies war hier allerdings nicht der Fall.

Strafrecht

Gericht: BVerfG	Vorratsdatenspeicherung in aktueller Ausgestaltung verfassungswidrig	GG Art. 10
Aktenzeichen: 1 BvR 256/08 u.a.		
Datum: 02.03.2010		

	<p>Das BVerfG hat entschieden, dass die geltenden Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung verfassungswidrig sind. Künftige Regelungen, die die Vorgaben des BVerfG beachten, sind damit aber nicht ausgeschlossen.</p>
---	---

1. Eine sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Diensteanbieter, wie sie die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 vorsieht, ist mit Art. 10 GG nicht schlechthin unvereinbar; auf einen etwaigen Vorrang dieser Richtlinie kommt es daher nicht an.
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung trägt. Erforderlich sind hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes.
3. Die Gewährleistung der Datensicherheit sowie die normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung obliegen als untrennbare Bestandteile der Anordnung der Speicherungsverpflichtung dem Bundesgesetzgeber gemäß Art. 73 I Nr. GG. Demgegenüber richtet sich die Zuständigkeit für die Schaffung der Abrufregelungen selbst sowie für die Ausgestaltung der Transparenz- und Rechtsschutzbestimmungen nach den jeweiligen Sachkompetenzen.
4. Hinsichtlich der Datensicherheit bedarf es Regelungen, die einen besonders hohen Sicherheitsstandard normenklar und verbindlich vorgeben. Es ist jedenfalls dem Grunde nach gesetzlich sicherzustellen, dass sich dieser an dem Entwicklungsstand der Fachdiskussion orientiert, neue Erkenntnisse und Einsichten fortlaufend aufnimmt und nicht unter dem Vorbehalt einer freien Abwägung mit allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten steht.
5. Der Abruf und die unmittelbare Nutzung der Daten sind nur verhältnismäßig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen. Im Bereich der Strafverfolgung setzt dies einen durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat voraus. Für die Gefahrenabwehr und die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste dürfen sie nur bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für eine gemeine Gefahr zugelassen werden.
6. Eine nur mittelbare Nutzung der Daten zur Erteilung von Auskünften durch die Telekommunikationsdiensteanbieter über die Inhaber von Internetprotokolladressen ist auch unabhängig von begrenzenden Straftaten- oder Rechtsgüterkatalogen für die Strafverfolgung, Gefahrenabwehr und die Wahrnehmung nachrichtendienstlicher Aufgaben zulässig. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten können solche Auskünfte nur in gesetzlich ausdrücklich benannten Fällen von besonderem Gewicht erlaubt werden.

Anzeige

	<p>Crash-Kurs im Juli/August 2010</p> <p>Diesmal je ein Kurs in Frankfurt und in Mainz!</p> <p>Erstmals mit Arbeits-, Handels- und GesR!</p>
---	---

Gericht: BGH	Der „Fall Bad Reichenhall“: Fahrlässigkeit und Unterlassung	StGB
Aktenzeichen: 1 StR 272/09		§ 13
Datum: 12.01.2010		

	Mit dem Urteil 1 StR 272/09 hat der 1. Strafsenat einerseits die bisherige Aufarbeitung des "Falles Bad Reichenhall" (Einsturz der Eishalle unter dem Druck winterlicher Schneemassen) als unzureichend bewertet, andererseits aber auch interessante Ausführungen zur Konstruktion der Fahrlässigkeits- und der Unterlassungsstrafbarkeit gemacht.
---	--

Sachverhalt: Der angeklagte Ingenieur war im Jahre 2003 von der Stadt Bad Reichenhall gegen einen Festbetrag in Höhe von - nur - 3.000 Euro beauftragt worden, hinsichtlich des gesamten Hallenkomplexes die erforderlichen Kosten im Falle einer Sanierung zu ermitteln. Ein Standsicherheitsgutachten war nicht verlangt. Dies hätte das Zehnfache gekostet. Obwohl vom Auftrag nicht umfasst, kam der Angeklagte aufgrund unzulänglicher Untersuchung (er hatte nur einen von zehn Dachbalken genauer untersucht, die anderen prüfte er vom Boden aus mit dem Teleobjektiv seiner Kamera) zu dem falschen Ergebnis, die Tragekonstruktion des Hallendachs sei in einem guten Zustand.

Die Staatsanwaltschaft hatte dem Angeklagten zur Last gelegt, er habe bei der Erledigung dieses Auftrags unterlassen, die Träger des Daches umfassend aus nächster Nähe zu betrachten. Eine solche «handnahe» Untersuchung sei vom Auftrag umfasst gewesen. Risse, Spaltenbildung und Durchfeuchtung seien so unentdeckt geblieben. In Unkenntnis dieser Mängel habe die Stadt dann keine tiefer gehenden Untersuchungen veranlasst, so die Anklage. Sie habe deswegen keine Maßnahmen ergriffen, um der Gefahr zu begegnen, die von der eingeschränkten Tragfähigkeit der Dachkonstruktion der Eishalle ausging, etwa durch Schließung der Halle oder zumindest durch Begrenzung der Schneelast. Der Angeklagte habe somit den Tod und die Verletzung der Besucher durch pflichtwidriges Unterlassen der handnahen Untersuchung fahrlässig verursacht, hatte die Staatsanwaltschaft argumentiert.

Das Landgericht Traunstein ist dieser Einschätzung nicht gefolgt und hat den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Zwar räumte auch das Landgericht ein pflichtwidriges Unterlassen einer handnahen Untersuchung der Tragfähigkeit des Daches ein. Der Angeklagte sei nämlich aufgrund seines Auftrags als «Garant» verpflichtet gewesen, Gefahren für die Allgemeinheit abzuwenden. Aber das Unterlassen dieser handnahen Untersuchung sei nicht ursächlich für den Einsturz gewesen, befanden die LG-Richter im ersten Prozess. Denn es verblieben erhebliche Zweifel, so das LG, dass die Verantwortlichen der Stadt Bad Reichenhall Warnhinweise des Angeklagten zum Anlass für weitere Maßnahmen genommen hätten.

Dies folge aus der bisherigen Untätigkeit der Stadt, so das LG. Diese habe trotz schon früher erfolgter Anregungen, vertiefte Untersuchungen zu veranlassen, und trotz sonstiger Warnhinweise zur Tragfähigkeit des Vordachs des Eingangsbereichs nichts unternommen. Auch hatte das Dach der in einem Gesamtkomplex mit einer Schwimmhalle im Jahre 1973 errichteten Eissporthalle – eine Kämpfträgerkonstruktion mit Leimbindern – schon bei der Errichtung nicht die vorgeschriebene Reserve an Tragfähigkeit. Dies war die Folge von Planungsfehlern und Baumängeln. Auch war die für eine Halle mit einer Spannweite von 40 m erforderliche Einzelfallgenehmigung der obersten bayerischen Baubehörde nicht eingeholt worden. Besonders verhängnisvoll wirkte sich laut LG die sachwidrige weitgehende Verwendung von - billigerem - wasserlöslichem Formaldehydharnstoffleim (Harnstoffharzleim) statt feuchtigkeitsunempfindlicher Resorcinharzprodukte aus. Kondenswasser löste die Leimverbindungen zunehmend auf. Dies blieb der Stadt Bad Reichenhall laut LG verborgen, da das Dach der Eissporthalle während der 33-jährigen Betriebszeit nie einer sachkundigen Überprüfung auf fortbestehende Tragfähigkeit unterzogen worden war.

Dazu der BGH:

Der Bundesgerichtshof hat zunächst ausgeführt, dass das Landgericht von seinem Standpunkt aus - wonach der Schwerpunkt des Vorwurfs im Unterlassen liege - die Ursächlichkeit zu Recht daran gemessen hat, ob die gebotene Handlung den Erfolg aller Voraussicht nach verhindert hätte (sogenannte hypothetische Kausalität). Rechtsfehlerhaft sei jedoch die tatsächliche Annahme des Landgerichts, die Verantwortlichen der Stadt Bad Reichenhall wären auch bei den hier gebotenen Warnhinweisen des Angeklagten auf die mangelnde Tragfähigkeit des Hallendachs untätig geblieben. Gebotene Hinweise auf Risse, undichte Fugen und Durchnässungen des Daches wären für die Stadt naheliegend - so der Bundesgerichtshof - geradezu ein Alarmsignal für die mangelnde Tragfähigkeit des Hallendachs gewesen. Das Landgericht habe deshalb nicht rechtsfehlerfrei dargelegt, dass die Verantwortlichen der Stadt Bad Reichenhall auch trotz solcher Warnhinweise keine Maßnahmen zur Beseitigung

der Gefahrenquelle ergriffen hätten. So blieben etwa mögliche Maßnahmen zur Begrenzung der Öffnungszeiten bei erhöhter Schneelast oder die frühere Räumung des Dachs vom Schnee unerörtert.

Die neue Strafkammer, wenn sie wiederum eine Pflichtwidrigkeit des Angeklagten feststellen sollte, habe deshalb zum einen zu prüfen, ob das Schwergewicht des Fehlverhaltens des Angeklagten im Unterlassen oder bei einem positiven Tun liege. Positives Tun könne vorliegen, weil der Angeklagte über das Unterlassen der handnahen Untersuchung hinaus den Zustand des Daches ausdrücklich als gut bezeichnet habe. Ferner sei zu prüfen, so die BGH-Richter, wie sich dies dann - gegebenenfalls - auf einen etwaigen mangelnden Einsatzwillen der Stadt Bad Reichenhall bei der Baubetreuung und damit hinsichtlich der Vermeidung von Gefahren auswirkte, die von der in die Jahre gekommenen Halle ausgehen könnten. Dabei könnte auch von Bedeutung sein, so der BGH, ob sich den Verantwortlichen der Stadt die mangelnde Zuverlässigkeit der Erklärung des Angeklagten hätte aufdrängen müssen. Das liege angesichts des in Auftrag gegebenen geringen Umfangs der Begutachtung nicht ganz fern.

Die wichtigsten Passagen des Urteils:

1. Zur Beurteilung der Kausalität bei den (unechten) Unterlassungsdelikten ist auf die hypothetische Kausalität, die so genannte "Quasi-Kausalität" abzustellen. Danach ist ein Unterlassen dann mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg als "quasi-ursächlich" in Zurechnungsverbindung zu setzen, wenn dieser beim Hinzudenken der gebotenen Handlung entfielen, wenn also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte (st. Rspr.). Als ursächlich für einen schädlichen Erfolg darf ein verkehrswidriges Verhalten nur dann angenommen werden, wenn davon auszugehen ist, dass es bei verkehrsgerechtem Verhalten nicht dazu gekommen wäre, wenn also der Erfolg nicht unabhängig davon eingetreten wäre.

2. Dabei streitet für einen Angeklagten der Grundsatz in dubio pro reo. Allerdings steht der Bejahung der Ursächlichkeit die bloße gedankliche Möglichkeit eines gleichen Erfolgs auch bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht entgegen. Vielmehr muss sich dies aufgrund bestimmter Tatsachen so verdichten, dass die Überzeugung vom Gegenteil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise ausgeschlossen ist.

3. Der Senat lässt offen, ob Ursächlichkeit angenommen werden kann, wenn bei Vornahme der Handlung der Erfolg zwar nicht vermieden, aber mit Sicherheit die dem Erfolg zugrunde liegende Gefahrensituation durch Beeinflussung des Kausalverlaufs verändert worden wäre (so Roxin GA 2009, 73, 76 f.).

4. Nacheinander erfolgende Unterlassungen sind nicht mit der auf gleicher Ebene angesiedelten Entscheidung von Kollektivorganen vergleichbar, nichts zu veranlassen, bzw. mit kollektivem Untätigbleiben der Mitglieder entsprechender Gremien (Abgrenzung von BGHSt 37, 106, 129). Beschließen etwa die Geschäftsführer einer GmbH einstimmig, eine gebotene Handlung zu unterlassen, so liegt - nur - hinsichtlich dieser Entscheidung selbst mittäterschaftliches Handeln vor. Keiner der Beteiligten kann dann seinen Beitrag zu dieser Pflichtverletzung damit in Frage stellen, dass er sich darauf beruft, im Falle seines Widerspruchs wäre er überstimmt worden (BGHSt 37, 106, 129). Entsprechendes gilt beim stillschweigenden Konsens der Angehörigen eines Gremiums, dem die Schadensabwendungspflicht als Ganzes obliegt, nichts zu tun. Auch dann kann sich keines der - parallel - schweigenden Mitglieder darauf berufen, sein Widerspruch hätte ohnehin kein Gehör gefunden. Die Frage, ob die so getroffene Kollegialentscheidung - das kollektive Unterlassen, die kollektive Pflichtwidrigkeit - für den Erfolg kausal war, beantwortet sich auch dann nach den Regeln der hypothetischen Kausalität (vgl. BGHSt 37, 106, 126 f.).

5. Die Formulierung, "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" müsse die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Taterfolg feststehen, besagt nicht, dass höhere Anforderungen an das erforderliche Maß an Gewissheit von der Kausalität als sonst gestellt werden müssen. "Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" ist nichts anderes als die überkommene Beschreibung des für die richterliche Überzeugung erforderlichen Beweismaßes. Da es sich nicht um die Feststellung realer Kausalzusammenhänge handelt, muss das Gericht eine hypothetische Erwägung anstellen und sich auf deren Grundlage eine Überzeugung bilden.

6. Die Zurechnung eines Erfolgs kann bei fahrlässigem Verhalten mehrerer Personen nicht allein auf ein bloßes objektives Ineingreifen jeweils individuell fahrlässigen Verhaltens gestützt werden, weil bei fahrlässigen Delikten die bei Vorsatztaten begrenzende Funktion der Zurechnung des Tatplans entfällt.

Zu den Voraussetzungen einer fahrlässigen Unterstützung fremder Fahrlässigkeit (hier: Beitrag zu einem fahrlässigen Betrieb einer gefährlichen Eissporthalle durch die Erstattung eines die Sicherheit feststellenden

Gutachtens) durch eine sog. Nebentäterschaft und eine sog. fahrlässige Mittäterschaft: Wenn sich in der Pflichtwidrigkeit des einen auch die Pflichtwidrigkeit des anderen verwirklicht, kann Nebentäterschaft gegeben sein. Mittäterschaftliche Verursachung läge vor, wenn zwischen den fahrlässig Handelnden - ausdrücklich oder stillschweigend - bewusstes Zusammenwirken festzustellen wäre.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Beweisantrag: Erreichbarkeit eines Zeugen	StPO
Aktenzeichen: 1 StR 620/09		§ 244
Datum: 14.01.2010		

	Der BGH äußert sich zum notwendigen Inhalt eines Beweisantrags bei Unerreichbarkeit eines Zeugen.
	Weiterhin gibt der BGH einen Hinweis zur Notwendigkeit von Ausführungen zur Beruhensfrage in einem Revisionschriftsatz.

1. Für einen Beweisantrag ist neben der Benennung eines Beweisthemas nicht nur die Benennung eines Beweismittels erforderlich, sondern es ist regelmäßig auch anzugeben, auf welchem Wege das Beweismittel (der Zeuge) erreicht werden kann. Ist verfahrenskundig, dass ein Zeuge unter seiner letzten bekannten Anschrift nicht mehr erreichbar war, und dass intensive, schon vor der Stellung des Beweisantrags vom Gericht über mehrere Wochen hin entfaltete Bemühungen, seiner habhaft zu werden, erfolglos geblieben waren, so ist allein die Angabe der früheren Anschrift nicht ausreichend. Vielmehr ist erforderlich, in dem Antrag zumindest substantiiert dazu vorzutragen, warum entgegen den bisher angefallenen Erkenntnissen doch Aussicht bestehen soll, den betreffenden Zeugen unter der Anschrift zu finden, oder mit welchen vom Gericht bisher nicht ergriffenen Mitteln realistische Aussichten bestehen, den Aufenthaltsort zu ermitteln.

2. Die Zurückweisung eines Antrags, den das Tatgericht zu Unrecht als Beweisantrag behandelt hat, kann die Revision nur dann begründen, wenn eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliegt (vgl. BGH StV 1996, 581; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 13; BGH, Urt. vom 10. November 1992 - 1 StR 685/92 m.w.N.). Dies kann grundsätzlich der Fall sein, wenn bei der Suche nach einem der Sache nach nicht unbedeutenden Zeugen erkennbar sinnvolle Möglichkeiten nicht ausgeschöpft wurden (BGH, Urt. vom 10. November 1992 - 1 StR 685/92). Allerdings ist, wenn das Gericht nach der Beweisperson schon einige Zeit vergeblich mit Haftbefehl fahndete, auch unter dem Blickwinkel einer Aufklärungsrüge vorzutragen, welche konkreten, vom Gericht bisher nicht ergriffenen Möglichkeiten dies gewesen wären (vgl. BGH, Urt. vom 14. Juni 2006 - 2 StR 65/06).

Für alle Referendare:

Die Revisionsbegründung muss grundsätzlich den ursächlichen Zusammenhang zwischen (behauptetem) Rechtsfehler und dem angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich darlegen. Es ist vielmehr grundsätzlich Sache des Revisionsgerichts, die Beruhensfrage von sich aus zu prüfen. Dies sollte jedoch gerade in Fällen, in denen ein Beruhen nicht ohne weiteres nahe liegt, den Beschwerdeführer nicht davon abhalten, konkret darzulegen, warum aus seiner Sicht hier ein Beruhen möglich erscheinen kann. Andernfalls ist nicht auszuschließen, dass das Revisionsgericht trotz seiner umfassenden Überprüfung der Beruhensfrage eine in diesem Zusammenhang (doch) in Betracht zu ziehende Möglichkeit nicht erkennt und dementsprechend nicht in seine Erwägungen einbezieht.

Anzeige

	<p>Wiederholungs- und Vertiefungs-Kurs (1. Examen)</p> <p>Der neue Wiederholungs- und Vertiefungskurs (WuV-Kurs) gibt Ihnen die Möglichkeit, in 4-5 Monaten den Prüfungsstoff strukturiert aufzubereiten. Machen Sie sich fit! 16 Wochen lang 3 mal die Woche 3 Stunden Unterricht. 4 Monatsraten à 135 €. Nähere Infos auf unserer Homepage.</p> <p style="text-align: center;">Kursbeginn Ffm und Mainz: Oktober / November 2010</p>
---	--

Öffentliches Recht

Gericht: BayVGH	Trunkenheitsfahrt mit Fahrrad	FeV
Aktenzeichen: 11 C 09.2200		§§ 11-14
Datum: 08.02.2010		

	<p>Wird eine Trunkenheitsfahrt mit den in § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c FeV ausgewiesenen Alkoholkonzentrationen mit einem Fahrrad begangen, so liegt es auf der Hand, dass sich die Eignungszweifel nicht nur auf das Führen von Kraftfahrzeugen, sondern auf das Führen auch von fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen erstrecken.</p>
---	--

Sachverhalt: Der Antragsteller beanstandet die erstinstanzliche Versagung von Prozesskostenhilfe. Er wendet sich gegen die Entziehung seiner Fahrerlaubnis der Klassen A, A1, B, BE, C, CE, C1, C1E, L, M, S und T und das Verbot zum Führen von Fahrzeugen aller Art. Mit Strafbefehl vom 11. März 2004 wurde er wegen eines Vergehens der fahrlässigen Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt. Er hatte am 2. Dezember 2003 als Fahrradfahrer mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,7 ‰ am Straßenverkehr teilgenommen. Nachdem die Fahrerlaubnisbehörde hiervon im Rahmen eines Antrags des Antragstellers auf Umtausch seines alten Führerscheins in einen Kartenführerschein am 27. April 2006 erfuhr, forderte sie ihn mehrmals, zuletzt am 24. Juni 2008, zur Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens auf. Nachdem kein Gutachten beigebracht wurde, entzog die Fahrerlaubnisbehörde dem Antragsteller nach vorheriger Anhörung mit Bescheid vom 8. Januar 2009 die Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen aller Klassen. Weiterhin wurde dem Antragsteller untersagt, Fahrzeuge aller Art auf öffentlichem Verkehrsgrund zu führen. Die sofortige Vollziehung wurde angeordnet. Der hiergegen eingelegte Widerspruch des Antragstellers wurde mit Widerspruchsbescheid vom 27. April 2009, zugestellt am 28. April 2009, zurückgewiesen. Der Antragsteller erhob Anfechtungsklage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München und stellte einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO mit dem Inhalt, die aufschiebende Wirkung der Klage wieder herzustellen. Gleichzeitig beantragte er Prozesskostenhilfe unter Beiordnung seines Bevollmächtigten. Mit Beschluss vom 11. August 2009 lehnte das Verwaltungsgericht München den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe ab. Mit der Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Rechtsschutzziel weiter.

Lösung:

1. Die Beschwerde des Antragstellers gegen den die Bewilligung von Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 11. August 2009 ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 146 Abs. 1, § 147 VwGO). Das Verwaltungsgericht hat ihr nicht abgeholfen (§ 148 Abs. 1 VwGO).

2. Die zulässige Beschwerde hat jedoch keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe zu Recht abgelehnt, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 166 VwGO i.V.m. §§ 114 ff. ZPO). Nach § 13 S. 1 Nr. 2 Buchst. c FeV hat die Fahrerlaubnisbehörde dann, wenn der Betroffene ein Fahrzeug im Straßenverkehr mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 ‰ oder mehr geführt hat, zwingend die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens anzuordnen. Nach dem eindeutigen gesetzlichen Wortlaut gilt dies auch, wenn kein Kraftfahrzeug, sondern lediglich ein sonstiges Fahrzeug geführt wurde, also auch im Fall einer Alkoholfahrt mit einem Fahrrad. Die der Gutachtensanordnung zugrunde liegende Trunkenheitsfahrt mit dem Fahrrad war - wie der Antragsteller selbst einräumt - im Zeitpunkt der Beibringungsanordnung und auch noch zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids verwertbar. Die Fahrerlaubnisbehörde kann auch nicht, wie vom Antragsteller behauptet, hier unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten von der Beibringungsanordnung absehen. Denn bei der vom Antragsteller begangenen Trunkenheitsfahrt handelt es sich um ein Vergehen, das im Verkehrszentralregister einzutragen ist (§ 28 III Nr. 1 StVG). Damit beantwortet sich die Frage, innerhalb welcher Zeitspanne dieser Sachverhalt zum Anlass für die Forderung nach Beibringung eines Fahreignungsgutachtens gemacht werden darf, grundsätzlich nach den für dieses Register geltenden Tilgungs- und Verwertungsvorschriften. Für eine einzelfallbezogene Prüfung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist dann im Regelfall kein Raum mehr. Anhaltspunkte dafür, dass der Fall des Antragstellers von diesem Regelfall abweichen könnte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Nachdem das Gutachten nicht beigebracht wurde, war die Behörde nach § 11 VIII 1 FeV berechtigt, auf die Nichteignung des Antragstellers zu schließen und ihm die Fahrerlaubnis zu

entziehen. Gleiches gilt für das Verbot, fahrerlaubnisfreie Fahrzeuge im Straßenverkehr zu führen. Nach § 3 II FeV finden die Vorschriften der §§ 11 bis 14 FeV entsprechende Anwendung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Führer eines Fahrzeugs hierzu ungeeignet ist. Dass die Trunkenheitsfahrt mit dem Fahrrad ausreichend Anlass zur Annahme von Eignungszweifeln gab, wurde oben bereits dargelegt. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Trunkenheitsfahrt mit einem Fahrrad begangen wurde, liegt es auf der Hand, dass sich die Eignungszweifel nicht nur auf das Führen von Kraftfahrzeugen, sondern auf das Führen auch von fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen erstrecken. Nach § 11 VIII 1 FeV, der gemäß § 3 II FeV entsprechend anwendbar ist, durfte die Behörde aufgrund der Nichtvorlage des geforderten Gutachtens auch in Bezug auf die Fahreignung für nicht erlaubnisbedürftige Fahrzeuge auf die Ungeeignetheit des Antragstellers schließen. Im Unterschied zum Entzug der Fahrerlaubnis ist die Rechtsfolge des § 3 I FeV grundsätzlich zunächst ins Ermessen der Behörde gestellt, nachdem das Gesetz neben der Untersagung der Berechtigung zum Führen von fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen auch deren Beschränkung oder die Anordnung von erforderlichen Auflagen vorsieht. Nachdem sich der Antragsteller jedoch geweigert hat, ein Gutachten beizubringen, ist das Ermessen der Fahrerlaubnisbehörde insoweit auf Null reduziert. Denn wenn kein Gutachten beigebracht wird, das auch dazu dient, zu klären, ob Anknüpfungspunkte bestehen, dass eine Beschränkung oder Anordnung von Auflagen ausreichend sein könnten, bleibt der Fahrerlaubnisbehörde schlichtweg keine andere Möglichkeit, als zum Ausschluss der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer und der Aufrechterhaltung der Sicherheit des Straßenverkehrs das Führen von fahrerlaubnisfreien Fahrzeugen ohne Einschränkung zu untersagen. Vor diesem Hintergrund bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügung.

Gericht: BVerwG	Rechtsschutzbedürfnis für Feststellungsantrag	BGB
Aktenzeichen: 6 PB 43.09		§ 812
Datum: 17.02.2010		

	Das Rechtsschutzbedürfnis für einen konkreten, anlassbezogenen Feststellungsantrag ist zu bejahen, wenn die fragliche Maßnahme zwar vollzogen wurde, aber fortwirkt und für die Zukunft rückgängig gemacht oder abgeändert werden kann; dies muss tatsächlich möglich und rechtlich zulässig sein.
---	---

Die Beschwerde des Beteiligten gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Oberverwaltungsgericht gemäß § 83 II BPersVG i.V.m. § 92a S. 1 ArbGG hat keinen Erfolg.

Gemäß Abschnitt II 3 der Beschwerdebegründung will der Beteiligte geklärt wissen, ob eine Versetzung dann noch rückgängig gemacht werden kann, wenn die organisatorische Einheit und die Dienstposten der Mitarbeiter an der ursprünglichen Dienststelle nicht mehr existieren. Soweit damit überhaupt eine Rechtsfrage angesprochen ist, ist sie eindeutig zu bejahen.

a) Die Fragestellung zielt auf das Rechtsschutzbedürfnis nicht nur für den zweiten, im Beschwerdeverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht zusätzlich gestellten Antrag, sondern auch für den ersten Antrag, mit welchem der Antragsteller sein Mitbestimmungsrecht für die zum 1. März 2007 vollzogenen Versetzungen festgestellt wissen will. Es fehlt am Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Feststellung begehrt wird, dass an einer bestimmten, bereits abgeschlossenen Maßnahme ein Beteiligungsrecht bestanden hat, falls die Maßnahme im Zeitpunkt der Entscheidung keine Rechtswirkung mehr entfaltet. Dagegen ist das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen, wenn die fragliche Maßnahme zwar vollzogen wurde, aber fortwirkt und für die Zukunft rückgängig gemacht oder abgeändert werden kann; dies muss tatsächlich möglich und rechtlich zulässig sein.

b) Ob eine Maßnahme tatsächlich rückgängig gemacht oder abgeändert werden kann, ist keine Rechtsfrage. Abgesehen davon ist es trotz der in der Beschwerdebegründung beschriebenen Schwierigkeiten nicht objektiv unmöglich, die Versetzungen der betroffenen Mitarbeiter für die Zukunft wieder rückgängig zu machen oder abzuändern. Eine Rechtsfrage ist es dagegen, ob dem rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Dies ist jedoch offensichtlich nicht der Fall.

(Wird ausgeführt.)

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Neue Urlaubs-Rspr. gilt auch für Zusatzurlaub Schwerbehinderter	BUrlG § 812
Aktenzeichen: 9 AZR 128/09		
Datum: 23.03.2010		

	Die neue Rechtsprechung, wonach Arbeitnehmer auch dann einen Urlaubsabgeltungsanspruch haben, wenn sie im ganzen Urlaubsjahr und über den Übertragungszeitraum hinaus krank waren, gilt nicht nur für den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch für den Zusatzurlaub schwerbehinderter Menschen. Für einen über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden tariflichen Urlaubsanspruch können die Tarifvertragsparteien allerdings bestimmen, dass eine Abgeltung ausscheidet.
---	--

Sachverhalt: Der schwerbehinderte Kläger war seit 1971 im Außendienst für die Beklagte tätig. Auf das Arbeitsverhältnis war der Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte anwendbar, der einen über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsanspruch vorsah.

Der Kläger war seit Anfang September 2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30.9.2005 wegen eines schweren Bandscheibenleidens arbeitsunfähig erkrankt. Mit seiner Klage verlangte er die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs,

des Schwerbehindertenurlaubs und

des übergesetzlichen Tarifurlaubs für die Jahre 2004 und 2005.

Nachdem die Beklagte in zweiter Instanz die Verurteilung zur Abgeltung der Mindesturlaubsansprüche hingenommen hatte, stritten die Parteien in der Revision nur noch über die Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubs und des übergesetzlichen Tarifurlaubs. Das BAG gab der Klage auf Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubs im Gegensatz zur Klage auf Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs statt.

Lösung:

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abgeltung des Zusatzurlaubs für Schwerbehinderte. Die neue Rechtsprechung des Senats (BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07), wonach der vierwöchige gesetzliche Mindesturlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch dann finanziell abgegolten werden muss, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig krank ist, gilt für den Schwerbehindertenzusatzurlaub entsprechend. Der Anspruch auf Schwerbehindertenzusatzurlaub teilt das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubsanspruchs.

Dagegen besteht kein Anspruch auf Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs. Die Tarifvertragsparteien können bestimmen, dass der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende tarifliche Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der Urlaubsanspruch wegen der Krankheit des Arbeitnehmers nicht erfüllt werden kann. Eine solche Regelung liegt hier vor. Die Ansprüche auf Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs sollten nach dem erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien am Ende des tariflichen Übertragungszeitraums untergehen.

Gericht: LAG Ba-Wü	Keine fristlose Kündigung im „Kinderreisebett-Fall“	BGB § 626
Aktenzeichen: 13 Sa 59/09		
Datum: 10.02.2010		

	Nimmt ein bei einem Abfallentsorgungsunternehmen angestellter Arbeitnehmer eine sich im Müll befindliche geringwertige Sache (hier: Kinderreisebett) an sich, so rechtfertigt dies nicht in jedem Fall eine außerordentliche Kündigung. Die insoweit vorzunehmende Interessenabwägung fällt regelmäßig zugunsten des Arbeitnehmers aus, wenn ein langjähriges, im Wesentlichen störungsfrei verlaufendes Arbeitsverhältnis vorliegt.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war seit über acht Jahren bei dem beklagten Abfallentsorgungsunternehmen im Bereich der Altpapierentsorgung beschäftigt. In einem Altpapiercontainer, dessen Inhalt zur Entsorgung anstand, fand er

einen Karton mit einem Kinderreisebett. Er nahm dieses an sich, ohne den Beklagten zuvor um Erlaubnis zu fragen.

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis daraufhin fristlos. Er warf dem Kläger Diebstahl vor und behauptete, ihn durch vorhergehende Abmahnungen darauf hingewiesen zu haben, dass die Mitnahme zu entsorgender Gegenstände grundsätzlich verboten sei, es denn, es liege eine ausdrückliche Gestattung durch den Beklagten vor. Mit seiner Klage rügte der Kläger insbesondere die Unverhältnismäßigkeit der Kündigung. Die Kündigungsschutzklage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.

Lösung: Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht wirksam außerordentlich gekündigt. Dabei kann offenbleiben, ob der Pflichtverstoß des Klägers an sich i.S.v. § 626 I BGB geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, und ob der Kläger tatsächlich – wie vom Beklagten behauptet – einschlägig abgemahnt worden ist. Denn in jedem Fall ergibt die abschließend vorzunehmende Interessenabwägung, dass das Bestandsschutzinteresse des Klägers das Beendigungsinteresse des Beklagten überwiegt.

Zugunsten des Klägers war die lange Beschäftigungsdauer und der bisher im Wesentlichen störungsfreie Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Außerdem fiel ins Gewicht, dass das gebrauchte Kinderreisebett ohne wirtschaftlichen Wert war, unmittelbar zur Entsorgung anstand und sich bereits im Müll befand.

Hintergrund: Der Sachverhalt erinnert ein wenig an den sog. "Maultaschen-Fall". Hier hatte eine Altenpflegerin von der Bewohnerverpflegung übrig gebliebene Maultaschen, die anderenfalls entsorgt worden wären, an sich genommen. Das ArbG Lörrach hielt die wegen dieser Pflichtverletzung ausgesprochene außerordentliche Kündigung trotz langer Beschäftigungsdauer der Arbeitnehmerin für gerechtfertigt. Das Berufungsverfahren endete mit einem Vergleich, der den Arbeitgeber ca. 42.500 € gekostet hat.

Gericht: LAG Schleswig-Holstein	Keine fristlose Kündigung im „Werkbank-Fall“	BGB
Aktenzeichen: 3 Sa 324/09		§ 626
Datum: 13.01.2010		

	Nimmt ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ausgesondertes Material (hier: eine 30 Jahre alte Werkbank) in der irrigen Überzeugung an sich, hierzu berechtigt zu sein, so ist regelmäßig keine Kündigung gerechtfertigt. Jedenfalls bei langjährig beschäftigten Mitarbeitern, die bislang noch nicht negativ aufgefallen sind, kann der Arbeitgeber in einem solchen Fall lediglich eine Abmahnung aussprechen.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war seit mehr als zwölf Jahren bei der Beklagten, einem Unternehmen der metallverarbeitenden Industrie, als Arbeiter in der Endmontage beschäftigt. Im Betrieb gab es keine festen Regeln für den Erwerb aussortierter Materialien durch die Arbeitnehmer. Zwar wurde im Regelfall ein kleiner, in die Kaffeekasse einzuzahlender Obolus für den jeweiligen Gegenstand festgesetzt. Teilweise wurden Sachen aber auch ohne Gegenleistung abgegeben.

2007 ersetzte die Beklagte 30 Jahre alte Werkbänke durch neue. Für die Mitarbeiter bestand die Möglichkeit, für private Zwecke Bedarf anzumelden, wovon jedoch zunächst niemand Gebrauch machte. Daraufhin wurden die Werkbänke zur Entsorgung zwischengelagert. 2009 ergab sich für den Kläger eine private Nutzungsmöglichkeit für Teile einer solchen alten Werkbank. Er meldete einen entsprechenden Bedarf bei seinem Vorgesetzten und dem die Kaffeekasse führenden Betriebsratsvorsitzenden an. Der genaue Inhalt des Gesprächs ist streitig; es wurde aber jedenfalls kein fester Obolus für die Werkbank festgesetzt.

An einem Freitagnachmittag lud der Kläger – für alle sichtbar – den von ihm benötigten Teil der Werkbank in den Anhänger seines privaten PKW. Er wurde dabei von der Geschäftsleitung beobachtet und zur Rede gestellt. Die Beklagte kündigte dem Kläger daraufhin fristlos und hilfsweise fristgerecht. Die hiergegen gerichtete Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.

Lösung: Die Kündigung ist unwirksam. Zwar kann auch die eigenmächtige Wegnahme geringwertiger, vom Arbeitgeber ausgesonderter Gegenstände die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Maßgebend sind aber immer die Umstände des Einzelfalls und das Ergebnis einer Einzelfallabwägung. Diese geht

im Streitfall zugunsten des Klägers aus. Eine Abmahnung hätte hier ausgereicht, um eine Wiederholung des beanstandeten Verhaltens auszuschließen.

Der Kläger hat offensichtlich ohne jedes Unrechtsbewusstsein gehandelt und ist irrig davon ausgegangen, dass er die Teile der Werkbank mitnehmen darf. Ansonsten hätte er die Teile wohl kaum vor den Augen der Kollegen und der Geschäftsführung in sein Auto geladen. Er hat die Teile zudem sofort wieder herausgegeben, als er auf die vermeintlich fehlende Genehmigung der Mitnahme hingewiesen worden ist.

Das Fehlen einer bösen Absicht beim Kläger ist auch deshalb glaubwürdig, weil es im Unternehmen der Beklagten offensichtlich keine stringente Handhabung im Umgang mit ausgesonderten Gegenständen gab. Es ist daher nachvollziehbar, dass der Kläger davon ausgegangen ist, den richtigen Weg eingeschlagen zu haben.

Gericht: LAG Hannover	Kündigung eines BR-Mitglieds erst nach Rechtskraft der Zustimmungsersetzung	KSchG § 15 I
Aktenzeichen: 10 Sa 424/09		
Datum: 22.01.2010		

	Arbeitgeber können einem Betriebsratsmitglied erst dann außerordentlich kündigen, wenn der Betriebsrat zugestimmt hat oder ein rechtskräftiger Beschluss vorliegt, mit dem die Zustimmung des Betriebsrats gerichtlich ersetzt worden ist. Eine vor Ausspruch der Rechtskraft ausgesprochene Kündigung ist nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig. Hat das LAG die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, tritt Rechtskraft erst mit Ablauf der Frist für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde ein.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger ist seit 2001 bei der Beklagten beschäftigt und war zuletzt als Gabelstaplerfahrer im Lager eingesetzt. Er ist Mitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats.

Nachdem der Kläger zahlreiche Unfälle mit dem Gabelstapler verursacht hatte, wollte die Beklagte ihn als sog. Räumtler zu einem geringeren Entgelt einsetzen. Zu diesem Zweck beantragte sie beim ArbG, die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zu einer entsprechenden außerordentlichen Änderungskündigung gerichtlich zu ersetzen. Das ArbG entsprach dem Antrag; die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das LAG mit Beschluss, in welchem die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wurde, zurück. Einen Tag nach Zustellung dieses Beschlusses sprach die Beklagte die außerordentliche Änderungskündigung aus.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass die Kündigung nicht vor Rechtskraft der zustimmungsersetzenden Entscheidung hätte erklärt werden dürfen. Die Beklagte vertrat demgegenüber die Auffassung, dass eine offensichtlich aussichtslose Rechtsbeschwerde nicht abgewartet werden müsse.

Die Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.

Lösung:

Der Kläger muss zu den bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigt werden. Die Änderungskündigung ist unwirksam, da die Beklagte sie vor Rechtskraft der Zustimmungsersetzung ausgesprochen hat.

Eine außerordentliche (Änderungs-)Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied setzt gem. § 15 II KSchG voraus, dass der Betriebsrat der Kündigung gem. § 103 BetrVG zugestimmt hat oder die Zustimmung durch gerichtliche Entscheidung ersetzt worden ist. Die Vorschrift ist dahingehend auszulegen, dass der Beschluss über die Zustimmungsersetzung rechtskräftig bzw. unanfechtbar sein muss. Eine vor diesem Zeitpunkt ausgesprochene Kündigung ist unheilbar nichtig.

Formelle Rechtskraft tritt in den Fällen, in denen – wie hier – die Rechtsbeschwerde gegen den die Zustimmung ersetzenden Beschluss des LAG nicht zugelassen worden ist, erst mit dem Ablauf der Frist für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde ein.

Zwar konnten Arbeitgeber nach früherer Rechtsprechung auch schon vor Eintritt der Rechtskraft kündigen, wenn die Rechtsbeschwerde offensichtlich unstatthaft oder unzulässig war. Diese Rechtsprechung bezog sich jedoch auf die alte Rechtslage. Seit dem 1.1.2005 kann eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht mehr nur auf Divergenz, sondern auch auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gestützt werden. Damit ist grds. eine sichere Prognose, dass eine Nichtzulassungsbeschwerde offensichtlich aussichtslos wäre, grds. nicht mehr möglich.