

Herausgeber:

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

ZARA

Ausgabe Juli/10
3. Jahrgang

Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:
RA Dr. Kues

**Redaktion Strafrecht, Arbeitsrecht,
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht:**
Assessor Dr. Schweinberger

Inhaltsverzeichnis:

Strafrecht

BGH, 25.06.2010 – 2 StR 454/09 – Patientenwille: Abbruch lebenserhaltender Behandlung	S. 4
BGH, 18.05.2010 – 5 StR 51/10 – Verwertungsverbot bei einem „verdeckten Verhör“	S. 5
BGH, 08.04.2010 – 2 StR 17/10 – Verhältnis von Qualifikation und Grunddelikt beim Raub	S. 8
BGH, 22.10.2009 – 3 StR 372/09 – Raub und Erpressung bei sog. „Versteckpreisgabe“	S. 9
BGH, 09.12.2009 – 2 StR 433/09 – Entlassung eines Zeugen in Abwesenheit des Angeklagten	S. 12
OLG Hamm, 17.03.2009 – 2 Ss 94/2009 – Bei § 247 StPO ist stets ein förmlicher Gerichtsbeschluss nötig	S. 12
OLG Hamm, 20.01.2010 – 5 Ws 24/09 – Zum Zeugnisverweigerungsrecht von Gehilfen des Arztes	S. 14
LG Magdeburg, 29.06.2010 – 21 Ns 17/09 – Arbeitgeber machen sich bei Zahlung von Dumpinglöhnen strafbar	S. 14

Öffentliches Recht

VGH Mannheim, 26.08.2009 – 3 S 1057/09 – BauR: Rücksichtnahmegebot und Bewahrung des Gebietscharakters	S. 15
VGH Mannheim, 15.10.2009 - - S 1997/08 – Fortsetzungsfeststellungsinteresse: Wiederholungsgefahr	S. 16
BVerwG, 19.11.2009 – 3 C 7.09 – Voraussetzungen und Folgen vorläufiger Subventionsbescheide	S. 19

Arbeitsrecht

BAG, 23.06.2010 – 10 AS 2 und 3/10 – BAG: Schluss mit dem Grundsatz der Tarifeinheit	S. 23
BAG, 18.11.2009 – 5 AZR 41/09 – Rücknahme der Berufung bei mehreren Prozessbevollmächtigten	S. 24
LAG Düsseldorf, 01.07.2010 – 5 Sa 996/09 – Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen zweiter Eheschließung	S. 25

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Kanzlei Clifford Chance LLP, eine der weltweit führenden Anwaltssozialitäten, sucht Verstärkung in ihrem frankfurter IP-Team im Bereich gewerblicher Rechtsschutz (Anzeige auf S. 2). Bewerben Sie sich bitte unter ausdrücklichem Bezug auf die Anzeige in diesem Medium, der ZARA.
- 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. 7).

JuCon Personalberatung

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

In eigener Sache

Liebe (ehemalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

wir möchten in dieser Ausgabe besonders auf zwei für die Praxis besonders wichtige Urteile hinweisen. Einerseits auf die Entscheidung des BGH zur Maßgeblichkeit des Patientenwillens beim Abbruch lebenserhaltender ärztlicher Behandlungsmaßnahmen (S. 4). Andererseits auf eine Entscheidung des BAG, in welcher der Grundsatz des Tarifeinheit („Ein Unternehmen – ein Tarifvertrag“) aufgegeben wird (S. 23) Dieses Urteil hat Politik, BDA und DGB auf den Plan gerufen, da eine Zerstückelung der Tariflandschaft droht. Ein gemeinsamer (!) Gesetzentwurf von DGB und BDA zur gesetzlichen Regelung des Grundsatzes der Tarifeinheit liegt bereits vor.

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 **Clifford Chance LLP**, die Verstärkung für ihr IP-Team in Frankfurt im Bereich gewerblicher Rechtsschutz sucht. Bewerben Sie sich bitte unter ausdrücklichem Bezug auf die Anzeige in diesem Medium, der ZARA.

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

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.

Begeisterung.

Ohne läuft gar nichts.



Gewerblicher Rechtsschutz, Frankfurt am Main

Mit Leidenschaft kommen Sie schneller voran. Wir sind eine der weltweit führenden Anwaltssozialitäten. Für unser IP-Team in Frankfurt am Main suchen wir exzellente Juristen (m/w) mit kreativer Ader. Zu Ihren Aufgaben gehören die Beratung und Prozessvertretung von Unternehmen in allen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes. Ihre Gesprächs- und Verhandlungspartner werden Leiter von Rechts-, Marken- und Patentabteilungen, von Forschungs- und Entwicklungsabteilungen sowie freie Patentanwälte im In- und Ausland sein. Sie arbeiten mit IP-Kollegen in unseren deutschen Büros sowie in weiteren Büros in Europa und Asien zusammen,

die über spezialisierte IP-Abteilungen verfügen. Ausgezeichnete Examina und exzellentes Englisch setzen wir voraus. Haben wir Ihr Interesse geweckt? Wir freuen uns darauf, Sie kennenzulernen. Ihr Ansprechpartner: Burkhard Schneider, 069 7199-2287, burkhard.schneider@cliffordchance.com.

Career starts with C

Informationen zu uns und der Clifford Chance Academy finden Sie unter: www.cliffordchance.com/karriere

C L I F F O R D
C H A N C E

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent



Unsere aktuellen Kurs-Angebote:

Examenskurse

**In Hessen ab 30. August, in Mainz ab 23. August,
in Heidelberg ab 4. Oktober**

**Lernen mit den Besten in dem Rep, das die Besten Prüflinge
hervorbringt. Sehen Sie auf die JI-Bilanz auf S. 25!**

Crash-Kurs in Frankfurt

**Ab dem 14. August: Crash-Kurse materielles Recht für das
1. und 2. Examen. Machen Sie sich fit für das Examen.
Decken Sie rechtzeitig vor der Prüfung Ihre Lücken auf.
Lassen Sie sich von uns auf den aktuellen Stand bringen.**

WuV-Kurse in Mainz und F


**Beginn ab dem 27. September. Der Wiederholungs- und
Vertiefungskurs betreut Sie bei der Examensvorbereitung.**

Wir wiederholen und strukturieren den Examens-Stoff.

**Ob direkt nach dem Examenskurs, ob zur Vorbereitung
auf den Verbesserungsversuch oder ob nach einer Baby-
Pause: Es gibt viele gute WuV-Gründe!**

Strafrecht

Gericht: BGH	Patientenwille: Abbruch lebenserhaltender Behandlung	StGB § 212
Aktenzeichen: 2 StR 454/09		
Datum: 25.06.2010		

	Der BGH hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gestärkt und entschieden, dass der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen auf der Grundlage eines entsprechenden Patientenwillens nicht strafbar ist.
---	--

Das Landgericht hat den Angeklagten P. wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die ursprünglich mitangeklagte Frau G. hat das Landgericht rechtskräftig freigesprochen.

Der Angeklagte ist ein für das Fachgebiet des Medizinrechts spezialisierter Rechtsanwalt. Nach den Feststellungen des Landgerichts beriet er die beiden Kinder der 1931 geborenen Frau K., nämlich die mitangeklagte Frau G. und deren inzwischen verstorbene Bruder. Frau K. lag seit Oktober 2002 in einem Wachkoma. Sie wurde in einem Pflegeheim über einen Zugang in der Bauchdecke, eine sog. PEG-Sonde, künstlich ernährt. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht mehr zu erwarten. Entsprechend einem von Frau K. im September 2002 mündlich für einen solchen Fall geäußerten Wunsch bemühten sich die Geschwister, die inzwischen zu Betreuern ihrer Mutter bestellt worden waren, um die Einstellung der künstlichen Ernährung, um ihrer Mutter ein Sterben in Würde zu ermöglichen. Nach Auseinandersetzungen mit der Heimleitung kam es Ende 2007 zu einem Kompromiss, wonach das Heimpersonal sich nur noch um die Pfllegetätigkeiten im engeren Sinne kümmern sollte, während die Kinder der Patientin selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nachdem Frau G. am 20.12.2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet hatte, wies die Geschäftsleistung des Gesamtunternehmens am 21.12.2007 jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Den Kindern der Frau K. wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollten. Darauf erteilte der Angeklagte P. Frau G. am gleichen Tag den Rat, den Schlauch der PEG-Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen. Frau G. schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Heimpersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hatte, wurde Frau K. auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort zwei Wochen darauf eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen. Das Landgericht hat das Handeln des Angeklagten als einen gemeinschaftlich mit Frau G. begangenen versuchten Totschlag durch aktives Tun – im Gegensatz zum bloßen Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung durch Unterlassen – gewürdigt, der weder durch eine mutmaßliche Einwilligung der Frau K. noch nach den Grundsätzen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes gerechtfertigt sei. Auch auf einen entschuldigenden Notstand könne sich der Angeklagte nicht berufen. Soweit er sich in einem sog. Erlaubnisirrtum befunden habe, sei dieser für ihn als einschlägig spezialisierten Rechtsanwalt vermeidbar gewesen. Die Mitangeklagte G. hat das Landgericht freigesprochen, weil sie sich angesichts des Rechtsrats des Angeklagten in einem unvermeidbaren Erlaubnisirrtum befunden und deshalb ohne Schuld gehandelt habe.


Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat das Urteil auf die Revision des Angeklagten aufgehoben und ihn freigesprochen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen in Fällen aktueller Einwilligungsunfähigkeit von einem bindenden Patientenwillen auszugehen ist, war zur Tatzeit durch miteinander nicht ohne weiteres vereinbare Entscheidungen des Bundesgerichtshofs noch nicht geklärt. Divergenzen in der Rechtsprechung betrafen die Verbindlichkeit von sog. Patientenverfügungen und die Frage, ob die Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung auf tödliche und irreversibel verlaufende Erkrankungen des Patienten beschränkt oder von Art und Stadium der Erkrankung unabhängig ist, daneben auch das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung einer Entscheidung des gesetzlichen Betreuers über eine solche Maßnahme.

Der Gesetzgeber hat diese Fragen durch das sog. Patientenverfügungsgesetz mit Wirkung vom 1. September 2009 ausdrücklich geregelt. Der Senat konnte daher entscheiden, ohne an frühere Entscheidungen anderer Senate gebunden zu sein.

Das Landgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die durch den Kompromiss mit der Heimleitung getroffene Entscheidung zum Unterlassen weiterer künstlicher Ernährung rechtmäßig war und dass die von der Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme als rechtswidriger Angriff gegen das Selbstbestimmungsrecht der Patientin gewertet werden konnte. Die im September 2002 geäußerte Einwilligung der Patientin, die ihre Betreuer geprüft und bestätigt hatten, entfaltete bindende Wirkung und stellte sowohl nach dem seit dem 1. September 2009 als auch nach dem zur Tatzeit geltenden Recht eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs dar. Dies gilt jetzt, wie inzwischen § 1901a III BGB ausdrücklich bestimmt, unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung. Dagegen trifft die Bewertung des Landgerichts nicht zu, der Angeklagte habe sich durch seine Mitwirkung an der aktiven Verhinderung der Wiederaufnahme der Ernährung wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht. Die von den Betreuern – in Übereinstimmung auch mit den inzwischen in Kraft getretenen Regelungen der §§ 1901a, 1904 BGB – geprüfte **Einwilligung der Patientin rechtfertigte nicht nur den Behandlungsabbruch durch bloßes Unterlassen weiterer Ernährung, sondern auch ein aktives Tun, das der Beendigung oder Verhinderung einer von ihr nicht oder nicht mehr gewollten Behandlung diene**. Eine nur an den Äußerlichkeiten von Tun oder Unterlassen orientierte Unterscheidung der straflosen Sterbehilfe vom strafbaren Töten des Patienten wird dem sachlichen Unterschied zwischen der auf eine Lebensbeendigung gerichteten Tötung und Verhaltensweisen nicht gerecht, die dem krankheitsbedingten Sterbenlassen mit Einwilligung des Betroffenen seinen Lauf lassen.

Gericht: BGH	Verwertungsverbot bei einem „verdeckten Verhör“	MRK Art. 6 I
Aktenzeichen: 5 StR 51/10		
Datum: 18.05.2010		

	Ein verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten unter Zwangseinwirkung begründet ein Verwertungsverbot für die Aussage des vernehmenden Beamten in der Hauptverhandlung.
---	--

Sachverhalt: Der Angeklagte wendet sich gegen eine Verurteilung wegen Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes (§ 30 II StGB) zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren. Der Angeklagte hatte in den Jahren 1998 bis 2005 mehreren Personen Geld angeboten, um sie dazu zu bewegen, seine Ehefrau zu töten. Dies führte zur Verurteilung des Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren. In der Haftanstalt ließ sich der Angeklagte von einem Mitgefangenen davon überzeugen, die Ehefrau – gegen einen erheblichen finanziellen Vorteil beim Kauf einer Immobilie – von seinen angeblichen Gefolgsleuten, Mitgliedern der „Bandidos“, auf professionelle Weise durch einen fingierten Autounfall umbringen zu lassen. Der Mitgefangene offenbarte sich der Gefängnisleitung und arbeitete mit der Polizei zusammen. Nach deren Einschätzung ergab ein aufgezeichnetes Gespräch (§ 100f StPO) der beiden Gefangenen während eines Hofgangs kein eindeutiges Tatbekenntnis des Angeklagten. Um dieses zu erreichen, verlangte ein als Gesandter des Mitgefangenen auftretender nicht offen ermittelnder Polizeibeamter von dem Angeklagten bei einem Besuch in der JVA unter Vorlage zweier Bilder – seine Ehefrau und eine ähnlich aussehende Frau zeigend – zu bekennen, welche der Frauen die zu tötende sei. Der Angeklagte, der es zunächst abgelehnt hatte, über diese Angelegenheit überhaupt zu sprechen, identifizierte die zu tötende Frau, nachdem der Polizeibeamte geäußert hatte, dass notfalls beide Frauen umgebracht würden. Auf dieses von dem Polizeibeamten als Zeuge bekundete Tatbekenntnis des Angeklagten hat das Schwurgericht maßgeblich seine Verurteilung des Angeklagten gestützt.

Lösung:

Auf die Revision des Angeklagten hob der BGH diese Verurteilung auf und verweist die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht zurück. Bei der Zeugenaussage des Polizeibeamten handelt es sich um den Inhalt eines verdeckten Verhörs eines Beschuldigten durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung des noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen. Diese Ermittlungsmaßnahme war in ihrer konkreten Ausgestaltung rechtswidrig. Das Schwurgericht hat die von dem Zeugen bekundeten selbstbelastenden Äußerungen des Angeklagten zu Unrecht verwertet.

1. Die Rechtswidrigkeit folgt allerdings noch nicht aus den Umständen zur Verschaffung der Gelegenheit zur Durchführung des verdeckten Verhörs. Auch wenn der Ermittlungsbeamte über kein Zugangsrecht zu dem Angeklagten verfügte, stellte der von den Vollzugsbeamten verschwiegene Umstand, dass kein Privatmann, sondern ein (nicht offen ermittelnder) Polizeibeamter Besucher sei, im Rahmen einer kriminalistischen List noch keinen relevanten Eingriff in Rechte des Angeklagten dar. In das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung des Angeklagten wurde nicht eingegriffen; der Besucherraum der JVA unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 13 I GG. Auch die geschützte Privatsphäre des Angeklagten wurde noch nicht tangiert.

2. Ein Rechtsverstoß und ein daraus folgendes Verwertungsverbot ergeben sich auch nicht aus dem Umstand, dass eine Belehrung des Angeklagten als Beschuldigter gemäß § 136 I 2 StPO unterblieben ist. Diese Vorschrift ist nur auf „offene“ Vernehmungen anwendbar und will (lediglich) sicherstellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. Deshalb scheidet auch eine entsprechende Anwendung und die Annahme einer Umgehung der Vorschrift aus.

3. Das Vorgehen verstieß jedoch gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 3 GG, Art. 6 I MRK) unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten.

a) Die Aushorchung des Angeklagten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründet von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme. Eine Verletzung des Kernbereichs der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten ist gegeben, wenn dieser durch die Anwendung von Zwang zu selbstbelastenden Äußerungen gedrängt wird.

b) Ein solcher Fall ist hier gegeben. Dem Angeklagten wurde ein Bild seiner Ehefrau beim Einsteigen in deren Pkw und ein Bild, eine ähnliche Frau in gleicher Position an einem ähnlichen Pkw zeigend, vorgelegt, um ihn eine Auswahl der zu tötenden Frau vornehmen zu lassen. Aufgrund des nachfolgenden Hinweises, falls der Angeklagte diese Auswahl nicht treffen wolle, würden „notfalls“ beide Frauen, vor deren Häusern zur Tötung bereite Täter stünden, getötet, ist der Angeklagte in einen Aussagezwang hinsichtlich der Benennung der zu tötenden Frau versetzt worden. Dies ist mittels eines als Nötigung mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 240 I StGB zu qualifizierenden Eingriffs in die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung geschehen. Solches setzt voraus, dass der Täter dem Opfer ein bestimmtes Verhalten aufzwingt, ihn also gegen seinen Willen dazu veranlasst. Der Angeklagte war entgegenstehenden Willens; er hatte in dem Gespräch sofort erklärt, über das Thema nicht sprechen zu wollen, nach Ausflüchten gesucht und sich in seinen Äußerungen nicht festgelegt. Der Hinweis, eine unbeteiligte Dritte könnte zu Tode kommen, stellte eine Drohung mit einem empfindlichen Übel dar. Es liegt auf der Hand, dass eine dem Angeklagten bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen musste.

4. Die Beeinträchtigungen der Rechte des Angeklagten gebieten die Annahme eines Beweisverwertungsverbots. In Fällen von Aussagezwang wird in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten ohne Rechtsgrundlage eingegriffen. Der gravierende Rechtsverstoß kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden. Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts. Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene andere Ermittlungssituationen.

5. Nachdem das Landgericht seine Beweisführung tragend auf die Bekundungen des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten gestützt hat, kann ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler nicht ausgeschlossen werden. Die Sache bedarf deshalb neuer Aufklärung und Bewertung. Das neu berufene Tatgericht wird die Frage, ob der Angeklagte nachweislich eine zur Erfüllung des § 30 II StGB ausreichende hinreichend konkrete Annahme eines ihm vorgetäuschten Morderbietens erklärt hat, auf der Grundlage des verbleibenden Beweisstoffs zu klären haben.

Anzeige



Crash-Kurs im August 2010 in Frankfurt
Erstmals mit ArbR, HandelsR und GesR!
Pro Kurstag nur 30 €!! – In unseren neuen Räumen!



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

Gericht: BGH	Verhältnis von Qualifikation und Grunddelikt beim Raub	StGB
Aktenzeichen: 2 StR 17/10		§§ 249, 250
Datum: 08.04.2010		

	Die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers nach Vollendung der Tat oder Scheitern ihres Versuchs ist ausgeschlossen, wenn die die Lebensgefahr verursachende Handlung nicht mit der Motivation der Beutesicherung vorgenommen wird (im Anschluss an BGHSt 53, 234).
---	---

Sachverhalt: Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung (gemäß §§ 253 I, III, 255, 249, 250 II Nr. 1, Nr. 3 b StGB) und mit gefährlicher Körperverletzung (gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts verbarg sich der Angeklagte, um sich Geld für Drogen zu beschaffen, kurz vor Ladenschluss in den Räumen eines Einkaufsmarktes. Er brachte unter Einsatz einer scharf geladenen Pistole die Ehefrau des Marktführers in seine Gewalt und ging zusammen mit diesem Tatopfer in das Büro des Geschäfts, wo der Marktleiter die Abrechnung erstellte. Er bedrohte auch ihn mit der Pistole und forderte ihn unter Drohung mit dem Tod auf, die Tageseinnahmen herauszugeben. Der Geschädigte sprang jedoch wider Erwarten auf und griff den Angeklagten an. Dieser schoss zweimal auf den Geschädigten, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nahm. Zu diesem Zeitpunkt ging es dem Angeklagten nicht mehr darum, noch Beute zu machen, sondern darum, unentdeckt aus dieser Lage noch zu entkommen. Der Geschädigte erlitt eine konkret lebensgefährliche Durchschussverletzung, die Lunge und Zwerchfell durchdrang und Milz und Bauchspeicheldrüse verletzte. Gleichwohl gelang es ihm, den Angeklagten zu entwaffnen und bis auf die Straße zu verfolgen.


Lösung:

Auf die Revision des Angeklagten hob der BGH den Schuldspruch teilweise auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück. Das Landgericht hat die Verurteilung zu Unrecht auch auf § 250 II Nr. 3 Buchst. b StGB gestützt.


1. Der Schuldspruch wegen versuchten Mordes zur Verdeckung einer anderen Straftat begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch die Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB bei der Qualifikation der wegen des Fehlschlags nur versuchten räuberischen Erpressung ist rechtsfehlerfrei. Der Schuldspruch war deshalb bereits dahin zu berichtigen, dass der Angeklagte der versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung schuldig ist.

2. Soweit das Landgericht die Verurteilung auch auf § 250 II Nr. 3 Buchst. b StGB gestützt hat, hält dies rechtlicher Prüfung nicht stand. Nach dieser Vorschrift ist die Tat qualifiziert, wenn der Täter eine andere Person „durch die Tat“ in die (konkrete) Gefahr des Todes bringt. Diese Qualifikationswirkung tritt jeweils nur dann ein, wenn die auf den Qualifikationserfolg gerichteten Handlungen des Täters (noch) Teil der Tat, also des auf Verwirklichung des Raubtatbestands (§ 249 StGB) gerichteten Geschehens sind. Die Qualifikationswirkung in dem Zeitraum zwischen Vollendung des Raubs und Beendigung der Tat (§ 78 a StGB) ist daher möglich, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt zwar nicht mehr mit Wegnahmevorsatz, aber mit der Absicht der Beutesicherung handelt. Auch die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung „durch die Tat“ nach §§ 249, 255 StGB setzt jedenfalls voraus, dass die die Lebensgefahr verursachende Handlung (noch) vom Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung, nach Vollendung von Beutesicherungsabsicht getragen ist. Im Fall der Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs der räuberischen Erpressung (wie hier) kommt die Anwendung der Qualifikation daher nicht in Betracht, da Beutesicherungsabsicht hier ausscheidet.

3. Der Strafausspruch war aufgrund des Wegfalls der Qualifikation nach § 250 II Nr. 3 Buchst. b StGB aufzuheben, denn damit entfällt eine der beiden – vom Landgericht ausdrücklich als strafscharfend gewerteten – Tatvarianten des § 250 II StGB. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Würdigung des schuldhaft verwirklichten Unrechts zu einer milderen Strafe gelangt wäre.

	<p>WuV-Kurs ab 27. Sept. in Frankfurt u. Mainz 4 Monate intensive Examensvorbereitung mit Ihren JI-Dozenten. Pro Monat nur 135 €.</p>
---	--

Gericht: BGH	Raub und Erpressung bei sog. „Versteckpreisgabe“	StGB
Aktenzeichen: 3 StR 372/09		§§ 249, 255
Datum: 22.10.2009		

	<p>1. Ein Sich-Bemächtigen mit Erpressungsabsicht (§ 239a I 1. HS StGB) liegt vor, wenn der Täter die physische Herrschaft über einen anderen erlangt, wobei weder eine Ortsveränderung erforderlich ist, noch der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein muss. Der Tatbestand erfordert allerdings bei einem – auch bei zwei Mittätern gegebenen – „Zwei-Personen-Verhältnis“ eine gewisse Stabilisierung der Beherrschungslage, die der Täter zur Erpressung ausnutzen will. Diese kann auch durch Fesselung des Opfers, die nicht nur als Mittel zur Begehung der Erpressung oder des Raubes dient, begründet werden.</p> <p>2. Zur Frage der Ausnutzung einer stabilisierten Bemächtigungslage zu einer Erpressung (§ 239a I 2. HS StGB).</p> <p>3. Wird das Opfer durch Gewaltanwendung und Drohungen zur Preisgabe eines von den Tätern vermuteten Geldverstecks (hier: Tresor und Zahlenkombination) gezwungen, so wird dadurch der Tatbestand eines (schweren) Raubes erfüllt, und nicht der Tatbestand einer räuberischen Erpressung. Letztgenanntes Delikt wird auch nicht Tateinheitlich versucht, wenn im weiteren Verlauf der Tat von den Tätern noch versucht wird, das Opfer zur Preisgabe weiterer Wertgegenstände zu nötigen.</p>
---	--

Sachverhalt: Nach den Feststellungen des LG erlangten die Angekl. in Polen Kenntnis davon, dass der Nebenkl. in seinem Haus Vermögenswerte (Bargeld und Uhren) verwahrte, und beschlossen, ihn zu berauben. Ausgerüstet mit Sturmhauben zur Maskierung und mit Fesselungsmaterial fuhren sie nach E, wo sie morgens an der Tür zum Haus des Nebenkl. läuteten. Als dieser ahnungslos öffnete, versetzte ihm der Angekl. K sofort einen Faustschlag ins Gesicht und brachte ihn mit weiteren Schlägen innerhalb des Hauses zu Boden. Gemeinsam banden die Angekl. dem auf dem Bauch liegenden Opfer die Hände mit Klebeband auf dem Rücken zusammen. Während der Angekl. J damit begann, das Haus zu durchsuchen, kniete der Angekl. K auf dem am Boden liegenden und gefesselten Opfer, drückte dessen Kopf nach unten und verlangte Geld. Der Nebenkl. war bereit, den Angekl. den Weg zu dem im Haus befindlichen Tresor zu zeigen. Daraufhin ließen es die Angeklagten zu, dass er aufstand, mit ihnen in den Keller ging und ihnen dort die Zahlenkombination des Tresors mitteilte. Der Angekl. J öffnete daraufhin den Safe, der Mitangekl. K entnahm daraus Bargeld in Höhe von ca. 24000 € sowie 2 Uhren im Wert von ca. 15000 €. In diesem Augenblick betrat die Nebenkl., die Lebensgefährtin des Nebenkl., das Haus. Der Angekl. J packte sie, brachte sie gewaltsam auf den Boden, fesselte sie an Armen sowie Beinen mit Klebeband, verklebte ihr den Mund und warf eine Jacke über ihren Kopf, um sie an Beobachtungen zu hindern. Der Angekl. K brachte den Nebenkl. zurück ins Erdgeschoss, legte ihn bäuchlings auf den Boden, fesselte nun auch ihm die Füße und verband sie so mit den Händen, dass die Unterschenkel nach oben ragten und die Fußsohlen nach oben zeigten. Er warf auch ihm eine Jacke über den Kopf. Sodann durchwühlten die Angeklagten das Haus auf der Suche nach weiterer Beute. Zwischendurch kamen sie immer wieder zu den beiden Opfern zurück und verlangten die Herausgabe von weiterem Geld und weiteren Uhren. Als sie die am Boden liegenden Opfer mit Alkohol und Reinigungsmitteln überschütteten, befürchteten diese, sie sollten jetzt in Brand gesteckt werden, und erlitten Todesangst. Der Angekl. J fand nunmehr im Schlafzimmer einen Gasrevolver sowie einen Marderwarner. Der Angekl. K hielt diesen Revolver dem Nebenkl. vor das Gesicht. Zur Überzeugung der Kammer verlangte er dabei allerdings nicht erneut nach Wertsachen, sondern wollte damit nur den Nebenkl. zwingen, ihm zu erklären, worum es sich bei dem Marderwarner handelte. Nachdem sie die Erklärung des Nebenkl. nicht verstanden, zerstörten sie schließlich das Gerät. Bei der weiteren Durchsuchung des Hauses fanden sie eine 40 cm große Stablampe, mit der der Angekl. K dem Nebenkl. mehrfach auf die Fußsohlen schlug, um ihm die Preisgabe weiterer Verstecke von Wertsachen abzapfen. Als dieser zu erklären versuchte, er habe kein weiteres Geld, setzten sie die Durchsuchung der Wohnung fort. Sie gaben ihre Suche auf, nachdem sie außer einer dritten Uhr, einem Mobiltelefon und einem Beutel mit Kleingeld nichts weiteres mehr gefunden hatten, und verließen das Haus.

Lösung:

1. Die Feststellungen belegen einen schweren Raub nach § 250 I Nr. 1 lit. b StGB. Die Angeklagten haben ihre Opfer mit Klebeband an Armen und Beinen gefesselt und damit ein Mittel bei sich geführt (und über das vom Tatbestand Geforderte hinausgehend auch gebraucht), um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt zu verhindern (vgl. Fischer, StGB, § 244 Rn 25 mwN).

Die Delikte des Raubes und der räuberischen Erpressung sind nach ihrem äußeren Erscheinungsbild voneinander abzugrenzen. Nach den bisherigen Feststellungen haben die Angeklagten den Nebenkl. zwar dazu gezwungen, die notwendigen Hinweise für die Öffnung des Tresors zu geben, aus dem sie sodann Geld und Uhren entnommen

SSK - Soltner, Dr. Schweinberger & Dr. Kues

SSK - systematisch, strukturiert & kompetent



Unsere aktuellen Assex-Angebote:

Assex Zivil-, Straf- und ÖR

- In Mainz und Heidelberg ab Oktober 2010

**Jahreskurs: 24 Termine ZR, je 12 Termine SR und ÖR
Kurspreis nur 90 € pro Monat!**

Assex Zivil- und StrafR

- In Frankfurt und Gießen ab September 2010

**24 Termine ZR (wöchentlicher Unterricht) und 12 Termine SR
(Unterricht alle 14 Tage) - Kurspreis nur 120 € pro Monat**

Assex Ö-Recht (Hessen)

- 12 Unterrichtseinheiten à 3 Stunden (inkl. 15 Min. Pause)

**Ab Aug., Nov., Feb. und Mai jeweils Donnerstag 18 – 21 Uhr bei
RA Dr. Kues, Frankfurt, Zeil 65, Kurspreis: 230,- €**

Assex Arbeits-/WirtschaftsR

- Jeweils 6 Termine à 3 Zeitstunden, montags und freitags

**Ab September: Mo. ArbR bzw. Fr. WR, je ab 17 h
Dozenten: Dr. Schweinberger und RiAG Wutz (3 Termine WR)
In Frankfurt, Komplettkurs: 230 €, ein Rechtsgebiet 130 €**

haben. Insgesamt stellt sich ihr Vorgehen als eine gewaltsame Wegnahme von Sachen, also als vollendeter (schwerer) Raub dar (vgl. hierzu BGH, NStZ 2006, NSTZ Jahr 2006 Seite 38). Dass sie im Verlauf der Tat auch noch versucht haben, den Nebenkl. zur Preisgabe weiterer Wertgegenstände zu nötigen, führt nicht dazu, dass sie auch wegen „tateinheitlich begangener versuchter räuberischer Erpressung“ zu verurteilen sind.

[Anm.: Hier geht es um das klassische Problem der sog. „Versteckpreisgabe“. Fraglich ist, ob man auf die Preisgabe oder auf den Zugriff auf das Versteck abstellt. Der BGH bestätigt seine Auffassung, dass es im Grundsatz auf den Zugriff ankommt. Hierfür spricht, dass die Preisgabe allenfalls zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung führen würde und dem Täter, der schließlich doch auf den Zugriff auf das Versteck verzichtet, die Möglichkeit des Rücktritts abgeschnitten werden würde.]

2. Das LG hat es – ebenso wie die StA bei der Anklageerhebung – unterlassen, den Sachverhalt unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des erpresserischen Menschenraubs (§ 239a StGB) zu würdigen.

a) Bereits die Feststellungen zum ersten Teil des Tatgeschehens legen die Erfüllung dieses Tatbestands in der Variante des Sich-Bemächtigungens mit Erpressungsabsicht (§ 239a I 1. HS StGB) nahe. Ein Sich-Bemächtigen i.S. dieser Vorschrift liegt vor, wenn der Täter die physische Herrschaft über einen anderen erlangt, wobei weder eine Ortsveränderung erforderlich ist, noch der Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt sein muss. Allerdings ist bei einem – auch bei zwei Mittätern gegebenen – „Zwei-Personen-Verhältnis“ (Täter-Opfer) weitere Voraussetzung, dass die Bemächtigungssituation im Hinblick auf die erstrebte Erpressungshandlung eine eigenständige Bedeutung hat; sie erfordert daher eine gewisse Stabilisierung der Beherrschungslage, die der Täter zur Erpressung ausnutzen will (vgl. BGHSt 40, 350 ff. [359] = NStZ 1995, 129; BGH, StV 1996, 266; NStZ 2006, 448 mwN).

Nach den Feststellungen kann dies hier der Fall gewesen sein. Die Angeklagten überfielen den Nebenkl., brachten ihn zu Boden und fesselten ihn dort. Der Nebenkl. erklärte sich aus Angst um sein Wohl danach sofort bereit, den Angeklagten den Zugriff auf seine im Tresor befindlichen Wertgegenstände zu ermöglichen. Bei diesem Ablauf liegt es nahe, dass die Angeklagten bereits eine stabile Bemächtigungslage geschaffen hatten, der die vom Tatbestand geforderte eigenständige Bedeutung zukommt, und sie dies auch erreichen wollten, die Tat also in der Absicht begingen, die Sorge des Nebenkl. um sein Wohl zu einer Erpressung (oder zu einem Raub, vgl. BGH, NStZ 2003, 604) auszunutzen. Damit hätte die Fesselung nicht nur als Mittel zur Begehung eines Raubes gedient (vgl. BGH, StraFo 2008, 163).

b) Sollten sich die Angeklagten des Nebenkl. nicht bereits in Erpressungsabsicht bemächtigt haben, so liegt es nach den Feststellungen zum weiteren Tatablauf nahe, dass sie die stabilisierte Bemächtigungslage zumindest zu einer Erpressung ausnutzten (§ 239a I 2. HS StGB). Denn auch als der Nebenkl. nach Öffnen des Tresors gefesselt am Boden lag, verlangten die Angeklagten unter Einsatz der Taschenlampe als Schlagwerkzeug weiterhin von ihm, dass er ihnen die Aufbewahrungsorte weiterer Vermögensgegenstände nennt. Damit setzten sie zu weiteren Erpressungen an (vgl. Fischer, § 239a Rn 12, 14 mwN).

Hinzu kommt, dass sich die Angeklagten im Verlauf des Tatgeschehens auch der Nebenkl. bemächtigt hatten. Beide Opfer lagen an Händen und Füßen gefesselt nebeneinander auf dem Boden, als die Angeklagten erneut Geld forderten. Es drängt sich daher auf, dass die Angeklagten diese, nunmehr auch auf die Nebenkl. ausgedehnte Bemächtigungssituation dazu ausnutzten (§ 239a I 2. HS StGB), um die Sorge des Nebenkl. um das Wohl seiner Lebensgefährtin zusätzlich als Nötigungsmittel für eine Erpressung einzusetzen. Allein dies genügte für die Vollendung des Tatbestandes.

3. Die Annahme des LG, die Angeklagten hätten die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 224 I Nr. 3 StGB) begangen, wird von den Feststellungen nicht getragen. Das Merkmal der Hinterlist setzt voraus, dass der Täter planmäßig seine Verletzungsabsicht verbirgt. Dem Urteil kann nur entnommen werden, dass die Angeklagten das Überraschungsmoment ausnutzten, als der Nebenkl. ahnungslos auf ihr Klingeln die Haustüre öffnete. Dies reicht indes zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes nicht aus (vgl. Fischer, § 224 Rn 10 mwN).


Vor allem für Referendare:

Für das weitere Verfahren sieht der Senat Anlass zu folgendem Hinweis:

Wegen der Verständlichkeit der Urteilsformel (vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 260 Rn 20) empfiehlt es sich, bei der rechtlichen Bezeichnung einer Tat, durch die mehrere Straftatbestände erfüllt sind, mit dem schwersten, den Strafraumen bestimmenden Delikt zu beginnen, zumal wenn es sich dabei wie hier um ein Verbrechen handelt.

Vor allem für Referendare:


Gericht: BGH	Entlassung eines Zeugen in Abwesenheit des Angeklagten	StPO § 247
Aktenzeichen: 2 StR 433/09		
Datum: 09.12.2009		

	Die gemäß § 247 StPO angeordnete Entfernung des Angeklagten erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über dessen Entlassung.
---	---

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats, an der dieser festhält, gehört die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen nicht mehr zur Vernehmung, sondern bildet einen selbstständigen Verfahrensabschnitt (vgl. zuletzt Beschl. v. 17. 6. 2009 – 2 Ars 138/09 mwN). Eine angeordnete Entfernung des Angekl. nach § 247 StPO erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über die Entlassung. Wird ein Angekl. – wie auch im vorliegenden Fall – erst nach der Entlassung einer Zeugin wieder in den Sitzungssaal geführt und über den Inhalt der Vernehmung unterrichtet, muss dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Vor allem für Referendare:

Gericht: OLG Hamm	Bei § 247 StPO ist stets ein förmlicher Gerichtsbeschluss nötig	StPO § 247
Aktenzeichen: 2 Ss 94/2009		
Datum: 17.03.2009		

	Auch, wenn der Angeklagte den Sitzungssaal während der Zeugenvernehmung freiwillig und mit Billigung seines Verteidigers verlassen hat, stellt dies, wenn ein entsprechender förmlicher Gerichtsbeschluss fehlt, einen Verstoß gegen § 230 StPO dar, der mit der Verfahrensrüge (vgl. § 338 Nr. 5 StPO) gerügt werden kann.
---	--

Angesichts der grundsätzlich zwingenden Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung (vergleiche § 230 StPO) hätte in seiner Abwesenheit die Verhandlung aber nur dann weitergeführt werden dürfen, wenn das Gericht gemäß § 247 S. 1 bzw. S. 2 StPO seine Entfernung durch förmlichen Gerichtsbeschluss, der in der Verhandlung hätte verkündet und begründet werden müssen (§§ 34, 35 StPO), angeordnet hätte (ständige Rechtsprechung des BGH: BGH, NJW 1953, 1925, 1926; NSStZ 2002, 44, 45). Dem liegt zugrunde, dass das Anwesenheitsrecht des Angeklagten dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) und damit seinem Schutz, der Möglichkeit uneingeschränkter Verteidigung sowie der Wahrheitsermittlung dient. Dazu gehört, dass der Angeklagte alle wesentlichen Teile der Hauptverhandlung, zu der grundsätzlich auch die Beweisaufnahme gehört, miterlebt, weil sich insbesondere auch aus dem Auftreten eines Zeugen, scheinbar nebensächlichen Äußerungen usw. Verteidigungsmöglichkeiten ergeben können (BGH, NJW 1961, 132; 1976, 1108) oder der Angeklagte durch ein formloses Vorgehen des Gerichts überrascht werden kann (BayObLG, MDR 1974, 420). Vor diesem Hintergrund ist § 247 StPO als eng auszulegende Ausnahmenvorschrift anzusehen, deren Anwendungsbereich streng auf den Gesetzeswortlaut beschränkt ist und die bei vorübergehender Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung ein formstrenge Vorgehen durch förmlichen Gerichtsbeschluss erfordert, dessen Begründung aus Transparenzgesichtspunkten alle tragenden Erwägungen für den Ausschluss enthalten muss. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof es sogar ausdrücklich für nicht ausreichend gehalten, wenn lediglich in geheimer Beratung ein Beschluss gefasst wurde, dieser jedoch - samt Begründung - nicht verkündet wurde. Denn erst mit der Verkündung des begründeten Beschlusses werde die erforderliche Klarheit für alle Verfahrensbeteiligten geschaffen (BGH, NJW 1976, 1108).

Der Geltendmachung der Rüge steht nicht entgegen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger die Entfernung des Angeklagten in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht nicht beanstandet haben. Dies träfe nur dann zu, wenn die Entfernung eine die Sachleitung betreffende Anordnung des Vorsitzenden im Sinne des § 238 II StPO darstellte, über die das Gericht auf die Beanstandung durch einen Prozessbeteiligten hin zu entscheiden hat. Wenn die Beanstandung in diesem Fall unterbleibt, kann die Unzulässigkeit der Anordnung nicht mehr mit der Revision

geltend gemacht werden (RGSt 71, 21). Die Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung ist aber keine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden im Sinne des § 238 II StPO, denn sie steht nicht dem Vorsitzenden zu, sondern ihre Anordnung bedarf von vorneherein - und gerade nicht erst auf Beanstandung hin - eines Gerichtsbeschlusses. Der Angeklagte kann daher die Unzulässigkeit seiner Entfernung aus der Hauptverhandlung auch dann geltend machen, wenn er oder sein Verteidiger sie in der Hauptverhandlung nicht beanstandet haben (vergleiche zu all dem bereits: BGH, NJW 1953, 1925, 1926).

Der Geltendmachung der Rüge steht auch nicht entgegen, dass der Angeklagte den Sitzungssaal während der Vernehmungen der Zeuginnen C. und J. H. - mit Billigung des Verteidigers - freiwillig verlassen hat. Die grundsätzlich zwingende Anwesenheitspflicht des Angeklagten (vergleiche § 230 StPO) steht - unabhängig von den in der Strafprozessordnung unter engen Voraussetzungen normierten Ausnahmen - nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten (vergleiche dazu: OLG Hamm, Beschluss vom 20. März 2007 – 3 Ss 541/06 -, zitiert nach juris Rn. 9 Strafe 2007, 292). Wie sich bereits aus § 338 Nr. 5 StPO ergibt, kann der Angeklagte nicht wirksam auf seine ihm vom Gesetz vorgeschriebene Anwesenheit verzichten (BGH, NSTZ 2002, 44, 45).

Die Geltendmachung der Rüge ist auch nicht wegen eines dem Angeklagten zurechenbaren dysfunktionalen Prozessverhaltens ausgeschlossen (sog. Rügeverwirkung oder -verzicht). Zwar hat der Angeklagte den Sitzungssaal freiwillig und vor allem ausweislich der Sitzungsniederschrift ausdrücklich mit Billigung seines Verteidigers verlassen, dies reicht aber zur Annahme einer Rügeverwirkung oder eines Rügeverzichts nicht aus. Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des - rechtsunkundigen - Angeklagten sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Auch hinsichtlich des Verteidigers sind keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein im Ergebnis eine/n Rügeverwirkung oder -verzicht nach sich ziehendes Verhalten zu erkennen. Da der Verteidiger nach seiner Stellung im Prozess lediglich im Hinblick auf seine Schutzaufgabe bezüglich des Mandanten „Garant für die Justizförmigkeit des Verfahrens“ ist (so ausdrücklich: ... Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... 25. Auflage, § 337 Rn. 282) und grundsätzlich die Gerichte, nicht aber die Verfahrensbeteiligten, für ein ordnungsgemäßes Verfahren verantwortlich sind ... (Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... § 337 Rn. 281), kommt eine solche ausschließlich bei spezifisch arglistigem Verhalten in Betracht, das heißt, wenn der Prozessbeteiligte den Verfahrensfehler absichtlich und mit dem Hintergedanken herbeigeführt hat, auf ihn gegebenenfalls die Revision zu stützen ... (Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... § 337 Rn. 282 a mit weiteren Nachweisen; vergleiche dazu auch: BGH, NSTZ 2002, 44, 45). Es reicht demnach nicht aus, wenn ein Verteidiger - ebenso, wie das Gericht - eine zwingende Verfahrensvorschrift übersehen oder verkannt hat (BGH, Entscheidung vom 13. Februar 1968 – 5 StR 706/67) oder einen Hinweis auf den Verfahrensverstoß an das Gericht unterlassen hat ... (Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... 337 Rn. 282), mag das Verhalten auch standesrechtlich bedenklich sein. Handelt es sich - wie vorliegend - um eine Verletzung unverzichtbarer Vorschriften, so spricht ferner gerade die Unverzichtbarkeit dafür, dass die Vorschrift für den Gang des Verfahrens derart wichtig ist, dass sogar selbst ein arglistiges Verhalten dem Beschwerdeführer das Rügerecht nicht nehmen kann ... (Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... § 337 Rn. 284 mit weiteren Nachweisen; a.A. wohl: BGH, NSTZ 1998, 209). Ob diese Ansicht zutrifft, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden, da jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten des - rechtsunkundigen - Angeklagten nicht ersichtlich sind. Selbst bei arglistigem Verhalten des Verteidigers darf dies jedenfalls dem Angeklagten nicht angelastet werden (BGH, Entscheidung vom 05. Januar 1972 – 2 StR 376/71 -, zitiert nach Juris Rn. 9 mit weiteren Nachweisen; ... Hanack, in: Löwe-Rosenberg, ... § 337 Rn. 284).


Bei Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes nach § 338 Nr. 5 StPO bedarf es grundsätzlich keiner Prüfung, ob das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruht. Ein Ausnahmefall, in dem jegliches Beruhen des Urteils auf der bloßen Abwesenheit des Angeklagten während wesentlicher Teile der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden kann, liegt nicht vor (vergleiche zu einem solchen Fall bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes: BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 – 4 StR 131/06 -, veröffentlicht bei juris), worauf die Generalstaatsanwaltschaft in Hamm in ihrer Stellungnahme vom 25. Februar 2009 zutreffend hingewiesen hat.

Anzeige




**Ihr Erfolg durch den JI-Examenskurs:
Hessen '09: 2 x „sehr gut“ – beide von JI !
Mainz '09: 9 der 10 Besten waren bei JI !**

Gericht: OLG Hamm	Zum Zeugnisverweigerungsrecht von Gehilfen des Arztes	StPO
Aktenzeichen: 5 Ws 24/09		§§ 53, 53a
Datum: 20.01.2010		

	Auch Krankenschwestern als Gehilfen des Arztes steht das Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53a I Nr. 3 StPO zu. Das Zeugnisverweigerungsrecht besteht jedoch nicht, soweit es sich um Informationen handelt, die weder im funktionalen (inneren) Zusammenhang mit der ärztlichen/pflegerischen Tätigkeit noch im Zusammenhang mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient stehen.
---	---

Gemäß § 53 I Nr. 1 StPO ist ein Arzt zur Verweigerung des Zeugnisses über das berechtigt, was ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist. Die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient erstreckt sich auf alles, was dem Arzt bei der Untersuchung oder Heilbehandlung anvertraut oder bekannt geworden ist, wozu die Identität des Patienten und die Tatsache seiner Behandlung (*BGH* NStZ 1985, 372) als auch die Tatsachen gehören, die der Arzt im Rahmen der Anbahnung des Beratungs- und Behandlungsverhältnisses vom Patienten erhält (*BGH* aaO). Einem Arzt stehen gemäß § 53a I StPO seine Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, da ansonsten der erstrebte Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Patient und Arzt durch die Vernehmung der Hilfspersonen des Arztes umgangen werden könnte. Dabei muss ein innerer (funktionaler) Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Arztes und seines Gehilfen bestehen, der daraus resultiert, dass der Arzt die Tätigkeit des Gehilfen ohne die organisationsbedingte Arbeitsteilung mit erledigen müsste, um die Behandlung des Patienten durchführen zu können. Die von dem Gehilfen bei seiner Tätigkeit erlangte Kenntnis beruht auf der ärztlichen Behandlung (*OLG Oldenburg* NJW 1982, 2615). Insoweit ist anerkannt, dass auch Krankenschwestern als Gehilfen des Arztes das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I StPO in Anspruch nehmen können (Meyer-Goßner, § 53a Rn 5). Wie sich allerdings aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, erstreckt sich das Recht zur Zeugnisverweigerung nicht auf Tatsachen, von denen der Arzt bzw. dessen Gehilfe zwar bei Gelegenheit der Berufsausübung erfahren hat, nicht aber in seiner Eigenschaft als Arzt/Gehilfe. Deshalb ist ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht anzuerkennen, soweit es sich um Informationen handelt, die weder im funktionalen (inneren) Zusammenhang mit der ärztlichen/pflegerischen Tätigkeit noch im Zusammenhang mit diesem Vertrauensverhältnis stehen.

Gericht: LG Magdeburg	Arbeitgeber machen sich bei Zahlung von Dumpinglöhnen strafbar	StGB
Aktenzeichen: 21 Ns 17/09		§ 266a
Datum: 29.06.2010		

	Arbeitgeber machen sich gem. § 266a I StGB wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt strafbar, wenn sie Arbeitnehmern nicht den gesetzlichen Mindestlohn zahlen. Denn sie führen in diesem Fall weniger Sozialversicherungsbeiträge ab, als sie es auf der Grundlage des Mindestlohns müssten, und fügen dadurch den Arbeitnehmern und den Sozialkassen einen Schaden zu.
---	--

Sachverhalt: Der Angeklagte war Pächter von Toilettenanlagen auf Autobahnraststätten und Autohöfen, die er rund um die Uhr sauber halten musste. Als Reinigungskräfte setzte er Frauen aus der ehemaligen Sowjetunion auf Minijob-Basis ein. Die Frauen mussten jeweils 14 Tage lang täglich zwölf Stunden arbeiten und erhielten hierfür neben freier Kost und Logis 60 bis 170 € monatlich. Dies entspricht einem Stundenlohn zwischen knapp unter 1,00 € und 1,79 €. Der allgemeinverbindliche und damit gesetzliche Mindestlohn betrug im Tatzeitraum mindestens 7,68 €. Zu seiner Verteidigung machte der Angeklagte geltend, dass die Reinigungskräfte lediglich zwei bis drei Stunden am Tag hätten putzen müssen und die restliche Zeit der Zwölf-Stunden-Schicht nur Bereitschaftszeit oder sogar Freizeit gewesen sei.

AG und LG sprachen den Angeklagten zunächst frei. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob das OLG den Freispruch auf und verwies die Sache an das LG zurück, das den Angeklagten daraufhin zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu je 10,- € verurteilte.

Lösung: Der Angeklagte hat sich in 18 Fällen gem. § 266a I StGB strafbar gemacht.

§ 266a I StGB verbietet es Arbeitgebern unter Androhung einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vorzuenthalten – und zwar


unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird. Bei der Festsetzung der an die Sozialkassen abzuführenden Beiträge ist nicht auf den tatsächlich gezahlten (geringeren) Lohn abzustellen, sondern auf den (höheren) Mindestlohn, der den Arbeitnehmerinnen zustand.

Nach diesen Grundsätzen hat der Angeklagte gegen die Strafnorm verstoßen. Er hat den Reinigungskräften einen unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegenden Lohn gezahlt und entsprechend niedrigere Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Hierdurch ist den Sozialkassen ein Schaden von rund 69.000 € entstanden. Im Übrigen sind Stundenlöhne unter 1,- € ganz offensichtlich unangemessen und sittenwidrig. Entgegen dem Vortrag des Angeklagten ist auch nicht davon auszugehen, dass die Reinigungskräfte nur zwei bis drei Stunden täglich arbeiten mussten.

Bei der Festsetzung der vergleichsweise milden Strafe ist berücksichtigt worden, dass der Angeklagte bislang nicht vorbestraft war und seine Firma sich mittlerweile in Insolvenz befindet. Auch die überlange Verfahrensdauer wirkte sich insoweit zugunsten des Angeklagten aus.

Öffentliches Recht

Gericht: VGH Mannheim	BauR: Rücksichtnahmegebot und Bewahrung des Gebietscharakters	BauNVO
Aktenzeichen: 3 S 1057/09		§ 15 I 1
Datum: 26.08.2009		

	§ 15 I 1 BauNVO enthält mit Blick auf das konkrete Vorhaben nicht nur das Gebot der Rücksichtnahme, wie es auch dem § 15 I 2 BauNVO innewohnt, sondern vermittelt - unterhalb der Ebene des aus dem Gebot der Gebietsverträglichkeit hergeleiteten Anspruchs auf Bewahrung des Gebietscharakters - daneben auch einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets; hierbei kommt es nicht darauf an, ob ein im Baugebiet ansässiger Nachbar durch das Vorhaben konkret unzumutbar beeinträchtigt wird (Anschluss an BVerwG, NVwZ 2002, 1384 = NJW 2003, 531 L).
--	---

Die Eigenart eines einzelnen Baugebiets im Sinne von § 15 I BauNVO ergibt sich nicht allein aus den typisierenden Regelungen der BauNVO; nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich die Eigenart eines in einem Bebauungsplan festgesetzten Gebietes abschließend erst bestimmen, wenn zusätzlich auch die jeweilige örtliche Situation, in die ein Gebiet „hineingeplant“ worden ist, und der jeweilige Planungswille der Gemeinde, soweit dieser in den zeichnerischen und textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans unter Berücksichtigung der hierfür gegebenen Begründung zum Ausdruck gekommen ist, berücksichtigt werden. Bei unbeplanten Gebieten im Sinne von § 34 II BauGB ist dementsprechend auf den sich aus den örtlichen Verhältnissen ergebenden besonderen Gebietscharakter des konkreten Baugebiets abzustellen (BVerwG, , ZfBR 2009, 376).


Bei der Beurteilung, ob das Vorhaben des Beigeladenen nach Maßgabe des § 15 I 1 BauNVO im faktischen Plangebiet ausnahmsweise zulässig ist, ist nicht nur die regelhafte Zulässigkeit nach § 8 II BauNVO, sondern erst recht der vom Ordnungsgeber vorgesehene Ausnahmereich des 8 III BauNVO in den Blick zu nehmen. Zwischen der jeweiligen spezifischen Zweckbestimmung des Baugebietstypus und dem jeweils zugeordneten Ausnahmekatalog besteht ein gewollter funktionaler Zusammenhang. Das bedeutet: Die normierte allgemeine Zweckbestimmung ist auch für die Auslegung und Anwendung der tatbestandlich normierten Ausnahmen bestimmend (BVerwGE 116, 155). Diese Erwägungen betreffen zwar in erster Linie die Frage, ob das zur Genehmigung gestellte Vorhaben nach seiner Typik den der Einzelfall-Korrekturvorschrift des § 15 BauNVO rechtlich vorgelagerten Anforderungen des (ungeschriebenen) Gebots der Gebietsverträglichkeit entspricht (BVerwG, NVwZ 2008,786). Da aber § 15 I 1 BauNVO ebenfalls der Aufrechterhaltung der gebietstypischen Prägung dient (BVerwG NVwZ 2002, 1384) hat der Senat keine Bedenken, diese Erwägungen bei der Gesamtbetrachtung und bei der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse in der näheren Umgebung des beabsichtigten Vorhabens mit in den Blick zu nehmen.

Anzeige



Ihr Begleiter im Studium: Die neuen JI-Skripte!
* von erfahrenen Dozenten geschrieben *

Gericht: VGH Mannheim	Fortsetzungsfeststellungsinteresse: Wiederholungsgefahr	VwGO § 113 I 4
Aktenzeichen: 1 S 1997/08		
Datum: 15.10.2009		

	Für die Annahme einer Wiederholungsgefahr ist nicht die Prognose erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrunde liegen werden, wie dies vor Erledigung des Verwaltungsakts der Fall war. Für das Feststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der hierfür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können.
---	---

A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Zusammenhang mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht, wenn der angefochtene oder begehrte Verwaltungsakt sich erledigt hat und daher nach § 43 II VwVfG keine Wirkungen mehr entfaltet, so dass weder die nachträgliche Aufhebung noch der nachträgliche Erlass des Verwaltungsaktes wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen. Das Klagebegehren richtet sich dann im Wege einer Klageänderung, die nach § 91 I VwGO als stets sachdienlich möglich ist, auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes oder seiner Ablehnung.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Klagegegenstand muss ein Verwaltungsakt sein. Nach dessen Erledigung sind folgende Konstellationen denkbar.

1. Erledigung einer Anfechtungsklage nach Klageerhebung

In § 113 I 4 VwGO ist der Fall geregelt, dass die Erledigung während einer schon anhängigen Anfechtungsklage eintritt.

2. Erledigung in Anfechtungssituation vor Klageerhebung

Tritt in der Anfechtungssituation das erledigende Ereignis vor Klageerhebung ein, wird § 113 I 4 VwGO analog angewendet.

3. Erledigung einer Verpflichtungsklage nach Klageerhebung

Begehrt der Kläger den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes und erledigt sich dieses Begehren während des Klageverfahrens, ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO möglich.

4. Erledigung einer Verpflichtungsklage vor Klageerhebung

Erledigt sich das Begehren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes vor der Erhebung der Klage, so wird § 113 I 4 VwGO im Wege der Doppelanalogie angewendet.

II. Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen der ursprünglich einschlägigen Klageart

1. bei Erledigung nach Klageerhebung

Die erhobene Klage (Anfechtungs- / Verpflichtungsklage) muss bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig gewesen sein. Es müssen also die besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen dieser Klagen vorgelegen haben.

2. bei Erledigung vor Klageerhebung

Ein Vorverfahren ist entbehrlich, soweit die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, da dann der Sinn und Zweck der Selbstkontrolle nicht mehr erreicht werden kann.

Eine solche Feststellungsbefugnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes kommt nur dem Gericht zu. Auf die Einhaltung der ursprünglichen Klagefrist kommt es nicht an. Die Prüfung der Klagebefugnis entfällt ebenfalls. Es ist allein das besondere Feststellungsinteresse zu prüfen.

III. Klagefrist

Fraglich ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist läuft. Eine m.M. geht davon aus, dass für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist von 1 Jahr läuft und will dies daraus herleiten, dass bezüglich der Möglichkeit einer solchen Klage eine Rechtsbehelfsbelehrung stets fehlt und daher § 58 II VwGO eingreift. Die h.M. lehnt diesen Ansatz ab. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht

denkbar. Darüber hinaus verlängert § 58 II VwGO lediglich eine sonst vorgesehene Frist. Eine solche läuft aber für die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich nicht, so dass auch die Verlängerungsvorschrift des § 58 II VwGO keine Relevanz haben kann. Im Übrigen besteht, da ohnehin Erledigung eingetreten ist, auch kein Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung. Solange ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, kann auch die Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden

IV. Das besondere Feststellungsinteresse

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein

- gleichartiger VA in
- absehbarer Zeit wieder gegen den Kläger ergehen wird.

Hat sich ein VA erledigt, so ist seine rechtlichen Wirkungen entfallen und es besteht grundsätzlich kein Interesse mehr an gerichtlicher Klärung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Kläger bald wieder mit einem entsprechenden VA überzogen wird. Hier besteht zur Verhinderung einer Wiederholung ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war.

2. Rehabilitationsinteresse

Ein Rehabilitationsinteresse ist gegeben, wenn der erledigte VA weiterhin objektiv diskriminierende Wirkungen entfaltet.

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv diskriminierende Wirkungen, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Insofern reicht jedoch das ideelle Interesse an der bloßen Feststellung, dass die Behörde im Unrecht war, nicht aus. Auch ist es unzureichend, wenn der Kläger sich nur subjektiv diskriminiert fühlt, ohne dass von dem VA objektiv diskriminierende Wirkungen ausgehen. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der Menschenwürde oder des Persönlichkeitsrechts an.

3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen will.

In diesem Fall besteht ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das VG, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint.

Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess entweder schon anhängig oder aber mit Sicherheit zu erwarten ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs nicht von vornherein aussichtslos erscheinen.

Darüber hinaus sieht die neuere Rechtsprechung ein Rechtsschutzinteresse nur dann, wenn der Kläger ohne die Möglichkeit der FFS-Klage um die Früchte des Prozesses gebracht würde. Diese Fallgruppe scheidet daher letztlich immer schon dann aus, wenn überhaupt noch keine Klage vor dem VG erhoben wurde, also ein Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegt. Aber selbst die Klageerhebung trägt noch nicht automatisch Früchte, es muss bereits etwas im Prozess erreicht worden sein.

4. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine Rechtsschutzlücke entstehen würde (vgl. BVerfGE 81, 138 [140 f.]; 96, 27 [40]; BVerfG, NJW 2002, 2456; st. Rspr.). Dies gilt selbst dann, wenn eine summarische Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist, da Art. 19 IV GG einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache gewährt (vgl. BVerfG, NJW 2004, 2510 [2511]).

B. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage wegen Wiederholungsgefahr (VGH Mannheim in VBIBW 2010, 153)

Sachverhalt: Die Klägerin, Veranstalterin eines nichtkommerziellen Hörfunkprogramms, begehrt die Feststellung, dass die Duldung der vorübergehenden Nutzung einer Übertragungskapazität durch einen Mitbewerber rechtswidrig war.

Mit Bescheiden vom 24.11.2003 wies die Beklagte die Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW, die für nichtkommerzielle Hörfunkprogramme (§ 20 I 2 Nr. 3 LMedienG BW) und - mit einem Sendezeitanteil von 45 Wochenstunden - für sogenannte Lernradios (§ 20 I 2 Nr. 4 LMedienG BW) ausgeschrieben worden war, den drei Bewerbern wie folgt zu: Die Übertragungskapazität für ein Lernradioprogramm wurde dem IFM - mit einem Sendezeitanteil von 25 Stunden in den Zeiten von montags bis freitags von 7:00 bis 12:00 Uhr sowie der Beigeladenen mit einem Sendezeitanteil von 20 Stunden in den Zeiten von montags bis donnerstags von 17:00 bis 22:00 Uhr zugewiesen. Der verbleibende Sendezeitanteil von 123 Stunden wurde der Klägerin zur Verbreitung eines nichtkommerziellen Hörfunkprogramms zugewiesen. Gegen die sie beschwerende Zuweisungsentscheidung erhob die Klägerin nach erfolglosem Widerspruch Klage.

Nachdem das IFM im Jahr 2005 den Sendebetrieb aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten eingestellt hatte, verzichtete das IFM mit Schreiben vom 13.04.2006 auf die Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW. Mit einem an die Klägerin und die Beigeladene gerichteten Bescheid vom 27.04.2006 stellte die Beklagte daraufhin diesen Sachverhalt fest (Ziff. 1) und führte aus, dass geduldet werde, dass die Beigeladene ihr Programm gemäß Zulassung vom 24.11.2003 vorübergehend in der Zeit ab dem 01.05.2006 auf zuvor dem IFM zugewiesenen Frequenzen und Sendezeiten verbreite; die Duldung ende mit der Zuweisung der genannten Kapazität nach erfolgter Neuausschreibung und Neulizenzierung (Ziff. 2). Der Antrag der Klägerin wurde abgelehnt (Ziff. 3).

Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 08.08.2006, zugestellt am 10.06.2006, zurück. Die Klägerin hat am 08.09.2006, einem Montag, Klage zum Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben und die Aufhebung der Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Bescheids beantragt. Nachdem die Beklagte im Laufe des Klageverfahrens die Frequenzen in Karlsruhe und Bruchsal neu ausgeschrieben und mit Bescheid vom 13.12.2007 der Beigeladenen zugewiesen hatte, hat die Klägerin hilfsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids beantragt. Ist die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig?

Lösung:

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO bei einem Streit um Rundfunklizenzen ohne weiteres eröffnet. Vorliegend geht es um die Konstellation der Erledigung der Anfechtung eines belastenden Verwaltungsaktes nach Erhebung der Anfechtungsklage gem. § 113 I 4 VwGO, so dass die Klage auch statthaft ist, da sich durch die Neuzuweisung der vorübergehende Duldungsbescheid erledigt hat und damit nach § 43 II VwVfG unwirksam geworden ist.

Da ein Fall der Erledigung nach Klageerhebung vorliegt, muss die ursprünglich erhobene Klage zulässig gewesen sein. Das erforderliche Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO wurde durchgeführt. Die Klagefrist von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheides (§ 74 VwGO) endete rechnerisch bei Zustellung am 10.08.2006 am 10.09.2006. Dieser Tag fiel jedoch auf einen Sonntag, so dass die Klagefrist nach § 57 II VwGO i.V.m. § 222 II ZPO am 11.09.2006 ablief und die Klage daher noch fristgerecht war.

Fraglich ist jedoch, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht.

I. Besonderes Interesse wegen Grundrechtseingriff

Es spricht allerdings vieles dafür, dass hier nicht schon der geltend gemachte Eingriff in die verfahrensrechtlichen Schutzwirkungen des Grundrechts der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 I 2 GG verbunden mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz dieses Interesse begründet. Weder dürfte davon auszugehen sein, dass bei einer Verfügung, mit der die Nutzung einer Frequenz vorübergehend geduldet wird, Rechtsschutz in der Hauptsache typischerweise nicht zu erlangen ist (vgl. zu solchen Fallkonstellationen BVerfG, ZIP 2008, 2027), noch dürfte dem Verwaltungsgericht eine rechtsstaatswidrige überlange Verfahrensdauer vorzuhalten sein, aus der Gründe für die Abweisung des Rechtsschutzbegehrens als unzulässig nicht abgeleitet werden dürfen.

II. Besonderes Interesse wegen Wiederholungsgefahr


Von einer solchen Situation ist auszugehen, wenn die hinreichend bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt

ergehen wird. Wegen des Gebots, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, ist dabei allerdings nicht die Prognose erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrunde liegen werden, wie dies vor Erledigung des Verwaltungsakts der Fall war. Für das Feststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der hierfür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können (vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 2008, 571 f; NVwZ-RR 2009, 588 [589]).

Hiernach scheidet die Annahme einer Wiederholungsgefahr nicht daran, dass sich die Zuweisungsentscheidung in einer Konkurrenzsituation jeweils nach den Verhältnissen des konkreten Einzelfalles richtet. Denn die Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten betreffen bereits grundlegende verfahrensrechtliche Fragen der streitigen Duldungsverfügung. Auch vor diesem Hintergrund kann eine Wiederholungsgefahr zwar entgegen dem Vortrag der Klägerin nicht mit der Erwartung begründet werden, dass die Beigeladene die ihr mittlerweile im Anschluss an die vorläufige Zuweisung endgültig bis zum 31.12.2011 zugewiesene Frequenz wegen finanzieller oder inhaltlicher Unzulänglichkeiten zurückgeben oder die Beklagte ein Widerrufsverfahren einleiten wird. Das Programm der Beigeladenen weist keine Defizite auf, die eine solche Annahme rechtfertigen könnten. Die Beklagte hat jedoch mittlerweile eine weitere Duldung und wiederum zum Nachteil der Klägerin erteilt. Nachdem das Verwaltungsgericht die mit Bescheid vom 24.11.2003 an die Beigeladene verfügte Zuweisung der Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW, mit einem Sendezeitanteil von 20 Stunden von montags bis donnerstags von 17:00 bis 22:00 Uhr auf die zulässige Klage der Klägerin aufgehoben hat, hat die Beklagte diese Frequenz wie auch zuvor ohne vorherige Ausschreibung und ohne Mitwirkung des Medienrats einstweilen der Beigeladenen zur Verfügung gestellt. Ein fortbestehendes Interesse an der rechtlichen Überprüfung des von der Klägerin angefochtenen Bescheids kann hiernach nicht verneint werden.

Ergebnis: Eine Wiederholungsgefahr besteht, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist gegeben. Die Umstellung des Antrags auf die Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher als stets nach § 91 I VwGO sachdienlich zu erachtende Klageänderung zulässig.

Gericht: BVerwG	Voraussetzungen und Folgen vorläufiger Subventionsbescheide	VwVfG
Aktenzeichen: 3 C 7.09		§ 49a III
Datum: 19.11.2009		

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Die Aufzählung von Typen von Nebenbestimmungen in § 36 II VwVfG ist nicht in dem Sinne abschließend, dass die Verwaltung an der Entwicklung weiterer Typen von Nebenbestimmungen gehindert wäre. 2. Eine vorläufige Regelung ist zulässig, wenn im Zeitpunkt der Regelung über die zu treffende endgültige Entscheidung eine rechtliche oder tatsächliche Ungewissheit besteht, die auch nicht im Wege einer Prognose zu beseitigen ist. 3. Mit Erlass der endgültigen Regelung verliert ein vorläufiger Bescheid seine Wirksamkeit; an seine Stelle tritt der endgültige Bescheid, und zwar regelmäßig rückwirkend. 4. In einem solchen Fall ist der zu erstattenden Betrag grundsätzlich analog § 49a III 1 VwVfG zu verzinsen. 5. Es steht der Behörde nicht frei, eine zunächst mit Recht nur unter Vorbehalt getroffene Regelung beliebig lange aufrecht zu erhalten. Sie muss dann analog § 49a III 2 VwVfG auch berücksichtigen, ob, in welchem Ausmaß und aus welchem Grund der Erlass der endgültigen Entscheidung verzögert worden ist.
---	--

Sachverhalt: Die Klägerin betreibt ein Busunternehmen im öffentl. Personennahverkehr. Auf ihren Antrag hin bewilligte ihr der Bekl. für den beabsichtigten Neubau eines Omnibusbetriebshofs in W. für 71 Buseinheiten mit Zuwendungsbescheid v. 19.12.1986 eine Zuwendung im Wege der Anteilsfinanzierung in Höhe von 85 % der zuwendungsfähigen Gesamtkosten, die auf der Grundlage der Angaben im Antrag vorläufig auf 10.534.200 DM festgestellt wurden. Dem Bescheid waren u. a. die "Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)" beigefügt, die als Anlage zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 LHO erlassen worden waren und deren Ziff. 2 auszugsweise lautete:

Ermäßigen sich nach der Bewilligung die in dem Kosten- und Finanzierungsplan veranschlagten Gesamtausgaben für den Zweckzweck..., so ermäßigt sich die Zuwendung bei Anteilsfinanzierung anteilig ...

Aufgrund des genannten Zuwendungsbescheides wurden zunächst 2 Mio. DM ausbezahlt. Weitere gleichartige Bewilligungen folgten, zuletzt mit Bescheid v. 16.12.1988. Die Klägerin stellte nur Abstellplätze für 38 Buseinheiten her und nahm den Omnibusbetriebshof im Jahre 1989 in Betrieb. 1991 entschied sie, für 33 weitere Buseinheiten in B. einen anderen Omnibusbetriebshof zu errichten; dieses Vorhaben wurde 2002 verwirklicht und ebenfalls durch Zuwendungen des Bekl. gefördert. Infolge dieser Änderung des Vorhabens entstanden für den Betriebshof in W. geringere Kosten als veranschlagt. Nach abschließender Prüfung der Verwendungsnachweise und Anhörung der Klägerin stellte der Bekl. mit "Schlussbescheid" v. 12.06.2003 die zuwendungsfähigen Gesamtkosten auf 8.747.322 DM fest, ermittelte unter Zugrundelegung des Fördersatzes von 85 % den endgültigen Zuwendungsbetrag mit 7.435.224 DM und forderte zuviel gezahlte 883.407 DM = 451.679 EUR zzgl. Zinsen für die Zeit v. 01.01.1988 bis zum 26.05.2003 zurück. Mit Änderungsbescheid v. 22.09.2003 wurden die Zinsen für diesen Zeitraum neu berechnet und auf insgesamt 380.143,05 EUR festgesetzt.

Die Klägerin hat gegen die genannten Bescheide Klage erhoben, soweit darin Zinsen für die Zeit v. 01.01.1988 bis zum 17.09.2001 festgesetzt wurden; den Schlussbescheid im Übrigen hat sie nicht angefochten.

Sind die zulässigen Anfechtungsklagen, die im Wege einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO zusammen erhoben werden können, begründet?

Lösung:

Die Klagen sind nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Rückforderungsbescheide hinsichtlich des Zinsanspruchs rechtswidrig sind und den Kläger in seinen Rechten verletzen. Da der Kläger als Adressat des belastenden Verwaltungsaktes bei dessen Rechtswidrigkeit stets in seinen Rechten verletzt ist, kommt es also maßgeblich auf die Rechtswidrigkeit der Rückforderungsbescheide an.

I. Ermächtigungsgrundlage

Eine Befugnis zur Rückforderung von Leistungen nach Widerruf eines Verwaltungsaktes ergibt sich aus § 49a I LVwVfG (vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG HB, § 49a VwVfG Hess § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 49a VwVfG Bund).

Ein zu erstattender Betrag ist nach § 49a III LVwVfG BW mit 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem Eintritt der Unwirksamkeit zu verzinsen.

II. formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken

III. materielle Rechtmäßigkeit

Der zu erstattende Betrag ist nach § 49a III LVwVfG ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit zu verzinsen. Es kommt daher darauf an, aufgrund welchen Umstandes die Unwirksamkeit eingetreten ist und wann dies der Fall war.

1. Unwirksamkeitsgrund

Der vorläufige Zuwendungsbescheid könnte seine Wirkung dadurch verloren haben, dass er durch den Schlussbescheid ersetzt wurde.

Der Bekl. hat das Subventionsverhältnis zunächst durch den Zuwendungsbescheid geregelt, der aber hinsichtl. der zuwendungsfähigen Gesamtkosten und infolgedessen hinsichtl. des genauen Förderbetrages unter den Vorbehalt der späteren Festsetzung gestellt und damit auf eine Ergänzung durch einen weiteren Verwaltungsakt (VA) angelegt war, durch den die Zuwendung in den offen gehaltenen Punkten abschließend geregelt werden sollte. Dieser weitere VA ist mit dem - nicht zufällig so genannten - „Schlussbescheid“ ergangen. Dessen Begründung vermerkt in Ziff. 4 daher ausdrücklich, dass der Schlussbescheid die Ausgangsbewilligung ersetzt.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer vorläufigen Regelung

Dies führt jedoch nur dann auch zu einer im Rahmen des § 49a III LVwVfG relevanten Unwirksamkeit, wenn eine solche Regelungsweise zulässig ist.

Ein dahingehendes Verbot lässt sich namentlich nicht mit der Überlegung begründen, das Gesetz kenne den "vorläufigen VA" nur in den speziell geregelten Fällen, nicht aber als allgemeine Regelungsform. Auch der „vorläufige VA" ist ein VA i. S.d. §§ 35 ff. VwVfG. Seine Besonderheit liegt nicht in seiner Art oder Form, sondern allein in seinem Regelungsinhalt. Genauer ist daher nicht von einem "vorläufigen VA" zu sprechen, sondern von einem **VA, der eine nur vorläufige Regelung trifft.**

Eine vorläufige Regelung in einem endgültigen VA wäre jedoch unzulässig, wenn dies im Subventionsrecht gesetzlich untersagt wäre.

Es gibt im vorliegenden Zusammenhang des Subventionsrechts keine gesetzl. Bestimmung, die der Behörde eine derartige Regelung verbieten würde. Ein solches Hindernis ergibt sich namentlich nicht aus § 36 11 VwVfG. Zwar spricht viel dafür, in dem Vorbehalt späterer endgültiger Entscheidung eine Regelungsweise zu sehen, die die innere Wirksamkeit der Hauptregelung selbst betrifft und insofern mit Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt (§ 36 II Nrn. 1 bis 3 VwVfG) verwandt ist. Die Aufzählung von Typen von Nebenbestimmungen in § 36 II VwVfG ist aber nicht in dem Sinne abschließend, dass die Verwaltung an der Entwicklung weiterer Typen von Nebenbestimmungen gehindert wäre, selbst wenn die Voraussetzungen des § 36 I und III VwVfG gegeben sind.

b) Voraussetzungen für Zulässigkeit einer vorläufigen Regelung

Eine vorläufige Regelung ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

Der Bekl. hat sich einer Regelungsweise bedient, die auf dem Hintergrund gesetzl. Vorbilder in der Praxis sowie in Lit. und Rspr. für Situationen entwickelt worden war, bei denen im Zeitpunkt der Regelung über die zu treffende endgültige Entscheidung noch Ungewissheit besteht, sei es, weil die Rechtslage noch ungeklärt ist (vgl. § 165 AO), sei es, weil - wie hier - eine endgültige Ermittlung des Sachverhalts noch nicht möglich ist (vgl. § 164 AO, § 74 Abs. 3 VwVfG sowie allgemein U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs. VwVfG. Rn. 243 ff. zu § 35 VwVfG m. w N.). Das ist bei einer tatsächl. Ungewissheit nur dann der Fall, wenn sie Umstände betrifft, die erst künftig eintreten und die nach dem Gesetz auch nicht im Wege einer Prognose zu schätzen sind (insofern mit Recht zurückhaltend BSG, DVB11988, 449). Die Befugnis der Behörde, deswegen eine lediglich vorläufige Regelung zu treffen, war gerade für den Sachbereich des Subventionsrechts drei Jahre vor Erlass des Zuwendungsbescheides vom BVerwG ausdrücklich anerkannt (BVerwGE 67, 99) und kurz zuvor nochmals bekräftigt worden (BVerwGE 74, 357, 365).

c) Vorliegen der Voraussetzungen für vorläufige Regelung

Diese Voraussetzungen lagen vor.

Die maßgeblichen zuwendungsfähigen Gesamtkosten standen im Zeitpunkt des Zuwendungsbescheides nicht fest und waren nach dem Gesetz auch nicht im Wege einer Prognose zu schätzen. Dem Bekl. war daher unbenommen, sie zunächst nur vorläufig anzusetzen.

2. Rechtsfolgen der Ersetzung der vorläufigen Regelung

Fraglich ist weiterhin, welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Behörde die zunächst vorläufige Regelung durch eine endgültige Regelung ersetzt.

Der Vorbehalt endgültiger Regelung bewirkt, dass die Behörde die vorläufige Regelung im Ausgangsbescheid durch die endgültige Regelung im Schlussbescheid ersetzen kann, ohne insoweit an die Einschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG gebunden zu sein. Wie der Senat entschieden hat, besteht der Regelungsinhalt des Ausgangsbescheides insoweit darin, dass der Begünstigte die empfangene Beihilfe nur vorläufig bis zum Erlass der endgültigen Entscheidung behalten darf. Deshalb geht die Bindungswirkung eines solchen VA nicht dahin, dass er eine Rechtsgrundlage für das endgültige Behalten der Beihilfe bildet. Das bedeutet, dass es bei der späteren endgültigen Regelung keiner Aufhebung der unter Vorbehalt ergangenen Bewilligung bedarf (OVG Münster, NVwZ 1991, 588, 589).

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin durch den Zuwendungsbescheid hinsichtlich der Bewilligung der Förderung selbst und hinsichtl. der Berechnungsmodalitäten - namentlich hinsichtl. des Fördersatzes - bereits eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat.

Die Vorläufigkeit muss sich nicht auf den ersten Bescheid insgesamt beziehen, sondern kann auf einzelne Aspekte beschränkt sein (vgl. § 165 AO). Auch wenn daher die Behörde einen unter Vorbehalt gestellten VA später durch einen Schlussbescheid ersetzt, so kommt doch eine inhaltlich abweichende Regelung im Schlussbescheid - außer in den Fällen der §§ 48, 49 VwVfG - nur in Betracht, wenn sie aus den Gründen ergeht, wegen derer die frühere unter Vorbehalt gestellt wurde.

Der Schlussbescheid hat nicht nur verfügt, dass er die Ausgangsbewilligung ersetzt, sondern auch, dass die

Ausgangsbewilligung im Umfang der Zuvielzahlung mit Wirkung v. 31.12.1987, also rückwirkend, unwirksam wurde (Ziff. 1 der Entscheidungsformel). Das war rechtmäßig; es entspricht der gewählten Regelungsweise einer Kombination aus vorläufigem und endgültigem Bescheid. Wie erwähnt, verliert ein vorläufiger Bescheid mit Erlass der endgültigen Regelung seine Wirksamkeit; an seine Stelle tritt der endgültige Bescheid, und zwar regelmäßig rückwirkend (vgl. OVG Münster, a.a.O.). Vertrauensschutz des Betroffenen steht dem nicht entgegen. Es liegt gerade im Wesen der Vorläufigkeit, dass Vertrauen auf die Endgültigkeit der Regelung nicht entstehen kann. Wenn § 49 Abs. 3 VwVfG sogar einen rückwirkenden Widerruf gestattet, steht einer rückwirkenden Beseitigung der Wirkungen des vorläufigen Bescheides erst recht nichts entgegen.

3. Verzinslichkeit des Erstattungsbetrages

Fraglich ist jedoch, ob der bestehende und von der Klägerin auch nicht angegriffene Erstattungsanspruch verzinslich ist.

a) kein allgemeiner Zinsanspruch

Im Allgemeinen umfassen öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche etwa gezogene Zinsen, jedoch ist der Erstattungsanspruch selbst nicht zu verzinsen, solange nicht die Voraussetzungen für die Zahlung von Prozesszinsen gegeben sind. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts, wonach Geldschulden im Allgemeinen oder Erstattungsbeträge im Besonderen vom Schuldner zu verzinsen sind. Vielmehr bedarf es dazu einer gesetzl. Regelung (ständ. Rspr.; BVerwGE 71, 48, 53).

b) Anwendbarkeit des § 49a III LVwVfG

Eine solche gesetzl. Regelung findet sich in § 49 a III LVwVfG.

§ 49a LVwVfG hat gerade die Rückabwicklung von Überzahlungen in Subventionsverhältnissen im Blick. Dass § 49a I 1 LVwVfG als Gründe für das Entstehen einer Erstattungspflicht lediglich die Rücknahme, den Widerruf und den Eintritt einer auflösenden Bedingung nennt, rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber damit anders begründete Erstattungspflichten privilegieren und von der Zinspflicht ausnehmen wollte. Dies gilt namentlich für einen Erstattungsanspruch, der durch die Ersetzung einer nur vorläufigen Subventionsgewährung durch eine endgültige Regelung begründet wird, denn diese rechtl. Möglichkeit wurde erst durch ein nach Erlass des Gesetzes verkündetes Urteil des BVerwG v. 14.04.1983 anerkannt.

Für eine Privilegierung derart begründeter Erstattungspflichten fehlt jeder sachliche Grund. Die Interessenlage zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger ist vielmehr dieselbe wie in den in § 49 a II LVwVfG genannten Fällen:

Dem Zuwendungsempfänger ist die Zweckbestimmung der Zuwendung bekannt; er verdient keinen Vertrauensschutz, wenn die Zuwendung nicht zweckentsprechend verwendet wird. Vielmehr schuldet er über die Erstattung der Zuwendung hinaus auch Herausgabe der Nutzungen, die er aus dem empfangenen Geldbetrag gezogen hat oder ziehen konnte, in der Form von Zinsen (vgl. BVerwGE 116, 332, 335 f.). Dabei muss bedacht werden, dass der Begünstigte einer nur vorläufigen Bewilligung einer Zuwendung noch weniger Schutz verdient als der Begünstigte einer endgültigen Bewilligung, weil er von vornherein um die Unsicherheit seiner Rechtsstellung weiß. Sieht § 49 a III VwVfG die Pflicht zur Verzinsung eines zu erstattenden Betrages im Falle des rückwirkenden (Teil-)Widerrufs einer endgültigen Bewilligung vor, so muss dasselbe erst recht im Falle der rückwirkenden Ersetzung einer lediglich vorläufigen Bewilligung durch einen endgültigen Bescheid in niedrigerer Höhe gelten, zumal der Subventionsempfänger regelmäßig ausdrücklich auf die Zinspflicht hingewiesen wurde (vgl. Ziff. 8.4 ANBest-P).

§ 49a III LVwVfG ist daher auf den vorliegenden Fall analog anwendbar. Die Klägerin ist grundsätzlich zu einer Erstattung von Zinsen in der geltend gemachten Höhe verpflichtet.

c) Absehen von der Geltendmachung, § 49a III 2 LVwVfG

§ 49a 2 LVwVfG erlaubt der Behörde, von der Geltendmachung der Zinsforderung nach ihrem Ermessen abzusehen.

Eine analoge Anwendung von § 49a III 1 LVwVfG zieht in der Konsequenz auch eine entsprechende Anwendung von § 49 a III 2 LVwVfG nach sich. In deren Rahmen muss - über die dort ausdrücklich geregelten

Voraussetzungen hinaus - die Behörde auch berücksichtigen, ob, in welchem Ausmaß und aus welchem Grund der Erlass der endgültigen Entscheidung verzögert worden ist. Es steht der Behörde nicht frei, eine zunächst mit Recht nur unter Vorbehalt getroffene Regelung beliebig lange aufrecht zu erhalten. Wurde die endgültige Entscheidung hiernach später als sachlich erforderlich getroffen, so können insoweit Zinsen nicht geltend gemacht werden.


Die Beklagte hat im Schlussbescheid v. 12.06.2003 zwar erwogen, ob die Zinsforderung im Ermessenswege zu reduzieren sei, und hat dies verworfen, weil die Unterschreitung der zunächst vorläufig veranschlagten Gesamtkosten durch die Klägerin zu vertreten sei, die ihr ursprüngliches Projekt auf zwei Bauvorhaben aufgeteilt habe .

Hierbei wurde aber noch nicht in Rechnung gestellt, ob der Bekl. den Schlussbescheid für das hier allein in Rede stehende Vorhaben in W. nicht früher hätte erlassen können und müssen, weil der Grund für den Vorbehalt der späteren Nachprüfung bereits früher weggefallen war.

Ob hierin ein Ermessenfehler zu sehen ist, hängt von tatsächlichen Erwägungen ab, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde und keine endgültige Entscheidung getroffen werden konnte.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	BAG: Schluss mit dem Grundsatz der Tarifeinheit	TVG
Aktenzeichen: 10 AS 2 und 3/10		§§ 3, 4
Datum: 23.06.2010		

	Der Zehnte Senat des BAG hat sich auf eine Divergenzanfrage des Vierten Senats dessen Auffassung angeschlossen und einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit zugestimmt. Auch nach Auffassung des Zehnten Senats wird daher die Anwendung eines den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regelnden Tarifvertrags auf ein Arbeitsverhältnis nicht dadurch ausgeschlossen, dass für den Betrieb mehr als ein Tarifvertrag Anwendung findet, wenn für den einzelnen Arbeitnehmer jeweils nur ein Tarifvertrag gilt.
---	---

Sachverhalt: Der Vierte Senat hatte darüber zu entscheiden, ob der im Krankenhaus der Beklagten als Arzt beschäftigte Kläger einen Anspruch auf einen Zuschlag zur Urlaubsvergütung nach Maßgabe von § 47 II BAT hat. Der Kläger ist als Mitglied des Marburger Bunds tarifgebunden und die Beklagte als Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband, der wiederum Mitglied in der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist. Zunächst galt für die Parteien der BAT.

Am 1.10.2005 trat der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) in Kraft, der von der VKA und u.a. von ver.di, nicht aber vom Marburger Bund geschlossen worden war. Die Beklagte war in der Folge ab dem 1.10.2005 sowohl an den zwischen dem Marburger Bund und der VKA noch weiterhin geltenden BAT als auch an den TVöD unmittelbar tarifgebunden. Gleichwohl leitete sie sämtliche Arbeitsverhältnisse auf den TVöD um und zahlte u.a. den BAT-Zuschlag zur Urlaubsvergütung nicht mehr.

Mit seiner Klage verlangte der Kläger für die Zeit vom 15. bis 31.10.2005 den Aufschlag zur Urlaubsvergütung. Arbeitsgericht und LAG gaben der Klage statt. Der Vierte Senat des BAG beabsichtigte, die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten – unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zur Tarifeinheit – zurückzuweisen, sah sich hieran jedoch durch eine abweichende Rechtsprechung des Zehnten Senats des BAG gehindert. Er fragte daher beim Zehnten Senat an, ob dieser an seiner Rechtsprechung festhält. Der Zehnte Senat verneinte dies.

Lösung:

Auch nach Auffassung des Zehnten Senats gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, für Beschäftigte kraft Koalitionsmitgliedschaft nach §§ 3 I, 4 I TVG unmittelbar. Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass für den Betrieb kraft Tarifbindung des Arbeitgebers (Verbandsmitgliedschaft oder eigener Abschluss des Tarifvertrags) mehr als ein Tarifvertrag Anwendung findet, wenn für den einzelnen Arbeitnehmer jeweils nur ein Tarifvertrag gilt (sog. Tarifpluralität). Es

gibt keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen können.

BDA und DGB legen Eckpunkte für gesetzliche Regelung der Tarifeinheit vor

Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) fordern in Reaktion auf die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit ("ein Betrieb – ein Tarifvertrag") durch das BAG eine gesetzliche Regelung. Diese solle festschreiben, dass in Fällen, in denen sich in einem Betrieb mehrere Tarifverträge überschneiden würden, der Tarifvertrag Anwendung finde, der von der Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern im Betrieb geschlossen worden sei.

Die Eckpunkte von BDA und DGB im Einzelnen:

Normierung des Grundsatzes der Tarifeinheit: Wenn sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen wurden, überschneiden, soll nur der Tarifvertrag anwendbar sein, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist (Grundsatz der Repräsentativität). Treffen demnach z.B. zwei Entgelt-Tarifverträge zusammen, die das Entgelt zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen regeln, gilt im Betrieb der Tarifvertrag, an den die größere Anzahl von Gewerkschaftsmitgliedern gebunden ist.


Erweiterte Friedenspflicht: Für die Laufzeit des nach diesem Grundsatz im Betrieb anwendbaren Tarifvertrags soll die Friedenspflicht auch für die konkurrierenden Tarifverträge gelten. Wenn z.B. eine Gewerkschaft für eine Berufsgruppe einen Entgelt-Tarifvertrag verlangt, obwohl für diese Arbeitnehmer ein Tarifvertrag der repräsentativeren Gewerkschaft gilt, so besteht auch gegenüber der Spartengewerkschaft die Friedenspflicht für die Laufzeit des bestehenden Tarifvertrags.

Kein Ausschluss von Tarifverträgen für verschiedene Arbeitnehmergruppen: Wie bisher sollen sich verschiedene Tarifparteien darauf verständigen können, in einem Betrieb unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zu vereinbaren (vereinbarte Tarifpluralität). Es können daher z.B. verschiedene Entgelt-Tarifverträge für verschiedene Arbeitnehmergruppen im Betrieb, die sich nicht überschneiden, zur Anwendung kommen.

Positive Signale vom BMAS: Bundesarbeitsministerin Ursula von der Leyen hat sich grundsätzlich für eine gesetzliche Regelung der Tarifeinheit ausgesprochen. Angesichts der komplizierten Rechtslage müsse aber handwerklich äußerst sorgfältig vorgegangen werden; es sei u.a. zu klären, ob eine Grundgesetzänderung erforderlich sei, wird sie in einem Bericht der ZEIT zitiert.

Vor allem für Referendare:


Gericht: BAG	Rücknahme der Berufung bei mehreren Prozessbevollmächtigten	ZPO
Aktenzeichen: 5 AZR 41/09		§ 233
Datum: 18.11.2009		

	Legen mehrere Prozessbevollmächtigte gegen ein Urteil Berufung ein, handelt es sich um dasselbe Rechtsmittel, über das einheitlich zu entscheiden ist. Nimmt in einem solchen Fall ein Prozessbevollmächtigter „die Berufung“ ohne weitere Angaben zurück, bewirkt dies regelmäßig den Verlust des Rechtsmittels.
---	---

Nimmt ein Prozessbevollmächtigter die Berufung ohne oder entgegen einer Weisung des Mandanten zurück, kann für eine erneute, aber verspätet eingelegte Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden.

Die Widersprüchlichkeit der Erklärungen beruhte auf der fehlerhaften Abstimmung der Prozessbevollmächtigten und konnte sich nur deshalb auswirken, weil weder der Kl. noch seine Prozessbevollmächtigten das Erlöschen der Vollmacht der D-GmbH rechtzeitig gegenüber dem LAG angezeigt hatten. Die Rücknahme der Berufung durch die D-GmbH muss sich der Kl. selbst dann zurechnen lassen, wenn diese weisungswidrig erfolgt sein sollte und ihm die Rücknahme zunächst nicht bekannt war. Nimmt ein Prozessbevollmächtigter die Berufung ohne oder entgegen einer Weisung des Mandanten zurück, kann für eine erneute, aber verspätet eingelegte Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden (BGH, NJW 1991, 2839; NJW-RR 1998, 1446; NJW 2007, 3640). Das Risiko, dass mehrere Prozessbevollmächtigte widersprüchlich handeln, hat allein die Partei zu tragen.

Gericht: LAG Düsseldorf	Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen zweiter Eheschließung	KSchG § 1
Aktenzeichen: 5 Sa 996/09		
Datum: 01.07.2010		

	Sieht der Arbeitsvertrag mit einem kirchlichen Arbeitgeber die Einhaltung der katholischen Glaubens- und Sittenlehre vor, so kann die zweite Eheschließung eines Arbeitnehmers zwar grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Arbeitgeber mit protestantischen Mitarbeitern gleich lautende Arbeitsverträge abgeschlossen hat, diesen aber im Fall einer zweiten Eheschließung nicht kündigt. In diesem Fall verletzt die Kündigung den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.
---	--

Sachverhalt: Der Kläger war Chefarzt der beklagten Klinik in kirchlicher Trägerschaft. Laut Arbeitsvertrag war er zur Einhaltung der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verpflichtet.

Seit 2005 lebte der Kläger von seiner ersten Ehefrau getrennt. Seit Anfang 2006 wusste die Beklagte von einem eheähnlichen Verhältnis des Klägers mit einer anderen Frau. Die erste Ehe wurde im März 2008 weltlich geschieden. Ein Anfang 2009 eingeleitetes kirchliches Annulierungsverfahren ist derzeit noch nicht abgeschlossen. Am 30.3.2009 kündigte die Beklagte dem Kläger wegen der zweiten Eheschließung zum 30.9.2009.

Die gegen die Kündigung gerichtete Klage hatte sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG Erfolg. Das LAG ließ allerdings die Revision zum BAG zu.


Lösung:

Die Kündigung ist unwirksam. Zwar müssen die Arbeitsgerichte das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht der katholischen Kirche achten. Die erneute Eheschließung ist danach grundsätzlich ein Pflichtverstoß und als Kündigungsgrund geeignet. Im Kündigungsschutzverfahren sind aber auch die grundlegenden staatlichen Rechtssätze anzuwenden.

Zu diesen auch im kirchlichen Bereich zu beachtenden Rechtssätzen gehört der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der vorliegend verletzt ist. Denn obwohl die Beklagte mit protestantischen und katholischen Mitarbeitern gleichlautende Arbeitsverträge abgeschlossen hatte, sanktionierte sie bei protestantischen Mitarbeitern eine zweite Eheschließung nicht mit der Kündigung. Diese Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

Im Übrigen wusste die Beklagte bereits seit 2006 von dem eheähnlichen Verhältnis des Klägers und hat keine arbeitsrechtlichen Maßnahmen ergriffen, obwohl bereits dies nach dem Arbeitsvertrag einen Pflichtverstoß darstellte. Es ist unverhältnismäßig, wenn ein kirchlicher Arbeitgeber bei längerer Kenntnis von der eheähnlichen Gemeinschaft im Fall der erneuten Heirat des Arztes sofort zum Mittel der Kündigung greift.

Anzeige

	<p>Ihr Erfolg durch den JI-Examenskurs: <u>Hessen '09:</u> 2 x „sehr gut“ – beide von JI ! <u>Mainz '09:</u> 9 der 10 Besten waren bei JI ! <u>Deutschland '08:</u> Der Bundesbeste (15,8) war Teilnehmer unseres Examenskurses in Mainz!</p>
<p>Diese Erfolge in unserem Franchisegebiet können kein Zufall sein. Lernen auch Sie mit den Besten beim besten Rep. vor Ort – bei JI!</p>	