

ZIVILRECHT**Problem: Abgrenzung Werkvertrag und Kaufvertrag**
Einordnung: Vertrag über die Lieferung und Montage einer Küche

BGH, Urteil vom 19.07.2018, VII ZR 19/18

Ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung liegt vor, wenn der Vertrag die Dienstleistung der Montage der verkauften Sache im Verbund mit dem Kaufabschluss vorsieht und die Dienstleistung den Vertrag lediglich ergänzt, nicht jedoch wenn die Dienstleistung den Schwerpunkt des Vertrags bildet und ihn prägt. Dann handelt es sich um einen Werkvertrag.

SACHVERHALT

Die Klägerin bestellte im März 2014 für ihre Wohnung bei der Beklagten eine Küche einschließlich Lieferung und Montage zu einem Gesamtpreis von 10.020 €. Am 28.04.2014 wurde die Küche geliefert und montiert. Im Anschluss daran unterzeichnete die Klägerin ein als Übergabeprotokoll Einbauküche bezeichnetes Formular der Beklagten. In dem Formular ist u.a. angekreuzt, dass die Arbeitsplatte in Ordnung sei. Einen Tag später setzte sich die Klägerin mit der Beklagten in Verbindung. Die Beklagte führte im Mai und Juni 2014 diverse Mängelbeseitigungsmaßnahmen an der Küche durch.

Die Klägerin erhob schließlich Klage und machte u.a. geltend, die Beklagte habe eine Arbeitsplatte geliefert, die nicht den Vertragsvereinbarungen entsprächen. Sie begehrte Schadensersatz i.H.v. 3.800 € für die Mängelbeseitigungskosten. Die Beklagte bestritt die fehlerhafte Lieferung und berief sich zudem auf eine vorbehaltlose Abnahme durch die Klägerin.

Die Klage hatte sowohl vor dem AG als auch vor dem LG keinen Erfolg. Die Revision der Klägerin hatte hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs bzgl. der Arbeitsplatte Erfolg. Sie führte insoweit zur Aufhebung des Urteils des LG und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG.

LÖSUNG

Mit der vom LG gegebenen Begründung kann die Klage als Schadensersatz i.H.v. 3.800 € wegen des behaupteten Mangels der Arbeitsplatte nicht abgewiesen werden. Es kann nicht beurteilt werden, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über die Lieferung und Montage einer Küche nach Kauf- oder nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist.

Verpflichtet sich ein Unternehmer zur Lieferung und Montage einer Sache, kommt es nach BGH-Rechtsprechung für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag oder als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund steht und je weniger dessen individuelle Anforderungen und die Montage- und Bauleistung das Gesamtbild prägen, desto eher kann man einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung annehmen. Liegt der Schwerpunkt hingegen auf der Montage- und Bauleistung und dem damit individuellen Erfolg, liegt ein Werkvertrag vor.

Nach der Richtlinie 1999/44/EG des EU-Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter liegt ein Kaufvertrag vor, wenn der Vertrag die Dienstleistung der Montage des verkauften Gutes im Verbund mit dem Kaufabschluss vorsieht und die Dienstleistung den Vertrag lediglich ergänzt. Dies steht mit den Grundsätzen des BGH im Einklang.

Das LG hat keine Feststellungen getroffen, die eine rechtliche Einordnung des Vertrags der Parteien nach diesen Grundsätzen ermöglicht. Das LG hat – anders als das AG – Werkvertragsrecht angewandt und seine Entscheidung auf die Vorschrift des § 640 II BGB gestützt, die im Kaufrecht nicht entsprechend vorkommt.

Problem: Keine Haftung bei Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos

Einordnung: Zur Haftung des Vermieters für Verletzungen des Mieters

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 18.06.2018, 7 S 5872/17

Zwischen dem Mangel einer Mietsache und einer Verletzung, die der Mieter erleidet, muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Dieser scheidet jedenfalls dann aus, wenn der Schadenseintritt fern jeglicher Lebenserfahrung liegt oder nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst ist.

SACHVERHALT

Die Klägerin mietete von dem Beklagten im August 2013 eine Doppelhaushälfte nebst Garten an. Kurz nach ihrem Einzug teilte sie dem Beklagten mit, dass im Wohnzimmer ein Rollo schwergängig sei. Etwa zwei Wochen später stürzte die Klägerin auf einer Treppe, die von der Terrasse in den hinteren Garten führt.

Die Klägerin trägt vor, dass das von ihr montierte Rollo plötzlich aus einer Höhe von 2,20 m heruntergefallen sei. Aufgrund des dabei entstandenen Lärms sei sie erschrocken, habe beim Heruntergehen der Treppe das Gleichgewicht verloren und sich erst in letzter Sekunde mit der rechten Hand an einer sich im Garten befindlichen Säule festhalten können, um einen Sturz zu vermeiden. Dadurch habe sie sich am Handgelenk schwer verletzt und u.a. einen Knorpelschaden sowie einen Teilbänderriss erlitten. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin u.a. ein Schmerzensgeld i.H.v. 10.000 € sowie rd. 52.000 € Haushaltsführungsschaden von dem Beklagten.

Das AG wies die Klage ab und sah es bereits als zweifelhaft an, ob der Beklagte eine Verkehrssicherungspflicht dadurch verletzt hat, dass er das defekte Rollo nicht sofort, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt reparieren ließ. Jedenfalls sei aber die Verletzung der Klägerin nicht auf eine Pflichtverletzung des Beklagten zurückzuführen, sondern es habe sich hier das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Laute Geräusche gehörten zur Alltagswirklichkeit, so dass ein Erschrecken über ein lautes plötzliches Geräusch dem Risikobereich der Klägerin zuzurechnen sei.

Die Berufung der Klägerin hatte vor dem LG keinen Erfolg.

LÖSUNG

Das AG hat zutreffend einen adäquaten Zurechnungszusammenhang zwischen einer möglichen Pflichtverletzung des Beklagten und der Verletzung der Klägerin verneint.

Die Verletzung wurde nicht unmittelbar durch das herabfallende Rollo verursacht, sondern vielmehr erst durch die Reaktion der Klägerin auf das Geräusch, welches das Rollo beim Aufprall auf den Boden hervorrief. Die Pflicht des Vermieters, Mängel an der Mietsache zu beseitigen, umfasst grundsätzlich auch den Schutz von Leib und Leben. Vorliegend sind die geltend gemachten Verletzungen zwar noch vom Schutzzweck der Norm umfasst, jedoch nicht mehr adäquat zurechenbar.

Es ist zwar durchaus nicht ungewöhnlich, dass jemand aufgrund eines lauten Geräusches erschreckt und in Folge dessen eine unwillkürliche Bewegung macht. Eine solche Überreaktion gehört aber zum allgemeinen Lebensrisiko. Sie ist hier nicht adäquat verbunden mit dem Defekt des Rollos, da sich vorliegend mehrere unglückliche Umstände aneinander gereiht haben, was letztlich zu der Verletzung der Klägerin führte.

Anders wäre der Fall u.U. zu beurteilen, wenn die Klägerin unmittelbar unter dem Rollo gestanden hätte und sie durch eine Berührung mit diesem direkt oder durch einen hierdurch ausgelösten Sturz verletzt worden wäre.

NEBENGEBIETE

Gesellschaftsrecht

Problem: Zum Notgeschäftsführungsrecht gem. § 744 II BGB analog

Einordnung: Geltung auch bei Gefahren für die Gesellschaft selbst

BGH, Urteil vom 26.06.2018, II ZR 205/16

Das Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 Abs. 2 BGB erfasst über dessen Wortlaut hinaus nicht nur Maßnahmen zur Erhaltung eines bestimmten Gegenstands des Gesamthandvermögens, sondern greift auch dann ein, wenn der Gesellschaft selbst eine akute Gefahr droht und zu ihrer Abwendung rasches Handeln erforderlich ist. Rasches Handeln ist nicht notwendig, wenn es dem Gesellschafter möglich ist, durch Inanspruchnahme seiner Mitgesellschafter eine Mitwirkung an der Abwendung der Gefahr zu erreichen.

SACHVERHALT

Der Kläger war Gesellschafter der Rechtsanwaltsgesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die ihrerseits alleinige Gesellschafterin der Beklagten war. 2007 wurde das Stammkapital der Beklagten erhöht. Den neuen Kapitalanteil übernahm der Kläger, der seine Anwaltskanzlei in die Beklagte als Sachleistung einbrachte. Sogleich übertrug der Kläger seinen Geschäftsanteil an der Beklagten an die GbR, die wiederum den Kläger als Gesellschafter aufnahm. Er wurde zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt und schloss mit ihr einen Geschäftsführerdienstvertrag. Der Gesellschaftsvertrag der GbR enthielt eine Schiedsabrede, die auch auf Streitigkeiten innerhalb der Beklagten Anwendung finden sollte.

Nach einiger Zeit traten Konflikte unter den Gesellschaftern auf. Die Mitgesellschafter des Klägers beriefen eine Gesellschafterversammlung der GbR ein, um die sofortige Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten, die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags, die Niederlegung bestimmter Mandate, die Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Beklagten bzw. der GbR gegenüber dem Kläger und den Ausschluss des Klägers aus wichtigem Grund aus der GbR zu beschließen. Der Kläger erwirkte zunächst eine einstweilige Verfügung, die es den Gesellschaftern untersagte, die Beschlüsse zu fassen. Schließlich fassten sie diese aber und bestätigten sie.

Der Kläger focht die Beschlüsse der GbR erfolgreich im schiedsrichterlichen Verfahren an. Sie wurden für nicht erklärt. Gegen den Aufhebungsantrag der Gesellschafter ist noch nicht entschieden worden. Der Kläger begehrte, die Nichtigkeit der Beschlüsse festzustellen, hilfsweise sie für nichtig zu erklären. Das LG wies die Klage ab. Die dagegen gerichtete Berufung hatte nur hinsichtlich der Hilfsanträge Erfolg. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten hatte Erfolg.

LÖSUNG

Der Kläger ist nicht prozessführungsbefugt für die mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Beschlussanfechtungsklage. Im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich diese nicht aus § 744 II BGB analog, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Das Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 II BGB erfasst bei einer GbR über den Wortlaut hinaus nicht nur Maßnahmen zur Erhaltung eines bestimmten Gegenstands des Gesamthandvermögens, sondern greift auch dann ein, wenn der Gesellschaft selbst eine akute Gefahr droht und zu ihrer Abwendung rasches Handeln erforderlich ist. Dies kann grundsätzlich auch die Erhebung einer gesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungsklage umfassen. Das Notgeschäftsführungsrecht berechtigt den Notgeschäftsführer zur Wahrnehmung der Rechte im eigenen Namen und damit verleiht es auch eine gesetzliche Prozessführungsbefugnis.

Aber die im Streitfall angefochtenen Beschlüsse stellen keine Gefahr für die GbR dar. Nur auf deren Interesse ist abzustellen. Die Wahrung eigener Interessen des Notgeschäftsführenden gehört nicht dazu. Die kurze Anfechtungsfrist gem. § 246 I AktG analog begründet per se noch keine Gefahr für die GbR. Durch die Beschlüsse der Beklagten wird die GbR nicht in ihrer Rechtsstellung betroffen. Allein die Möglichkeit, dass die Beschlüsse objektiv rechtswidrig sein könnten, begründet ebenso keine Gefahr für die GbR. Auch andere Gefahren sind nicht ersichtlich.

Daneben ist auch die Notwendigkeit raschen Handelns als weitere Voraussetzung des § 744 II BGB analog nicht gegeben. Eine Notgeschäftsführung scheidet aus, wenn es dem Gesellschafter möglich ist, durch Inanspruchnahme seiner Mitgesellschafter eine Mitwirkung an der Abwendung der Gefahren zu erreichen. Im Streitfall könnte die GbR die Beschlüsse einfach durch neue Beschlussfassung aufheben und damit deren Wirkung beseitigen.

Arbeitsrecht

Problem: Anrechnung von Sonn- und Feiertagszuschlägen auf den Mindestlohn **Einordnung: Erfüllung des Mindestlohnanspruchs gem. §§ 1, 3 MiLoG**

BGH, Urteil vom 17.01.2018, 5 AZR 69/17

Arbeitsvertraglich vereinbarte Sonn- und Feiertagszuschläge sind grundsätzlich mindestlohnwirksam und nicht zusätzlich zum gesetzlichen Mindestlohn geschuldet.

SACHVERHALT

Die klagende Arbeitnehmerin und die beklagte Arbeitgeberin haben arbeitsvertraglich einen Bruttostundenlohn von 6,60 € vereinbart. Ferner erhielt die Klägerin sowie andere Beschäftigte von November 2011 bis Oktober 2014 für Sonn- und Feiertagsarbeit einen Zuschlag von 2,00 € brutto pro Stunde. Seit Januar 2015 zahlte die Beklagte der Klägerin monatlich einen Bruttolohn, der jedenfalls dem Produkt der gearbeiteten Stunden mit 8,50 € brutto entsprach. Von Juni 2015 bis Januar 2016 arbeitete die Klägerin an insgesamt 19 Sonn- oder Feiertagen jeweils 7,6 Stunden, wofür sie keinen zusätzlichen Zuschlag erhielt.

Die Klägerin beehrte mit ihrer Klage für die Monate Juni 2015 bis Januar 2016 für insgesamt 144,4 Stunden Arbeit an Sonn- oder Feiertagen einen Zuschlag von 2,00 € brutto je Stunde. Sie war der Ansicht, dieser sei aufgrund betrieblicher Übung geschuldet und dürfe nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden. Zudem habe die Beklagte mit dem Gezahlten nicht den Anspruch auf Sonn- und Feiertagszuschläge erfüllen wollen. Die Beklagte beantragte Klageabweisung. Sie war der Ansicht, die Klägerin erhalte seit Januar 2015 den gesetzlichen Mindestlohn und mit dessen Zahlung sei auch der Anspruch auf Sonn- und Feiertagszuschläge erfüllt.

Das Arbeitsgericht gab der Klage in erster Instanz lediglich teilweise statt, das Landesarbeitsgericht wies die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten zurück. Mit der Revision hielt die Klägerin an ihrem Klageantrag fest, während die Beklagte die vollständige Klageabweisung beehrte.

LÖSUNG

Das BAG hielt die Klage für insgesamt unbegründet. Zwar habe die Klägerin Anspruch auf Sonn- und Feiertagszuschläge, dieser sei jedoch durch Erfüllung erloschen.

Arbeitsvertraglich habe die Klägerin Anspruch auf einen Bruttostundenlohn von 6,60 € sowie aufgrund betrieblicher Übung auf einen Zuschlag für Arbeit an Sonn- und Feiertagen in Höhe von 2,00 € brutto je Arbeitsstunde. Neben diesen Ansprüchen habe die Klägerin nach § 1 Abs. 1 und Abs. 2 MiLoG für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde Anspruch auf den Mindestlohn von damals 8,50 € brutto. Dieser gesetzliche Anspruch trete eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch. Werde der gesetzliche Mindestlohn unterschritten führe § 3 MiLoG zu einem Differenzanspruch. Durch ihre geleisteten Zahlungen habe die Beklagte alle Entgeltansprüche der Klägerin erfüllt. Einer ausdrücklich auf Sonn- und Feiertagszuschläge gerichteten Tilgungsbestimmung habe es nicht bedurft.

Das BAG stellt erneut klar, dass alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltleistungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen, geeignet sind, den Mindestlohnanspruch zu erfüllen. Dies beruhe darauf, dass der Mindestlohn „je Zeitstunde“ festgesetzt sei und das Gesetz den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig mache.

Zuschläge für Arbeit an Sonn- und Feiertagen seien im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt und würden gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt. Einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterlägen diese nicht, da das Arbeitszeitgesetz im Gegensatz zu während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden gerade keine besonderen Zahlungspflichten des Arbeitgebers für Arbeit an Sonn- und Feiertagen vorsehe, sondern lediglich eine Mindestzahl beschäftigungsfreier Sonntage sowie Ersatzruhetage als Ausgleich.

ÖFFENTLICHES RECHT

Problem: Sammlung von Apothekenrezepten in einem Supermarkt Einordnung: Apothekenrecht

OVG Münster, Urteil vom 02.07.2018, 13 A 2289/16

Eine Apothekerin darf keine Box zum Sammeln von Rezepten in einem nahegelegenen Supermarkt aufstellen und die bestellten Arzneimittel den Kunden nach Hause liefern.

SACHVERHALT

Eine Apothekerin betreibt im Eingangsbereich eines Supermarktes, der wenige Kilometer von ihrer Apotheke entfernt liegt, eine Sammelbox, in die Kunden Rezepte und Bestellscheine für Arzneimittel einwerfen können. Nach dem Einsammeln der Verschreibungen und Bestellungen durch die Mitarbeiter der Apothekerin werden die Medikamente innerhalb des Herner Stadtgebiets durch einen kostenlosen Botendienst nach Hause geliefert, außerhalb des Stadtgebietes erhalten die Kunden die Arzneimittel durch einen Logistikdienstleister gegen Versandkosten. Die Stadt Herne untersagte der Apothekerin das Betreiben der Sammeleinrichtung. Hat die dagegen erhobene Klage Erfolg?

LÖSUNG

Die Klage hat keinen Erfolg. Nach den apothekenrechtlichen Vorschriften ist zwischen der Abgabe von Arzneimitteln unmittelbar an Kunden in Präsenzapotheken und dem Versand von Arzneimitteln zu unterscheiden. Andere Abgabemöglichkeiten sieht der Gesetzgeber nicht vor. Die Sammelvorrichtung in dem Supermarkt ist nicht als eine einer Präsenzapotheke zugeordnete sog. Rezeptsammelstelle ausnahmsweise zulässig, weil die Rezeptsammlung nicht zur Versorgung eines abgelegenen Ortsteiles erforderlich ist. Die Sammelbox ist auch nicht von der der Klägerin erteilten Erlaubnis zum Versand von Arzneimitteln umfasst. Das praktizierte Vertriebskonzept stellt sich unter den konkreten Umständen des Falls wegen der engen räumlichen Bindung an die Präsenzapotheke nicht als Versandhandel dar. Das Bestellsystem der Klägerin richtet sich zielgerichtet und nahezu ausschließlich an Kunden des Supermarktes bzw. Einwohner der Stadt Herne, die dem räumlichen Einzugsgebiet der Präsenzapotheke zugeordnet werden können. Zudem werden die Arzneimittel an diese Kunden ausnahmslos durch das Personal der Apothekerin ausgeliefert.

Problem: Kein Anspruch auf kostenlose Toilettenbenutzung

Einordnung: Grundrechte/Straßenrecht/Gaststättenrecht

OVG Koblenz, Beschluss vom 24.07.2018, 1 A 10022/18

Ein Anspruch auf kostenfreie Benutzung der Sanifair-Toilettenanlagen an rheinland-pfälzischen Autobahnraststätten besteht nicht.

SACHVERHALT

Die Beigeladene betreibt Raststätten an Bundesautobahnen in Rheinland-Pfalz und hat hierzu Konzessionsverträge mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen. Ihre Toilettenanlagen sind nach dem „Sanifair“-Konzept ausgestaltet. Danach muss der Nutzer einer Toilette 70 Cent bezahlen und erhält im Gegenzug einen Wert-Bon in Höhe von 50 Cent, den er in Raststätten mit Sanifair-Konzept einlösen kann. Der Kläger ist der Auffassung, Toilettenanlagen an Autobahnraststätten müssten kostenlos zur Verfügung stehen. Seine Klage vor dem Verwaltungsgericht Koblenz war erfolglos. Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz bestätigte nunmehr diese Entscheidung und lehnte den Antrag auf Zulassung der Berufung ab.

LÖSUNG

Für das Begehren des Klägers fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. Ein Rahmenvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland, auf den der Kläger sich beruft, ist mittlerweile gekündigt, hätte aber im Übrigen auch nicht zur Bereitstellung kostenloser Toiletten verpflichtet. Ein entsprechender Anspruch lässt sich auch nicht aus den Grundrechten herleiten. Zum einen ist das Entgelt für die Nutzung der Sanitäreinrichtungen geringfügig. Zum anderen gibt es in Rheinland-Pfalz elf Raststätten und 43 unbewirtschaftete Autobahnrastanlagen mit kostenfreien Toiletten. Damit bestehen für den Kläger genügend Möglichkeiten zur unentgeltlichen Toilettennutzung. Sofern der Kläger der Auffassung ist, es könne nicht von ihm erwartet werden, nach dem Tanken und Essen mehrere Kilometer zu einer kostenlosen öffentlichen Toilette zu fahren, mag eine solche Weiterfahrt zwar unangenehm sein. Der Staat ist aber nicht von Rechts wegen verpflichtet, dem Kläger diese Lästigkeit zu ersparen.

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf die „Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs“ berufen, die nach seinem Dafürhalten leidet, wenn Reisende ihre Fahrt „mit voller Blase“ zunächst fortsetzen müssen, um eine kostenlose öffentliche Toilette zu erreichen. Abgesehen davon, dass das geringe Entgelt der Toilettennutzung bei verständiger Würdigung wohl niemanden an einer notwendigen Toilettennutzung hindert, liegt die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs im öffentlichen Interesse, so dass der Kläger hieraus keine subjektiven Rechte herleiten kann. Schließlich steht auch die rheinland-pfälzische Gaststättenverordnung - unabhängig von der Frage, ob sie auf die Betriebe der Beigeladenen überhaupt anwendbar ist - der Erhebung eines Entgelts für die Toilettennutzung an Autobahnraststätten nicht entgegen.

Problem: Känguru als Haustier

Einordnung: Tierschutzrecht

VG Lüneburg, Beschluss vom 24.07.2018, 6 B 71/18, 6 B 85/18

Ein Känguru darf durch die zuständige Behörde weggenommen werden, wenn es nicht genügend Auslauffläche hat und ihm ein Artgenosse fehlt.

SACHVERHALT

Die Antragstellerin ist Eigentümerin eines männlichen, ca. 2 Jahre alten Kängurus namens „Viggo“, welches aus einem Tierpark stammt. Da die Mutter des Tieres verstorben war, versorgte die Antragstellerin, die zu diesem Zeitpunkt im Tierpark arbeitete, dieses mit der Flasche und nahm es bei sich zu Hause auf. Nach einer Überprüfung der Unterbringung im Jahr 2017 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin u.a. auf, dem Känguru ein Gehege mit einer Fläche von mindestens 200 qm zur Verfügung zu stellen und das Gehege entsprechend zu strukturieren. In der Folgezeit fanden mehrere Gespräche zwischen den Beteiligten und weitere Kontrollen statt. Mit zwischenzeitlich bestandskräftigem Bescheid aus Oktober 2017 gab der Antragsgegner unter Anordnung der sofortigen Vollziehung der Antragstellerin u.a. auf, dem Känguru spätestens bis zum 30.11.2017 eine strukturierte Außengehegefläche von mindestens 200 qm zur Verfügung zu stellen und das Känguru mit mindestens einem Artgenossen dauerhaft zu vergesellschaften. Nach verschiedenen Gesprächen, Kontrolle und Fristverlängerungen ordnete der Antragsgegner sodann mit Bescheid vom 23.05.2018 unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung die Wegnahme des Kängurus sowie die anderweitige pflegliche Unterbringung auf Kosten der Antragstellerin in einer auf Wildtiere spezialisierten Einrichtung an. Mit weiterem Bescheid vom 03.07.2018 ordnete der Antragsgegner die eigentumsrechtliche Entziehung zum Ablauf des 17.07.2018 sowie die unentgeltliche Abtretung an eine Wildtier- und Artenschutzstation an. Gegen diese Anordnungen hat die Antragstellerin Klage erhoben und um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht.

LÖSUNG

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat keinen Erfolg.

Die Wegnahme und anderweitige Unterbringung des Kängurus (Az. 6 B 71/18) ist rechtmäßig, da der Antragsgegner nach § 16a I 1 1 und 2 Nr. 2, 1. Hs. des Tierschutzgesetzes (TierSchG) insbesondere ein Tier, das nach dem Gutachten des beamteten Tierarztes mangels Erfüllung der Anforderungen des § 2 TierSchG erheblich vernachlässigt ist oder schwerwiegende Verhaltensstörungen aufweist, dem Halter fortnehmen und so lange auf dessen Kosten anderweitig pfleglich unterbringen kann, bis eine den Anforderungen des § 2 TierSchG entsprechende Haltung des Tieres durch den Halter sichergestellt ist. Diese Voraussetzungen liegen vor. Nach den überzeugenden Feststellungen der Amtstierärztin des Antragsgegners hat die Antragstellerin das Känguru mangels Erfüllung der Anforderungen des § 2 TierSchG erheblich vernachlässigt. Die Amtstierärztin ist zu dem Ergebnis gekommen, dass durch die Haltung die Gefahr bestehe, Leiden bei dem Känguru hervorzurufen, weil dieses aufgrund des zu kleinen und nicht bedürfnisgerecht strukturierten Geheges nicht die Möglichkeit habe, sein artgemäßes Bewegungs-, Komfort- und Ruheverhalten auszuüben. Zudem sei eine Gruppenhaltung aufgrund des Sicherheitsgefühls für das Einzeltier erforderlich. Die Zurückdrängung des Sozialbedürfnisses könne insbesondere in Angstsituationen zu Stress und auch zu Leiden führen. Der menschliche Kontakt ersetze keinesfalls den Kontakt zu Artgenossen. Dieser Einschätzung ist die Kammer gefolgt.

Auch die Anordnung der eigentumsrechtlichen Entziehung und unentgeltlichen Abtretung (Az. 6 B 85/18) ist rechtmäßig. Diese Anordnungen sind geeignet, das Ziel einer dauerhaften art- und bedürfnisgerechten Haltung des Kängurus zu erreichen. Ein milderes und gleich geeignetes Mittel, das diesen angestrebten Zweck erreicht, ist nicht ersichtlich. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin ausreichend Zeit eingeräumt, die geforderten Maßnahmen umzusetzen oder das Tier in eine geeignete Einrichtung abzugeben. Ein Interesse an der eigentumsrechtlichen Entziehung und Abtretung folgt auch aus den Kosten für die zeitweilige Unterbringung, die nicht durch den Erlös aus einem Verkauf gedeckt werden könnten. Das Geringhalten der Kosten liegt gleichfalls im Interesse der Antragstellerin, die der Antragsgegner zu der Erstattung der entstandenen Unterbringungskosten heranziehen könnte.

STRAFRECHT

Problem: Sicherungsetiketten sind i.d.R. keine Wegnahmesicherung **Einordnung: Anforderungen an das Regelbeispiel § 243 I 2 Nr. 2 StGB**

BGH, Urteil vom 26.06.2018, 1 StR 79/18

Sicherheitsetiketten oder Sicherungsspinnen an Waren in Kaufhäusern sind nur dann Schutzvorrichtungen i.S.d. § 243 I 2 Nr. 2 StGB, wenn sie nach ihrer Beschaffenheit dazu geeignet und bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Daran fehlt es, wenn sie der Schaffung einer Gewahrsamsenklaue nicht hinderlich sind oder sie erst beim Verlassen des Kaufhauses wirksam werden, d.h. allein der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams dienen.

SACHVERHALT

A und M beschlossen, ein Tablet aus einem Elektronikfachmarkt zu entwenden, welches sich in einer ca. 18 x 30 cm großen Verpackung befand. Diese war mit Elektrodrähten umgeben, bei deren Durchtrennen ebenso wie beim Passieren des Kassensbereichs ein Alarmsignal ertönen würde (sog. Sicherungsspinne). Die Sicherungsspinne ließ sich ohne Werkzeugeinsatz entfernen. A deckte M beim anschließenden Versuch, die Verpackung zu öffnen, entsprechend einer gemeinsamen Absprache ab, wobei M zum Entfernen des Siegels letztlich ein Taschenmesser benutzen musste, von dem A keine Kenntnis hatte. Nachdem M das Siegel durchtrennt hatte, riss er die Verpackung auf und steckte das Tablet unter sein T-Shirt in den Hosenbund. A und M verließen sodann den Elektronikfachmarkt, ohne zu bezahlen.

Das LG nahm an, dass die Sicherungsspinne nicht den Gewahrsam des Berechtigten gegen den Bruch durch einen Unbefugten sichern sollte, sondern der Wiedererlangung des Gewahrsams diene, der bereits an den Täter verloren gegangen war. Es verurteilte A wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe. Gegen dieses Urteil legte die StA zuungunsten des A Revision ein, die sie auf den Strafausspruch beschränkte. Sie rügte insbesondere, dass die Strafkammer die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls des Diebstahls nach § 243 I 2 Nr. 2 StGB verneinte.

LÖSUNG

Die Revision hatte Erfolg. Der Strafausspruch halte revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand, weil die getroffenen Feststellungen dem Revisionsgericht keine Prüfung ermöglichen, ob die Strafkammer das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB ohne Rechtsfehler verneint habe.

Schutzvorrichtungen im Sinne dieser Vorschrift seien solche, die nach ihrer Beschaffenheit dazu geeignet und bestimmt seien, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Entsprechend falle eine Vorrichtung nicht unter diese Norm, wenn sie das Verbergen des Diebesguts in der Kleidung des Täters oder einem von diesem mitgeführten Behältnis nicht verhindern könne oder sie erst nach dem Gewahrsamsbruch Alarm auslöse und somit der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams diene. Den Feststellungen sei nicht zu entnehmen, ob die Sicherungsspinne defekt oder nicht aktiviert gewesen sei oder ohnehin erst beim Verlassen des Elektronikfachmarkts Alarm ausgelöst hätte. Zudem sei zu prüfen, ob ein gegebenenfalls beim Durchtrennen der Drähte ausgelöster Alarm hilfsbereiten Dritten die Gelegenheit gegeben hätte, den Gewahrsamswechsel zu erschweren, oder nur auf die stattgefundene Manipulation bzw. einen erfolgten Gewahrsamsbruch aufmerksam gemacht hätte.

Anm.: Vor allem im 2. Examen könnten noch nähere Ausführungen zu der Frage verlangt werden, ob mit dem Entfernen eines elektronischen Sicherungsetiketts ein unbenannter besonders schwerer Fall i.S.d. § 243 I 1 StGB verwirklicht ist. In einem Fall, wo der Täter einen Magneten zum Abtrennen der Sicherungsetiketten verwendet hatte, war das OLG Dresden, 2 OLG 22 Ss 14/15 Rn 16, zurückhaltend. Es erscheine als fraglich, ob allein dieser Umstand den vorliegenden Fall so deutlich von den im Durchschnitt praktisch vorkommenden Fällen des Diebstahls in Kaufhäusern abhebe (worauf es ankomme und nicht auf die Abweichung vom Durchschnitt aller einfachen Diebstahlsfälle), dass hierauf die Annahme eines besonders schweren Falles zu gründen sei.