

Herausgeber:

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

# ZARA

Ausgabe April/11  
4. Jahrgang

## Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

**Redaktion Zivilrecht:**  
RA Soltner

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

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

### Inhaltsverzeichnis:

#### Zivilrecht

BGH, 30.03.2011 – VIII ZR 173/10 – Mietrecht: Umlagefähigkeit von Modernisierungsmaßnahmen	S. 4
BGH, 22.02.2011 – XI ZR 261/09 – Beweislast einer Bank: Bereicherungsanspruch im Lastschriftverfahren	S. 5
BGH, 12.04.2011 – VI ZR 300/09 – Schadensersatz: Schätzungsgrundlagen für Mietwagenkosten	S. 6
OLG Koblenz, 14.03.2011 – 12 U 1529/09 – Zum Haftungsausschluss bei einem Fahrsicherheitstraining	S. 8

#### Strafrecht

BVerfG, 07.03.2011 1 BvR 388/05 – Sitzblockade muss nicht immer verwerflich sein	S. 9
BGH, 11.01.2011 – 5 StR 491/10 – Berliner „Drogenarzt“: Abgrenzung Selbst- und Fremdgefährdung	S. 11
BGH, 27.01.2011 – 5 StR 488/09 – Urkundseigenschaft von Fotokopien und Telefaxen	S. 12
OLG Frankfurt, 17.12.2010 – 1 Ws 29/09 – Betrug bei sog. Abo-Fallen im Internet	S. 13
OLG Frankfurt, 14.09.2010 – 3 Ws 830/10 – Kein Betrug bei Täuschung über Verwendungszweck eines Darlehens	S. 18
OLG Zweibrücken, 26.05.2010 – 1 Ws 241/09 – Verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“	S. 20

#### Öffentliches Recht

BGH, 03.03.2011 – II ZR 174/10 – Schadensersatzanspruch bei rechtmäßigen polizeilichen Maßnahmen	S. 21
--	-------

#### Arbeitsrecht

BAG, 06.04.2011 – 7 AZR 716/09 – BAG lockert „Anschlussverbot“ bei Befristungen	S. 22
BAG, 24.03.2011 – 2 AZR 790/09 – Mehrjährige Haftstrafe rechtfertigt regelmäßig Kündigung	S. 23
BAG, 23.03.2011 – 5 AZR 7/10 – „Equal Pay“: Keine Bindung an Anschlussfrist im Entleiherbetrieb	S. 24
BAG, 23.03.2011 – 4 AZR 366/09 – Tarifliche „Spannensicherungsklauseln“ sind unwirksam	S. 24
ArbG Berlin, 29.03.2011 – 50 Ca 13388/10 – Polizeiangehänger wegen außerdienstlichem BtMG-Verstoß gekündigt	S. 25

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Mayer Brown LLP veranstaltet am 12. Mai einen Workshop „Arbeiten in einer Law Firm“ für den Sie sich noch bis zum 4. Mai bewerben können. (Anzeige auf S. 2).
- 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 aktuellen Ausgabe gibt es im strafrechtlichen Bereich zwei Entscheidungen, die herauszuheben sind. Einerseits die Entscheidung des BVerfG zur Verwerflichkeit bei Sitzblockaden und andererseits die Entscheidung des BGH zur Abo-Falle im Internet. Im Bereich des Arbeitsrechts gibt es eine fast sensationelle Entscheidung zu vermelden: Das BAG legt das sog. „Anschlussverbot“ bei Befristungen restriktiv aus.

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 **Mayer Brown LLP** auf S. 2.

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)

---

# 120

*Minuten dauert der Einblick in die Tätigkeit  
eines Wirtschaftsjuristen.*

Die Arbeit eines Anwalts in einer globalen Sozietät ist spannend und abwechslungsreich. Unser Team stellt Ihnen die herausfordernde Tätigkeit eines Juristen in unserem Hause vor und beantwortet Ihre Fragen. Diskutieren Sie mit unseren Experten einen interessanten Fall aus der Praxis und verbringen Sie anschließend einen gemütlichen Abend mit uns beim „After-Workshop“. Interessiert?

## **Workshop „Arbeiten in einer Law Firm“**

**12. Mai 2011 ab 17.00 Uhr**



**Johannes Gutenberg-Universität  
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften  
Saarstraße 21, 55122 Mainz**

Senden Sie Ihre Anmeldung bitte bis spätestens 4. Mai 2011  
unter Nennung der Referenz-Nummer DO-01-11 an:  
**Mayer Brown LLP**  
HR-Abteilung, Bockenheimer Landstraße 98-100, 60323 Frankfurt am Main  
T: +49 69 7941 0, [career@mayerbrown.com](mailto:career@mayerbrown.com)

Americas | Asia | Europe | [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com)

**MAYER • BROWN**

Mayer Brown LLP ist eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung nach dem Recht des Staates Illinois, U.S.A.

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

*SSK - systematisch, strukturiert & kompetent*



**Unsere aktuellen Assex-Angebote:**

## **Assex Zivil-, Straf- und ÖR**

- In Mainz ab Oktober 2011 (und April 2012)

**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 €**

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Mietrecht: Umlagefähigkeit von Modernisierungsmaßnahmen</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 173/10		§§ 554, 559
Datum: 30.03.2011		

	Der Vermieter darf die Kosten für Renovierungsarbeiten, die infolge von Modernisierungsmaßnahmen erforderlich werden, gem. § 559 Abs. 1 BGB auf die Mieter umlegen. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter entsprechende Arbeiten selbst vornimmt und sich die Aufwendungen nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lässt.
---	--

**Sachverhalt:** Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Klägerin in Görlitz. Im Januar 2007 kündigte die Klägerin schriftlich den Einbau von Wasserzählern und eine darauf gestützte Mieterhöhung um 2,28 € mtl. an. Die Beklagten teilten der Klägerin daraufhin mit, dass der Einbau erst dann geduldet werde, wenn die Klägerin einen Vorschuss für die hierdurch erforderlich werdende Neutapezierung der Küche zahle.

Dieser Forderung kam die Klägerin nach, erklärte jedoch, dass es sich auch insoweit um umlagefähige Modernisierungskosten handele, weswegen die Mieterhöhung entsprechend höher ausfallen werde. Nach Einbau des Wasserzählers legte die Klägerin die Gesamtkosten gem. § 559 Abs. 1 BGB um, woraus sich ein mtl. Erhöhungsbetrag von 2,79 € ergab. Den auf den Tapezierungskostenvorschuss entfallenden Teilbetrag von jeweils 1,32 € zahlten die Beklagten 24 Monate nicht.

Das AG gab der auf Zahlung von 31,68 € nebst Zinsen und Erstattung von Rechtsanwaltskosten gerichteten Klage statt; das LG wies sie ab. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Berufung zurück.

### Die Lösung:

Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der umgelegten Kosten für die Modernisierungsmaßnahme.

Die Klägerin durfte die Gesamtkosten der Maßnahme gem. § 559 Abs. 1 BGB auf die Mieter umlegen. Der Vermieter darf die Kosten für Renovierungsarbeiten, die infolge von Modernisierungsmaßnahmen erforderlich werden, gem. § 559 Abs. 1 BGB auf die Mieter umlegen. Dies gilt auch dann, wenn die Kosten nicht durch Beauftragung eines Handwerkers seitens des Vermieters entstanden sind, sondern dadurch, dass der Mieter entsprechende Arbeiten selbst vornimmt und sich die Aufwendungen nach § 554 Abs. 4 BGB vom Vermieter erstatten lässt.

Anzeige

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

Anzeige

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

Gericht: BGH	<b>Beweislast einer Bank: Bereicherungsanspruch im Lastschriftverfahren</b>	BGB
Aktenzeichen: XI ZR 261/09		§ 812
Datum: 22.02.2011		

	<b>Macht ein Kreditinstitut, das auf einem bei ihm geführten Konto eine im Einzugsermächtigungsverfahren erteilte Lastschrift eingelöst hat, einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger der Lastschrift geltend, da der Kontoinhaber eine Genehmigung der Lastschrift endgültig nicht erteilt habe, hat es die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Bereicherungsanspruchs zu beweisen. Dazu gehört auch das Fehlen einer Genehmigung der Lastschrift durch den Kontoinhaber.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Bank, nimmt die Beklagte auf Erstattung eines Lastschriftbetrags in Anspruch, den sie im Einzugsermächtigungsverfahren zunächst eingezogen und nach einem Widerruf durch den über das Vermögen der Kontoinhaberin bestellten Insolvenzverwalter zurückgebucht hat.

Die T-KG (Schuldnerin) unterhielt bei der Klägerin seit 1998 ein Girokonto, für das die Geltung der AGB-Banken a.F. vereinbart war und vierteljährliche Rechnungsabschlüsse erteilt wurden. Die Schuldnerin stand seit Jahren in Geschäftsbeziehung mit der Beklagten, von der sie Eintrittskarten für Veranstaltungen zum Weiterverkauf an Kunden erwarb. Den Kaufpreis für die Karten zog die Beklagte laufend durch Lastschrift von dem Girokonto der Schuldnerin ein. In der Zeit vom 12.1.2007 bis zum 15.3.2007 erhielt die Beklagte auf diese Weise über ihre Hausbank rd. 14.000 € von dem Girokonto der Schuldnerin, das die Klägerin entsprechend belastete. Die Klägerin erteilte der Schuldnerin am 2.4.2007 einen Rechnungsabschluss für das erste Quartal des Jahres, der die entsprechenden Lastschriftbuchungen enthielt.

Der Nebenintervenient, der mit Beschluss vom 2.4.2007 zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt über das Vermögen der Schuldnerin bestellt worden war, begehrte mit Schreiben vom 4.4.2007 von der Klägerin, das Girokonto mit sofortiger Wirkung für Lastschriften zu sperren, und wies erstmals mit Schreiben vom 13.4.2007 darauf hin, dass sämtliche noch nicht genehmigte Lastschriften von der Klägerin zurückzubuchen seien. Die Klägerin buchte im August 2007 den Betrag von rd. 14.000 € aus und überwies ihn auf ein Konto des Nebenintervenienten, der mit Wirkung vom 31.5.2007 zum Insolvenzverwalter bestellt worden war. Die Klägerin verlangt aus ungerechtfertigter Bereicherung von der Beklagten die Erstattung dieses Betrags.

Der BGH hob das der Klage stattgebende Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück.

### Die Lösung:

Da das OLG das Fehlen einer Genehmigung der Lastschriftbuchungen durch die Schuldnerin nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, ist ungeklärt, ob der den geltend gemachten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auslösende Lastschriftwiderruf des Nebenintervenienten wirksam geworden ist.

Das OLG hat rechtsfehlerhaft die Feststellung getroffen, von einer konkludenten Genehmigung der streitigen Lastschriften durch die Schuldnerin könne nicht ausgegangen werden, da die Beklagte diese nicht habe nachweisen können. Entgegen der Auffassung des OLG obliegt nicht der Beklagten als Bereicherungsschuldnerin der Nachweis, dass die streitgegenständliche Lastschrift von der Schuldnerin genehmigt worden ist, sondern die Klägerin hat als Bereicherungsgläubigerin die Voraussetzungen des von ihr geltend gemachten Kondiktionsanspruchs darzulegen und zu beweisen. Das schließt den Nachweis ein, dass die Schuldnerin vor dem Widerruf des Nebenintervenienten die streitigen Lastschriften nicht konkludent genehmigt hat.

Der Bereicherungsgläubiger trägt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Kondiktionsanspruchs. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch sich auf eine Leistungs- oder - wie hier - auf eine Nichtleistungskondiktion stützt. Ausnahmen von diesem Grundsatz, wie sie die Rechtsprechung in Einzelfällen angenommen hat, bestehen im vorliegenden Fall nicht. Die Beweislast der Klägerin als Bereicherungsgläubigerin umfasst danach die tatsächlichen Grundlagen des von ihr geltend gemachten unmittelbaren Kondiktionsanspruchs.

Da das Fehlen einer Genehmigung der Lastschriftbuchung Voraussetzung dafür ist, dass zwischen Lastschriftschuldner und Lastschriftgläubiger keine Leistungsbeziehung besteht und somit die Schuldnerbank den Lastschriftgläubiger nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB unmittelbar in Anspruch nehmen kann, hat die Klägerin als Bereicherungsgläubigerin auch den Nachweis zu erbringen, dass die Schuldnerin die streitigen Lastschriften nicht genehmigt hat. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin damit eine negative Tatsache, das Fehlen einer konkludenten Genehmigung, beweisen muss. Ein solcher Negativbeweis führt grundsätzlich nicht zu einer Änderung der Beweislast. Dies ist bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung für den Nachweis des Fehlens eines Rechtsgrundes in der Rechtsprechung anerkannt. Für den Nachweis, dass eine Lastschrift nicht genehmigt worden ist, kann nichts anderes gelten.

Gericht: BGH	<b>Schadensersatz: Schätzungsgrundlagen für Mietwagenkosten</b>	BGB
Aktenzeichen: VI ZR 300/09		§ 823
Datum: 12.04.2011		

	Bei der Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten nach einem Verkehrsunfall darf der Tatrichter seiner Schadensschätzung sowohl die Schwacke-Liste als auch den Fraunhofer-Mietpreisspiegel zugrunde legen. Die Listen dienen ihm nur als Grundlage für seine Schätzung; er kann im Rahmen seines Ermessens von ihnen abweichen.
---	---

**Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Höhe der Mietwagenkosten nach einem Verkehrsunfall. Die Klägerin, eine Autovermietung, verlangte aus abgetretenem Recht des Geschädigten für eine Anmietdauer von 18 Tagen von dem beklagten Haftpflichtversicherer Mietwagenkosten zu einem Tagessatz von 100 € pauschal zzgl. Nebenkosten i.H.v. insgesamt 2757 € ersetzt; die Beklagte erstattete davon lediglich 1999 €.

Das AG gab der auf Zahlung der Differenz gerichteten Klage statt. Dabei ging es für die Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten hinsichtlich der üblicherweise auf dem örtlich relevanten Markt - nicht nur für Unfallgeschädigte - erhältlichen Tarife (sog. Normaltarif) von der sog. Schwacke-Liste unter Berücksichtigung eines Aufschlags wegen der Anmietung eines sog. Unfallersatzfahrzeugs aus.

Das LG wies die Klage ab. Es ermittelte den zu ersetzenden Betrag auf der Grundlage des Fraunhofer-Mietpreisspiegels und gewährte einen Aufschlag für ein Unfallersatzfahrzeug nicht. Das LG vertrat die Ansicht, die Schwacke-Listen wiesen erhebliche Defizite in der Methodik der Datenerhebung auf und stellten keine geeignete Schätzgrundlage dar. Der Fraunhofer-Mietpreisspiegel sei daher vorzuziehen.

Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

#### Die Lösung:

Im Hinblick auf die Frage, welche Schätzgrundlage bei der Schätzung der erforderlichen Mietwagenkosten zugrunde gelegt werden darf, darf der Tatrichter sowohl die Schwacke-Liste als auch den Fraunhofer-Mietpreisspiegel seiner Schadensschätzung zugrunde legen. Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung insoweit fort.

Der Umstand, dass die vorhandenen Markterhebungen im Einzelfall zu abweichenden Ergebnissen führen können, genügt nicht, um Zweifel an der Eignung der einen oder anderen Erhebung als Schätzgrundlage zu begründen. Die Listen dienen dem Tatrichter nur als Grundlage für seine Schätzung. Er kann im Rahmen seines Ermessens von diesen - etwa durch Abschläge oder Zuschläge auf die sich aus ihnen ergebenden Tarife - abweichen.

Im Streitfall war das Berufungsurteil allerdings aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurückzuverweisen, weil dieses prüfen muss, ob ein Zuschlag, auch im Hinblick auf die Anmietung eines Unfallersatzfahrzeugs, zu gewähren ist.

Anzeige

	<p><b>Ende August / Anfang September Beginnen in Hessen und Mainz die neuen Examenskurse</b></p> <p><b>In Heidelberg ist nächster Kursbeginn Anfang Oktober!</b></p>
---	--

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



# Wir fechten Ihre Prüfung für Sie aus!

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 ■ 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: OLG Koblenz	<b>Zum Haftungsausschluss bei einem Fahrsicherheitstraining</b>	BGB
Aktenzeichen: 12 U 1529/09		Allg.
Datum: 14.03.2011		

	Ein Teilnehmer an einem Fahrsicherheitstraining kann nach einem Unfall auch dann Schadensersatz erhalten, wenn er zuvor erklärt hat, dass er auf eigene Gefahr an dem Training teilnehme. Durch einen entsprechenden Schadensersatzverzicht gegenüber dem Veranstalter ist die Haftung der Teilnehmer untereinander nicht ausgeschlossen oder beschränkt.
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger ist Motorradfahrer und nahm im August 2008 an einem sog. instructor-geführten Fahrertraining auf dem Nürburgring teil. Vor dem Training hatte er die Teilnahmebedingungen des Veranstalters unterzeichnet, nach der die Teilnahme an dem Training auf eigene Gefahr erfolgen sollte und Schadensersatzansprüche an den Veranstalter ausgeschlossen waren. Der Teilnehmer sollte für Personen- und Sachschäden Dritter haften, wenn er diese durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verursacht.

Im Rahmen des Fahrertrainings kam es zu einem Unfall zwischen dem Kläger und einem weiteren teilnehmenden Motorradfahrer, dem Beklagten. Der Kläger kam durch den Zusammenstoß zu Fall und erlitt eine Mittelhandfraktur, einen Rippenbruch und eine Hüftgelenksprellung. Er macht gegenüber dem Beklagten Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend.

Das LG wies die Klage ab, weil es von einer ausdrücklichen Haftungsbeschränkung der Teilnehmer untereinander auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten ausgegangen war. Der andere Motorradfahrer habe den Unfall allenfalls leicht fahrlässig verursacht. Zudem sei die Haftung auch stillschweigend ausgeschlossen worden. Denn es habe kein Versicherungsschutz bestanden, da die Teilnehmer zuvor alle gefährlichen Teile an ihren Motorrädern abgeklebt hätten und somit die Betriebserlaubnis erloschen sei. Auf die Berufung des Klägers änderte das OLG das Urteil des LG ab und gab der Klage überwiegend statt.

**Die Lösung:**

Der Kläger hat Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. rd. 4.000 € und auf Schmerzensgeld i.H.v. 3.000 €. Zwischen den Teilnehmern kann weder ein stillschweigender noch ein ausdrücklicher Haftungsausschluss angenommen werden.

Für einen stillschweigenden Haftungsausschluss liegen die Voraussetzungen nicht vor. Es handelte sich nicht um eine Rennveranstaltung, bei der mit einem Haftungsausschluss gerechnet werden muss, sondern um ein Fahrsicherheitstraining, bei dem nicht die Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten, sondern die Verbesserung des Fahrverhaltens im Vordergrund stand. Das Abkleben gefährlicher Teile erfolgte nur vorübergehend und führte daher auch nicht zu einem Erlöschen des Versicherungsschutzes.

Auch eine ausdrückliche Haftungsbeschränkung aus den Teilnahmebedingungen des Veranstalters ist nicht anzunehmen. In den Teilnahmebedingungen ist die Haftung der Teilnehmer untereinander nicht eindeutig ausgeschlossen oder beschränkt worden. Die Teilnahmebedingungen regeln die Beziehung zwischen Veranstalter und Teilnehmer, nicht die Haftung der Teilnehmer untereinander. Der Kläger hat somit durch seine Unterschrift nicht pauschal auf alle Ansprüche gegen andere Teilnehmer für den Fall eines Unfalls verzichtet.

Die Beweisaufnahme vor dem Senat ergab, dass der beklagte Motorradfahrer den Unfall verursacht hat. Demnach überholte der Kläger den Beklagten zunächst, anschließend fuhr der Beklagte im Bereich einer Linkskurve gegen das Hinterrad des Motorrads des Klägers. Der Beklagte hat seine Fahrweise nicht den örtlichen Gegebenheiten angepasst. Zwar gilt die StVO nicht, da der Nürburgring nicht für den öffentlichen Verkehr geöffnet ist. Dennoch sind die Fahrer einander zur verkehrüblichen Sorgfalt verpflichtet. Dagegen hat der Beklagte verstoßen, als er in die Fahrlinie des Klägers hinein fuhr.

Anzeige \_\_\_\_\_

	<p><b>Nächster Beginn der Assessorkurse:</b>  <b>Frankfurt und Gießen: Anfang September</b>  <b>Mainz: Anfang Oktober</b></p>
---	---

## Strafrecht

Gericht: BVerfG	<b>Sitzblockade muss nicht immer verwerflich sein</b>	StGB § 240
Aktenzeichen: 1 BvR 388/05		
Datum: 07.03.2011		

	<p>Im Rahmen von Sitzblockaden ist die sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Es liegt in diesem Fall eine Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft vor.</p> <p>Jedoch kann auch eine Sitzblockade vor dem Hintergrund der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG, im Einzelfall nicht verwerflich sein.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Am 15. März 2004 ließ sich der Beschwerdeführer zusammen mit circa 40 anderen Personen aus Protest gegen die sich abzeichnende militärische Intervention der USA im Irak auf der zu dem Luftwaffenstützpunkt der US-amerikanischen Streitkräfte bei Frankfurt am Main führenden Ellis Road nieder. Daraufhin wurde er vom Amtsgericht wegen Nötigung nach § 240 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt.

Das Landgericht verwarf die hiergegen gerichtete Berufung des Beschwerdeführers. Die Demonstranten hätten den Tatbestand der Nötigung erfüllt, indem sie mit der Sitzblockade gegenüber denjenigen Fahrzeugführern Gewalt ausgeübt hätten, die durch vor ihnen anhaltende Fahrzeuge an der Weiterfahrt gehindert worden seien. Außerdem hätten sie rechtswidrig gehandelt. Die von ihnen ausgeübte Gewalt sei Mittel zum Zweck der Erregung von Aufmerksamkeit für bestimmte politische Zwecke gewesen. Zwangseinwirkungen, die allein darauf abzielten, durch gewaltsamen Eingriff in Rechte Dritter gesteigertes Aufsehen in der Öffentlichkeit zu erregen, seien durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht gedeckt. Zudem sei die Beeinträchtigung fremder Freiheit ein völlig ungeeignetes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes gewesen. Schließlich beseitigten gesellschaftspolitische Motive nicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in Rechte Dritter, sondern seien in der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Mit der gegen die Entscheidung des Landgerichts gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Analogieverbots sowie der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG.

### Die Lösung:

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die angegriffene Entscheidung aufgehoben, weil sie den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzt, und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Einen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot durch die umstrittene „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs konnte die Kammer dagegen nicht erkennen.

1. Die vom Landgericht bei der Auslegung des Gewaltbegriffs des Nötigungstatbestandes herangezogene sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs begegnet keinen Bedenken in Bezug auf Art 103 Abs. 2 GG.

Nach dieser Vorschrift darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

Daraus folgt für die Rechtsprechung ein Verbot, den Inhalt der Strafvorschrift zu erweitern und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einzubeziehen, die nach dem Wortsinn der Vorschrift den Straftatbestand nicht mehr erfüllen.

In der vorliegenden Situation ergibt sich die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten gemäß § 240 Abs. 1 StGB nicht aus deren unmittelbarer Täterschaft durch eigenhändige Gewaltanwendung, sondern aus **mittelbarer Täterschaft** durch die ihnen zurechenbare Einwirkung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler auf die nachfolgenden Fahrzeugführer. Die vom Bundesverfassungsgericht in früheren Entscheidungen für die Annahme von Gewalt im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB geforderte körperliche Zwangswirkung liegt vor. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass dies nicht für das Verhältnis der Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer gilt, der aus Rücksicht auf die Rechtsgüter der Demonstranten und damit allein aus psychischem Zwang anhält. Eine körperliche Zwangswirkung kann jedoch im Verhältnis des

ersten Fahrzeugführers zu den nachfolgenden Fahrzeugführern angenommen werden. Die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten folgt daraus, dass diese den anhaltenden ersten Fahrzeugführer und sein Fahrzeug bewusst als Werkzeug zur Errichtung eines körperlichen Hindernisses für die nachfolgenden Fahrzeugführer benutzen. Dass hierbei im Verhältnis von Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer keine körperliche, sondern allein eine psychische Zwangswirkung vorliegt, ist für § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ohne Belang, da die Einflussnahme eines mittelbaren Täters auf den Tatmittler durchaus allein psychischer Natur sein darf. Auch die Annahme, dass die Demonstranten über hinreichende Tatherrschaft beziehungsweise Willen zur Tatherrschaft verfügen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Demonstranten versetzen den ersten Fahrzeugführer durch ihre Sitzblockade gezielt in ein Dilemma, das dieser rechtlich nicht anders als durch Stehenbleiben und damit durch Behinderung der nachfolgenden Fahrzeugführer auflösen kann. Auch einem Laien ist es hinreichend nachvollziehbar, dass ein Verhalten wie das der Demonstranten durch die Blockade für die im Stau eingeschlossenen Fahrer eine körperliche Zwangswirkung herbeiführt und damit als Nötigung tatbestandsmäßig sein kann.

**2. Die Entscheidung des Landgerichts verletzt den Beschwerdeführer jedoch in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit.** Das Landgericht hat den Versammlungscharakter der Sitzblockade mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint. Dass die Aktion die Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit für bestimmte politische Belange bezweckte, lässt den Schutz der Versammlungsfreiheit nicht entfallen, sondern macht die gemeinsame Sitzblockade, die somit der öffentlichen Meinungsbildung galt, erst zu einer Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG.

Die Ausführungen des Landgerichts rechtfertigen die Verurteilung des Beschwerdeführers mit Blick auf die damit einschlägige Versammlungsfreiheit nicht.

Gemäß § 240 Abs. 2 StGB ist die Nötigungshandlung rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt im Verhältnis zum angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Die Entscheidung des Landgerichts wird den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Zum einen hat es nicht sämtliche Gesichtspunkte in die gebotene Abwägung eingestellt, zum anderen die zugunsten des Beschwerdeführers streitenden Umstände fehlerhaft gewichtet. Zu Unrecht hat es insbesondere den Zweck der Sitzblockade, Aufmerksamkeit zu erregen und auf diese Weise einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, als einen für die Verwerflichkeit der Tat sprechenden Gesichtspunkt zu Lasten des Beschwerdeführers gewertet. Des Weiteren hat es verkannt, dass der **Kommunikationszweck nicht erst bei der Strafzumessung, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 StGB, mithin bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit, zu berücksichtigen ist.**

Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist des Weiteren, dass das Landgericht bei der Abwägung die Dauer der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, die Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports sowie die Anzahl der von ihr betroffenen Fahrzeugführer gänzlich außer Betracht gelassen hat.

*Anm.: Das Urteil des BVerfG verwundert. Es ist erstaunlich, dass ein Verfassungsgericht (!) sich Gedanken zur Frage macht, ob und dass es sich bei der „Zweiten-Reihe-Rechtsprechung“ um einen Fall mittelbarer Täterschaft handelt. Dies war bisher von BGH nicht explizit entschieden worden.*

*Auffällig ist auch die Verortung der Berücksichtigung des Art. 8 I GG bei der Verwerflichkeit, statt bei der Strafzumessung, was insoweit aber nicht von der bisherigen BGH-Rpsr. abweicht. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dies (wohl) keine Abweichung von der Regel darstellt, dass Fernziele im Rahmen der Verwerflichkeit keine Berücksichtigung finden. Dies gilt vor allem für den Fall, dass der Täter sich irrig angegriffen glaubte und sich als „Fernziel“ verteidigen wollte. Die Verwerflichkeitsklausel ist insoweit nämlich keine Sonderregelung zum Irrtum über Rechtfertigungsgründe. Im vorliegenden Fall wäre das Fernziel die Verhinderung der US-Intervention im Irak. Dies findet auch nach BVerfG keine Berücksichtigung im Rahmen der Verwerflichkeit, sondern bloß bei der Strafzumessung. Demgegenüber ist die Ausübung der Versammlungsfreiheit, Art. 8 I GG, nach BVerfG ein bei der Verwerflichkeit zu berücksichtigendes Nahziel. Diese Einordnung durch das BVerfG erscheint als vertretbar.*

Gericht: BGH	<b>Berliner „Drogenarzt“: Abgrenzung Selbst- und Fremdgefährdung</b>	StGB § 227
Aktenzeichen: 5 StR 491/10		
Datum: 11.01.2011		

	<b>Ob eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers vorliegt, welche die Zurechnung des Erfolges an den Täter ausschließen würde, oder eine einvernehmliche Fremdgefährdung, welche als rechtfertigende Einwilligung zu behandeln wäre, bestimmt sich nach der Frage, wer das Geschehen beherrscht (Tatherrschaft).</b>
---	---

**Sachverhalt:** Das LG Berlin hatte den Arzt unter anderem wegen Körperverletzung mit Todesfolge und der Überlassung von Betäubungsmitteln mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt und ihn mit einem dauerhaften Berufsverbot für eine Tätigkeit als niedergelassener Arzt und als Psychotherapeut belegt. Nach den Urteilsfeststellungen führte der Angeklagte sogenannte psycholytische Sitzungen durch. Bei diesen Gruppensitzungen wurden Patienten durch Drogen in ein «Wachtraumerleben der Objektumgebung» versetzt. Ziel dieser in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannten Methode soll es sein, an unbewusste Inhalte der Psyche zu gelangen.

Im September 2009 führte der Angeklagte eine Intensivsituation durch, in deren Rahmen sich sechs Gruppenmitglieder zur Einnahme des Rauschgifts MDMA bereiteten. Wegen eines ihm unterlaufenen Wiegeversehens übergab er an diese jedoch mindestens die zehnfache Menge der beabsichtigten Menge, woraufhin es bei ihnen zu heftigen körperlichen Reaktionen kam. Trotz der von der herbeigerufenen Notärztin veranlassten Hilfsmaßnahmen verstarben zwei Gruppenmitglieder an Multiorganversagen aufgrund der Überdosis MDMA. Weitere Teilnehmer konnten nach intensivmedizinischer und stationärer Behandlung gerettet werden.

#### Die Lösung:

Der BGH hat das Urteil auf die Revision des Angeklagten hin aufgehoben und das Verfahren an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen. Die bisherigen Feststellungen des Landgerichts trügen die Annahme eines vorsätzlichen Körperverletzungsdelikts nicht. Angesichts der freiwilligen Drogeneinnahme und dadurch erfolgten Selbstgefährdung der Gruppenmitglieder sei zur Begründung einer Strafbarkeit hiernach eine vom Vorsatz des Angeklagten umfasste Handlungsherrschaft erforderlich. In der erneut durchzuführenden Hauptverhandlung werde vorrangig eine kritische Überprüfung der Angaben des Angeklagten zu einem vorgeblichen Wiegefehler vorzunehmen sein. Danach werde zu beurteilen sein, ob eine Vorsatztat oder lediglich ein fahrlässiges Tötungsdelikt anzunehmen ist.

Eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft wäre dem Angeklagten nur dann zugewachsen, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses der Gruppenteilnehmer beeinträchtigt gewesen wäre. Dies ist der Fall, wenn der Täter kraft überlegenen Fachwissens das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt (vgl. BGHSt 53, 288, 290; BGH, NStZ 1985, 319, 320), oder es infolge einer Intoxikation zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist (BGH, NStZ 1986, 266). Eine solche besondere Situation belegen die Urteilsgründe nicht.

a) Sämtliche Mitglieder der Gruppe nahmen das Betäubungsmittel MDMA willentlich zu sich. Ungeachtet der Tatsache, dass der Angeklagte die Dosierung bestimmte und die Betäubungsmittelportionen auch selbst abwog, verblieb ihnen ohne jede Einschränkung die letzte Entscheidung über die Einnahme.

b) Auch der von der Strafkammer angeführte Gesichtspunkt, der Angeklagte als Arzt und ehemaliger Suchtberater habe das Risiko besser erfasst als seine Gruppenmitglieder, die ihm vertraut hätten, begründet noch keine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft (vgl. Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 11 Rdn. 111). Alle Gruppenmitglieder kannten die Illegalität der Droge. Bei der Psycholyse handelt es sich um eine in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannte Therapiemethode. Folglich mussten sie mit besonderen medizinischen Risiken rechnen. Darüber hinaus verfügten alle bereits über Erfahrungen mit der Droge; der später Verstorbene Kn. hatte nach der Einnahme von MDMA überdies bereits früher Spasmen und Halluzinationen erlitten. Die Droge wurde vom Nebenkläger N. aus nicht näher geklärten – notwendigerweise jedoch illegalen – Quellen beschafft.

c) Angesichts dieser Umstände liegt eine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor, selbst wenn der Angeklagte die einzelnen Gruppenmitglieder nicht über sämtliche – auch die eher seltenen – Risiken der MDMA-Einnahme bei gängiger Verbrauchsdosierung, insbesondere nicht über ein bestehendes Todesrisiko, aufgeklärt hat, zumal sich diese Risiken im vorliegenden Fall nicht realisierten. Es bestehen zudem grundlegende Bedenken dagegen, die Grundsätze der Aufklärungspflicht bei ärztlicher Heilbehandlung uneingeschränkt in Fällen anzuwenden, in denen sich selbstverantwortliche Personen auf eine Behandlung einlassen, die offensichtlich die Grenzen auch nur

ansatzweise anerkennenswerter ärztlicher Heilkunst überschreitet (vgl. auch § 13 BtMG).

3. Ein die Tatherrschaft des Angeklagten begründender Umstand wäre allerdings die Überdosierung mit der mindestens zehnfachen Menge des MDMA, weil hierdurch die Konsumenten der Drogen über einen ganz wesentlichen Gesichtspunkt im Unklaren gelassen wurden. Die wesentlich höhere Dosis hatte nämlich eine erhebliche Vergrößerung des Risikos zur Folge, das die Konsumenten nicht einschätzen konnten und auch tatsächlich verkannten.

Diese Fehldosierung durfte dem Angeklagten jedoch auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht als vorsätzliche Körperverletzung zugerechnet werden. Das Landgericht folgt nämlich der Einlassung des Angeklagten, aufgrund einer Fehlfunktion seiner Waage sei es zur Überdosierung gekommen. Demnach fehlt es an einer Vermittlung der Tatherrschaft durch Irrtumsherrschaft, die bei der vorsätzlichen Körperverletzung nur durch ein vorsätzliches Handeln bewirkt werden kann. Wenn der Angeklagte die maßgebliche Risikohöherung durch die Falschdosierung nicht erkannt hat, liegt lediglich ein durch fahrlässiges Tun herbeigeführter Irrtum der Gruppenmitglieder vor. Der Angeklagte hätte deshalb auf der Basis der nach seiner Einlassung getroffenen Feststellungen – abhängig von den Folgen der Überdosierung bei den einzelnen Gruppenmitgliedern – lediglich wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) verurteilt werden können.

Gericht: BGH	<b>Urkundseigenschaft von Fotokopien und Telefaxen</b>	StGB
Aktenzeichen: 5 StR 488/09		§ 267
Datum: 27.01.2011		

	<p>1. Im Wege der computertechnischen Veränderung eingescannter Dokumente kann eine (unechte) Urkunde dann hergestellt werden, wenn die Reproduktion den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermittelt, also einer Originalurkunde zum Verwechseln ähnlich sieht.</p> <p>2. Durch den Aufdruck der üblichen Kurzbezeichnung des Absenders bei einem Telefax wird keine Urkunde hergestellt.</p>
--	---

**Sachverhalt:** Der Angekl. A hatte einen größeren Geldbetrag des Geschädigten G veruntreut und auf sein Konto in der Schweiz überwiesen. Die Bank verlangte von ihm einen Nachweis der rechtmäßigen Herkunft des Geldes. Um ihn zu erbringen, ging er wie folgt vor: Er verfügte über eine CD, auf der eine eingescannte Version des zwischen ihm und G im September 2003 geschlossenen notariellen Kaufvertrages abgespeichert war. Die eingescannte Version war in mehreren Punkten verändert worden, wobei nicht aufgeklärt werden konnte, ob A die Manipulationen vorgenommen hatte. So war im Original die Wohnanschrift des A in Deutschland aufgeführt. Diese war in eine Briefkastenanschrift in Thailand verändert, der Kaufpreis erhöht und das Datum der Fälligkeit verschoben worden. Darüber hinaus war in der manipulierten Version bestimmt, dass der Kaufpreis von G auf das Konto des A in Thailand zu überweisen sei. Anfang April 2004 druckte A die veränderte Version des Kaufvertrages aus. Er übermittelte sie per Telefax an seine Schweizer Bank. Die Bank akzeptierte den Nachweis und legte den größten Teil des Geldes zu seinen Gunsten in verschiedenen Fonds an. Das LG hat A neben Untreue zu Lasten des G auch wegen Urkundenfälschung verurteilt.

**Die Lösung:**

Die Revision führte zur Aufhebung der Verurteilung wegen Urkundenfälschung.

Demgegenüber hält die Verurteilung wegen Urkundenfälschung rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Angekl. hat weder durch das Ausdrucken des manipulierten Kaufvertrages eine unechte oder verfälschte Urkunde hergestellt noch hat er eine solche durch Versendung dieses Ausdrucks hergestellt oder gebraucht.

aa) Das ausgedruckte Exemplar des manipulierten Schriftstücks erfüllte den Urkundenbegriff nach § 267 I StGB nicht. Urkunden im Sinne des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen. Zwar kann im Wege computertechnischer Maßnahmen wie der Veränderung eingescannter Dokumente grundsätzlich eine (unechte) Urkunde hergestellt werden (vgl. BGHR StGB § 267 I Urkunde 5). Dafür muss die Reproduktion jedoch den Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln, also einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann (Fischer, § 267 Rn 12d).

Daran fehlt es hier. Der bloße Ausdruck der Computerdatei wies nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf,

die einen notariellen Kaufvertrag bzw. die Ausfertigung eines solchen prägen. Er spiegelte für den Betrachter erkennbar lediglich ein Abbild eines anderen Schriftstücks wider. Damit stand er einer bloßen Fotokopie gleich, der, sofern als Reproduktion erscheinend, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers ebenfalls kein Urkundencharakter beizumessen ist (vgl. BGHSt 24, 140, 141 f. mwN).

bb) Mit der Übermittlung des Schriftstücks per Telekopie und dessen Ausdruck auf dem Empfängergerät hat der Angekl. desgleichen keine Urkunde hergestellt. Nicht anders als bei einer („gewöhnlichen“) Fotokopie enthält die beim Empfänger ankommende Telekopie eines existenten Schriftstücks – für den Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich – nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung (vgl. OLG Zweibrücken, NJW 1998, 2918; OLG Oldenburg, NStZ 2009, 391; MünchKomm-StGB-Erb, § 267 Rn 89; LK-Zieschang, § 267 Rn 125; Fischer aaO, § 267 Rn 12d; Beckemper, JuS 2000, 123). Eine Beweisbedeutung kann ihr demgemäß mangels Erkennbarkeit eines Ausstellers und damit verbundener eigener Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts (vgl. BGH wistra 1993, 341) jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen (zu den in Betracht kommenden Fallgestaltungen Beckemper aaO) nicht beigemessen werden.

Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn – was das LG nicht ausdrücklich festgestellt hat – durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt gewesen ist. Ein solcher Aufdruck ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (S/S-Cramer/Heine, § 267 Rn 43 mwN) nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen. Der Rechtsverkehr misst ihm eine solche Bedeutung ersichtlich nicht zu. Ferner bestätigt der Empfängeraufdruck nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks (zur Lage bei der Beglaubigung BGHR StGB § 267 I Gebrauchmachen 4), sondern allenfalls, dass die eingegangene Telekopie vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist. Insofern gibt er aber das Geschehene zutreffend wieder.

cc) Da es dem übermittelten Schriftstück an der Qualität als Urkunde ermangelte (vgl. Buchstabe aa), liegt schließlich kein Gebrauchmachen von einem unechten oder verfälschten „originalen“ Falsifikat vor (vgl. dazu BGHSt 24, 140, 142; Fischer, § 267, Rn 24) ...

Gericht: OLG Frankfurt	<b>Betrug bei sog. Abo-Fallen im Internet</b>	StGB
Aktenzeichen: 1 Ws 29/09		§ 263
Datum: 17.12.2010		

	<p>1. Eine konkludente Täuschung i.S.d. § 263 StGB ist auf Grund des prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites zu bejahen.</p> <p>2. Zur tatbestandlichen Täuschung wird das Verhalten, wenn der Täter die Eignung der – isoliert betrachtet – inhaltlich richtigen Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt wird.</p> <p>3. Der Betrug ist auch in Fällen, in denen keine Zahlungen geleistet werden, bereits vollendet. Die schädigende Verfügung ist bereits in dem Vertragsschluss als solchem zu sehen.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Den Angeschuldigten wird vorgeworfen, kostenpflichtige Websites betrieben zu haben, deren Layout durch seine Gestaltung die Kostenpflichtigkeit und den Umstand, dass eine Nutzung den Abschluss eines drei- bis sechsmonatigen Abonnements zu Preisen bis zu € 59,95 nach sich zieht, in den Hintergrund treten lasse.

Gegenstand der Websites waren Routenplaner, Gedichte-, Vorlagen-, Grafik- und Grußkartenarchive, Spieledatenbanken, Rezepte- und Tattooarchive, Rätsel- und Hausaufgabenangebote, ein Gehaltsrechner und Informationsangebote. Bei Aufruf der Website erschien zunächst eine Seite mit einer Anmeldemaske, über der sich ein Button befand, in dem Hinweise auf die angebotene Leistung sowie die Gewinnmöglichkeit i.R.e. Gewinnspiels enthalten waren. Unter diesem Button befand sich ein Schriftzug, der den Hinweis enthielt, dass nach erfolgter Anmeldung die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden könne und die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Gewinnspiel bestehe. In die Anmeldemaske waren die persönlichen Daten – E-Mail-Adresse, Vor- und Nachname, vollständige Anschrift, Land und Geburtsdatum – einzugeben.

Unterhalb der Anmeldemaske befanden sich zwei Felder mit Kästchen für Akzeptanzhäkchen. Mit dem ersten Akzeptanzhäkchen bestätigte der Nutzer, die AGB-Verbraucherinformationen gelesen und akzeptiert zu haben und ab sofort Zugriff auf die angebotene Leistung der Website zu erhalten, mit dem zweiten Akzeptanzhäkchen erklärte der Nutzer, sich am Gewinnspiel beteiligen zu wollen. Unter den beiden Feldern befand sich ein Button, durch dessen Anklicken die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden konnte. Davor mussten die

AGB aufgerufen und akzeptiert werden. Ziff. 4 der AGB „Preise, Zahlungsbedingungen“ lautet: „Für die Teilnahme an ...com gilt der bei der Bestellung angegebene Preis. Er ist auch unter Ziff. II. 7. dieser Geschäftsbedingungen einzusehen“. In Ziff. 7 heißt es: „Der Nutzer ist zur Entrichtung des einmaligen Nutzungsentgelts von € 59,95 verpflichtet (Endgeld). Die Mehrwertsteuer ist in diesem Betrag erhalten.“

Am rechten Rand der Seite befand sich ein Seitenbalken, mittels dem man auf den Teil der Seite, der sich unter dem unteren Button befindet, „scrollen“ konnte. Dort befand sich ein mit einem Sternchenhinweis versehener sechszeiliger Text, der sich inhaltlich zunächst mit der Dateneingabe und Gewinnspielteilnahme befasste und am Ende in Fettdruck eine Preisangabe enthielt.

### Die Lösung:

Die sofortige Beschwerde ist begründet. **In dem Betreiben der Websites liegt** nach Auffassung des BGH auch unter Beachtung der engen Wortlautbindung im Strafrecht eine **Täuschungshandlung** i.S.d. § 263 StGB.

Zutreffend hat die 27. Strafkammer allerdings hervorgehoben, dass eine ausdrückliche Täuschung nicht in Betracht kommt. Denn es wird auf den Websites nicht ausdrücklich erklärt, die angebotenen Leistungen seien kostenlos, vielmehr enthielten die Websites an zwei Stellen einen – versteckten – Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit.

Nicht beigetreten werden kann der Kammer indes in der Annahme, es liege auch keine konkludente Täuschung vor. Eine solche ist vielmehr auf Grund des prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites zu bejahen.

Eine Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen (BGHSt 47, 1, 5; SK-Hoyer, StGB, § 263 Rdnr. 24; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdnr. 6). Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Als Tatsache in diesem Sinne ist nicht nur das tatsächlich, sondern auch das angeblich Geschehene oder Bestehende anzusehen, sofern ihm das Merkmal der objektiven Bestimmtheit und Gewissheit eigen ist (vgl. BGHSt 47, 1, 3.) Hiernach ist die Täuschung jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt. Dabei kann die Täuschung außer durch bewusst unwahre Behauptungen auch konkludent durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, erfolgen. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (BGHSt 47, 1, 3; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, StGB, § 263 Rdnr. 14, 15).

Vorliegend wird diese Voraussetzung durch das Betreiben der hier gegenständlichen Websites erfüllt. Die Angeschuldigten gehören zu dem Personenkreis, der Letztverbrauchern geschäftsmäßig Leistungen anbietet, sodass sie nach § 1 I 1 PAngV in der zur Tatzeit gültigen Fassung verpflichtet waren, die Preise anzugeben, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile für die Leistungen zu zahlen sind (Endpreise). Nach § 1 VI 2 PAngV in der zur Tatzeit gültigen Fassung bestand weiter die Pflicht, diese Preise dem Angebot eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen.

Dieser Verpflichtung sind die Angeschuldigten nicht nachgekommen. Der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit ist auf Grund der Gestaltung der Website beim Aufruf der Seite jedenfalls bei Verwendung eines handelsüblichen 19-Zoll-Monitors mit der Standardauflösung 1280 x 1024 Pixel oder eines kleineren Monitors nicht sichtbar. Vielmehr kann der Nutzer der Seite Kenntnis von der Kostenpflicht nur erlangen, wenn er entweder dem Sternchenhinweis über der Anmeldemaske nachgeht oder er die AGB liest. Damit ist das Kriterium der leichten Erkennbarkeit der Preisangabe nicht erfüllt. ...

Im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Preisangabe ist auch zu berücksichtigen, dass ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher als Nutzer der hier gegenständlichen Websites nicht erwarten muss, dass die angebotenen Leistungen kostenpflichtig sind. Denn die auf den von den Angeschuldigten betriebenen Websites angebotenen Leistungen werden im Internet in gleicher oder ähnlicher Weise auch – in den meisten Fällen sogar überwiegend – unentgeltlich angeboten. Der Durchschnittsverbraucher ist es daher gewohnt, im Internet zahlreiche kostenlose Dienstleistungs- und Downloadangebote anzutreffen, ohne den Grund für deren Unentgeltlichkeit – der im Regelfall in der Erzielung von Werbeeinnahmen oder der Verschaffung eines Anreizes, ein anderes, dann aber kostenpflichtiges, Angebot wahrzunehmen begründet ist – zu kennen.

Insoweit kann der Nutzer, dem problemlos der Weg zu kostenfreien Alternativangeboten eröffnet ist, erwarten, dass ihm bereits bei Aufruf der Seite die zentrale Information der Kostenpflichtigkeit der Nutzung gleich zu Beginn der Nutzung an hervorgehobener Stelle mitgeteilt wird und er nicht erst nach dieser Information in Fußnoten oder über das Anklicken weiterer Seitenteile suchen muss. Vielmehr bedarf der Verbraucher eines deutlichen Hinweises auf die Entgeltlichkeit der unterbreiteten Angebote, zumal die situationsadäquate Aufmerksamkeit eines im Internet

„surfenden“ Durchschnittsverbrauchers eher gering ist. ...

Aufgrund des nicht den gesetzlichen Anforderungen genügenden, unzureichenden Hinweises auf die Entgeltlichkeit der Leistung ist daher ein **konkludentes Miterklären der Unentgeltlichkeit** zu bejahen. Der sich aus der objektiven Gestaltung der Websites ergebende Gesamteindruck lässt die verdeckten Hinweise auf die Entgeltlichkeit völlig in den Hintergrund treten. Wer aber auf die Kostenpflicht nicht hinreichend deutlich hinweist bzw. sie nicht zum Gegenstand des offenen Erklärungswerts der Website macht, erklärt damit nach der Verkehrsanschauung konkludent, dass die Leistung kostenfrei erfolgt. Erfolgt kein deutlicher Hinweis auf die Zahlungspflicht nach § 1 VI PAngV darf der Kunde damit rechnen, es mit einem Gratisangebot zu tun zu haben.

Hierbei kann nicht argumentiert werden, die Gestaltung der Websites sei deswegen nicht zur Täuschung geeignet, weil für die Benutzer bei sorgfältiger Prüfung ohne weiteres erkennbar gewesen sei, dass sich auch im nicht bei Aufruf sichtbaren Teil der Website noch erhebliche Informationen befinden. Denn nach der Rspr. des *BGH* **schließt Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Schutzbedürftigkeit des potenziellen Opfers und damit eine Täuschung nicht aus** (BGH NSTZ 2003, 313, 314; BGHSt 34, 199, 201). Eine Täuschung kann grds. auch dann gegeben sein, wenn der Erklärungsempfänger bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter der Erklärung hätte erkennen können (BGHSt 47, 1, 5). Zur tatbestandlichen Täuschung wird das Verhalten hierbei, wenn der **Täter die Eignung der – isoliert betrachtet – inhaltlich richtigen Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt wird, wenn also die Irrtumserregung nicht nur die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist** (BGHSt 47, 1, 5 – „rechnungähnliches Angebotsschreiben“).

Vorliegend ist eine planvolle Vorgehensweise der Angeschuldigten zu bejahen, weil die gesamten von ihnen betriebenen Websites ihrer Gestaltung nach darauf angelegt sind, die Kostenpflicht und die vertragliche Bindung zu verschleiern. Dies folgt bereits daraus, dass der eine Hinweis auf die Kostenpflicht in einem Text enthalten ist, zu dessen Lektüre man nur gelangt, wenn man dem Sternchenhinweis über der Anmeldemaske nachgeht. Dass dies einzig der Verschleierung dient, zeigt sich daran, dass die Verwendung des Sternchenhinweises objektiv unnötig war.

Hätten die Angeschuldigten wirklich die Kenntnisnahme der Nutzer von der Kostenpflicht bezweckt, so hätte es nahe gelegen, wenn sie statt des Einfügens eines umständlichen Zwischenschritts über den Sternchenhinweis direkt bei den bei Aufruf der Seite sichtbar werdenden Informationen über die Leistung auch gleich Angaben zu deren Entgeltlichkeit angebracht hätten. ...

Im Unterschied zu dem Text, auf den sich der Sternchenhinweis bezieht, ist der Text der AGB, der ebenfalls einen Hinweis auf die Kostenpflicht enthält, von dem Nutzer der Website vor Inanspruchnahme der angebotenen Leistung zumindest aufzurufen, um die Leistung nutzen zu können. Doch auch insoweit ist eine auf Verschleierung der Entgeltlichkeitsinformation zielende Gestaltung der Seite gegeben.

Auch hier ist zunächst allgemein festzustellen, dass wenn die Angeschuldigten eine Kenntnisnahme der Nutzer von der Kostenpflicht gewollt hätten, es naheliegend gewesen wäre, diese Information dem Nutzer direkt zugänglich zu machen, indem die bei Aufruf der Seite sichtbar werdenden Angaben über die angebotene Leistung auch gleich die Information über deren Entgeltlichkeit enthalten.

Stattdessen ist die Seite so gestaltet, dass zwischen dem Aufruf der Seite und dem Erlangen der Information über die Kostenpflicht unnötige Zwischenschritte in Form des Aufrufs der AGB und der Lektüre des längeren Texts liegen.

Hinzu kommt, dass für den Nutzer der Seite auch nach dem erforderlichen Aufruf der AGB kein vernünftiger Anreiz besteht, sich mit deren genauem Inhalt näher zu befassen. Zum einen muss der Nutzer der Website nicht damit rechnen, dass durch die Seitennutzung ein Vertragsverhältnis zu Stande kommt und die AGB wesentliche Informationen hierzu enthalten. Denn auch wenn die *Kammer* zutreffend anmerkt, dass es keinen allgemeinen Vertrauensschutz gibt, dass alle im Netz angebotenen Leistungen unentgeltlich sind, so muss dennoch der Nutzer der hier gegenständlichen Websites nicht erwarten, dass die dort angebotene Leistung kostenpflichtig ist, weil gleichartige Leistungen häufig im Internet kostenfrei angeboten werden. Insoweit kann ein Nutzer davon ausgehen, dass im Falle einer Kostenpflichtigkeit der Leistung ihm diese wesentliche Information zu Beginn der Nutzung mitgeteilt wird. Wird dem Nutzer vor dem Aufruf der AGB nicht mitgeteilt, dass die angebotene Leistung entgeltlich ist, so muss er nicht damit rechnen, dass sich der erstmalige Hinweis auf die Entgeltlichkeit in den AGB befindet. Es entspricht nicht der Verkehrssitte, wenn die *essentialia negotii* eines Vertrags nur an versteckter Stelle mitgeteilt werden. ...

Hierbei kann nicht argumentiert werden, dass die Eingabe der persönlichen Daten bei den Nutzern eine Warnfunktion hätte ausüben müssen, sodass sie sich zu einer besonderen Vorsicht veranlasst sehen mussten und eine eingehende Prüfung aller Seiteninhalte vorzunehmen hatten. Zwar ist das Erfordernis einer der

Inanspruchnahme der Leistung vorgelagerten Anmeldung des Nutzers unter Angabe seines Namens und seiner Adressdaten im Ansatz geeignet, ein gewisses Misstrauen zu wecken. Hierdurch wird der Durchschnittsverbraucher aber noch nicht zu der Erkenntnis geführt, dass das Angebot kostenpflichtig ist, wenn auf diese Kostenpflichtigkeit nicht zuvor leicht erkennbar und gut wahrnehmbar hingewiesen wird. Vor allem wird die aus dem Umstand der Dateneingabe möglicherweise resultierende Sensibilisierung dadurch ausgehebelt, dass dieser Vorgang durch den Hinweis auf die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel plausibilisiert wurde. Eine solche Gewinnspielteilnahme stellt aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers bereits eine hinreichende Erklärung für die Notwendigkeit der geforderten Angaben dar.

Soweit die Kammer darauf hinweist, dass es bei anderen Angeboten zum Abschluss von Abonnements von spezifischen Dienstleistungen üblich sei, dass der Kunde mit einer Vielzahl von vertragsrelevanten Informationen im sog. Kleingedruckten konfrontiert werde, überzeugt dies nicht. Denn die Interessenten für ein Abonnement setzen sich mit dem Angebot in dem Wissen auseinander, dass sie sich in einer Vertragsanbahnungssituation befinden, während den Nutzern der hier gegenständlichen Websites dieses Bewusstsein gerade fehlte.

Letztlich ist die beschriebene Gestaltung des Internetauftritts nur so zu erklären, dass die Angeschuldigten einzig in der Absicht handelten, den größten Teil der betroffenen Verbraucher über die Entgeltlichkeit ihres Angebots zu täuschen.

**Durch die nur über Zwischenschritte überhaupt erreichbaren Hinweistexte, die Platzierung der Hinweise an ungewöhnlicher Stelle, die versteckte Platzierung der Preisangabe innerhalb des Hinweistexts und die Ablenkung mittels der angebotenen Gewinnspielteilnahme ist die gesamte Website erkennbar darauf angelegt, den Verbraucher von der Wahrnehmung der Vergütungsverpflichtung abzuhalten.** Dabei ist auch zu sehen, dass ein anderweitiges Geschäftskonzept der Angeschuldigten nicht plausibel ist. Denn selbst wenn ein Verbraucher die Preisangabe erkennt, wäre für den Verbraucher kein vernünftiger Grund erkennbar, in Kenntnis der Vergütungspflichtigkeit und der längeren Vertragsbindung für ein nicht unerhebliches Entgelt eine rein unterhaltungsbezogene Leistung in Anspruch zu nehmen, deren Werthaltigkeit er im Voraus nicht prüfen und nicht verlässlich einschätzen kann. Insoweit kann nicht angenommen werden, dass die Angeschuldigten sich ernsthaft an Verbraucher wendeten, die die Entgeltlichkeit erkennen. Das Ziel des Internetauftritts besteht vielmehr einzig darin, Verbraucher über die Vergütungspflichtigkeit in die Irre zu führen und diesen Irrtum wirtschaftlich auszunutzen.

Die damit zu bejahende Täuschung hat auch einen **Irrtum** bei den Nutzern der jeweiligen Websites zur Folge. Ein Irrtum definiert sich als Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Täuschungsadressaten und der Wirklichkeit (Fischer, § 263 Rdnr. 54; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 33; Lackner/Kühl, § 263 Rdnr. 18). Vorliegend unterlagen die Nutzer der Websites der fehlerhaften Annahme, sie würden ein kostenloses Internetangebot nutzen.

Die getäuschten Verbraucher haben auch irrtumsbedingt eine **Vermögensverfügung** begangen. Eine Verfügung ist ein Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (vgl. Fischer, § 263 Rdnr. 70; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 55; Lackner/Kühl, § 263 Rdnr. 22).

Dieses Erfordernis ist nicht nur in den Fällen, in denen die Verbraucher eine Zahlung an die Angeschuldigten geleistet haben, erfüllt – in diesen Fällen liegt die Vermögensverfügung auf der Hand – sondern eine Vermögensverfügung ist bereits darin zu sehen, dass die Verbraucher durch das Anklicken des Buttons zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Websites eine auf den Abschluss eines verpflichtenden Vertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben haben.

Dass die Nutzer hierbei täuschungsbedingt kein Bewusstsein einer Vermögensverschiebung hatten, ist unerheblich (vgl. Fischer, § 263 Rdnr. 74; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 60; Lackner/Kühl, § 263 Rdnr. 24). Auch führt das Fehlen des Erklärungsbewusstseins nicht zu einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit der durch die Nutzer abgegebenen Willenserklärung, sofern nur eine Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestands gegeben ist (vgl. BGHZ 109, 171, 177; MüKo-Kramer, BGB, vor § 116 Rdnr. 18a; Palandt-Ellenberger, BGB, vor § 116 Rdnr. 17), was hier zu bejahen ist. Letztlich ist auch die Unmittelbarkeit in diesen Fällen nicht deswegen zu verneinen, weil die Nutzer nach dem Inhalt der AGB durch das Anklicken des Buttons nur das Angebot zu einem Vertragsschluss abgaben, sodass es zum Zustandekommen des ihre Zahlungspflicht begründenden Vertrags noch der Annahmeerklärung der Angeschuldigten bedurfte.

Denn das **Unmittelbarkeitserfordernis**, wonach grds. zwischen der Handlung des Tatopfers und dem Eintritt des Verfügungserfolgs keine Zwischenhandlungen Dritter liegen dürfen, ist in Fällen, in denen es nicht um die Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Diebstahl geht, nur eingeschränkt anwendbar (SK-Hoyer, § 263 Rdnr.

170). So hat der BGH bei Unterschreiben eines Bestellscheins, der ebenfalls nur ein Vertragsangebot enthält, eine Vermögensverfügung bejaht (BGHSt 22, 88, 89). Vor allem jedoch liegt hier die Annahmeerklärung nicht in einer auf einer Willensbetätigung der Angeschuldigten beruhenden Handlung, sondern sie erfolgt auf Grund eines automatisierten Vorgangs, nämlich der automatischen Zusendung der Bestätigungsmail. Insoweit ist ein den Unmittelbarkeitszusammenhang aufhebender Zwischenschritt in Form einer tatsächlichen Handlung eines Dritten oder der Angeschuldigten ohnehin nicht gegeben.

Schließlich ist den Betroffenen auch ein **Vermögensschaden** entstanden. Das Vermögen erleidet einen Schaden, wenn sein wirtschaftlicher Gesamtwert durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird, u.a. wenn neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass dies durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (vgl. Fischer, § 263 Rdnr. 113; Lackner/Kühl, § 263 Rdnr. 36).

Beim – hier gegebenen – Betrug durch Abschluss eines Vertrags ist der Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen. Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach diesem Zeitpunkt. Zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen (zu allem: BGHSt 45, 1, 5; 30, 388, 389 und 16, 220, 221). Bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurück, ist dieser geschädigt (vgl. BGH NStZ 2008, 96, 98; BGHSt 16, 220, 221).

Vorliegend wird die täuschungsbedingte Entstehung der Verbindlichkeit durch den wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung nicht ausgeglichen, weil die entgeltliche, abonnementsweise Beziehung der angebotenen Leistungen für die Nutzer wirtschaftlich sinnlos ist. Es handelt sich bei den angebotenen Leistungen durchweg um solche, die entweder einmalig (Gehaltsrechner) oder allenfalls gelegentlich und dann anlassbezogen genutzt werden (z.B. Routenplaner, Grußkarten-Archiv, Gedichte-Archiv, Tattoo-Archiv). Sofern bei einzelnen Archiven oder Datenbanken auch ein häufigeres oder regelmäßiges Nutzungsbedürfnis denkbar sein kann, läge – vor dem Hintergrund, dass dieselben Leistungen auch unentgeltlich in Netz angeboten werden – der Erwerb entsprechender Software mit einmaliger Kaufpreiszahlung wirtschaftlich näher.

Der Betrug ist auch in den Fällen, in denen i.E. keine Zahlungen an die Angeschuldigten geleistet wurden, bereits vollendet. Die schädigende Verfügung ist bereits in dem **Vertragsschluss** als solchem zu sehen, wobei der Schaden darin besteht, dass der schuldrechtlichen Verpflichtung des Getäuschten ein wirtschaftlich nicht gleichwertiger Anspruch gegenübertritt. Zwar dürfte hier ein Anfechtungsrecht der Nutzer aus § 123 I BGB bestehen (vgl. OLG Frankfurt/M., 4.12.2008 – 6 U 187/07 [Parallellfall = MMR 2009, 341]), indes **bleibt die Frage der Anfechtbarkeit bei der Prüfung eines durch einen Vertragsabschluss begründeten Vermögensschadens außer Betracht** (BGHSt 23, 300.; 22, 88.; 21, 384, 386).

Selbst wenn man das Anfechtungsrecht der Nutzer in die Betrachtung einbeziehen wollte (so Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 131), wäre zu beachten, dass dieses der Darlegungs- und Beweislast der Nutzer unterliegt (vgl. MüKo-Kramer, § 123 Rdnr. 30; Palandt-Ellenberger, § 123 Rdnr. 30). Weil die Nutzer somit das Beweisrisiko tragen, würde das bloße Bestehen der Verteidigungsmöglichkeiten nicht zu einem Ausschluss der Vermögensgefährdung führen (vgl. BGHSt 23, 300, 302 f.; Eisele, NStZ 2010, 193, 198).

Die Angeschuldigten handelten wissentlich und willentlich sowie in der Absicht, von den getäuschten Nutzern die Abonnementsbeträge ausgezahlt zu bekommen, mithin auch in der Absicht, das eigene Vermögen zu mehren. Weil die bezweckten Auszahlungen der Erfüllung der Hauptpflicht aus den täuschungsbedingt zu Stande gekommenen Verträgen diene, korrespondiert auch die beabsichtigte Bereicherung mit dem Schaden der Nutzer.

Die Angeschuldigten sind auch hinreichend verdächtig, die Regelbeispiele des § 263 III Nr. 1 StGB (Gewerbsmäßigkeit) und § 263 III Nr. 2, 2. Alt. StGB (Gefahr des Verlusts von Vermögenswerten für große Anzahl von Personen) erfüllt zu haben.

Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will (vgl. Fischer, vor § 52 Rdnr. 62). Die Angeschuldigten haben über einen längeren Zeitraum mehrere Websites im Internet betrieben und Leistungen mit Abonnementspreisen zwischen € 29,90 und € 59,90 angeboten. Jedenfalls mit Blick auf die zu erwartende Zahl der Internetnutzer, die eine Inanspruchnahme der Leistungen versuchen werden, war dadurch das Erzielen nicht ganz unerheblicher Einnahmen bezweckt.

Da das dauerhafte Betreiben mehrerer Websites im Internet darauf ausgerichtet ist, dass diese von einer unüberschaubaren Menge von Internetnutzern aufgerufen werden und ein Teil dieser Nutzer die angebotenen Leistungen auch in Anspruch nehmen, ist auch die für die Erfüllung des Regelbeispiels des § 263 Abs. 3 Nr. 2, 2.

Alt. StGB erforderliche große Geschädigtenanzahl, die jedenfalls im zweistelligen Bereich anzusetzen ist (vgl. SK-Hoyer, § 263 Rdnr. 285: 10 Personen; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 188 d: 20 Personen; Fischer, § 263 Rdnr. 218: zwischen 10 und 50 Personen) von der Absicht der Angeschuldigten umfasst gewesen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum kommt vorliegend nicht in Betracht. Weil es zum Tatzeitpunkt keinerlei obergerichtliche Rspr. zu der hier gegenständlichen Vorgehensweise gab, mussten die Angeschuldigten die Strafbarkeit ihres Verhaltens zumindest für möglich gehalten haben. Als vermeidbar wird bei ungeklärter Rechtslage zudem ein Verbotsirrtum nur dann angesehen, wenn es für den Angeschuldigten nicht zumutbar wäre, ein möglicherweise verbotenes Verhalten bis zur Klärung der Rechtsfrage zu unterlassen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 2008, 243, 245). Dies ist hier eindeutig nicht der Fall. Abgesehen davon kommt ein Verbotsirrtum nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach st. Rspr. des BGH braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (vgl. BGH, 2.4.2008 – 5 StR 354/07 Rdnr. 34 m.w.Nw.). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den von den Angeschuldigten begangenen Verstoß gegen ihre Pflichten aus § 1 VI Abs. PAngV vermittelt, der eine Ordnungswidrigkeit nach den §§ 10 I Ziff. 5 i.V.m. 1 Abs. VI Satz 2 PAngV begründet. Das Hauptverfahren war somit vor der 27. Strafkammer des LG Frankfurt/M. zu eröffnen.

Gericht: OLG Frankfurt	<b>Kein Betrug bei Täuschung über Verwendungszweck eines Darlehens</b>	StGB
Aktenzeichen: 3 WS 830/10		§ 263
Datum: 14.09.2010		

	<b>Die Täuschung über die Verwendung von Darlehensmitteln vor Abschluss eines entsprechenden Vertrages vermag eine Strafbarkeit nach § 263 StGB nicht zu begründen.</b>
--	---

**Sachverhalt:** Die Beschuldigte täuschte beim Abschluss des Darlehensvertrages vor, das Darlehen zur Begleichung von Schulden verwenden zu wollen. In Wahrheit wurde das Geld anderweitig verwendet.

**Die Lösung:**

Es liegt insoweit kein Betrug vor, da es schon an einer Täuschung fehlt.

Sollte das Darlehen nur wegen des Verwendungszwecks „Rückzahlung von Schulden“ gewährt worden sein, wäre dies ein bloß unbeachtlicher Motivirrtum. Das eine bestimmte Verwendung explizit vereinbart wurde, ist nicht nachgewiesen.

Auch unterscheidet sich der Fall von den Bettelbetrugs-Fällen:

Nach der Rspr. ist in den Fällen des so genannten **Spenden-, Bettel- oder Schenkungsbetruges** anerkannt, dass die Annahme einer täuschungs- und irrumsbedingten Täuschung nicht schon deshalb entfällt, weil sich der Getäuschte der nachteiligen Wirkung seiner Verfügung auf das Vermögen bewusst ist (vgl. BGH, NJW 1995, 539). Für diese Fälle ist es aber kennzeichnend, dass nach den Vorstellungen des Gebenden durch Erreichen eines nicht vermögensrechtlichen Zweckes die Vermögenseinbuße ausgeglichen werden soll. Wenn in solchen Fällen der Zweck verfehlt wird, so wird auch das Vermögensopfer wirtschaftlich zu einer auf der Täuschung beruhenden unvernünftigen Ausgabe (BGH, NJW 1992, 2167). Diesen Fällen ist es damit aber eigen, dass die Annahme eines Betrugs darauf beruht, dass die Vermögensverschiebung in ihrem sozialen Sinn entwertet wird (vgl. Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn 101), wobei dieser soziale Sinn gerade über einen rein vermögensrechtlichen Zweck hinausgehen muss. Bei wirtschaftlichen Austauschverträgen kommt einschränkend ein irrumsbedingter Schaden sogar nur in Betracht, wenn der Abschluss des Geschäfts entscheidend durch den sozialen Zweck bestimmt war, dieser jedoch verfehlt worden ist (BGH, 11. 9. 2003 – 5 StR 524/02; Fischer, § 263 Rn 138). Hieran fehlt es hier aber. Die angestrebte Begleichung von Schulden ist kein sozialer Zweck. Zudem wurden die Darlehen offensichtlich nicht in erster Linie gewährt, um die Gläubiger, die dem Ast. unbekannt waren, zu befriedigen. Vielmehr ist das Motiv für die Bereitstellung der Geldbeträge in der emotionalen Nähe zwischen Ast. und Besch. zu sehen. Diese persönliche Beziehung begründet aber keinen sozialen Zweck der Leistung.

# 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 €.**

# Kleinstgruppe von 2 bis 4 Personen

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

**In der Kleinstgruppe 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: OLG Zweibrücken	<b>Verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“</b>	StPO
Aktenzeichen: 1 Ws 241/09		§ 101
Datum: 26.05.2010		

	<b>Verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“ (Herstellung eines Vertrauensverhältnisses zum Verdächtigten durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation, wobei er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird) sind nicht allgemein unzulässig. Nach der Rechtsprechung des BGH und des EGMR ist es aber auch dabei zu beanstanden, wenn der Verdächtige durch Ausübung von Druck und Zwang in einer vernehmungähnlichen Situation zu selbstbelastenden Sachangaben veranlasst wird.</b>
---	--

Verdeckte Ermittlungen nach der „Cold-Case-Technik“, bei der dem Beschuldigten die Beteiligung an einer kriminellen Organisation vorgespiegelt wird, sind nicht grundsätzlich zu beanstanden.

Die Vortäuschung der Begehung von Straftaten ist anders als deren Begehung dem Verdeckten Ermittler gestattet; angesichts der persönlichen Verhältnisse und Vorstrafen des Verurteilten verstieß dessen scheinbare Verstrickung in eine verbrecherische Organisation auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die Einsatzkonzeption sah auch nicht vor, unzulässigen Druck zur Umgehung eines bereits ausgeübten Schweigerechts auszuüben.

Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme gem. § 110a I StPO waren bei dem hier vorliegenden Verdacht der schweren Brandstiftung gegeben.

Zu beanstanden ist allerdings die Durchführung der Maßnahme in einzelnen Fällen.

Zwar kann ein Beschuldigter, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, durch Anbahnung eines Vertrauensverhältnisses dazu veranlasst werden, von sich aus Informationen preiszugeben; Einwirkungen, die sich als funktionales Äquivalent einer Vernehmung darstellen, sind jedoch nach der Rechtsprechung des BGH und des EGMR unzulässig.

Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles, etwa dass gezielte und beharrliche Fragen gestellt wurden, durch die der Beschuldigte zu Angaben massiv gedrängt wurde, dass durch psychologischen Druck auf die Entscheidungsfreiheit in erheblicher Weise eingewirkt wurde oder dass der Beschuldigte sich den Einwirkungen des Verdeckten Ermittlers nur beschränkt entziehen konnte.

BGH und EGMR haben bislang über 3 Fälle entschieden.

Dass der vorliegende Fall zum Teil zeitlich davor lag, ist für die Entscheidung des *Senats* unerheblich.

Der ausgeübte Druck bestand hier in der Drohung, an der „Organisation“ nicht länger teilhaben zu dürfen, und war nicht allzu erheblich.

Soweit der Verdeckte Ermittler den Verurteilten unter dem Vorwand, man müsse sich innerhalb der Organisation uneingeschränkt vertrauen, gezielt auf die Brandstiftung ansprach, handelte es sich um unzulässige vernehmungähnliche Situationen.

Anders liegt es, soweit der Verdeckte Ermittler vorspiegelte, eigene Taten offenbart zu haben, weil hier der Verurteilte nur mittelbar zur Aussage motiviert werden sollte.

Als der Verurteilte bei späterer Gelegenheit auf die Brandstiftung zu sprechen kam, erreichte die Befragung durch die Fragen des Verdeckten Ermittlers, ob er am Tatabend allein gewesen sei, eine nicht mehr zu billigende Intensität, die sich auf die nachfolgende richterliche Anordnung auswirkt.

Gleiches gilt für den letzten Einsatz, bei dem der Verdeckte Ermittler das Gespräch auf die Tatbeteiligung des Verurteilten gelenkt und dessen spontane erste Äußerung in einer intensiven Gesprächsphase hinterfragt hat.

## Öffentliches Recht

Gericht: BGH	<b>Schadensersatzanspruch bei rechtmäßigen polizeilichen Maßnahmen</b>	Nds. SOG
Aktenzeichen: III ZR 174/10		§ 80
Datum: 03.03.2011		

	Der Eigentümer eines entwendeten Kfz, das aufgrund einer rechtmäßigen polizeilichen Maßnahme beschädigt wurde, kann nicht grundsätzlich Ausgleich dieser Schäden verlangen. Sieht das betreffende Landespolizeigesetz keine ausdrückliche Regelung für einen Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruch in solchen Fällen vor, so besteht ein Anspruch nur, wenn der Schaden für den Geschädigten ein unzumutbares Sonderopfer darstellt.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger begehrt vom beklagten Land den Ausgleich von Schäden, die anlässlich eines Polizeieinsatzes an einem ihm zuvor entwendeten Pkw entstanden sind. Der Kläger ist selbständiger Autohändler. In der Nacht auf den 19.10.2006 wurden bei einem Einbruch in seine Geschäftsräume ein Autoschlüssel und der dazu gehörige Pkw VW Touran entwendet. Das Fahrzeug wurde in die Niederlande verbracht und dort mit niederländischen Kennzeichen versehen. Im November 2006 reisten der Täter und ein weiterer Mittäter mit dem Fahrzeug in die Bundesrepublik ein und begingen mehrere Einbruchdiebstähle.

Am 8.11.2006 wurden sie bei einem Einbruchdiebstahl auf dem Gelände eines Autohauses entdeckt. Die Polizei nahm mit mehreren Streifenwagen unter der Inanspruchnahme von Sonderrechten die Verfolgung auf und versuchte, die flüchtenden Täter durch Errichtung einer Straßensperre zum Anhalten zu bewegen. Nachdem dies zweimal misslungen war, brachten die Polizeibeamten das von den Tätern benutzte Fahrzeug durch kontrolliertes Rammen zum Anhalten. Erst anschließend wurde festgestellt, dass es sich bei dem Fluchtfahrzeug um das gestohlene Fahrzeug des Klägers handelte.

An dem Fahrzeug entstand durch die Aktion der Polizeibeamten - unter Einschluss aufgewendeter Gutachterkosten von 977 € - ein Schaden von 12.742 €. Aus dem sichergestellten Vermögen der Täter erhielt der Kläger 6.650 €. Der weitergehende Schaden von 6.092 €, der bei den Tätern nicht einbringlich ist, ist Gegenstand der Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Täter gerichteten Schadensersatzansprüche erhobenen Klage.

LG und OLG wiesen die Klage ab. Die Revision des Klägers hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

*§ 80 NSOG = § 68 I 1 POG RP, § 64 I 1 HSOG, § 55 I 1 PolG BW.*

*§§ 6-8 NSOG = §§ 4, 5, 7 POG RP, §§ 6, 7, 9 HSOG/PolG BW.*

### Die Lösung:

Zutreffend ist das OLG davon ausgegangen, dass nach § 80 Abs. 1 S. 1 Nds. SOG ein Schaden "infolge einer rechtmäßigen Inanspruchnahme nach § 8" entstanden sein muss. Die Bestimmungen der §§ 6 bis 8 Nds. SOG gehen davon aus, dass wegen einer Gefahr Maßnahmen gegen eine (verantwortliche oder nichtverantwortliche) Person zu richten sind. Das waren in der vorliegenden Situation die Täter, die nach § 6 Nds. SOG als Verhaltensstörer von der Polizei in Anspruch genommen wurden. Dass die Polizei, worauf die Revision entscheidend abstellen will, durch kontrolliertes Rammen, also gezielt, auf das Fahrzeug des Klägers eingewirkt hat, bedeutet nicht, dass sie den Kläger nach § 7 Nds. SOG als Zustandsstörer oder nach § 8 Abs. 1 Nds. SOG als nichtverantwortliche Person in Anspruch genommen hätte.

Der Kläger ist vielmehr unbeteiligter Dritter i.S.d. Polizeirechts. Denn er ist weder Verhaltens- noch Zustandsstörer noch hat ihn die Polizei als Nichtverantwortlichen unter den besonderen, engeren Eingriffsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nds. SOG in Anspruch genommen. Einige Polizeigesetze der Länder sehen ausdrücklich einen Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruch vor, wenn ein unbeteiligter Dritter durch eine rechtmäßige Maßnahme der Ordnungsbehörde oder der Polizei einen Schaden erleidet (vgl. Art. 70 Abs. 2 BayPAG, § 59 Abs. 1 Nr. 2 ASOG Bln, § 73 SOG M-V, § 222 LVwG SH; vgl. auch § 51 Abs. 2 Nr. 2 BPolG). Fehlt es - wie hier in § 80 Nds. SOG - an einer ausdrücklichen Regelung, folgt hieraus aber nicht, dass ein unbeteiligter Geschädigter die nachteiligen Auswirkungen einer rechtmäßigen Maßnahme entschädigungslos hinnehmen müsste.

Die Regelungen in den Polizeigesetzen der Länder gehen auf den aus § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten entwickelten und von § 70 Preuß. PVG aufgenommenen Aufopferungsgedanken zurück, dass bei rechtmäßigen beeinträchtigenden Eingriffen der Staatsgewalt, die für den Betroffenen mit einem Sonderopfer verbunden sind, ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat gegeben ist. Die Würdigung des OLG, der Kläger habe vorliegend durch das gezielte Rammen seines Fahrzeugs kein unzumutbares

Sonderopfer erlitten, hält allerdings der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand.

Bereits durch den Diebstahl war ohne Zutun der Polizei eine Situation entstanden, in der das Eigentumsrecht des Klägers erheblich beeinträchtigt war. Es war in Frage gestellt, ob der Kläger jemals wieder in den Besitz des Fahrzeugs gelangen würde. Darüber hinaus bestand auch die gesteigerte Gefahr, dass der Dieb oder ein sonstiger unberechtigter Fahrer das Fahrzeug ohne jede Rücksichtnahme auf die Belange des Eigentümers gebrauchen würde. Diese Gefahr hatte sich bereits vor dem Rammen des Fahrzeugs verwirklicht, da der Täter ein rücksichtsloses, nicht nur Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer, sondern auch das Eigentum des Klägers gefährdendes Fahrverhalten an den Tag gelegt und so das Rammen (als ultima ratio) herausgefordert hatte.

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>BAG lockert „Anschlussverbot“ bei Befristungen</b>	TzBfG § 14 II 2
Aktenzeichen: 7 AZR 716/09		
Datum: 06.04.2011		

	§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wonach eine sachgrundlose Befristung unzulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist einschränkend auszulegen: Eine "Zuvor-Beschäftigung" im Sinne dieser Vorschrift liegt nach ihrem Zweck und unter Berücksichtigung der Berufswahlfreiheit der Arbeitnehmer nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis <b>mehr als drei Jahre</b> zurückliegt.
---	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin war beim beklagten Freistaat Sachsen aufgrund eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags vom 1.8.2006 bis 31.7.2008 als Lehrerin beschäftigt. Bereits **sechs Jahre zuvor** während ihres Studiums hatte sie innerhalb von drei Monaten insgesamt 50 Stunden als studentische Hilfskraft für den Freistaat gearbeitet. Mit ihrer Klage wandte sie sich gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses und machte dabei geltend, dass diese wegen ihrer Vorbeschäftigung beim Freistaat gegen § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verstoße. Die Entfristungsklage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

### Die Lösung:

Die mehr als sechs Jahre zurückliegende frühere Beschäftigung der Klägerin stand der sachgrundlosen Befristung ihres Arbeitsvertrags nicht entgegen.

Zwar verbietet § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine sachgrundlose Befristung, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine "Zuvor-Beschäftigung" in diesem Sinne liegt aber nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis – wie hier – mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt die an ihrem Sinn und Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung.

Die nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bestehende Möglichkeit, sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse bis zur Dauer von maximal zwei Jahren abzuschließen, soll es Arbeitgebern ermöglichen, auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen durch befristete Einstellungen zu reagieren. Gleichzeitig soll für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung geschaffen werden. Das Verbot der "Zuvor-Beschäftigung" gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG schränkt die Möglichkeiten einer sachgrundlosen Befristung ein, um Befristungsketten und den Missbrauch befristeter Arbeitsverträge zu verhindern.

Das "Zuvor-Beschäftigungsverbot" kann allerdings auch zu einem Einstellungshindernis werden. Seine Anwendung ist daher nur insoweit gerechtfertigt, als dies zur Verhinderung von Befristungsketten erforderlich ist. Das ist bei lange Zeit zurückliegenden früheren Beschäftigungen typischerweise nicht mehr der Fall. Hier rechtfertigt der Gesetzeszweck die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht.

Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten besteht regelmäßig nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspricht auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt.

*Anm.: Das Urteil des BAG ist eine kleine Sensation und kommt einer Korrektur einer (sinnebefreiten) gesetzlichen Regelung gleich, zu welcher der Gesetzgeber anscheinend nicht „fähig“ ist. Die frühere rot-grüne Bundesregierung hat – vor allem auf Druck der Gewerkschaften – den § 14 II 2 TzBfG in seiner derzeitigen*

*Fassung eingeführt. Durch das vollständige und zeitlich unbefristete „Anschlussverbot“ wurde die frühere BAG-Rspr., die bei „künstlichen Unterbrechungen“ des Arbeitsverhältnisses (z.B. bei Lehrern während der großen Ferien) zutreffend ein einheitliches Arbeitsverhältnis (einen Gestaltungsmissbrauch des Arbeitgebers) angenommen hatte und dadurch die Möglichkeit sachgrundloser Zeitbefristung einschränkte, maßlos überzeichnet. Nach Kenntnisstand des Autors war / ist im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierung eine Änderung des § 14 II 2 TzBfG vorgesehen, wozu die Regierung aber augenscheinlich nicht in der Lage ist.*

*Der nunmehr erfolgte Eingriff des BAG ist nach Meinung des Autors sachlich richtig. Dennoch ist es bedenklich, dass sinnbefreite und ideologisch motivierte Gesetze nicht durch den Gesetzgeber geändert werden, sondern durch die Gerichte im Wege „verfassungskonformer Auslegung“ auf ihr sachlich gerechtfertigtes Maß zurückgeführt werden müssen.*

*Dr. Schweinberger*

Gericht: BAG	<b>Mehrjährige Haftstrafe rechtfertigt regelmäßig Kündigung</b>	BGB
Aktenzeichen: 2 AZR 790/09		§ 626
Datum: 24.03.2011		

	<b>Muss ein Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verbüßen, so kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz regelmäßig dauerhaft neu besetzen und dem inhaftierten Arbeitnehmer ordentlich personenbedingt kündigen. Da der Arbeitnehmer in einem solchen Fall seine Leistungsmöglichkeit selbst zu vertreten hat, sind dem Arbeitgeber geringere Anstrengungen zur Überbrückung der Fehlzeit zuzumuten als z.B. bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war bei dem beklagten Unternehmen der Automobilindustrie seit 1992 als Industriemechaniker beschäftigt. Im November 2006 wurde er in Untersuchungshaft genommen und im Mai 2007 - bei fortdauernder Inhaftierung - zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sieben Monaten verurteilt. Die Möglichkeit eines offenen Vollzugs war zunächst nicht vorgesehen, sollte aber erstmals im Dezember 2008 geprüft werden.

Der Beklagte besetzte den Arbeitsplatz des Klägers mit einem anderen Mitarbeiter und kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Februar 2008 ordentlich.

Mit seiner hiergegen gerichteten Klage machte der Kläger geltend, dass der Beklagte die Zeit seiner haftbedingten Abwesenheit überbrücken müsse, bis er den Freigängerstatus erlangt habe. Dies sei dem Beklagten im Hinblick auf die Größe seines Unternehmens ohne weiteres möglich. Der Beklagte berief sich dagegen darauf, dass eine sachgrundlose befristete Beschäftigung eines anderen Arbeitnehmers lediglich für einen Zeitraum von zwei Jahren möglich und sonstige Befristungsgründe nicht gegeben seien.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab; das LAG gab ihr statt. Auf die Revision des Beklagten hob das BAG das Berufungsurteil auf und wies die Klage ab.

**Die Lösung:**

Die Kündigung ist aus einem in der Person des Klägers liegenden Grund gerechtfertigt. Die Verbüßung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe ist grds. geeignet, die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Haben die der strafgerichtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Taten - wie hier - keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis, kommt regelmäßig nur eine personenbedingte Kündigung in Betracht.

Sowohl bei den Anforderungen an den Kündigungsgrund als auch bei der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsmöglichkeit und die damit einhergehende Störung des Arbeitsverhältnisses selbst zu vertreten hat. Dem Arbeitgeber sind deshalb zur Überbrückung der Fehlzeit typischerweise geringere Anstrengungen und Belastungen zuzumuten als z.B. bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers.

Des Weiteren ist die voraussichtliche Dauer der Leistungsmöglichkeit zu beachten. Jedenfalls dann, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt worden ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen.

Im Streitfall war es der Beklagten nach diesen Grundsätzen und insbesondere unter Berücksichtigung der mehr als zweijährigen Dauer der Freiheitsstrafe nicht zumutbar, an dem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger festzuhalten.

Gericht: BAG	<b>„Equal Pay“: Keine Bindung an Anschlussfrist im Entleiherbetrieb</b>	AÜG § 10 IV
Aktenzeichen: 5 AZR 7/10		
Datum: 23.03.2011		

	Leiharbeitnehmer müssen ihren "Equal pay/Equal Treatment"-Anspruch gegen ihren Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher, aus § 10 Abs. 4 AÜG nicht innerhalb der im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen geltend machen. Die Ausschlussfristen gehören nicht zu den "wesentlichen Arbeitsbedingungen" i.S.v. § 10 Abs. 4 AÜG, die der Verleiher den Leiharbeitnehmern "gewähren" muss.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger wurde während seiner Beschäftigung bei der Beklagten, die Arbeitnehmerüberlassung betreibt, fast durchgängig bei der C. GmbH als Leiharbeitnehmer eingesetzt. Er übte dort die Tätigkeit eines Entwicklungsingenieurs aus. Nach dem für den Entleiherbetrieb einschlägigen Manteltarifvertrag sind Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit geltend zu machen.

Nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses machte der Kläger ggü. der Beklagten geltend, dass die C. GmbH ihren vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern eine höhere Vergütung gewährt habe als die ihm von der Beklagten geleistete. Er forderte deshalb eine Vergütungsnachzahlung für mehrere Jahre. Sein Arbeitsvertrag enthält – anders als der für die Arbeitnehmer der C GmbH geltende Manteltarifvertrag – keine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen. Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger nach dem "Equal Treatment"-Grundsatz die tarifliche Ausschlussfrist beachten musste.

Das Arbeitsgericht gab der Zahlungsklage weitgehend statt; das LAG wies sie ab. Auf die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hob das BAG das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

**Die Lösung:**

Entgegen der Auffassung des LAG scheidet der vom Kläger geltend gemachte Anspruch nicht an der Nichteinhaltung der im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfrist. Diese Frist müssen Leiharbeitnehmer, die von ihrem Vertragsarbeitgeber nach § 10 Abs. 4 AÜG die Erfüllung der wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen können, wie sie der Entleiher vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern gewährt, nicht einhalten.

Nach §§ 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG können Leiharbeitnehmer vom Verleiher die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden **wesentlichen Arbeitsbedingungen** einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen, soweit ein Tarifvertrag nichts anderes vorsieht. Im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen gehören bei unionsrechtskonformer Auslegung des AÜG allerdings nicht zu diesen "wesentlichen Arbeitsbedingungen". Leiharbeitnehmer sind daher an die beim Entleiher geltenden Ausschlussfristen nicht gebunden.

Nach diesen Grundsätzen musste der Kläger die bei der C GmbH geltende dreimonatige Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen ggü. der Beklagten nicht beachten. Die Sache ist allerdings noch nicht entscheidungsreif. Sie war an das LAG zurückzuverweisen, damit dieses feststellen kann, ob mit dem Kläger hinsichtlich Qualifikation und Tätigkeit vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleiherunternehmens ein insgesamt höheres Entgelt als der Kläger erzielt haben.

Gericht: BAG	<b>Tarifliche „Spannensicherungsklauseln“ sind unwirksam</b>	GG Art. 9 III
Aktenzeichen: 4 AZR 366/09		
Datum: 23.03.2011		

	Eine tarifliche Regelung, wonach der Arbeitgeber Sonderleistungen an Arbeitnehmer, die Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind, nicht durch Leistungen an nicht organisierte Arbeitnehmer ausgleichen darf, sondern Gewerkschaftsmitgliedern immer einen entsprechenden "Vorsprung" gewähren muss (sog. Spannensicherungsklausel), ist unwirksam. Eine solche Regelung überschreitet die Tariftmacht der Koalitionen.
---	--

**Sachverhalt:** Der Kläger, ein Unternehmen der Hafen-Logistik, und die beklagte Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di hatten 2008 einen Haustarifvertrag über eine Erholungsbeihilfe für ver.di-Mitglieder von jährlich 260 € (= einfache Differenzierungsklausel) geschlossen. Der Tarifvertrag sah außerdem vor, dass im Fall der Gewährung entsprechender oder sonstiger Leistungen an nichtorganisierte Arbeitnehmer Gewerkschafts-

mitglieder unmittelbar einen gleich hohen, zusätzlichen Anspruch erhalten (= Spannungsicherungsklausel). Der Arbeitgeber klagte auf Feststellung sowohl der Unwirksamkeit der einfachen Differenzierungsklausel als auch der Spannungsicherungsklausel. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Auf die Sprungrevision stellte das BAG die Unwirksamkeit der Spannungsicherungsklausel fest.

**Die Lösung:**

Die Klage ist zwar unbegründet, soweit sie sich gegen die Wirksamkeit der Differenzierungsklausel richtet. Eine tarifvertragliche Klausel, in der eine Sonderleistung für Arbeitnehmer vereinbart ist, die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind, verstößt nicht gegen höherrangiges Recht und ist wirksam (Bestätigung von BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08)

Die Klage ist allerdings begründet, soweit die Feststellung der Unwirksamkeit der Spannungsicherungsklausel begehrt wird. Eine solche Klausel überschreitet die Tariftmacht der Koalitionen und ist deshalb unwirksam. Tarifverträge dürfen dem Arbeitgeber nicht die arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeit nehmen, die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer mit den Gewerkschaftsmitgliedern gleichzustellen. Tarifverträge können lediglich den Inhalt von solchen Arbeitsverhältnissen zwingend und unmittelbar regeln, die der Tariftmacht der Koalitionen unterworfen sind. Hierzu gehören die Arbeitsverhältnisse der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer nicht.

Gericht: ArbG Berlin	<b>Polizeiangehörter wegen außerdienstlichem BtMG-Verstoß gekündigt</b>	KSchG
Aktenzeichen: 50 Ca 13388/10		§ 1
Datum: 29.03.2011		

	<b>Besteht der dringende Verdacht, dass ein Polizeiangehörter in nicht geringer Menge "liquid ecstasy" hergestellt und dadurch gegen das Betäubungsmittelgesetz (BtMG) verstoßen hat, so rechtfertigt dies regelmäßig eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Ein solcher Verdacht ist selbst dann mit der Tätigkeit eines Polizeiangehörteten nicht zu vereinbaren, wenn er sich auf eine außerdienstlich begangene Tat bezieht.</b>
--	--

**Sachverhalt:** Der Kläger war als Angestellter der Polizei im Objektschutz eingesetzt. Bei ihm wurden ca. 266 Gramm sog. "liquid ecstasy" (GHB) gefunden. Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage aufgrund eines Verbrechens. Nachdem die Anklageschrift vorlag, hörte das beklagte Land Berlin den Kläger an und erklärte sodann die fristgemäße Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Anhaltspunkte für einen Konsum während der Arbeitszeit oder ein sonstiges Fehlverhalten während der Arbeitszeit lagen nicht vor.

Die gegen die Kündigung gerichtete Klage hatte vor dem Arbeitsgericht keinen Erfolg.

**Die Lösung:**

Die Kündigung ist wegen des bestehenden Straftatverdachts rechtfertigt. Es liegt der dringende Verdacht eines Verstoßes gegen das BtMG vor. Der Verdacht bezieht sich zudem auf eine erhebliche Straftat in Form eines Verbrechens. Unter diesen Voraussetzungen fällt es nicht ins Gewicht, dass sich der Verdacht auf eine außerdienstlich begangene Tat bezieht. Erhebliche Straftaten sind auch dann mit der Tätigkeit eines Angestellten der Polizei nicht zu vereinbaren, wenn sie außerhalb der Dienstzeit begangen werden.

**Ann:** Mit Urteil vom 28.10.2010 (Az.: 2 AZR 293/09) hatte das BAG entschieden, dass an das rechtmäßige Verhalten von im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmern seit dem Wegfall von § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT keine höheren Anforderungen mehr zu stellen sind als an Arbeitnehmer im privaten Sektor. Eine außerdienstliche Straftat könne allerdings bei beiden Arbeitnehmergruppen eine Kündigung rechtfertigen, wenn diese einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit aufweise. Dies sei etwa der Fall, wenn

- ein Arbeitnehmer eine Straftat unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begehe,
- sich der öffentliche Arbeitgeber staatlichen Ermittlungen ausgesetzt sehe oder
- er mit der Straftat durch den Arbeitnehmer selbst in Verbindung gebracht werde.