

**Herausgeber:**

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

# ZARA

**Ausgabe April/12**  
**5. 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, 28.03.2012 – VIII ZR 244/10 – Startpreis einer eBay-Auktion sagt nichts über Wert der Ware aus	S. 4
OLG Schleswig-Holstein, 27.03.2012 – 2 U 2/11 – Prepaid-Karte: Gebühr für Guthabenauszahlung bei Vertragsende	S. 5
LSG Bayern, 24.02.2012 – L 8 SO 9/12 B ER – Keine Klage- und Rechtsmitteleinlegung per E-Mail und PDF	S. 7
BGH, 17.04.2012 – X ZR 76/11 – Zum Schadensersatz bei Vorverlegung des Rückflugs um 10 Stunden	S. 8

#### Strafrecht

BGH, 14.02.2012 – 3 StR 446/11 – Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Mittäterschaft	S. 9
BGH, 03.11.2011 – 2 StR 302/11 – Zum Vorteil bei der Begünstigung	S. 10
BGH, 21.12.2011 – 2 StR 295/11 – Zur „Freiverantwortlichkeit“ beim Suizid und zur Handlungspflicht	S. 11
BGH, 29.02.2012 – 1 St OLG Ss 292/11 – Verwertungsverbot bei Geständnissen nach Verständigung	S. 14

#### Öffentliches Recht

BVerwG, 04.04.2012 – 4 C 8.09 – Flughafen Frankfurt: Planmäßige Nachtflüge unzulässig	S. 15
---	-------

#### Arbeitsrecht

ArbG Magdeburg, 25.01.2012 – 3 Ca 1917/11 – Druckkündigung eines „Low-Performers“	S. 16
---	-------

#### Markenrecht

OLG Köln, 30.03.2012 – 6 U 159/11 – Keine Verwechslungsgefahr „Ritter Sport“ und „Milka“-Doppelquadrat	S. 18
--	-------

#### Familienrecht

BGH, 15.02.2012 – XII ZR 137/09 – Unterhaltskürzung bei Verschweigen eines „Kuckuckskindes“	S. 19
---	-------

#### Datenschutzrecht

OLG Frankfurt a.M., 08.03.2012 – 16 U 125/11 – Zulässigkeit von Ärzte-Bewertungen in Internetportalen	S. 20
---	-------

#### Ö-Recht Hessen: Neues GaststättenG

Eine Einführung von RA Dr. Dier Kues	S. 21
--------------------------------------	-------

#### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Noerr veranstaltet einen Bewerberabend in Frankfurt (Anzeige auf S. 2).
- Die Kanzlei Latham & Watkins veranstaltet einen Workshop in Frankfurt (Anzeige auf S. 3).
- Exklusiv für JI-Teilnehmer: Inhouse-Veranstaltung bei Weil, Gotshal & Manges in Frankfurt (Anzeige auf S. 6).

# 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 sind wichtige Urteile zu sehr examensrelevanten Themen im Strafrecht enthalten. Besonders hingewiesen sei auf die Entscheidung des BGH zu den Voraussetzungen einer (sukzessiven) Mittäterschaft (S. 9) und zur „Freiverantwortlichkeit“ des Suizids und daraus u.U. resultierenden Rettungspflichten (S. 11).

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeige der Kanzlei **Weil, Gotshal & Manges**, die exklusiv nur Teilnehmer von Jura Intensiv nach Frankfurt einlädt (Anzeige S. 6). Beachten Sie auch die Workshop-Angebote von **Noerr** (Anzeige S. 2) und von **Latham & Watkins** (Anzeige S. 3).

Sollten Sie selbst an der Platzierung einer Anzeige in der ZARA interessiert sein, finden Sie im Impressum die notwendigen Kontaktdaten unter denen Sie von uns weitere Informationen erhalten.

Über die ZARA hinaus will die JuCon GbR Arbeitgeber und Bewerber zusammenführen. Sprechen Sie uns an, wenn Sie an unseren Diensten interessiert sind.

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

---

**ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung**

**Redaktion:** RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

**Anzeigen:** JuCon Personalberatung; E-Mail: [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

**Herausgegeben** von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

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

---

Noerr: 4. Platz

azur  
100  
Top-Arbeitgeber  
2012

## FÜR DEN KOPF.

Noerr Practice bietet Assessoren, Referendaren und Studenten einen Einblick in die Arbeit einer Wirtschaftskanzlei. Erleben Sie in einer aktuellen Fallstudie, wie in komplexen internationalen Streitigkeiten maßgeschneiderte Prozessstrategien für Mandanten entwickelt werden. Am Beispiel einer mehrere Länder übergreifenden Lieferkette erarbeiten wir, welche Art und welches Forum der Streitbeilegung den besten Erfolg versprechen. Wir freuen uns auf Ihre Fragen, sehr gerne auch zu Karrieremöglichkeiten bei Noerr.

# NOERR PRACTICE LITIGATION

## PROZESSSTRATEGIEN AUF INTERNATIONALEM TERRAIN

24. Mai 2012 | 18.00 Uhr  
Noerr LLP | Börsenstraße 1 | 60313 Frankfurt am Main

## FÜR DEN BAUCH.

Erfahren Sie mehr über unsere Kanzleikultur beim anschließenden Get Together – die Anwälte unserer Kanzlei freuen sich darauf, Sie persönlich kennenzulernen. Die Teilnehmerzahl ist begrenzt. Senden Sie bitte Anschreiben und Lebenslauf bis zum 17. Mai 2012 an:  
[noerrpractice@noerr.com](mailto:noerrpractice@noerr.com).

Ihr Ansprechpartner: Manuel Böhrer, T +49 89 28628328.

Weitere Informationen zur Veranstaltung unter [www.noerr.com/karriere](http://www.noerr.com/karriere).

ALICANTE  
BERLIN  
BRATISLAVA  
BUDAPEST  
BUKAREST  
DRESDEN  
DÜSSELDORF  
FRANKFURT/M.  
KIEW  
LONDON  
MOSKAU  
MÜNCHEN  
NEW YORK  
PRAG  
WARSCHAU

[NOERR.COM](http://NOERR.COM)

# Noerr

LATHAM & WATKINS<sup>LLP</sup>

# Workshop

6./7. Juli 2012 Frankfurt

## Finance, Debt Capital Markets and beyond

Finance, Debt Capital Markets und Restructuring sind komplexe und hoch spannende Tätigkeitsbereiche. Wir führen Sie in das Basiswissen ein und erarbeiten mit Ihnen anhand eines Falles praxisorientierte Lösungsansätze. Daneben werden wir mit Ihnen gesellschaftsrechtliche Fragestellungen erörtern, die bei großen Finanztransaktionen und Restrukturierungen oft eine wichtige Rolle spielen. Lernen Sie die Kultur einer der führenden internationalen Anwaltskanzleien kennen und erfahren Sie mehr über Ihre persönlichen Chancen und Möglichkeiten bei Latham & Watkins.

Sie sind Student, Referendar oder Berufseinsteiger mit überdurchschnittlichen Leistungen und guten Englischkenntnissen? **Dann freuen wir uns über Ihre Bewerbung zum Workshop!**

Bewerbungen schicken Sie bitte bis zum 18. Juni 2012 an [karin.schumacher@lw.com](mailto:karin.schumacher@lw.com)

Weitere Informationen unter  
[www.lw.com/zukunft](http://www.lw.com/zukunft)

## Zivilrecht

Gericht: BGH	<b>Startpreis einer eBay-Auktion sagt nichts über Wert der Sache aus</b>	BGB
Aktenzeichen: VIII ZR 244/10		§§ 138 I, 434
Datum: 28.03.2012		I 1

	<p><b>Dem Startpreis ist angesichts der Besonderheiten einer Internetauktion im Hinblick auf den Wert des angebotenen Gegenstandes grundsätzlich kein Aussagegehalt zu entnehmen. Der bei Internetauktionen erzielbare Preis wird aus den Maximalgeboten der Interessenten gebildet, so dass auch Artikel mit einem sehr geringen Startpreis einen hohen Endpreis erzielen können.</b></p>
---	--

**Sachverhalt:** Die Beklagte bot auf der Internetplattform eBay im Rahmen einer Auktion unter Hinzufügung eines Fotos ein Handy zum Verkauf unter der Bezeichnung "Vertu Weiss Gold" ohne Festlegung eines Mindestpreises zu einem Startpreis von 1 € an. Zur Beschreibung heißt es in dem Angebot, dass der Zustand gebraucht sei. Außerdem teilte die Beklagte dazu Folgendes mit:

*"Hallo an alle Liebhaber von Vertu*

*Ihr bietet auf ein fast neues Handy (wurde nur zum ausprobieren ausgepackt). Weist aber ein paar leichte Gebrauchsspuren auf (erwähne ich ehrlichkeit halber). Hatte 2 ersteigert und mich für das gelb goldene entschieden. Gebrauchsanweisung (englisch) lege ich von dem gelb goldene bei, das andere habe ich auch nicht bekommen. Dazu bekommt ihr ein Etui, Kopfhörer und Ersatzakku. Privatverkauf, daher keine Rücknahme. Viel Spaß beim Bieten."*

Der Kläger gab ein Maximalgebot von 1.999 € ab und erhielt für 782 € den Zuschlag. Die Annahme des seitens der Beklagten angebotenen Handys verweigerte er mit der Begründung, dass es sich um ein Plagiat handele. Der Kläger hat behauptet, dass ein Original des von der Beklagten angebotenen Handys 24.000 € koste. Mit seiner Klage begehrt er Zahlung von 23.218 € Schadensersatz (24.000 € abzgl. des Kaufpreises von 782 €) nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren.

LG und OLG wiesen die Klage ab. Auf die Revision des Klägers hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück.

### **Die Lösung:**

Der zwischen den Parteien zustande gekommene Kaufvertrag ist entgegen der Annahme des OLG nicht als sog. wucherähnliches Rechtsgeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Es entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass Rechtsgeschäfte, bei denen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, wenn weitere Umstände, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung hinzutreten. Auf eine derartige Gesinnung kann beim Verkauf von Grundstücken und anderen hochwertigen Sachen regelmäßig geschlossen werden, wenn der Wert der Leistung annähernd doppelt so hoch ist wie der der Gegenleistung. Von einem solchen Beweisanzeichen kann bei einer Onlineauktion jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden, da sich die Situation hier grundlegend von den bisher entschiedenen Fällen unterscheidet, in denen sich in den Vertragsverhandlungen jeweils nur die Vertragsparteien gegenüberstanden.

Mit der vom OLG gegebenen Begründung kann auch eine Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass es sich bei dem angebotenen Mobiltelefon um ein Original Exemplar der Marke Vertu handelt, nicht verneint werden. Das OLG meint, gegen die Annahme einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1) spreche "vor allem" der von der Beklagten gewählte Startpreis der Auktion von 1 €. Diese Begründung trägt nicht. Das OLG verkennt, dass dem Startpreis angesichts der Besonderheiten einer Internetauktion im Hinblick auf den Wert des angebotenen Gegenstandes grundsätzlich kein Aussagegehalt zu entnehmen ist.

Denn der bei Internetauktionen erzielbare Preis ist von dem Startpreis völlig unabhängig, da er aus den Maximalgeboten der Interessenten gebildet wird, so dass auch Artikel mit einem sehr geringen Startpreis einen hohen Endpreis erzielen können, wenn mehrere Bieter bereit sind, entsprechende Beträge für den Artikel zu zahlen. Aus diesen Gründen konnte dem OLG schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als es den geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Hilfsbegründung verneint hat, dem Kläger sei der - unterstellte - Mangel der Unechtheit des von der Beklagten angebotenen Mobiltelefons infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt

geblieben (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB), weil es erfahrungswidrig sei, dass ein Mobiltelefon mit dem von dem Kläger behaupteten Wert zu einem Startpreis von 1 € auf einer Internetplattform angeboten werde.

Die Sache war an das OLG zurückzuverweisen, damit dieses die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann, auf deren Grundlage es in umfassender Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen haben wird, ob das Angebot der Beklagten aus der Sicht eines verständigen Empfängers ein Originalgerät der Marke Vertu zum Gegenstand hatte.

Gericht: OLG Schleswig-Holstein	<b>Prepaid-Karte: Gebühr für Guthabenauszahlung bei Vertragsende</b>	BGB
Aktenzeichen: 2 U 2/11		§ 307
Datum: 27.03.2012		

	<b>Ein Anbieter von Mobilfunkleistungen darf in seinen AGB keine Gebühr für die Auszahlung von Restguthaben bei der Beendigung eines Prepaid-Mobilfunkvertrags verlangen. Die Auszahlung des Restguthabens ist keine echte Leistung, für die der Mobilfunkanbieter ein Entgelt verlangen kann</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der klagende Bundesverband forderte die Beklagte, ein Mobilfunkanbieter mit Sitz in Schleswig-Holstein, auf, verschiedene Klauseln in ihren AGB für Verträge über Mobilfunkleistungen zu unterlassen, weil diese den Kunden unangemessen benachteiligten. Hierbei handelte es sich u.a. um ein "Dienstleistungsentgelt" i.H.v. 6 €, das bei Beendigung eines Prepaid-Mobilfunkvertrages für die Auszahlung des Restguthabens erhoben wurde.

Weiterhin beanstandete die Klägerin, dass für alle Verträge über Mobilfunkleistungen (sog. Prepaid-Tarife und Postpaid-Tarife) nach der Preisliste der Beklagten folgende Gebühren erhoben wurden: für eine "Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden" ein Betrag von 19,95 € und als "Mahngebühr" ein Betrag von 9,95 €. Da die Beklagte ihre AGB nicht änderte, erhob die Klägerin Klage.

Das LG gab der Klage statt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hatte vor dem OLG keinen Erfolg.

**Die Lösung:**

Die beanstandeten Klauseln in den AGB der Beklagten sind unwirksam, weil sie die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Der Kunde hat nach Beendigung des Mobilfunkvertrages einen Anspruch auf Rückzahlung eines Prepaid-Guthabens, auch ohne dass dies in den Vertragsbedingungen gesondert geregelt ist. Damit ist die Auszahlung des Restguthabens keine echte Leistung, für die der Mobilfunkanbieter ein Entgelt verlangen kann. Er räumt gerade nicht "großzügiger Weise" einen Anspruch auf Auszahlung des Guthabens ein, sondern versucht über das Entgelt Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten auf den Kunden abzuwälzen. Dies ist mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar.

Gebühren von 9,95 € pro Mahnung und 19,95 € pro Rücklastschrift sind überhöht. Sie übersteigen den nach dem "gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden". Eine Mahnung verursacht als solche nur Kosten für das Fertigen und den Ausdruck eines angesichts der heutigen Rationalisierungsmöglichkeiten durch ein Computerprogramm vorgefertigten Schreibens, für Papier und Umschlag, anteilige Personalkosten für das "Eintüten" sowie Portokosten. Selbst bei großzügigster Behandlung ergibt sich nicht im Ansatz ein Betrag von 9,95 €.

Bei einer Rücklastschrift ergeben sich Bankgebühren i.H.v. höchstens 8,11 €. Hinzu kämen als Schaden aufgrund der Rücklastschrift allenfalls noch die Kosten für Ausdruck und Versand eines Kundenansprechens, falls nicht ohnehin bereits eine Mahnung erfolgt.

**Crash-Kurs (materielles Recht): Die nächsten Termine**

	<b>ZivilR 95 €</b>	<b>Öff. R 95 €</b>	<b>StrafR 65 €</b>	<b>ArbR, HGB, GesR: 65 €</b>
<b>Mainz</b>	<b>6. bis 8. Juli</b> (Doz.: Soltner)	<b>20. bis 22. Juli</b> (Doz.: Dr. Kues)	<b>30.6. und 1.7.</b> (Doz.: Krauß, Dr. Schweinberger)	<b>13. und 14. Juli</b> (Doz.: Dr. Schweinberger)
<b>Frankfurt</b>	<b>31.8., 1. und 2.9.</b> (Doz.: Soltner)	<b>17. bis 19. Aug.</b> (Doz.: Dr. Kues, Dr. Aul)	<b>10. und 11. Aug.</b> (Doz.: Krauß)	<b>27. und 28. Juli</b> (Doz.: Dr. Schweinberger)

# One Team, Many Faces - Truly Global



Weil, Gotshal & Manges LLP, 1931 in New York gegründet, zählt heute zu den größten und renommiertesten Anwaltssozietäten in den USA und Europa. Inzwischen beraten über 1.200 Anwälte an 20 Standorten weltweit Mandanten in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

In Kooperation mit Jura Intensiv und der JuCon laden wir Sie am **24. Mai 2012** um **17:00 Uhr** herzlich zum **Bewerberabend** in unsere Kanzlei ein, zum Thema:

## **Restructuring: Von der Stundung bis zur Insolvenz**

Wir geben Ihnen eine kurze Einführung, dann arbeiten wir gemeinsam in Workshops an Themen aus unserer täglichen Wirklichkeit.

Lernen Sie unser Team persönlich kennen und tauschen Sie sich mit unseren Anwältinnen und Anwälten in einer unkomplizierten und lockeren Atmosphäre bei Fingerfood und Drinks über Ihre persönlichen Erwartungen und Vorstellungen aus.

Haben Sie Ihr 1. Staatsexamen erfolgreich absolviert? Dann bewerben Sie sich bis zum 3. Mai 2012 bei Dr. Dirk Schweinberger ([info@jucon-online.net](mailto:info@jucon-online.net)).

Weil, Gotshal & Manges LLP  
Tanusanlage 1 (Skyper)  
60329 Frankfurt am Main



Gericht: LSG Bayern	<b>Keine Klage- und Rechtsmitteleinlegung per E-Mail und PDF</b>	SGG
Aktenzeichen: L 8 SO 9/12 B ER		§ 173
Datum: 24.02.2012		

	<b>Klage, Berufung und andere Rechtsmittel können in der Sozialgerichtsbarkeit derzeit nicht wirksam durch eine E-Mail eingelegt werden, da diese nicht der gesetzlichen Schriftform genügt. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn der E-Mail eine unterschriebene Rechtsmittelschrift als PDF-Datei anhängt. Diese kann zwar ausgedruckt werden. Der Ausdruck hängt aber vom Zutun des Empfängers ab und stellt daher im Interesse der Rechtssicherheit keine Einhaltung der Schriftform dar.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Die Antragstellerin hatte per E-Mail beim Sozialgericht einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Das Sozialgericht lehnte den Antrag als formwirksam ab. Hiergegen legte die Antragstellerin - wiederum per E-Mail - Rechtsbeschwerde ein. Im Anhang der E-Mail befand sich die unterschriebene Beschwerdeschrift als PDF-Datei. Das LSG verwarf die Rechtsbeschwerde ebenfalls als formunwirksam.

#### Die Lösung:

Nach § 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ist die Beschwerde binnen eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung beim Sozialgericht schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die E-Mail genügt nicht der gesetzlichen Schriftform. Das gleiche gilt für die PDF-Datei. Diese lag zwar in Schriftform vor, nachdem das Gericht sie ausgedruckt hatte. Im Interesse der Rechtssicherheit darf die Einhaltung der Schriftform aber nicht von einem Zutun des Empfängers abhängen. Des Weiteren ist wegen der spezifischen verwendeten E-Mail-Adresse der Antragstellerin nicht sicher, dass die Beschwerdeschrift auch wirklich von ihr stammt.

**Anm:** Das Bayerische LSG hat betont, dass im Interesse der Rechtssicherheit die Einhaltung von Formvorschriften nicht vom Verhalten des Gerichts abhängen dürfe (hier: Ausdruck der PDF-Datei). Das Gericht folgt damit nicht früheren Entscheidungen des BGH (Beschl. v. 15.7.2008 - X ZB 8/08) und des LSG Sachsen-Anhalt (Beschl. v. 18.1.2011 - L 5 AS 433/10 B). Mit diesem Urteil hat es klargestellt, dass derzeit Klage, Berufung und andere Rechtsmittel rechtssicher nicht per E-Mail eingelegt werden können.

Für Rechtsmittel in der Sozialgerichtsbarkeit ist derzeit nur am BSG ein "elektronischer Briefkasten" eingerichtet, für den die spezielle Übertragungssoftware "EGVP" erforderlich ist. An vielen anderen Gerichten, so z.B. auch an den Bayerischen Sozialgerichten, laufen Testphasen. Bis diese abgeschlossen und der Elektronische Rechtsverkehr vollständig eingerichtet ist, bleibt der rechtssichere Zugang zu den Sozial- und Landessozialgerichten aber Brief und Fax vorbehalten.

## Assessorseminare Klausurtechnik:

Empfohlen von und in Kooperation mit:

Linklaters

TaylorWessing

### Der nächste Kurs (Juli und Anfang August):

- 7. und 8. Juli: Klausurtechnik ZPO I und II
- 15. Juli: Klausurtechnik zivilrechtliche Anwaltsklausur
- 21. Juli: Klausurtechnik S I (Abschlussverfügung)
- 4. und 5. August: Klausurtechnik S II (Urteil und Revision)
- 28. und 29. Juli: Klausurtechnik Öffentliches Recht

Unser Assex-Crash-Kurs: Fit in die Klausuren gehen!



Gericht: BGH	<b>Zum Schadensersatz bei Vorverlegung des Rückflugs um 10 Stunden</b>	BGB
Aktenzeichen: X ZR 76/11		§§ 651c, 307
Datum: 17.04.2012		

	<b>Eine Vorverlegung des Rückflugs um zehn Stunden kann einen Reiseveranstalter zum Schadensersatz verpflichten. Ein solcher Reisemangel berechtigt Reisende grundsätzlich zur Selbstabhilfe und zur Erstattung der mit dem selbst organisierten Rückflug entstandenen Kosten, wenn sie zuvor dem Reiseveranstalter eine Abhilffrist gesetzt haben oder eine solche Fristsetzung entbehrlich war.</b>
---	---

**Der Sachverhalt:** Der Lebensgefährte der Klägerin hatte im Februar 2009 für sich und die Klägerin bei der beklagten Reiseveranstalterin eine einwöchige Pauschalreise in die Türkei zum Preis von 369 € pro Person mit Rückflug am 1.6.2009 um 16.40 Uhr gebucht. In den vertraglich einbezogenen AGB behielt sich die Beklagte die kurzfristige Änderung der Flugzeiten und Streckenführung vor, soweit dadurch der Gesamtzuschnitt der Reise nicht beeinträchtigt wird. Außerdem wurde die Abtretung von Ansprüchen gegen die Beklagte, die auf Leistungsstörungen beruhen, ausgeschlossen.

Der Rückflug wurde schließlich am Vortag auf 5.15 Uhr des 1.6.2009 vorverlegt, wozu die Reisenden um 1.25 Uhr am Hotel abgeholt werden sollten. Die Klägerin und ihr Lebensgefährte bemühten sich um einen anderen Rückflug, den sie an dem vorgesehenen Rückflugtag um 14.00 Uhr antraten und selbst bezahlten. Der Lebensgefährte der Klägerin trat ihr seine Ansprüche ab. Nach Geltendmachung von Reisemängeln zahlte die Beklagte an die Klägerin 42,16 €.

Die Klägerin verlangte von der Beklagten allerdings die Rückzahlung des gesamten Reisepreises abzüglich 70 € für in Anspruch genommene Verpflegungsleistungen, die Erstattung von insgesamt 504,52 € Rücktransportkosten sowie Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit i.H.v. 480,80 € für sich selbst und 2.193,10 € für ihren Lebensgefährten. AG und LG gaben der Klage i.H.v. 25 € wegen Minderung des Reisepreises statt und wiesen sie im Übrigen ab. Die Ansprüche des Lebensgefährten konnten aufgrund der AGB nicht wirksam an die Klägerin abgetreten werden. Auch die Kosten der anderweitigen Rückreise müsse die Beklagte nicht erstatten, da diese auf einem eigenen Entschluss der Klägerin und ihres Lebensgefährten beruhte.

Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil teilweise auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

#### **Die Lösung:**

Entgegen der Auffassung des LG war das in den AGB enthaltene Abtretungsverbot wegen einer unangemessenen Benachteiligung der Reisenden unwirksam. Da es sich auf Gewährleistungsansprüche beschränkte, waren die Interessen des Reiseveranstalters nur von geringem Gewicht. Hingegen haben die Reisenden nicht selten das Bedürfnis, solche Ansprüche an einen ihrer Mitreisenden abzutreten, der wirtschaftlich (anteilig) die Kosten der Reise (mit)getragen hat.

Zwar hatte das LG in der Vorverlegung des Flugs um mehr als zehn Stunden zu Recht einen Reisemangel erkannt. Dieser berechtigt Reisende aber grundsätzlich auch zur Selbstabhilfe und zur Erstattung der mit dem selbst organisierten Rückflug entstandenen Kosten, wenn sie zuvor dem Reiseveranstalter eine Abhilffrist gesetzt haben oder eine solche Fristsetzung entbehrlich war. Letzteres kann sich bereits aus den Umständen ergeben, etwa wenn der Reiseveranstalter den Reisemangel bewusst verursacht und ihn als unvermeidlich darstellt. Das LG muss im weiteren Verfahren prüfen, ob die Klägerin und ihr Lebensgefährte der Beklagten eine solche Frist zur Abhilfe gesetzt haben oder diese nach den Umständen entbehrlich war, sowie in welcher Höhe Kosten für den Rückflug tatsächlich angefallen waren.

Die Vorverlegung des Rückflugs stellte hingegen keine erhebliche Beeinträchtigung der Reise dar. Dies konnte zwar nicht mit dem geringen Reisepreis begründet werden. Denn nach Bejahung eines Reisemangels kommt es vielmehr darauf an, welchen Anteil der Mangel in Relation zur gesamten Reiseleistung hatte und wie gravierend sich der Mangel für den Reisenden ausgewirkt hat. Da die Reisenden hier dem Reisemangel aber im Wesentlichen selbst abgeholfen hatten, war danach keine erhebliche Beeinträchtigung mehr zu erkennen, die zur Kündigung oder einer Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit berechtigen würde.

## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Mittäterschaft</b>	StGB § 25
Aktenzeichen: 3 StR 446/11		
Datum: 14.02.2012		

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Die tatrichterliche Würdigung eines mittäterschaftlich begangenen Mordes bedarf genauer Feststellungen zum gemeinsamen Tatplan, der sich dabei nicht im gemeinsamen Willensentschluss zu einer Körperverletzung erschöpfen darf.</li> <li>2. Zur Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft reicht es nicht aus, dass der Beteiligte die durch den handelnden Täter verwirklichten Tatumstände lediglich kennt, sie billigt und durch eigenes Einschreiten hätte verhindern können.</li> <li>3. Eine Verurteilung wegen Unterlassens setzt voraus, dass sich der Richter mit der Garantenstellung und der Möglichkeit der Erfolgsabwendung auseinandersetzt.</li> </ol>
---	---

**Sachverhalt:** Nach den Urteilsfeststellungen sah der gemeinsame Tatplan der Angeklagten A und B vor, nach dem Öffnen der Haustür durch das Tatopfer dieses zu überwältigen und am Schreien zu hindern. Anschließend sollten das Tatopfer gefesselt und geknebelt und diverse Wertgegenstände entwendet werden. Als der Angeklagte A das Wohnhaus betreten hatte, erkannte er, dass der Mitangeklagte B das Tatopfer bereits würgte und dies so lange, bis es bewusstlos war. Das Tatopfer verstarb aufgrund des Würgens. Aktiv hat sich der Angeklagte A an der Tötungshandlung nicht beteiligt. Das Landgericht hat den Angeklagten A wegen "gemeinschaftlichen" versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls und "gemeinschaftlichen" Mordes in Tateinheit mit "gemeinschaftlichem" Raub mit Todesfolge zu einer Einheitsjugendstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt.

### Die Lösung:

Auf die Revision des Angeklagten A wird das Urteil des Landgerichts, soweit es ihn betrifft und er wegen Mordes in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge verurteilt worden ist, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben. Für **mittäterschaftlich** begangenen Mord muss die Tat auf einem gemeinsamen Willensentschluss beruhen und im gegenseitigen Einverständnis vorgenommen werden. Daran fehlt es hier. Der Angeklagte erhielt von dem Würgen des Tatopfers erst in dem Augenblick Kenntnis, als er das Wohnhaus betrat. Die geplante Knebelung und Fesselung spricht vielmehr dafür, dass der ursprüngliche Tatplan lediglich eine Körperverletzung umfasste. Eine **sukzessive Mittäterschaft** liegt nur vor, wenn jemand in Kenntnis und Billigung des von einem anderen begonnenen Handelns in das Geschehen als Mittäter eingreift und er sich mit dem anderen vor Beendigung der Tat zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung verbindet. Für die Annahme von Mittäterschaft reicht es nicht, dass der Beteiligte die durch andere verwirklichten Tatumstände kennt, sie billigt und durch eigenes Einschreiten verhindern könnte.

**Zur Beihilfe:** Voraussetzung ist eine Förderung der Tat und das Bewusstsein von der fördernden Wirkung seines Beitrags. Außerdem erfordert die gebotene Willensübereinstimmung, dass der andere seine Tätigkeit durch die geleistete Unterstützung vervollständigen und diese sich zurechnen lassen will. Feststellungen hierzu fehlen.

Soweit die Strafkammer, indem sie darauf abstellt, dass der Angeklagte nicht eingegriffen habe, von einem **Mord durch Unterlassen** auszugehen scheint, wird dies durch die Feststellungen ebenfalls nicht getragen. Es erscheint schon fraglich, ob der Angeklagte eine Garantenstellung innehatte. Dass die gemeinschaftliche Planung eines Raubes mit Fesselung und Knebelung die nahe Gefahr der Ermordung infolge Erwürgens durch den Mittäter herbeigeführt hat, erscheint nicht selbstverständlich. Vielmehr hätte sich das Gericht damit auseinandersetzen müssen, ob ein **Exzess** eines Mittäters gegeben sein könnte. Ungeachtet dessen enthält das Urteil keine Feststellungen, ob der Angeklagte die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung hatte. Wegen Totschlags durch Unterlassen hätte sich der Angeklagte nur strafbar gemacht, wenn das Handeln den als möglich erkannten Tod hätte verhindern können und er sich dessen bewusst war. Dazu enthält das Urteil keine Feststellungen. Schließlich wäre zu erörtern gewesen, ob nicht eine **Beihilfe durch Unterlassen** in Betracht kommt.

Gericht: BGH	<b>Zum Vorteil bei der Begünstigung</b>	<b>StGB § 257</b>
Aktenzeichen: 2 StR 302/11		
Datum: 03.11.2011		

	<b>Vorteil im Sinne des § 257 I StGB ist auch der an einen Tatbeteiligten gezahlte, nicht aber der ihm versprochene Tatlohn.</b>
---	--

**Sachverhalt:** P wollte über eine Briefkastenfirma nicht existierende Solarmodule gegen Vorkasse verkaufen. Z stellte im Vorfeld hierzu zwischen P und O einen Kontakt her. O wurde als Geschäftsführer der M GmbH eingetragen. Als Entlohnung ist ihm von Z ein hoher Geldbetrag in Aussicht gestellt und eine Anzahlung über 15.000 EUR hierauf gezahlt worden. Später nahm die GmbH tatsächlich erhebliche Vorkassengelder ein, ohne die Ware zu liefern. Zwischenzeitlich wandte sich Z an den als Rechtsanwalt tätigen Angeklagten, da er Bargeld von über 65.000 EUR in der Schweiz "verstecken" wollte. Darunter befand sich u.a. der von P erhaltene Tatlohn in Höhe von 35.000 EUR (50.000 EUR abzüglich der an O gezahlten 15.000 EUR). Der Angeklagte, dem die Herkunft der Gelder bekannt war, begab sich mit Z in die Schweiz und bereitete die Gründung einer AG vor. Auf Anraten des Angeklagten eröffnete Z ein Schweizer Konto, zahlte dort das Bargeld ein und überwies es auf ein Konto der AG als Stammkapital (Fall 1).

Monate später ließ O dem Z über den Angeklagten ausrichten, dass ihm dieser für seine Tätigkeit als "Strohmann" der GmbH noch Geld schulde. Z übergab dem Angeklagten daraufhin eine Anzahlung, wovon der Angeklagte die Hälfte an O aushändigte und die zweite Hälfte für seine anwaltliche Tätigkeit einbehielt. Zudem stellte er O im Auftrag des Z als Tatentlohnung eine lebenslange monatliche Zahlung in Aussicht, um diesen so in Abhängigkeit von Z zu halten. O lehnte dies jedoch ab (Fall 2). Das LG verurteilte den Angeklagten wegen Begünstigung in zwei Fällen, wobei es im Fall 2 zwei tateinheitlich begangene Fälle angenommen hat, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg.

#### Die Lösung:

Die Revision des Angeklagten ist zwar hinsichtlich der Begünstigung des O im Fall 2 begründet; einer Änderung des Schuldspruchs bedarf es hingegen nicht, da sich die tateinheitliche Verwirklichung zweier Begünstigungstaten nicht aus dem Tenor ergibt. Im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Zutreffend hat das LG das Handeln des Angeklagten in den Fällen 1 und 2 als Begünstigung in zwei Fällen zugunsten des Z gewertet.

a. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht im Fall 1 den Tatlohn des Z für seine Beteiligung an dem Betrug als "Vorteil der Tat" i.S.d. § 257 I StGB angesehen hat. Die Begünstigung verlangt, dass der Täter einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, diesem die Vorteile der Tat zu sichern. Nach dem Wortlaut sind umfassend "Vorteile der Tat" erfasst, wobei nicht zwischen Vorteilen "für" die Tat und "aus" der Tat unterschieden wird. Es wird jeglicher Vorteil erfasst, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt; nicht erforderlich ist danach, dass dieser "aus" der Tat resultiert.

Gemessen hieran sind "Vorteile der Tat" nicht nur die Früchte der Vortat, hier also die von den Kunden der GmbH betrügerisch erlangten Gelder. Vorteil in diesem Sinne stellt damit auch der (vorab) an einen Tatbeteiligten (hier) Z gezahlte Tatlohn dar. Dem steht nicht entgegen, **dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH einschränkend verlangt wird, dass der Vorteil unmittelbar durch die Vortat erlangt ist. Das Unmittelbarkeitserfordernis dient dazu, Ersatzvorteile (Vorteilssurrogate) auszuklammern.** Bei der Entlohnung für die Tatbeteiligung handelt es sich jedoch nicht um einen derartigen Ersatzvorteil; vielmehr ist auch der Tatlohn ein unmittelbarer "Vorteil der Tat".

Dieses Ergebnis steht auch mit der Bestimmung des Rechtsguts der Begünstigung durch den BGH in Einklang. Danach **liegt das Wesen der Begünstigung in der Hemmung der Rechtspflege, die dadurch bewirkt wird, dass der Täter die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verhindert, der sonst durch ein Eingreifen des Verletzten oder von Organen des Staates gegen den Vortäter wiederhergestellt werden könnte.** Der Täter der Begünstigung beseitigt oder mindert die Möglichkeit, die Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Schadens durch ein Einschreiten gegen den Vortäter zu erreichen, das diesem den durch die Vortat erlangten Vorteil wieder entziehen würde. Diese Überlegung greift auch in diesem Fall. Der Täter der Begünstigung, der dem Vortäter den Tatlohn sichert, mindert die Möglichkeiten des durch die Vortat Geschädigten, eine Schadenswiedergutmachung zu erlangen.

b. Im **Fall 2** hat das LG rechtlich bedenkenfrei eine Begünstigung des Z angenommen. Für diesen lag der Vorteil ebenfalls in dem vorab gezahlten Tatlohn von 35.000 EUR. Diesen hat der Angeklagte gesichert, indem er O im Auftrag des Z einen Teilbetrag als erste Anzahlung auf den O versprochenen (weiteren) Tatlohn übergeben hat. Durch die (zusätzliche) Verweisung des O auf eine ratenweise Zahlung des Tatlohns sollte dieser in Abhängigkeit von Z gehalten und daran gehindert werden, die Straftaten des Z sowie den Verbleib der 35.000 EUR gegenüber Ermittlungsbehörden zu offenbaren.

2. Dagegen begegnet die - lediglich aus den Urteilsgründen, nicht jedoch aus dem Tenor ersichtliche - Annahme einer tateinheitlich verwirklichten Begünstigung im Fall 2 rechtlichen Bedenken. Soweit das LG als Vorteil der Tat das Versprechen des Z gegenüber O angesehen hat, diesem für die Beteiligung an den Betrügereien im Kontext der GmbH einen hohen Geldbetrag zu zahlen, ist dies rechtlich unzutreffend. Zwar ist ein Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB nicht nur ein Vermögensvorteil, sondern kann jede wirtschaftliche, rechtliche oder tatsächliche Besserstellung für den Täter sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist jedoch Voraussetzung der Begünstigung, dass der Täter der Begünstigung gegenüber dem Verletzten der Vortat die Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung beseitigt oder mindert, die durch die Entziehung der erlangten Vorteile möglich wäre. Eine solche Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung ist bei der bloßen Aussicht auf Erlangung eines versprochenen Tatlohns jedoch nicht gegeben, da es sich nicht um einen entziehbaren Vorteil handelt. Ein solches Zahlungsversprechen ist gemäß § 134 BGB nichtig, führt zu keiner Besserstellung und stellt daher keinen relevanten Tatvorteil dar.

**Ann.:** Der BGH stellt ausdrücklich fest, dass der Begriff des unmittelbaren Vorteils auch solche Zahlungen erfassen soll, die nicht unmittelbar aus einer Straftat stammen, sondern im Vorfeld der Tat geleistet wurden. Es wird somit der Versuch unternommen, möglichst sämtliche „Sicherungshandlungen einer Tatbeute“ unter den Tatbestand der Begünstigung zu ziehen.

Gericht: BGH	<b>Zur „Freiverantwortlichkeit“ beim Suizid und zur Handlungspflicht</b>	StGB
Aktenzeichen: 2 StR 295/11		§ 131
Datum: 21.12.2011		

	<p>1. Eine eigenverantwortlich versuchte Selbsttötung liegt nicht vor, wenn es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers fehlt, sich zu töten.</p> <p>2. In diesen Fällen ist das Nichtverhindern des Todes durch einen Garanten als Totschlag durch Unterlassen zu beurteilen.</p>
---	---

**Sachverhalt:** Nach den Feststellungen des LG war der Angeklagte A mit der Geschädigten G befreundet. Es entstand eine intime Beziehung, in der sich A dominant zeigte, während ihm G „in Hörigkeit und Liebe“ zugetan war. A war zeitweise aggressiv. Er demütigte G in diesen Phasen durch sexuell motivierte Machtspiele und betrieb „emotionale Erpressung“. G zog sich in ihrer Familie und im Freundeskreis immer mehr zurück. Sie verfolgte aber ihre Ausbildung zielstrebig und nahm in der Folge ein Studium in Trier auf. Vor diesem Hintergrund erklärten A und G jeweils, dass sie ihre Beziehung beenden wollten. A wandte sich einer neuen Freundin zu, mit der er sich verlobte. Er stand aber weiter mit G in Kontakt, rief sie nach einem Streit mit seiner Verlobten an und vereinbarte mit ihr, dass beide einige Zeit gemeinsam in Trier verbringen würden, wo G über ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft verfügte. A nahm eine zu mehr als der Hälfte gefüllte Flasche „Cleanmagic“ dorthin mit. Dabei handelte es sich um ein Reinigungsmittel mit dem Wirkstoff Gamma-Butyrolacton. Er hatte sich im Internet über die Wirkungsweise informiert und benutzte es sehr vorsichtig in genau dosierten Mengen als Drogenersatz. Er hatte auch G angeboten, ebenfalls dieses Mittel zu konsumieren, was aber nicht erfolgt war.

G wusste von der Gefährlichkeit des Mittels, ohne ebenso eingehend wie A darüber informiert zu sein. A stellte die Flasche „Cleanmagic“ im Zimmer der G auf den Wohnzimmertisch. Das Paar verbrachte in den folgenden Tagen die meiste Zeit in diesem Zimmer und war mehrfach täglich miteinander intim. G, die A als „die Liebe ihres Lebens“ bezeichnete, hoffte wieder auf eine gemeinsame Zukunft. In der Folge erklärte ihr A jedoch, dass er weiter an seiner Verlobung mit einer anderen Frau festhalte. G war darüber tief enttäuscht. Daraufhin nahm G, die nie zuvor Selbsttötungsgedanken geäußert hatte, aus einem spontanen Entschluss heraus die Flasche „Cleanmagic“, schüttete vor den Augen des A etwa 30 ml des Reinigungsmittels in ein Glas, mischte dies mit einem Getränk und trank die Hälfte der Mischung, darunter 15 bis 20 ml des Reinigungsmittels. Bereits 6 bis 7 ml bewirken bei einer Person von ihrer Statur Bewusstlosigkeit, Verflachung der Atmung und Atemstillstand. A, der am Computer saß, hatte zuvor die Verzweiflung der Geschädigten bemerkt und wahrgenommen, dass sie aus der Flasche

„Cleanmagic“ trank. Er erkannte an der verbleibenden Restmenge die erhebliche Dosis. Er wusste um die schnelle Resorption und die Lebensgefährlichkeit des Mittels für Menschen, die es trinken. Er forderte G auf, sich zu übergeben. Diese erbrach aber erst 5 Minuten nach dem Verschlucken des Reinigungsmittels einen Teil der Flüssigkeit und verfiel in Bewusstlosigkeit.

A suchte im Internet nach Informationen über Gegenmaßnahmen, unterließ es aber, notärztliche Hilfe zu rufen, und nahm dabei den Tod der G in Kauf. Er beobachtete lediglich die Situation und recherchierte weiter im Internet. Hätte er unverzüglich einen Notarzt gerufen, so hätte G zumindest innerhalb einer halben Stunde nach Einnahme des Mittels gerettet werden können. Über 2 Stunden später beendete A seine Computerrecherchen und verließ die Wohnung. Danach entdeckten die Mitbewohnerin W und deren Freund die leblose G und riefen den Notarzt, der sie dann aber nicht mehr retten konnte. Das LG hat angenommen, A sei verpflichtet gewesen, unverzüglich ärztliche Hilfe zu rufen; dem stehe keine Eigenverantwortlichkeit der G entgegen. A habe seine Rettungspflicht mit bedingtem Tötungsvorsatz verletzt und den Tod des Opfers verursacht. Das LG hat A wegen Totschlags durch Unterlassen zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des A.

### Die Lösung:

Die Revision ist unbegründet. A hat sich des Totschlags durch Unterlassen schuldig gemacht (§§ 212 I, 13 I StGB). Nach allgemeinen Grundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft, die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen. Da eine absolute Sicherung gegen Gefahren nicht erreichbar ist, beschränkt sich die Verkehrssicherungspflicht auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein umsichtiger Mensch für notwendig hält, um andere Menschen vor Schäden zu bewahren. Strafbar ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können. A hatte durch Abstellen der Flasche mit dem gefährlichen Mittel auf dem Wohnzimmertisch im Zimmer der Geschädigten eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen. Er hatte der Geschädigten früher den Konsum angeboten, weshalb auch die Möglichkeit bestand, dass sie davon trinken würde. Eine Handlungspflicht für A wurde in dem Augenblick begründet, in dem er wahrnahm, dass die Geschädigte tatsächlich davon trank. Da er nach den Feststellungen genau um die rasche Wirkung und die besondere Gefährlichkeit der Einnahme des Mittels durch Menschen wusste und erkannte, dass die Geschädigte eine erhebliche Menge des Mittels getrunken hatte, hätte er, nachdem er bemerkt hatte, dass sie die Flüssigkeit nicht sogleich erbrach, unverzüglich den Notarzt rufen müssen. Diese Pflicht hat er schuldhaft nicht erfüllt. Das Unterlassen ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG für den Tod der Geschädigten im Sinne einer hypothetischen Rettung bei unverzüglichem Herbeirufen des Notarztes ursächlich geworden.

Eine eigenverantwortlich versuchte Selbsttötung der Geschädigten lag nicht vor. Fehlt es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers, sich zu töten, dann ist das Nichtverhindern des Todes durch einen Garanten als Totschlag durch Unterlassen zu beurteilen. Das LG hat rechtsfehlerfrei angenommen, dem spontanen Trinken des Reinigungsmittels habe kein ernstlicher Selbsttötungsentschluss zugrunde gelegen. Da die Geschädigte in Anwesenheit des Angeklagten von dem Reinigungsmittel trank, ist davon auszugehen, dass sie dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen. Es lag kein freiverantwortlicher Selbsttötungsentschluss zugrunde. Dies wird daraus deutlich, dass sie der Aufforderung des Angeklagten, sich zu erbrechen, Folge leistete.

**Anm.:** Der BGH bestätigt mit seinem Urteil die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, wonach im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ein Verletzungserfolg, insbesondere auch der Tod eines Menschen, einem Dritten, der dafür eine Ursache gesetzt hat, nur dann nicht zuzurechnen ist, wenn der Erfolg die Folge einer bewussten, eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung ist und sich die Mitwirkung des Dritten in einer bloßen Veranlassung oder Förderung des Selbstgefährdungsaktes erschöpft hat. Folgerichtig kann diese Zurechnungsunterbrechung dort aber nicht eintreten, wo sich das Opfer für den Täter ersichtlich nicht ernsthaft eigenverantwortlich töten möchte, sondern sein Handeln nur der Gewinnung von Aufmerksamkeit dienen, mithin als „Hilfeschrei“ fungieren soll. Da den Fallkonstellationen der (scheinbaren) eigenverantwortlichen Selbstgefährdung regelmäßig komplexe und hochemotionale Beweggründe zugrunde liegen werden, setzt eine effektive Verteidigung des Unterlassungsgaranten stets eine vorherige umfassende Aufarbeitung des zwischenmenschlichen Beziehungsgeflechts zwischen scheinbarem Täter und Opfer voraus.



# 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**

### **BRETTSCHNEIDER & MICHAELIS-HATJE**

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

info@bmb-recht.de ■ www.bmb-recht.de

WULF BRETTSCHNEIDER  
Rechtsanwalt und Notar

KARIN MICHAELIS-HATJE  
Rechtsanwältin und Mediatorin  
Fachanwältin für Familienrecht

LARS BRETTSCHNEIDER  
Rechtsanwalt  
Repetitor für Öff. Recht

Gericht: OLG Nürnberg	<b>Verwertungsverbot bei Geständnissen nach Verständigung</b>	StPO
Aktenzeichen: 1 St OLG Ss 292/11		§ 257c IV 3
Datum: 29.02.2012		

	<b>Notwendige Mindestvoraussetzung für die Annahme eines Verlesungs- und Verwertungsverbots ist, dass sich das Gericht, in dem die Verständigung getroffen wurde, von dieser gelöst hat. Ein instanzübergreifendes und vom Loslösungstatbestand unabhängiges allgemeines Beweisverwertungsverbot hat keinen Eingang in § 257 IV 3 StPO gefunden.</b>
---	--

**Sachverhalt:** Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Die Verurteilung basierte auf einer geständigen Einlassung des Angeklagten, den Geschädigten ins Gesicht getreten zu haben, welche dieser nach einer Verfahrensabsprache nach § 257c StPO abgegeben hat. Gegen das Urteil legte der Angeklagte Berufung ein. Er zeigte sich auch am ersten Hauptverhandlungstag vor dem Landgericht geständig und gab erneut an, den Geschädigten getreten zu haben. Nachdem die Berufungskammer einige Zeugen zu den genaueren Umständen des Trites gehört hatte, änderte der Angeklagte am vierten Hauptverhandlungstag sein Einlassungsverhalten. Er gab nunmehr an, von dem Bruder des Verletzten geschlagen worden zu sein. Der Fußtritt habe im Zusammenhang mit der Gegenwehr gegen einen Angriff des Bruders gestanden. Er habe die beiden Brüder aufgrund der Lichtverhältnisse in der Diskothek verwechselt und deshalb ein unzutreffendes Geständnis abgelegt. In der Beweisaufnahme vor dem Landgericht wurde auch die Einlassung des Angeklagten zur Sache vor dem Amtsgericht verlesen. Die Berufungskammer verurteilte den Angeklagten ebenfalls, wobei das erstinstanzliche Geständnis des Angeklagten in der Beweiswürdigung zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit seiner Bekundungen verwertet wurde.

Mit der Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Insbesondere bestehe nach § 257c III 4 StPO ein Beweisverwertungsverbot für das vor dem Amtsgericht abgelegte Geständnis. Die zulässige Revision bleibt in der Sache ohne Erfolg.

#### Die Lösung:

Die Verfahrensrüge greift nicht durch. Die Rüge der Verletzung des § 254 StPO i.V.m. § 257c IV 3 StPO ist schon nicht zulässig erhoben worden. Nach ständiger Rechtsprechung ist nach § 344 II 2 StPO erforderlich, dass die dem geltend gemachten Verstoß zugrunde liegenden Tatsachen so genau dargelegt werden, dass das Revisionsgericht aufgrund dieser Darlegungen einen etwaigen Verfahrensmangel feststellen kann, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen sind oder bewiesen werden. Dem wird der Vortrag der Revision nicht gerecht. Zur formgerecht erhobenen Rüge der Verletzung des § 257c IV 3 StPO gehört die Mitteilung über die die Loslösung von der Bindung begründenden Tatsachen. Der Senat kann allein aus den vorgetragenen Tatsachen und auch nicht unter ergänzender Heranziehung der Feststellungen im angegriffenen Urteil beurteilen, ob die Strafkammer unzulässigerweise ein im Rahmen einer Verständigung erster Instanz abgegebenes Geständnis verwertet hat.

1. Nach § 257 III 4 StPO kann grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot für das im ersten Rechtszug vor dem Amtsgericht abgelegte Geständnis im weiteren Verfahren bestehen. Allein das Vorliegen einer Verständigung erster Instanz begründet hingegen nicht automatisch ein Verwertungsverbot in zweiter Instanz, da diese Norm nicht als absolutes Verwertungsverbot ausgestaltet ist. Der Gesetzgeber hat vielmehr ausdrücklich ein Verwertungsverbot eines Geständnisses, das im Hinblick auf eine Verständigung abgelegt wurde, nur für den Fall kodifiziert, dass sich das Gericht von der Verständigung löst. Ein allgemeines instanzübergreifendes und vom Loslösungstatbestand unabhängiges Beweisverwertungsverbot hat keinen Eingang in das Verständigungsgesetz gefunden. In den Gesetzesmaterialien heißt es insoweit nur: „Die Bindungswirkung nach Maßgabe von Absatz 4 gilt - allgemeinen Grundsätzen entsprechend - nur für das Tatsachengericht, das die der Verständigung zugrunde liegende Prognose abgegeben hat. Weder Berufungsgericht, Revisionsgericht noch das Gericht nach Zurückverweisung sind insoweit gebunden.“ Der anders lautende Entwurf des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, der auf das Verständigungsgesetz von besonderem Einfluss gewesen ist, wurde ausdrücklich nicht in das Gesetz übernommen.

2. Notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Verlesungs- und Verwertungsverbots im Berufungsverfahren ist, dass sich das Gericht, vor dem die Verständigung getroffen wurde, von dieser gelöst hat. Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung auch ein Verwertungsverbot angenommen, wenn die Staatsanwaltschaft Berufung mit dem Ziel eingelegt hat, eine Strafe jenseits des abgesprochenen Rahmens zu erreichen, weil diese Fallgestaltung der

Loslösung durch das Gericht gleichzustellen sei. Da der Revisionsführer die relevanten, die Loslösung begründenden Tatsachen nicht mitgeteilt hat, genügt die erhobene Rüge nicht den Anforderungen des § 344 II 2 StPO.

**Anm.:** Nach § 257c IV 1 StPO ist das Gericht – nicht hingegen die übrigen Verfahrensbeteiligten – an seine (rechtmäßigen) Zusagen im Rahmen von Verständigungen gebunden. Im Grundsatz ist die Annahme einer derartigen Bindungswirkung vor Abschluss einer Beweisaufnahme schwer mit den Regelungen der Art. 97, 101 I 2 GG und Art. 6 I 1 MRK sowie § 261 StPO in Einklang zu bringen. Gerade der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) führt dazu, dass diese Bindung nur für das Gericht besteht, das durch eine Verfahrensabsprache einen entsprechenden Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Eine zweite Tatsacheninstanz wird grundsätzlich nicht mit gebunden. Das Gericht, mit dem eine Verfahrensabsprache getroffen wurde, darf sich nicht aufgrund einer unsubstantiierten Meinungsänderung von seinen Zusagen lösen. Eine Bindungswirkung kann nur aufgrund der in § 257c IV 1 und 2 StPO dargelegten Gründe entfallen, was nach § 257c IV 4 StPO unverzüglich mitzuteilen ist.

Eine Auswirkung des Wegfalls einer Bindungswirkung wurde durch § 257c IV 3 StPO geregelt, nämlich dass das – im Vertrauen auf die Absprache – abgelegte Geständnis nicht von dem Instanzgericht verwendet werden darf. Diese ausdrückliche Regelung bezieht sich hingegen ausschließlich auf das Gericht, das sich von der Absprache losgesagt hat. Ob ein Geständnis aus der Vorinstanz auch in der Berufungsinstanz verwertbar ist, regelt die Norm nicht. Das OLG Nürnberg hat in der hiesigen Entscheidung die Ansicht vertreten, dass sich grundsätzlich aus § 257c IV StPO kein absolutes Verwertungsverbot des Geständnisses ergibt. Abschließend hat es jedoch keine Einschätzung abgeben müssen, da unklar blieb, ob die Bindung des Amtsgerichts entfallen ist. Eindeutiger hat sich das OLG Düsseldorf ausgesprochen, das sich - unter Verweis auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz des fairen Verfahrens – für eine entsprechende Anwendung des Beweisverwertungsverbots aussprach (OLG Düsseldorf, StV 2011, 80, 81). Die weitere obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage bleibt insoweit abzuwarten.

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerwG	<b>Flughafen Frankfurt: Planmäßige Nachtflüge unzulässig</b>	BauR
Aktenzeichen: 4 C 8.09		Planfest-
Datum: 04.04.2012		stellung

	Das BVerwG hat entschieden, dass planmäßige Flüge in der sog. Mediationsnacht (23 bis 5 Uhr) weiterhin unzulässig sind. Während der gesamten Nacht (22 bis 6 Uhr) sind künftig durchschnittlich 133 - statt bisher 150 - Flüge erlaubt.
---	---

**Sachverhalt:** Gegenstand der Verfahren sind Musterklagen gegen den Planfeststellungsbeschluss zum Ausbau des Flughafens Frankfurt Main, insbes. zum Nachtflugverbot und zur Anlegung einer neuen Landebahn. Kläger in den acht Musterklageverfahren sind die Städte Offenbach a.M., Mörfelden-Walldorf, Neu-Isenburg, Raunheim und Rüsselsheim sowie Privatpersonen, Gewerbetreibende und eine kommunalen Klinik.

Im Planfeststellungsbeschluss des beklagten Landes Hessen sind für die Gesamtnacht (22 bis 6 Uhr) - auf das Kalenderjahr bezogen - durchschnittlich 150 planmäßige Flugbewegungen je Nacht zugelassen. In der sog. Mediationsnacht (23 bis 5 Uhr) sind durchschnittlich 17 planmäßige Flugbewegungen von Luftfahrzeugen im ausschließlichen Luftfrachtverkehr bzw. Luftpostverkehr sowie übergangsweise und nachrangig auch Touristik- und Passagierflüge zugelassen.

Der VGH Kassel gab den Klagen insoweit statt, als er das Land Hessen verpflichtete, über die Zulassung planmäßiger Flüge in der Zeit von 23 bis 5 Uhr und über den Bezugszeitraum für die Zulassung von durchschnittlich 150 planmäßigen Flügen je Nacht neu zu entscheiden. Den Planfeststellungsbeschluss hob er insoweit auf. Im Übrigen wies der VGH die Klagen ab. Das BVerwG bestätigte im Wesentlichen das erstinstanzliche Urteil.

### Die Lösung:

In der Mediationsnacht (23 bis 5 Uhr) sind Flüge bis zu einer Neubescheidung (weiterhin) unzulässig. Die

Zulassung von 17 planmäßigen Flügen, die im ursprünglichen Betriebskonzept nicht vorgesehen waren, war allerdings bereits wegen fehlender Anhörung der Betroffenen aufzuheben. Zu Recht hat der VGH die Regelung als abwägungsfehlerhaft beanstandet, weil sie den besonderen Anforderungen an den Nachtlärmschutz der Bevölkerung nicht genügt. Bundesrechtlich unbedenklich ist auch, dass der VGH dem Grundsatz in Nr. III 1 der Landesentwicklungsplan-Änderung 2007 die Wirkung einer "konkretisierenden Gewichtungsvorgabe" beigemessen hat, die als grundsätzliches Verbot planmäßiger Flüge in der Mediationsnacht zu verstehen sei und den Gestaltungsspielraum sehr weit - auf annähernd Null - einschränke.

In den sog. Nachtrandstunden (22 bis 23 Uhr und 5 bis 6 Uhr) dürfen ab sofort nicht mehr 150, sondern nur noch durchschnittlich 133 planmäßige Flüge stattfinden. Über die Zulassung eines darüber hinausgehenden Kontingents hat das Land neu zu entscheiden. Dabei hat es zu beachten, dass die Nachtrandstunden nicht als bloße Verlängerung des Tagflugbetriebes angesehen werden dürfen. Selbst im Falle eines nahezu vollständigen Flugverbots in den Kernstunden der Nacht bleibt die Verhältnismäßigkeit nur gewahrt, wenn das Konzept eines zum Kern der Nacht hin abschwellenden und danach wieder ansteigenden Flugverkehrs auch in diesem Zeitsegment durchgehalten wird. Absehbare tagähnliche Belastungsspitzen in den einzelnen Nachtrandstunden oder in längeren, insbes. kernzeitnahen Zeitabschnitten müssen deswegen in den jeweils betroffenen Überfluggebieten vermieden werden.

Zu korrigieren war das VGH, soweit es das Schutzkonzept des Planfeststellungsbeschlusses für gewerbliche Anlagen gebilligt hat. Der Schutz gewerblicher Anlagen ist im FluglärmG nicht geregelt. Es ist deshalb Aufgabe der Planfeststellungsbehörde, die fachplanerische Zumutbarkeitsgrenze fluglärmbedingter Beeinträchtigungen von Gewerbebetrieben selbst zu bestimmen und auf dieser Grundlage dem Vorhabenträger im Planfeststellungsbeschluss diejenigen Schutzmaßnahmen aufzuerlegen, die zur Sicherung der Benutzung der benachbarten Gewerbegrundstücke gegen Gefahren oder Nachteile notwendig sind. Das an die Kriterien des Arbeitsstättenrechts anknüpfende Schutzkonzept des Planfeststellungsbeschlusses genügt diesen Anforderungen nicht. Auch in diesem Punkt bedarf der Planfeststellungsbeschluss der Nachbesserung.

Im Übrigen hat der VGH die Entscheidung des beklagten Landes Hessen für den planfestgestellten Ausbau des Flughafens Frankfurt Main zu Recht nicht beanstandet.

## Arbeitsrecht

Gericht: ArbG Magdeburg	<b>Druckkündigung eines „Low Performers“</b>	KSchG § 1
Aktenzeichen: 3 Ca 1917/11		
Datum: 25.01.2012		

	<b>Verweigern Arbeitnehmer eines Betriebs die weitere Zusammenarbeit mit einem Kollegen wegen dessen schlechter Arbeitsleistungen, so rechtfertigt dies regelmäßig keine Druckkündigung. Arbeitgeber haben in einem solchen Fall grds. eine Vielzahl von Möglichkeiten unterhalb der Schwelle der Kündigung, um für Entlastung zu sorgen.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Der Kläger ist seit 2010 in dem Bauunternehmen der Beklagten beschäftigt. In dem Betrieb sind mehr als zehn Arbeitnehmer in Vollzeit tätig. Für die einzelnen Arbeitseinsätze setzt die Beklagte Kolonnen mit bis zu sechs Mitarbeitern ein.

Im Juni 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit ordentlicher Kündigungsfrist. Sie rechtfertigte die Kündigung damit, dass sich die anderen Mitarbeiter aufgrund des geringen Arbeitstempos und der geringen Arbeitsleistung des Klägers weigern würden, weiterhin mit diesem zusammenzuarbeiten. Zudem hätten zwei Kolonnenführer erklärt, nicht mehr für sie arbeiten zu wollen, wenn der Kläger weiterhin beschäftigt würde. Die gegen die Kündigung gerichtete Klage hatte vor dem Arbeitsgericht Erfolg.

### Die Lösung:

Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht rechtswirksam beendet.

Die von der Beklagten behaupteten schlechten Arbeitsleistungen des Klägers rechtfertigen keine verhaltensbedingte Kündigung. Arbeitnehmer schulden nicht unbedingt schnellstmögliche und fehlerfreie Arbeit, auch nicht objektiv durchschnittliche Leistungen. Sie müssen lediglich eine - bei angemessener Anspannung ihrer individuellen Kräfte und Fähigkeiten - normale Arbeitsleistung von mittlerer Art und Güte erbringen. Dass die

Arbeitsleistungen des Klägers diesen Anforderungen nicht genügen, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargelegt.

Die Kündigung ist auch nicht als sog. Druckkündigung gerechtfertigt. Insoweit kommt u.a. eine betriebsbedingte Kündigung in Betracht, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber die Entlassung des Arbeitnehmers verlangen. Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Druckkündigung sind, dass

- die angedrohten Nachteile, für den Fall, dass der Arbeitgeber dem Druck nicht nachgibt, von erheblichem Gewicht sind, und z.B. schwere wirtschaftliche Schäden ernsthaft drohen,
- der Arbeitgeber die Drucksituation nicht in vorwerfbarer Weise selbst herbeigeführt hat und
- er sich zunächst schützend vor den Arbeitnehmer gestellt und alles ihm Zumutbare versucht hat, um Dritte von deren Drohung abzubringen.

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Beklagte hat insbesondere nicht hinreichend versucht, durch Möglichkeiten unterhalb der Schwelle der Kündigung für Entlastung zu sorgen. So hätte sie insbesondere zunächst einmal sicherstellen können, dass die anderen Mitarbeiter unter etwaigen Schlechtleistungen des Klägers nicht leiden, z.B. durch Herausrechnung der Arbeitsleistung des Klägers, Erhöhung der Anzahl der Mitarbeiter der Kolonne, Mehrarbeitszuschläge o.Ä.

## Einzelunterricht



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

**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  
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.**

## Markenrecht

Gericht: OLG Köln	<b>Keine Verwechslungsgefahr „Ritter Sport“ und „Milka“-Doppelquadrat</b>	MarkenG § 14 II
Aktenzeichen: 6 U 159/11		
Datum: 30.03.2012		

	Zwar erkennt der weit überwiegende Teil der Konsumenten eine quadratisch verpackte Schokoladentafel mit Seitenlaschen ohne zusätzliche Kennzeichnungen durch Aufschriften oder Bilder als eine solche der Marke "Ritter" oder "Ritter Sport". Der Gesamteindruck wird allerdings weniger durch die Form als vielmehr durch die Farbgestaltung und den Schriftzug "Milka" bestimmt, so dass die Tafeln vom durchschnittlichen Verbraucher eindeutig der Marke der "Milka" zugeordnet werden.
---	---

**Sachverhalt:** Die Klägerin ist Inhaberin der Marke "Ritter Sport". Die mit ihr vertraglich verbundene Alfred Ritter GmbH & Co. KG vertreibt seit 1932 Schokolade der Marke "Ritter Sport" in Verpackungen mit quadratischer Grundform.

Die Beklagte ist die Kraft Foods Deutschland GmbH. Sie ist Inhaberin der Marke "Milka" und hatte im Jahr 2010 Schokoladentafeln auf den Markt gebracht, bei denen zwei 40-g-Schokoladentafeln in einer Doppelpackung zusammengefasst waren; durch eine Perforierung in der Mitte ließ sich die Doppelpackung in zwei einzelne gleich große fast quadratische Hälften trennen. Die Verpackung der Tafeln war weitgehend in der Farbe lila gehalten und trug die Aufschrift "Milka". Außerdem war die "lila Kuh" darauf abgebildet.

Die Klägerin sah aufgrund der quadratischen Form der beiden Tafelhälften ihr auch als Marke eingetragenes bekanntes Kennzeichen verletzt und nahm die Beklagte auf Unterlassung des Inverkehrbringens, Auskunft, Schadensersatzfeststellung und Vernichtung der bereits hergestellten Tafeln in Anspruch. Das LG gab der Klage weitgehend statt. Auf die Berufung der Beklagten hob das OLG das Urteil auf und wies die Klage insgesamt ab. Die Revision zum BGH wurde nicht zugelassen.

### Die Lösung:

Von einer Ähnlichkeit im Rechtssinne zwischen den Produktausstattungen in ihrer Gesamtheit - wie sie Gegenstand der Klage waren - und der Klagemarke vermochte der Senat - gestützt auf Verbraucherumfragen - nicht auszugehen.

Zwar erkennt der weit überwiegende Teil der Konsumenten eine quadratisch verpackte Schokoladentafel mit Seitenlaschen ohne zusätzliche Kennzeichnungen durch Aufschriften oder Bilder als eine solche der Marke "Ritter" oder "Ritter Sport". Dennoch besteht hier weder eine Verwechslungsgefahr noch die Gefahr einer "Verwässerung" der Klagemarke. Denn der Gesamteindruck bei den beanstandeten Tafeln wird weniger durch die Form als vielmehr durch die Farbgestaltung und den Schriftzug "Milka" bestimmt, so dass die Tafeln vom durchschnittlichen Verbraucher eindeutig der Marke der Beklagten zugeordnet werden.

Auch durch die Aufschriften auf den beiden Hälften ("Für Jetzt"/ "Für Später"; "Für Mich"/ "Für Dich"; "1. Halbzeit"/ "2. Halbzeit") wird signalisiert, dass es sich um zwei Hälften einer Doppelpackung handele. Die quadratische Grundform der Packungshälften tritt demgegenüber so zurück, dass sie nicht mehr prägend ist. Die Verbraucherumfrage hat außerdem ergeben, dass nur ein zu vernachlässigender Anteil der Konsumenten die Milka-Doppelpackung mit der Marke "Ritter Sport" in Verbindung bringt.

## Assessorseminare Klausurtechnik:

Empfohlen von und in Kooperation mit:

**Linklaters**

**TaylorWessing**

Nächste Kurse Juli und Anfang August!  
Top-Leistung zu einem fairen Preis!



## Familienrecht

Gericht: BGH	<b>Unterhaltskürzung bei Verschweigen eines „Kuckuckskindes“</b>	BGB
Aktenzeichen: XII ZR 137/09		§§ 1599,
Datum: 15.02.2012		1579

	<p>Eine Ehefrau die ihrem Ehemann verschweigt, dass ein während der Ehe geborenes Kind möglicherweise von einem anderen Mann abstammt, verwirklicht grundsätzlich den Härtegrund eines Fehlverhaltens i.S.v. § 1579 Nr. 7 BGB. Ein solcher kann nicht nur angenommen werden, wenn die anderweitige leibliche Vaterschaft unstreitig ist, sondern auch dann, wenn der Ausschluss der leiblichen Vaterschaft des Ehemannes in zulässiger Weise festgestellt wurde.</p>
---	--

**Sachverhalt:** Die Parteien hatten im Januar 1967 geheiratet. Aus der Ehe gingen die im selben Jahr geborene Tochter und der 1984 geborene geistig behinderte Sohn hervor. Die Ehe wurde im Februar 1997 geschieden. Zuvor hatten die Parteien eine notarielle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen, in der sich der Kläger u.a. zur Zahlung nachehelichen Unterhalts von höchstens monatlich 5.000 DM verpflichtet hatte. Zuletzt wurde der Unterhalt im Jahr 2005 einvernehmlich auf monatlich 1.500 € herabgesetzt.

Die 1944 geborene Beklagte ist gelernte Friseurin und war während der Ehe und auch nach der Scheidung nicht erwerbstätig. Der 1942 geborene Kläger ist Diplom-Ingenieur und wieder verheiratet. Er machte den Wegfall des Unterhalts ab November 2006 geltend, da die Beklagte ihm den Sohn wissentlich "untergeschoben" und dadurch ihren Unterhaltsanspruch verwirkt habe. Die Beklagte habe durch ihr Verhalten sowohl in seine persönliche als auch seine finanzielle Lebensplanung eingegriffen und ihn insoweit nachhaltig geschädigt.

Das vom AG veranlasste Sachverständigen-Gutachten ergab, dass die Vaterschaft des Klägers ausgeschlossen ist, woraufhin der Klage stattgegeben wurde. Auf die Berufung der Beklagten setzte das OLG den Unterhalt auf monatlich 400 € herab und ließ ihn ab November 2006 bestehen. Sowohl die Revision des Klägers auf vollständige Versagung des Unterhalts als auch die Revision des Beklagten auf Abweisung der Klage blieben vor dem BGH erfolglos.

### Die Lösung:

Die Revision des Klägers war unzulässig. Die vom Berufungsgericht zugelassene Ausnahme von der Rechtsausübungssperre des § 1599 Abs. 1 BGB beschwerte nur die Beklagte und betraf einen abgrenzbaren Teil des Streitgegenstands. Weil die Beklagte den Kläger nicht über die mögliche Vaterschaft eines anderen Mannes aufgeklärt hatte und den Kläger mehr als 20 Jahre in dem Glauben ließ, dass allein er der Vater des Sohnes sein könne, war das OLG allerdings zu Recht zu einer Herabsetzung des Unterhalts wegen eines schwerwiegenden Fehlverhaltens i.S.d. § 1579 Nr. 7 BGB gelangt.

Zwar führt ein Ehebruch als solcher noch nicht ohne Weiteres zum Ausschluss oder zur Herabsetzung des Unterhalts. Dementsprechend hat der Senat einen Härtegrund (erst) bei Aufnahme eines nachhaltigen, auf längere Dauer angelegten intimen Verhältnisses angenommen, wenn darin die Ursache für das Scheitern der Ehe lag. Ein Härtegrund kann sich allerdings auch aus anderen Umständen ergeben, welche einen über den Ehebruch hinausgehenden Vorwurf begründen. Ein solcher trifft eine unterhaltsberechtigten Ehefrau auch dann, wenn ein während der Ehe geborenes Kind möglicherweise bei dem Ehebruch gezeugt wurde und sie ihren Ehemann in dem Glauben gelassen hat, dass allein er als Vater des Kindes in Frage kommt.

Dass der Kläger auch heute noch rechtlicher Vater des Kindes ist, stand der Annahme eines Härtegrundes nach § 1579 Nr. 7 BGB nicht entgegen. Der Senat hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung die Geltendmachung der fehlenden leiblichen Abstammung für einen Härtegrund nach § 1579 BGB nicht als ausgeschlossen betrachtet, wenn die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann - wie hier - unstreitig ist. Wenn die mangelnde leibliche Vaterschaft des Ehemannes in zulässiger Weise festgestellt ist, muss das gleiche gelten. Abweichend von der früheren Sichtweise stellt die feststehende rechtliche Vaterschaft nicht mehr einen generellen Hinderungsgrund für die Aufklärung der biologischen Abstammung dar. Vielmehr hat der (rechtliche) Vater nach BVerfG-Rechtsprechung ein von Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistetes Recht auf Kenntnis der Abstammung seines Kindes von ihm. Infolgedessen führte der Gesetzgeber das sog. Abstammungsklarungsverfahren nach § 1598 a BGB ein.

## Datenschutzrecht

Gericht: OLG Frankfurt a.M.	<b>Zulässigkeit von Ärzte-Bewertungen in Internetportalen</b>	BDSG § 29 I
Aktenzeichen: 16 U 125/11		
Datum: 08.03.2012		

	<p><b>Ärzte, die sich Bewertungen in einem frei zugänglichen Internetportal ausgesetzt sehen, haben keinen Anspruch gegen den Betreiber des Portals auf Löschung der entsprechenden Einträge. Die Datenerhebung ist auch dann nicht unzulässig, wenn die Bewertungen anonym erfolgen und den betroffenen Ärzten damit die Möglichkeit der Auseinandersetzung genommen wird.</b></p>
---	---

**Der Sachverhalt:** Die Klägerin ist als niedergelassene Ärztin tätig. Die Beklagte betreibt ein Internetportal zum Auffinden und Bewerten von niedergelassenen Ärzten. Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Löschung der über sie vorhandenen Daten. Dies betrifft ihre Kontaktdaten, ihre berufliche Tätigkeit, die Bewertungsmöglichkeiten sowie die bereits erfolgten Bewertungen. Darüber hinaus begehrt die Klägerin Unterlassung hinsichtlich der Veröffentlichung der entsprechenden Daten.

Das LG wies die Klage ab. Der Klägerin stehe kein Löschungs- oder Unterlassungsanspruch zu, da die nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG vorzunehmende Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Klägerin und dem Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit der Beklagten zu einer zulässigen Verwertung der Daten durch die Beklagte führe. Die Berufung der Klägerin hatte vor dem OLG keinen Erfolg. Die Revision zum BGH wurde zugelassen, da die Frage der Behandlung von allgemein zugänglichen Internetportalen, in denen Personen nach bestimmten Kriterien bewertet werden, von grundsätzlicher Bedeutung und höchstrichterlich noch nicht geklärt ist.

### Die Lösung:

Das LG hat zu Recht erkannt, dass der Klägerin weder ein Anspruch auf Löschung noch auf Unterlassung der Veröffentlichung ihrer persönlichen Daten bestehend aus Name, ärztlichen Tätigkeitsgebieten, Gesamt- und Einzelbewertungen sowie aus Kommentaren der Nutzer zusteht.

Ein Anspruch auf Löschung der Daten aus § 35 Abs. 2 S. 2 Ziff. 1 BDSG scheidet aus, da die Speicherung der personenbezogenen Daten nicht unzulässig ist. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Zulässigkeit der Datenerhebung und -verarbeitung nicht nach § 28 BDSG, sondern nach § 29 BDSG richtet. § 28 BDSG regelt die Fälle der Verwendung der Daten für eigene Geschäftszwecke, d.h. jene Fälle, in denen die Datenverarbeitung als "Hilfsmittel" für die Erfüllung bestimmter anderer, eigener Zwecke der die Daten verarbeitenden Stelle dient; sobald die Verarbeitung demgegenüber für fremde Zwecke erfolgt, d.h. die Daten sich in Ware verwandeln und selbst Geschäftsgegenstand sind, kommt § 29 BDSG zur Anwendung.

Vorliegend verwendet die Beklagte die Daten über die Ärzte nicht etwa deshalb, weil sie mit diesen als Betroffenen in Kontakt stehen würde oder treten wolle; vielmehr erhebt und speichert sie die Daten, weil sie diese der interessierten Allgemeinheit zur Information und zum Meinungs austausch zur Verfügung stellen will. Damit dienen die Daten nicht als Hilfsmittel für einen anderen, von ihnen unabhängigen Geschäftszweck der Beklagten, sondern sie stellen eine Art Ware dar und sind damit selbst Gegenstand der Dienstleistung der Beklagten. Deshalb findet § 29 BDSG Anwendung. Soweit es vorliegend um den Namen, die Adresse und den Tätigkeitsbereich der Klägerin geht, sind diese Daten bereits in allgemein zugänglichen Quellen (z.B. Gelbe Seiten) vorhanden, so dass ihr Erheben, Speichern, Verändern oder Nutzen nach § 29 Abs. 1 S. 1 Ziff. 2 BDSG grundsätzlich zulässig ist.

Darüber hinaus macht die Klägerin ohne Erfolg geltend, dass die Grundsätze, die der BGH in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Lehrerbewertungsportals "spickmich" (Urteil vom 23.6.2009, VI ZR 196/08) aufgestellt hat und auf die sich das LG im Rahmen seiner Abwägung stützt, bereits deshalb nicht herangezogen werden könnten, weil es sich vorliegend nicht um ein geschlossenes Internetportal handelt. Das LG weist zu Recht darauf hin, dass sich die Klägerin dem zwischen Ärzten bestehenden Wettbewerb stellen muss und den Marktmechanismen ausgesetzt ist, zu denen heute auch Bewertungsmöglichkeiten in öffentlich zugänglichen Quellen gehören. Sie muss es insoweit grundsätzlich hinnehmen, wenn sie in einem öffentlich zugänglichen Portal bewertet wird.

Die Datenerhebung ist auch nicht deshalb unzulässig, weil die Bewertungen anonym erfolgen und der Klägerin damit die Möglichkeit der Auseinandersetzung genommen wird. Die Meinungsäußerungsfreiheit kann nicht auf Äußerungen beschränkt werden, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können. Der BGH hat in

der vorbenannten Entscheidung in aller Deutlichkeit und ohne Beschränkung auf den schulischen Bereich darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung, sich namentlich zu einer bestimmten Meinung zu bekennen, die Gefahr begründet, dass der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen eine Art Selbstzensur vornimmt und davon absieht, seine Meinung zu äußern. Dies ist aber mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nicht vereinbar.

## Ö-Recht Hessen: Neues GaststättenG

Liebe (ehemalige) Kursteilnehmerinnen und Kursteilnehmer,

der hessische Landtag hat am 28.3.2012 das Hessische Gesetz zur Neuregelung des Gaststättenrechts beschlossen. Es handelt sich um ein sog. Artikelgesetz, d.h. es beinhaltet den Erlass und die Änderung mehrerer Gesetze, die mit dem Gaststättenrecht in Zusammenhang stehen. Die wichtigste Neuerung durch dieses Artikelgesetz ist der Erlass des Hessischen Gaststättengesetzes (HGastG), welches das Gaststättengesetz des Bundes (BGastG) ablöst. Damit verliert insbesondere § 15 BGastG seine Gültigkeit, der als Spezialvorschrift zu §§ 48, 49 VwVfG von besonderer Examensrelevanz war.

Das Artikelgesetz trat am Tag nach seiner Verkündung, d.h. am 6.4.2012, in Kraft. Das HGastG tritt hingegen erst am ersten Tag des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft, also am 1.5.2012.

Das Gesetz beruht in den examensrelevanten Passagen auf dem Gesetzentwurf der Landesregierung (LT-Drs. 18/4098) sowie auf dem Änderungsantrag LT-Drs. 18/5411.

Vorrangige Regelungsziele des Gesetzgebers sind Deregulierung, Bürokratieabbau und Verwaltungsvereinfachung (LT-Drs. 18/4098, S. 14). Um dies zu erreichen, hat er als zentrale examensrelevante Neuerung die Erlaubnispflicht im Gaststättengewerbe abgeschafft. An ihre Stelle ist die Pflicht getreten, den beabsichtigten Betrieb eines Gaststättengewerbes vorab anzuzeigen, damit die zuständige Behörde die Möglichkeit erhält, die Zuverlässigkeit des Gastwirts zu prüfen und ggf. eine Untersagung auszusprechen. Damit wird nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Schutzniveau gewährleistet, das dem des früheren Erlaubnisverfahrens entspricht, ohne zugleich dem Gastwirt die bürokratischen Belastungen eines solchen Erlaubnisverfahrens aufzuerlegen (LT-Drs. 18/4098, S. 15). Weitere Konsequenz dieser Neuregelung ist, dass es im HGastG keine mit § 15 BGastG vergleichbare Regelung gibt.

Weiterhin will der Gesetzgeber die sog. „Flatrate-Parties“ und sonstigen Billig-Alkohol-Veranstaltungen unterbinden (LT-Drs. 18/4098, S. 15).

Folgende Bestimmungen des HGastG sind examensrelevant:

### **§ 1 HGastG: Anwendungsbereich**

- (1) Dieses Gesetz gilt für das Gaststättengewerbe, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist.
- (2) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt, wer gewerbsmäßig Getränke oder Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.
- (3) Die Vorschriften dieses Gesetzes über den Ausschank alkoholischer Getränke finden auch auf Vereine und Gesellschaften Anwendung, die kein Gaststättengewerbe betreiben; dies gilt nicht für den Ausschank an Beschäftigte dieser Vereine und Gesellschaften.
- (4) ....
- (5) Dieses Gesetz gilt nicht für die Ausübung des Gaststättengewerbes in
  1. Kantinen für Betriebsangehörige, Betreuungseinrichtungen der im Inland stationierten ausländischen Streitkräfte, der Bundeswehr, der Bundespolizei oder der in Gemeinschaftsunterkünften untergebrachten Polizei und
  2. Luftfahrzeugen, Personenwagen von Eisenbahnunternehmen und andere Schienenbahnen, Schiffen und Reisebusse anlässlich der Beförderung von Personen.

**Kommentar:** Ein „Verzehr an Ort und Stelle“ i.S.d. § 1 II HGastG verlangt eine enge räumliche und zeitliche Beziehung zwischen Verabreichen und Verzehr, wie dies nicht nur bei Restaurants, sondern z.B. auch bei Imbissbuden der Fall ist (LT-Drs. 18/4098, S. 17). Das Merkmal „zugänglich“ dient der Abgrenzung zu rein privaten Geselligkeiten wie z.B. Hochzeitsfeiern, Hausparties. Da andererseits aber der Zutritt eines bestimmten Personenkreises ausreichend ist, fallen auch Vereins- und Klubgaststätten in den Anwendungsbereich des HGastG (LT-Drs. 18/4098, S. 17).

§ 1 III HGastG ist in modifizierter Form § 23 BGastG nachgebildet. Mit der Vorschrift will der Gesetzgeber verhindern, dass die Vorschriften des Gaststättenrechts bzgl. des Ausschanks alkoholischer Getränke durch die Gründung eines Vereins umgangen werden. Die Ausnahme in § 1 III 2. Hs. HGastG gilt insbesondere für Kantinenbetriebe dieser Vereine und Gesellschaften, die damit sonstigen Kantinenbetrieben i.S.d. § 1 V HGastG gleichgestellt werden (LT-Drs. 18/4098, S. 17).

§ 1 V HGastG entspricht im Wesentlichen § 25 I BGastG. Grund für die Freistellung von den Bestimmungen des Gaststättenrechts ist, dass die dem Gaststättengewerbe eigenen Gefahren für die Öffentlichkeit nicht auftreten. So ist z.B. die Gefahr der Begünstigung übermäßigen Alkoholkonsums wegen der spezifischen Zweckbestimmung einer Kantine - Bewirtung von Arbeitnehmern im Verlauf des Arbeitstages - dort nicht zu befürchten (LT-Drs. 18/4098, S. 18).

### **§ 2 HGastG: Anwendbarkeit der Gewerbeordnung ....**

Auf Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes sind die Gewerbeordnung und ... anzuwenden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

**Kommentar:** Die Vorschrift entspricht § 31 BGastG.

### **§ 3 HGastG: Verfahren bei Alkoholausschank**

(1) Für den Ausschank alkoholischer Getränke im Gaststättengewerbe gilt § 14 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung mit der Maßgabe, dass die Gewerbeanzeige spätestens sechs Wochen vor Beginn des Gaststättengewerbes der zuständigen Behörde mit folgenden, nicht mehr als drei Monate alten Unterlagen vorzulegen ist:

1. ein Nachweis über das beantragte Führungszeugnis zur Vorlage bei der Behörde nach § 30 Abs. 5 des Bundeszentralregistergesetzes ... ,
2. ein Nachweis über die beantragte Auskunft aus dem Gewerbezentralregister zur Vorlage bei der Behörde nach § 150 Abs. 5 der Gewerbeordnung,
3. ein Auszug aus dem vom Insolvenzgericht .... zu führenden Verzeichnis und
4. eine Bescheinigung in Steuersachen.

Wird bei juristischen Personen oder nicht rechtsfähigen Vereinen nach Erstattung der Gewerbeanzeige nach Satz 1 eine andere Person zur Vertretung nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag berufen, so ist dies unverzüglich der zuständigen Behörde unter Vorlage der in Satz 1 genannten Unterlagen anzuzeigen. Satz 2 gilt auch, wenn sich Gastgewerbetreibende nach Erstattung der Gewerbeanzeige nach Satz 1 zur Ausübung des Gaststättengewerbes einer Stellvertreterin oder eines Stellvertreters bedienen.

- (2) Abs. 1 gilt nicht für den Ausschank von alkoholischen Getränken, wenn diese als unentgeltliche Nebenleistung in geringen Mengen oder an Hausgäste in Verbindung mit einem Beherbergungsbetrieb abgegeben werden.
- (3) In den Fällen des Abs. 1 hat die zuständige Behörde unverzüglich nach Erstattung der Gewerbeanzeige die Zuverlässigkeit der Gastgewerbetreibenden, ihrer gesetzlichen Vertretung oder Stellvertretung zu überprüfen und das Ergebnis dieser Überprüfung auf Verlangen amtlich zu bescheinigen.
- (4) Die zuständige Behörde kann im Einzelfall auf die Vorlage der Unterlagen nach Abs. 1 verzichten und von der Überprüfung nach Abs. 3 absehen, wenn aufgrund bereits bekannter Tatsachen kein Zweifel an der Zuverlässigkeit der Gastgewerbetreibenden, ihrer gesetzlichen Vertretung oder Stellvertretung bestehen; dies teilt sie dem Gastgewerbetreibenden, ihrer gesetzlichen Vertretung oder Stellvertretung mit.

**Kommentar:** § 3 I HGastG beinhaltet die wesentliche Neuerung und einen Systemwechsel. Statt der bisherigen Erlaubnispflicht gem. § 2 I BGastG trifft den Gastwirt lediglich eine Anzeigepflicht, wie sie aus der GewO bekannt ist. Mit der sechswöchigen Frist soll der zuständigen Behörde ausreichend Zeit für eine Zuverlässigkeitsprüfung gegeben werden, damit sie den Betrieb des Gaststättengewerbes rechtzeitig unterbinden kann (LT-Drs. 18/4098, S. 18f.). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stellt es für den Gastwirt kein Problem dar, in den Besitz nach § 3 I HGastG erforderlichen Dokumente zu gelangen, so dass sich für ihn gegenüber der früheren Genehmigungspflicht eine spürbare bürokratische Entlastung ergibt (LT-Drs. 18/4098, S. 19). § 3 I 2, 3 HGastG dient der Vermeidung von Regelungslücken (LT-Drs. 18/4098, S. 19).

§ 3 II HGastG soll mit dem Merkmal „unentgeltliche Nebenleistungen“ eine Klarstellung gegenüber § 2 II Nr. 2 BGastG, der nur „Kostproben“ erfasste. Damit ist beispielsweise auch die unentgeltliche Verabreichung eines Glases Sekt in einem Friseurbetrieb von der Anzeigepflicht ausgenommen (LT-Drs. 18/4098, S. 19f.).

### **§ 4 HGastG: Untersagung gastgewerblicher Tätigkeiten**

- (1) Wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Gastgewerbetreibende, ihre gesetzliche Vertretung oder Stellvertretung die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen, insbesondere befürchten lassen, dass sie dem Alkoholmissbrauch, übermäßigem Alkoholkonsum oder der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten Vorschub leisten oder die Vorschriften des Gesundheits- und Lebensmittelrechts sowie des Arbeits- und Jugendschutzes nicht einhalten werden, hat die zuständige Behörde die Ausübung des Gaststättengewerbes zu untersagen. Ist der Ausschank alkoholischer Getränke beabsichtigt, hat die zuständige Behörde unter den Voraussetzungen des Satzes 1 bereits den Beginn des Gaststättengewerbes zu untersagen.
- (2) Wenn die auf den Betrieb eines Gaststättengewerbes bezogenen Gewerbeanzeigen nach § 14 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung in Verbindung mit § 2, auch in Verbindung mit § 3 Abs. 1, und die Anzeigen nach § 5 Abs. 2 und § 6 Satz 1 nicht, nicht rechtzeitig, nicht wahrheitsgemäß oder nicht vollständig erstattet werden, kann die zuständige Behörde die Ausübung des Gaststättengewerbes untersagen.

**Kommentar:** § 4 I 1 HGastG gilt bei allen gastgewerblichen Tätigkeiten i.S.d. § 1 II HGastG und geht als spezielle Untersagungsbestimmung dem § 35 GewO vor (LT-Drs. 18/4098, S. 22). Es handelt sich um die examensrelevanteste Ermächtigungsgrundlage im HGastG.

Zentrales Merkmal des Untersagungstatbestandes des § 4 I 1 HGastG ist die Unzuverlässigkeit des Gastwirts. Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamtbild seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, das beabsichtigte Gaststättengewerbe künftig ordnungsgemäß zu betreiben (LT-Drs. 18/4098, S. 20). Angesichts der schwerwiegenden Auswirkungen eines Betriebsverbots müssen die dem Gastwirt zur Last gelegten Umstände von erheblichem Gewicht sein, wobei eine Vielzahl kleinerer Gesetzesverstöße ausreichend ist, wenn aus ihnen ein Hang zur Nichtbeachtung geltenden Rechts ersichtlich ist. Verschulden ist unerheblich, da es sich bei der Untersagung um eine Präventionsmaßnahme handelt (LT-Drs. 18/4098, S. 20).

Die Streichung einzelner Regelbeispiele des früheren § 4 I 1 Nr. 1 BGastG (z.B. Trunksucht, Ausbeutung Unerfahrener) bedeutet nicht, dass ihnen keine Bedeutung mehr zukommt. Sie können nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin eine Unzuverlässigkeit begründen (LT-Drs. 18/4098, S. 21).

Das Merkmal „Alkoholmissbrauch“ erfasst insbesondere den Ausschank an Alkoholabhängige und erkennbar Betrunkene (LT-Drs. 18/4098, S. 21). Das Merkmal des übermäßigen Alkoholkonsums dient insbesondere der Bekämpfung von sog. „Koma“- oder „Ballermann“-Parties, bei denen durch Niedrigpreise ein besonderer Anreiz für exzessiven Alkoholkonsum gesetzt wird. Gleiches gilt für sog. „Flatrate-Parties“, bei denen Getränke verbilligt und unbegrenzt abgegeben werden. Entscheidend für eine Untersagung ist, ob die konkrete Gestaltung des gastronomischen Angebots übermäßigen Alkoholkonsum - insbesondere von Jugendlichen - geradezu provoziert (LT-Drs. 18/4098, S. 21).

Von der generellen Aufnahme des Vorschubleistens von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verspricht sich der Gesetzgeber eine generalpräventive Wirkung. Die Gastwirte sollen dadurch verstärkt dazu angehalten werden, sich nicht an dem strafbaren Verhalten anderer Personen zu beteiligen (LT-Drs. 18/4098, S. 21).

§ 4 I 2 HGastG gestattet in Abweichung von § 4 I 1 HGastG und § 35 GewO eine Untersagung schon vor Betriebsbeginn. Insgesamt sieht der Gesetzgeber in § 3 I, III HGastG i.V.m. § 4 I HGastG einen neuen gesetzlichen Mechanismus: präventive Zuverlässigkeitsprüfung aufgrund zeitlich vorverlegter Gewerbeanzeige mit möglichem Verbot vor Betriebsbeginn (LT-Drs. 18/4098, S. 21f.).

§ 4 II HGastG sieht im Gegensatz zu § 4 I HGastG ein behördliches Ermessen vor, damit marginale Verstöße nicht zwingend zu einer Untersagung führen (LT-Drs. 18/4098, S. 22).

### **§ 5 HGastG: Straußwirtschaften**

- (1) Für den Ausschank von selbst erzeugtem Wein oder von selbst erzeugtem Apfelwein am Ort des Erzeugerbetriebs oder am Wohnsitz der Inhaberin oder des Inhabers dieses Betriebs für die Dauer von höchstens vier Monaten im Jahr und zwar zusammenhängend oder in zwei Zeitabschnitten (Straußwirtschaft) findet § 3 keine Anwendung.
- (2) Wer eine Straußwirtschaft betreiben will, hat der zuständigen Behörde spätestens zwei Wochen vor Beginn der Straußwirtschaft schriftlich anzuzeigen:
  1. Name und Vornahme der Betreiberin oder des Betreibers der Straußwirtschaft mit ladungsfähiger Anschrift,
  2. Ort und Zeitraum des Ausschanks,
  3. hinsichtlich des zum Ausschank vorgesehenen Weines oder Apfelweines Herkunftsort und -lage der zur Herstellung verwendeten Trauben oder Äpfel sowie den Ort, an dem diese Früchte gekeltert worden sind und der Wein ausgebaut worden ist.

**Kommentar:** Die auf alter Überlieferung beruhenden Straußwirtschaften waren bereits nach der alten Rechtslage privilegiert, da sie keiner Erlaubnis bedurften vgl. § 14 BGastG. Durch die mit dem HGastG eingeführte generelle Abschaffung der Erlaubnispflicht für das Gaststättengewerbe sind die Straußwirtschaften den anderen Gaststätten weitgehend gleichgestellt. Deshalb hat der Gesetzgeber die bisher in einer Rechtsverordnung normierten Einschränkungen für Straußwirtschaften, mit denen Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil der anderen Gaststätten verhindert werden sollten, größtenteils gestrichen. Die noch bestehenden, in § 5 I HGastG normierten Anforderungen sieht der Gesetzgeber als identitätsstiftende Merkmale einer Straußwirtschaft an (LT-Drs. 18/4098, S. 22f.).

### **§ 8 HGastG: Auskunft und Nachschau**

- (1) ....
- (2) Die von der zuständigen Behörde mit der Überwachung des Gaststättengewerbes beauftragten Personen sind befugt, zu diesem Zweck Grundstücke und Geschäftsräume der Auskunftspflichtigen zu betreten, dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen und in die geschäftlichen Unterlagen Einblick zu nehmen. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 des Grundgesetzes, Art. 8 der Verfassung des Landes Hessen) wird insoweit eingeschränkt.
- (3) ....

- (4) Abs. 1 bis 3 finden auch bei fehlender Gewerbeanzeige nach § 14 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung in Verbindung mit § 2, auch in Verbindung mit § 3 Abs. 1, und bei fehlender Anzeige nach § 5 Abs. 2 oder § 6 Anwendung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Gaststättengewerbe im Sinne von § 1 ausgeübt wird.

**Kommentar:** Die Vorschrift greift im Wesentlichen § 22 BGastG auf (LT-Drs. 18/4098, S. 24). § 8 IV HGastG verhindert Regelungslücken, indem sich das Recht zur Nachschau auch auf diejenigen erstreckt, die im Verdacht stehen, ein Gaststättengewerbe zu betreiben (vgl. LT-Drs. 18/4098, S. 24).

### **§ 9 HGastG: Sperrzeiten**

Die für Angelegenheiten der inneren Landesverwaltung zuständige Ministerin oder der hierfür zuständige Minister wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für das Gaststättengewerbe und für öffentliche Vergnügungsstätten Sperrzeiten festzusetzen und dabei die zur Ausführung der Rechtsverordnung zuständigen Behörden zu bestimmen. In der Rechtsverordnung kann bestimmt werden, dass die Sperrzeit bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse für einzelne Betriebe festgesetzt, verlängert, verkürzt oder aufgehoben werden kann. Die zuständige Ministerin oder der zuständige Minister nach Satz 1 ist befugt, die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung ganz oder teilweise auf nachgeordnete Behörden zu übertragen und dabei zu bestimmen, dass diese ihre Befugnisse auf ihnen nachgeordnete Behörden weiter übertragen können.

**Kommentar:** Die Norm ist in modifizierter Fassung § 18 BGastG nachgebildet. „Öffentliche Vergnügungsstätten“ i.S.d. § 9 S. 1 HGastG sind insbesondere Rummelplätze und Spielhallen (LT-Drs. 18/4098, S. 25). Die Übertragung der Verordnungsbefugnis auf nachgeordnete Behörden nach § 9 S. 3 HGastG soll diese in die Lage versetzen, auf örtliche Besonderheiten zu reagieren.

### **§ 10 HGastG: Beschäftigungsverbot und Anordnungen**

- (1) Die Beschäftigung einer Person im Gaststättengewerbe kann Gewerbetreibenden durch die zuständige Behörde untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.
- (2) Im Gaststättengewerbe kann die zuständige Behörde jederzeit gegenüber Gastgewerbetreibenden Anordnungen zum Schutz der Gäste gegen Ausbeutung und Gefahren für Leben oder Gesundheit und zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes ... und gegen sonstige erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Bewohnerinnen oder Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit erlassen.

**Kommentar:** § 10 I HGastG entspricht dem bisherigen § 21 I BGastG. § 10 II HGastG ersetzt die bisher existierende Befugnis zum Erlass von Auflagen gem. § 5 BGastG (LT-Drs. 18/4098, S. 25). Die Norm gestattet insbesondere Anordnungen, um Alkoholmissbrauch und übermäßigen Alkoholkonsum zu unterbinden, da diese Gesundheitsgefahren für die Gäste darstellen. Von einer Gesundheitsgefährdung geht der Gesetzgeber grundsätzlich bei Veranstaltungen aus, bei denen gegen Bezahlung eines einmaligen Entgelts alle oder bestimmte Getränke kostenlos oder verbilligt abgegeben werden, sog. „Flatrate-Parties“, s.o. Regelmäßig ausgenommen sind jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers „All-inclusive-Angebote“ von Hotels (LT-Drs. 18/4098, S. 25).

### **§ 11 HGastG: Nebenleistungen und allgemeine Verbote**

- (1) Gastgewerbetreibende und Dritte dürfen neben gastgewerblichen Dienstleistungen außerhalb der Ladenöffnungszeiten nur Zubehörgüter an Gäste abgeben und ihnen nur Zubehörlösungen erbringen.
- (2) Außerhalb der Sperrzeit dürfen im Gaststättengewerbe nur zum alsbaldigen Verzehr und Gebrauch
  1. Getränke und zubereitete Speisen, die im Gaststättenbetrieb verabreicht werden,
  2. Flaschenbier, alkoholfreie Getränke, Back-, Tabak- und Süßwaren an jedermann über die Straße abgegeben werden.
- (3) Im Gaststättengewerbe ist es verboten,
  1. Branntwein und überwiegend branntweinhaltige Lebensmittel durch Automaten feilzuhalten,
  2. alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene zu verabreichen,
  3. das Verabreichen von Speisen von der Bestellung von Getränken abhängig zu machen oder bei der Nichtbestellung von Getränken die Preise zu erhöhen,
  4. das Verabreichen alkoholfreier Getränke von der Bestellung alkoholischer Getränke abhängig zu machen oder bei der Nichtbestellung alkoholischer Getränke die Preise zu erhöhen und
  5. alkoholische Getränke in einer Form abzugeben, die geeignet ist, dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigem Alkoholkonsum Vorschub zu leisten.
- (4) Bei Ausschank alkoholischer Getränke sind auch alkoholfreie Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle anzubieten. Davon ist mindestens ein alkoholfreies Getränk nicht teurer anzubieten als das billigste alkoholische Getränk. Der Preisvergleich

erfolgt hierbei auch auf der Grundlage des hochgerechneten Preises für einen Liter der betreffenden Getränke. Die zuständige Behörde kann für den Ausschank aus Automaten Ausnahmen zulassen.

**Kommentar:** Da das Hessische Ladenöffnungsgesetz auf Gaststätten keine Anwendung findet, regelt § 11 I HGastG die Zulässigkeit des Verkaufs von Waren außerhalb der Ladenöffnungszeiten. „Zubehörwaren“ sind vor allem Tabakwaren, Obst, Süßwaren, Ansichtspostkarten, Zeitungen und Zeitschriften. Allgemein muss es sich um eine nach der Verkehrsanschauung notwendige und gerechtfertigte Ergänzung der Bewirtung als Hauptleistung handeln (LT-Drs. 18/4098, S. 25f.).

§ 11 II HGastG ist eine Fortschreibung des § 7 II BGastG (LT-Drs. 18/4098, S. 26).

§ 11 III HGastG dient überwiegend der Eindämmung des Alkoholkonsums. Es handelt sich weitgehend um eine Übernahme der Verbote des § 20 BGastG (LT-Drs. 18/4098, S. 26). Zielen Veranstaltungen eindeutig darauf ab, einen Alkoholrausch herbeizuführen und im Verlauf der Veranstaltung Alkohol auch an Betrunkene abzugeben, liegt ein Verstoß gegen § 11 III Nr. 2 HGastG, so dass die zuständige Behörde bereits im Vorfeld der Veranstaltung gem. § 10 II HGastG einschreiten kann (LT-Drs. 18/4098, S. 26). Mit dem zusätzlichen Verbot des § 11 III Nr. 5 HGastG will der Gesetzgeber ein deutliches Zeichen gegen sog. „Flatrate-Parties“ und „Billig-Alkohol-Veranstaltungen“ setzen. Hingegen betont der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung auch hier, dass „All-inclusive-Angebote“ regelmäßig nicht gegen § 11 III Nr. 5 HGastG verstoßen (LT-Drs. 18/4098, S. 26f.).

#### **§ 18 HGastG: Ersetzung von Bundesrecht**

Dieses Gesetz ersetzt das Gaststättengesetz.

#### **§ 19 HGastG: Inkrafttreten, Außerkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am ersten Tage des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft. Es tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2016 außer Kraft.

**Kommentar:** Das zeitlich verzögerte Inkrafttreten des HGastG soll den Gastwirten und den zuständigen Behörden die Möglichkeit geben, sich auf die neuen rechtlichen Vorgaben einzustellen (LT-Drs. 18/4098, S. 30).

Ich hoffe, dass ich Ihnen eine Hilfe beim Einstieg in das neue GastG in Hessen geben konnte.

Mit freundlichen Grüßen  
JI-Team Frankfurt/Gießen/Marburg  
Dr. Dirk Kues