

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Anrechnung von Zulagen auf den Mindestlohn**

**Einordnung: Nachtarbeitszuschlag und Urlaubsgeld nicht anrechenbar**

BAG, Urteil vom 20.09.2017, 10 AZR 171/16

Die Höhe der Entgeltfortzahlung an Feiertagen bestimmt sich – soweit kein höherer tariflicher oder vertraglicher Vergütungsanspruch besteht – nach § 2 EFZG in Verbindung mit § 1 MiLoG. Sieht ein Tarifvertrag einen Nachtarbeitszuschlag vor, der auf den tatsächlichen Stundenverdienst zu zahlen ist, ist auch dieser nach der Entscheidung des BAG mindestens aus dem gesetzlichen Mindestlohn zu berechnen.

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin ist langjährig bei der Beklagten als Montagekraft beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft Nachwirkung der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer der Sächsischen Metall- und Elektroindustrie in der Fassung vom 24.02.2004 (MTV) Anwendung. Dieser sieht unter anderem einen Nachtarbeitszuschlag in Höhe 25% des tatsächlichen Stundenverdienstes und ein „Urlaubsentgelt“ in Höhe des 1,5-fachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes vor. Für den Monat Januar 2015 zahlte die Beklagte neben dem vertraglichen Stundenverdienst von sieben Euro beziehungsweise 7,15 € eine „Zulage nach MiLoG“. Die Vergütung für einen Feiertag und einen Urlaubstag berechnete sie ebenso wie den Nachtarbeitszuschlag für fünf Stunden nicht auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns, sondern nach der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung. Darüber hinaus rechnete sie ein gezahltes „Urlaubsgeld“ auf Mindestlohnansprüche der Klägerin an. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage eine Vergütung aller im Januar 2015 abgerechneten Arbeits-, Urlaubs- und Feiertagsstunden mit 8,50 € brutto und meint, auch der Nachtarbeitszuschlag sei auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

#### **LÖSUNG**

Die Revision der Beklagten blieb vor dem BAG ohne Erfolg.

Zwar gewähre das MiLoG nur Ansprüche für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden. Nach § 2 I EFZG habe der Arbeitgeber aber für Arbeitszeit, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte (Entgeltausfallprinzip). Dies gelte auch dann, wenn sich die Höhe des Arbeitsentgelts nach dem MiLoG bestimmt; dieses enthalte keine hiervon abweichenden Bestimmungen. Ein Rückgriff des Arbeitgebers auf eine vertraglich vereinbarte niedrigere Vergütung scheide aus.

Der tarifliche Nachtarbeitszuschlag und das tarifliche Urlaubsentgelt müssten nach den Bestimmungen des MTV ebenfalls (mindestens) auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns von (damals) 8,50 € berechnet werden, da dieser Teil des „tatsächlichen Stundenverdienstes“ im Sinne des MTV sei.

Eine Anrechnung des gezahlten „Urlaubsgeldes“ auf Ansprüche nach dem MiLoG könne nicht erfolgen, da der MTV hierauf einen eigenständigen Anspruch gebe und es sich nicht um Entgelt für geleistete Arbeit handelt.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Äußerungsbefugnisse eines Oberbürgermeisters** **Einordnung: Kommunalrecht/Staatshaftungsrecht**

BVerwG, Urteil vom 13.09.2017, 10 C 6.16

Der Aufruf des Düsseldorfer Oberbürgermeisters, anlässlich einer Demonstration das Licht auszuschalten, das tatsächliche Ausschalten der Beleuchtung an städtischen Gebäuden sowie seine Bitte, an einer Gegendemonstration teilzunehmen, waren rechtswidrig.

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin meldete für den Abend des 12.01.2015 in Düsseldorf eine Versammlung mit dem Motto „Düsseldorfer gegen die Islamisierung des Abendlandes“ an. Aus Anlass dieser Versammlung hatte der Düsseldorfer Oberbürgermeister vom 07.01. bis zum 11.01.2015 auf die Internetseite [www.duesseldorf.de](http://www.duesseldorf.de) die Erklärung „Lichter aus! Düsseldorf setzt Zeichen gegen Intoleranz“ eingestellt. Darin kündigte er an, dass am 12.01.2015 ab Beginn der Demonstration an verschiedenen öffentlichen Gebäuden der Stadt die Beleuchtung ausgeschaltet werde. Zugleich rief er die Düsseldorfer Bürger und Geschäftsleute auf, die Beleuchtung an ihren Gebäuden ebenfalls auszuschalten, um ein „Zeichen gegen Intoleranz und Rassismus“ zu setzen. Darüber hinaus bat er in der Erklärung um die Teilnahme an einer parallel stattfindenden Gegendemonstration. Die angemeldete Versammlung fand am 12.01.2015 statt. Während ihrer Dauer wurde die Beleuchtung am Rathaus sowie an weiteren städtischen Gebäuden ausgeschaltet. Die Klägerin beehrte die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen.

Das VG Düsseldorf hatte die Klage als unzulässig abgewiesen. Das OVG Münster hatte den Aufruf des Oberbürgermeisters, das Licht auszuschalten, sowie das Ausschalten der Beleuchtung an städtischen Gebäuden als rechtswidrig beurteilt. Die Bitte, an einer friedlichen Gegendemonstration teilzunehmen, hatte das Oberverwaltungsgericht als rechtmäßig bestätigt.

#### **LÖSUNG**

Auch der Aufruf zur Teilnahme an einer Gegendemonstration war rechtswidrig.

Der Oberbürgermeister ist als kommunaler Wahlbeamter zwar grundsätzlich befugt, sich im Rahmen seines Aufgabenbereiches zu Themen der örtlichen Gemeinschaft öffentlich zu äußern. Diese Befugnis unterliegt jedoch Grenzen. Aus dem Demokratieprinzip folgt, dass ein Amtsträger sich zwar am politischen Meinungsbildungsprozess der Bevölkerung beteiligen, ihn aber nicht lenken und steuern darf. Ebenso sind ihm Äußerungen nicht gestattet, die die Ebene des rationalen Diskurses verlassen oder die Vertreter anderer Meinungen ausgrenzen. Danach erweisen sich die in Rede stehenden Maßnahmen des Düsseldorfer Oberbürgermeisters als rechtswidrig. Der Aufruf zur Teilnahme an einer Gegendemonstration hat in unzulässiger Weise in den Meinungsbildungsprozess der Bevölkerung eingegriffen. Mit dem Aufruf, das Licht auszuschalten und dem tatsächlichen Ausschalten der Beleuchtung an städtischen Gebäuden sind die Grenzen der Äußerungsbefugnis, sich in sachlicher und rationaler Weise mit den Geschehnissen in der Stadt Düsseldorf auseinanderzusetzen, überschritten und der Bereich politischer Kommunikation durch diskursive Auseinandersetzung verlassen worden.

## Problem: Schmerzensgeld bei Aufopferungsanspruch Einordnung: Staatshaftungsrecht

BGH, Urteil vom 07.09.2017, III ZR 71/17

Der Anspruch auf Entschädigung für hoheitliche Eingriffe in Leben, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit (sogenannte Aufopferung) umfasst auch einen Schmerzensgeldanspruch (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung!)

### SACHVERHALT

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen einer Verletzung, die er bei einem Polizeieinsatz erlitt. Am 23.10.2010 wurde aus einem fahrenden PKW ein Schuss auf ein Döner-Restaurant abgegeben. Im Zuge der darauf eingeleiteten Fahndungsmaßnahmen entdeckte eine Polizeistreife auf einem Tankstellengelände das mutmaßliche Tatfahrzeug. Der Kläger befand sich zusammen mit einem Mitarbeiter im Verkaufsraum der Tankstelle. Weil auch die grobe Personenbeschreibung der Täter auf den Kläger und seinen Begleiter passte, gingen die Polizeibeamten davon aus, dass es sich bei ihnen um die Tatverdächtigen handele. Nachdem eine weitere Streifenwagenbesatzung zur Verstärkung eingetroffen war, liefen die Polizeibeamten in den Tankstellenverkaufsraum. Da sie vermuteten, der Kläger und dessen Mitarbeiter führten eine Schusswaffe mit sich, forderten sie zur Eigensicherung Beide auf, die Hände hoch zu nehmen, brachten sie zu Boden und legten ihnen Handschellen an. Dabei erlitt der Kläger eine Schulterverletzung. Es stellte sich alsbald heraus, dass er und sein Mitarbeiter mit der Schussabgabe nichts zu tun hatten. Darauf wurden ihnen die Handfesseln abgenommen. Der Kläger verlangte Ersatz des aufgrund der Verletzung erlittenen Vermögensschadens und ein Schmerzensgeld. Das Land- und das Oberlandesgericht hatten angenommen, die Polizeibeamten hätten angesichts der Sachlage, die sich ihnen dargeboten habe, zwar rechtmäßig unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung einer Identitätsfeststellung gemäß § 163b I StPO angewendet. Jedoch habe der Kläger einen Entschädigungsanspruch aus Aufopferung. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BGH hatten das Land- und das Oberlandesgericht nur einen Ausgleich für den erlittenen materiellen Schaden zuerkannt. Die Schmerzensforderung hatten sie für unbegründet gehalten.

Hat die dagegen eingelegte Revision des Klägers Erfolg?

### LÖSUNG

Die Revision hat Erfolg.

Der Entschädigungsanspruch aus Aufopferung umfasst auch den Ausgleich immaterieller Schäden, mithin auch ein Schmerzensgeld.

Der BGH hatte in seiner früheren „Grundentscheidung“ vom 13.02.1956 (III ZR 175/54 - BGHZ 20, 61, 68 ff.) ausgeführt, aus der Gesamtbetrachtung der Rechtsordnung ergebe sich, dass Ersatz für immaterielle Schäden grundsätzlich nicht geschuldet werde. Nur in jeweils ausnahmsweise ausdrücklich gesetzlich normierten Fällen gebe es einen Ersatzanspruch auch für Nichtvermögensschäden. Eine entsprechende Bestimmung fehle für den allgemeinen Aufopferungsanspruch, der sich gewohnheitsrechtlich aus §§ 74, 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten vom 01.06.1794 entwickelt habe.

Von einem solchen Willen des Gesetzgebers, die Ersatzpflicht bei Eingriffen in immaterielle Rechtsgüter grundsätzlich auf daraus folgende Vermögensschäden zu beschränken, kann nicht mehr ausgegangen werden. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I 2002, 2674) und der hierdurch bewirkten Ausweitung des Schmerzensgeldanspruches infolge der Änderung des § 253 BGB hat der Gesetzgeber den Grundsatz, auf den der BGH sein Urteil vom 13.02.1956 gestützt hat, verlassen. Dies ergibt sich auch aus der Änderung der Vorschriften über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen im Jahr 1971, nach denen für zu Unrecht erlittene Haft eine Entschädigung auch für Nichtvermögensschäden gewährt wird. Zudem hat mittlerweile eine Vielzahl von Bundesländern Bestimmungen eingeführt, nach denen Ersatz auch des immateriellen Schadens bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit infolge präventiv-polizeilicher Maßnahmen geschuldet wird.

## **Problem: Entziehung des Doktorgrades wegen Täuschung**

### **Einordnung: Allg. VerwR/Hochschulrecht**

BVerwG, Urteil vom 21.06.2017, 6 C 3.16

Der Doktorgrad kann entzogen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Promovend zahlreiche Passagen aus fremden Werken übernommen hat, ohne dies hinreichend kenntlich zu machen.

### **SACHVERHALT**

Die Klägerin wendet sich gegen die Entziehung des ihr im Jahr 1986 verliehenen Doktorgrades durch die Philosophische Fakultät der beklagten Universität. Nach der Veröffentlichung der Dissertation wurden Vorwürfe geäußert, die Klägerin habe gegen ihre wissenschaftliche Pflicht verstoßen, Übernahmen aus fremden Werken kenntlich zu machen. Die daraufhin von der Beklagten Anfang der 1990er Jahre eingesetzte Kommission hatte eine nicht geringe Zahl von Verstößen gegen das Zitiergebot und gravierende methodische Mängel festgestellt. Sie hielt der Klägerin aber zugute, nicht mit Täuschungsvorsatz, sondern nachlässig gehandelt zu haben. Aufgrund der Empfehlung der Kommission sah der Fakultätsrat davon ab, gegen die Klägerin mit dem Ziel der Entziehung des Doktorgrades vorzugehen. Nachdem eine Internetplattform im Jahr 2011 veröffentlicht hatte, dass der Anteil nicht angegebener Übernahmen von Fremdtexen in der klägerischen Dissertation fast die Hälfte der Arbeit betreffe, setzte die Beklagte erneut eine Arbeitsgruppe zur Prüfung der Vorwürfe ein. Diese bestätigte den Befund der Internetplattform. Daraufhin entzog die Beklagte der Klägerin den Doktorgrad, da der nunmehr festgestellte Umfang der Verschleierung von Übernahmen aus fremden Texten nur den Schluss zulasse, dass die Klägerin vorsätzlich getäuscht habe.

Hat die Klage Erfolg?

### **LÖSUNG**

Die Klage hat keinen Erfolg.

Die Einstellung des Verfahrens im Jahr 1991 hindert die Beklagte nicht, den Doktorgrad zu entziehen. Die der Entziehung zugrunde liegenden Regelungen sind verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber hat die Hochschulen beauftragen können, in der Promotionsordnung die Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften zu regeln. Dementsprechend hat die Beklagte in § 20 II ihrer Promotionsordnung u.a. den Entzug des Doktorgrades wegen Täuschung vorsehen können. Der gesetzliche Regelungsauftrag ist in der berufsgerichtlichen Auslegung, wonach nur wissenschaftsbezogenes Fehlverhalten zu einer Entziehung des Doktorgrades führen könne, inhaltlich hinreichend bestimmt. Eine detailliertere gesetzliche Regelung ist nicht erforderlich gewesen, weil das Promotionswesen wesentlicher Bestandteil der von Art. 5 III 1 GG geschützten akademischen Selbstverwaltung ist. Auch hat die Möglichkeit der Entziehung des Doktorgrades nicht gesetzlich befristet werden müssen, weil mit der Verleihung des Doktorgrades – anders als mit berufsqualifizierenden Hochschulabschlüssen – Erwartungen an das künftige wissenschaftsrelevante Verhalten verbunden sind. Nach den bindenden berufsgerichtlichen Feststellungen hat die Klägerin 327 Verstöße gegen das wissenschaftliche Zitiergebot begangen, die 46% ihrer Arbeit umfassen. Die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe daher bei ihrer Promotionsleistung getäuscht, ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden. Davon ausgehend begegnet auch die Ausübung des Entziehungsermessens keinen Bedenken. Die Abwägung der widerstreitenden Belange hält sich innerhalb des der Beklagten eröffneten Spielraums. Angesichts der Schwere der Verstöße fallen die mit der Entziehung verbundenen Nachteile der Klägerin und die seit der Promotion verstrichene Zeit nicht derart ins Gewicht, dass die Beklagte von einer Entziehung zwingend hätte absehen müssen.

## **Problem: Rechtsanwaltstätigkeit pensionierter Richter**

### **Einordnung: Dienstrecht/Art. 3 GG**

BVerwG, Urteil vom 04.05.2017, 2 C 45.16

Das Auftreten eines in den Ruhestand versetzten Richters als Rechtsanwalt vor dem Gericht, an dem er zuvor tätig war, begründet die Besorgnis der Beeinträchtigung dienstlicher Belange und rechtfertigt es, ihm diese Tätigkeit für eine Übergangszeit zu untersagen.

### **SACHVERHALT**

Der Kläger wurde nach langjähriger Tätigkeit in der Zivilkammer eines Landgerichts mit Ablauf des Jahres 2014 in den Ruhestand versetzt. Er ist anschließend als Rechtsanwalt zugelassen worden und hat Prozessvertretungen auch vor diesem Landgericht übernommen. Der Präsident des Oberlandesgerichts untersagte ihm daraufhin, bis einschließlich 31.12.2019 vor diesem Landgericht als Rechtsanwalt aufzutreten. Das hiergegen vom Kläger angerufene Verwaltungsgericht hatte die Verfügung für den Zeitraum ab 01.04.2018 aufgehoben. Ein entsprechendes Tätigkeitsverbot müsse nach den maßgeblichen Bestimmungen des Landesrechts und im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit spätestens drei Jahre nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze enden. Im Übrigen hatte es die Klage abgewiesen.

### **LÖSUNG**

Die angegriffene Untersagungsverfügung findet in § 41 Satz 2 des Beamtenstatusgesetzes, auf den die Regelungen des Landesrichtergesetzes verweisen, eine hinreichende Grundlage. Danach ist die Erwerbstätigkeit oder sonstige Beschäftigung von Ruhestandsbeamten zu untersagen, wenn zu besorgen ist, dass durch sie dienstliche Interessen beeinträchtigt wird. Das Auftreten eines erst vor kurzem pensionierten Richters als Rechtsanwalt vor seinem früheren Dienstgericht ist geeignet, den Anschein zu erwecken, dass durch die bestehenden persönlichen Kontakte zu den früheren Kollegen die von dem pensionierten Richter vertretenen Rechtssachen in ungebührlicher Weise gefördert werden könnten. Dies gilt indes nur, soweit der pensionierte Richter erkennbar in Erscheinung trete. Untersagt werden können demnach das Auftreten in einer mündlichen Verhandlung, telefonische Kontaktaufnahmen zum Gericht sowie die Unterzeichnung von an das Gericht adressierten Schriftsätzen. Kein Verbot darf dagegen hinsichtlich einer bloßen Hintergrundberatung durch „of counsel“-Tätigkeiten ergehen. Der insoweit überschießende Teil der Untersagungsverfügung ist demnach rechtswidrig.

## **Problem: Zulässigkeit eines Protestcamps gegen den G20-Gipfel**

### **Einordnung: POR/Versammlungsrecht**

OVG Hamburg, Beschluss vom 22.06.2017, 4 Bs 125/17

Der Inhalt und das Motto einer als Protestcamp gegen den G20-Gipfel geplanten Veranstaltung sowie sonstige Mittel wie Lautsprecher, Plakatwände, Schilder, eine Bühne und offene Veranstaltungs- und Workshopzelte, derer sich der Veranstalter zur Meinungskundgabe bedienen will, fallen in den Schutzbereich des Art. 8 GG.

Weitere Infrastruktur wie Zelte, Pavillons und andere Versorgungseinrichtungen ist vom Schutzbereich des Art. 8 GG nur erfasst, wenn ihr eine funktionale oder symbolische Bedeutung für das Versammlungsthema zukommt und diese Art Kundgebungsmittel damit einen erkennbaren inhaltlichen Bezug zur kollektiven Meinungskundgabe aufweist. Daran fehlt es, wenn lediglich Übernachtungs- und Verpflegungsmöglichkeiten für die Teilnehmer bereitgestellt werden.

### **SACHVERHALT**

Vom 30.06. bis 09.07.2017 sollte im Stadtpark der Freien und Hansestadt Hamburg eine als Dauerkundgebung mit dem Tenor „Alternativen zum Kapitalismus leben und sichtbar machen“ angemeldete Veranstaltung stattfinden. Neben Wohnzelten sollte es eine Bühne und verschiedene Veranstaltungszelte geben. Es sollten in dem Camp zudem verschiedene Veranstaltungen gegen das G-20 Treffen in Hamburg durchgeführt werden. Der Veranstalter erwartete ca. 10.000 Teilnehmer an der Veranstaltung, die in den 3.000 Wohnzelten leben können. Das VG Hamburg hatte mit Beschluss vom 07.06.2017 (19 E 5697/17) vorläufig der Freien und Hansestadt Hamburg aufgegeben, die Errichtung des Protestcamps zu dulden. Hiergegen hatte die Freie und Hansestadt Hamburg Beschwerde eingelegt.

Hat die Beschwerde Erfolg?

### **LÖSUNG**

Die Beschwerde hat Erfolg.

Bei einer Gesamtschau des Konzepts des Protestcamps besteht ein Übergewicht der nicht auf die Meinungskundgabe gerichteten Elemente der Veranstaltung. Sowohl in zeitlicher als auch in räumlicher Hinsicht treten die auf dem Gelände des Protestcamps vorgesehenen Veranstaltungen, die auf eine Meinungskundgabe gerichtet sind, hinter den Veranstaltungen, die nicht auf eine Meinungskundgabe gerichtet sind, und hinter der Bereitstellung von Schlaf- und Versorgungszelten zurück. Bei wertender Betrachtung sind das Übernachten auf dem Gelände und die dafür erforderliche Infrastruktur, u.a. das Aufstellen von bis zu ca. 3.000 Zelten, kein funktioneller oder symbolischer Teil der Meinungskundgabe. Dem vom Veranstalter vorgelegten Konzept lässt sich nicht entnehmen, in welchem Zusammenhang diese Elemente zu den inhaltlichen Veranstaltungen auf dem Gelände stehen. Auch ergibt sich nicht, dass es nach dem Charakter der auf dem Gelände vorgesehenen Veranstaltungen erforderlich oder vorgesehen ist, dass alle oder zumindest der überwiegende Teil der Teilnehmerinnen und Teilnehmer „rund um die Uhr“ – wie z.B. bei einer Mahnwache – ihre Meinungsäußerung öffentlichkeitswirksam oder für die Öffentlichkeit wahrnehmbar präsentieren. Nach dem vorgelegten Programm enden alle auf dem Gelände des Protestcamps vorgesehenen Veranstaltungen abends. Die Kapazität der Veranstaltungen erlaubt zudem nicht die Teilnahme eines wesentlichen Teils der im Camp übernachtenden Personen. Dem Vorleben einer „alternativen“ Lebensweise kommt hier für sich genommen kein versammlungsrechtlich geschützter Kundgabecharakter zu.

## Problem: Tätowierungen bei Beamten

### Einordnung: Beamtenrecht/Grundsatz der Bestenauslese, Art. 33 II GG

VG Düsseldorf, Beschluss vom 24.08.2017, 2 L 3279/17

Ein Bewerber für den Polizeidienst darf nicht allein wegen der Größe einer Tätowierung auf dem Unterarm abgelehnt werden.

### SACHVERHALT

Der Antragsteller hatte sich für die Einstellung in den Polizeidienst in NRW im Jahr 2017 beworben. Das zuständige Landesamt hat ihn vom Auswahlverfahren ausgeschlossen, weil er auf der Innenseite seines linken Unterarms einen Löwenkopf tätowiert hat (20 x 14 cm). Gegen das Motiv als solches hat das Land Nordrhein-Westfalen keine Bedenken. Es beruft sich jedoch auf einen Erlass des Innenministeriums, wonach großflächige Tätowierungen im sichtbaren Bereich einen absoluten Eignungsmangel des Bewerbers darstellen. Sichtbar sind Körperstellen, die beim Tragen der Sommeruniform der Polizeibeamten erkennbar sind, also etwa die Unterarme. Tätowierungen, die die durchschnittliche Größe eines Handtellers überschreiten, sind an diesen Körperstellen unzulässig, und zwar unabhängig von dem Motiv. Der Erlass zielt darauf ab, dass die Legitimation und Autorität von Polizeibeamten durch solche Tätowierungen nicht beeinträchtigt werden sollen. Nach Auffassung des Landes NRW kann nicht festgestellt werden, dass ein gesellschaftlicher Wandel stattgefunden hat, nach dem solche Tätowierungen bei Polizeibeamten toleriert werden.

Hat der gegen die Entscheidung gerichtete Eilantrag Erfolg?

### LÖSUNG

Der Antrag hat Erfolg.

Die Verwaltungspraxis ist rechtswidrig. Für einen Eignungsmangel reicht es nicht aus, dass Teile der Bevölkerung großflächige Tätowierungen nur für unpassend oder unästhetisch halten. Erforderlich ist vielmehr, dass Polizeibeamten aufgrund ihrer großflächigen Tätowierungen das erforderliche Vertrauen nicht mehr entgegengebracht wird. Hierfür fehlt es an belastbaren Erkenntnissen. Aktuelle Umfrageergebnisse zur Akzeptanz von Tätowierungen von Beamten liegen nicht vor. Die augenfällige Zunahme von Tätowierungen gerade an den Armen deutet eher auf einen gesellschaftlichen Wandel hin. Diesen muss der Dienstherr bei der Einstellung junger Bewerber in den Blick nehmen. Die Ablehnung eines Bewerbers aufgrund der Gestaltung der Tätowierung (z.B. gewaltverherrlichende Motive) ist hingegen weiterhin zulässig.

## STRAFRECHT

**Problem: Zum Finalzusammenhang beim Raub****Einordnung: Nötigungsmittel muss mit Wegnahmevorsatz eingesetzt werden**

BGH, Beschluss vom 26.07.2017, 5 StR 212/17

Das bloße Ausnutzen des Andauerns eines ohne Wegnahmevorsatz eingesetzten Nötigungsmittels bzw. der Angst eines Opfers reicht für den Finalzusammenhang beim Raub nicht aus.

In Fällen, in denen das Opfer zahlreichen – nicht notwendig in Zusammenhang mit Raub stehenden – körperlichen Übergriffen ausgesetzt war, liegt es nahe, dass der Täter für den Fall, dass das Opfer einer Wegnahme entgegentritt, zumindest konkludent mit der Anwendung weiterer Gewalt droht.

**SACHVERHALT**

L beherbergte den später Geschädigten (M), wobei es nach wenigen Tagen über die Mietzahlungen zum Streit kam, welcher am Abend vor der Tat darin gipfelte, dass L die gemeinsam bewohnte Wohnung mit dem Hinweis verließ, dass er den M nicht mehr sehen wolle, wenn er wieder zurückkomme. Auf der Straße traf L den Mitangeklagten (P) sowie den B, denen er mitteilte, dass es in seiner Wohnung jemanden gäbe, der diese nicht verlassen wolle und ihn mit einem Hammer bedrohe. Auf seine Bitte, ihm zu helfen, begaben sich alle drei in die Wohnung, in der M bereits eingeschlafen war. In der Folge misshandelten L, P und B den M durch eine Vielzahl von Tritten und Faustschlägen. Mehrfach wurde der Zeuge, der vor den Schlägen fliehen wollte, am Verlassen der Wohnung gehindert. Als M am Ende der Körperverletzungshandlungen mit dem Rücken auf dem Boden lag, zog L ihm die Geldbörse aus der Hosentasche und verließ das Zimmer. Es konnte nicht aufgeklärt werden, ob die Mitangeklagten zu diesem Zeitpunkt weiterhin auf den Zeugen einschlugen und ob sie die Wegnahmehandlung wahrgenommen hatten. L entnahm der Geldbörse später die darin befindlichen Geldscheine (30,- €) und verwendete sie für sich.

**LÖSUNG**

Die Verurteilung wegen (besonders) schweren Raubes ist aufzuheben, da die Feststellungen nicht den erforderlichen Finalzusammenhang zwischen dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme belegen.

Der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmevorsatz eingesetzten Nötigungsmittels, hier der angewendeten Gewalt, noch andauern und der Täter dies zur Wegnahme der Geldbörse bzw. zur Entnahme des darin befindlichen Geldes ausnutzt oder das bloße Ausnutzen der Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers, genügen für die Annahme eines Raubes nicht, da hierin für sich genommen noch keine Drohung enthalten ist.

Die Feststellung des LG, dass die aufgewendete Gewalt die Wegnahme ermögliche, steht in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zu dem Umstand, dass das LG gerade nicht von einem Raubvorsatz ausgegangen ist.

Zwar liegt es in Fällen, in denen das Opfer zahlreichen – nicht notwendig in Zusammenhang mit einem Raub stehenden – körperlichen Übergriffen ausgesetzt war, nahe, dass der Täter für den Fall, dass das Opfer einer Wegnahme entgegentritt, zumindest konkludent mit der Anwendung weiterer Gewalt droht. Eine derartige Feststellung hat das LG jedoch nicht getroffen; sie lässt sich auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht entnehmen.

**Anmerkung:**

*Fallkonstellationen wie die vorliegende verlangen in der Klausur eine genaue Arbeit am Sachverhalt. Es gibt zwei unterschiedliche Ansatzpunkte für eine Raub-Bestrafung: Erstens die Gewaltanwendung, um die Wegnahme zu ermöglichen. Scheitert diese an der fehlenden Finalität, kommt zweitens eine konkludente Drohung mit weiterer Gewalt in Betracht, welche ebenfalls für die Annahme eines Raubes ausreichen würde.*

*Beachten Sie, dass sich das gleiche Problem auch im Rahmen der §§ 253, 255 StGB stellen kann. Auch hier ist – wie beim Raub – der Finalzusammenhang notwendig.*

## **Problem: Konkrete Gefahr bei § 315b StGB und Pistolenschüsse**

### **Einordnung: Konkrete Gefahr muss auf Dynamik des Straßenverkehrs beruhen**

BGH, Beschluss vom 30.08.2017, 4 StR 349/17

Eine Verurteilung nach § 315b I Nr. 3 StGB setzt bei Schüssen auf Fahrzeuge im Straßenverkehr voraus, dass die konkrete Gefahr jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist. Daran fehlt es, wenn der Schaden ausschließlich auf der durch die Pistolenschüsse freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht.

### **SACHVERHALT**

Das LG hatte den Angeklagten (A) – unter Freispruch im Übrigen – wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr sowie wegen unerlaubten Führens einer halbautomatischen Kurzwaffe zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Nach den Feststellungen hatte A mit bedingtem Tötungsvorsatz einen Schuss mit seiner halbautomatischen Selbstladepistole auf den Fahrer des im Tatzeitpunkt neben ihm befindlichen Fahrzeugs, den Nebenkläger W, abgegeben. Der Schuss verfehlte sein Ziel und schlug – von W zunächst unbemerkt – in die B-Säule des von ihm gefahrenen Fahrzeugs ein.

### **LÖSUNG**

Eine Verurteilung gem. § 315b I Nr. 3 StGB bei Schüssen auf Fahrzeuge im Straßenverkehr setzt voraus, dass die konkrete Gefahr jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist. Daran fehlt es, wenn der Schaden – wie hier – ausschließlich auf der durch die Pistolenschüsse freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht. Um insoweit auch nur zu einer Verurteilung wegen Versuchs zu gelangen, hätte A in seine Vorstellung aufnehmen und billigen müssen, dass es infolge des Schusses zu einem Beinahe-Unfall kommen könne; Feststellungen dazu hat das LG indes nicht getroffen.

## **Problem: Kein „allerletztes“ Wort des jugendlichen Angeklagten Einordnung: Verhältnis zum letzten Wort des Erziehungsberechtigten**

BGH, Beschluss vom 11.07.2017, 3 StR 510/16

BGH: Kein „allerletztes“ Wort des Angeklagten nach dem letzten Wort der Erziehungsberechtigten

**Die Reihenfolge, in der dem Angeklagten und seinem Erziehungsberechtigten bzw. gesetzlichen Vertreter das letzte Wort erteilt wird, steht im Ermessen des Vorsitzenden.**

**Sinn und Zweck des § 67 I JGG ergeben keinen Vorrang der Interessen des Jugendlichen gegenüber denjenigen des Erziehungsberechtigten, die es geboten erscheinen lassen, dem Jugendlichen stets das „allerletzte“ Wort zu geben.**

### **SACHVERHALT**

Das LG hat den Angeklagten (A) wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Jugendstrafe verurteilt. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit der Revision. Die Eltern des im Zeitraum der Hauptverhandlung 15 Jahre alten A nahmen an den ersten beiden Hauptverhandlungstagen teil, die Mutter des A teilweise auch am dritten Hauptverhandlungstag; sie verließ den Gerichtssaal allerdings kurz vor Schluss der Beweisaufnahme. Nachdem diese geschlossen worden war, erhielten zunächst die StA, die Nebenklage und die Verteidigung das Wort zur Stellung ihrer Schlussanträge. Im Anschluss daran hatte A das letzte Wort, bevor die Hauptverhandlung bis zum nächsten Tag unterbrochen wurde. An diesem waren die Eltern des A wieder erschienen. Sie hatten als gesetzliche Vertreter des A das letzte Wort. Danach verkündete die Vorsitzende das Urteil; dem A wurde nicht erneut das letzte Wort gewährt.

### **LÖSUNG**

Es liegt keine Verletzung von § 258 II StPO vor, obwohl Gegenteiliges im Schrifttum vertreten wird.

Die Rechtsprechung geht demgegenüber davon aus, dass die Reihenfolge, in der dem A und seinem Erziehungsberechtigten bzw. gesetzlichen Vertreter das letzte Wort zu erteilen ist, im Ermessen des Vorsitzenden steht. Nach § 67 I JGG steht dem Erziehungsberechtigten und dem gesetzlichen Vertreter das Recht zu, gehört zu werden, Fragen und Anträge zu stellen oder bei Untersuchungshandlungen anwesend zu sein. In Verbindung mit § 258 II StPO folgt daraus, dass diesen Personen das Recht auf das letzte Wort zusteht. Diese Vorschrift regelt auch insoweit das Verhältnis zwischen dem Plädoyer eines Verteidigers und dem grundsätzlich danach zu gewährenden letzten Wort des Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreters. Zur Reihenfolge, in der dem Angeklagten und seinem Vertreter jeweils das letzte Wort zu gewähren ist, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung, sodass der Wortlaut des Gesetzes für ihre Gleichrangigkeit spricht. Die gesetzliche Konzeption sieht es demnach gerade nicht vor, die Ausführungen des Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreters so zu behandeln, wie die des Verteidigers des jugendlichen Angeklagten. Ein Vorrang der Interessen des Jugendlichen gegenüber denjenigen des Erziehungsberechtigten, der es verbindlich geboten erscheinen lassen könnte, dem Jugendlichen stets das „allerletzte“ Wort zu geben, ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck. Die Vorschrift begründet als einfachgesetzliche Ausprägung des verfassungsrechtlich verbürgten Elternrechts aus Art. 6 II GG eine eigene Rechtsposition der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter, welche die Stellung des Jugendlichen im Verfahren zwar nicht schwächt, dessen Position aufgrund der Gleichwertigkeit der Interessenlagen aber gleichrangig ist.

Wenn danach aber das letzte Wort des Angeklagten und dasjenige seines Erziehungsberechtigten und Vertreters grundsätzlich gleich zu behandeln sind, liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden, in welcher Abfolge er diese gleichrangigen Äußerungsrechte gewährt. Die Revision macht einen solchen Ermessensmissbrauch des Vorsitzenden aber gerade nicht geltend.