

**ZIVILRECHT****Problem: Räumung und Herausgabe des Rennbahngeländes  
in Frankfurt am Main****Einordnung: Unbegründeter Vollstreckungsschutzantrag mangels hinreichender Darlegung**

BGH, Beschluss vom 20.09.2017, XII ZR 76/17

1. Die Interessen des Schuldners werden nach der in § 719 II 1 ZPO getroffenen gesetzlichen Wertentscheidung grundsätzlich hintangestellt, da seine Rechte durch ein in zwei Tatsacheninstanzen geführtes Erkenntnisverfahren hinreichend gewahrt erscheinen.
2. Demgegenüber gebührt den Interessen des Gläubigers, dem das Gesetz die Vollstreckung aus einem erwirkten Titel gestattet, auch wenn dieser noch nicht rechtskräftig ist, in der Regel der Vorrang.

**SACHVERHALT**

Das LG Frankfurt a. M. hat den Bekl. unter anderem verurteilt, die von ihm aufgrund eines zwischenzeitlich gekündigten Geschäftsbesorgungsvertrags mit der ehemaligen Mieterin in Besitz gehaltenen Geschäftsräume auf der Galopprennbahn in Frankfurt a. M. zu räumen und an die Kl. herauszugeben. Das OLG Frankfurt a. M. hat seine Berufung zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Räumung und Herausgabe gerichtet hat, und das Urteil des LG ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Revision hat es zugelassen. Nach Einlegung der Revision hat der Bekl. beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des OLG sowie aus der Räumungs- und Herausgabeverpflichtung aus dem Urteil des LG einstweilen einzustellen.

**LÖSUNG**

II. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eingelegt, so ordnet das RevGer. auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 II 1 ZPO). Die besonderen Voraussetzungen für eine solche Einstellung sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Die Interessen des Schuldners werden nach der in § 719 II 1 ZPO getroffenen gesetzlichen Wertentscheidung grundsätzlich hintangestellt, da seine Rechte durch ein in zwei Tatsacheninstanzen geführtes Erkenntnisverfahren hinreichend gewahrt erscheinen. Demgegenüber gebührt den Interessen des Gläubigers, dem das Gesetz die Vollstreckung aus einem erwirkten Titel gestattet, auch wenn dieser noch nicht rechtskräftig ist, in der Regel der Vorrang. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kommt hiernach nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners in Betracht. Dabei ergibt sich allein aus dem Umstand, dass die Vollstreckung das Prozessergebnis vorwegnehmen würde, kein unersetzlicher Nachteil i.S.d. § 719 II 1 ZPO. Nach der Rechtsprechung des Senats stellt daher die Verpflichtung zur Räumung für sich genommen keinen unersetzlichen Nachteil i.S.v. § 719 II 1 ZPO dar.

Im vorliegenden Fall hat der Bekl. nicht glaubhaft gemacht (§ 719 II 2 ZPO), dass die Vollstreckung ihm einen über eine Vorwegnahme des Prozessergebnisses hinausgehenden nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Zwar hat die Kl. bereits für das streitgegenständliche Gelände einen Erbbaurechtsvertrag abgeschlossen und beabsichtigt, unmittelbar nach der Räumung das Grundstück an den Erbbauberechtigten zu übergeben, damit dieser mit den geplanten Baumaßnahmen beginnen kann. Auch wenn insoweit mit der Vollstreckung endgültige Verhältnisse geschaffen werden, die im Falle eines Erfolges der Revision bestehen bleiben würden, bewirkt dies allein keinen unersetzlichen Nachteil für die Bekl. i.S.v. § 719 II 1 ZPO.

Ebenso wenig stellt es einen unersetzlichen Nachteil i.S.v. § 719 II 1 ZPO dar, dass der Bekl. mit Durchführung der Zwangsvollstreckung den Rennbahnbetrieb einstellen muss. Der Bekl. verfügt nach seinem eigenen Vortrag ohnehin nicht über die notwendigen Mittel, Rennveranstaltungen durchzuführen oder die hierfür notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen an dem Rennbahngelände durchzuführen.

Der Einstellung der Zwangsvollstreckung mit oder ohne Sicherheitsleistung steht zudem ein überwiegendes Interesse der Kl. entgegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass beide Tatsacheninstanzen zu ihren Gunsten entschieden haben. Zudem hat die Kl. erhebliche materielle Folgen zu befürchten, falls die Räumung des Grundstücks nicht zeitnah erfolgt (Rücktrittsrecht und Schadensersatz).

Schließlich kommt eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung auch deshalb nicht in Betracht, weil die Revision des Bekl. keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Geschlechterparitätische Wahlvorschläge** **Einordnung: Staatsorganisationsrecht**

VerfGH München, Entscheidung vom 26.03.2018, Vf. 15-VII-16

**Die bayerischen Regelungen über die Aufstellung der Wahlvorschläge sind verfassungskonform und es besteht keine Pflicht des Gesetzgebers, die bisher geltenden wahlrechtlichen Bestimmungen um paritätische Vorgaben zu ergänzen.**

#### **SACHVERHALT**

Gegenstand des Popularklageverfahrens sind einzelne Regelungen aus dem Wahlvorschlagsrecht der Parteien und Wählergruppen bei den Landtags-, Bezirkstags-, Gemeinde- und Landkreiswahlen. Die Antragstellerinnen und Antragsteller beantragen, wegen der fehlenden geschlechterparitätischen Ausgestaltung dieser Bestimmungen deren Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit festzustellen sowie den Gesetzgeber zu verpflichten, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen und paritätische Wahlvorschlagsregelungen zu erlassen.

#### **LÖSUNG**

Die verfassungsmäßigen Rechte von Bewerberinnen oder Wählerinnen sind nicht beeinträchtigt.

Die angegriffenen Bestimmungen beschränken sich auf verfahrensrechtliche Regelungen und enthalten sich jeglicher inhaltlicher oder personaler Vorgaben an die wahlvorschlagsberechtigten Parteien und Wählergruppen sowie an die in den Aufstellungsversammlungen wahlberechtigten Teilnehmer. Damit ist der Wahlgleichheit (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BV) Genüge getan, auch in Bezug auf das Verhältnis von Frauen gegenüber Männern; die gesetzlichen Regelungen enthalten keine unzulässige einseitige Benachteiligung eines Geschlechts, sondern behandeln alle gleich. Das Fehlen paritätischer Vorgaben in den gerügten Vorschriften dient gerade der Chancengleichheit aller sich um eine Kandidatur Bewerbender, während die Aufnahme von Frauenquoten bzw. eine Paritätsverpflichtung dem Grundsatz widersprechen würde, dass die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts für alle Staatsbürger möglichst in formal gleicher Weise eröffnet sein muss. Ebenso wenig wird das Grundrecht auf Gleichberechtigung (Art. 118 Abs. 2 Satz 1 BV) verletzt. Eine unmittelbare Diskriminierung von weiblichen gegenüber männlichen Kandidaten besteht nicht. In den betroffenen Vorschriften, die die formale Chancengleichheit aller sich Bewerbender gewährleisten sollen, werden keine Rechtsfolgen daran geknüpft, ob ein potenzieller Kandidat ein Mann oder eine Frau ist. Mit der Popularklage wird vielmehr beanstandet, dass der Gesetzgeber eine faktische Diskriminierung von Frauen durch die Parteien und Wählergruppen, also durch Dritte, zulasse. Diese Zielsetzung ist nicht mehr dem Schutzbereich des aus Art. 118 Abs. 2 Satz 1 BV abzuleitenden rechtlichen Differenzierungsverbots zuzuordnen.

Eine im Vergleich zum Anteil an der Wahlbevölkerung bestehende Unterrepräsentation von Frauen im Landtag und in kommunalen Vertretungskörperschaften führt zu keiner Verletzung des Demokratieprinzips. Aus Art. 2, 4 und 5 BV lässt sich kein Recht einzelner Bevölkerungsgruppen ableiten, entsprechend dem (Wahl-)Bevölkerungsanteil proportional mit Mandatsträgern im Landtag oder in kommunalen Vertretungskörperschaften präsent zu sein. Diese Gremien bestehen aus frei gewählten und mit freiem Mandat ausgestatteten Volksvertretern, die nicht einem Wahlkreis, einer Partei oder einer Bevölkerungsgruppe, sondern dem gesamten Volk verantwortlich sind; sie müssen kein möglichst genaues Spiegelbild der (wahlberechtigten) Bevölkerung darstellen.

Aus der Bayerischen Verfassung ergibt sich keine Verpflichtung des Gesetzgebers, die angegriffenen wahlrechtlichen Regelungen um geschlechterparitätische Vorgaben zu ergänzen.

Art. 118 Abs. 2 Satz 2 BV enthält zwar einen ausdrücklichen Verfassungsauftrag zur Herstellung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Diesem Auftrag ist aber in aller Regel und auch vorliegend keine nach Inhalt und Umfang genau umgrenzte Gesetzgebungspflicht zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat bei der hier betroffenen Regelungsmaterie verschiedene, teils gegenläufige verfassungsrechtliche Gewährleistungen, insbesondere auch grundrechtlich geschützte Positionen Dritter, zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Dabei steht ihm ein weiterer Gestaltungsspielraum zu, der nur auf Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen überprüft werden kann und nicht darauf, ob zweckmäßige und rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden wurden. Die geforderten paritätischen Bestimmungen würden nicht nur mit wahlrechtlichen Grundsätzen und dem Verbot geschlechtsspezifischer Differenzierung gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 1 BV in Konflikt stehen, sondern darüber hinaus einen erheblichen Eingriff in die Programm-, Organisations- und Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien und Wählergruppen mit sich bringen. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, sämtliche gegenläufigen Interessen sowie grundlegende wahlrechtlich-demokratische Prinzipien hintanzustellen, um der bestehenden Unterrepräsentanz von Frauen im Landtag und in kommunalen Vertretungsorganen entgegenzuwirken.

## Problem: Konfessionslose Mitarbeiter in kirchlicher Einrichtung

### Einordnung: Europarecht

EuGH, Urteil vom 17.04.2018, C-414/16

**Kirchliche Arbeitgeber dürfen nicht bei jeder Stelle von Bewerbern eine Religionszugehörigkeit fordern; wenn sie diese jedoch verlangen, muss dieses Erfordernis zumindest Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können.**

### SACHVERHALT

Frau Vera E., die keiner Konfession angehört, bewarb sich 2012 auf eine vom Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung (Deutschland) ausgeschriebene Stelle. Es handelte sich um eine befristete Referentenstelle für ein Projekt, das die Erstellung des Parallelberichts zum Internationalen Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung zum Gegenstand hatte. Das Aufgabengebiet umfasste sowohl die Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik und der Öffentlichkeit als auch die Koordinierung des internen Meinungsbildungsprozesses. Nach der Stellenausschreibung mussten die Bewerber Mitglied einer evangelischen oder der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche sein. Frau E. wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Da sie eine Benachteiligung aus Gründen der Religion erlitten zu haben glaubte, verklagte sie das Evangelische Werk vor den deutschen Gerichten auf Zahlung einer Entschädigung i.H.v. 9.788,65 €.

Das BAG, bei dem der Rechtsstreit mittlerweile anhängig ist, hat den EuGH in diesem Zusammenhang um die Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG (ABl. 2000, L 303, 16) ersucht. Diese zielt auf den Schutz des Grundrechts der Arbeitnehmer ab, nicht u.a. wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, soll aber auch dem im Unionsrecht – insbesondere in der Charta der Grundrechte der EU – anerkannten Recht der Kirchen (und der anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht) auf Autonomie Rechnung tragen. In diesem Sinne bestimmt die Richtlinie, dass eine Kirche (oder eine andere Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht) eine mit der Religion oder Weltanschauung zusammenhängende Anforderung aufstellen kann, wenn die Religion oder Weltanschauung nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung „eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“. Hierzu hat das BAG ausgeführt, in Deutschland müsse sich die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung dieser Kriterien nach der Rechtsprechung des BVerfG zum kirchlichen Privileg der Selbstbestimmung auf eine Plausibilitätskontrolle auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses beschränken.

Das BAG möchte vom EuGH daher insbesondere wissen, ob eine solche beschränkte gerichtliche Kontrolle mit der Richtlinie vereinbar ist.

### LÖSUNG

Der EuGH hat entschieden, dass eine Abwägung im Fall eines Rechtsstreits von einer unabhängigen Stelle und letztlich von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können muss.

Vorzunehmen ist nach der Richtlinie eine Abwägung zwischen dem Recht auf Autonomie der Kirchen und dem Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, um einen angemessenen Ausgleich herzustellen. Wenn eine Kirche zur Begründung einer Handlung oder Entscheidung wie der Ablehnung einer Bewerbung auf eine bei ihr zu besetzende Stelle geltend macht, die Religion sei nach der Art der betreffenden Tätigkeiten oder den vorgesehenen Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos dieser Kirche, muss ein solches Vorbringen also Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können. Das angerufene Gericht muss sich vergewissern, dass die in der Richtlinie für die Abwägung der ggf. widerstreitenden Rechte genannten Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind.

Nach Auffassung des EuGH steht es den staatlichen Gerichten im Regelfall nicht zu, über das der angeführten beruflichen Anforderung zugrunde liegende Ethos als solches zu befinden. Gleichwohl haben sie festzustellen, ob die drei Kriterien "wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt" in Anbetracht dieses Ethos im Einzelfall erfüllt sind. Demnach haben die staatlichen Gerichte zu prüfen, ob die Anforderung notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten ist. Zudem muss die Anforderung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen, d.h., sie muss angemessen sein und darf nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgehen.

Hinsichtlich der Problematik, die damit zusammenhängt, dass eine Unionsrichtlinie grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung zwischen Privatpersonen entfaltet, sondern der Umsetzung in nationales Recht bedarf, ist darauf hinzuweisen, dass es den nationalen Gerichten obliegt, das nationale Recht, mit dem die Richtlinie umgesetzt werde, so weit wie möglich im Einklang mit ihr auszulegen. Für den Fall, dass es sich als unmöglich erweisen sollte, das einschlägige nationale Recht (hier das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz) im Einklang mit der Antidiskriminierungsrichtlinie auszulegen, hat der EuGH klargestellt, dass ein mit einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen befasstes nationales Gericht das nationale Recht unangewendet lassen muss. Da die GR-Charta Anwendung findet, muss das nationale Gericht nämlich den Rechtsschutz gewährleisten, der dem Einzelnen aus dem Verbot jeder Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung (verankert in Art. 21 der Charta) und dem Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz (niedergelegt in Art. 47 der Charta) erwächst. Sowohl das Diskriminierungsverbot als auch das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz verleihen aus sich heraus dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Zivilrechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann.

Jura Intensiv

## Problem: Sperrzeitverordnung für Innenstadt Einordnung: Gaststättenrecht

VGH Mannheim, Urteil vom 06.03.2018, 6 S 1168/17

Der Verordnungsgeber übt das ihm eingeräumte Ermessen rechtswidrig aus, wenn außerhalb der Sperrzeiten die Immissionsrichtwerte der TA-Lärm in den späten Nachtstunden so erheblich überschritten werden, dass durch die Sperrzeitregelung das immissionsschutzrechtliche Regelungskonzept der TA-Lärm unterlaufen wird.

### SACHVERHALT

Die Bewohner eines Gebäudes in der Heidelberger Altstadt (Antragsteller) wandten sich mit einem Normenkontrollantrag gegen die vom Gemeinderat beschlossenen Sperrzeitregelungen der Stadt Heidelberg (Antragsgegnerin), wonach von Montag bis Donnerstag die Sperrzeit um 2 Uhr nachts beginnt, von Donnerstag bis Sonntag jeweils um 4 Uhr.

### LÖSUNG

Die Sperrzeitregelungen sind rechtswidrig, weil die schützenswerten Interessen der Anwohner nicht hinreichend berücksichtigt und abgewogen worden sind. Zwar hat die Antragsgegnerin die Sperrzeit an allen Wochentagen – außer dem sog. „studentischen Donnerstag“ – um eine Stunde gegenüber der landesgesetzlichen Regelung verlängert, jedoch ist dies im Hinblick auf die Ergebnisse eines von der Antragsgegnerin in Auftrag gegebenen Lärmgutachtens nicht ausreichend. Je später die Nacht fortgeschritten ist, desto schutzwürdiger ist das Bedürfnis der Anwohner nach Ruhezeiten einzustufen. Die Grenze, ab der Gesundheitsgefahren für die Anwohner zu erwarten sind, wird in der Nacht um 2 Uhr bzw. 4 Uhr am Wochenende jeweils überschritten. Die Interessen der Anwohner in der Sperrzeitregelung haben ersichtlich in zu hohem Maße zurückstehen müssen, während die Belange der Touristen und der Gastronomen zu große Berücksichtigung gefunden haben. Mit der angefochtenen Sperrzeitverordnung hat die Antragsgegnerin das ihr bei der Festlegung von Sperrzeiten eingeräumte Rechtssetzungsermessen rechtswidrig ausgeübt, da das immissionsschutzrechtliche Regelungskonzept unterlaufen wird, das den Schutz der Nachtruhe gewährleisten und die Verhinderung von Gesundheitsschäden durch Lärmeinwirkungen vermeiden soll.

Auch die Voraussetzungen für die Verkürzung der Sperrzeit in der Nacht zum Freitag auf 4 Uhr – dem sog. studentischen Donnerstag – liegen nicht vor, da dieser ebenfalls Belange des Gemeinwohls entgegenstehen. Lässt sich unter der Woche schon ein Sperrzeitbeginn um 2 Uhr vor dem immissionsschutzrechtlichen Regelungskonzept nicht rechtfertigen, so widerspricht ein Sperrzeitbeginn um 4 Uhr erst Recht den Belangen des Gemeinwohls. Die Nachtruhe in der Nacht zum Freitag – einem normalen Werktag – ist gegenüber den Anwohnern nicht weniger schutzwürdig, als an den anderen Tagen unter der Woche. Diese nachhaltige Störung der Nachtruhe der Anwohner muss von diesen nicht hingenommen werden.

Die abstrakte Festlegung der Sperrzeiten ist Sache des Gemeinderats. Er hat insoweit einen normgeberischen Spielraum, wie er die widerstreitenden Interessen von Anwohnern, Gastwirten und Besuchern der Gaststätten in Ausgleich bringen möchte. Der Antragsgegnerin obliegt es, sich um eine deutliche Verbesserung der Lärmsituation für die im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung wohnenden Menschen zu bemühen.

## **Problem: Berufsfreiheit/Abgabe von Überschüssen aus Pfandversteigerung**

### **Einordnung: Grundrechte**

BVerwG, Urteil vom 28.03.2018, 8 C 9.17

**Gewerbliche Pfandleiher sind verpflichtet, nicht rechtzeitig vom Verpfänder abgeholte Überschüsse aus der Pfandverwertung an den Staat abzuführen.**

### **SACHVERHALT**

Als Überschuss aus der Pfandverwertung wird der Teil des Versteigerungserlöses bezeichnet, der über die Kreditsumme und die dem Pfandleiher zustehenden Zinsen und Gebühren hinausgeht. Zivilrechtlich steht dieser Überschuss dem Verpfänder zu. Die aufgrund der Gewerbeordnung erlassene Pfandleiherverordnung sah bis Mai 2016 vor, dass der Pfandleiher nicht an den Verpfänder ausgezahlte Pfandüberschüsse zwei Jahre nach dem Jahr der Pfandverwertung an den Staat abführen musste. Die abgeführten Pfandüberschüsse verfielen dem jeweiligen Landesfiskus. Seit Mai 2016 beträgt die Frist für die Ablieferung und den Verfall drei Jahre. Die Klägerin, ein gewerbliches Pfandleihunternehmen, verweigert seit 2009 die Ablieferung der Pfandüberschüsse, weil sie die Abführungspflicht und die Verfallsregelung für verfassungswidrig hält.

### **LÖSUNG**

Die angegriffene Abführungspflicht und die sie ergänzende Verfallsregelung sind verfassungskonform. Sie schränken die Berufsausübungsfreiheit der gewerblichen Pfandleiher verhältnismäßig ein. Die Ablieferungspflicht soll jegliches Interesse des Pfandleihers an der Erzielung eines hohen Pfandüberschusses ausschließen, damit dieser ein dem Pfandwert angemessenes Darlehen gewährt. Das dient dem Schutz des Verpfänders, der sich typischerweise in einer finanziellen Notlage befindet. Gleichzeitig schützt die Regelung die Allgemeinheit, indem sie Marktverzerrungen wegen des Ungleichgewichts der Verhandlungsmacht der Vertragspartner vermeidet. Beide Ziele können nicht ebenso effektiv durch weniger belastende Mittel erreicht werden. Der Pfandleiher wird durch die Ablieferungspflicht auch nicht unangemessen belastet. Sollte seine Eigentumsfreiheit betroffen sein, wird diese jedenfalls nicht verletzt, sondern verhältnismäßig beschränkt. Auch der Eingriff in das Eigentum des Verpfänders am Pfandüberschuss ist verfassungskonform. Zwar geht dieses Eigentum mit dem Verfall an den Fiskus unter. Der Gesetzgeber durfte aber den Schutz vor unterwertigen Kreditvergaben höher gewichten als das Recht des Verpfänders, einen etwaigen Überschuss auch nach mehr als drei Jahren noch einfordern zu können. Eine zeitlich unbegrenzte, aufwändige staatliche Verwahrung der Mehrerlöse zugunsten des Verpfänders musste der Gesetzgeber nicht vorsehen. Ebenso wenig musste er die Ablieferungspflicht mit anschließendem Verfall auch auf kommunale Pfandleihhäuser oder auf Banken erstrecken. Kommunale Pfandleihhäuser sind nicht gewinnorientiert, sondern gemeinnützig tätig. Banken dürfen nur nachweislich kreditwürdigen Personen Darlehen gewähren, die typischerweise weniger schutzbedürftig sind als die Kunden gewerblicher Pfandleiher.

## STRAFRECHT

### Problem: Alkoholisierung – Promillegrenzen als bloßes Indiz

Einordnung: §§ 20, 21 StGB

BGH, Beschluss vom 28.02.2018, 4 StR 530/17

Bei 3,0 Promille – bei Tötungs- und Gewaltdelikten, aufgrund der höheren Hemmschwelle, sogar erst ab etwa 3,3 Promille – ist eine Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB nur indiziert. Bei Alkoholgewöhnung kann im Einzelfall sogar auch eine verminderte Schuldunfähigkeit ausscheiden.

### SACHVERHALT

Das Tatgericht hatte im Kontext einer Trunkenheitsfahrt bei einer Tatzeit BAK von 3,05 Promille selbst die Strafmilderung gem. § 21 StGB wegen Alkoholgewöhnung des Täters nicht angenommen.

### LÖSUNG

Der Strafausspruch hält indes sachlich-rechtlicher Prüfung insgesamt nicht stand, weil das Landgericht die Ablehnung einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten im Sinne des §§ 21 StGB nicht tragfähig begründet hat.

Die Ausführungen des Landgerichts lassen besorgen, dass es dem Fehlen wesentlicher Ausfallerscheinungen bei Feststellung des Angeklagten am Unfallort eine zu große Bedeutung bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung beigemessen hat.

Soweit die Strafkammer – der Sachverständigen folgend – gemeint hat, die für die Schuldfähigkeitsbeurteilung maßgebliche hohe Blutalkoholkonzentration des Angeklagten (3,05 ‰) könne deswegen eine Einschränkung der Steuerungsfähigkeit nicht begründen, weil der alkoholabhängige Angeklagte alkoholgewöhnt gewesen sei und (auch) bei seiner Feststellung nach dem Unfall keine Ausfallerscheinungen gezeigt habe – er habe auf Fragen „im Kontext“ geantwortet, er sei weder getorkelt noch habe er gelallt oder Denkstörungen aufgewiesen –, hat es nicht bedacht, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit bei hoher Alkoholgewöhnung durchaus auseinanderfallen können (vgl. Fischer, § 20 Rn 23a). Gerade bei Alkoholikern zeigt sich oft eine durch „Übung“ erworbene Kompensationsfähigkeit insbesondere im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten.

Dem Verhalten nach der Tat kommt in diesem Zusammenhang nur geringe Aussagekraft zu, weil, was das Landgericht ebenfalls nicht erkennbar bedacht hat, bei dem Angeklagten durch den Unfall eine Ernüchterung eingetreten sein kann (vgl. BGH, 5 StR 517/11; S/S/Perron/Weißer, § 20 Rn 16d).

#### Anmerkung:

*Im 1. Examen gibt es i.d.R. keine Hinweise zur Alkoholgewöhnung des Täters. Daher ist i.d.R. zu schreiben:*

*„Da der Täter im Tatzeitpunkt eine BAK von 3,05 ‰ hatte, ist seine Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB indiziert. Hinweise auf eine besondere Alkoholgewöhnung sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Deshalb ist – zumindest in dubio pro reo – von Schuldunfähigkeit auszugehen.“*

*Im 2. Examen unterliegt das Urteil in der Revision wegen Darstellungsmangels der Aufhebung, wenn das Tatgericht trotz Erreichung der „Signallinien“ nicht auf §§ 20, 21 StGB eingeht oder deren Anwendung ohne nähere Begründung ablehnt. In einer Urteils Klausur müssen Sie also unbedingt sachverhaltsbezogene Ausführungen zu diesem Punkt machen.*

## Problem: Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale

### Einordnung: Abgrenzung §§ 16 I, 17 StGB

BGH, Urteil vom 24.01.2018, 1 StR 331/17

Der Senat erwägt, zukünftig Fehlvorstellung über die Arbeitgeberberei­genschaft und die daraus folgende Abführungs­pflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.

### SACHVERHALT

Wann „weiß“ jemand, dass er Arbeitgeber ist? Wann „weiß“ jemand von den ihn deshalb treffenden steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten? Auch wenn diese Fragen nicht zum Prüfungsstoff gehören, sind sie doch Aufhänger für klassische Fragen der Irrtumslehre.

### LÖSUNG

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat im Hinblick auf die subjektive Tatseite auf Folgendes hin:

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden die Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzes in Bezug auf das normative Tatbestandsmerkmal der Stellung als Arbeitgeber in § 266a StGB und in § 41a EStG i.V.m. § 370 I Nr. 1 und 2 AO unterschiedlich bestimmt.

Bezogen auf die subjektive Tatseite in § 266a StGB wie folgt differenziert: Der Vorsatz muss sich auf die Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer – dabei allerdings nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen, nicht auf die rechtliche Einordnung als solche und die eigene Verpflichtung zur Beitragsabführung – und alle darüber hinausreichenden, die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründenden tatsächlichen Umstände erstrecken. Liegt diese Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse vor, unterliegt der Täter, wenn er glaubt, nicht Arbeitgeber zu sein oder für die Abführung der Beiträge Sorge tragen zu müssen, keinem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, sondern (allenfalls) einem – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum (BGH, 1 StR 478/09; 1 StR 94/13).

Demgegenüber gehört nach ständiger Rechtsprechung des BGH zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will (vgl. BGH, 1 StR 38/11). Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, ein Steueranspruch sei nicht entstanden, liegt nach der Rechtsprechung ein Tatbestandsirrtum vor, der gemäß § 16 I 1 StGB den Vorsatz ausschließt. Danach ist ein Irrtum über die Arbeitgeberberei­genschaft in § 41a EStG und die daraus folgende Steuerpflicht, an die der Steueranspruch und der Straf­tatbestand des § 370 I Nr. 1 und 2 AO anknüpfen, als Tatbestandsirrtum zu behandeln.

Da für die Differenzierung kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat, zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgeberberei­genschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.

#### Anmerkung:

Das sog. „normative Tatbestandsmerkmal“ führt im Rahmen der Irrtumslehre stets zu gewisser „Verwirrung“, weil verbreitet die allgemeinen Regeln der Irrtumslehre für diesen – angeblichen – Sonderfall modifiziert werden (näher Schweinberger, JI-Skript StrafR AT I, Rn 185 ff.; 953 ff.).

Im Grundsatz gilt, dass derjenige, der den vollständigen Sachverhalt kennt und diesen bloß falsch subsumiert, einem Verbotsirrtum unterliegt. Jedoch können im Einzelfall auch Rechtsirrtümer zum Ausschluss des Vorsatzes führen. Dies ist ausnahmsweise der Fall, wenn der soziale Sinngehalt der Tat ohne die zutreffende rechtliche Einordnung nicht verstanden werden kann. Wenn z.B. der Täter eines Diebstahls in Unkenntnis des zivilrechtlichen Abstraktionsprinzips davon ausgeht, das Tatobjekt gehöre ihm bereits infolge der Kaufpreiszahlung, so handelt er ohne Vorsatz. Denn er hat auch in laienhafter Weise nicht verstanden, dass die Sache einem anderen gehört (S/S-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 43a; Roxin, AT I, § 12 Rn 103).

Der BGH wird künftig zu klären haben, ob der vorliegende Fall zu dieser Fallgruppe (fehlendes Verständnis vom sozialen Sinngehalt) gehört.

## Problem: Dringender Tatverdacht bei vorliegendem Urteil eines Tatgerichts

### Einordnung: Voraussetzungen des § 112 StPO

KG, Beschluss vom 01.03.2018, 4 Ws 25/18 - 121 AR 35/18

Dem Beschwerdegericht kommt eine eingeschränkte Prüfungskompetenz zu, weil allein das Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattfindet, in der Lage ist, deren Ergebnisse aus eigener Anschauung festzustellen und zu würdigen sowie auf dieser Grundlage den dringenden Tatverdacht zu bewerten.

### SACHVERHALT

Die StA warf dem A, der sich aufgrund eines Haftbefehls des AG in Untersuchungshaft befand, versuchten schweren Raub und gefährliche Körperverletzung vor. Das AG verurteilte den A entsprechend des Anklagevorwurfs zu einer Freiheitsstrafe. Mit Beschluss vom gleichen Tage ordnete es unter Aufrechterhaltung des Haftbefehls Haftfortdauer an. Auf die Berufung des A wurden die Akten dem LG zur Entscheidung über die Berufung vorgelegt. Wenige Tage später hob das LG den Haftbefehl des AG auf und begründete dies damit, dass zwar ein hinreichender, aber kein dringender Tatverdacht vorliege. Gegen diesen Beschluss legte die StA Beschwerde ein. Das LG half der Beschwerde nicht ab und legte sie dem KG zur Entscheidung vor.

### LÖSUNG

Der Angeklagte ist dringend verdächtig (§ 112 I StPO), sich des versuchten schweren Raubes sowie der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht zu haben. Das folgt bereits aus seiner erstinstanzlichen Verurteilung. Haftentscheidungen, die während einer Hauptverhandlung oder nach einer tatgerichtlichen Verurteilung erfolgen, unterliegen im Beschwerdeverfahren hinsichtlich des Vorliegens dringenden Tatverdachts lediglich eingeschränkter Überprüfung durch das Beschwerdegericht, da allein das Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattfindet bzw. stattgefunden hat, in der Lage ist, deren Ergebnisse aus eigener Anschauung festzustellen und zu würdigen sowie auf dieser Grundlage zu bewerten, ob der dringende Tatverdacht nach dem erreichten Verfahrensstand fortbesteht. Eine Beweisaufnahme über eine durch das erkennende Tatgericht bereits durchgeführte oder noch laufende Beweisaufnahme im Sinne eines „Schattenverfahrens“ findet im Haftbeschwerdeverfahren nicht statt (vgl. OLG Hamburg, 2 Ws 236/15). Ist ein Angeklagter nach abgeschlossener Beweisaufnahme verurteilt worden, ist der dringende Tatverdacht in der Regel durch das verurteilende Erkenntnis hinreichend belegt. Damit ist es dem Berufungsrichter prinzipiell vor einer eigenen Beweisaufnahme verwehrt, den dringenden Tatverdacht allein aus dem Aktenstudium zu verneinen und den Haftbefehl aus diesem Grund aufzuheben, weil ein Schuldspruch aufgrund einer Hauptverhandlung regelmäßig eine höhere Richtkeitsgewähr bietet als eine anhand der Akten angestellte Prognose.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das erstinstanzliche Urteil derartige offensichtliche Fehler aufweist, dass ein Berufen auf dieses Urteil gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK verstoßen würde, oder sich zwischen dem Zeitpunkt des Erlasses des erstinstanzlichen Urteils und der Haftentscheidung durch den Berufungsrichter erhebliche neue Umstände ergeben haben, die eine andere Beurteilung der Haftvoraussetzungen rechtfertigen. Beides liegt nicht vor.

#### Anmerkung:

*Die Besonderheit der vorliegenden Entscheidung liegt darin, dass die Prüfungskompetenz des mit der Sache befassten (Berufungs-)Gerichts jedenfalls bis zur Berufungshauptverhandlung in ähnlicher Weise wie diejenige des Beschwerdegerichts eingeschränkt sein soll.*

*Die Entscheidung des KG ist wohl nur schwer mit der Natur des Berufungsverfahrens und den Zuständigkeitsvorschriften des § 126 StPO zu vereinbaren. Im Berufungsverfahren kommt es zu einer neuen Verhandlung der Sache und neuen Entscheidung über alle Tat- und Rechtsfragen. Dem Berufungsgericht ist eine vom erstinstanzlichen Urteil abweichende Beweiswürdigung im Urteil nicht verwehrt. Im Gegenteil zielt das Rechtsmittel der Berufung – neue Tatsacheninstanz – ja gerade auf eine derartige abweichende Beurteilung ab. Weshalb dies im Rahmen der Haftentscheidung anders sein soll, leuchtet nicht unmittelbar ein, zumal die Zuständigkeit des AG für Haftentscheidungen gemäß § 126 II 1 StPO nach Einlegung der Berufung mit Zuleitung der Akten an den Vorsitzenden des Berufungsgerichts endet.*