

**Herausgeber:**

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

# ZARA

**Ausgabe Juli/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

OLG Koblenz, 31.05.2012 – 8 U 1030/11 – Zur Verkehrssicherungspflicht von Gastwirten

S. 4

OLG Koblenz, 21.06.2012 – 1 U 1086/11 – Zur Aufsichtspflichtverletzung in einer Kita

S. 5

#### Strafrecht

BGH, 29.03.2012 – GSSt 2/11 – Korruption im Gesundheitswesen: Zur Strafbarkeit von Kassenärzten

S. 6

BGH, 06.06.2012 – 5 StR 233/12 – Keine Tatmehrheit bei natürlicher Handlungseinheit

S. 7

#### Öffentliches Recht

BVerfG, 25.07.2012 – 2 BvF 3/11 u.a. – Bundestagswahlrecht verfassungswidrig

S. 10

VGH Kassel, 16.05.2012 – 8 B 1150/12 – Verbot von „Blockupy“-Aktionen rechtmäßig

S. 10

VG Mainz, 25.01.2012 – K 401/11 – Sicherstellung und Verwertung eines Gebäudes

S. 11

VG Stuttgart, 18.06.2012 – 2 K 1627/12 – BauR: Gemeindliches Einvernehmen

S. 12

#### Arbeitsrecht

BAG, 18.07.2012 – 7 AZR 443/09 – Möglicher Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristungen

S. 12

BAG, 21.06.2012 – 8 AZR 364/11 – Diskriminierung: Falschankünfte des Arbeitgebers als Indiz

S. 13

BAG, 21.06.2012 – 8 AZR 188/11 – Generelle Geltung der 2-Monats-Frist des § 15 IV AGG

S. 14

LAG Schleswig-Holstein, 22.09.2011 – 4 Sa 404/10 – Lehrer schlägt Schülerin „im Reflex“ – dennoch „nur“ Abmahnung

S. 14

#### Urheberrecht

EuGH, 03.07.2012 – C-128/11 – Weiterverkauf „gebrauchter“ Softwarelizenzen zulässig

S. 15

#### Wettbewerbsrecht

OLG Schleswig-Holstein, 21.06.2012 – 6 W 1/12 – „Schlank im Schlaf“ – Irreführende Werbung für Brot

S. 16

#### Unser Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei **Brettschneider & Michaelis-Hatje** bietet Ihnen eine kompetente Beratung bei Examensanfechtungen. Herr Lars Brettschneider war jahrelang in Hessen bei Jura Intensiv als Repetitor tätig. Alle Gesellschafter der JuCon GbR können ihn persönlich ohne Vorbehalte empfehlen (Anzeige auf S. 9)

# JuCon Personalberatung

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

## In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

das Bundesverfassungsgericht hat das Wahlrecht zur Bundestagswahl (erneut) für verfassungswidrig erklärt (S. 10). Darüber hinaus hat das BAG entschieden, dass unter besonderen Umständen die Kettenbefristung von Arbeitsverträgen wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein kann (S. 12).

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 Anzeigen für unser **High-Potential-Programm**, auf den Seiten 2 und 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. Dr. Schweinberger steht Ihnen unter [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net) zur Verfügung.

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)

---

# JuCon – Personalvermittlung

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

## Gesucht: High-Potentials

### Berufseinstieg oder Kanzleiwechsel

Auch und gerade für einen High-Potential sind die Möglichkeiten, die der Arbeitsmarkt in internationalen Großkanzleien und Kanzlei-Boutiquen sowie Unternehmen bietet, kaum zu überblicken.

### Hervorragende Perspektiven

Derzeit bieten sich auf dem Arbeitsmarkt vor allem im Bereich Wirtschafts- und Arbeitsrecht sehr viele sehr gute Perspektiven. Seien Sie nicht zu früh mit einem Übernahmeangebot einer Kanzlei zufrieden, in welcher Sie Ihr Referendariat absolviert haben. Halten Sie die Augen für andere - u. U. bessere - Alternativen offen.

### Unsere Kooperationspartner haben einen Überblick über den juristischen Arbeitsmarkt

Welche Kanzlei passt - auch vor dem Hintergrund Ihrer Persönlichkeit und der Unternehmenskultur der Kanzlei - am besten zu Ihnen? Professionelle Berater können Ihnen wertvolle Hilfe bei einem gelungenen Berufseinstieg leisten.

Derzeit werden Volljuristen in folgenden Bereichen gesucht:

Arbeitsrecht

Alle Bereiche des Gesellschaftsrechts (M & A)

Steuerrecht

Kapitalmarktrecht

### Ihre Qualifikationen:

Abschluss 2. Examen innerhalb 4 Monaten: Prädikat im 1. Examen, sehr gute Englisch-Kenntnisse, L.L.M. oder Dr. von Vorteil und Erfahrungen bzw. Studienschwerpunkte in o.g. Bereichen

Bei abgeschlossenem 2. Examen: mind. 16 Punkte in Summe, keine Note unter 7,5 Punkten; mind. 1 Prädikat meist Bedingung, sehr gute Englisch-Kenntnisse, L.L.M. oder Dr. von Vorteil und Erfahrungen bzw. Studienschwerpunkte in o.g. Bereichen

Richten Sie Ihre Bewerbung an Dr. Schweinberger unter:

[info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

### Ihr Vorteil: Vertraulichkeit und natürlich kostenfrei

Natürlich behandeln wir Ihre Daten streng vertraulich. Die Weitergabe Ihrer Bewerbungsunterlagen erfolgt stets nur nach Absprache mit Ihnen. Unser Angebot ist für Sie in allen Phasen stets kostenfrei.

Anonymität ist gerade bei einem geplanten Kanzleiwechsel unabdingbar!

## **Corporate Restructuring**

### **Stellenanzeige Nr. 1205**

### **Berufseinsteiger / erste Berufserfahrung**

Eine internationale Großkanzlei sucht für ihr Büro in Frankfurt a.M.:

#### **Rechtsanwalt (m/w) im Bereich Restrukturierung / Finanzierung**

Ihre Voraussetzungen:

- Überdurchschnittliche Examina (mind. 8 Punkte)
- Interessenschwerpunkt Zivilrecht / Gesellschaftsrecht
- Gute Englischkenntnisse

Die Kanzlei bietet:

- Internationale Großkanzlei, die zu den Top-Adressen im Bereich Restrukturierung zählt
- Zielgerichtete Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen
- Außergewöhnlich gute Teamatmosphäre


**Interesse?!**

Dann senden Sie Ihre Bewerbungsunterlagen mit Angabe der Stellenanzeigen-Nummer an Herrn Dr. Dirk Schweinberger.

[info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

## Zivilrecht

Gericht: OLG Koblenz	<b>Zur Verkehrssicherungspflicht von Gastwirten</b>	BGB § 823 I
Aktenzeichen: 8 U 1030/11		
Datum: 31.05.2012		

	<p>Zwar muss ein Gastwirt im Rahmen des Zumutbaren für die Sicherheit seiner Gäste Sorge zu tragen. Wenn eine Gefahrenstelle aber eindeutig vor sich selbst warnt (hier: in einen Fluss führende Treppenstufen), trifft den Betreiber eines angrenzenden Gastronomiebetriebes grundsätzlich keine weitergehende Verkehrssicherungspflicht.</p>
---	--

**Sachverhalt:** In der vom Beklagten betriebenen Gaststätte am Rheinstrand befindet sich eine breite Treppe, die sehr gut einsehbar ist und direkt in den Rhein führt. Oberhalb der Treppe hat der Beklagte das Rheinufer mit Sand aufgefüllt. Im Juni 2010 bot er zur Fußball-Weltmeisterschaft "public viewing" an. Die Treppe befand sich allerdings außerhalb des "public-viewing"-Bereichs.

Die Klägerin rutschte bei einer solchen Veranstaltung nachmittags beim Betreten der vorletzten, oberhalb des Wassers befindlichen Stufe der Treppe aus, fiel auf ihren rechten Unterarm und stürzte in den Rhein. Sie erlitt eine Handgelenksfraktur. Später verlangte sie vom Beklagten u.a. Schadensersatz i.H.v. rund 28.600 € und Schmerzensgeld i.H.v. 3.000 € mit der Begründung, der Beklagte habe nicht ausreichend auf die Sturzgefahr hingewiesen. Der Beklagte erwiderte, es seien Warnschilder vorhanden und er habe zusätzlich Sicherheitskräfte eingesetzt.

Das LG wies die Klage ab. Das OLG wies die hiergegen gerichtete Berufung zurück.

### Lösung:

Es war keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den Beklagten zu erkennen.

Zwar muss ein Gastwirt im Rahmen des Zumutbaren für die Sicherheit seiner Gäste Sorge zu tragen. Der Beklagte war laut Pachtvertrag auch für den ordnungsgemäßen Zustand der Anlage verantwortlich. Die Verkehrssicherungspflicht umfasst allerdings nur diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Die Pflicht beginnt immer erst dort, wo auch für den aufmerksamen Verkehrsteilnehmer eine Gefahrenlage überraschend eintritt oder jedenfalls nicht ohne weiteres erkennbar ist. Dies ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen.

Wer eine Treppe betritt, die aufgrund des Wellengangs jedenfalls an den unteren Stufen nass sein müsste, hat sich auf diesen Zustand der Treppe einzustellen. Im vorliegenden Fall war es offensichtlich, dass die Gäste den breiten und übersichtlichen Treppenabgang zum Rhein vor allem nutzten, um die Füße in das Wasser zu halten. Zudem schwappte durch den üblichen Wellengang immer wieder Wasser über die unteren Stufen. Die damit verbundene Nässe war von jedem unmittelbar zu erkennen. Die Gefahrenstelle warnte daher vor sich selbst und begründete keine darüber hinausgehende Verkehrssicherungspflicht für den Betreiber.

## Ab 24. September: WuV-Kurs in Mainz


Er dient der Wiederholung und Vertiefung. Der WuV-Kurs ist z.B. in folgenden Fällen ein hervorragendes Lernangebot:

- Effektive Wiederholung nach dem Examenkurs
- Fit halten für den Verbesserungsversuch
- Wiedereinstieg nach einer Schwangerschaft oder Studien-Verzögerung
- Leider Durchgefallen - fit machen für den 2. Versuch:

### Latham & Watkins finanziert pro Durchgang 3 Assex-Stipendien !

(Infos auf der JI-Homepage beim Kurs „AK Zivil- und StrafR“ oben rechts bei den Ausbildungskooperationen: Bewerben Sie sich bis zum 15.8. – es lohnt sich!)

Gericht: OLG Koblenz	<b>Zur Aufsichtspflichtverletzung in einer Kita</b>	BGB
Aktenzeichen: 1 U 1086/11		§ 839
Datum: 21.06.2012		

	Für die Frage der Aufsichtspflichtverletzung in einer Kita muss immer die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden, wie etwa die Eigenheiten der jeweiligen Kinder, die örtlichen Gegebenheiten und die Aufsichtssituation. In einem solchen Fall der Amtshaftung muss nach Ansicht des OLG Koblenz grundsätzlich die Kommune beweisen, dass die Erzieherinnen ihre Aufsichtspflicht erfüllt haben.
---	---

**Sachverhalt:** Im Juni 2010 hatte der Kläger sein Fahrzeug am Rande des Außenbereichs einer städtischen Kindertagesstätte abgestellt und begab sich in das anliegende Gebäude. Auf dem Freigelände der Kita hielt sich u.a. eine Gruppe von acht Kindern auf, die von einer Erzieherin betreut wurden. Drei Kinder verließen die Gruppe und begaben sich in Richtung des Außenzaunes, der zur unmittelbar angrenzenden Parkfläche durchlässig ist. Sie nahmen Steine und warfen diese gegen das parkende Auto des Klägers. Es handelte sich um so viele Steine, dass insgesamt 21 Dellen im Fahrzeug festgestellt wurden.

Der Kläger verlangte von der Stadt als Trägerin der Kita Schadensersatz i.H.v. rund 1.125 € aus Amtshaftung. Das LG wies die Klage ab. Auf die Berufung des Klägers hob das OLG das erstinstanzliche Urteil auf und gab der Klage statt. Allerdings wurde die Revision zum BGH zugelassen.

#### **Die Lösung:**

Der Kläger hat gegen die beklagte Stadt einen Schadensersatzanspruch.

Zwar ist eine permanenten und lückenlose Überwachung von Kindern "auf Schritt und Tritt" in einer Kita nicht zu gewährleisten und auch nicht geboten. Allerdings muss für die Frage der Aufsichtspflichtverletzung immer die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden, wie etwa die Eigenheiten der jeweiligen Kinder, die örtlichen Gegebenheiten und die Aufsichtssituation. Die Beschaffenheit des Freigeländes (lockere große Kieselsteine, durchlässiger Zaun zur unmittelbar angrenzenden Parkfläche) im vorliegenden Fall hatte ein konkretes Gefahrenpotential für fremdes Eigentum entstehen lassen. Wenn sich dann drei spielende Kinder aus ihrer Gruppe in Richtung Zaun entfernten, dürften diese nicht länger andauernd unbeobachtet bleiben.

Ein Zeuge hatte zudem angegeben, die Steine seien "wie bei einem Maschinengewehr" auf das Auto geprallt. Infolgedessen hätten die Erzieherinnen auf dem Außengelände den Vorfall mitbekommen müssen.

In einem solchen Fall der Amtshaftung muss nach Ansicht des Senats grundsätzlich die Kommune beweisen, dass die Erzieherinnen ihre Aufsichtspflicht erfüllt haben. Diese rechtliche Frage ist in der Rechtsprechung allerdings umstritten. Andere OLG sehen in solchen Fällen den Geschädigten in der Pflicht, auch die Verletzung der Aufsichtspflicht beweisen zu müssen. Infolgedessen war die Sache hinsichtlich dieser Rechtsfrage zur Revision zuzulassen.

## **Die JuCon bietet Ihnen Hilfe beim Berufseinstieg.**

**Wenn Sie die „klassischen“ Voraussetzungen für den Einstieg in eine Großkanzlei oder eine Boutique erfüllen, kommt häufig das „Luxusproblem“ auf, dass der Arbeitsmarkt kaum noch überschaubar ist.**

**Welche Kanzlei passt am besten zu Ihnen?**

**Diese Frage kann nur ein Profi beantworten.**

**Wir haben mehrere Kooperationspartner, die Ihnen mit Rat und Tat zur Seite stehen.**

**Schaffen Sie einen optimalen Berufseinstieg – wir helfen Ihnen gerne!**

**Natürlich kostenlos unter [info@jucon-online.net](mailto:info@jucon-online.net)**

## Die nächsten Kurse von Jura Intensiv:

### Examenskurse:

**Frankfurt, Gießen und Marburg: Beginn am 27. August**

Frankfurt: Nur noch Warteliste! Noch freie Plätze in Gießen und Marburg

**Mainz: Beginn am 20. August**

Noch freie Plätze vorhanden! Sichern Sie sich Ihren Platz!

**Heidelberg: Beginn am: 01. Oktober**

**WuV-Kurs in Mainz: Beginn am 24. September**

(Sonderkonditionen für Studenten aus Hessen: Wegen der Anreise nur 135 € statt 150 € !)

### Assessorkurse:

**Frankfurt und Gießen: Beginn am 17.09. mit Zivil- und Strafrecht**

**Frankfurt: Arbeits- und Wirtschaftsrecht beginnt am 24. September**

**Frankfurt: Öffentliches Recht beginnt im August, November, Februar, Mai**

**Assex-Crash in Frankfurt (Klausurtechnik, Formalien, Prozessrecht)**

**Nächster Kurs** beginnt am 13. Oktober und endet am 9. Dezember

**Mainz (Jahreskurs, ZR, SR, ÖR): Beginn am 02. Oktober**

### Auszeichnungen für unsere Arbeit im Assessorkursbereich:

**Latham & Watkins** finanziert pro Durchgang 3 Stipendien !


(Infos auf der JI-Homepage: Bewerben Sie sich – es lohnt sich!)

**Linklaters, Ashurst** und **Taylor Wessing** bieten Ihren Referendaren eine Ausbildungsunterstützung im Rahmen der Assessor-Crash-Kurse an!



## Strafrecht

Gericht: BGH	<b>Korruption im Gesundheitswesen: Zur Strafbarkeit Kassenärzten</b>	StGB
Aktenzeichen: GSSt 2/11		§§ 334, 299
Datum: 29.03.2012		

	<p>Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB. Entsprechend sind auch Mitarbeiter von Pharmaunternehmen, die Ärzten solche Vorteile zuwenden, nicht wegen Bestechung (§ 334 StGB) oder Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) strafbar.</p>
---	--

**Sachverhalt:** In dem beim 5. Strafsenat anhängigen Verfahren verurteilte das LG die Angeklagte, eine für die R-GmbH (R) tätige Pharmareferentin, wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 16 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe. Diese Verurteilung wurde von der Angeklagten mit der Revision umfassend angefochten.

Nach den vom LG getroffenen Feststellungen praktizierte R seit spätestens 1997 unter der Bezeichnung "Verordnungsmanagement" ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Danach sollte der verschreibende Arzt 5 Prozent der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel des Unternehmens verordnete. Die Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Auf der Grundlage dieses Prämiensystems übergab die Angeklagte in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 €.

Der 5. Strafsenat legte dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt Amtsträger i.S.d. Straftaten im Amt (§§ 331 ff. StGB) ist, wenn er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten tätig wird und diesen Medikamente verordnet. Hilfsweise für den Fall der Verneinung dieser Frage hat der Senat angefragt, ob ein solcher Arzt in diesen Fällen Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr i.S.d. § 299 StGB ist. Die Frage der Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes stelle sich in einer Vielzahl von Fällen. Höchststrichterliche Entscheidungen dazu gebe es bisher nicht.

### Die Lösung:

Kassenärzte, die von einem Pharma-Unternehmen Vorteile als Gegenleistung für die Verordnung von Arzneimitteln dieses Unternehmens entgegennehmen, machen sich nicht wegen Bestechlichkeit nach § 332 StGB strafbar. Auch eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB scheidet aus. Entsprechend sind auch Mitarbeiter von Pharmaunternehmen, die Ärzten solche Vorteile zuwenden, nicht wegen Bestechung (§ 334 StGB) oder Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 2 StGB) strafbar. Der niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt handelt nämlich bei der Wahrnehmung der ihm gem. § 73 Abs. 2 SGB V übertragenen Aufgaben, insbes. bei der Verordnung von Arzneimitteln, weder als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB. Die gesetzlichen Krankenkassen sind zwar Stellen öffentlicher Verwaltung i.S.d. Amtsträgerdefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB. Auch erfüllt das System der gesetzlichen Krankenversicherung als Ganzes eine aus dem Sozialstaatsgrundsatz folgende, in hohem Maße der Allgemeinheit dienende Aufgabe. Die Kassenärzte sind aber nicht dazu bestellt, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Der freiberuflich tätige Kassenarzt ist weder Angestellter noch Funktionsträger einer öffentlichen Behörde. Er wird auf Grund der individuellen, freien Auswahl des gesetzlich Versicherten tätig. Sein Verhältnis zu dem Versicherten wird wesentlich von persönlichem Vertrauen und einer Gestaltungsfreiheit gekennzeichnet, die der Bestimmung durch die gesetzlichen Krankenkassen weitgehend entzogen ist.

Innerhalb des Behandlungsverhältnisses konkretisiert die Verordnung eines Arzneimittels zwar den gesetzlichen Leistungsanspruch des Versicherten auf Sachleistungen; sie ist aber untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung und vollzieht sich innerhalb des personal geprägten Vertrauensverhältnisses zwischen dem Versicherten und seinem Arzt, der die Verordnung nach seiner aus § 1 BÄO folgenden Verpflichtung auszurichten hat. Die Einbindung des Vertragsarztes in das System öffentlich gelenkter Daseinsfürsorge verleiht der vertragsärztlichen Tätigkeit danach nicht den Charakter hoheitlich gesteuerter Verwaltungsausübung. Dies entspricht auch der zivilrechtlichen Betrachtungsweise.



Dem Kassenarzt fehlt es bei der Verordnung eines Arzneimittels auch an der Beauftragteneigenschaft i.S.v. § 299 Abs. 1 StGB. Gem. § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V wirken die Leistungserbringer, also auch die Kassenärzte, mit den gesetzlichen Krankenkassen zur Sicherstellung der kassenärztlichen Versorgung zusammen, begegnen sich nach der darin zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung also auf einer Ebene der Gleichordnung. Von wenigen Ausnahmen abgesehen sind unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Kassenärzten und den Krankenkassen gesetzlich ausgeschlossen. Dem Begriff des Beauftragten ist aber schon vom Wortsinn her die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers immanent, der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet.

Gericht: BGH	<b>Keine Tatmehrheit bei natürlicher Handlungseinheit</b>	StGB
Aktenzeichen: 06.06.2012		§§ 52, 53
Datum: 5 StR 233/12		

	Liegt ein Fall der natürlichen Handlungseinheit vor, ist die Verurteilung wegen zweier realkonkurrierender Taten rechtsfehlerhaft.
---	--

**Sachverhalt:** Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen suchte der Angeklagte A am 02.09.2010 gemeinsam mit dem gesondert verfolgten S den Zeugen B in dessen Wohnung in der Absicht auf, unter Androhung von Gewalt von ihm 300 EUR zu erlangen und „aus der Wohnung des B Wertgegenstände mitzunehmen“. Zum Abtransport der angestrebten Beute hatte der Angeklagte eigens eine große leere Sporttasche mitgebracht. Nachdem die Täter von dem Zeugen B unter Vorhalt einer geladenen Schreckschusspistole die Herausgabe eines Laptops, eines I-Phones und einer Playstation erzwungen hatten, wurden sie durch Erscheinen eines Besuchers gestört und begaben sich mit der Beute in Richtung der Wohnungseingangstür. Dabei erblickte der Angeklagte auf einem Wäscheständer einen nassen Lacoste-Pullover, den er in Zueignungsabsicht an sich nahm. Als der Geschädigte den Pullover ergriff, schlug der Angeklagte „mit seinem Kopf auf die Nase des B, um sich den Besitz des Pullovers zu erhalten“. Das Landgericht Potsdam hat den Angeklagten wegen (besonders) schwerer räuberischer Erpressung und wegen räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung sowie wegen anderer Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt.

**Die Lösung:**

Sowohl die Annahme von zwei tatmehrheitlich begangenen Taten als auch die Anwendung der Qualifikation hinsichtlich des ersten Teils des Geschehens begegnen durchgreifenden sachlich-rechtlichen Bedenken. Natürliche Handlungseinheit liegt regelmäßig vor, wenn mehrere gleichartige Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart eng miteinander verbunden sind, dass das gesamte Tätigwerden objektiv für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches, zusammengehöriges Tun erscheint. Sukzessive und iterative Tatbestandserfüllungen sind klassische Fälle der natürlichen Handlungseinheit. Hierzu gehört auch der vorliegende Fall, bei dem die Zwangslage der räuberischen Erpressung fortwirkt und das Hinzutreten des Dritten keine Zäsur bewirkt: Die Wegnahme des Pullovers schloss sich zeitlich und räumlich unmittelbar an die räuberische Erpressung an. Sie wurde unter Fortwirkung der – wenn auch nach Erscheinen des Besuchers möglicherweise gelockerten – Zwangslage begangen. Damit lag natürliche Handlungseinheit vor. Zudem wurde die noch vor Beendigung der räuberischen Erpressung begangene Wegnahme des Pullovers von dem Entschluss des Angeklagten getragen, „aus der Wohnung des B Wertgegenstände mitzunehmen“.

Darüber hinaus sind die Voraussetzungen des § 250 II Nr. 1 StGB nicht belegt. Geladene Schreckschusspistolen mit einem nach vorne austretenden Explosionsdruck sind demnach Waffen im Sinne des § 250 I Nr. 1 a, Abs. 2 Nr.1. Feststellungen zur Richtung des Explosionsdrucks fehlen aber im Urteil, sodass ein Rechtsfehler vorliegt.

**2. Examen: Optimal kurz vor den Klausuren:**

**Die neuen Assex-Crash-Kurse**

**(Klausurtechnik, Formalien, Prozessrecht – zum fairen Preis !!)**



# Wir schauen Ihren Prüfern auf die Finger!

Kompetente Hilfe bei allen Fragen des  
**Hochschul- und Prüfungsrechts**



Rechtsanwalt Lars Brettschneider ist seit vielen Jahren als Repetitor für Öffentliches Recht tätig. Er kennt daher den Prüfungsstoff und die Probleme der juristischen Staatsexamina aus langjähriger Praxis. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit beschäftigt er sich mit dem Hochschul- und Prüfungsrecht und ist bundesweit tätig.

## **Anwalts- und Notarkanzlei**

### **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

## Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	<b>Bundestagswahlrecht verfassungswidrig</b>	GG Art. 21 I, 38 I
Aktenzeichen: 2 BvF 3/11 u.a.		
Datum: 25.07.2012		

	§ 6 I 1, IIa BWahlG ist mit Art. 21 I, 38 I 1 GG unvereinbar und nichtig. § 6 V BWahlG ist ebenfalls mit Art. 21 I, 38 I 1 GG unvereinbar und unanwendbar, jedoch nicht nichtig, weil der Gesetzgeber durch ergänzende Bestimmungen die Verfassungskonformität der Vorschrift herstellen kann.
---	--

Die Ausführungen zu § 6 I 1, IIa BWahlG sind von geringerer Examensrelevanz, weil sie die „mathematische“ Seite der Bundestagswahl betreffen. Die Bildung von Ländersitzkontingenten ermöglicht den Effekt des negativen Stimmgewichts. D.h. die Abgabe einer Zweitstimme für eine Partei in einem Bundesland kann diese Partei in einem anderen Bundesland einen Sitz auf der Landesliste kosten. Die Unzulässigkeit des negativen Stimmgewichts hatte das BVerfG bereits in einer früheren Entscheidung festgestellt. Die sog. „Reststimmenverwertung“ nach § 6 IIa BWahlG räumt einem gleichheitswidrig abgegrenzten Teil der Wählerstimmen eine weitere Chance auf Mandatswirksamkeit ein.

Hoch relevant sind hingegen die Ausführungen des BVerfG zu den sog. Überhangmandaten, § 6 V BWahlG. Mit diesen hatte sich das Gericht bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 beschäftigt (BVerfGE 95, 335 ff.) und sie damals noch unbeanstandet gelassen, wobei es sich allerdings um eine sog. 4:4-Entscheidung i.S.d. § 15 IV 3 BVerfGG handelte. Nunmehr geht das BVerfG im Gegensatz zur damaligen Entscheidung davon aus, dass Überhangmandate in Zukunft regelmäßig in größerer Zahl anfallen. Damit bestehe die Gefahr, dass der Grundcharakter der BT-Wahl als Verhältniswahl aufgehoben wird, so dass jetzt eine zwingende Handlungspflicht des Gesetzgebers existiere. Um ihm einen handhabbaren Maßstab aufzuzeigen und damit das Risiko einer Auflösung des Bundestages im Rahmen einer Wahlanfechtung zu minimieren, legt das BVerfG fest, dass ab 15 Überhangmandaten zugunsten der anderen Parteien, die keine Überhangmandate erzielt haben, Ausgleichsmandate zu gewähren sind. Damit weicht das Gericht bewusst von seiner Entscheidung aus dem Jahr 1997 ab, wo das 5%-Quorum des § 6 VI 1 BWahlG als Orientierungswert für ausgleichslose Überhangmandate diene. Diesen Wert, also umgerechnet ca. 30 Überhangmandate, hält das BVerfG jetzt für zu hoch, weil das dem politischen Einfluss einer Fraktion entspricht (vgl. § 10 I GO BT).

Gericht: VGH Kassel	<b>Verbot von „Blockupy“-Aktionen rechtmäßig</b>	GG Art. 8 I GG
Aktenzeichen: 16.05.2012		
Datum: 8 B 1150/12		


	Das Verbot der „Blockupy“-Veranstaltungen in Frankfurt ist rechtmäßig.
---	--

Der Beschluss des VGH (vgl. RA 2012, 405 ff.) betrifft die sog. „Blockupy“-Veranstaltung, mit der an mehreren Tagen gegen die Politik der EU im Zusammenhang mit der Euro-Krise demonstriert werden sollte. Insbesondere war es das Ziel der Veranstalter der Versammlung, an einem Tag das Bankenviertel in Frankfurt zu blockieren. Die Stadt Frankfurt verbot die geplanten Veranstaltungen und ordnete die sofortige Vollziehung ihrer Verfügung an. Der VGH bestätigte diese Verbote. Auch unter Zugrundelegung der strengen Anforderungen, die wegen der besonderen Bedeutung des Art. 8 I GG an versammlungsrechtliche Verbote zu stellen seien, begegneten die Verfügungen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Veranstalter hätten den unfriedlichen Verlauf der geplanten Aktionen bereits angekündigt. Das folge aus der Verwendung paramilitärischer Worthülsen („Besetzung“, „Eroberung“, „Wegspülen“ von Polizeikräften). Zudem habe ein Sprecher der Organisatoren wörtlich geäußert: „Unsere Aktionsplanung ist nicht abhängig davon, ob Gerichte meinen, dass wir das dürfen oder nicht. Rechte leben davon, dass man sie sich nimmt“. Damit würden vor allem Menschen zu den Veranstaltungen gelockt, die sich nicht an Recht und Gesetz halten. In diesem Zusammenhang müssten auch Leben und Gesundheit

der eingesetzten Polizeibeamten in die Abwägung eingestellt werden.

Die Vorinstanz, das VG Frankfurt (Az.: 5 L 1655/12), hatte zusätzlich ausgeführt, dass im Falle von Blockaden der Brandschutz und das Rettungswesen nicht sichergestellt wären. Zudem könnten die Veranstaltungen an besser geeigneten Orten außerhalb der Frankfurter Innenstadt durchgeführt werden. Die gleichfalls angeordnete vorübergehende Räumung des Occupy-Camps an der EZB sei geboten, um einen Sicherheitsbereich um die EZB einzurichten.

Gericht: VG Mainz	<b>Sicherstellung und Verwertung eines Gebäudes</b>	POG
Aktenzeichen: K 401/11		§§ 23, 24
Datum: 25.01.2012		HSOG §§ 41, 42

	<b>Auch unbewegliche Sachen können sichergestellt werden. Kommt ein Eigentümer eines Hauses Brandschutz- oder sonstigen Sicherheitsvorschriften trotz mehrfacher Verfügungen nicht nach, kann das Haus sichergestellt und verwertet werden.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Dem Urteil des VG Mainz liegt ein etwas ungewöhnlicher, aber gerade deswegen prüfungstauglicher Sachverhalt zugrunde. Die Klägerin ist Miteigentümerin zweier Häuser und hatte mehrfache Verfügungen der Bauaufsichtsbehörde erhalten, in denen sie u.a. zur Gewährleistung des Brandschutzes sowie zur Reparatur der Elektroinstallation aufgefordert wurde. Da sie dies beharrlich verweigerte, wurden die Gebäude nach den Bestimmungen des HSOG sichergestellt und verwertet, obwohl im Grundbuch bereits ein Vermerk über die Anordnung der Zwangsversteigerung eingetragen war.

**Die Lösung:**

Das VG stellt zunächst klar, dass auch unbewegliche Sachen sichergestellt werden können, vgl. § 41 I 2 HSOG (= § 23 I POG). Die Sicherstellung als Standardmaßnahme nach dem HSOG wird durch die Bestimmungen der HBO nicht verdrängt, wenn es nicht um die Schaffung oder den Erhalt baurechtmäßiger Zustände, sondern um die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben der Bewohner geht.

Die Verwertung war gem. § 42 I Nr. 4 HSOG (= § 24 I Nr. 4 POG) zulässig, da die Klägerin nicht Willens und in der Lage war, die erheblichen baurechtlichen Mängel der Gebäude zu beheben. Es bestand vielmehr die Gefahr, dass sie im Falle der Herausgabe der Häuser diese sofort wieder vermieten würde, obwohl erhebliche Gefahren für Leib und Leben der Bewohner zu erwarten sind. Die Klägerin war auch richtige Adressatin der Verwertung. Sie hat ihren Miteigentumsanteil zwar vorgeblich mit notariellem Kaufvertrag veräußert, jedoch war es noch nicht zur Umschreibung des Grundbuchs gekommen. Schließlich war das behördliche Vorgehen auch frei von Ermessensfehlern. Die zwischenzeitliche Eintragung der Anordnung der Zwangsversteigerung im Grundbuch steht der Verwertung gem. § 42 HSOG nicht entgegen, da § 23 I 1 ZVG nur vor rechtsgeschäftlichen Verfügungen schützt. Ferner war es die Beklagte, welche die Anträge auf Anordnung der Zwangsversteigerung gestellt hat, so dass § 23 I ZVG von seiner Zweckbestimmung nicht greift.

Gericht: VG Stuttgart	<b>BauR: Gemeindliches Einvernehmen</b>	BauGB
Aktenzeichen: 2 K 1627/12		§ 36
Datum: 18.06.2012		

	<b>Zum Verhältnis von rechtskräftigen Urteilen und Petitionsentscheidungen.</b>
---	---

**Sachverhalt:** Dem Beschluss des VG liegt ein äußerst ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde. Der beigeladene Bauherr begehrte eine Baugenehmigung für ein Bauwerk im Außenbereich. Diese wurde ihm durch das zuständige Landratsamt verwehrt, Rechtsbehelfe waren erfolglos. Daraufhin wendete sich der Bauherr mit einer Petition an den Landtag in Stuttgart. Der Landtag überwies nach eingehender Beratung die Petition der Landesregierung zur Berücksichtigung. Das zuständige Ministerium erließ daraufhin den streitgegenständlichen Bescheid, mit welchem


dem Bauherrn mitgeteilt wurde, die Fertigstellung und Nutzung des Gebäudes werde von der Verwaltung geduldet. Hiergegen wendet sich die Gemeinde (Ast.), in der das Gebäude errichtet werden soll, mit einem Eilantrag nach §§ 80a III 2, 80 V 1 VwGO.

**Die Lösung:**

Das VG stellt zunächst fest, dass es sich bei der „Duldungsverfügung“ um eine bauaufsichtliche Zulassung i.S.d. § 212a I BauGB handelt, so dass der Antrag nach §§ 80a III 2, 80 V 1 VwGO statthaft ist. Die Interessenabwägung im Rahmen der Begründetheit fällt zugunsten der Ast. aus, weil rechtswidrig in ihre Planungshoheit eingegriffen wird, indem sie nicht um ihr gemeindliches Einvernehmen gem. § 36 BauGB gebeten wurde. Eine Ermächtigungsgrundlage, die dieses Vorgehen des Ministeriums legitimiert, kann das VG nicht erkennen. Darüber hinaus hält das Gericht die „Duldungsverfügung“ auch deshalb für rechtswidrig, weil sie sich über die Rechtskraft der bereits in dieser Sache ergangenen Entscheidungen hinwegsetzt.

## Arbeitsrecht

Gericht: BAG	<b>Möglicher Rechtsmissbrauch bei Kettenbefristungen</b>	TzBfG
Aktenzeichen: 7 AZR 443/09		§ 14 I
Datum: 18.07.2012		

	Befristungen von Arbeitsverträgen können trotz Vorliegens eines Sachgrundes aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam sein. Für das Vorliegen eines solchen Rechtsmissbrauchs können insbesondere eine sehr lange Gesamtdauer oder eine außergewöhnlich hohe Anzahl von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen mit demselben Arbeitgeber sprechen.
--	--

**Sachverhalt:** Die Klägerin war bei dem beklagten Land aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen von Juli 1996 bis Dezember 2007 als Justizangestellte im Geschäftsstellenbereich des AG Köln beschäftigt. Die befristete Beschäftigung diente jeweils der Vertretung von Justizangestellten, die sich in Elternzeit oder Sonderurlaub befanden. Es spricht vieles dafür, dass bei Abschluss des letzten mit der Klägerin im Dezember 2006 geschlossenen, bis Dezember 2007 befristeten Vertrags beim AG ein ständiger Vertretungsbedarf an Justizangestellten vorhanden war.

Die Klägerin wehrte sich gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses und machte mit ihrer Klage den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses geltend. ArbG und LAG wiesen die Klage ab. Das BAG hat den EuGH um Vorabentscheidung gebeten, ob es mit der Rahmenvereinbarung vereinbar ist, die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags auch dann auf den im nationalen Recht vorgesehenen Sachgrund der Vertretung zu stützen, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, der auch durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden könnte.

Der EuGH entschied, dass, wenn ein Arbeitgeber wiederholt oder sogar dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückgreife, dies weder der Annahme eines sachlichen Grundes i.S.d. Rahmenvereinbarung entgegenstehe, noch folge daraus das Vorliegen eines Missbrauchs i.S.d. Bestimmung (EuGH v. 26.1.2012, C-586/10 - "Kücük". Die nationalen staatlichen Stellen müssten aber auch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes alle mit der Verlängerung der befristeten Verträge verbundenen Umstände berücksichtigen, da sie einen Hinweis auf Missbrauch geben können, den § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung verhindern soll. Bei dieser Prüfung könnten sich die Zahl und Dauer der mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden Verträge als relevant erweisen.

Daraufhin hob der BAG das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

**Die Lösung:**

Dem beklagten Land muss noch Gelegenheit gegeben werden, besondere Umstände vorzutragen, die der Annahme des an sich indizierten Rechtsmissbrauchs entgegenstehen.


Das Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarfs steht zwar nicht der Annahme des Sachgrunds der Vertretung entgegen, sondern es kann an den Grundsätzen der Sachgrundprüfung uneingeschränkt festgehalten werden. Allerdings kann unter besonderen Umständen die Befristung eines Arbeitsvertrags trotz Vorliegens eines

sachlichen Grundes wegen rechtsmissbräuchlicher Ausnutzung der an sich eröffneten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit unwirksam sein. Das entspricht den sich aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergebenden Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs. An einen solchen nur ausnahmsweise anzunehmenden Rechtsmissbrauch sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Es sind dabei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere aber Gesamtdauer und Anzahl der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen.

Auch im vorliegenden Fall lag für die Befristung zwar der Sachgrund der Vertretung vor. Die Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und die Anzahl von 13 Befristungen sprachen aber dafür, dass das beklagte Land die an sich eröffnete Möglichkeit der Vertretungsbefristung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt hatte.

**Anm:** In einem anderen Fall (Az.: 7 AZR 783/10) wies das BAG - wie schon die Vorinstanzen - die Befristungskontrollklage einer Arbeitnehmerin ab. Diese war vom 1.3.2002 bis zum 30.11.2009 aufgrund von vier jeweils befristeten Arbeitsverträgen bei einem Einzelhandelsunternehmen beschäftigt. Die letzte im Januar 2008 vereinbarte Befristung erfolgte zur Vertretung eines in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers. Die Befristung war nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt. Angesichts der Gesamtdauer von sieben Jahren und neun Monaten sowie der Anzahl von vier Befristungen gab es nach Ansicht der Richter allerdings keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs.

Gericht: BAG	<b>Diskriminierung: Falschauskünfte des Arbeitgebers als Indiz</b>	AGG
Aktenzeichen: 8 AZR 364/11		§ 15
Datum: 21.06.2012		

	Die Begründung eines Arbeitgebers für eine Maßnahme muss zutreffen. Ist sie dagegen nachweislich falsch oder steht sie im Widerspruch zum Verhalten des Arbeitgebers, so kann dies ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen. Daher kommt z.B. eine Diskriminierung in Betracht, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund trotz überdurchschnittlichen Zeugnisses wegen Leistungsmängel abgelehnt wird.
--	--

**Sachverhalt:** Die türkischstämmige Klägerin war aufgrund zweier befristeter Arbeitsverträge bei dem beklagten Träger der gesetzlichen Unfallversicherung als Sachbearbeiterin beschäftigt. Bereits kurz vor Verlängerung des ersten befristeten Vertrags hatte ein Personalgespräch stattgefunden, indem es um Arbeitsfehler der Klägerin ging. Einige Monate vor Auslaufen des zweiten befristeten Vertrags teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihr Vertrag weder verlängert noch entfristet werde.

Mit ihrer Klage nahm die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz und einer Entschädigung wegen Diskriminierung aufgrund ihrer ethnischen Herkunft in Anspruch. Indizien für die Benachteiligung seien das Fehlen anderer Mitarbeiter mit Migrationshintergrund in der Bezirksverwaltung und die von der Beklagten behaupteten Leistungsmängel trotz überdurchschnittlichen Zeugnisses. Die Beklagte habe ihr zudem zunächst die unrichtige Auskunft erteilt, dass ihr Arbeitsplatz wegen einer Fusion weg falle.

Die Beklagte bestritt eine Diskriminierung. Sie habe die Entfristung ausschließlich wegen der nicht genügenden Arbeitsleistung der Klägerin abgelehnt.


Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Das LAG gab ihr statt und verurteilte die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung i.H.v. 2.500,- Euro und zur Zahlung von Schadensersatz. Auf die Revision der Beklagten hob das BAG das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

**Die Lösung:**

Es kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob eine entschädigungspflichtige Diskriminierung vorliegt. Eine Verurteilung der Beklagten kann jedenfalls nicht auf die vom LAG gegebene Begründung gestützt werden. Dieses wird aufzuklären haben, ob die von der Beklagten erteilten Auskünfte über die Gründe der Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses Indizwirkung für eine Diskriminierung der Klägerin haben, weil sie möglicherweise falsch waren oder im Widerspruch zu dem sonstigen Verhalten der Beklagten standen.

Das LAG wird dabei insbesondere zu prüfen haben, ob das erteilte Zeugnis falsch war oder die Begründung, eine Entfristung sei wegen der Leistungsmängel der Klägerin nicht möglich gewesen. Auch wird dem Vortrag der Klägerin nachzugehen sein, zuvor sei eine andere, ebenfalls nicht zutreffende Auskunft erteilt worden, nämlich dass ihr Arbeitsplatz wegen einer bevorstehenden Fusion weg falle.

Gericht: BAG	<b>Generelle Geltung der 2-Monats-Frist des § 15 IV AGG</b>	<b>AGG</b>
Aktenzeichen: 8 AZR 188/11		<b>§ 15 IV</b>
Datum: 21.06.2012		

	Nach § 15 Abs. 4 AGG können Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung nur innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht werden. Diese Frist gilt für alle Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung aufgrund von im AGG genannter Merkmale und damit auch für Ansprüche auf anderer Rechtsgrundlage. Wird eine Bewerbung abgelehnt, so beginnt die Frist in dem Moment, in dem der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.
---	--

**Sachverhalt:** Die damals 41-jährige Klägerin bewarb sich auf eine Stellenanzeige der Beklagten, mit der diese für ihr "junges Team in der City motivierte Mitarbeiter/innen" im Alter von 18 bis 35 Jahren gesucht hatte. Am 19.11.2007 erhielt die Klägerin eine telefonische Absage. Noch am gleichen Tag stellte die Beklagte eine 20- und eine 22-jährige Bewerberin ein.

Mit ihrer am 29.1.2008 erhobenen Klage verlangte die Klägerin von der Beklagten eine Entschädigung sowie Ersatz der Bewerbungs- und Prozesskosten. Zur Begründung machte sie geltend, dass sie wegen ihres Alters diskriminiert worden sei. Dies werde bereits durch die Stellenanzeige indiziert. Das Versäumen der Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG sei unschädlich, da diese Vorschrift gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstoße.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin setzte das LAG das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob § 15 Abs. 4 AGG mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Nachdem der EuGH dies mit Urteil vom 8.7.2010 (Rs. C-246/09 - Bulicke) bejaht hatte, wies das LAG die Klage ebenfalls ab. Auch die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.


**Die Lösung:**

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Entschädigung und/oder Schadensersatz wegen Altersdiskriminierung. Ein etwaiger Anspruch scheidet bereits daran, dass die Klägerin ihn entgegen § 15 Abs. 4 AGG nicht innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht hat.

Die Zwei-Monatsfrist gem. § 15 Abs. 4 AGG ist mit europäischem Recht vereinbar. Die Frist gilt zudem auch für Schadensersatzansprüche auf anderer Rechtsgrundlage, wenn sie sich auf einen Sachverhalt beziehen, bei dem eine Diskriminierung wegen der durch das AGG verbotenen Merkmale gerügt wird.

Bei der Ablehnung einer Bewerbung beginnt die Frist in dem Moment, in dem der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Dies war hier am 19.11.2007 der Fall, da die Klägerin an diesem Tag eine telefonische Absage erhalten hatte. Damit war ihre mehr als zwei Monate später am 29.1.2008 beim Arbeitsgericht eingegangene Klage nicht mehr fristgerecht.

Gericht: LAG Schleswig-Holstein	<b>Lehrer schlägt Schülerin „im Reflex“ – dennoch „nur“ Abmahnung</b>	<b>BGB</b>
Aktenzeichen: 4 Sa 404/10		<b>§ 626</b>
Datum: 22.09.2011		

	Die Einzelfallabwägung in einem konkreten Fall kann ergeben, dass ein Lehrer, der eine Schülerin geschlagen hat, nicht gekündigt wird. Im Rahmen der vorliegenden Kündigungsschutzverfahren konnte letztendlich nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei der Handlung des Lehrers um einen Reflex im Zusammenhang mit eskalierenden Verhaltensweisen von Schülern handelte.
---	--

**Sachverhalt:** Das Verfahren betrifft Kündigungsschutzklagen eines Lehrers gegen das Land Sachsen-Anhalt. Dem Kläger wurde von seinem Arbeitgeber vorgeworfen, eine Schülerin geschlagen zu haben. Die Einlassung des Pädagogen, die Schülerin habe ihn nach vorherigen Beschimpfungen auf seine erkrankte Schulter geschlagen, so dass seine Handlung sich als Abwehrreflex dargestellt habe, hatte der Arbeitgeber im Hinblick auf den Beruf des Pädagogen, der eine Lösung von Disziplinproblemen durch Handgreiflichkeiten ausschließe, nicht akzeptiert.

Das beklagte Land sprach am 8.3.2010 zunächst eine fristlose Kündigung und am 27.8.2010 hilfsweise eine ordentliche fristgerechte Kündigung aus. Hiergegen richten sich die beiden Kündigungsschutzklagen des Klägers.

Das ArbG stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Land Sachsen-Anhalt durch keine der beiden Kündigungen aufgelöst worden sei und gab den Klagen statt. Die gegen die fristlose Kündigung gerichtete Berufung des beklagten Landes hatten vor dem LAG Sachsen-Anhalt keinen Erfolg. Die Revision zum




BAG wurde nicht zugelassen. Über die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung ist noch keine Berufungsentscheidung ergangen.

**Die Lösung:**

Die fristlose Kündigung vom 8.3.2010 ist unwirksam und hat das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nicht aufgelöst. Die Entscheidung beruht auf Einzelfallerwägungen. Vor allem aufgrund der umfangreichen Beweisaufnahme - es wurden elf Lehrer und Schüler als Zeugen vernommen - hat sich ergeben, dass eine besondere Situation vorgelegen hat, in welcher das Handeln des Lehrers im Zusammenhang mit eskalierenden Verhaltensweisen von Schülern gestanden hat. Der Personalrat hatte bereits in seiner Stellungnahme zur fristlosen Kündigung vom 26.2.2010 auf die besondere Situation der Auseinandersetzung hingewiesen. Zudem konnte letztendlich nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei der Handlung des Lehrers um einen Reflex handelte.

## Urheberrecht

Gericht: EuGH	<b>Weiterverkauf „gebrauchter“ Softwarelizenzen zulässig</b>	RL EU 2009/24
Aktenzeichen: C-128/11		
Datum: 03.07.2012		

	Ein Softwarehersteller kann sich dem Weiterverkauf seiner "gebrauchten" Lizenzen, die die Nutzung seiner aus dem Internet heruntergeladenen Programme ermöglichen, nicht widersetzen. Das ausschließliche Recht zur Verbreitung einer derart lizenzierten Programmkopie erschöpft sich mit dem Erstverkauf.
---	---

**Vorbemerkung:** Nach der Richtlinie 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen erschöpft sich das Recht zur Verbreitung einer Programmkopie in der EU mit dem Erstverkauf dieser Kopie durch den Urheberrechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung. So verliert der Rechtsinhaber, der eine Kopie in einem Mitgliedstaat der Union vermarktet hat, die Möglichkeit, sich auf sein Verwertungsmonopol zu berufen, um sich dem Weiterverkauf der Kopie zu widersetzen. Im vorliegenden Fall macht die Firma Oracle geltend, der in der Richtlinie vorgesehene Erschöpfungsgrundsatz sei nicht auf Nutzungslizenzen für aus dem Internet heruntergeladene Computerprogramme anwendbar.

**Sachverhalt:** Oracle entwickelt und vertreibt, insbes. per Download über das Internet, sog. "Client-Server-Software". Dabei lädt der Kunde von der Oracle-Internetseite eine Programmkopie auf seinen Computer. Das durch einen Lizenzvertrag gewährte Nutzungsrecht an einem solchen Programm umfasst die Befugnis, die Kopie dieses Programms dauerhaft auf einem Server zu speichern und bis zu 25 Nutzern dadurch Zugriff zu gewähren, dass die Kopie in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner geladen wird.

In den Lizenzverträgen ist vorgesehen, dass der Kunde ausschließlich für seine internen Geschäftszwecke ein unbefristetes und nicht abtretbares Nutzungsrecht erwirbt. Im Rahmen eines Software-Pflegevertrags können auch aktualisierte Versionen der Software ("Updates") und Programme zur Fehlerbehebung ("Patches") von der Internetseite heruntergeladen werden.

UsedSoft ist ein deutsches Unternehmen, das mit Lizenzen handelt, die es Oracle-Kunden abgekauft hat. Die UsedSoft-Kunden, die noch nicht im Besitz der Software sind, laden nach dem Erwerb einer "gebrauchten" Lizenz unmittelbar von der Internetseite von Oracle eine Programmkopie herunter. Kunden, die bereits über das Programm verfügen, können eine Lizenz oder einen Teil der Lizenz für zusätzliche Nutzer hinzuerwerben. In diesem Fall laden die Kunden die Software in die Arbeitsplatzrechner dieser weiteren Nutzer.

Oracle hat UsedSoft vor den deutschen Gerichten verklagt, um Letzterer diese Praxis untersagen zu lassen. Der letztinstanzlich mit diesem Rechtsstreit befasste BGH hat den EuGH ersucht, die Richtlinie in diesem Kontext auszulegen.

**Die Lösung:**

Der Grundsatz der Erschöpfung des Verbreitungsrechts gilt nicht nur dann, wenn der Urheberrechtsinhaber die Kopien seiner Software auf einem Datenträger (CD-ROM oder DVD) vermarktet, sondern auch dann, wenn er sie durch Herunterladen von seiner Internetseite verbreitet.

Stellt der Urheberrechtsinhaber seinem Kunden eine - körperliche oder nichtkörperliche - Kopie zur Verfügung, und schließt er gleichzeitig einen entgeltlichen Lizenzvertrag, durch den der Kunde das unbefristete Nutzungsrecht an dieser Kopie erhält, so verkauft er die Kopie an den Kunden und erschöpft damit sein ausschließliches Verbreitungsrecht. Das Eigentum wird übertragen, mit der Folge, dass sich der Urheberrechtsinhaber, selbst wenn der Lizenzvertrag eine spätere Veräußerung untersagt, dem Weiterverkauf der Kopie nicht mehr widersetzen kann. Anderenfalls könnte der Urheberrechtsinhaber bei jedem Weiterverkauf erneut ein Entgelt verlangen, obwohl er schon beim Erstverkauf der betreffenden Kopie eine angemessene Vergütung erzielen konnte. Eine solche Beschränkung des Weiterverkaufs von aus dem Internet heruntergeladenen Programmkopien ginge über das zur Wahrung des geistigen Eigentums Erforderliche hinaus.


Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts erstreckt sich auch auf die Programmkopie in der vom Urheberrechtsinhaber verbesserten und aktualisierten Fassung. Selbst wenn der Wartungsvertrag befristet ist, sind die aufgrund eines solchen Vertrags verbesserten, veränderten oder ergänzten Funktionen nämlich Bestandteil der ursprünglich heruntergeladenen Kopie und können vom Kunden ohne zeitliche Begrenzung genutzt werden. Allerdings berechtigt die Erschöpfung des Verbreitungsrechts den Ersterwerber nicht dazu, die Lizenz aufzuspalten und teilweise weiterzuverkaufen, falls die von ihm erworbene Lizenz für eine seinen Bedarf übersteigende Zahl von Nutzern gilt.

Ferner ist zu beachten, dass der ursprüngliche Erwerber der Programmkopie die auf seinen Computer heruntergeladene Kopie zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar machen muss. Anderenfalls würde er gegen das ausschließliche Recht des Urheberrechtsinhabers auf Vervielfältigung seines Computerprogramms verstoßen. Denn im Gegensatz zum ausschließlichen Verbreitungsrecht erschöpft sich dieses nicht mit dem Erstverkauf. Die Richtlinie erlaubt allerdings jede Vervielfältigung, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Solche Vervielfältigungen dürfen nicht vertraglich untersagt werden.

Jeder spätere Erwerber einer Kopie, für die das Verbreitungsrecht des Urheberrechtsinhabers erloschen ist, ist insoweit rechtmäßiger Erwerber in diesem Sinne. Er kann also die ihm vom Ersterwerber verkaufte Kopie auf seinen Computer herunterladen. Dieses Herunterladen ist als Vervielfältigung eines Computerprogramms anzusehen, die für die bestimmungsgemäße Nutzung dieses Programms durch den neuen Erwerber erforderlich ist. Folglich kann der neue Erwerber der Nutzungslizenz, wie z.B. ein UsedSoft-Kunde, als rechtmäßiger Erwerber der betreffenden verbesserten und aktualisierten Programmkopie diese von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers herunterladen.

## Wettbewerbsrecht

Gericht: OLG Schleswig-Holstein	„Schlank im Schlaf“ – Irreführende Werbung für Brot	UWG
Aktenzeichen: 6 W 1/12		§ 3
Datum: 21.06.2012		

	Ein Bäckereiunternehmen handelt wettbewerbswidrig, wenn es ein "Eiweiß-Abendbrot" auf Faltblättern u.a. mit dem Spruch "Schlank im Schlaf" bewirbt. Eine solche Werbung verstößt gegen verbraucherschützende Vorschriften und ist irreführend, so dass sie eine unzulässige geschäftliche Handlung nach dem UWG darstellt.
---	--

**Sachverhalt:** Das beklagte Bäckereiunternehmen bewarb Ende 2011 in seinen 200 Bäckereiverkaufsfilialen ein Brot mit einem hohen Eiweißgehalt mittels eines Faltblattes (Flyers) mit dem Slogan "Schlank im Schlaf". Dieser Werbespruch ist zugleich Titel eines Buches, das ein Abnehmkonzept nach der sog. Insulin-Trennkostmethode vorstellt, bei der morgens Kohlenhydrate ohne Eiweiß, mittags beides zusammen und abends nur Eiweiß verzehrt werden sollen. Auf dem Flyer befand sich ein Hinweis auf das Abnehmkonzept und eine Abbildung des Buches. Der klagende Verband aus Berlin begehrt von der Beklagten Unterlassung der Werbung. Das OLG gab der Klage statt.

### Die Lösung:

Die Werbung verstößt gegen verbraucherschützende Vorschriften und ist irreführend, so dass sie eine unzulässige geschäftliche Handlung nach dem UWG darstellt.

Bei Werbung, die die Gesundheit betrifft, gelten besonders strenge Anforderungen an die Wahrhaftigkeit. Das Brot als solches hat keine schlank machende Wirkung. Der auf der Außenseite des Faltblatts abgedruckte Werbespruch "Schlank im Schlaf" erweckt jedoch den Eindruck, dass der Verzehr des Brotes selbst schlank mache. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass das als Blickfang auf dem Flyer abgebildete Brot eine Banderole mit dem deutlich lesbaren Werbespruch trägt.

Der Hinweis auf dem Faltblatt "entspricht dem Abnehmkonzept nach Dr. P." beseitigt diesen Irrtum nicht, weil nicht klar ist, in welchem Zusammenhang Werbespruch und Abnehmkonzept stehen. Dieser Zusammenhang wird erst auf den Innenseiten des Faltblattes hergestellt. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass sich jeder Kunde die Zeit nimmt, das Faltblatt in die Hand zu nehmen und zu lesen.

Zudem geht aus der Werbung nicht hervor, dass zum Abnehmen nicht nur eine Ernährung nach dem vorgestellten Abnehmkonzept genügt, sondern auch ein die Energieaufnahme übersteigender Energieverbrauch notwendig ist, der naheliegender Weise durch körperliche Tätigkeit erfolgt. Das Abnehmkonzept ist überdies wissenschaftlich umstritten, worauf ebenfalls unmissverständlich hätte hingewiesen werden müssen.