

Herausgeber:

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

# ZARA

Ausgabe Mai/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

EuGH, 15.04.2010 – C-511/08 – Widerruf von Fernabsatzverträgen: Kosten für Zusendung der Ware	S. 4
BGH, 14.04.2010 – VIII ZR 145/09 – Nutzungsausfallschaden auch nach Rücktritt vom Kaufvertrag	S. 5
BGH, 12.05.2010 – VIII ZR 185/09 – Betriebskostenabrechnung: Jährlich neue Einwendung nötig	S. 6
BGH, 12.03.2010 – V ZR 147/09 – Kein fristloser Rücktritt nach gesetzter Nacherfüllungsfrist	S. 7
BGH, 17.03.2010 – VIII ZR 70/09 – Formelle Anforderungen an Eigenbedarfskündigung	S. 8
BGH, 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 u.a. – Zur Gültigkeit des Flugscheins bei Änderung der Flugreihenfolge	S. 9

### Strafrecht

BGH, 19.11.2009 – 3 StR 244/09 – Nachstellung – vor allem: Konkurrenzen	S. 11
BGH, 14.08.2009 – 3 StR 552/08 – Betrug: Konkludente Täuschung und Eingehungsbetrug	S. 16
BGH, 09.07.2009 – 3 StR 257/09 – Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten	S. 21
LG Bochum, 22.04.2008 – 2 Qs 10/08 – Lichtenstein-Affäre: Kein Beweisverwertungsverbot	S. 23

### Arbeitsrecht

BAG, 18.03.2010 – 8 AZR 77/09 – Beschränkung einer Stellenausschreibung auf Frauen	S. 27
BAG, 20.05.2010 – 6 AZR 319/09 (A) - Vorlage an EuGH: Diskriminierung durch Entgeltregelungen	S. 28
LAG Rheinland-Pfalz, 26.02.2010 – 6 Sa 682/09 – Kündigung bei privater Internetnutzung am Arbeitsplatz	S. 29
LAG Hamm, 20.11.2009 – 10 Sa 785/09 – Zur Kündigung bei schlechten Arbeitsleistungen	S. 30
LAG Schleswig-Holstein, 08.12.2009 – 2 Sa 223/09 – Zur Anfechtbarkeit eines Aufhebungsvertrags	S. 31
ArbG Stuttgart, 15.04.2010 – 17 CA 8907 – „Ossi“ ist keine ethnische Herkunft i.S.d. § 1 AGG	S. 32

### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Brettschneider & Michaelis-Hatje sucht einen Dozenten bzw. eine Dozentin im Bereich des Zivilrechts im Raum Norddeutschland (Anzeige auf S. 32).
- Die Kanzlei Brettschneider & Michaelis-Hatje bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Brettschneider 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).
- Das Repetitorium Jura Intensiv weist in mehreren Anzeigen auf seine nächsten Kursangebote hin.
-

## **JuCon Personalberatung**

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

### **In eigener Sache**

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in dieser Ausgabe soll vor allem auf das bisher einzige Urteil des BGH zum Straftatbestand der Nachstellung („Stalking“) hingewiesen werden. Dieses Urteil bestätigt in der Sache die bisher h.M. zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale, bringt aber interessante und neue Ausführungen zum Thema der Konkurrenzen (ab S. 11).

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 **Brettschneider & Michaelis-Hatje**. Gesucht wird im Raum Norddeutschland ein Dozent oder eine Dozentin im Bereich des Zivilrechts.

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.

---



# 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 Zivil-, Straf- und ÖR**

- In Mainz und Heidelberg ab Oktober 2010

**Jahreskurs: 24 Termine ZR, je 12 Termine SR und ÖR  
Kurspreis nur 90 € pro Monat!**

## **Assex Zivil- und StrafR**

- In Frankfurt und Gießen ab September 2010

**24 Termine ZR (wöchentlicher Unterricht) und 12 Termine SR  
(Unterricht alle 14 Tage) - Kurspreis nur 120 € pro Monat**

## **Assex Öffentliches R**

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

**Ab Aug., Nov., Feb. und Mai jeweils 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 September: Mo. ArbR bzw. Fr. WR, je ab 17 h**

**Dozenten: Dr. Schweinberger und RiAG Wutz (3 Termine WR)**

**In Frankfurt, Komplettkurs: 230 €, ein Rechtsgebiet 130 €**

## Zivilrecht

Gericht: EuGH	<b>Widerruf von Fernabsatzverträgen: Kosten für Zusendung der Ware</b>	Richtlinie 97/7/EG
Aktenzeichen: C-511/08		
Datum: 15.04.2010		

	<p>Übt ein Verbraucher sein Widerrufsrecht entsprechend der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz aus, so hat der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.</p>
---	---

**Sachverhalt:** Die im Versandhandel tätige beklagte Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH sieht in ihren AGB vor, dass der Verbraucher einen pauschalen Versandkostenanteil von 4,95 € trägt. Diesen Betrag hat das Versandunternehmen auch dann nicht zu erstatten, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erhob gegen Heinrich Heine Klage auf Unterlassung dieser Praxis, da sie der Auffassung ist, dass dem Verbraucher im Fall des Widerrufs nicht die Kosten der Zusendung der Ware auferlegt werden dürfen.

Die erstinstanzlichen Gerichte gaben der Klage statt. Auf die Revision der Beklagten stellte der BGH im Revisionsverfahren fest, dass das deutsche Recht dem Verbraucher keinen ausdrücklichen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware gewährt. Der BGH äußerte jedoch Zweifel, ob es mit der Richtlinie 97/7/EG vereinbar ist, wenn dem Verbraucher, der sein Widerrufsrecht ausgeübt hat, die Kosten der Zusendung der Waren in Rechnung gestellt werden.

Daher hat der BGH beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: " Sind die Bestimmungen des Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II der Richtlinie 97/7 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat?"

### Lösung:

Die Richtlinie 97/7/EG steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Waren auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt.

Die Bestimmungen der Richtlinie zu den Rechtsfolgen des Widerrufs haben eindeutig zum Ziel, den Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten. Eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, zuzulassen, dass im Widerrufsfall die Kosten der Zusendung zulasten dieses Verbrauchers gingen, liefe diesem Ziel zuwider. Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II 2 dieser Richtlinie gestattet es dem Lieferer nur, dem Verbraucher im Fall des Widerrufs die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren aufzuerlegen.

Im Übrigen stünde eine solche Belastung des Verbrauchers mit den Kosten der Zusendung zusätzlich zu den unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Ware einer ausgewogenen Risikoverteilung bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz entgegen, indem dem Verbraucher sämtliche im Zusammenhang mit der Beförderung der Waren stehenden Kosten auferlegt würden. Zudem kann die abschreckende Wirkung, die es auf die Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher hätte, wenn ihm diese Kosten auferlegt würden, auch nicht dadurch beseitigt werden, dass er vor Vertragsschluss über die Höhe der Zusendungskosten unterrichtet worden ist.

Anzeige

## Die Examenskurse in Hessen beginnen am 30. August 2010.

**1. Prüfung 2009 in Hessen: 2 x „sehr gut“ – beide bei *Jura Intensiv*!!**

**Info-Veranstaltungen: Marburg 2.6. ab 15.30 Uhr / Gießen 7.6. ab 16.30 Uhr  
Frankfurt 14.6. ab 15.45 Uhr (Zeil 81)**

Gericht: BGH	<b>Nutzungsausfallschaden auch nach Rücktritt vom Kaufvertrag</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 145/09		§ 325
Datum: 14.04.2010		



Autokäufer können trotz Rücktritts vom Kaufvertrag einen Anspruch auf Ersatz des ihnen entstandenen Nutzungsausfallschadens haben, wenn sie ein gekauftes Fahrzeug infolge eines Sachmangels nicht nutzen können. Allerdings sind sie im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht gehalten, binnen einer angemessenen Frist ein Ersatzfahrzeug zu beschaffen und einen längeren Nutzungsausfall gegebenenfalls durch die Anschaffung eines Interimsfahrzeugs zu überbrücken.

**Sachverhalt:** Die Klägerin hatte im April 2005 von der beklagten Fahrzeughändlerin einen gebrauchten Honda Jazz für 13.100 € erworben. Der PKW war bei Übergabe an die Klägerin - für die Beklagte erkennbar - aufgrund eines nicht fachgerecht reparierten Unfallschadens an der Vorderachse nicht betriebs- und verkehrssicher. Als die Klägerin dies im Oktober 2005 bemerkte, trat sie vom Kaufvertrag zurück.

Das LG verurteilte die Beklagte im Februar 2007 rechtskräftig zur Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Da die Klägerin den PKW nach dem Rücktritt bis zum Erwerb eines Ersatzfahrzeugs nach eigenen Angaben für 168 Tage nicht nutzte, verlangte sie darüber hinaus von der Beklagten Ersatz des Nutzungsausfallschadens 6und vergeblicher Aufwendungen i.H.v. rund 6.400 €.

Das LG gab der Klage teilweise statt. Den ersatzfähigen Zeitraum begrenzte es auf 60 statt 168 Tage; das KG wies 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:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte trotz Rücktritts vom Kaufvertrag einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Nutzungsausfallschadens.

Der Senat hat damit seine Rechtsprechung hinsichtlich § 325 BGB bekräftigt, dass ein Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag wegen eines Mangels am Kraftfahrzeug keine Schadensersatzansprüche wegen eines mangelbedingten Nutzungsausfalls abschneidet (vgl. BGH-Urteil vom 28.11.2007, Az.: VIII ZR 16/07). Vielmehr kann der Käufer, falls der Verkäufer die mangelhafte Lieferung zu vertreten hat, Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entsteht, dass er das von ihm erworbene Fahrzeug allein wegen des Mangels nicht nutzen kann, auch dann verlangen, wenn er wegen des Mangels vom Kaufvertrag zurücktritt.

Allerdings ist der Käufer im Hinblick auf die ihn treffende Schadensminderungspflicht gehalten, binnen angemessener Frist ein Ersatzfahrzeug zu beschaffen und einen längeren Nutzungsausfall gegebenenfalls durch die Anschaffung eines Interimsfahrzeugs zu überbrücken. Infolgedessen war die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das KG muss u.a. noch klären, ob die Käuferin bei der 168 Tage dauernden Ersatzbeschaffung ihrer Schadensminderungspflicht genügt hat oder ob sie insoweit ein Mitverschulden trifft.

Anzeige




## Wiederholungs- und Vertiefungs-Kurs (1. Prüfung)

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.

**Kursbeginn Ffm und Mainz: Oktober / November 2010**

Gericht: BGH	<b>Betriebskostenabrechnung: Jährlich neue Einwendung nötig</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 185/09		§ 556 III 5
Datum: 12.05.2010		

	Ein Wohnungsmieter muss eine Einwendung gegen eine vom Vermieter erstellte Betriebskostenabrechnung auch dann innerhalb der dafür vorgesehenen Zwölf-Monats-Frist erheben, wenn er die der Sache nach gleiche Einwendung schon gegenüber früheren Betriebskostenabrechnungen geltend gemacht hat. Schließlich ist es das Ziel des Gesetzes, durch Fristablauf Klarheit über die Ansprüche aus der Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr zu erlangen.
---	---

**Sachverhalt:** Im Oktober 2004 hatte der klagende Vermieter eine Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2003 erstellt, in der er unter anderem die Grundsteuer anteilig auf die Mieter umgelegt hatte. Dagegen wandten die beklagten Mieter u.a. ein, dass sie gemäß der mietvertraglichen Vereinbarung nicht zur Übernahme dieser Kosten verpflichtet seien. Auch im Hinblick auf die im November 2005 erstellte Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2004 machten die Mieter diesen Einwand geltend. Schließlich erstellte der Kläger im Dezember 2006 eine Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005, in der er erneut die Grundsteuer anteilig auf die Mieter umlegte. Zu dieser Abrechnung äußerten sich die Beklagten allerdings nicht.

Der Kläger verlangte daraufhin von den Beklagten die Nachzahlung der Betriebskosten. Er machte die noch offenen Nachforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2003 bis 2005 - insgesamt rund 800 € - geltend. Das AG wies die Klage hinsichtlich der Jahre 2003 und 2004 ab. Es war der Ansicht, dass die Grundsteuer, wie die Auslegung des Mietvertrags ergebe, nicht umlagefähig sei. Allerdings seien die Beklagten hinsichtlich des Jahres 2005 zur Zahlung des noch offenen Betrages von rund 270 € verpflichtet, weil die Beklagten es versäumt hätten, gegen die Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005 innerhalb der gesetzlichen Frist Einwendungen geltend zu machen. Berufung und Revision der Beklagten blieben erfolglos.


**Lösung:**

Die Beklagten sind gegenüber der Klägerin zur Zahlung verpflichtet.


Eine erneute Beanstandung der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005 hinsichtlich der auf die Beklagten anteilig umgelegten Grundsteuer war nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagten bereits gegenüber den Betriebskostenabrechnungen für die vorangegangenen Jahre 2003 und 2004 jeweils fristgerecht eingewandt hatten, dass sie die Erstattung anteiliger Grundsteuer nicht schuldeten. Denn nach § 556 III 5 BGB muss der Mieter eine Einwendung, die er gegenüber einer Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr erheben will, dem Vermieter innerhalb von zwölf Monaten ab Zugang dieser Abrechnung mitteilen. Die Beanstandung einer früheren Betriebskostenabrechnung macht eine solche Mitteilung grundsätzlich auch dann nicht entbehrlich, wenn es sich der Sache nach um die gleiche Einwendung handelt.

Schließlich ist es das Ziel des Gesetzes, durch Fristablauf Klarheit über die Ansprüche aus der Betriebskostenabrechnung für ein bestimmtes Jahr zu erlangen. Dieses Ziel würde verfehlt werden, wenn aufgrund der Beanstandung einer früheren Abrechnung nicht mehr zu verlangen wäre, dass eine spätere Abrechnung innerhalb der für diese Abrechnung laufenden Frist (erneut) beanstandet wird. Die erneute Geltendmachung einer gegenüber einer früheren Betriebskostenabrechnung bereits erhobenen Einwendung innerhalb der für das spätere Abrechnungsjahr laufenden Frist ist daher geboten, um das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Rechtssicherheit durch Fristablauf zu erreichen.

Anzeige

	<p><b>Examenskurs Heidelberg / Mannheim (1. Prüfung)</b></p> <p><b>Nächster Kursbeginn: 4. Oktober 2010</b></p> <p><b>März und September kursfrei</b></p> <p><b>Für Mannheimer: Einzelne Rechtsgebiete buchbar!</b></p>
---	---

Gericht: BGH	<b>Kein fristloser Rücktritt nach gesetzter Nacherfüllungsfrist</b>	BGB
Aktenzeichen: V ZR 147/09		§§ 437 Nr. 2,
Datum: 12.03.2010		323

	<b>Verschweigt der Verkäufer arglistig einen Mangel der Kaufsache (hier: Wohnungseigentum), so kann der Käufer ohne dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, vom Vertrag zurücktreten. Setzt der Käufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels dennoch eine Frist zur Nacherfüllung, und wird der Mangel der Kaufsache innerhalb dieser Frist behoben, erlischt das Recht des Verkäufers zum Rücktritt.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Das streitgegenständliche Grundstück ist nach dem WEG geteilt. Eine der Wohnungen gehörte den Beklagten, eine andere K und O. Diese unterrichteten die Verwalterin davon, dass in ihre Wohnung Feuchtigkeit eintrete. Die Wohnungseigentümer beschlossen daraufhin in einer Versammlung im Oktober 2006, den Architekten H zu beauftragen, die Ursache des Feuchtigkeitseintritts und die zur Beseitigung notwendigen Kosten festzustellen. Im Dezember 2006 verkauften die Beklagten ihre Wohnung unter Ausschluss von Ansprüchen wegen Sachmängeln an die Klägerin. Dabei wiesen sie nicht auf die Feuchtigkeitsbeeinträchtigung der Wohnung K/O und den Beschluss der Wohnungseigentümer hin. Die Klägerin bezahlte den Kaufpreis und bezog die Wohnung. In der Folgezeit ermittelte H die auf die Wohnungseigentümergeinschaft entfallenden Kosten für die Beseitigung der Feuchtigkeitsbeeinträchtigung der Wohnung K/O. In einer Versammlung im April 2007 beschlossen die Wohnungseigentümer unter Beteiligung der Klägerin, die sich der Stimme enthielt, die von H vorgeschlagenen Maßnahmen auszuführen.

Mit Schreiben an die Beklagten von August 2007 machte die Klägerin verschiedene Mängel des ihr verkauften Wohnungseigentums, u.a. auch die Feuchtigkeitsbeeinträchtigung der Wohnung K/O geltend und forderte die Beklagten zur "Nacherfüllung" bis zum 4.9.2007 auf. In ihrer Antwort vom 3.9.2007 verneinten die Beklagten im Wesentlichen die von der Klägerin geltend gemachten Mängel. Im Hinblick auf die in der Wohnung K/O aufgetretene Feuchtigkeit erklärten sie aber, die auf die Klägerin zukommenden Kosten zu übernehmen und boten an, hierfür Sicherheit zu leisten. In ihrer Antwort vom 9.10.2007 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag. LG und OLG wiesen die auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Klage ab. Die Revision der Klägerin blieb vor dem BGH ohne Erfolg.

**Lösung:**

Ein Recht der Klägerin, im Hinblick auf den verschwiegenen Mangel am Gemeinschaftseigentum trotz der Erklärung der Beklagten vom 3.9.2007 zurückzutreten, besteht nicht.


Der Käufer kann wegen eines Sachmangels der verkauften Sache grundsätzlich nur dann vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer fruchtlos Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Eine Ausnahme greift jedoch dann ein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen, § 323 II Nr. 3 BGB; so z.B., wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags eine Täuschungshandlung begangen hat. In diesen Fällen ist das Verlangen der Nacherfüllung für den Käufer in der Regel unzumutbar.

So liegt es indessen nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer - wie im Streitfall - nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zu dessen Behebung setzt. Damit gibt er zu erkennen, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des arglistigen Verhaltens des Verkäufers weiterhin besteht. Kommt der Verkäufer innerhalb der Frist dem Verlangen des Käufers nach und wird der Mangel behoben, scheidet der Rücktritt des Käufers vom Vertrag aus, weil die verkaufte Sache - nunmehr - vertragsgerecht ist.

Ist der Käufer einer insoweit mangelhaften Eigentumswohnung von dem Mangel allein finanziell betroffen, steht der Erfüllung des Anspruchs auf Nacherfüllung gleich, wenn der Verkäufer den Käufer von den Kosten zur Beseitigung des Mangels freistellt, die dieser gegenüber der Eigentümergeinschaft zu tragen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn feststeht, dass die Arbeiten zur Mängelbeseitigung in angemessener Zeit vorgenommen werden und dass die Freistellung gesichert ist. So war es hier, zumal die Beklagten der Klägerin angeboten hatten, für die Kostenfreistellung Sicherheit zu leisten.



Gericht: BGH	<b>Formelle Anforderungen an Eigenbedarfskündigung</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 70/09		§ 812
Datum: 17.03.2010		

	Bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs muss das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnen, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann; dabei sind grundsätzlich die Angabe der Personen, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Personen an der Erlangung der Wohnung haben, ausreichend. Ein bloßes "Dramatisieren" des Eigenbedarfs ist für die formelle Wirksamkeit der Kündigung ohne Bedeutung.
---	---

**Sachverhalt:** Die Beklagte mietete im Jahr 1978 von einem der Rechtsvorgänger der Klägerin ein Wohnhaus. Nach dem Erwerb des von der Beklagten und deren Mutter bewohnten Anwesens kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit Schreiben von Juli 2006 unter Berufung auf Eigenbedarf für sich und ihre beiden Kinder zum 30.4.2007.

Zur näheren Begründung ist im Kündigungsschreiben ausgeführt, dass die Klägerin derzeit zur Miete wohne und darüber hinaus für ihre berufliche Tätigkeit ein separates Büro angemietet habe. Das von der Beklagten gemietete Wohnhaus eigne sich sehr gut, um Wohnen und Arbeiten unter einem Dach zu ermöglichen. Durch den Umzug könne die Klägerin die Miete für ihre derzeitige Mietwohnung (1.740 €) und für ihr jetziges Büro (858,40 €) einsparen und sich persönlich um die Betreuung ihrer Kinder kümmern. Die Klägerin begehrt Räumung und Herausgabe des von der Beklagten gemieteten Anwesens.

Das AG gab der Klage statt. Das LG wies sie mit der Begründung ab, die von der Klägerin erklärte Kündigung erfülle nicht die Anforderungen des § 573 III BGB und sei deshalb unwirksam. Die Klägerin habe in der Kündigungsbegründung ihre bisherige Wohnsituation "objektiv unrichtig dargestellt" und den behaupteten Bedarf "dramatisiert". Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

#### **Lösung:**

Mit der vom LG gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Räumung und Herausgabe des von der Beklagten bewohnten Anwesens gem. § 546 I BGB nicht verneint werden. Die von der Klägerin erklärte Kündigung genügt den Anforderungen des § 573 III BGB.

Nach § 573 III BGB sind die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Der Zweck der Vorschrift besteht vor allem darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt Klarheit über seine Rechtsposition zu verschaffen. Diesem Zweck wird im Allgemeinen Genüge getan, wenn das Kündigungsschreiben den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann. Bei einer Kündigung wegen Eigenbedarfs sind daher grundsätzlich die Angabe der Personen, für die die Wohnung benötigt wird, und die Darlegung des Interesses, das diese Personen an der Erlangung der Wohnung haben, ausreichend. Diesen Anforderungen wird das Kündigungsschreiben der Klägerin gerecht.

Entgegen der Auffassung des LG ist die Kündigungserklärung der Klägerin nicht deshalb unwirksam, weil sie den unzutreffenden Eindruck erwecke, dass sich bei dem von der Klägerin bisher bewohnten Anwesen Wohnung und Büro nicht unter einem Dach befänden. Dies und ob die Klägerin ihren Eigenbedarf insoweit "dramatisiert" hat, ist für die formelle Wirksamkeit Kündigung ohne Bedeutung. Unrichtige Angaben im Kündigungsschreiben können zwar zur materiellen Unbegründetheit der Kündigung führen, soweit der Eigenbedarf tatsächlich nicht besteht; sie mögen auch ein Indiz gegen die Ernsthaftigkeit des Eigennutzungswunsches darstellen. Vorliegend ist allerdings nicht einmal erkennbar, inwieweit es darauf ankommen könnte, ob sich auch bei der jetzigen Wohnung der Klägerin das Büro im selben Gebäude befindet.

Der BGH konnte in der Sache nicht selbst entscheiden, weil das LG - vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der von der Klägerin geltend gemachte Eigenbedarf besteht.

# SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent



EXAMEN 2009 - MAINZ:  
9 DER 10 BESTEN VON JI !!

EXAMEN 2009 - HESSEN:  
2 X SEHR GUT - BEIDE VON JI !!

## INFO-VERANSTALTUNG in MARBURG

MITTWOCH, 2. JUNI 2010

AB 15.30 UHR

Bahnhofstraße 38, 3. Stock

## INFO-VERANSTALTUNG in GIESSEN

MITTWOCH, 9. JUNI 2010

AB 16.30 UHR

Siemensstraße 18a, 1. Stock

## INFO-VERANSTALTUNG in FRANKFURT

MONTAG, 14. JUNI 2010

AB 15.45 UHR

Zeil 81, 3. Stock

## Dr. Dirk Schweinberger steht Ihnen Rede und Antwort


Im Rahmen der o.g. hessischen Info-Veranstaltungen wird Ihnen unser Franchisenehmer und Dozent Dr. Dirk Schweinberger für alle Ihre Fragen zum Konzept von *Jura Intensiv* zur Verfügung stehen. - Die Veranstaltung ist auf ca. 90 Minuten angelegt.

## Werbeprovision: 25 € für jeden Examenskursteilnehmer

Sie sind bereits Teilnehmer von *Jura Intensiv* oder für den nächsten Examenskurs bereits angemeldet? Dann überzeugen Sie doch Freunde und Bekannte von *Jura Intensiv* und erhalten Sie 25 € Werbeprovision für jeden Neukunden (!) im Examenskurs von *Jura Intensiv*.

Bedingung: Auf dem Formular zur verbindlichen Anmeldung muss unter „Sonstiges“ eingetragen werden: „Geworben von Frau / Herrn ...“

Gericht: BGH	<b>Zur Gültigkeit des Flugscheins bei Änderung der Flugreihenfolge</b>	BGB
Aktenzeichen: Xa ZR 5/09 u.a.		§ 307
Datum: 29.04.2010		

	Der generelle Ausschluss des Rechts eines Flugpassagiers, die Beförderungsleistung nur teilweise in Anspruch zu nehmen, benachteiligt den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Luftverkehrsunternehmen könnten ihre Interessen zumutbarer Weise durch eine andere, mildere Regelung in ihren Beförderungsbedingungen - etwa Zahlung des höheren Einzelpreises für die verbliebene Flugstrecke - ebenso wahren.
---	--

**Sachverhalt:** Die beiden Verfahren betreffen Klagen des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen gegen British Airways und die Deutsche Lufthansa AG im Bezug auf Regelungen in den Beförderungsbedingungen der beiden Fluggesellschaften. In den Allgemeinen Beförderungsbedingungen von British Airways ist geregelt, dass der Flugschein seine Gültigkeit verliert, wenn nicht alle "Flight Coupons" in der angegebenen Reihenfolge genutzt werden.

Die Deutsche Lufthansa AG verwendet im Geschäftsverkehr "Beförderungsbedingungen für Fluggäste und Gepäck (ABB Flugpassage)", in denen es u.a. heißt: "Der Flugschein verliert seine Gültigkeit und wird nicht zur Beförderung angenommen, wenn Sie nicht alle Flugcoupons vollständig und in der im Flugschein vorgesehenen Reihenfolge ausnutzen. Die Inanspruchnahme der gesamten Beförderungsleistung ist wesentlicher Bestandteil des mit uns geschlossenen Beförderungsvertrages. Die Kündigung einzelner Teilstrecken (Coupons) ist vertraglich ausgeschlossen."

Die mit den Klagen der Verbraucherzentrale befassten OLG haben die Gültigkeit der Klauseln unterschiedlich beurteilt. Das OLG Köln hat sie für wirksam, das OLG Frankfurt a.M. für unwirksam gehalten. Der BGH hat nunmehr entschieden, dass entsprechende Klauseln in Beförderungsbedingungen unwirksam sind.

**Lösung:**

Der Fluggast wird entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, wenn ihm das Recht, die Beförderungsleistung nur teilweise in Anspruch zu nehmen (z.B. nur einen von zwei gebuchten Flügen anzutreten), generell genommen wird.

Nach dem BGB ist der Gläubiger (hier: der Fluggast) grundsätzlich berechtigt, nur einen Teil der ihm vertraglich zustehenden Gesamtleistung vom Schuldner (hier: dem Luftverkehrsunternehmen) zu fordern, sofern nicht der Grundsatz von Treu und Glauben entgegensteht. Danach kann der Anspruch auf die Teilleistung zwar ausgeschlossen sein, wenn der Fluggast schon bei Vertragschluss nicht die Absicht hat, die Gesamtleistung des Luftverkehrsunternehmens in Anspruch zu nehmen, sondern diese nur deshalb bucht, weil er auf diese Weise an einen Preisvorteil gelangen will. Ein solcher wird etwa Fluggästen angeboten, die Unbequemlichkeit und Zeitverlust einer Umsteigeverbindung auf sich nehmen, obwohl von dem von ihnen gewünschten Abflughafen auch - häufig allerdings teurere - Direktflüge zu ihrem Endziel angeboten werden.

Jedoch erfasst die Klausel beispielsweise auch Fälle, in denen sich der Fluggast wegen einer veränderten Terminplanung bereits am Abflughafen für den Fernflug oder in dessen Nähe befindet oder in denen er den Zubringerflug verpasst, den Fernflug aber noch auf anderem Wege erreichen kann. In diesen Fällen steht der Grundsatz von Treu und Glauben dem Anspruch des Fluggastes auf die Beförderung mit dem Fernflug nicht entgegen. Im Hinblick hierauf kann das legitime Interesse der Luftverkehrsunternehmen, eine Umgehung ihres jeweiligen Tarifsystems zu verhindern, den generellen Ausschluss des Anspruchs auf Teilleistungen nicht rechtfertigen.


Die Luftverkehrsunternehmen könnten ihre Interessen zumutbarer Weise durch eine andere, mildere Regelung ebenso wahren. Hierzu genügte eine Regelung, die den Fluggast ggf. zur Zahlung eines höheren Entgeltes verpflichtet, wenn die Beförderung auf einer vorangehenden Teilstrecke nicht angetreten wird, etwa, indem in den Beförderungsbedingungen bestimmt würde, dass bei Nichtantritt eines Flugs für den verbleibenden Flug derjenige (höhere) Preis zu zahlen ist, der zum Zeitpunkt der Buchung für die isolierte Buchung nur dieses Flugs verlangt worden ist.

**Hintergrund:** Klauseln wie im Streitfall verwenden auch andere Luftverkehrsunternehmen, um zu verhindern, dass Beförderungen auf Teilstrecken zu günstigeren Konditionen erreicht werden, als dies nach dem Tarifsystem

vorgesehen ist. Beispielsweise soll damit vermieden werden, dass Flugscheine für Flüge, bei denen eine Zwischenlandung vorgesehen ist (Fernflug mit Zubringerflug), nur für die zweite Teilstrecke (Fernflug) genutzt werden. Dazu besteht dann ein Anreiz, wenn der Preis für beide Flüge zusammen niedriger ist als der Preis, der bei Buchung nur des Fernflugs verlangt wird. Die Klausel soll ferner ausschließen, dass Fluggäste bei günstig angebotenen Hin- und Rückflügen die Tickets der einzelnen Flüge anders als vorgesehen kombinieren oder nur für Teilstrecken nutzen und so zu einem geringeren Preis fliegen, als wenn sie von vorneherein die tatsächlich geflogene Strecke gebucht hätten.

## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Nachstellung – vor allem: Konkurrenzen</b>	StGB § 238
Aktenzeichen: 3 StR 244/09		
Datum: 19.11.2009		

	<p>1. Beharrliches Handeln i.S.d. § 238 setzt wiederholtes Tätigwerden voraus. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers in der Absicht handelt, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten. Eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, zur Begründung der Beharrlichkeit erforderliche (Mindest-)Anzahl von Angriffen des Täters kann nicht festgelegt werden.</p> <p>2. Die Lebensgestaltung des Opfers wird schwerwiegend beeinträchtigt, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen.</p> <p>3. § 238 StGB ist kein Dauerdelikt. Einzelne Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, werden jedoch zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Anton (A) führte mit Usa (L) bis Ende 2007 eine Beziehung. Nach der Trennung kam es wiederholt zu Auseinandersetzungen, da A die Trennung nicht akzeptieren wollte. L erwirkte im Januar 2008 eine einstweilige Verfügung gegen A, worin ihm u.a. untersagt wurde, Kontakt zu L aufzunehmen. Mitte Juli 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht über einen Antrag der L auf Verhängung von Ordnungsmitteln gegen A statt. Bei dieser Gelegenheit schlossen A und Leinen Vergleich, der inhaltlich der einstweiligen Verfügung entsprach. Zuvor belästigte A die L in Kenntnis der einstweiligen Verfügung und ihres Willens, keinen Kontakt mehr zu ihm zu halten, wie folgt:

Am 29. März 2008 klingelte er an der Wohnungstür der L. Diese öffnete das Badezimmerfenster und forderte A auf zu verschwinden. A kündigte jedoch an, bis zum nächsten Morgen zu warten, um zu sehen, wer aus dem Haus komme. Außerdem bedrohte er sie mit dem Tode und beschimpfte sie als "Nutte" und "Hure" (Fall 1).

Am 24. April 2008 rief A seine ehemalige Freundin mehrfach an und erklärte, er werde sie nicht in Ruhe lassen. Am Nachmittag desselben Tages fing er sie auf dem Rückweg von ihrer Arbeit ab, beobachtete in der Folgezeit ihre Wohnung mit einem Fernglas und drohte L telefonisch und durch lautes Rufen, er werde ihr ein Messer in den Hals stecken, sie abstechen und umbringen. Ferner bezeichnete er sie als Schlampe (Fall 2).

Am 13. Mai 2008 rief A bei L erneut mehrfach an, klingelte an ihrer Haustür und rief, er wolle wissen, was in der Wohnung vor sich gehe. Nachdem L ihn aufgefordert hatte zu gehen, drohte er, er könne die Wohnungstür schneller einschlagen und sie abstechen, als die Polizei erscheinen werde (Fall 3).

Am 20. Mai 2008 rief A bei L an und sagte, er werde an diesem Tage ihre Wohnungstür einschlagen und sie umbringen; wenn er sie auf der Straße sehen sollte, haue er ihr "die Backen blau" (Fall 4).

Am 3. Juli 2008 gegen 4.00 Uhr morgens erhielt L einen Anruf von A, in dem dieser ihr mitteilte, dass der Gerichtstermin am 16. Juli 2008 kein schöner Tag für sie werde. Alle wüssten, dass er sie kaputtschlagen und umbringen werde (Fall 5).

L nahm die Drohungen des A ernst und hatte Angst um ihr Leben. Sie gab außerdem erhebliche Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf. So verließ sie etwa aus Angst abends, wenn möglich, nicht mehr ihre Wohnung und öffnete aus Furcht die Haustür nicht mehr. In der Wohnung schaltete sie abends kein Licht mehr an, um A vorzutäuschen,

nicht zu Hause zu sein. Sie verließ auch tagsüber ihre Wohnung und ihre Arbeitsstätte nur nach besonderen Sicherheitsvorkehrungen und bemühte sich, sich nicht allein auf der Straße aufzuhalten. Aufgrund ihrer Angst und der damit verbundenen Einschränkungen verlor sie zudem erheblich an Gewicht.

Strafbarkeit des A nach §§ 238 I 241 I, 185 StGB? Strafanträge wurden - soweit erforderlich frist- und formgerecht gestellt.

**Lösung:**

**Prüfungsschema:**

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) **Tathandlung: Unbefugtes beharrliches Nachstellen i.S.d. Abs. 1 Nm. 1 - 5**

- Unter "Nachstellen" sind alle Handlungen zu verstehen, die darauf gerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen.
- "Beharrlichkeit" setzt objektiv ein wiederholtes Tätigwerden voraus. Subjektiv ist erforderlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers in der Absicht handelt, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten.
- "Unbefugtheit" erfordert ein Handeln gegen den Willen des Opfers,

b) **Taterfolg: Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers**

Die Lebensgestaltung des Opfers wird schwerwiegend beeinträchtigt, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen.

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafantragserfordernis, Abs. 4

V. Beachte: Qualifikation (Abs. 2) und Erfolgsqualifikation (Abs. 3)

**I. Nachstellung, § 238 I StGB**

A könnte sich durch die in den Fällen 1 - 5 näher beschriebenen Verhaltensweisen einer Nachstellung i.S.d. § 238 I StGB schuldig gemacht haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Die objektive Tatbestandserfüllung setzt zunächst voraus, dass der Täter dem Opfer unbefugt und beharrlich durch eine Verhaltensweise i.S.d. § 238 I Nrn. 1 bis 5 StGB nachgestellt hat.

**a) (Unbefugte) Nachstellungshandlung**

Auf Sachverhaltsebene ist hierfür eine Differenzierung zwischen den Fällen 1 bis 5 notwendig. In den Fällen 1, 2 und 3 kommt eine Verwirklichung des § 238 I Nr. 1, 2 und 4 StGB in Betracht. In den Fällen 4 bis 5 könnten hingegen mit Blick auf die telefonische Kontaktaufnahme lediglich die Nummern 2 und 4 des Stalkingtatbestandes einschlägig sein.

§ 238 I Nr. 1 StGB erfasst das Aufsuchen der räumlichen Nähe des Tatopfers. Damit sollen physische Annäherungen an das Opfer wie das Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und sonstige häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle sanktioniert werden. Erforderlich ist ein gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer (Lackner/Kühl, § 238 Rn 4). Indem A in den Fällen 1 und 3 jeweils an der Haustür klingelte und L belästigte und sie sogar auf dem Rückweg von der Arbeit abfing (Fall 2), näherte er sich körperlich seinem Opfer und beging somit eine Nachstellungshandlung i.S.d. § 238 I Nr. 1 StGB.

§ 238 I Nr.2 StGB erfasst Nachstellungen durch unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an der Windschutzscheibe oder Ähnliches und mittelbare Kontaktaufnahmen über Dritte (BTDrucks.

16/575 S. 7). In den Fällen 2 bis 5 stellte A die Verbindung zu L per Telefon und damit unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln her, sodass auch insoweit die Anforderungen des § 238 I Nr. 2 StGB erfüllt sind.

Darüber hinaus drohte A seinem Opfer in allen Fällen mit dem Tode, was zudem den Tatbestand des § 238 I Nr. 4 StGB auslöst. Die Nachstellungshandlung besteht insoweit darin, dass dem Betroffenen mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person bedroht wird.

Eine unbefugte - weil gegen den eindeutigen Willen der L gerichtete - Nachstellungshandlung ist gegeben.

*[Anm.: Da das Verhalten des A vorliegend unproblematisch als Nachstellung i.S.d. der Nm. 1, 2 und 4 erfasst werden konnte, war auf den als (subsidiären) konzipierten Auffangtatbestand des § 238 I Nr. 5 StGB nicht mehr einzugehen. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG ist letzterer ohnehin äußerst bedenklich. Schließlich öffnet § 238 I Nr. 5 StGB das Spektrum möglicher Tathandlungen in kaum überschaubarer Weise, indem er ohne nähere Eingrenzungen jegliches Tätigwerden in die Strafbarkeit einbezieht, das den von § 238 I Nr. 1 bis 4 StGB erfassten Handlungen "vergleichbar" ist.]*

### **b) Beharrlichkeit**

Außerdem müsste Ader L beharrlich nachgestellt haben. Der Begriff "beharrlich" wird auch an anderer Stelle im Strafgesetzbuch verwendet (vgl. § 56f I Nr. 2 und 3 StGB, § 67g I Nr. 2 und 3 StGB, § 70b I Nr. 2 und 3 StGB, § 184e StGB) und dort regelmäßig als wiederholtes Handeln oder andauerndes Verhalten interpretiert, das eine Missachtung des Verbots oder Gleichgültigkeit des Täters erkennen lässt.

In § 238 I StGB dient das Merkmal einerseits dazu, den Tatbestand einzuschränken. Andererseits soll es die Deliktstypik des "Stalking" zum Ausdruck bringen und einzelne, für sich genommen vom Gesetzgeber als sozial adäquat angesehene Handlungen von unerwünschtem "Stalking" abgrenzen (BT-Drucks. 16/575 S. 7). Dem Begriff der Beharrlichkeit im Sinne des § 238 StGB wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit inne. Er ist nicht bereits bei bloßer Wiederholung erfüllt. Vielmehr bezeichnet das Tatbestandsmerkmal eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert. Eine wiederholte Begehung ist danach zwar immer Voraussetzung, genügt aber für sich allein nicht (Lackner/Kühl, § 238 Rn 3).

Erforderlich ist vielmehr, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Der Beharrlichkeit ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind. Die erforderliche ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot manifestieren sich darin, dass der Täter den vom Opfer ausdrücklich oder schlüssig geäußerten entgegenstehenden Willen bewusst übergeht. Die Beharrlichkeit ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, bei der insbesondere auch der zeitliche Abstand zwischen den Angriffen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind.

*[Anm.: Das Merkmal der Beharrlichkeit enthält daher objektive und subjektive Komponenten, die hier beide auf Ebene des objektiven Tatbestandes geprüft werden. Ein solches Vorgehen ist weder unzulässig noch unüblich. Man denke insoweit nur an die Definition der "Heimtücke" (= bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung) und deren allgemein akzeptierter Verortung im objektiven Tatbestand. Die Zulässigkeit einer solchen gemeinsamen Prüfung lässt sich auf den Grundsatz stützen, dass Sinneinheiten nicht künstlich auseinander gerissen werden sollten. Beachten Sie bei dem Merkmal der Beharrlichkeit, dass für etwaige Teilnehmer § 28 I StGB anwendbar ist.]*

Anhand des Sachverhalts können eine Vielzahl von Vorfällen an insgesamt fünf Tagen festgestellt werden, wobei es an einzelnen Tagen zu mehreren gesonderten Nachstellungshandlungen des A kam. Zwar liegen zwischen den einzelnen Übergriffen teilweise auch größere zeitliche Abstände von bis zu etwa sechs Wochen. Jedoch belästigte der A die L über einen langen Zeitraum von insgesamt mehr als drei Monaten und an manchen Tagen mit besonderer Nachdrücklichkeit (vgl. bspw. Fall 2). Dabei war ihm jederzeit bewusst, dass seine Ex-Freundin, die u.a. eine einstweilige Verfügung gegen ihn erwirkt hatte, keinen Kontakt mehr zu ihm wünschte. Sein Verhalten war gleichwohl von dem fortwährenden, hartnäckigen Bestreben gekennzeichnet, L zu drangsaliieren. Auch die

Intensität der Beeinträchtigungen durch das Vorgehen des A ist als erheblich anzusehen. So belästigte er etwa sein Opfer auch während der Nacht und verwirklichte durch die ausgesprochenen massiven Drohungen und Beschimpfungen jeweils mindestens einen weiteren Straftatbestand. Unerheblich ist, dass die Handlungen des Angeklagten zwar im Wesentlichen gleichartig abliefen, sich jedoch im Detail unterschieden und verschiedene Alternativen des § 238 I StGB erfüllten. Denn die potenziell bedrohlichen Handlungen sind in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, ohne dass es erforderlich ist, dass dieselbe Handlung wiederholt vorgenommen wird (Fischer, § 238 Rn 20).

Die damit vorgenommene Gesamtwürdigung des Verhaltens des A ergibt also, dass dieser in dem dargelegten Sinne beharrlich handelte.

### c) Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Als Taterfolg müsste eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung eingetreten sein. Der Begriff der Lebensgestaltung umfasst ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen. Sie wird beeinträchtigt, wenn das Opfer durch die Handlung des Täters veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte. Stets festzustellen ist demnach eine erzwungene Veränderung der Lebensumstände.

Dieses weite Tatbestandsmerkmal erfährt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Einschränkung dahin, dass die Beeinträchtigung schwerwiegend sein muss. Erfasst werden damit im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen (OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 175). Nicht ausreichend sind weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer so genannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung. Weitergehende Schutzvorkehrungen des Opfers, wie etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung und das Verdunkeln der Fenster der Wohnung sind dagegen als schwerwiegend anzusehen.

Vorliegend gab L erhebliche Teile ihrer Freizeitaktivitäten auf und verließ aus Angst abends teilweise nicht mehr ihre Wohnung und öffnete aus Furcht die Haustür nicht mehr. In der Wohnung schaltete sie abends kein Licht mehr an, um A vorzutäuschen, nicht zu Hause zu sein. Hinzu kommt, dass sie auch tagsüber ihre Wohnung und ihre Arbeitsstätte nur nach besonderen Sicherheitsvorkehrungen verließ.

Das Zusammenwirken aller Angriffe führte somit zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung der L, sodass der erforderliche Taterfolg gegeben ist.

## 2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz notwendig, vgl. § 15 StGB. Hier handelte A in dem sicheren Bewusstsein durch seine Handlungen bei L eine wesentliche Beeinträchtigung ihrer Lebensgestaltung herbeizuführen. Folglich ist Vorsatz gegeben.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat geschah rechtswidrig und schuldhaft. Zwischenergebnis: A ist wegen einer Nachstellung nach § 238 I StGB zu bestrafen. Der nach § 238 IV StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

*[Anm.: Eine Strafbarkeit aus dem konkreten Gefährdungsdelikt des § 238 II StGB lag hier dagegen eher fern. Die Gewichtsreduktion der L stellt (wohl) noch keine gravierende Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dar, die jedoch Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Qualifikationstatbestandes ist!]*

## II. Bedrohung, § 241 I StGB

Indem A vorsätzlich in allen fünf Fällen entweder ausdrücklich oder zumindest konkludent mit dem Tode drohte, stellte er L jeweils rechtswidrig und schuldhaft die Begehung eines Verbrechens (§ 12 I StGB) in Aussicht. Demnach ist A auch der Bedrohung i.S.d. § 241 StGB schuldig.

## III. Beleidigung, § 185 StGB

Darüber hinaus bezeichnete A seine ehemalige Freundin in Fall 1 als "Nutte" bzw. "Hure" und in Fall 2 als "Schlampe", was eine wertende Kundgabe der Missachtung gegenüber L ausdrückt und deshalb jeweils eine

tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Beleidigung nach § 185 StGB darstellt. Der nach § 194 I StGB erforderlich Strafantrag wurde gestellt.

#### IV. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Auf Konkurrenzebene ist zunächst fraglich, ob die fünf genannten Fälle eine Nachstellung im Rechtsinne darstellen oder dem A vielmehr fünf selbstständige materiell-rechtliche Taten i.S.d. § 53 StGB anzulasten sind.

Die Annahme (nur) einer Nachstellung ließe sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn man § 238 StGB als Dauerdelikt einstufen würde. Trotz insoweit mehrdeutiger Passagen in den Gesetzesmaterialien erblickt der BGH in der Vorschrift zum "Stalking" jedoch gerade keine Dauerstraftat. Gegen eine solche Einordnung sprechen letztlich der typische Charakter von "Stalking"-Angriffen sowie die Struktur des Tatbestands. Als Dauerdelikt sind nur solche Straftaten anzusehen, bei denen der Täter den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrecht erhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt, sodass sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bezieht. "Stalking"-Attacken zeichnen sich demgegenüber durch zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen aus, die nicht zu einem gleichbleibenden und überbrückenden deliktischen Zustand führen. Die Beeinträchtigung der persönlichen Lebensgestaltung des Opfers wird durch jede einzelne Handlung des Nachstellers erneuert und intensiviert.

Die beschriebene Angriffstypik zwingt jedoch trotzdem nicht zur Annahme mehrerer materiellrechtlich selbstständiger Taten i.S.d. § 53 StGB. Es liegt vielmehr nahe, in Fallgestaltungen wie der vorliegenden von einer sukzessiven Tatbegehung auszugehen (Gazeas, KritJ 2006, 247, 262). Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Täter dem tatbestandlichen Erfolg nach und nach nähert. Dabei werden diejenigen einzelnen Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, unter rechtlichen Gesichtspunkten im Wege einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu einer Tat im materiellen Sinne zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden (nicht engen!) räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind. Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten des A als einheitliche Nachstellung zu bewerten.

*[Anm.: Bei der tatbestandlichen Handlungseinheit ist damit entscheidend, dass der Unrechtstatbestand der Nachstellung die einzelnen Taten bereits zu einer rechtlichen Einheit zusammenfasst. Abzugrenzen davon ist die sog. natürliche Handlungseinheit. Letztere fasst mehrere Handlungen zu einer rechtlichen Bewertungseinheit zusammen, wenn eine hinreichende zeitliche sowie räumliche Nähe und ein einheitlicher Wille des Täters bestehen. Anders als bei der natürlichen Handlungseinheit stellt die tatbestandliche Handlungseinheit keine besonderen Anforderungen an den zeit-räumlichen Zusammenhang.]*

Die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses ergibt sich außerdem anhand des Erfordernisses eines beharrlichen Nachstellers. Denn dem Begriff des Nachstellers ist ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit immanent (Fischer, § 238 Rn 9). Der Begriff der Beharrlichkeit verlangt daneben noch ein wiederholtes, d.h. mindestens zweifaches Nachstellen i.S.d. § 238 I StGB (um den Tatbestand einmal zu erfüllen!).

Klärungsbedürftig erscheint ferner das Konkurrenzverhältnis zu den an sich jeweils in Tatmehrheit begangenen Straftaten der Beleidigung und der Bedrohung. In Betracht kommt in diesem Kontext eine Verklammerung der beiden Delikte zur Tateinheit durch die hierzu idealkonkurrierende Nachstellung. Nach der Rechtsprechung kann zwischen an sich selbstständigen Delikten (hier: § 185 StGB und § 241 StGB) durch ein weiteres Delikt (hier: § 238 StGB) Tateinheit hergestellt werden, wenn dieses weitere Delikt mit den anderen Straftatbeständen jeweils ideell konkurriert und zumindest mit einem der verbundenen Delikte eine annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (BGH, NStZ 2000, 25 ff.). Diese Voraussetzungen hat der BGH im zugrundeliegenden Fall als erfüllt angesehen.

Hierzu der BGH: "Die Ausführungshandlungen der an sich getrennt verwirklichten Bedrohungen bzw. Beleidigungen sind zwar nicht miteinander, wohl aber mit den Ausführungshandlungen der Nachstellung (teil)identisch; die zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verbundenen einzelnen Teilakte der Nachstellung bilden deshalb jeweils mit den daneben verwirklichten Tatbeständen der Bedrohung und Beleidigung eine Tat im materiellrechtlichen Sinn. Die Nachstellung ist nach § 238 I StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und damit mit höherer Strafe als die Bedrohung und die Beleidigung bedroht, deren Strafrahmen jeweils




von Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe reicht. Sie stellt daher das schwerste der verwirklichten Delikte dar."

**Ergebnis:** A ist wegen Nachstellung in Tateinheit mit Beleidigung und Bedrohung zu bestrafen, §§ 185, 238, 241, 52 StGB.

*[Anm.: Nicht klären musste der BGH, wie zu entscheiden wäre, wenn die einzelnen bei den Nachstellungen verwirklichten Tatbestände jeweils alle schwerer wiegen würden als die Nachstellung als solche. Eine Verklammerung würde dann nach den vom BGH genannten Voraussetzungen ausscheiden. Allerdings kann auch in seinem solchen Fall § 238 StGB nur einmal im Tenor erscheinen, da nur einmal verwirklicht. Wie in seinem solchen Fall die Tenorierung erfolgen soll, ist - soweit ersichtlich - bisher nicht geklärt.]*

Gericht: BGH	<b>Betrug: Konkludente Täuschung und Eingehungsbetrug</b>	StGB
Aktenzeichen: 3 StR 552/08		§ 263
Datum: 14.08.2009		

	<p>1. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist regelmäßig die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird.</p> <p>2. Mit dem Abschluss des Lebensversicherungsvertrags liegt bereits ein Vermögensschaden vor und der Eingehungsbetrug ist damit vollendet, wenn der Versicherungsnehmer darüber getäuscht hat, dass er den Versicherungsfall fingieren will, um die Versicherungssumme geltend machen zu lassen.</p>
---	--

**Sachverhalt (vereinfacht):** K, einem in Deutschland wohnhaften Mitglied des Terrornetzwerkes Al Qaida, gelang es, Y zur Mitarbeit bei den Aktivitäten für die Organisation zu bewegen. Dementsprechend machte Y die Planung und Durchführung einer Betrugsserie zum Nachteil von Lebensversicherungsgesellschaften zum "Mittelpunkt seines Lebens", deren erhebliche Beute zum einen Al Qaida und zum anderen seiner Familie zugute kommen sollte. Der Plan sah vor, dass Y innerhalb eines auf zwei bis drei Monate angelegten Zeitraumes zahlreiche Lebensversicherungsverträge abschließen, sodann nach Ägypten reisen und von dort aus mittels Bestechung von Amtspersonen inhaltlich falsche Urkunden übersenden sollte, um gegenüber den Versicherungsunternehmen einen tödlichen Unfall in Ägypten vortäuschen zu können. I sollte sodann als Begünstigter mit Unterstützung des K die Versicherungssummen geltend machen. Y begann im August 2004 mit der Stellung von Versicherungsanträgen und erreichte sodann vier Vertragsabschlüsse (lediglich ein Antrag blieb erfolglos). K stellte sicher, dass die ersten Prämien bezahlt werden konnten. Erst am 21. September 2004 wurde I umfassend in den Tatplan eingeweiht. Er ließ keinerlei Zweifel an seiner uneingeschränkten Bereitschaft zur Mitwirkung bei der späteren Geltendmachung der Versicherungssummen aufkommen und unterstützte das Vorhaben fortan durch die Einholung zusätzlicher Informationen sowie durch Vorschläge und Anregungen allgemeiner Art. In der Folgezeit kam es zu weiteren fünf Versicherungsabschlüssen, weitere achtzehn Anträge blieben hingegen - nicht zuletzt aufgrund polizeilicher Warnhinweise an die Versicherungsunternehmen sowie der Festnahme von Kund Y im Januar 2005 - erfolglos.

Insgesamt stellte Y in der Zeit von August 2004 bis Januar 2005 bei verschiedenen Versicherungsunternehmen folglich 28 Anträge auf Abschluss von Lebensversicherungsverträgen, wovon es insgesamt in neun Fällen zum Abschluss eines Versicherungsvertrags mit einer garantierten Todesfallsumme in Höhe von 1.264.092.- € kam.

Strafbarkeit des Y nach § 263 StGB?

Von der Verwirklichung des Tatbestands der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung nach §§ 129a V S. 1, 129b I S. 1 StGB durch Y ist auszugehen.

**Lösung:**

Zu untersuchen ist die Strafbarkeit von Y wegen Betrugs gemäß § 263 StGB.

**I. (Besonders schwerer) Betrug in neun Fällen, §§ 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB**

Y könnte sich durch die gestellten Anträge und den daraufhin erfolgten neun Versicherungsabschlüssen in neun Fällen wegen Betrugs in besonders schwerem Fall gemäß § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zum Nachteil der Versicherungsunternehmen strafbar gemacht haben.

## 1. Objektiver Tatbestand

Y müsste objektiv tatbestandsmäßig i.S.d. § 263 I StGB gehandelt haben. Dies setzt voraus, dass der Täter durch eine Täuschung einen darauf beruhenden Irrtum beim Getäuschten hervorruft. Dieser Irrtum muss den Getäuschten dazu veranlassen, eine Vermögensverfügung vorzunehmen. Es handelt sich insoweit um ein allgemein anerkanntes, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Dadurch muss schließlich beim Opfer ein Vermögensschaden eingetreten sein.

### a) Täuschung

Y müsste zunächst die betreffenden Versicherungsunternehmen bzw. die seinen jeweiligen Antrag bearbeitenden Mitarbeiter getäuscht haben. Unter Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen durch ausdrückliche oder konkludente Behauptung unwahrer Tatsachen bzw. durch Verschweigen offenbarungspflichtiger Tatsachen zu verstehen.

*[Anm.: Eine konkludente Täuschung ist von der Täuschung durch Unterlassen, welche zur Begründung einer Garantenpflicht nach § 13 StGB eine entsprechende Aufklärungspflicht voraussetzt, abzugrenzen.]*

Tatsachen sind dem Beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände, wie auch subjektive Kenntnisse oder Absichten, der Gegenwart oder der Vergangenheit.

Mit der jeweiligen Antragsstellung hat Y zunächst - insoweit zutreffend - bekundet, dass er eine Lebensversicherung abschließen möchte. Allerdings hatte Y nicht vor, zukünftig gemäß den Vertragsbedingungen dauerhaft die Versicherungsprämien zu entrichten sowie den beantragten Versicherungsschutz entsprechend seinem Zweck nur zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Todesfalles zu nutzen. Dieser geheime Vorbehalt kann jedoch nur dann zur Annahme einer Täuschung führen, wenn einem Antrag auf Abschluss eines Vertrages der (konkludente) Erklärungswert zugesprochen wird, sich künftig vertragsgetreu verhalten zu wollen.

Nach **Ansicht des BGH** sei insoweit zu beachten, dass Vertragspartner ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr voraussetzen dürfen. Daher ist die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstands durch den Vertragspartner in Rede steht, unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Willensbekundungen. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird.

Die geplante Vortäuschung des Versicherungsfalles, mithin eines Todesfalles in Ägypten, und die daraufhin geplante Geltendmachung der Versicherungssumme stellt eine solche beabsichtigte Manipulation des Vertragsgegenstandes dar. Mit dem jeweiligen Angebot auf Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages hat Y die betreffenden Sachbearbeiter damit nach Ansicht des BGH konkludent über seine Leistungsbereitschaft und Vertragstreue getäuscht.

*[Anm.: Der BGH bekräftigt hier seine Rechtsprechung, wonach der Bedeutungsgehalt einer Erklärung normativ bestimmt werden kann. So stellte er bereits in seiner Entscheidung zum Fußballwettskandal auf die normativ zu bestimmende Geschäftsgrundlage des Wettvertrages ab, mit der Folge, dass in der Abgabe eines Wertscheins grundsätzlich auch die konkludente Erklärung liegt, dass hinsichtlich des wettgegenständlichen Spiels keine vorsätzlichen Manipulationen vorgenommen werden.]*

Diese normative Betrachtung des BGH wird **von Teilen des Schrifttums kritisiert**. Der Erklärungswert einer Willenserklärung könne nicht - losgelöst vom Faktischen - rein normativ bestimmt werden. Kritisiert wird insbesondere die mit der Auslegung des BGH verbundene Gefahr, dass der Anwendungsbereich der Täuschung durch Unterlassen mit seinem Korrektiv der Aufklärungspflicht des § 13 StGB unterlaufen wird (Schlösser, NStZ 2005, 423, 426 f.) Im Übrigen ließe sich mit dem Verweis auf ein "Minimum an Redlichkeit" kaum die Frage beantworten, welche Tatsache im Einzelfall noch schlüssig mit erklärt werde (Hohmann, NJW 2007, 132, 133).

Der Antragsstellung des Y käme hiernach jeweils nur der Erklärungswert, einen entsprechenden Vertrag schließen zu wollen, zu. Eine konkludente Täuschung läge damit nicht vor.

**Stellungnahme:** Der Kritik im Schrifttum ist entgegenzuhalten, dass im Rechtsverkehr der Aussagegehalt einer tatsächlichen Erklärung stets wertend durch eine Auslegung zu ermitteln ist (Heissler/Marzahn, ZJS 2008, 638,

640). Maßgeblich zur Bestimmung des Erklärungsinhaltes ist schließlich zum einen, wie die Verkehrsauffassung das Verhalten versteht, zum anderen wie sie es bei objektiver Beurteilung verstehen darf. Bereits die Bestimmung der Verkehrsauffassung erfordert eine normative Betrachtungsweise, insbesondere dann, wenn eine tatsächliche Verkehrsauffassung nicht besteht (LK, § 263 Rn 53 ff.). Es besteht kein Anlass, bei der Ermittlung des Erklärungswerts des Täterverhaltens im Strafrecht andere Maßstäbe anzulegen. Eine etwaige Gefahr der Überdehnung des Bedeutungsgehalts eines Verhaltens kann nicht dazu führen, die Möglichkeit einer schlüssigen Täuschung im Rahmen des § 263 StGB insoweit schlechthin zu versagen. Vielmehr ist dem durch eine sorgfältige Bestimmung der miterklärten Geschäftsgrundlage im Einzelfall zu begegnen.

Nach vorzugswürdiger Ansicht des BGH ist eine konkludente Täuschung des Y durch die jeweiligen Antragsstellungen somit zu bejahen.

#### **b) Irrtum**

Die konkludente Täuschung des Y müsste beim jeweiligen Erklärungsempfänger einen Irrtum hervorgerufen haben. Ein Irrtum liegt in jeder Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Dabei reicht auch unreflektiertes Mitbewusstsein, welches bestimmte Umstände als selbstverständlich voraussetzt (Fischer, § 263 Rn 62).

Hier gingen die jeweiligen Sachbearbeiter - jedenfalls in Form eines sachgedanklichen Mitbewusstseins - davon aus, Y wolle sich vertragsgetreu verhalten und hatten aufgrund der Manipulationsabsichten des Y eine Fehlvorstellung über den Umfang des zu übernehmenden Risikos. Dieser Irrtum beruhte jeweils auf der konkludenten Täuschung des Y.

#### **c) Vermögensverfügung**

Dieser Irrtum müsste die Getäuschten ferner zu einer Vermögensverfügung veranlasst haben. Unter Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt, zu verstehen. Aufgrund der Fehlvorstellung über die Vertragstreue des Y, insbesondere der Annahme, Y werde das Versicherungsrisiko nicht manipulieren, kam es zum Vertragsabschluss. Hierdurch verpflichteten sich die jeweiligen Versicherungsunternehmen, im Versicherungsfall die Versicherungssumme ausbezahlen. Bereits diese Verpflichtung stellt ein vermögensminderndes Verhalten dar. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung durch die jeweiligen Sachbearbeiter ist damit zu bejahen.

#### **d) Vermögensschaden**

Die Vermögensverfügung der Sachbearbeiter müsste jeweils zu einem Vermögensschaden beim Versicherungsanbieter geführt haben.

*[Anm.: Hier liegt ein unproblematischer Fall des sog. "Dreiecksbetrugs" vor. Unter Dreiecksbetrug versteht man die Konstellation, dass der Getäuschte und Verfügende nicht personenidentisch mit dem Geschädigten ist. Dies ist jedenfalls dann unschädlich, wenn der täuschungsbedingt Verfügende rechtlich befugt war, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen (sog. Befugnistheorie), was hier der Fall ist. Nach h.M. genügt es aber bereits, wenn der Verfügende „im Lager“ des Geschädigten steht, was der Fall ist, wenn er dem Vermögen des Geschädigten näher steht als jeder x-beliebige Dritte.]*

Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn beim Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung ein negativer Saldo festzustellen ist. Fraglich ist, ob vorliegend bereits der Versicherungsvertragsabschluss unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes des Vermögens der jeweiligen Versicherer geführt hat.

*[Anm.: Es ist zu beachten, dass im Rahmen dieser Saldierung eine ggf. bestehende Möglichkeit sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages (z.B. wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB) zu berufen oder das Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche keine Beachtung finden. Andernfalls würde eine Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrug stets am fehlenden Vermögensschaden ausscheiden. Dies kann nicht sein.]*

Beim Eingehungsbetrug sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen zu vergleichen. Bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Geschädigten zurück, so ist dieser geschädigt. Die Beurteilung der Vermögenswerte von Leistung und Gegenleistung hat anhand des vernünftigen Urteils eines objektiven Dritten zu erfolgen.

Die Versicherer waren hier bereits durch den Vertragsabschluss mit der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall belastet. Dem stand die Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Prämienzahlung bis zum Ende der vereinbarten Laufzeit gegenüber. Die Prämie muss in einem ausgewogenen Verhältnis zum Versicherungsschutz stehen. Daher fließen in die Prämienkalkulation die voraussichtliche Lebensdauer des Versicherten und etwaige besondere Risiken ebenso ein wie die Anzahl der erwarteten Prämienzahlungen. Aufgrund der beabsichtigten Manipulation des Y war der jeweilige Versicherer rein wirtschaftlich betrachtet nicht - wie angenommen - nur mit einer aufschiebend bedingten Zahlungsverpflichtung für den Fall belastet, dass sich das Risiko des Todeseintritts während der Vertragslaufzeit verwirklichen sollte. Vielmehr war die Inanspruchnahme sicher zu erwarten. Der Forderung hätten sich die Versicherer nur durch den Nachweis der Unredlichkeit des Y entziehen können. Die Leistungswahrscheinlichkeit war damit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht, sodass sich auch die vereinbarte Prämie nicht als angemessenes Äquivalent zum erhaltenen Versicherungsschutz darstellt. Nach alledem ist bereits mit dem Abschluss des Versicherungsvertrags beim Versicherer ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 I StGB eingetreten.

*[Anm.: Die dem Tatplan entsprechende spätere Auszahlung der Versicherungssummen hätte lediglich zu einer Schadensvertiefung geführt und den Eingehungsbetrag zu einem Erfüllungsbetrag werden lassen.]*

*In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass der BGH der Auffassung der Vorinstanz, in allen Fällen habe ein versuchter Erfüllungsbetrag vorgelegen, entgegen getreten ist. Maßgebliche Täuschungshandlung für den Erfüllungsbetrag wäre schließlich die geplante Einreichung der Todesanzeige. Denn erst aufgrund des hierdurch erzeugten Irrtums über das Vorliegen eines Versicherungsfalls würde der Versicherer zur schädigenden Vermögensverfügung in Form der Auszahlung der Versicherungssumme veranlasst werden. Mit der Antragstellung hat Y jedoch noch nicht gem. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Erfüllungsbetrags angesetzt. Zwar kann auch eine der eigentlichen Tathandlung (hier Täuschung durch Vorlage der Todesanzeige) vorgelagerte Handlung bereits eine Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht. Die erstrebte Auszahlung der Lebensversicherungssumme wird durch die Antragstellung auf Abschluss des Lebensversicherungsvertrags nicht unmittelbar eingeleitet, vielmehr bedurfte es hierfür noch des wesentlichen Zwischenschrittes der Vortäuschung des Todesfalls durch Vorlage entsprechend gefälschter Unterlagen. Die Antragstellung stellt damit kein unmittelbares Ansetzen, sondern bloße Vorbereitungshandlung zum Erfüllungsbetrag dar.]*

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Y handelte hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands vorsätzlich. Fraglich ist, ob er auch mit der Absicht handelte, sich oder einen Dritten rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern. Letztendlich kam es Y darauf an durch den fingierten Todesfall die Auszahlung der Versicherungssummen zu erreichen und damit seiner Familie bzw. Al Qaida einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Dieser Vorteil müsste jedoch stoffgleich sein, d.h. der angestrebte Vorteil und der Schaden müssen auf derselben Verfügung beruhen. Zur Erlangung der Versicherungssumme ist jedoch noch die Auszahlung als weitere Vermögensverfügung erforderlich. Stoffgleichheit ist insoweit im Hinblick auf die erstrebte Auszahlung damit nicht zu bejahen.

Mit dem Vertragsabschluss verbesserte sich jedoch die Vermögenslage des Y bereits unmittelbar dadurch, dass er einen wertmäßig nicht durch die vereinbarten Prämien ausgeglichenen, höherwertigen Versicherungsschutz erhielt, ohne hierauf einen Anspruch zu haben. Diesen rechtswidrigen Vorteil zu seinen Gunsten beabsichtigte er als notwendiges Zwischenziel zur geplanten Auszahlung. Y handelte damit in der Absicht, sich rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Y handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Strafzumessung, § 263 III StGB**

Y könnte zudem das Regelbeispiel des bandenmäßigen Betrugs gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwirklicht haben. Dies setzt voraus, dass Y als Mitglied einer Bande handelte, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschungen oder Betrug verbunden hat. Eine Bande liegt in einem Zusammenschluss von mindestens drei Personen.

*[Anm.: Für das Regelbeispiel des bandenmäßigen Betrugs ist - anders als etwa bei § 244 I Nr. 2 StGB - nicht erforderlich, dass ein weiteres Bandenmitglied selbst als Täter oder Teilnehmer an der betreffenden Tat beteiligt ist; der Zusammenschluss und ein Tätigwerden eines Mitglieds entsprechend der Bandenabrede genügt.]*

Hier wirkten Y, K und I dem Tatplan entsprechend zusammen. Allerdings gilt es zu beachten, dass I seine Zustimmung zum Tatplan und seine Bereitschaft zur Mitwirkung an den beabsichtigten fortgesetzten Betrugstaten erst im September 2004 erklärte. Damit liegt auch erst ab diesem Zeitpunkt die erforderliche Abrede zwischen drei Personen und damit eine Bande vor. Y handelte somit erst bei den nach dem 21. September 2004 erfolgten fünf Antragsstellungen als Mitglied einer Bande i.S.d. § 263 III S. 1 Alt. 2 StGB.

*[Anm.: Ein gewerbsmäßiges Handeln des Y gem. § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB scheidet aus, da Y offensichtlich nicht handelte, um sich selbst eine dauerhafte Einnahmequelle zu verschaffen. Ferner bestehen für die Verwirklichung des Regelbeispiels in § 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB und den hierfür erforderlichen tatsächlichen Eintritt eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes keine Anhaltspunkte. Zu denken wäre hier allenfalls an einen unbenannten besonders schweren Fall angesichts der häufigen Tatbegehung.]*

**Zwischenergebnis:** Y hat sich folglich in vier Fällen wegen Betrugs gemäß § 263 I StGB und in weiteren fünf Fällen wegen Betrugs in besonders schwerem Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

## **II. Versucher (besonders schwerer) Betrug in neunzehn Fällen, §§ 263 I, III 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 I StGB**

Von den insgesamt 28 gestellten Anträgen kam es in neunzehn Fällen nicht zum Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags. Insoweit könnte sich Y wegen versuchten (besonders schweren) Betrugs in neunzehn Fällen strafbar gemacht haben, §§ 263 I, II, III 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 I StGB.

Mangels Vertragsabschluss fehlte es jeweils an einer zur Vollendung des Betrugstatbestands erforderlichen Vermögensverfügung. Der Versuch des Betrugs ist gem. §§ 263 II, 23 I, 12 II StGB strafbar.

Y war dazu entschlossen, durch die Antragstellungen und die hiermit verbundene konkludente Täuschung über seine Vertragstreue die jeweiligen Sachbearbeiter zu einem Vertragsabschluss, mithin einer Vermögensverfügung, zu veranlassen und hierdurch das Vermögen der Versicherer - mangels angemessener Äquivalenz zwischen vereinbarter Prämienzahlung und erhaltenem Versicherungsschutz - zu schädigen. Ferner kam es Y hierbei darauf an, sich rechtswidrig und stoffgleich in Form dieses erhöhten Versicherungsschutzes zu bereichern.

Mit Einreichung der jeweiligen Anträge nahm er diejenigen Täuschungshandlungen vor, die nach seiner Vorstellung unmittelbar zum schädigenden Vertragsabschluss führen sollten. Unmittelbares Ansetzen gemäß § 22 StGB liegt damit vor.

Y handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Von den insgesamt neunzehn erfolglosen Anträgen stellt Y achtzehn Anträge nach dem Beitritt des I. Wie gezeigt, handelte Y ab diesem Zeitpunkt als Mitglied einer Bande, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Betrugstaten verbunden hat. Y verwirklichte somit in achtzehn Fällen das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.

**Zwischenergebnis:** Y hat sich in neunzehn Fällen wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. In achtzehn dieser Fälle handelt es sich um einen versuchten Betrug in einem besonders schweren Fall gemäß § 263 III 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.

## **III. Konkurrenzen und Gesamtergebnis**

Im Ausgangspunkt stehen die neun vollendeten und neunzehn versuchten Betrugstaten des Y grundsätzlich in Tatmehrheit, § 53 StGB. Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei diesen Handlungen zugleich um Unterstützungshandlungen i.S.d. §§ 129a V 1, 129b I 1 StGB handelt, welche allesamt dem einheitlichen Zweck dienen, die terroristischen Vereinigung Al Qaida durch Geldzuwendungen zu stärken. Die Handlungen standen ferner in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang. Es erscheint daher gerechtfertigt, die einzelnen Unterstützungshandlungen als Teile einer einheitlichen Unterstützungshandlung zu bewerten. Die mit dieser einheitlichen Unterstützungshandlung verwirklichte Dauerstraftat nach §§ 129a V 1 Alt. 1, 129b I 1 StGB verklammert als das gegenüber den Betrugstaten schwerere Delikt letztere zu einer rechtlichen Handlungseinheit.


Y hat sich damit wegen Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit - wiederum jeweils in Tateinheit stehenden - Betrug in vier Fällen, Betrug in besonders schwerem Fall in fünf Fällen, versuchten Betrug und versuchten besonders schwerem Betrug in achtzehn Fällen gem. §§ 129a V 1, 129b I 1, 263 I, II, III Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 I, 12 11, 52 I StGB strafbar gemacht.

*[Anm.: Zur Strafbarkeit des K sei angemerkt, dass dieser sich hinsichtlich der Betrugstaten als Mittäter gem. § 25 II StGB entsprechend Y strafbar gemacht hat. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert schließlich nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Der Mittäter muss nur einen Beitrag leisten, der die Tat fördert und er muss die Tat als eigene wollen, was vor allem dann der Fall ist, wenn er Tatherrschaft hat. So lag es hier. K, der am Taterfolg ein erhebliches eigenes Interesse hatte, nahm zwar selbst keine Täuschungshandlungen vor, war aber der Ideengeber und beteiligte sich intensiv an der Planung, kümmerte sich um die Prämienzahlungen und sollte schließlich bei der Geltendmachung der Versicherungsleistungen mitwirken.]*

*Im Rahmen der Strafbarkeitsprüfung von I stellt sich die Frage, inwieweit ihm die vor seinem Beitritt im September 2004 erfolgten Täuschungshandlungen des Y nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft zugerechnet werden können. Der BGH stellt hierzu fest: "Eine Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft erfordert ein Eingreifen in das tatbestandliche Geschehen in Kenntnis und Billigung des von einem anderen begonnenen tatbestandsmäßigen Handelns. Die Zurechnung bereits verwirklichter Tatstände ist aber nur dann möglich, wenn der Hinzutretende selbst einen für die Tatbestandsverwirklichung ursächlichen Beitrag leistet. Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung dagegen nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs schon alles getan ist und das Tun des Eintretenden auf den weiteren Ablauf des Geschehens ohne jeden Einfluss bleibt, kommt mittäterschaftliche Mitwirkung trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht. ( ... ) So liegt es hier. ( ... )".]*

Der Senat bestätigt vorliegend seine bisherige Rechtsprechung zur Annahme einer konkludenten Täuschung bei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beabsichtigter Manipulation des Vertragsgegenstands. Diese Thematik, deren Examensrelevanz nicht erst seit der Aufsehen erregenden und mit Spannung erwarteten BGH-Entscheidung zum Sportwettbetrug im Jahre 2006 augenfällig wurde, gewinnt nun erneut an Aktualität. Ferner begründet der Senat vorliegend in überzeugender Weise den Eintritt eines Vermögensschadens bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Lebensversicherungsvertrages. In Übereinstimmung mit seiner aktuellen Rechtsprechung vermeidet der BGH in dieser Entscheidung die Verwendung des früher im Zusammenhang mit dem Eingehungsbetrug geläufigen Begriffs der "konkreten Vermögensgefährdung" und bekräftigt damit seine terminologische Klarsteilung.

Gericht: BGH	<b>Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten</b>	StGB
Aktenzeichen: 3 StR 257/09		§ 24
Datum: 09.07.2009		

	Bei der Abgrenzung des unbeeendeten vom fehlgeschlagenen Versuch ist nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter davon ausgeht, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang für möglich, ist ein Verzicht auf Weiterhandeln als Rücktritt vom Versuch zu werten.
---	---

**Sachverhalt:** Nach den Feststellungen des LG kamen die Angeklagten überein, ein Lebensmittelgeschäft zu überfallen. Sie beabsichtigten, die Inhaberin durch Bedrohung mit einem Klappmesser zur Herausgabe von Geld zu veranlassen; einen „über die Drohung hinausgehenden Einsatz des Messers zum Zwecke der Verletzung anderer Personen schlossen sie jedoch von vornherein in jedem Fall aus“. Nach dem Betreten des Geschäfts ging der Angekl. B zur Theke, hielt der Inhaberin das Messer vor und sagte „Geld her“. Als die Inhaberin resolut entgegnete „ihr kriegt hier nichts“, entschlossen sich beide Angeklagte, das Geschäft unverrichteter Dinge zu verlassen. Beim Hinausgehen entnahm der Angekl. A im Einverständnis mit dem Mitangekl. 2 Zigaretenschachteln aus einem Regal und steckte sie ein. Das LG hat die Angeklagten A und B der versuchten schweren räuberischen Erpressung und des Diebstahls schuldig gesprochen. Es hat den Angekl. A zu einer Jugendstrafe von 9 Monaten und den Angekl. B zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt. Die Revision des Angekl. A hat mit der Sachrüge Erfolg. Sein Rechtsmittel führte nach § 357 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilung des Mitangekl. B.

# ***SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues***

*SSK - systematisch, strukturiert & kompetent*



**EXAMEN 2009 - MAINZ:  
9 DER 10 BESTEN VON JI !!**

**EXAMEN 2009 - HESSEN:  
2 X SEHR GUT - BEIDE VON JI !!**

## **Die Kleingruppe: Vertraglich garantiert - max. 27 im Examenskurs**

**aktive Mitarbeit ⇔ keine anonyme Großgruppe**

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen!

Vergleichen Sie durch Probehören:

In Frankfurt sitzen bei einem Mitbewerber derzeit über 70 Personen  
in einem kleinen Raum (z.T. mit dem Rücken zum Dozenten!).

In Marburg / Gießen finden Sie bei einem Mitbewerber völlig inhomogene Arbeitsgruppen  
aus Wiederholern und Ersthörern von bis zu 60 Personen.

**Nur bei *Jura Intensiv* haben Sie eine überschaubare und homogene Arbeitsgruppe!**

## **Vollständige Kursunterlagen: Keine verdeckten Kosten!**

**alles inklusive ⇔ kein zusätzlicher Skriptenerwerb**

Vermeiden Sie die verdeckten Kosten durch Skripten!

Ein Mitbewerber hat 39 Skripte für den Stoff der 1. Prüfung auf dem Markt.

Je nach Standort bekommen Sie zwischen 5 und 10 Skripte geschenkt.

Den Rest müssen Sie für 14,80 € pro Stück kaufen, weil Sie nur Fälle mit Lösungen erhalten.

**Bei *Jura Intensiv* erhalten Sie vollständiges Unterrichtsmaterial!**

**Über 4.000 S. Schemata, Streitstandsübersichten, Fälle + Lösungen und E-Mail-Service.**

## **Effektives Klausurentraining: Abgestimmt auf Ihren Lernfortschritt**

**Klausuren als Lernkontrolle ⇔ keine vom Kurs losgelöste Klausur**

Vermeiden Sie von den Kursinhalten losgelöste Klausurenkurse.

Die Mitbewerber bieten Ihnen vom Unterrichtsinhalt völlig losgelöste Klausurenkurse.

So werden Sie mit Inhalten konfrontiert, die Sie im Unterricht nicht behandelt haben.

Dadurch können Sie (vor allem am Beginn des Kurses) die Klausuren faktisch nicht schreiben!

**Bei *Jura Intensiv* sind alle Klausuren auf Ihren Wissensfortschritt abgestimmt.**

**Nur so trainieren/verbessern Sie Ihre Fähigkeit, Klausuren zu schreiben!**


**Lösung:**

Auf dieser Grundlage kann der Schuldspruch wegen schwerer räuberischer Erpressung keinen Bestand haben. Die Feststellungen legen die Möglichkeit nahe, dass die Angeklagten mit strafbefreiender Wirkung vom Erpressungsversuch zurückgetreten sein könnten (§ 24 II 1 StGB). Hiermit hat sich das LG rechtsfehlerhaft nicht auseinandergesetzt.

a) Gemäß § 24 II 1 StGB werden bei Tatbeteiligung mehrerer diejenigen Beteiligten nicht wegen Versuchs bestraft, die freiwillig die Tatvollendung verhindern. Hierfür kann es genügen, wenn Mittäter im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies tun könnten (BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 2007, 91, 92 mwN). Dies gilt zwar dann nicht, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv – sei es auch nur wegen aufkommender innerer Hemmungen (BGH NStZ 2007, 91) – die Vollendung nicht mehr für möglich hält; abzustellen ist daher nicht auf den ursprünglichen Tatplan, sondern auf den Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ 2008, 393). Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse, um den Erfolg herbeizuführen, von seinem Tatplan abweichen. Hält er vielmehr die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, dann ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (BGH NStZ 2007, 91). Fehlgeschlagen ist der Versuch erst, wenn der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs (BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369). Der ursprüngliche Tatplan kann je nach Fallgestaltung nur insoweit eine Rolle für den Erkenntnishorizont des Täters spielen, als die von ihm nach dem Scheitern seiner bisherigen Bemühungen erkannte Notwendigkeit, Tathandlung und -ablauf grundlegend zu ändern oder ein ganz anderes als das bisher verwendete Tatmittel einzusetzen, ein gewichtiges Indiz dafür darstellen kann, dass aus seiner Sicht der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGH NStZ 2008, 393).

b) Zu den Vorstellungen der Angeklagten nach Misslingen des zunächst ins Auge gefassten Tatablaufs – nach der Weigerung der Geschädigten, Geld herauszugeben – teilt das Urteil nichts mit. Selbst wenn die Feststellungen des LG dahin zu verstehen sein sollten, dass die Angeklagten unüberwindliche Hemmungen hatten, das Messer über ein bloßes Mittel der Bedrohung hinaus einzusetzen, und insoweit nicht Herr ihrer Entschlüsse waren, verstünde es sich indes nicht von selbst, dass sie keine weitere Handlungsalternative mehr sahen, mit der sie im unmittelbaren Fortgang noch hätten zur Tatvollendung gelangen können. Insbesondere lässt die Feststellung, der Angekl. B habe der Geschädigten das Messer „vorgehalten“, nicht erkennen, welche Intensität die Bedrohung bereits erreicht hatte. Ein fehlgeschlagener Versuch ist damit nicht belegt

Gericht: LG Bochum	<b>Liechtenstein-Affäre: Kein Beweisverwertungsverbot</b>	StPO
Aktenzeichen: 2 Qs 10/08		§ 136a
Datum: 22.04.2008		

	<b>Aus dem Ankauf der vom Geheimdienst angekauften liechtensteiner DVDs mit Daten von Steuerflüchtlingen ergibt sich kein Beweisverwertungsverbot in anschließenden Strafverfahren.</b>
---	---

Die angefochtene Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung ist zu Recht ergangen (§§ 94 I, II 2, 98 I 1, 102, 105 I 1 StPO).

Auch wenn zugunsten der Beschwerde zunächst davon auszugehen wäre, dass deutsches Strafrecht über § 7 II Nr. 1 StGB zur Anwendung gelange und sich der Ankauf der DVD als Begünstigung im Sinne des § 257 I StGB, weil die Vortat den Tatbestand der Betriebsespionage nach § 17 II Nr. 1 UWG ausfülle, und sich als Beihilfe zum Geheimnisverrat gemäß §§ 17 I, II Nr. 2 UWG, 27 I StGB darstelle, folgt aus der Verwertung der Daten, soweit der angefochtene Beschluss betroffen ist, keine Unverhältnismäßigkeit.



(a) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen aus einer möglichen Straftat erlangte Beweismittel oder Kenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen, ist gesetzlich nicht geregelt. Dem geltenden Recht ist ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen - mögliche - Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd (vgl. BGHSt 44, 243, 249). Abgesehen von Fällen, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich die Verwertung fehlerhaft erhobener Beweismittel untersagt (absolute Beweisverwertungsverbote), stehen allgemeine Regeln, wann ein Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, nicht fest (Frage der relativen Beweisverwertungsverbote). Daher ist ein Verwertungsverbot jeweils nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstößes.

Dieses wird seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt.

(b) Indes können einzelne Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig beschädigt wird. Dann wäre jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbots - jenseits des in § 136a III 2 StPO normierten - unerträglich (vgl. BGHSt 31, 304, 308). Solches wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beispielsweise angenommen bei der Durchführung von Abhörmaßnahmen unter Verstoß gegen völkerrechtliche Grundsätze (vgl. BGHSt 36, 396) oder ohne richterliche Anordnung (vgl. BGHSt 31, 304; BGHSt 35, 32) oder zur gezielten Verleitung des Angeklagten zum unbewussten Schaffen von Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten (vgl. BGHSt 34, 39), ferner bei der Einbeziehung eines Raumgesprächs zwischen Eheleuten in die Telefonüberwachung (vgl. BGHSt 31, 296) und bei akustischer Wohnraumüberwachung in einem nicht allgemein zugänglichen, als Wohnung zu bewertenden Vereinsbüro (vgl. BGHSt 42, 372) und in einem Krankenzimmer (vgl. BGHSt 50, 206).

Solchen Fallgestaltungen ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht ausreichend ähnlich.

(aa) Es geht in der vorliegenden Konstellation nicht um ein zunächst rechtswidriges Verhalten der staatlichen Ermittlungsbehörden, sondern um ein strafrechtlich relevantes Verhalten einer Privatperson. Die Beweisgewinnung regelnden Vorschriften der StPO richten sich jedoch an die Strafverfolgungsorgane, nicht hingegen an Privatpersonen. Daraus folgt, dass Beweismittel, die durch Private in rechtswidriger Art und Weise gewonnen werden, grundsätzlich verwertbar sind.

Die rechtswidrige Erlangung eines Beweismittels durch eine Privatperson schließt seine Verwertung im Strafverfahren nämlich grundsätzlich nicht aus (vgl. BGH, NJW 1978, 1390; BGH, NJW 1989, 2760). Mit diesem Grundsatz stehen das Tonband- und das Tagebuchurteil des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, NJW 1960, 1580; BGH NJW 1964, 1139) nicht im Widerspruch. Sie bestätigen lediglich den Grundsatz, dass es eng umgrenzte Ausnahmen von der grundsätzlichen Verwertbarkeit geben kann. Soweit in der Rechtslehre bei Beweisgewinnung durch Privatpersonen ein Verwertungsverbot angenommen wird, beschränkt sich dies auf Extremfälle, etwa Erpressung eines Geständnisses durch Foltern. In diesen Fällen besteht aber schon aufgrund der Parallele zu § 136a I StPO eine ausnahmsweise Unverwertbarkeit.

(bb) Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Verwertung der durch die Daten eröffneten Erkenntnisse nicht den schlechthin unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, sondern den geschäftlichen Bereich des Beschuldigten berührt. Die Straftat richtete sich auch nicht primär gegen den Beschuldigten, sondern gegen die .... Zudem dient die Verwertung der Kenntnisse der Aufklärung einer Straftat, deren Aufklärung im besonderen Allgemeininteresse liegt.

(cc) Die Beurteilung ändert sich auch nicht dadurch, dass Mitarbeiter des ... zur Erlangung der auf der DVD gespeicherten Daten als Beweismittel zielgerichtet, also vorsätzlich, eine strafbare Handlung begangen hätten. Insofern hätte der ... letztlich nicht das strafbare Verhalten der Privatperson initiiert, sondern lediglich - nachgelagert - ausgenutzt. Dass dabei möglicherweise der ... selbst im strafrechtlich zumindest bedenklichen Raum gehandelt haben mag, ist insofern unschädlich, als dass im besonderen Maße zu berücksichtigen ist, dass bei

Annahme der Fernwirkung dieses möglichen Verfahrensverstößes, ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel herbeiführt würde, welches dazu führte, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt würde (vgl. BGHSt 32, 71; BGH, NStZ 1989, 33). Diese weitreichende Fernwirkung kann angesichts des staatlichen Aufklärungsinteresses nicht hingenommen werden.

Ein Beweisverwertungsverbot besteht mithin nicht, so dass der Anfangsverdacht auf die erlangten Daten gestützt werden konnte.

**In einem zweiten Beschluss hat das LG Bochum, Beschluss vom 07.08.2009 - 2 Qs 2/09, noch ergänzend zu der Frage Stellung genommen, ob sich ein Beweisverwertungsverbot aus einem Völkerrechtsverstoß ergibt.**

Die Beweismittel sind entgegen dem Einwand der Beschuldigten nicht etwa wegen ihrer Herkunft aus einem „Datendiebstahl“ zum Nachteil der M und/oder deshalb unverwertbar, weil der Bundesnachrichtendienst die „gestohlenen“ Daten angekauft und den Finanzbehörden übergeben hat.

Dies gilt selbst dann, wenn dabei nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig oder gar strafbar gehandelt worden sein sollte (vgl. Kammerbeschluss vom 22.04.2008 - 2 Qs 10/08). Auch auf einen bei der Beweismittelbeschaffung angeblich verübten Völkerrechtsverstoß - Umgehung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.04.1959 und/oder des Übereinkommens über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 08.11.1990 - berufen sich die Beschuldigten vergeblich.

aa) Zweifelhaft ist schon, ob die Übereinkommen überhaupt umgangen wurden. Dagegen spricht, dass der „Datendiebstahl“ der Bundesrepublik Deutschland entgegen der Ansicht der Beschuldigten nach der Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen Nr. 56/83 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen vom 12.12.2001/28.02.2002 gerade nicht zugerechnet werden kann. Der Hinweis der Beschwerde auf Art. 2 der Resolution geht fehl, weil der Artikel nach seinem Wortlaut („... wenn ein Verhalten ... zurechenbar ist ...“) die Zurechenbarkeit nicht regelt, sondern vielmehr voraussetzt. Die Voraussetzungen der Zurechnungsregeln nach Art. 4 ff. der Resolution sind nicht erfüllt. Insbesondere wurde der „Datendiebstahl“ auch nach dem Vorbringen der Beschuldigten nicht etwa im Auftrag, unter der Leitung oder unter der Kontrolle der Bundesrepublik begangen (vgl. Art. 8 der Resolution).

bb) Selbst wenn eines der Übereinkommen (oder gar beide) tatsächlich umgangen worden sein sollte(n), wäre dies unschädlich. Zwar kann sich auch aus der Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags, der dem Beschuldigten - wie hier - keine persönlichen Rechte gewährt, ein Beweisverwertungsverbot ergeben (vgl. BGHSt 34, 334). Dabei handelt es sich allerdings um eine Ausnahme, die nur für den Fall gilt, dass die Verwertung eines Beweismittels, das außerhalb eines vereinbarten Rechtshilfeverkehrs erlangt wurde, selbst völkerrechtswidrig ist (vgl. BGHSt 37, 30; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. 2009, Einl. Rdnr. 56 d). So verhält es sich im Streitfall aber nicht. Vielmehr ist das möglicherweise völkerrechtswidrige Geschehen, das in dem „Datendiebstahl“ und dem Ankauf der „gestohlenen“ Daten lag, bereits abgeschlossen. Durch die Benutzung der Daten in dem Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigten werden die Übereinkommen nicht erneut beeinträchtigt. In einem solchen Fall hat es bei dem Grundsatz der Verwertbarkeit des „völkerrechtswidrigen“ Beweismittels sein Bewenden (vgl. BGH, a. a. O.; Meyer-Goßner, a. a. O.).

A.A. als das LG Bochum: Heine, HRRS 2009, 540 ff. und Trüg/Habetha, NJW 2008, 887 ff.

Anzeige



**Crash-Kurs im Juli/August 2010**  
**Diesmal je ein Kurs in Frankfurt und in Mainz!**  
**Erstmals mit Arbeits-, Handels- und GesR!**  
**Pro Kurstag nur 30 € !**

Die Jura Intensiv Skripten:

# Nicht kostenlos.



Die Jura Intensiv  
Skripten sind da!


**Können aber verhindern,  
dass Ihr Studium umsonst ist.**

Unsere Skripten für alle Semester.  
Die Skripten für alle Fälle.

J u r a  
  
Intensiv

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>Beschränkung einer Stellenausschreibung auf Frauen</b>	AGG § 15 II
Aktenzeichen: 8 AZR 77/09		
Datum: 18.03.2010		

	<p>Es stellt regelmäßig keinen Verstoß gegen das AGG dar, wenn eine Gemeinde bei der Besetzung der Stelle der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten die Bewerberauswahl auf Frauen beschränkt. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die Beratungsangebote an Frauen in Problemlagen richten, in denen die Betroffenen typischerweise zu einer Frau leichter Kontakt aufnehmen als zu einem Mann.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Die beklagte Stadt suchte mittels einer Stellenanzeige eine kommunale Gleichstellungsbeauftragte. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit sollte u.a. die Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen und deren Beratung sein. Die Bewerberin sollte über ein abgeschlossenes Fachhochschulstudium oder eine vergleichbare Ausbildung in einer pädagogischen bzw. geisteswissenschaftlichen Fachrichtung verfügen.

Der Kläger ist Diplomkaufmann und Diplomvolkswirt. Er war zuvor über zwei Jahre im Rahmen einer Betriebsratstätigkeit als stellvertretender Gleichstellungsbeauftragter tätig gewesen. Seine Bewerbung auf die Stelle wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Stelle nach § 5a der Niedersächsischen Gemeindeordnung mit einer Frau zu besetzen sei; er erfülle im Übrigen auch nicht die Anforderungen der Stellenanzeige.

Der Kläger sah in der Ablehnung eine Diskriminierung wegen seines Geschlechts und nahm die Beklagte auf Zahlung einer Entschädigung in Anspruch. Die hierauf gerichtete Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.


### Lösung:

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf eine Entschädigungszahlung nach § 15 II AGG.


Zwar ist die Beklagte zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger als Diplomvolkswirt mangels einer geisteswissenschaftlichen Ausbildung für die Stelle objektiv ungeeignet ist. Die Beschränkung der Stellenausschreibung auf Frauen ist aber gem. § 8 I AGG zulässig, weil das Geschlecht hier nach der Art der ausübenden Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Im Streitfall liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit u.a. in Projekt- und Beratungsangeboten, deren Erfolg bei Besetzung der Stelle mit einem Mann gefährdet wäre. Denn die Angebote richten sich an Frauen in Problemlagen, in denen die Betroffenen sich typischerweise eher an eine weibliche Gleichstellungsbeauftragte wenden als an einen Mann. Der Erfolg der Tätigkeit wäre bei Besetzung der Stelle mit einem Mann gefährdet. Wegen dieser konkreten Ausgestaltung der Stelle ist das weibliche Geschlecht der Stelleninhaberin eine wesentliche und entscheidende Anforderung i.S. des § 8 I AGG. Die Bewerberauswahl darf daher auf Frauen beschränkt werden. In eine ähnliche Richtung geht ein weiteres Urteil des BAG. Darin ist es um die Besetzung einer Stelle als Betreuerin im Mädcheninternat gegangen, deren Tätigkeit auch Nachtdienste beinhalten sollte. Auch hier hat das BAG entschieden, dass männliche Bewerber auf Grund der wesentlichen und entscheidenden Anforderungen an den Stelleninhaber ausgeschlossen werden dürfen (BAG, NZA 2009, 3672).

Anzeige

	<h2 style="margin: 0;">Examenskurs Mainz (1. Prüfung)</h2> <h3 style="margin: 0;">Nächster Kursbeginn: 23. August 2010</h3> <p style="margin: 0;"><b>Ehrung der jeweils 5 Besten der jeweiligen Kampagne auf der Examensfeier der Uni Mainz:</b></p>
<p style="font-size: 1.2em; font-weight: bold;">16.04.2010: 4 der 5 Besten bei JI – Plätze 1 – 3 !!</p> <p style="font-size: 1.2em; font-weight: bold;">30.10.2009: Alle 5 Besten bei JI !!</p>	
<p style="font-size: 1.2em; font-weight: bold;">WIR machen die Besten! Lernen Sie mit den Besten!</p>	

Gericht: BAG	<b>Vorlage an EuGH: Diskriminierung durch Entgeltregelungen</b>	<b>GRC</b>
Aktenzeichen: 6 AZR 319/09 (A)		Art. 21 I
Datum: 20.05.2010		

	Das BAG hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die auf Lebensaltersstufen bezogene Grundvergütung des BAT das Verbot der Altersdiskriminierung verletzt hat, ob sich eine solche Altersdiskriminierung im TVöD fortsetzt und ob und wie eine solche Altersdiskriminierung von den Tarifvertragsparteien – ggf. auch rückwirkend – beseitigt werden könnte.
---	--

**Sachverhalt:** Die 1962 geborene Klägerin ist seit 2004 bei einer obersten Bundesbehörde (Eisenbahn-Bundesamt) beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft Bezugnahme Klausel die Vorschriften des BAT und der diesen ergänzenden sowie ersetzenden Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung Anwendung.

Der BAT ist zum 1.10.2005 im Tarifbereich des Bundes durch den TVöD ersetzt worden. Dieser sieht anders als der BAT keine Vergütung nach Lebensaltersstufen mehr vor, sondern knüpft vielmehr an die Tätigkeit, die Berufserfahrung und die Leistung der Arbeitnehmer an. Die im alten System erreichte Lebensaltersstufe ist allerdings bei der Überleitung der Angestellten des öffentlichen Dienstes in den TVöD im Wege der Besitzstandswahrung voll berücksichtigt worden.

Die Klägerin sah in der Anknüpfung des BAT an die Lebensaltersstufen eine unzulässige Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer, die sich – wegen der besitzstandswahrenden Überleitung – im TVöD fortsetze. Sie verlangte daher eine auf die höchste Lebensaltersstufe ihrer Entgeltgruppe aufbauende Vergütung. Arbeitsgericht und LAG wiesen die hierauf gerichtete Klage ab.

Auf die Revision der Klägerin setzte das BAG das Verfahren aus und legte dem EuGH nach Art. 267 AEUV die Frage zur **Vorabentscheidung** vor, wie der Konflikt zwischen dem primärrechtlich gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz und dem ebenfalls primärrechtlich gewährleisteten Recht der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen, welches auch deren Tarifautonomie beinhaltet, zu lösen ist.


**Konkret möchte das BAG wissen,**

ob die auf Lebensaltersstufen bezogene Grundvergütung des BAT das Verbot der Altersdiskriminierung (jetzt Art. 21 I GRC) in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG verletzte,


ob sich eine solche Altersdiskriminierung im TVöD fortsetzt

und ob und wie eine solche Altersdiskriminierung von den Tarifvertragsparteien gegebenenfalls auch rückwirkend beseitigt werden könnte.

Anzeige

 <p>J u r a <b>Intensiv</b></p>	<p><b>Examenskurs Hessen</b> (1. Prüfung)</p> <p><b>Nächster Kursbeginn: 30. August 2010</b></p> <p><b>13. Mai 2010: Examensfeier mit Ehrung der Jahresbesten in Wiesbaden:</b></p>
<p><b>2 x „sehr gut“ in ganz Hessen</b></p>	
<p><b>Beide waren Teilnehmer des JI-Examenskurses!</b></p>	
<p><b>WIR machen die Besten! Lernen Sie mit den Besten!</b></p>	

Gericht: LAG Rheinland-Pfalz	<b>Kündigung bei privater Internetnutzung am Arbeitsplatz</b>	KSchG § 1
Aktenzeichen: 6 Sa 682/09		
Datum: 26.02.2010		

	<b>Auch wenn ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Nutzung des betrieblichen Internetanschlusses zu privaten Zwecken ausdrücklich untersagt hat, rechtfertigt ein Verstoß hiergegen nicht automatisch eine ordentliche Kündigung. Vielmehr muss der Arbeitgeber regelmäßig zunächst eine Abmahnung aussprechen, bevor er verhaltensbedingt kündigen kann. Es muss überdies beim Arbeitnehmer zu einer erheblichen Leistungsbeeinträchtigung gekommen sein. Insoweit muss der Arbeitgeber die jeweilige Dauer der Internetnutzung darlegen.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten beschäftigt. Im Jahr 2004 unterschrieb er eine Mitarbeitererklärung zur Internet- und PC-Nutzung. Hierin heißt es:

"Der Zugang zum Internet und E-Mail ist nur zu dienstlichen Zwecken gestattet. Jeder darüber hinausgehende Gebrauch – insbesondere zu privaten Zwecken – ist ausdrücklich verboten. Verstöße gegen diese Anweisung werden ohne Ausnahme mit arbeitsrechtlichen Mitteln sanktioniert und führen – insbesondere bei Nutzung von kriminellen, pornographischen, rechts- oder linksradikalen Inhalten – zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses."

Zumindest einmal im September 2008 hat der Kläger mit Erlaubnis seines Vorgesetzten den Internetanschluss an seinem Arbeitsplatz genutzt, um seinen Kontostand bei der S-Bank abzufragen. Im Februar 2009 kündigte die Beklagte dem Kläger zum 31.8.2009, weil dieser verbotswidrig das Internet zu privaten Zwecken genutzt habe. Dies sei z.B. im Dezember 2008 mindestens neunmal der Fall gewesen.

Mit seiner gegen die Kündigung gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass er jeweils nur sehr kurz (weniger als eine Minute) im Internet gesurft habe und er von einer generellen Genehmigung der Internetnutzung durch seinen Vorgesetzten ausgegangen sei. Im Übrigen habe er einen Teil der von der Beklagten aufgeführten Internetseiten aus dienstlichen Gründen aufgerufen. Seine Kündigungsschutzklage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.


**Lösung:**

Die Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien daher nicht beendet.


Selbst wenn man den Vortrag der Beklagten als zutreffend unterstellt, hat diese nicht hinreichend dargelegt, dass eine erhebliche Beeinträchtigung der geschuldeten Leistung vorlag. Es fehlt an der Darstellung der Verweildauer des Klägers an den fraglichen Tagen im Internet. Dies wäre insbesondere im Hinblick auf den Vortrag des Klägers, dass er das Internet jeweils nur sehr kurz zu privaten Zwecken genutzt habe, erforderlich gewesen, um die Schwere der behaupteten Pflichtverletzungen entsprechend der Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 27.4.2006 – 2 AZR 386/05) festzustellen.

Im Übrigen wäre vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich gewesen. Diese war nicht etwa entbehrlich, weil dem Kläger – wie den anderen Mitarbeitern auch – die Nutzung des Internets zu privaten Zwecken grds. untersagt war. Zum einen lag die Unterzeichnung der Mitarbeitererklärung zeitlich schon ziemlich lange zurück und schreibt die Mitarbeitererklärung selbst die Notwendigkeit arbeitsrechtlicher Sanktionen vor, zu denen auch Abmahnungen gehören. Zum anderen hat die Beklagte das Verbot aufgeweicht, indem sie ihren Mitarbeitern einen PC zur Verfügung gestellt hat, auf dem diese auf Kosten der Beklagten surfen konnten.

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: LAG Hamm	<b>Zur Kündigung bei schlechten Arbeitsleistungen</b>	KSchG § 1
Aktenzeichen: 10 Sa 875/09		
Datum: 20.11.2009		

	Schlechte Leistungen eines Arbeitnehmers können zwar grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Hinzukommen muss allerdings, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausgeschöpft hat. Insoweit gilt eine abgestufte Darlegungslast. Der Arbeitgeber muss Art, Schwere und Folgen der qualitativen Minderleistung darlegen. Dies umfasst auch Ausführungen dazu, ob dem Arbeitnehmer längerfristig deutlich mehr Fehler unterlaufen sind als den mit ihm vergleichbaren Mitarbeitern.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war seit 1998 bei dem beklagten Pharmaunternehmen als Einrichter in der Verpackungsabteilung beschäftigt. Nach einer vor dem Arbeitsgericht erfolgreich angefochtenen fristlosen Kündigung vom 16.12.2005 wurde der Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt. Ab Juli 2006 mahnte die Beklagte den Kläger insgesamt viermal wegen diverser Fehler bzw. Unaufmerksamkeiten bei der Arbeit ab. Am 20.8.2008 kündigte die Beklagte ihm ordentlich verhaltensbedingt wegen wiederholter Schlechtleistungen.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage bestritt der Kläger einen Teil der Vorwürfe. Im Übrigen berief er sich darauf, dass seinen Kollegen ähnliche Fehler unterlaufen seien und er keineswegs eine höhere Fehlerquote aufweise als die übrigen Kollegen. Die Klage hatte sowohl vor dem ArbG als auch vor dem LAG Erfolg.


**Lösung:**

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt i.S.v. § 1 I KSchG und hat das Arbeitsverhältnis daher nicht beendet. Eine auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistung kann allerdings grundsätzlich eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Ob eine Schlechtleistung vorliegt, beurteilt sich sowohl nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt als auch nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers: Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann.


Unterdurchschnittliche Leistungen eines Arbeitnehmers lassen nicht zwangsläufig darauf schließen, dass der Arbeitnehmer sein Leistungsvermögen nicht ausgeschöpft hat. Andererseits ist eine deutliche und längerfristige Unterschreitung des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis auf eine subjektiv vorwerfbare Schlechtleistung. Dieser Konflikt ist nach den Grundsätzen der abgestuften Beweislast zu lösen, wobei der Arbeitgeber neben der Fehlerquote weitere Umstände wie Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung darlegen muss.

Die Beklagte ist ihrer Darlegungslast nicht gerecht geworden. Es fehlt an einem konkreten Sachvortrag dazu, dass der Kläger längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit ihm vergleichbaren Mitarbeiter erheblich überschritten hat. Hierzu hätte die Beklagte u.a. vortragen müssen, welche Fehlerquote die mit dem Kläger vergleichbaren Mitarbeiter haben und welcher Art und Schwere die Fehler dieser Mitarbeiter sind.

Anzeige

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

Gericht: LAG Schleswig-Holstein	<b>Zur Anfechtbarkeit eines Aufhebungsvertrags</b>	BGB
Aktenzeichen: 2 Sa 223/09		§ 123
Datum: 08.12.2009		

	<b>Droht der Arbeitgeber für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag nicht unterschreibt, eine außerordentliche Kündigung an, so kann hierin zwar eine widerrechtliche Drohung liegen, die den Vertrag anfechtbar macht. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn Umstände vorliegen, aufgrund derer der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ernsthaft in Erwägung ziehen darf. Ob die Vorwürfe tatsächlich zutreffen, muss er nicht beweisen.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin war seit 1999 in einem Alten- und Pflegeheim der Beklagten als Pflegekraft beschäftigt.


Im Februar 2008 erfuhr die Pflegeleiterin von mehreren Vorwürfen gegenüber der Klägerin. So soll sie Heimbewohner gewaltsam gefüttert und auch beim Zähneputzen Gewalt angewendet haben. Sie soll außerdem einzelnen Bewohnern Hämatome durch grobe Pflegehandlungen zugefügt und diese mit den Worten "blöde Kuh" und "stirb doch endlich" beleidigt haben. Die Pflegeleiterin befragte hierzu mehrere Pflegekräfte und hörte anschließend die Klägerin in einem Personalgespräch zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen an.

Die Klägerin bestritt die Vorwürfe. Dennoch wollte der Personalleiter das Arbeitsverhältnis beenden und kündigte 29den Ausspruch einer fristlosen Kündigung an. Als Alternative bot er der Klägerin den Abschluss eines Auflösungsvertrags an. Die Klägerin stimmte zu und unterschrieb den Auflösungsvertrag. Zwei Tage später focht sie ihn wegen widerrechtlicher Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung an. Die Anfechtungsklage hatte sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG keinen Erfolg. Das Urteil des LAG ist rechtskräftig.

**Lösung:**

Die Klägerin kann den Aufhebungsvertrag nicht mit Erfolg anfechten. Sie hat nicht dargelegt, dass die Beklagte sie zum Abschluss des Auflösungsvertrags unter widerrechtlicher Androhung einer fristlosen Kündigung genötigt hat. Die Beklagte hat der Klägerin zwar eine außerordentliche Kündigung in Aussicht gestellt. Hierzu war sie aber berechtigt, da sie aufgrund der detaillierten Vorwürfe mehrerer Mitarbeiter und ihrer diesbezüglichen Befragungen davon ausgehen durfte, dass die Klägerin Heimbewohner misshandelt und beleidigt hatte. Bei diesem von ihr ermittelten Sachverhalt durfte die Beklagte eine außerordentliche Kündigung ernsthaft in Erwägung ziehen. Dass die Vorwürfe tatsächlich zutreffen, musste sie nicht beweisen.

Gericht: ArbG Stuttgart	<b>„Ossi“ ist keine ethnische Herkunft i.S.d. § 1 AGG</b>	AGG
Aktenzeichen: 17 Ca 8907		§ 1
Datum: 15.04.2010		

	<b>Eine Benachteiligung Ostdeutscher im Bewerbungsverfahren stellt keine entschädigungspflichtige Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft i.S.v. § 1 AGG dar. Auch wenn die Bezeichnung als "Ossi" diskriminierend gemeint sein oder so empfunden werden kann, verfügen Ost- und Westdeutsche über keine unterschiedliche ethnische Herkunft.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin stammt aus der ehemaligen DDR (Ostberlin) und war vor der Wende in die Bundesrepublik übergesiedelt. Sie hatte sich bei dem beklagten Stuttgarter Unternehmen erfolglos auf ein Stellenangebot beworben. Auf dem zurückgesendeten Lebenslauf befand sich der handschriftliche Vermerk "(–) Ossi".

Die Klägerin sah hierin einen Hinweis darauf, dass sie wegen ihrer Herkunft aus Ostdeutschland abgewiesen worden war, und verlangte eine Entschädigung nach §§ 1, 15 AGG. Der Beklagte, der nach eigener Darstellung mehrere Mitarbeiter aus den neuen Bundesländern beschäftigt, vertrat die Auffassung, dass Ostdeutsche keine Ethnie im Sinn des AGG darstellten. Im Übrigen sei die Stellenabsage nicht wegen der Herkunft der Klägerin erfolgt.

Die Klage hatte vor dem Arbeitsgericht keinen Erfolg. Die Klägerin kann gegen das Urteil noch Berufung einlegen.



**Lösung:**

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Entschädigung. § 1 AGG verbietet lediglich Benachteiligungen wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Keines dieser Diskriminierungsmerkmale ist hier erfüllt. Es liegt insbesondere keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft der Klägerin vor.

Die Gemeinsamkeit ethnischer Herkunft kann sich in Tradition, Sprache, Religion, Kleidung oder in gleichartiger Ernährung ausdrücken. Selbst wenn der Begriff "Ethnie" dahingehend zu verstehen wäre, dass damit Populationen von Menschen gemeint sind, die durch ihre Herkunft, ihre Geschichte, ihre Kultur, ihre Verbindung zu einem spezifischen Territorium und durch ein geteiltes Gefühl der Solidarität verbunden sind, so wird die Bezeichnung als "Ossi" dem Begriff der Ethnie als Gesamtgefüge dieser Elemente nicht gerecht.

Bei Ostdeutschen liegt allenfalls eine gemeinsame Verbindung zum ehemaligen DDR-Territorium vor. An weiteren eine Ethnie bildenden Merkmalen fehlt es jedoch – zumal die DDR nur wenig mehr als eine Generation, nämlich 40 Jahre lang, eine von der Bundesrepublik unterschiedliche Entwicklung genommen hat. Ostdeutsche haben daher gegenüber Westdeutschen keine eigene ethnische Herkunft.

Anzeige



Anwalts- und Notarkanzlei  
**BRETTSCHEIDER & MICHAELIS-HATJE**

Lange Str.55, 27232 Sulingen  
Telefon: 04271/2088 – Fax: 04271/6408  
[info@bmb-recht.de](mailto:info@bmb-recht.de) - [www.bmb-recht.de](http://www.bmb-recht.de)

Wir suchen einen hochmotivierten Juristen gleich welchen Geschlechts aus dem Raum Norddeutschland für

### **Dozententätigkeiten im Zivilrecht**

im Rahmen eines juristischen Repetitoriums.

Erwartet werden gute Kenntnisse im Zivilrecht und didaktische Grundfähigkeiten. Gerne können sich auch Berufsanfänger bzw. Doktoranten bewerben.

Der geplante Arbeitsumfang ist auf ca. einen Tag die Woche begrenzt.