

## Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

**Redaktion Zivilrecht:**  
RA Soltner

**Redaktion Öffentliches Recht:**  
RA Dr. Kues

**Redaktion Strafrecht, Arbeitsrecht,  
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht:**  
Assessor Dr. Schweinberger

### Inhaltsverzeichnis:

#### **Zivilrecht**

BGH, 02.02.2011 – VIII ZR 74/10 – MietR: Zur Kündigung bei fehlender Erlaubnis zur Unter Vermietung	S. 4
BGH, 02.02.2011 – VIII ZR 103/10 – Widerrufsbelehrung bei Haustürgeschäften: Herausgabe von Nutzungen	S. 5
BGH, 09.03.2011 – VIII ZR 266/09 – Beweislast: Mangel der Kaufsache nach Nachbesserungsarbeiten	S. 6
OLG Düsseldorf, 28.02.2011 – I-15 W 14/11 – Zur Löschung negativer Ebay-Bewertungen im Eilverfahren	S. 11

#### **Strafrecht**

BGH, 12.01.2011 – 1 StR 540/10 – Unmittelbares Ansetzen zum Versuch beim Betrug	S. 7
BGH, 80.12.2010 – 2 StR 536/10 – Rücktritt: Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch	S. 10
BVerfG, 24.02.2011 – 2 BvR 1596/10 - § 81a StPO: Zum Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt	S. 11
BGH, 28.09.2010 – 4 StR 245/10 – Fremde Sache von bedeutendem Wert: Wertgrenze bei 750 €	S. 12
BGH, 07.10.2010 – 3 StR 168/10 – Tötung auf Verlangen: Ernstlichkeit des Tötungsverlangens	S. 15

#### **Öffentliches Recht**

EuGH, 01.03.2011 – C-236/09 – Geschlecht als Risikofaktor bei Versicherungsprämien diskriminierend	S. 17
BVerwG, 03.05.2011 – 5 C 15 u. 16.10 – Benachteiligung eines schwerbehinderten Bewerbers um Richteramt	S. 18

#### **Arbeitsrecht**

BAG, 24.02.2011 – 2 AZR 636/09 – Muslimische Arbeitnehmer: Zum Anspruch auf alkoholfreien Arbeitsplatz	S. 19
--	-------

#### **Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:**

- Die Kanzlei Linklaters LLP veranstaltet in Düsseldorf einen 2-tägigen Workshop zum Thema Steuerrecht (Anzeige auf S. 2).
- Die Kanzlei Simmons & Simmons LLP veranstaltet in Frankfurt einen Workshop zu Themen aus dem Bereich Capital Markets und Real Estate Investments (Anzeige auf S. 3).
- 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 (Anzeige auf S. 14).

# JuCon Personalberatung

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

## In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

in der vorliegenden Ausgabe verdient die Entscheidung des BVerfG auf S. 11 besondere Beachtung. Das BVerfG äußert sich hier zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt bei § 81a StPO zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

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 **Linklaters LLP**, die einen 2-tägigen Workshop zum Steuerrecht in Düsseldorf anbietet (S. 2). Beachten Sie außerdem die Anzeige der Kanzlei **Simmons & Simmons LLP**, die einen Workshop in Frankfurt zu Themen aus dem Bereich Capital Markets und Real Estate Investments anbietet (S. 3).

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.

**Internet:** [www.JuCon-online.org](http://www.JuCon-online.org)



## Achtung, Praxis: Steuerrecht

Für Juristen  
und Wiwis.

### Workshop Steuerrecht am 20./21. Mai 2011 in Düsseldorf

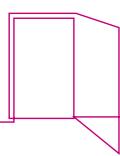
Wir wollen Maßstäbe setzen und die Erwartungen unserer Mandanten übertreffen. Dies erfordert herausragende fachliche Expertise, ausgeprägten Teamgeist und außergewöhnlichen Einsatz. Unsere Steuerrecht-Teams strukturieren M&A-Transaktionen, reorganisieren Konzerne, entwickeln Finanzprodukte, argumentieren in der Betriebsprüfung und überzeugen Finanzgerichte.

Lernen Sie unsere Teams aus den Büros in Düsseldorf, Frankfurt und München kennen. Dazu laden wir Sie zu zwei spannenden Tagen mit praxisnahen Fallstudien, Einblicken in den Berufsalltag sowie einem attraktiven Rahmenprogramm in unser Düsseldorfer Büro ein. Dabei haben Sie die Gelegenheit, alles über den Berufseinstieg und die Entwicklungsmöglichkeiten im Bereich Steuerrecht sowie über unser Referendarprogramm „Colleagues of Tomorrow“ zu erfahren.

Sie möchten die Gelegenheit nutzen, uns näher kennen zu lernen? Dann bewerben Sie sich als **fortgeschrittener Student der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften, Referendar oder Berufseinsteiger (w/m)** mit Ihren vollständigen Unterlagen (bevorzugt per E-Mail) bis zum **10. Mai 2011**.

#### Linklaters LLP

Berit Sedlaczek  
Recruitment Manager  
+49 69 71003 341  
[recruitment.germany@linklaters.com](mailto:recruitment.germany@linklaters.com)



[linklaters.de/karriere](http://linklaters.de/karriere)

[www.simmons-simmons.de/karriere](http://www.simmons-simmons.de/karriere)

# JOIN THE LAW FIRM THAT THINKS OTHERWISE...

...about law, business and you...

Sie bringen überdurchschnittliche Rechts- und Englischkenntnisse mit und fragen sich, wo Sie in den Anwaltsberuf einsteigen möchten?

Nehmen Sie an unserem **Workshop** zu den folgenden Themen teil:

- Capital Markets – Fremdkapitalbeschaffung durch Anleihen am Kapitalmarkt
- Real Estate Investments – Due Diligence, Erwerb, Finanzierung und steuerliche Strukturierung
- Die Regulierung von Banken und der Finanzwirtschaft nach der Finanzkrise

Wo und wann?

**Frankfurt, 3. Mai 2011**

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung bis zum 15. April 2011 unter [karriere@simmons-simmons.com](mailto:karriere@simmons-simmons.com), Stichwort Workshop.

Weitere Details unter  
[www.simmons-simmons.de/workshops-germany](http://www.simmons-simmons.de/workshops-germany)

Düsseldorf  
BroadwayOffice  
Breite Straße 31  
40213 Düsseldorf  
T +49 2 11-4 70 53-0

Frankfurt  
MesseTurm  
Friedrich-Ebert-Anlage 49  
60308 Frankfurt am Main  
T +49 69-90 74 54-0

# Zivilrecht

Gericht: BGH	MietR: Zur Kündigung bei fehlender Erlaubnis zur Untervermietung	BGB § 553 I 1
Aktenzeichen: VIII ZR 74/10		
Datum: 02.02.2011		

	Ein Mieter, der eine Untervermietung vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, verletzt seine vertraglichen Pflichten auch dann, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat. Eine auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung ist allerdings rechtsmissbräuchlich, wenn die Erlaubnis durch den Mieter rechtzeitig erbeten und der Vermieter seinerseits zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war.
--	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin hatte im Jahr 1998 von den Beklagten eine Wohnung gemietet. Der Mietvertrag sah hinsichtlich einer Untervermietung eine ausdrückliche Einwilligung des Vermieters vor. Grundsätzlich waren die Beklagten allerdings mit der Untervermietung einverstanden.

Zwischen den Parteien kam es in der Folgezeit wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten anlässlich eines Wechsels in der Person des Untermieters, insbesondere weil die Beklagten die Erlaubnis von der Darlegung eines berechtigten Interesses i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB abhängig machten. Im November 2008 bat die Klägerin um Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers. Nachdem die Beklagten die Erlaubnis erneut von der Darlegung eines berechtigten Interesses an der Untervermietung abhängig gemacht hatten, klagte die Klägerin auf Erteilung der Zustimmung zur Untervermietung.

Nachdem die Beklagten den Mietvertrag mit der Klägerin wegen unberechtigter Untervermietung fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt hatten, begehrten sie im Wege der Widerklage Räumung und Herausgabe der Wohnung. AG und LG wiesen die Klage ab und gaben der Widerklage statt. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH die Urteile auf und gab der Klage statt.

## Die Lösung:

Die Vorinstanzen haben verkannt, dass einer Kündigung der Beklagten wegen unerlaubter Untervermietung der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstand, weil die Beklagten der Klägerin die ihr nach dem Mietvertrag zustehende und rechtzeitig erbetene Erlaubnis bezüglich der neuen Untermieterin nicht erteilt hatten und ihnen daher selbst eine erhebliche Vertragsverletzung zur Last fiel.

Zwar ging das LG zutreffend davon aus, dass ein Mieter, der eine Untervermietung vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, seine vertraglichen Pflichten auch dann verletzt, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat. Ob ein derartiger Vertragsverstoß des Mieters auch ein die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigendes Gewicht hat, ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

Die Einholung der Genehmigung hat grundsätzlich den Zweck, dem Vermieter Gelegenheit zu geben, seine Einwände gegen die Untervermietung geltend zu machen, bevor dem Untermieter die Räume überlassen werden. Dieser Pflicht war die Klägerin allerdings insoweit nachgekommen, als sie die Erlaubnis zur Untervermietung rechtzeitig erbeten hatte, so dass die Beklagten etwaige Bedenken gegen die Person der neuen Untermieterin vorbringen konnten. Da es solche Bedenken indes nicht gab, waren die Beklagten zur alsbaldigen Zustimmung zur Untervermietung verpflichtet und durften sie nicht von der Darlegung eines berechtigten Interesses abhängig machen.

Dem somit den Beklagten zur Last fallenden Vertragsverstoß hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft keine Bedeutung beigemessen. Zum einen hatte es verkannt, dass sich die Klägerin angesichts des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten in einer gewissen "Zwangslage" befand. Denn bei einem Abwarten bis zum Erlass eines die vertragswidrig nicht erteilte Untermieterlaubnis ersetzen rechtskräftigen Urteils wären der Klägerin in der Zwischenzeit die Einnahmen aus der Untermiete entgangen und hätte die Untermieterin möglicherweise das Interesse an der Anmietung verloren.

**Das ZARA-Archiv im Internet: [www.JuCon-online.org](http://www.JuCon-online.org)**

Gericht: BGH	Widerrufsbelehrung bei Haustürgeschäften: Herausgabe von Nutzungen	BGB §§ 312, 357
Aktenzeichen: VIII ZR 103/10		
Datum: 02.02.2011		

	Eine Widerrufsbelehrung, die den Verbraucher bei einem Haustürgeschäft nicht über die gegenseitige Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen belehrt, genügt nicht den Anforderungen des § 312 Abs. 2 BGB an eine Belehrung über die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 BGB. Entbehrlich ist die Belehrung nur dann, wenn der Eintritt dieser Rechtsfolgen nach der konkreten Vertragsgestaltung tatsächlich ausgeschlossen ist.
---	--

**Sachverhalt:** Der Beklagte und seine Ehefrau bestellten bei der Klägerin am 31.5.2007 bei einem unaufgeforderten Besuch eines Handelsvertreters der Klägerin eine Einbauküche zum Kaufpreis von 17.200 €. Eine Anzahlung von 5.200 € war bis zum 15.2.2008 zu entrichten; der Restbetrag sollte bei der für Mai 2008 vorgesehenen Montage bar bezahlt werden.

Im Bestellformular heißt es in einem eingerahmten und von dem übrigen Text abgesetzten Feld unterhalb der Unterschriftenleiste u.a.:

#### "Widerrufsbelehrung

**Widerrufsrecht** Sie können Ihre Vertragserklärung ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder durch Rücksendung der Ware innerhalb von zwei Wochen widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit dem Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs oder der Ware.

**Widerrufsfolgen** Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren."

Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 20.6.2007. Der Beklagte und seine Ehefrau widerriefen mit Anwaltsschreiben vom 22.11.2007 ihre Vertragserklärungen. Die Klägerin fordert mit ihrer Klage pauschalierten Schadensersatz i.H.v. 30 Prozent des Gesamtpreises nebst Zinsen sowie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten. Das LG wies die Klage ab; das OLG gab ihr statt. Auf die Revision des Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Berufung der Klägerin zurück.

#### Die Lösung:

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280, 281 BGB) nicht zu. Der Beklagte und seine Ehefrau haben ihre auf den Abschluss eines Kaufvertrages über die Einbauküche gerichteten Vertragserklärungen vom 31.5.2007 mit dem Anwaltsschreiben vom 22.11.2007 wirksam widerrufen. Der Widerruf war entgegen der Auffassung des OLG nicht verfristet. Denn die Zweibwochenfrist für den Widerruf hatte zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht zu laufen begonnen, weil der Beklagte und seine Ehefrau über ihr Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden waren. Die in dem Bestellformular abgedruckte Widerrufsbelehrung genügte entgegen der Auffassung des OLG nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Die von der Klägerin erteilte Belehrung ist u.a. hinsichtlich der Widerrufsfolgen unzureichend. Sie enthält entgegen § 312 Abs. 2 BGB nur einen unvollständigen Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 BGB. Es fehlt die Belehrung über die gegenseitige Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen (§ 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB), z.B. von Zinsen auf den gezahlten Kaufpreis oder eine geleistete Anzahlung. Ein solcher Hinweis war nicht deshalb entbehrlich, weil nach der konkreten Vertragsgestaltung, wie das OLG meint, alle Leistungen - auch die Anzahlung seitens des Beklagten - erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu erbringen gewesen wären und deshalb eine Herausgabe von Nutzungen nicht habe in Betracht kommen können. Letzteres trifft nicht zu.

Zum einen war der Beklagte berechtigt, die Anzahlung bereits vor dem festgelegten Fälligkeitstermin und damit auch vor Ablauf der Widerrufsfrist zu entrichten. Dies ergibt sich nicht nur aus § 271 Abs. 2 BGB, sondern auch aus der Formulierung im Bestellformular ("bis zum 15.2.2008"). Ob ein solches Verhalten des Beklagten nahelag, ist entgegen der Auffassung des OLG unerheblich. Zum anderen kommt es nicht darauf an, ob vertragliche Leistungen nach der von der Klägerin beabsichtigten Vertragsgestaltung vor Ablauf der Widerrufsfrist ausgeschlossen sein sollten, sondern ob sie nach der tatsächlichen Vertragsgestaltung auch ausgeschlossen waren.

Das war hier nicht nur im Hinblick auf die Anzahlung des Beklagten nicht der Fall, sondern auch hinsichtlich der weiteren Leistungen, die nach dem Vertrag geschuldet waren. Denn da es, wie ausgeführt, schon an einer gesetzmäßigen Belehrung über den Beginn der Widerrufsfrist fehlte, hätte der Beklagte den Widerruf auch noch nach beiderseitiger Erfüllung des Vertrages erklären können. Eine vollständige Belehrung über die Widerrufsfolgen war deshalb entgegen der Auffassung des OLG nicht entbehrlich.

Gericht: BGH	Beweislast: Mangel der Kaufsache nach Nachbesserungsarbeiten	BGB § 437 Nr. 1, 439 I
Aktenzeichen: VIII ZR 266/09		
Datum: 09.03.2011		

	Der Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder entgegengenommen hat, trägt die Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung. Die Beweislast erstreckt sich allerdings nicht auf die Frage, auf welche Ursache ein Mangel der verkauften Sache zurückzuführen ist - insbes. ob auf die gleiche wie vor der Nachbesserung -, sofern eine Verursachung durch unsachgemäßes Verhalten des Käufers ausgeschlossen ist.
--	--

**Sachverhalt:** Der Kläger leaste von einer Leasinggesellschaft einen Neuwagen Audi S4, den die Gesellschaft bei der Beklagten erwarb. Die Gewährleistungsansprüche bzgl. des Pkw wurden von der Leasinggesellschaft an den Kläger abgetreten. Bereits kurz nach Übergabe beanstandete der Kläger verschiedene Mängel, darunter einen Fehler des Motors, der sich in Zündaussetzern, sporadischem Leistungsverlust und Rütteln des Motors zeige. Die Beklagte führte mehrfach Nachbesserungsarbeiten durch. Der Kläger behauptet, dass der Mangel auch durch die Reparaturversuche der Beklagten nicht beseitigt worden sei, und erklärte den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der erlangten Gebrauchsvorteile Zug um Zug gegen Rückgabe des Audi S4. Im Rahmen der während des Prozesses erfolgten Beweiserhebung stellte der Sachverständige erstmals bei der dritten Begutachtung des Fahrzeugs den vom Kläger beschriebenen Mangel fest. Der Sachverständige konnte jedoch nicht angeben, wann dieser Mangel erstmals aufgetreten war.

LG und OLG wiesen die Klage ab. Das OLG war der Ansicht, der Kläger habe nicht beweisen können, dass der vom Sachverständigen im Prozess festgestellte Fahrzeugmangel auf der erfolglosen Nachbesserung der Beklagten beruhe und nicht auf eine neue Mängelursache zurückzuführen sei. Auf die Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und gab der Klage statt.

#### Die Lösung:

Der Kläger hat Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der erlangten Gebrauchsvorteile Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw.

Der BGH hat seine Rechtsprechung bekräftigt, dass der Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder entgegengenommen hat, die Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung trägt. Die Beweislast erstreckt sich allerdings nicht auf die Frage, auf welche Ursache ein Mangel der verkauften Sache zurückzuführen ist, sofern eine Verursachung durch unsachgemäßes Verhalten des Käufers ausgeschlossen ist. Weist die Kaufsache - wie im Streitfalle - auch nach den Nachbesserungsversuchen des Verkäufers noch den bereits zuvor gerügten Mangel auf, muss der Käufer nicht nachweisen, dass dieser Mangel auf derselben technischen Ursache beruht wie der zuvor gerügte Mangel.

Anzeige

	<b>Ihr Erfolg durch den JI-Examenskurs: <u>Ergebnisse aus 2010 (nur Pflichtfach!):</u></b> <b>Hessen: 13,21; 12,16; 12,1; 10,87; 10,83; 10,6; 10,44</b> <b>Mainz: 12,38; 10,88 (2x); 10,77</b> <b>Heidelberg: „gut“ (12,1) davon schon 11,2 Pflichtfach!</b>
--	---

Anzeige

	<b>Ihr Erfolg durch den JI-Assessorkurs: <u>Ergebnisse aus 2010 und 2011:</u></b> <b>Hessen: 11,77; 11,7; 11,22; 10,0; 9,6; 9,17; 9,07 ...</b>
--	---

Gericht: OLG Düsseldorf	Zur Löschung negativer Ebay-Bewertungen im Eilverfahren	ZPO § 935
Aktenzeichen: I-15 W 14/11 Datum: 28.02.2011		

	Ein eBay-Verkäufer, der auf eine Negativbewertung eines Käufers erwidert hat, kann in einem Eilverfahren im Regelfall nicht die Löschung der negativen Bewertung verlangen, soweit diese nicht ersichtlich unwahr ist. Die Bezeichnung "Finger weg" überschreitet nicht die Grenze zur Schmähkritik.
---	--

**Sachverhalt:** Die Antragsgegnerin erwarb im November 2010 über die eBay-Plattform einen Computermonitor zum Kaufpreis von rd. 145 €. Sie machte dann von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch und sandte den Monitor an die Verkäuferin zurück. Die antragstellende Verkäuferin verweigerte die Erstattung des Kaufpreises und meinte, die Klägerin habe den zurückgesandten Monitor nicht ordentlich verpackt, so dass der Monitor beschädigt worden sei. Die Antragsgegnerin veröffentlichte daraufhin am 21.12.2010 über das eBay-Bewertungsportal folgenden Kommentar: "Finger weg!! Hat seine Ware zurückerhalten, ich aber nie mein Geld". Die Antragstellerin stellte dann folgende Antwort ein: "Fahrlässigkeit beschädigtes LCD bitte alles lesen auf unserer mich Seite Anfang". Sie verlangt von der Antragsgegnerin, die negative Käuferbewertung zu löschen. Sie macht u.a. geltend, dass sie aufgrund der negativen Bewertung Umsatzeinbußen erlitten habe.

Das LG wies den Antrag zurück. Das OLG bestätigte diese Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren.

#### Die Lösung:

Die Antragstellerin hat gegenüber der Antragsgegnerin keinen Löschungsanspruch hinsichtlich der negativen Käuferbewertung.

Das eBay-Bewertungssystem ermöglicht im Konfliktfall den Beteiligten, unverzüglich ihre Sichtweise zu schildern. Jedenfalls im Eilverfahren, im einstweiligen Verfügungsverfahren, kann daher in der Regel keine Löschung verlangt werden. Im Übrigen ist die Aussage "hat seine Ware erhalten, ich aber nie mein Geld" im Kern nicht ersichtlich unwahr. Auch die Bezeichnung "Finger weg" überschreitet nicht die Grenze zur Schmähkritik.

## Strafrecht

Gericht: BGH	Unmittelbares Ansetzen zum Versuch beim Betrug	StGB § 22
Aktenzeichen: 1 StR 540/10 Datum: 12.01.2011		

	Zwar trifft es zu, dass das unmittelbare Ansetzen regelmäßig bereits vorliegt, wenn ein Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht. Jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand und dessen beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt werden.
---	--

**Sachverhalt:** Seit 2002 arbeitete der Angeklagte für die 1923 geborene Frau J. als Hausmeister. Nachdem diese im September 2005 schwer gestürzt war, kümmerte er sich gegen entsprechendes Honorar u.a. auch um deren körperliche Hygiene und Verpflegung. Im August 2008 erklärte sich Frau J. mit dem Vorschlag des Angeklagten einverstanden, ihm das ihr gehörende Grundstück, dessen Verkehrswert das Urteil nicht mitteilt, zu schenken. In dem darauf stehenden Haus sollte sie weiterhin unentgeltlich wohnen dürfen und vom Angeklagten wie bisher gepflegt werden. Bei diesem Gespräch spiegelte der Angeklagte Frau J. "bewusst wahrheitswidrig ... vor, dass für die Übertragung des Anwesens Schenkungssteuer in Höhe von 150.000 € anfallen würde", obwohl er "wusste, dass die" Steuer "wesentlich niedriger ... sein", nämlich 81.175,40 € betragen würde. Da der Angeklagte sie nicht hätte bezahlen können, willigte Frau J. ein, ihm 150.000 € zusätzlich "zur Begleichung der anfallenden Schenkungssteuer zu schenken".

Mitte September 2008 beauftragte der Angeklagte einen befreundeten Rechtsanwalt, einen Überlassungsvertrag zu entwerfen. Der Entwurf enthielt in § 9 folgende Regelung: "Die Überlasserin übergibt dem Übernehmer neben der Überlassung des Grundstücks einen Betrag in Höhe von 150.000 € als Schenkung. Den Betrag in Höhe von

150.000 € übergibt die Überlasserin an den Übernehmer im Ausgleich der mit der Überlassung und auch der Schenkung des Betrages von 150.000 € anfallenden Schenkungssteuer. Sollte die anfallende Schenkungssteuer unter dem Betrag von 150.000 € liegen, ist vom Übernehmer eine teilweise Rückerstattung nicht geschuldet. Ein möglicher Restbetrag wird dem Übernehmer von der Überlasserin geschenkt".

Nachdem der Angeklagte den Vertragsentwurf gebilligt hatte, übersandte ihn sein Rechtsanwalt an einen Notar, der den Beurkundstermin auf den 1. Oktober 2008 um 17.00 Uhr bestimmte. Zu der Beurkundung kam es nicht mehr, weil der Angeklagte am Vormittag des genannten Tages festgenommen wurde.

**Die Lösung:**

Diese Feststellungen vermögen die Verurteilung wegen versuchten Betruges nicht zu tragen. Denn sie belegen nicht, dass der Angeklagte nach seinem Tatentschluss zur Verwirklichung des Betruges unmittelbar angesetzt hat (§ 22 StGB) und ggf. von dessen Versuch nicht strafbefreit zurückgetreten ist (§ 24 Abs. 1 StGB).

a) Der Senat hat Bedenken, ob der Angeklagte die nach § 22 StGB für den Versuchsbeginn maßgebliche Schwelle schon überschritten hat. Zwar trifft die vom Landgericht vertretene Ansicht zu, dass es hierfür regelmäßig genügt, dass ein Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 – 2 StR 527/90, BGHSt 37, 294, 296; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2002 – 1 StR 222/01, NStZ 2002, 433, 435). Es hat insofern eine Täuschung bejaht. Jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand und dessen beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt werden. Handelt es sich aber dabei - wie hier - um ein mehraktiges Geschehen, so ist erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Verfügungsverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll (vgl. Satzger in SSW, StGB, § 263 Rn. 254). Daher lag es nicht nahe, auf die in dem ersten, im August 2008 geführten Gespräch hinsichtlich der Höhe der Schenkungssteuer gemachte Angabe abzustellen. Denn diese konnte nicht ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die angestrebte Vermögensverschiebung münden, sondern sollte diese nur vorbereiten. Insbesondere bedurfte es auch nach der Vorstellung des Angeklagten noch der Ausarbeitung eines entsprechenden schriftlichen Vertrages und zwingend (§ 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB) dessen notarieller Beurkundung. Angesichts dessen vermag der Senat den Feststellungen ebenfalls nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte gar ohne Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals das Vorbereitungsstadium (hierzu BGH – 2 StR 527/90, BGHSt 37, 294, 297; BGH – 1 StR 222/01, NStZ 2002, 433, 435) bereits verlassen und die Schwelle zum "Jetzt geht es los", also zum ohne Zwischenakte den Tatbestand verwirklichenden Tun überschritten hatte. Die Frage des unmittelbaren Ansetzens kann er aber letztlich offen lassen.

b) Denn jedenfalls hat das LG nicht geprüft, ob der Angeklagte von dem - angenommenen - Betrugsvorversuch strafbefreit zurückgetreten ist. Eventuell ist es im Hinblick auf die einige Stunden vor dem Notartermin erfolgte Festnahme des Angeklagten von einem fehlgeschlagenen Versuch ausgegangen. Hierdurch hat es sich jedoch den Blick auf die Möglichkeit verstellt, dass der Angeklagte bereits zuvor vom Versuch zurückgetreten ist.

Insofern wäre es für die Voraussetzungen des für den allein handelnden Täter maßgeblichen § 24 Abs. 1 StGB zunächst darauf angekommen, ob ein beendet oder ein unbeendet Versuch vorliegt. Im ersten Fall erlangt der Täter Strafbefreiung nur dann, wenn er durch aktives Tun den Eintritt des Erfolges freiwillig verhindert. Im zweiten Fall genügt es, wenn er während der Ausführung seines Tatplans dessen weitere Durchführung freiwillig aufgibt. Maßgeblich für die Abgrenzung ist der sog. Rücktrittshorizont, d.h. die Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung.

Hierzu enthält das Urteil keinerlei Feststellungen. Diese zu treffen hätte aber schon wegen der Ausgestaltung des dem Notar übermittelten Entwurfs eines Übernahmevertrages Anlass bestanden. Denn hierin war nicht nur von der für das zu schenkende Grundstück anfallenden Steuer die Rede, sondern es wurde - was das Landgericht ebenfalls nicht ausdrücklich gewürdigt hat - zutreffend auch auf diejenige für die Geldschenkung hingewiesen. Beide zusammen hätten nach den §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7, 10, 16 Abs. 1 Nr. 5, 19 Abs. 1 ErbStG (in der zum Tatzeitraum geltenden Fassung) 128.992 € betragen, wenn man die in der Beweiswürdigung mitgeteilte Annahme des Angeklagten zugrunde legt, "das Haus" sei 300.000 € wert. Schließlich verwies der Vertragsentwurf auf die Möglichkeit, dass die insgesamt fällig werdende Steuer weniger als 150.000 € ausmachen könnte. Der Umstand, dass diese in Aussicht genommene Regelung keine Täuschung (mehr) enthielt und der Notar verpflichtet gewesen wäre, sie Frau J. vor der Beurkundung vorzulesen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BURkG), durfte in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben und hätte zur Prüfung der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 StGB führen müssen.

# Einzelunterricht

**Unser Dozententeam bietet Ihnen eine Intensive Betreuung im Rahmen des Einzelunterrichts.**

Für die Scheine und für die Erste Prüfung stehen ab dem 21. Februar zur Verfügung:

**Im Zivilrecht: RA Stefan Maier am Freitag Vormittag**

**Im Ö-Recht und im Strafrecht: RA Norbert Schill am Montag Vormittag in Frankfurt**

Weitere Termine und Einzelunterricht für das 2. Examen auf Anfrage.

**Eine 3-Stunden-Einheit kostet 250 €.**

# Kleinste Gruppe von 2 bis 4 Personen

**Sie haben in Ihrer Lerngruppe oder im Freundes- und Bekanntenkreis ein Verständnisproblem und wollen dieses gezielt beheben?**

**In der Kleinste Gruppe von 2 – 4 Personen stehen wir Ihnen zu den o.g. Terminen gerne zur Verfügung.**

- **2-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 250 €. Sie zahlen pro Person nur 125 €!**
- **3-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 270 €. Sie zahlen pro Person nur 90 €!**
- **4-er Gruppe: 1 Termin à 3 Stunden: 300 €. Sie zahlen pro Person nur 75 €!**

---

**Anfragen richten Sie bitte direkt an das Büro unter Tel. 069 / 21 99 56 46  
oder per E-Mail unter [info@ji-ssk.de](mailto:info@ji-ssk.de)**

**Wir bitten Sie um Verständnis, dass wir – aus nahe liegenden Gründen – keine Hilfe bei der Abfassung von Hausarbeiten leisten.**

Gericht: BGH	Rücktritt: Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch	StGB § 24
Aktenzeichen: 2 StR 536/10		
Datum: 08.12.2010		

	Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Abgrenzung eines unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein strafbefreiender Rücktritt gegeben ist, darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont) oder sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht.
--	---

**Sachverhalt:** Nach den Feststellungen des Landgerichts suchten der Angeklagte und der Mitangeklagte M. am Abend des 20. Januar 2010 gemeinsam eine Gaststätte in K. auf, um den Wirt, den Geschädigten G., körperlich zu misshandeln und zu verletzen. M. begab sich hinter die Theke, stach mehrfach mit einem Messer in Richtung des G. und verletzte ihn schließlich am Arm. Währenddessen schlug der 1,91 m große und jahrelang als Amateurboxer tätige Angeklagte mit einem Barhocker in Richtung des Geschädigten G. Sein erster Schlag verfehlte diesen jedoch und traf nur die Theke und die Zapfanlage. Der folgende zweite, mit voller Wucht geführte Schlag, bei dem der Angeklagte auch den Tod des Geschädigten billigend in Kauf nahm, traf diesen am Kopf. Der Geschädigte erlitt einen Schädelbasisbruch und brach sofort zusammen.

Er versuchte sich aufzurichten, brach aber aufgrund der von dem Schlag verursachten Lähmungserscheinungen sogleich wieder zusammen. Der Angeklagte und M. warfen noch mehrere Barhocker auf ihn und verließen sodann, während der Geschädigte bewusstlos am Boden liegen blieb, die Gaststätte. Zwei verängstigte, während des Angriffs in der Gaststätte anwesende Zeugen verständigten den Notarzt.

Das Landgericht hat das Vorgehen des Angeklagten als Tötungsversuch gewertet, ist aber unter Anwendung des Zweifelsgrundsatzes davon ausgegangen, dass er mit strafbefreiender Wirkung davon zurückgetreten sei. Mangels entgegenstehender Hinweise sei zu unterstellen, dass der Angeklagte - schon aufgrund der Versuche des Geschädigten sich aufzurichten - diesen weder für tot gehalten habe noch davon ausgegangen sei, bereits alles für seine Tötung Erforderliche getan zu haben. Der lebensgefährlich verletzte Geschädigte wäre zwar ohne ärztliche Hilfe verstorben. Der Angeklagte hätte aber damit rechnen müssen, dass er diese erhalte.

#### Die Lösung:

Diese Bewertung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen zum strafbefreienden Rücktritt und deren Wertung sind nicht ausreichend und lassen besorgen, dass das Landgericht von einem unrichtigen Maßstab ausgegangen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Abgrenzung eines unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein strafbefreiender Rücktritt gegeben ist, darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGHSt 39, 221, 227 f. mwN) oder sich - namentlich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben - keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (vgl. BGHSt 40, 304, 306; Fischer, StGB § 24 Rn. 15 mwN).

Dies hat die Kammer, die offensichtlich vom Vorliegen eines unbeendeten Versuchs ausgegangen ist, verkannt, denn sie hat lediglich darauf abgestellt, dass der Angeklagte nach Beendigung seiner Tathandlung den Geschädigten weder für tot gehalten habe noch davon ausgegangen sei, dass er bereits alles für den Todeseintritt Erforderliche getan habe. Die Annahme eines unbeendeten Versuchs setzt darüber hinaus gerade bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen eines mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnden Täters voraus, dass auch Umstände festgestellt werden, die im Rahmen einer Gesamtürwidigung die Wertung zulassen, er habe nach Beendigung seiner Tathandlung den tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten. Daran fehlt es vorliegend.

Auch aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich nicht, aus welchen Umständen geschlossen werden könnte, der Angeklagte - der eine Tatbeteiligung abgestritten hat - habe nach dem zweiten Schlag mit dem Barhocker nicht mehr mit dessen tödlicher Folge gerechnet. Dass der Geschädigte nach dem Schlag versucht hatte, sich aufzurichten - wobei unklar bleibt, worauf diese Feststellung beruht -, lässt diesen Schluss angesichts der

äußersten Umstände jedenfalls nicht zu. Insoweit zu berücksichtigen sind nämlich die Wucht des Schlages sowie die Schwere der Verletzungen, die dazu führten, dass es dem Geschädigten gerade nicht gelang, sich wieder aufzurichten, sondern er sogleich wieder zusammenbrach. Auch wurde der Geschädigte nach den Feststellungen bewusstlos zurückgelassen, wobei nach Zeugenangaben "alles voller Blut war".

Soweit die Kammer zugunsten des Angeklagten auf den Zweifelssatz zurückgreift, ist dies zwar grundsätzlich auch im Rahmen der Bewertung des Rücktrittshorizonts zulässig. Dies setzt aber zunächst eine Gesamtwürdigung der festgestellten Beweistatsachen voraus, die erst im Ergebnis eine eindeutige Wertung nicht ermöglicht.

Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

<b>Gericht:</b> BVerfG	<b>§ 81a StPO: Zum Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt</b>	<b>StPO</b> § 81a
Aktenzeichen: 2 BvR 1596/10		
Datum: 24.02.2011		

	Ein Beweisverwertungsverbot ist grundsätzlich nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen nach Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall anzuerkennen, insbesondere bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder dem Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensfehlers.
--	--

**Sachverhalt:** Die Beschwerdeführer in den zwei miteinander verbundenen Verfahren sind wegen Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Die Verurteilung stützte sich jeweils auf das Ergebnis der durch die ermittelnden Polizeibeamten vor Ort angeordneten Blutentnahme und –untersuchung, die eine Blutalkoholkonzentration im Bereich der absoluten Fahruntüchtigkeit auswies. Im ersten Verfahren hatte der Polizeibeamte des Funkstreifenwagens an einem Sonntagnachmittag den Diensthabenden auf der Wache zuvor ersucht, einen richterlichen Beschluss zu erwirken. Als ihm von dort mitgeteilt wurde, dass ein Richter telefonisch nicht habe erreicht werden können, ordnete der Polizeibeamte vor Ort selbst die Blutentnahme an. Ob tatsächlich versucht worden war, einen Richter zu erreichen, konnte nicht geklärt werden, da der Vorgang nicht in den Akten dokumentiert war. Im zweiten Verfahren hatte die Polizei an einem Sonntag gegen 4.30 Uhr nach erfolglosem Versuch, den staatsanwaltschaftlichen Bereitschaftsdienst zu erreichen, die Blutentnahme angeordnet. Nach den gerichtlichen Feststellungen existierte kein nächtlicher richterlicher Eildienst bei dem zuständigen Amtsgericht.

Mit den gegen ihre Verurteilung gerichteten Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihrer Grundrechte auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren sowie auf körperliche Unversehrtheit. Die Entnahme einer Blutprobe ohne richterliche Anordnung habe in ihrem Fall zu einem Beweisverwertungsverbot geführt, d. h. das Ergebnis der Blutuntersuchung hätte der Verurteilung nicht als Beweismittel zugrunde gelegt werden dürfen.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen, die Beschwerdeführer insbesondere nicht in ihren Grundrechten verletzt sind.

#### Die Lösung:

Die Anordnung einer Blutentnahme zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration steht gemäß § 81a Abs. 2 StPO dem Richter zu (Richtervorbehalt) und darf nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung (Gefahr im Verzug) von der Staatsanwaltschaft oder den ermittelnden Polizeibeamten getroffen werden.

1. Die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots durch die Fachgerichte verletzt die Beschwerdeführer nicht in ihrem Recht auf einen effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG. Nach gefestigter und willkürfreier Rechtsprechung der Strafgerichte ist dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle hierfür bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat. Ein Beweisverwertungsverbot ist daher als Ausnahme nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen nach Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall anzuerkennen,

insbesondere bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder dem Vorliegen eines besonders schweren Verfahrensfehlers.

Vor diesem Hintergrund ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass nach der strafgerichtlichen Rechtsprechung eine fehlende Dokumentation allein nicht zu einem Verwertungsverbot führt. Gleiches gilt für das Fehlen eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes. In einem solchen Fall können die Strafgerichte darauf verweisen, dass die handelnden Polizeibeamten den Richtervorbehalt nicht willkürlich oder zielgerichtet umgehen. Auch die Nichterreichbarkeit des staatsanwaltschaftlichen Bereitschaftsdienstes führt nicht zu einem verfassungsrechtlich gebotenen Beweisverwertungsverbot. Da nach § 81a StPO sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die ermittelnden Polizeibeamten bei Gefahr im Verzug die Befugnis zur Anordnung einer Blutentnahme haben, ist deren Ergebnis unabhängig von der einfachrechtlischen Frage verwertbar, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Eilkompetenz vorrangig durch die Staatsanwaltschaft wahrzunehmen ist.

2. Die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots verstößt auch nicht gegen das Recht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren. Ein solcher Verstoß liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde. Der einfachrechtlische Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO beruht auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, nicht auf einer zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgabe. Er gehört nicht zum Bereich des rechtsstaatlich Unverzichtbaren und stellt keinen so schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dar, dass von Verfassungs wegen ein Richtervorbehalt zu verlangen wäre. Daher kann ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt im nachfolgenden Strafverfahren nur im Einzelfall eine verfassungsrechtliche Bedeutung erlangen, wenn eine willkürliche, den Fairnessgrundsatz ignorierende Auslegung und Anwendung der maßgeblichen strafprozessualen Vorschriften vorliegt. Hierfür sind in den vorliegenden Verfahren keine Anhaltspunkte gegeben.

<b>Gericht: BGH</b>	<b>Fremde Sache von bedeutendem Wert: Wertgrenze bei 750 €</b>	<b>StGB</b>
Aktenzeichen: 4 StR 245/10		§ 315b, c
Datum: 28.09.2010		

	Eine Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB zur Tatbestandserfüllung reicht nur aus, wenn auch der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs war. Die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert liegt nach der Rechtsprechung des Senats bei mindestens 750 €.
--	---

**Sachverhalt:** Nach den Feststellungen hat der Angeklagte im Zeitraum von September 2007 bis September 2008 vier Verkehrsunfälle jeweils absichtlich herbeigeführt (§ 315b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB) und die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB vorgenommen hat. Dabei sind an den Fahrzeugen der Unfallgegner Schäden in Höhe von 1.062,11 €, 792,30 €, 800 € bzw. 885,84 € verursacht worden; dass ein darüber hinausgehender Sachschaden oder sogar ein Personenschaden konkret gedroht haben, ist in keinem dieser Fälle festgestellt.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB zur Tatbestandserfüllung nur ausreicht, wenn auch der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs war (vgl. hierzu BGH, NStZ-RR 2008, 83), und hat diese Voraussetzung in den fraglichen vier Fällen als erfüllt angesehen. Dabei hat es sich an der Rechtsprechung des Senats ausgerichtet, wonach die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert bei mindestens 750 € liegt (vgl. BGH, NStZ-RR 2008, 289; NZV 2010, 261).

Für eine Anhebung dieser Wertgrenze sieht der Senat keinen Anlass.

a) Allerdings wird in der Literatur teilweise eine höhere Wertgrenze von bis zu 1.300 € angenommen, die der Grenze des bedeutenden Schadens im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB angeglichen ist (vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. zu §§ 306 ff. Rn. 15; Fischer, StGB, § 315 Rn. 16a; wie die Senatsrechtsprechung dagegen: König in: LK, § 315 Rn. 95; SSW-StGB/Ernemann § 315c Rn. 25; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 315c Rn. 24).

Vereinzelt haben auch Oberlandesgerichte eine Wertgrenze von 1.300 € für die konkrete Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert angenommen (z.B. OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 185, 186).

b) Eine Angleichung an die Wertgrenze des bedeutenden Schadens im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist nicht angezeigt, weil die Vorschriften unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen.

Der Schadensbegriff des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist nach dem Normzweck des § 142 StGB zu bestimmen, der dem Interesse der Unfallbeteiligten an der Aufklärung der Unfallursachen zur Klarstellung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit und damit an der Sicherung bzw. Abwehr zivilrechtlicher Ersatzansprüche dient (Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 142 Rn. 1a m.w.N.). Maßgeblich ist daher nicht der reine Sachschaden, sondern der Geldbetrag, der erforderlich ist, den Geschädigten so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten (vgl. MünchKommStGB/Athing § 69 Rn. 70 m.w.N.). Deswegen sind neben den Reparaturkosten auch Bergungs- und Abschleppkosten einzubeziehen.

Bei §§ 315, c StGB ist demgegenüber allein auf den (drohenden) Schaden an der Sache selbst abzustellen, wobei der Wert der Sache nach deren Verkehrswert, die Höhe des (drohenden) Schadens nach der am Marktwert zu messenden Wertminderung zu berechnen ist (vgl. BGH, NStZ-RR 2008, 289). Die Vorschriften bezwecken den Schutz des Allgemeininteresses an der Sicherheit des Straßenverkehrs, der in ihnen verwirklichte Schutz auch des Einzelnen ist nur eine Nebenwirkung. Das Schwergewicht der Vorwerbarkeit liegt dementsprechend - ungeachtet der Ausgestaltung der Straftatbestände als Erfolgsdelikte - in der besonderen Gefährlichkeit der Tathandlung für die Allgemeinheit und damit im Handlungsunrecht; der Erfolgsunwert - der Niederschlag der abstrakten Gefährdung in einer konkreten Gefahr für Individualrechtsgüter - hat lediglich strafbarkeitsbegrenzende Funktion, der auch die weitere Einschränkung des bedeutenden Wertes dient. Insofern rechtfertigt der Schutzzweck der §§ 315b, c StGB die Bestimmung eines niedrigeren Grenzwertes als bei § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB auch losgelöst von der unterschiedlichen Berechnungsgrundlage.

c) Schließlich gebietet auch die in den letzten Jahren eingetretene wirtschaftliche Entwicklung eine Anhebung des Grenzwertes für Sachwert und Schadenshöhe nicht. Bei der Wertgrenze handelt es sich zwar um eine veränderliche Größe, die maßgeblich von der Entwicklung der Preise und Einkommen abhängig ist. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Tatbestandsbestimmtheit, kommt eine Anhebung der Wertgrenze aber nur bei einer grundlegenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht. Eine derartige Veränderung vermag der Senat nicht zu erkennen.



## Assex StPO-Crash-Kurs:

Machen Sie sich im Prozessrecht fit für die Klausuren und für die mündliche Prüfung. Unser Fachmann für Prozessrecht, RA Thorsten Krauß, hat für Sie die aktuelle Rechtsprechung zum Prozessrecht ausgewertet und aufbereitet.

- Top-aktuelle Rechtsprechung (ca. 40 Fälle)

**Stundenplan:**

Samstag, 26.03. und 09.04. 2011 jeweils von 9 - 15.30 Uhr (inklusive ca. 45 Minuten Pause)

**Kursort: Zeil 65, Raum 2, 60313 Frankfurt**      **Preis: 75 €**



## **WuV-Kurs ab 28.3.**

**Dozenten Mainz: Soltner, Dr. Schweinberger,  
Dr. Kues**

**Dozenten Ffm: Dr. Schweinberger, Kalk, Dr. Aul**



# 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

### BRETTSCHEIDER & MICHAELIS-HATJE

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

[info@bmb-recht.de](mailto:info@bmb-recht.de) ■ [www.bmb-recht.de](http://www.bmb-recht.de)

WULF BRETTSCHEIDER  
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE  
Rechtsanwältin und Mediatorin  
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHEIDER  
Rechtsanwalt  
Repetitor für Öff. Recht

Gericht: BGH	Tötung auf Verlangen: Ernstlichkeit des Tötungsverlangens	StGB § 216
Aktenzeichen: 3 StR 168/10		
Datum: 07.10.2010		

	Ein Tötungsverlangen ist von vornherein nur dann als ernstlich im Sinne des § 216 StGB anzuerkennen, wenn das Opfer die zureichende natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, um frei verantwortlich entscheiden sowie die Bedeutung und die Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig überblicken und abwägen zu können. Einem Todesbegehr kann die privilegierende Wirkung mangels Ernstlichkeit aber auch dann noch zu versagen sein, wenn es auf einem Entschluss des Opfers beruhte, der nach diesen Maßstäben frei von Willensmängeln war.
--	--

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage, welche Anforderungen an die Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens zu stellen sind, nicht abschließend geklärt.

Allerdings hat der BGH in NJW 1981, 932 festgehalten, dass ernstlich im Sinne des § 216 StGB nur ein Verlangen sei, das auf fehlerfreier Willensbildung beruhe. Der seinen Tod verlangende Mensch müsse die Urteilstatkraft besitzen, um Bedeutung und Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig zu überblicken und abzuwegen. Es komme deshalb auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Lebensmüden an; sei dieser zu einer freien Selbstbestimmung über sein Leben entweder allgemein oder in der konkreten Situation nicht imstande, z.B. als Geisteskranker oder Jugendlicher, der nicht die entsprechende Verstandesreife besitze, so fehle es an einem ernstlichen Verlangen. Dem entsprechend hat der BGH einem Tötungsverlangen die Anerkennung versagt, weil das Tatopfer durch eine krankhafte seelische Störung in seiner natürlichen Einsichts- und Willensfähigkeit beeinträchtigt war und deshalb die Tragweite seines Entschlusses, sich töten zu lassen, nicht rational überblickte (BGHSt 50, 80).

Dass ein Tötungsverlangen von vornherein nur dann Anerkennung verdient, wenn das Opfer die zureichende natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, um frei verantwortlich entscheiden sowie die Bedeutung und die Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig überblicken und abwägen zu können, ist unumstritten. Daran kann es etwa infolge alters- oder krankheitsbedingter Mängel oder unter dem Einfluss von Alkohol oder Drogen fehlen (Fischer, § 216 Rn. 7).

Gleiches gilt für einen Todeswunsch, der deshalb nicht auf einem in freier Eigenverantwortung gefassten Entschluss beruht, weil der Täter ihn durch Zwang, Drohung oder arglistige Täuschung hervorrief, etwa durch Vorspiegelung eigener Suizidabsicht (Fischer aaO; vgl. auch BGH, JZ 1987, 474).

Damit sind die inhaltlichen Anforderungen, die das normative Tatbestandsmerkmal der Ernstlichkeit für die privilegierende Wirkung des Tötungsverlangens voraussetzt, jedoch nicht abschließend umschrieben. **Das Fehlen von Willensmängeln der genannten Art ist zwar notwendige, nicht aber auch hinreichende Voraussetzung der Ernstlichkeit des Tötungsverlangens.** Der Senat stimmt insoweit im Grundsatz der im strafrechtlichen Schrifttum einhellig geäußerten Auffassung zu, dass einem Todesbegehr die privilegierende Wirkung mangels Ernstlichkeit auch dann zu versagen sein kann, wenn es auf einem Entschluss des Opfers beruhte, der nach obigen Maßstäben frei von Willensmängeln war.

Welche weiteren Eingrenzungen des Tatbestandsmerkmals danach geboten sind, wird aber in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Überwiegend wird einem Verlangen die Anerkennung dann versagt, wenn es einer **Augenblicksstimmung** oder einer vorübergehenden Depression entsprang (Fischer; aaO). Gelegentlich wird der Wunsch des Opfers, sterben zu wollen, darüber hinaus auch dann für unbeachtlich gehalten, wenn es bei seinem Entschluss von unzutreffenden Voraussetzungen ausging oder einem wesentlichen Motivirrtum unterlag, so etwa bei irriger Annahme einer unheilbaren Erkrankung. Am weitesten geht die Auffassung, das Tötungsverlangen sei ein Unterfall der Einwilligung, weshalb es grundsätzlich schon dann anzuerkennen sei, wenn das Tatopfer keinen einwilligungsrelevanten Willensmängeln unterlag; auch diese Ansicht verlangt aber einschränkend eine durch Willensfestigkeit und Zielstrebigkeit gezeichnete innere Haltung des Lebensmüden, die einem beiläufig oder leichthin artikulierten Tötungsverlangen fehle.

Der Senat muss sich nicht im Einzelnen festlegen, welcher Ansicht zu folgen ist. Selbst die Auffassung, nach der ein frei von Willensmängeln geäußerter Todeswunsch die weitestgehende Anerkennung verdient, lässt **ein Verlangen in depressiver Augenblicksstimmung jedenfalls dann nicht genügen, wenn es nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen wird.** Dem schließt sich der Senat insoweit an, als damit eine Voraussetzung umschrieben ist, welcher ein Tötungsverlangen mindestens zu genügen hat, um als ernstlich zu gelten.

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent

## Unsere aktuellen Assex-Angebote:



## Assex Zivil-, Straf- und ÖR

- In Mainz ab April 2011 (und Oktober 2011)

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

## Assex Zivil- und StrafR

- In Frankfurt und Gießen ab Sept. 2011 (und März '12)

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

## Assex Ö-Recht (Hessen)

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

Stets Feb., Mai, Aug. und Nov. jeweils Donnerstag 18 – 21 Uhr  
bei RA Dr. Kues, Frankfurt, Zeil 65, Kurspreis: 230,- €

## Assex Arbeits-/WirtschaftsR

- Jeweils 6 Termine à 3 Zeitstunden, montags und freitags

Ab Mitte 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 €

# Öffentliches Recht

Gericht: EuGH	Geschlecht als Risikofaktor bei Versicherungsprämien diskriminierend	RL/EG 2004/113/ EG
Aktenzeichen: C-236/09		
Datum: 01.03.2011		

	<p><b>Die Berücksichtigung des Geschlechts von Versicherten als Risikofaktor in Versicherungsverträgen stellt eine Diskriminierung dar. Ausnahmen sind daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit als ungültig anzusehen. Versicherungen müssen ab dem 21.12.2012 einheitliche Tarife für Frauen und Männer anbieten.</b></p>
---	---

**Sachverhalt:** Die Richtlinie 2004/113/EG untersagt jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Sie verbietet grundsätzlich die Berücksichtigung des Geschlechts als Kriterium für die Berechnung von Prämien und Leistungen nach dem 21.12.2007 geschlossener Versicherungsverträge. Allerdings sieht sie in Abweichung davon vor, dass die Mitgliedstaaten ab diesem Datum Ausnahmen von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen zulassen dürfen, sofern sie sicherstellen können, dass die zugrunde liegenden Daten verlässlich und transparent sind. Diese Ausnahmen waren nur dann zulässig, wenn das nationale Recht die Regel der Geschlechtsneutralität bis dahin noch nicht vorsah.

Ein belgischer Verbraucherverband und zwei Privatpersonen erhoben vor dem belgischen Verfassungsgerichtshof Klage auf Nichtigerklärung des belgischen Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie. Infolgedessen legte das belgische Gericht dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit der in der Richtlinie enthaltenen Ausnahme mit höherrangigem Recht, nämlich dem im Unionsrecht verbürgten Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern, vor.

Der EuGH erklärte nun die Ausnahme von der Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen im Versicherungssektor für mit Wirkung vom 21.12.2012 ungültig.

## Die Lösung:

Versicherungen müssen einheitliche Tarife für Frauen und Männer anbieten.

Der EU-Gesetzgeber hatte in der Richtlinie vorgesehen, dass die Unterschiede bei den Prämien und Leistungen, die sich aus der Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei ihrer Berechnung ergeben, bis spätestens zum 21.12.2007 abgeschafft werden mussten. Da jedoch zur Zeit des Erlasses der Richtlinie die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren im Bereich des Versicherungswesens weit verbreitet war, stand es dem Unionsgesetzgeber frei, die Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen stufenweise mit angemessenen Übergangszeiten umzusetzen.

Die Möglichkeit proportionale Unterschiede für die Versicherten dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist, sollte nach fünf Jahren überprüft werden. Allerdings durften die Mitgliedstaaten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, den Versicherern gestatten, diese Ungleichbehandlung unbefristet zu praktizieren, da die Richtlinie keine Bestimmung über die Anwendungsdauer dieser Unterschiede enthält.

Somit bestand die Gefahr, dass die in der Richtlinie vorgesehene Ausnahme von der Gleichbehandlung von Frauen und Männern nach dem Unionsrecht unbefristet zulässig ist. Eine Bestimmung, die es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, läuft jedoch der Verwirklichung des Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit als ungültig anzusehen.

Anzeige

	<p style="text-align: center;"><b>Kursbeginn JI-Examenskurs in Heidelberg: 28. März 2011, 8.30 Uhr</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Kommen Sie einfach zum Probehören vorbei!</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Heidelberg: „gut“ (12,1) davon schon 11,2 Pflichtfach!</b></p>
---	---

Gericht: BVerwG	Benachteiligung eines schwerbehinderten Bewerbers um Richteramt	AGG § 15
Aktenzeichen: 5 C 15 u. 16.10		
Datum: 03.03.2011		

	Wurde für die Besetzung von Richterstellen nicht vorab ein bestimmtes Notenniveau bindend festgelegt, so müssen alle schwerbehinderten Bewerber mit Befähigung zum Richteramt zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Dies folgt aus § 82 Satz 2 und 3 SGB IX. Ein Verstoß gegen diese Pflicht lässt vermuten, dass eine Diskriminierung wegen der Behinderung vorliegt. Kann der Arbeitgeber diese Vermutung nicht widerlegen, muss er dem schwerbehinderten Bewerber gem. § 15 AGG eine Entschädigung zahlen.
---	---

**Sachverhalt:** Die 1967 geborene Klägerin ist mit schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Sie war zunächst längere Zeit berufstätig, bevor sie ein Jura-Studium aufnahm. Das Erste und Zweite Juristische Staatsexamen bestand sie jeweils mit der Gesamtnote "befriedigend". 2007 bewarb sie sich in Baden-Württemberg und Bayern erfolglos um eine Einstellung in den höheren Justizdienst als Richterin. Sie wurde in beiden Ländern nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, weil sie – so die zuständigen Ministerien – mit ihren Examensnoten das Anforderungsprofil nicht erfülle.

Die Klägerin forderte daraufhin eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Der öffentliche Arbeitgeber habe sie aufgrund ihrer Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen. Dass er dies nicht getan habe, lasse eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung vermuten. Ihre beiden auf Zahlung einer Entschädigung i.H.v. max. drei Monatsgehältern (jeweils etwa 12.000 €) gerichteten Klagen wiesen die Vorinstanzen ab.

Auf die Revision der Klägerin hob das BVerwG diese Entscheidungen auf und verwies die Verfahren zur Klärung der angemessenen Höhe einer von den beklagten Ländern zu zahlenden Entschädigung an den VGH Mannheim und den VGH München zurück.

### Die Lösung:

Die Klägerin hat gem. § 15 Abs. 2 AGG einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, weil sie entgegen der gesetzlichen Verpflichtung öffentlicher Arbeitgeber nach § 82 Satz 2 und 3 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist.

Die Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch ist zwar gem. § 82 Satz 3 SGB IX entbehrlich, wenn ihnen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Ein solcher Fall lag hier aber nicht vor. Die Klägerin hatte mit dem Zweiten Staatsexamen unstrittig die Befähigung zum Richteramt erworben. Auf die Noten durften die beklagten Dienstherrn daneben nicht abstellen. Diese sind nur relevant, wenn ein bestimmtes Notenniveau vorab und bindend in einem Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle festgelegt worden ist. Dies war 2007 für Richterstellen weder in Baden-Württemberg noch in Bayern der Fall.

Danach war es rechtswidrig, die Klägerin nicht zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Dies begründet nach § 22 AGG die gesetzliche Vermutung dafür, dass die Klägerin durch Vorenthalten der gesetzlichen Besserstellung benachteiligt wurde. Da die Beklagten diese Vermutung nicht widerlegt haben, sind sie gem. § 15 Abs. 2 AGG entschädigungspflichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Klägerin im Ergebnis bei benachteiligungsfreier Auswahl wegen ihrer Noten nicht eingestellt worden wäre.

Die Verfahren waren an den VGH Mannheim und den VGH München zurückzuverweisen, da diese – aus ihrer abweichenden Sicht folgerichtig – keine Feststellungen zur Höhe einer angemessenen Entschädigung getroffen haben.

Anzeige

	<p style="text-align: center;"><b>JI-Skripte:</b>  <b><u>Im Handel schon erhältlich:</u></b>  <b><u>Strafrecht AT 1 und 2, BT 1</u></b>  <b><u>BGB AT, Kaufrecht, Allg. VerwR und Grundrechte</u></b></p>
---	---

# Arbeitsrecht

<b>Gericht:</b> BAG <b>Aktenzeichen:</b> 2 AZR 636/09 <b>Datum:</b> 24.02.2011	<b>Muslimische Arbeitnehmer: Zum Anspruch auf alkoholfreien Arbeitsplatz</b>	<b>BGB</b> <b>§ 626</b> <b>GewO</b> <b>§ 106</b>
--	--	---

	<b>Muslimische Arbeitnehmer können berechtigt sein, das Arbeiten mit alkoholischen Getränken zu verweigern. Dafür darf ihnen nur dann gekündigt werden, wenn ihnen im Rahmen der betrieblichen Organisation keine andere Tätigkeit zugewiesen werden kann, die sie ohne Religionskonflikt verrichten können. Arbeitnehmer müssen in einem solchen Fall allerdings konkret aufzeigen, an welchen Tätigkeiten sie sich aus religiösen Gründen gehindert sehen, damit der Arbeitgeber das Vorliegen freier Arbeitsplätze prüfen kann.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger ist gläubiger Moslem. Er war seit 1994 im Warenhaus der Beklagten beschäftigt. Zunächst war er in der Waschstraße tätig. Seit 2003 wurde er als "Ladenhilfe" im Getränkebereich eingesetzt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob er hierbei auch mit alkoholischen Getränken zu tun hatte. 2007 versetzte die Beklagte ihn in die Frischwarenabteilung. Nach mehreren Erkrankungen des Klägers stellte sich heraus, dass die kühlen Temperaturen die Ursache für seine häufigen Fehlzeiten waren. Daraufhin wies die Beklagte ihn an, wieder in der Getränkeabteilung zu arbeiten.

Der Kläger weigerte sich strikt, dieser Anordnung Folge zu leisten. Er berief sich auf seinen muslimischen Glauben, nach welchem ihm jeglicher Umgang mit Alkohol verboten sei. Nach weiteren erfolglosen Aufforderungen kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und vorsorglich ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass die Versetzung in die Getränkeabteilung gegen sein Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG verstöße. Nach dem Koran sei ihm jeglicher Umgang mit Alkohol verboten. Er habe nicht damit rechnen müssen, für derartige Arbeiten herangezogen zu werden. Eine Kündigung könne erst dann in Betracht kommen, wenn die Beklagte darlege, dass sie ihn nicht in einem Bereich einsetzen könne, in dem er ohne Gewissenskonflikt tätig werden könnte.

Das ArbG wies die Klage ab; das LAG stellte zwar die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung fest, bestätigte aber die Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung. Auf die Revision des Klägers hob das BAG diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

## Die Lösung:

Der Fall bedarf weiterer Aufklärung.

Grundsätzlich kann die Weigerung eines Arbeitnehmers, eine Arbeitsaufgabe zu erfüllen, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, auch dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn sie aus religiösen Gründen erfolgt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass keine naheliegenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen.

Arbeitnehmer müssen in einem solchen Fall dem Arbeitgeber mitteilen, worin genau die religiösen Gründe bestehen, und aufzeigen, an welchen Tätigkeiten sie sich gehindert sehen. Besteht für den Arbeitgeber im Rahmen der von ihm zu bestimmenden betrieblichen Organisation die Möglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung, die den religionsbedingten Einschränkungen Rechnung trägt, muss er dem Arbeitnehmer diese Tätigkeit zuweisen.

Nach diesen Grundsätzen steht im Streitfall noch nicht fest, ob die Arbeitsverweigerung des Klägers eine Kündigung rechtfertigt. Der Kläger musste als "Ladenhilfe" im Einzelhandelsmarkt grds. mit der Zuweisung von Arbeitsaufgaben rechnen, die den Umgang mit Alkoholika erfordern. Seinen Darlegungen lässt sich noch nicht hinreichend deutlich entnehmen, welche Tätigkeiten ihm seine religiöse Überzeugung verbietet. Dementsprechend kann auch noch nicht abschließend beurteilt werden, ob es der Beklagten möglich war, dem Kläger eine andere Arbeit zu übertragen.

**Anm:** Das BAG hatte in der Vergangenheit schon mehrfach darüber zu entscheiden, inwieweit die Religionsfreiheit des Arbeitnehmers das arbeitgeberseitige Direktionsrecht einschränkt. 2002 urteilte es, dass das Tragen eines – islamischen – Kopftuchs regelmäßig noch nicht die ordentliche Kündigung einer Verkäuferin in einem Kaufhaus rechtfertigt (BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01). Anders wurden wegen der Neutralitätspflicht des Staates Fälle beurteilt, in denen muslimische Lehrerinnen bzw. Kindergärtnerinnen das Tragen eines Kopftuchs untersagt worden war (BAG, Urt. v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08; Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 55/09; Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 593/09).