

ZIVILRECHT

Problem: Vertraglich vorausgesetzte Verwendung der Kaufsache **Einordnung: Abgrenzung zu vom Käufer gewünschten Qualitätsmerkmalen**

BGH, Beschluss vom 20.03.2019, VIII ZR 213/18

Mit der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ zielt das Gesetz nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die Nutzungsart (Einsatzzweck) geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben.

SACHVERHALT

Die Klägerin ist Produzentin von Vogelfutter. Dieses wird maschinell in verschweißten Plastikbeuteln verpackt. Die Klägerin kaufte eine Verpackungsmaschine eines chinesischen Herstellers zum Preis von 89.250 €. Diese wurde im Oktober 2011 geliefert und in Betrieb genommen. Im Dezember 2011 und Januar 2012 rügte die Klägerin eine zu geringe Produktionsgeschwindigkeit der Maschine, weil diese bei den 5-kg Beuteln lediglich neun statt der geforderten 20 Beutel je Minute produziere. Im Januar 2012 rügte die Klägerin außerdem das Fehlen bzw. das Aufreißen der rückwärtigen Beutelnähte.

Im März 2012 leitete die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren ein, mit dem sie Feststellungen zum Zustand und zur Leistungsfähigkeit der Maschine sowie zum Vorliegen von Mängeln begehrte. Nach Einholung mehrerer Gutachten forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung auf, die in den Gutachten festgestellten Mängel zu beseitigen. Die Beklagte war der Ansicht, dass die Maschine keine Mängel aufweise, für die sie verantwortlich sei. Die Klägerin erklärte daraufhin im Februar 2015 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

LG und OLG gaben der auf Rückzahlung des Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückgabe der Maschine, gerichteten Klage statt. Auf die Revision der Beklagten hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen.

LÖSUNG

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können Sachmängel der Verpackungsmaschine und ein darauf gestützter Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages (§ 437 Nr. 2, § 434 I, § 323 I, §§ 346, 348 BGB) nicht bejaht werden.

Die Eignung der Kaufsache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) ist nicht daran zu messen, ob bestimmte vom Käufer gewünschte Qualitätsmerkmale „Geschäftsgrundlage“ oder „Vertragszweck“ geworden sind. § 434 I 2 Nr. 1 BGB zielt mit dem Merkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die dem Verkäufer erkennbare Verwendung (Nutzungsart) durch den Käufer geeignet ist. Die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung kann sich dabei von der gewöhnlichen Verwendung der Kaufsache unterscheiden. Letztlich wird der fehlenden Eignung für die Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB in der Regel nur dann eine eigenständige Bedeutung gegenüber derjenigen nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB zukommen, wenn die Parteien nach dem Vertrag eine andere als die gewöhnliche Verwendung vorausgesetzt haben.

Das Berufungsgericht ist zwar zunächst von dem Tatbestandsmerkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ ausgegangen, hat diesen Rechtsbegriff jedoch nicht hinreichend erfasst und stattdessen auf bestimmte Eigenschaften der Verpackungsmaschine – insbesondere eine konkrete Produktionsgeschwindigkeit – abgestellt, die aus Sicht der Klägerin wünschenswert waren, die sie aber nicht zum Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht hatte. Es hat damit die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ zu weit gefasst.

Aus den Feststellungen der Vorinstanzen ergibt sich nicht, dass für den im Streitfall vorausgesetzten Einsatzzweck – das Verpacken von Vogelfutter in Plastikbeutel – eine Taktzahl von zwanzig Beuteln pro Minute zwingend erforderlich oder zumindest üblich ist. Ob die Maschine deshalb an einem Mangel leidet, weil sie keine hinreichend stabilen Nähte erstellen kann, hat das OLG offengelassen. Nach der Zurückverweisung wird es sich mit beiden Aspekten nochmals zu befassen haben.

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht

Problem: Fremdgeschäftsführer einer GmbH können nicht vor den Arbeitsgerichten klagen

Einordnung: Rechtswegzuständigkeit zu den Arbeitsgerichten

BGH, Beschluss vom 21.01.2019, 9 AZB 23/18

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH steht mit dieser regelmäßig in einem freien Dienstverhältnis und nicht in einem Arbeitsverhältnis. Daher sind für eine Klage des Fremdgeschäftsführers gegen eine fristlose Kündigung grds. die Arbeitsgerichte gem. § 2 I ArbGG nicht zuständig. Der Fremdgeschäftsführer nimmt zumeist Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitgeberähnliche Person.

SACHVERHALT

Die Klägerin war als Geschäftsführerin bei der beklagten GmbH, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb von Krankenhäusern und anderen sozialen Einrichtungen ist, angestellt. Die Klägerin kündigte ihren Vertrag mit der Beklagten ordentlich, woraufhin die Beklagte dieses fristlos kündigte und sie als Geschäftsführerin abberief. Die Klägerin habe die ihr als Geschäftsführerin obliegenden Pflichten verletzt und sich illoyal verhalten. Die Klägerin wehrte sich daraufhin gegen die Kündigung vor dem Arbeitsgericht. Die Beklagte rügte die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitsachen.

Das Arbeitsgericht erklärte den Rechtsweg für zulässig, das LAG wies die sofortige Beschwerde der Beklagten zurück. Das BAG erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen für nicht eröffnet.

LÖSUNG

Es handelt sich nicht um eine Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber i.S.v. § 2 I Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG.

Der Rechtsweg ist nicht schon nach § 5 I 3 ArbGG ausgeschlossen. Die Klägerin wurde von ihrem Amt als Geschäftsführerin abberufen. Jedoch ändert sich der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters nicht allein dadurch, dass er abberufen wird.

Die Klägerin ist keine Arbeitnehmerin der Beklagten gem. § 5 I 1 ArbGG. Der Geschäftsführer einer GmbH wird für diese in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags, nicht eines Arbeitsvertrags tätig. Auch gegenüber einem Geschäftsführer als freier Dienstnehmer steht der Gesellschaft ein unternehmerisches Weisungsrecht zu. Ein Weisungsrecht, das so stark über dieses hinausgeht, dass von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen werden kann, kommt allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht.

Die Klägerin ist auch keine arbeitnehmerähnliche Person gem. § 5 I 2 ArbGG. Arbeitnehmerähnliche Personen unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch einen geringeren Grad an persönlicher Abhängigkeit; an deren Stelle tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Außerdem muss die wirtschaftlich abhängige Person ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sein. Die Klägerin ist ihrer gesamten sozialen Stellung nach aber nicht mit einem Arbeitnehmer vergleichbar. Der Geschäftsführer einer GmbH verkörpert als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft den Arbeitgeber. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine arbeitbergleiche Person.

Arbeitsrecht

Problem: AGG: Neues zum Rechtsmissbrauch von Stellenbewerbern Einordnung: BAG erleichtert dem Arbeitgeber den Nachweis des Rechtsmissbrauchs

BAG, Beschluss vom 25.10.2018, 8 AZR 562/16

Wer sich nur bewirbt, um eine Absage zu provozieren und um danach eine Diskriminierungsentschädigung zu fordern, handelt missbräuchlich.

SACHVERHALT

Erneut ging es im vorliegenden Verfahren um den als AGG-Hopper bekannten Anwalt Kratzer. Diesmal hatte er sich bei einem diakonischen Dachverband beworben, der im Juli 2011 eine/n „Referentin/Referenten Arbeitsrecht“ suchte. Voraussetzung war laut Stellenausschreibung die Zugehörigkeit zur Evangelischen Kirche oder einer Kirche der ACK, der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland, in der 17 christliche Glaubensgemeinschaften organisiert sind. Zudem bezeichnete es die Stellenausschreibung als „wünschenswert“, wenn die Bewerber „erste Berufserfahrungen (3 Jahre)“ hätten.

Herr Kratzer verfasste ein Bewerbungsschreiben, in dem es auszugsweise hieß:

„Als Rechtsanwalt bin ich mittlerweile seit nahezu neun Jahren tätig und habe mich (...) mittlerweile auf das Arbeitsrecht spezialisiert. (...) Da ich mehrere Jahre hinweg als selbständiger Rechtsanwalt allein für den wirtschaftlichen Erfolg meines Büros verantwortlich war, verfüge ich über ein solides Maß an betriebswirtschaftlichen Kenntnissen. Derzeit gehöre ich aus finanziellen Gründen nicht der evangelischen Kirche an, jedoch kann ich mich mit den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche identifizieren, da ich lange Mitglied der evangelischen Kirche war.“

Der diakonische Verband schloss das Verfahren ohne Einstellung eines Bewerbers ab und teilte Herrn Kratzer Anfang September 2011 mit, es sei eine „Personalentscheidung“ über die Besetzung der Stelle getroffen worden und man bedaure, ihm keine positive Mitteilung machen zu können. Kurz darauf leitete der Verband ein neues Besetzungsverfahren ein. Herr Kratzer forderte daraufhin unter Verweis auf § 15 I und II AGG eine Entschädigung und Schadensersatz von vier Gehältern à 4.000,00 EUR. Da der Verband nicht zahlte, erhob er Klage vor dem Arbeitsgericht Halle, wo er zunächst 14.820,88 EUR verlangte und zuletzt eine Entschädigung von mindestens einer Monatsvergütung (3.705,22 EUR). Die Instanzgerichte wiesen die Klage ab.

LÖSUNG

Diskriminierungen eines Bewerbers wegen der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung sind bei der Stellenausschreibung und -besetzung nach § 1 AGG i.V.m. § 2 I Nr.1, § 6 I 2 und § 7 I AGG verboten.

Dennoch wies auch das BAG die Klage ab. Der Kläger betreibt Rechtsmissbrauch und verstößt damit gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Denn missbräuchlich handelt, wer nicht die Stelle erhalten möchte, sondern nur die formale Position eines Bewerbers gemäß § 6 I 2 AGG, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung oder Schadensersatz nach § 15 I und II AGG zu ergattern.

Zum Beleg dafür, dass Herr Kratzer in diesem Sinne rechtsmissbräuchlich gehandelt hatte, genügt dem BAG allein das Bewerbungsschreiben.

Hier verweist das BAG auf die im Bewerbungsschreiben enthaltene, den kirchlichen Arbeitgeber brüskierende Mitteilung, dass der „Bewerber“ nicht nur aus der evangelischen Kirche ausgetreten ist, sondern dies aus finanziellen Gründen getan hat. Dazu merkt das BAG weiterhin an (Urteil, Rn.58):

„In diesem Kontext wirkt die weitere Formulierung im Bewerbungsschreiben >kann ich mich mit den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche identifizieren< provozierend floskelhaft, wobei die Verwendung des Wortes >kann< zudem deutlich macht, wie gleichgültig der Kläger den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche gegenübersteht.“

Anmerkung:

Die bisherige BAG-Rspr. (8 AZR 848/13 - Kratzer) stellte so hohe Anforderungen an den Nachweis einer missbräuchlichen Schein-Bewerbung, dass es schon fast als Ermutigung für „AGG-Hopper“ angesehen werden musste. **Es ist höchste Zeit gewesen, dass das BAG hier umdenkt!** Das BAG verwendet große Sorgfalt darauf, dass Bewerbungsschreiben auf die darin zum Ausdruck kommenden Absichten hin zu interpretieren. Für künftige vergleichbare Fälle heißt das, dass die Arbeitsgerichte häufiger als bisher zu dem Ergebnis kommen können, dass der angeblich diskriminierte Stellenbewerber in Wahrheit nicht an der ausgeschriebenen Stelle interessiert war, sondern an einer Geldentschädigung.

Arbeitsrecht

Problem: Aktuelles zum Urlaubsrecht

Einordnung: Rechtsprechungsübersicht zur Orientierung

In der letzten Zeit sind so viele Entscheidungen zum Urlaubsrecht ergangen, dass man droht, den Überblick zu verlieren. Hier deshalb eine kurze Zusammenstellung der wichtigsten Entscheidungen.

1. Urlaub verfällt nicht automatisch

Bislang galt der Grundsatz, dass Urlaub am Jahresende oder allerspätestens am 31.3. des Folgejahres verfällt. Das ist nun nicht mehr so. Nur wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer klar und rechtzeitig aufgefordert hat, seinen Urlaub zu nehmen und der Arbeitnehmer dies dennoch nicht tut, kann sein Urlaub verfallen. Dem insoweit unmissverständlichen BAG-Urteil (19.2.2019, 9 AZR 541/15) war ein EuGH-Urteil vorausgegangen, das sicherstellen soll, dass alle Arbeitnehmer in der EU ihren Mindesturlaub auch tatsächlich wahrnehmen (EuGH 6.11.2018, Rs. C-684/16).

Für die Praxis bleibt einiges unklar. Viele spekulieren nun, wie und vor allem bis wann der Arbeitgeber den Beschäftigten auf den Urlaubsverfall hinweisen muss, damit dies noch „rechtzeitig“ im Sinne des BAG erfolgt.

2. Urlaubsverfall bei Krankheit

Ist ein Beschäftigter über lange Zeit krank, ist fraglich, was das für seinen Urlaubsanspruch bedeutet. Jahrelang vertrat das BAG die Ansicht, dass ein Urlaubsanspruch spätestens dann verfällt, wenn ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsübertragungszeitraums, also dem 31. März des Folgejahrs, krank war. Der EuGH kassierte diese Rechtsprechung des BAG, da sie gegen die europäische Arbeitszeitrichtlinie verstieß, wonach der Mindesturlaub von vier Wochen nicht so schnell verfallen kann.

Seither gilt: Kann der Arbeitnehmer seinen Urlaub aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraumes nicht nehmen, bleibt der Urlaubsanspruch als Freizeitanspruch zunächst erhalten.

Weil sich bei Arbeitnehmern, die über mehrere Jahre arbeitsunfähig erkrankt sind, die so jährlich erworbenen Urlaubsansprüche ins Unermessliche addieren können, legte der EuGH und im Anschluss auch das BAG eine Grenze fest. Danach ist es zulässig und nunmehr gefestigte Rechtsprechung, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch spätestens 15 Monate nach Ablauf des entsprechenden Urlaubsjahrs verfällt. Dies gilt auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers über diesen Zeitraum hinaus ununterbrochen andauert (BAG 18.9.2012, 9 AZR 623/10).

3. Urlaub und Elternzeit

Wer in Elternzeit geht, behält im Grundsatz seinen Urlaubsanspruch. Allerdings kann der Arbeitgeber den Urlaub kürzen und zwar pro Monat Elternzeit um jeweils ein Zwölftel. Dies muss der Arbeitgeber formlos erklären (BAG 19.3.2019, 9 AZR 362/18). Die Kürzungsmöglichkeit betrifft den gesetzlichen Urlaub, den tarif- oder vertraglichen Urlaub nur, wenn nichts anderes geregelt ist. Diese Praxis ist mit EU-Recht vereinbar (EuGH 4.10.2018, C-12/17).

4. Urlaub und Sonderurlaub, Sabbatical

Wer ein Sabbatical macht oder sonst Sonderurlaub erhält, verliert für diese Zeit seinen gesetzlichen Urlaubsanspruch. So nun ein neues BAG-Urteil (BAG 19.3.2019, 9 AZR 315/17), das eine klare Abkehr von der vorherigen Rechtsprechungslinie darstellt, wonach ein gesetzlicher Urlaubsanspruch gewährt wurde. Hat also ein Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr durchgehend unbezahlten Sonderurlaub, steht ihm ab sofort kein Anspruch auf Erholungsurlaub zu.

5. Urlaub kann vererbt werden

Kann der Arbeitnehmer den Urlaub nicht nehmen, weil das Arbeitsverhältnis beendet wird, so muss der Urlaub ausgezahlt werden. Man nennt es auch Abgeltung des Urlaubsanspruchs (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Nun geht der EuGH (6.11.2018, C-569/16) noch weiter. Auch durch den Tod des Arbeitnehmers darf der Urlaubsanspruch nicht untergehen. Vielmehr geht der Anspruch auf Abgeltung des nicht gewährten Urlaubs auf die Erben über. Das gilt nur für den gesetzlichen Mindesturlaub und für den für Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen. Das BAG hat diese Vorgabe des EuGH inzwischen durch ein Urteil bestätigt (BAG 22.1.2019, 9 AZR 45/16).

6. Urlaub darf nicht abgerundet werden

In der Praxis vieler Unternehmen werden Bruchteile von Urlaubstagen munter abgerundet. Das geht nun nicht mehr. Ein Abrunden von Urlaubsansprüchen kommt ohne Rechtsgrundlage nicht in Frage. Hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub, der weniger als einen halben Tag beträgt, dann bleibt ihm der bruchteilige Anspruch bis zur letzten Sekunde erhalten – so das BAG (8.5.2018, 9 AZR 578/17).

Nur im Ausnahmefall soll ein Abrunden möglich sein, wenn der Arbeitnehmer nur einen Teilurlaubsanspruch erworben hat (§ 5 Abs. 1 BUrlG). Ein Aufrunden sieht das BUrlG nur von halben auf volle Urlaubstage vor (§ 5 Abs. 2 BUrlG). Das Verbot des Abrundens gilt nur für den gesetzlichen Mindesturlaub. Allerdings kann der jeweils für das Arbeitsverhältnis geltende Tarifvertrag eine weitergehende Regelung für den tariflichen Mehrurlaub und bruchteilige Urlaubstage enthalten.

7. Keine Kürzung bei Wechsel von Voll- in Teilzeit

Wechselt ein Arbeitnehmer von Voll- in Teilzeitarbeit, so bleiben seine Urlaubstage zunächst erhalten. Das gilt vor allem dann, wenn er vor dem Wechsel seinen Urlaub nicht mehr nehmen kann (EuGH 13.6.2013, C-415/12; BAG 10.2.2015, 9 AZR 53/14 [F]). Kann der Arbeitnehmer vor seinem Wechsel in eine Teilzeittätigkeit seinen Urlaub nicht nehmen, dürfe – so der EuGH – die Zahl der Tage des bezahlten Jahresurlaubs wegen des Übergangs in eine Teilzeitbeschäftigung nicht verhältnismäßig gekürzt werden. Der EuGH sieht die Gefahr der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter.

Aufgrund dieser Rechtsprechung des EuGH könne an der bisherigen Rechtsprechung des BAG nicht festgehalten werden, nach der die Urlaubstage grundsätzlich umzurechnen waren, wenn sich die Anzahl der mit Arbeitspflicht belegten Tage verringere.

ÖFFENTLICHES RECHT

Problem: Haar- und Barterlass der Bundeswehr Einordnung: Soldatenrecht

BVerwG, Entscheidung vom 31.01.2019, 1 WB 28.17

Der Zentralen Dienstvorschrift (ZDv) A-2630/1 „Das äußere Erscheinungsbild der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“ fehlt eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Für eine Übergangszeit ist diese Dienstvorschrift, die allgemein als „Haar- und Barterlass“ bekannt ist, aber auch zum Beispiel Regelungen zu Tätowierungen und Piercings trifft, bis zu einer entsprechenden Neuregelung weiterhin anzuwenden.

SACHVERHALT

Dem Verfahren liegt die Wehrbeschwerde eines Stabsfeldwebels zu Grunde, der nach eigenen Angaben ein Anhänger der Gothic-Kultur ist und lange Haare tragen möchte. Er hält die Regelung in Nr. 202 der ZDv A-2630/1 für diskriminierend, nach der männliche Soldaten die Haare kurz geschnitten tragen müssen. Dieselbe Dienstvorschrift gestatte es Soldatinnen, die Haare lang und am Hinterkopf zusammengebunden zu tragen. Das Bundesministerium der Verteidigung hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

LÖSUNG

Der Antrag ist im Ergebnis erfolglos.

Wie bereits in einer früheren Entscheidung dargelegt, schließt es das Gleichberechtigungsgebot nicht aus, für Soldatinnen und Soldaten unterschiedliche Regelungen in Bezug auf die Dienstkleidung und Haartracht bei der Dienstausbung vorzusehen (BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 1 WRB 2.12, 1 WRB 3.12 - BVerwGE 149, 1). Allerdings bedürfen Regelungen, die in die Freiheit des Einzelnen, seine äußere Erscheinung individuell zu gestalten, eingreifen, einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Dies folgt aus der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit, die auch den Soldaten davor schützt, ohne gesetzliche Grundlage durch dienstliche Weisung Einschränkungen seines persönlichen Erscheinungsbildes hinnehmen zu müssen, die sich auch auf sein Aussehen außerhalb des Dienstes auswirken.

Eine solche ausreichende gesetzliche Grundlage enthält § 4 Abs. 3 Satz 2 SG nicht. Die Norm ermächtigt jedenfalls in der seit 2017 geltenden Fassung nur zu Bestimmungen über die Uniform und die Kleidungsstücke, die mit der Uniform getragen werden. Weder dem Wortlaut der Norm noch den Gesetzgebungsmaterialien ist eindeutig zu entnehmen, dass der Erlassgeber im Sachzusammenhang mit der Festlegung einer Kleiderordnung auch zu notwendig in den privaten Lebensbereich hineinwirkenden Regelungen über die Gestaltung von Körperbestandteilen von Soldatinnen und Soldaten ermächtigt wird.

Da die früher geltende Vorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 2 SG aber weiter ausgelegt worden ist und ein einheitliches Auftreten der Bundeswehr im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit geboten ist, sind die Dienstvorschriften bis zu einer gesetzlichen Neuregelung vorläufig weiter anzuwenden. Der Gesetzgeber wird auch darüber zu befinden haben, ob eine unterschiedliche Regelung der Haartracht von Männern und Frauen in der Bundeswehr künftig weiterhin geboten ist.



Problem: Sonntagsarbeit in Callcentern

Einordnung: Grundrechte

OVG Bautzen, Entscheidung vom 11.4.2019, 3 A 505/17

Die Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsen steht ein Anspruch auf Beteiligung bei Verfahren über die Bewilligung von Sonntagsarbeit in Callcentern zu, da sie hierdurch im Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 GG betroffen ist.

SACHVERHALT

Der Landeskirche war durch Medienberichte bekannt geworden, dass im Freistaat Sachsen Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen in Callcentern auf Grund von Ausnahmegewilligungen beschäftigt werden. Sie bat die Landesdirektion Sachsen deshalb um Beteiligung an allen laufenden und künftigen Bewilligungsverfahren. Die Landesdirektion Sachsen lehnte dies ab, da der Landeskirche ihrer Auffassung nach weder ein Anspruch auf Akteneinsicht noch auf Auskunft zustehe. Daraufhin erhob die Landeskirche Klage.

LÖSUNG

Die Klage der Landeskirche hat Erfolg. Der Freistaat Sachsen ist verpflichtet, die Landeskirche an Verwaltungsverfahren zur Bewilligung von Sonntagsarbeit in Callcentern zu beteiligen. Des Weiteren muss er der Klägerin alle bereits erteilten Bewilligungen von Sonntagsarbeit in Callcentern vorlegen, soweit die Bewilligungen noch fortwirken.

Die Landeskirche ist in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit betroffen, die durch die Sonn- und Feiertagsgarantie nach Art 140 GG i.V.m. Art 139 Weimarer Reichsverfassung (WRV) konkretisiert wird. Nach Art. 139 WRV bleiben der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt. Der darin enthaltene Schutzauftrag richtet sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern dieser ist auch von Behörden bei der Bewilligung von Ausnahmen von der sonntäglichen Arbeitsruhe zu beachten. § 9 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) bestimmt, dass Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 bis 24 Uhr grundsätzlich nicht beschäftigt werden dürfen. Ausnahmen hiervon können u.a. im öffentlichen Interesse nach § 15 Abs. 2 ArbZG sowie aus Gründen der Konkurrenzfähigkeit eines Unternehmens nach § 13 ArbZG bewilligt werden.

STRAFRECHT

Problem: Abgrenzung Raub und räuberische Erpressung bei Tresorfällen **Einordnung: Äußeres Erscheinungsbild der Tat**

BGH, Beschluss vom 19.02.2019, 5 StR 662/18

Durchsucht der Täter das Opfer nach einem Schlüssel, um mit diesem einen Tresor zu öffnen und darin enthaltenes Geld zu entwenden, liegt ein versuchter Raub vor.

SACHVERHALT

Die Täter entschlossen sich, den O in seinem Firmengebäude unter Verwendung eines Messers und einer geladenen Pistole zu überfallen, um das im Tresor verwahrte Bargeld zu erbeuten. Vom Tatplan war sowohl die Aushändigung des Geldes durch den O als auch die eigenhändige Wegnahme umfasst.

In Umsetzung des Vorhabens stürmten Z und E mit gezogenen Waffen auf den im Eingangsbereich seines Firmengebäudes mit der Tagesabrechnung beschäftigten O zu. Der Z hielt dem O das Messer an den Hals, während E die Pistole auf dessen Kopf richtete. Nachdem der Z die auf dem Tresen liegenden Tageseinnahmen von 600 Euro eingesteckt hatte, zerrten sie den O in den Tresorraum und forderten ihn auf, den Tresor zu öffnen, um an die darin verwahrten rund 15.000 Euro „heranzukommen“. Da der O dem Ansinnen trotz der fortwährenden Drohungen nicht nachkam, schoss E ihm aus ein bis zwei Metern Entfernung in den rechten Oberschenkel. Anschließend durchsuchten sie den infolgedessen zu Boden gegangenen O nach dem Tresorschlüssel. Bevor sie diesen finden konnten, traf ein Warenausfahrer des O auf dem Firmengelände ein. Z und E erkannten nun, dass das Vorhaben gescheitert war, und flüchteten.

LÖSUNG

Das Landgericht hat das Geschehen bezogen auf die entwendeten 600 Euro als besonders schweren Raub und bezogen auf die rund 15.000 Euro im Tresor als eine – in Tateinheit dazu stehende – versuchte besonders schwere räuberische Erpressung bewertet. Letzteres hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Handeln des Z und des E war nach dem äußeren Erscheinungsbild nicht auf die Herausgabe des im Tresor verwahrten Bargeldes durch den O, sondern auf dessen Wegnahme gerichtet (Durchsuchung des Opfers nach dem Tresorschlüssel). Damit ist der zweite Teilakt des einheitlichen Überfallgeschehens als Versuch eines besonders schweren Raubes (§ 249 I, § 250 II Nr. 1, §§ 22, 23 I StGB) zu bewerten.

Anmerkung:

Nach dem äußeren Erscheinungsbild liegt insoweit nämlich eine geplante Duldung der Wegnahme vor. Kein anderes Ergebnis ergäbe sich nach der sog. Exklusivitätstheorie. Hiernach schließen sich Raub und Erpressung wechselseitig aus und sind nach der inneren Willensrichtung abzugrenzen. Hiernach stellten sich die Täter keinen notwendigen Mitwirkungsakt, also keine Verfüzung des O, sondern eine Wegnahme vor.

Treffen aber Versuch und Vollendung ein und desselben Delikts wie hier zusammen, tritt der Versuch zurück.

Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

Die Strafaussprüche werden durch die Änderung des Schuldspruchs nicht berührt, da (auch) die Verwirklichung eines zurücktretenden Tatbestands bei der Strafzumessung erschwerend berücksichtigt werden kann und der „hohe Wert der angestrebten Beute“ bei zutreffender rechtlicher Bewertung mit dem gleichen Gewicht als bestimmender Strafzumessungsgesichtspunkt zu berücksichtigen gewesen wäre (§ 46 II StGB).