

## ZIVILRECHT

### Problem: Keine Nutzungsentschädigung bei fehlendem Rückerlangungswillen des Vermieters

#### Einordnung: Voraussetzungen des Nutzungsentschädigungsanspruchs im Mietrecht

BGH, Urteil vom 12.07.2017, VIII ZR 214/16

An einem Rückerlangungswillen des Vermieters fehlt es etwa, wenn er trotz Kündigung des Mieters von einem Fortbestehen des Mietverhältnisses ausgeht. Fehlt es an einem Rückerlangungswillen des Vermieters, steht diesem ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB grundsätzlich auch dann nicht zu, wenn der Mieter zur Rückgabe der Mietsache außerstande ist und die subjektive Unmöglichkeit durch ihn selbst verursacht wurde.

#### SACHVERHALT

Der Beklagte hatte im Jahr 2000 von dem Rechtsvorgänger der Klägerin eine Dreizimmerwohnung angemietet. 2010 zog der Beklagte aus der Wohnung aus und überließ sie nebst Schlüsseln seiner damaligen Ehefrau, mit der er die Wohnung bis dahin gemeinsam bewohnt hatte und von der er sich in der Folgezeit scheiden ließ. Bis Juni 2014 zahlte der Beklagte weiterhin die Monatsmiete von 999,- €. Mit Schreiben vom 25.05.2014 kündigte er den Mietvertrag ordentlich zum 31.08.2014. Die Klägerin teilte ihm daraufhin schriftlich mit, seine „alleinige Kündigung“ sei unwirksam und forderte den Beklagten mehrfach schriftlich auf, die Miete für Juli, August und September 2014 zu zahlen.

Der Beklagte erwiderte am 15.09.2014, er sehe nicht ein, warum er alleine die Gesamtmiete tragen solle, habe aber „Fairness halber“ die anteilige Miete für Juli bis September 2014 einschließlich Mahnkosten überwiesen. Über diesen Betrag von 1.508 € hinaus zahlte der Beklagte in den Monaten Oktober, November und Dezember 2014 jeweils 500,- € an die Klägerin. Danach stellte er jegliche Zahlung ein.

Die Klägerin verlangte vom Beklagten die Zahlung der restlichen Miete für das Jahr 2014 nebst Zinsen und die künftige Mietzahlung ab Januar 2015 sowie den Ersatz vorgerichtlicher Kosten. Das AG gab der Klage im Wesentlichen statt. Es hatte den Mietvertrag als durch die Kündigung des Beklagten beendet angesehen und der Klägerin einen Anspruch auf Restmietzahlung und Entschädigung nach § 546a BGB zuerkannt. Während das LG sich dieser Ansicht angeschlossen hatte, hob der BGH den Beschluss auf die Revision des Beklagten auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

#### LÖSUNG

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin auf Nutzungsentschädigung gem. § 546a BGB für die Zeit ab September 2014 bejaht, indem es unter Verkennung der BGH-Rechtsprechung angenommen hatte, der Beklagte enthalte der Klägerin die streitgegenständliche Wohnung i.S.d. § 546a I BGB vor. Rechtsfehlerhaft war dabei bereits die Annahme des Berufungsgerichtes, der Klägerin werde die Wohnung von dem Beklagten i.S.d. § 546a I BGB vorenthalten. Zwar hatte der Beklagte die Wohnung nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgegeben. Das Unterlassen der Rückgabe widersprach jedoch nicht dem Willen der Klägerin. Vielmehr hatte diese nicht den für einen Nutzungsentschädigungsanspruch nach § 546a BGB erforderlichen Rücknahmewillen.

An einem Rückerlangungswillen des Vermieters fehlt es etwa, wenn er trotz Kündigung des Mieters - wie hier - von einem Fortbestehen des Mietverhältnisses ausgeht. Fehlt es an einem Rückerlangungswillen des Vermieters, steht diesem ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB grundsätzlich auch dann nicht zu, wenn der Mieter zur Rückgabe der Mietsache - wie hier - außerstande ist und die subjektive Unmöglichkeit durch ihn selbst verursacht wurde.

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung konnte der Klägerin der von ihr für den vorbezeichneten Zeitraum geltend gemachte Zahlungsanspruch auch nicht nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts gem. § 812 Abs. 1, § 818 II BGB zuerkannt werden. Anders als das LG gemeint hat, boten die von ihm getroffenen Feststellungen bereits keine ausreichende Grundlage für die Annahme, dass der Beklagte i.S.v. § 812 I S. 1 Alt. 1, S. 2 Alt. 1 BGB etwas erlangt hatte. Insbesondere hat das LG in diesem Zusammenhang rechtsfehlerhaft angenommen, es komme nicht darauf an, ob der Beklagte dadurch, dass seine Ehefrau die streitgegenständliche Wohnung nutzte, eigene Aufwendungen erspart hatte.

Das Berufungsgericht hätte bei dieser Sachlage Feststellungen dazu treffen müssen, ob der Beklagte - was nach dessen Vortrag nicht der Fall war - durch die Überlassung der Wohnung an seine geschiedene Ehefrau möglicherweise Einkünfte erzielt oder eigene Aufwendungen - etwa in Gestalt von sonst zu zahlenden Unterhaltsleistungen - erspart hatte. Den Blick auf eine solche - unter den hier gegebenen Umständen allein in Betracht kommende - mögliche Bereicherung des Beklagten hat sich das Berufungsgericht durch seine rechtsfehlerhafte Annahme verschlossen, es komme nicht darauf an, ob der Beklagte Aufwendungen erspart habe oder von einer Schuld befreit worden sei. Diese Feststellungen wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

## Problem: Die Unterwerfung des Mieters unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist keine Sicherheit

Einordnung: Begriff der Sicherheit i.S.v. § 551 Abs. 1, 4, § 232 BGB

BGH, Urteil vom 14.06.2017, VIII ZR 76/16

Bei einer notariell beurkundeten Unterwerfung des Mieters unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der laufenden Mieten (§ 794 I Nr. 5 ZPO) handelt es sich nicht um eine Sicherheit i.S.v. § 551 Abs. 1, 4, § 232 BGB. Der Umstand, dass der Wohnraummietler bereits eine Kaution von drei Monatsmieten geleistet hat, führt daher nicht zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung.

### SACHVERHALT

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Unterwerfungserklärung. Mit Vertrag vom 03.12.2013 vermietete der Beklagte eine Wohnung in Berlin an die Klägerin zu 2), eine GmbH, die sich mit der Verwaltung eigener Immobilien befasst, und an deren Geschäftsführer, den Kläger zu 1). Im Mietvertrag heißt es:

„Auf Wunsch der Mieter verpflichten sich diese, vor einem deutschen Notar, eine vollstreckbare Urkunde zu unterzeichnen, die den Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete durch die Mieter sichert. Diese Urkunde muss bis zum 15.12.2013 dem Vermieter vorgelegt werden. Die Kosten dafür trägt der Mieter.“

Das Mietverhältnis endete am 30.06.2014. Auf die vereinbarte mtl. Miete von rd. 2.000 € zzgl. Betriebskostenvorauszahlungen von rd. 500,- € zahlten die Kläger unter Berufung auf angebliche Mängel der Wohnung ab März 2014 insgesamt 5.000 € nicht. Wegen dieses Betrages zzgl. Zinsen und Kosten betrieb der Beklagte die Zwangsvollstreckung gegen die Kläger aus einer von beiden Klägern am 04.12.2013 abgegebenen notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. Darin heißt es:

„II. Mietzahlungen

Die Mieter, Herr M. S. und die A-GmbH, unterwerfen sich als Gesamtschuldner wegen der Zahlungsforderungen des Vermieters aus dem Mietvertrag i.H.v. 2.500 € mtl., einschließlich Betriebs- und Nebenkostenpauschalen aus dem Mietvertrag für die Folgemieten fällig jeweils zum dritten Werktag eines Monats (Mietbeginn: 3.12.2013) der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen.

IV.

Eine Umkehr der Beweislast soll durch sämtliche vorstehenden Zwangsvollstreckungsunterwerfungen nicht eintreten.“

Während die Kläger meinen, es liege ein Wohnraummietverhältnis vor, und behaupten, die Klägerin zu 2) sei auf Wunsch des Beklagten in den Mietvertrag aufgenommen worden, weil ihr Geschäftsführer, der Kläger zu 1), über kein Einkommen im Inland verfügt habe und eine Schufa-Auskunft nicht möglich gewesen sei, behauptet der Beklagte, ursprünglich habe nur die Klägerin zu 2) den Mietvertrag abschließen wollen. Zwar habe der Kläger zu 1) dort auch wohnen sollen. Er sei jedoch nur in den Mietvertrag mit eingetreten, um eine meldefähige Anschrift für die deutschen Behörden zu haben. Der Kläger zu 1) begehrt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären. Die Klägerin zu 2) beantragte zuletzt, den Beklagten zu verurteilen, an sie rd. 2.800 € zu zahlen.

Das AG wies die Klagen (als unbegründet) ab. Das LG gab ihnen statt und verurteilte den Beklagten antragsgemäß. Auf die Revision der Beklagten hob der BGH das Berufungsurteil auf und wies die Berufungen der Kläger gegen das Urteil des AG zurück.

### LÖSUNG

Weder ist die Klage des Klägers zu 1), die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären, begründet noch steht der Klägerin zu 2) ein Rückzahlungsanspruch wegen des von ihr beigetriebenen Betrages zu. Die Annahme des LG, bei der notariellen Unterwerfung handele es sich um eine Sicherheit i.S.d. § 551 BGB ist ebenso von Rechtsfehlern beeinflusst wie seine weitere Auffassung, die Klägerin zu 2) sei nicht Partei des Mietvertrages geworden und könne deshalb die von ihr beigetriebene Miete zurückfordern.

Die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels ergibt sich aus § 794 I Nr. 5 ZPO, weil es sich um eine notariell beurkundete Unterwerfungserklärung über konkret bezeichnete, nicht den Bestand eines Mietverhältnisses betreffende Ansprüche, nämlich die laufenden Mieten für die streitige Wohnung, handelt. Es konnte offen bleiben, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Wohnraummiete (§ 549 BGB) einzuordnen ist. Selbst wenn dies der Fall wäre, führte das nicht zur Unwirksamkeit der notariellen Unterwerfungserklärung nach § 551 IV BGB. Zwar begrenzt § 551 I BGB im Interesse des Wohnraummieters die höchstzulässige Kautionshöhe auf drei Monatsnettomieten und sind hiervon zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen gem. § 551 IV BGB unwirksam. Das LG hat aber rechtsirrig angenommen, dass eine Unterwerfungserklärung einer Sicherheit i.S.d. §§ 551, 232 BGB gleichzustellen ist.

Die Unterwerfungserklärung des Schuldners bietet dem Gläubiger keine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit wie etwa eine dingliche Sicherheit (Barkautions, verpfändetes Sparbuch) oder die Bürgschaft eines Dritten, sondern enthebt ihn lediglich der Notwendigkeit, sich vor der Zwangsvollstreckung einen Titel gegen den Mieter zu beschaffen. Er kann wegen der Ansprüche, die Gegenstand der Unterwerfungserklärung sind, sofort seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners (Mieters) suchen und diesen so darauf verweisen, Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen; die materielle Rechtslage einschließlich der Darlegungs- und Beweislast werden hiervon hingegen nicht berührt. Im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage kann die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde gem. §§ 795, 769 ZPO - ggf. ohne Sicherheitsleistung - vorläufig eingestellt werden, so dass der Mieter auch nicht ohne Schutz ist.

Die pauschale Erwägung des LG, § 551 IV BGB bezwecke den Schutz des Mieters, rechtfertigt es nicht, eine Unterwerfungserklärung, die - wie ausgeführt - lediglich eine schnellere Vollstreckung ermöglicht, den in § 551 BGB geregelten Mietsicherheiten gleich zu stellen. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung liegen schon mangels planwidriger Regelungslücke offensichtlich nicht vor. Der Klägerin zu 2) steht ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung des von ihr beigetriebenen Betrages nicht zu. Einen Betrag von 2.500 € nebst Zinsen schuldete die Klägerin zu 2) gem. § 535 II BGB als rückständige Miete. Die Mieterstellung der Klägerin zu 2) ergibt sich - eindeutig - aus der von ihrem gesetzlichen Vertreter unterschriebenen Vertragsurkunde, in der sie neben dem Kläger zu 1) ausdrücklich als Mieterin aufgeführt ist.

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

#### **Problem: Nicht gewährter Urlaub: Kein Schadensersatz in Geld**

**Einordnung: Im bestehenden Arbeitsverhältnis kein Geldersatz im o.g. Fall**

BAG, Urteil vom 16.05.2017, 9 AZR 572/16

Gewährt ein Arbeitgeber rechtzeitig beantragten Urlaub nicht, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat. Schadensersatz in Geld nach § 251 I BGB kommt nicht in Betracht. Der Anspruch auf Abgeltung des Ersatzurlaubs richtet sich nach § 7 IV BUrlG. Er ist erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben.

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin ist bei der beklagten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt als Redakteurin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet u.a. der Manteltarifvertrag zwischen dem Hessischen Rundfunk und der Tarifgemeinschaft im Hessischen Rundfunk (MTV HR) Anwendung. Danach hat die Klägerin nach der Vollendung des 40. Lebensjahrs einen Anspruch auf 31 Urlaubstage.

Für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis zum 31.03.2018 begründeten die beiden Parteien ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell mit einer Arbeitsphase bis zum 31.03.2015. Daran anschließend sollte eine Freistellungsphase erfolgen. Es wurde vereinbart, dass der Klägerin während der aktiven Altersteilzeit Erholungsurlaub, in dem ihr laut Arbeitsvertrag zustehenden Umfang, gewährt wird und der Urlaub während der passiven Freistellungszeit entfällt.

Am 12.12.2014 beantragte die Klägerin für 2015 31 Urlaubstage. Die Beklagte gewährte ihr jedoch nur acht Urlaubstage und lehnte den Antrag im Übrigen ab. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin wegen Nichtgewährung von 23 Urlaubstagen für das Jahr 2015 Ersatz in Geld. Die Klage hatte zunächst vor dem Arbeitsgericht Erfolg. Sie wurde jedoch sowohl vom LAG als auch vom BAG abgewiesen.

#### **LÖSUNG**

Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat weder Anspruch auf Schadensersatz in Geld noch auf Abgeltung von 23 Arbeitstagen Ersatzurlaub aus dem Jahr 2015 vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2018. Es muss daher nicht entschieden werden, ob die Klägerin überhaupt einen Urlaubsanspruch im Umfang von 31 Arbeitstagen für 2015 hatte.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadensersatz in Geld gem. § 251 I BGB an Stelle der Gewährung von Erholungsurlaub, weil ein Anspruch auf Ersatzurlaub wegen des Eintritts in die Freistellungsphase der Alterszeit nicht mehr zu realisieren ist. Wird der rechtzeitig verlangte Urlaub nicht gewährt, so hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch, der ihm einen Ersatzurlaub im Umfang seines originären Urlaubsanspruchs gewährt. Damit ist der bezahlte Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers gesichert, denn mit der Entstehung des Ersatzurlaubsanspruchs erhält der Arbeitnehmer Schadensersatz im Rahmen der Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB. § 251 I BGB in Form von Schadensersatz in Geld findet keine Anwendung. Der Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub richtet sich nach den Voraussetzungen des § 7 IV BUrlG. Dies ist auch der Fall, wenn der Ersatzurlaub, wie im vorliegenden Fall wegen Wegfall der Arbeitspflicht, nicht mehr tatsächlich gewährt werden kann.

Die Klägerin hat jedoch auch keinen Anspruch auf Abgeltung des Ersatzurlaubs gem. § 7 IV BUrlG zum Zeitpunkt der Beendigung der Arbeitsphase des Altersteilzeitverhältnisses, denn § 7 IV BUrlG sieht eine Abgeltung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Im vorliegenden Fall ist aber lediglich die aktive Arbeitsphase beendet. Während der passiven Freistellungsphase, in der sich die Klägerin noch befindet, besteht das Arbeitsverhältnis fort. Der Arbeitgeber ist zur Entgeltleistung verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis endet erst zum vereinbarten Termin mit Ablauf des 31.03.2018.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Verfassungsmäßigkeit des § 58a AufenthG (Abschiebung von „Gefährdern“)** **Einordnung: Grundrechte**

BVerfG, Beschluss vom 24.07.2017, 2 BvR 1487/17

§ 58a Aufenthaltsgesetz (AufenthG), der die Abschiebung von sogenannten „Gefährdern“ regelt, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

#### **SACHVERHALT**

Der Beschwerdeführer ist algerischer Staatsangehöriger und reiste erstmals Anfang 2003 in das Bundesgebiet ein. Im März 2017 ordnete der Senator für Inneres der Freien Hansestadt Bremen gemäß § 58a AufenthG die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Algerien an, verbunden mit einem unbefristeten Einreise- und Aufenthaltsverbot. Zur Begründung führte er an, vom Beschwerdeführer gehe die Gefahr eines terroristischen Anschlags aus. Das Bundesverwaltungsgericht lehnte den Antrag des Beschwerdeführers gegen die Abschiebungsanordnung mit der Maßgabe ab, dass er erst nach Erlangung einer Zusicherung einer algerischen Regierungsstelle, dass ihm in Algerien eine menschenrechtswidrige Behandlung nicht drohe, abgeschoben werden dürfe. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügte der Beschwerdeführer vornehmlich die formelle und materielle Verfassungswidrigkeit des § 58a AufenthG. Insbesondere habe der Vermittlungsausschuss diese Norm in seinen Einigungsvorschlag aufgenommen, ohne dass sie zuvor Gegenstand parlamentarischer Beratung gewesen sei.

#### **LÖSUNG**

Die Verfassungsbeschwerde ist erfolglos.

§ 58a AufenthG ist in formeller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Kompetenz des Vermittlungsausschusses beschränkt sich darauf, mit dem Beschlussvorschlag eine Brücke zwischen Regelungsalternativen zu schlagen, die bereits zuvor in den Gesetzgebungsorganen erörtert worden oder jedenfalls erkennbar geworden sind. Der Vermittlungsausschuss darf mit seinem Vorschlag weder ein ihm nicht zustehendes Gesetzesinitiativrecht beanspruchen noch das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren verkürzen und der öffentlichen Aufmerksamkeit entziehen. Die Reichweite eines Vermittlungsvorschlags ist deshalb durch diejenigen Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren. Nach diesen Maßstäben hat der Vermittlungsausschuss die Grenzen seines Vermittlungsauftrages bei Einführung des § 58a AufenthG nicht überschritten. Denn im parlamentarischen Verfahren kam die Forderung nach einer effektiven Abwehr terroristischer Aktivitäten unter anderem durch den Vorschlag lebenslanger Einreisesperren, die Erweiterung der Ausweisungstatbestände sowie die Reduzierung von gesetzlichen Abschiebungsverboten zum Ausdruck. Gemeinsamer Ausgangspunkt dieser Änderungsanträge war es, entsprechende Regelungen bereits für den Fall des Terrorismusverdachts vorzusehen. Dass entsprechende Änderungsanträge bereits im Innenausschuss abgelehnt und im (ersten) Gesetzesbeschluss des Bundestages unberücksichtigt geblieben sind, ist unschädlich.

§ 58a AufenthG ist auch mit dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes vereinbar. Denn die Vorschrift normiert mit der Anknüpfung an eine besondere Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland bzw. an eine terroristische Gefahr Tatbestandsmerkmale, die jedenfalls hinreichend bestimmbar sind. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht die Tatbestandsvoraussetzungen konkretisiert und herausgearbeitet, worin die Unterschiede zwischen § 58a AufenthG und den allgemeinen Ausweisungstatbeständen liegen. Es hat dabei insbesondere in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise auf die besonderen von terroristischen Straftaten ausgehenden Gefahren abgestellt, die sich jederzeit und ohne großen Vorbereitungsaufwand realisieren können.

Auch die Handhabung der Vorschrift im vorliegenden Einzelfall begegnet im Ergebnis keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere hat das Bundesverwaltungsgericht die vom Beschwerdeführer ausgehende terroristische Gefahr nicht allein aus seiner ideologischen Überzeugung abgeleitet, sondern seine Überzeugung in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als einen Baustein eines besonderen Gefährdungspotentials bewertet. Ferner ist die Bejahung einer in relevantem Umfang erhöhten Bereitschaft des Beschwerdeführers, seine religiös motivierten Ziele durch gewaltsame oder terroristische Methoden zu erreichen, auf der Grundlage der ausgewerteten umfangreichen Erkenntnismittel nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch insofern verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, als sie die Abschiebung des Beschwerdeführers von einer von den algerischen Behörden zuvor einzuholenden Zusicherung abhängig macht. Welche konkreten Anforderungen an eine solche Zusicherung zu stellen sind, lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern hängt insbesondere von den Bedingungen im Abschiebezielstaat und den Umständen des Einzelfalles ab. Im vorliegenden Fall ist es von Verfassungs wegen erforderlich, dass die Zusicherung mit spezifischen Garantien verbunden ist, die eine Überprüfung der (eventuellen) Haftbedingungen des Beschwerdeführers im Falle von dessen Inhaftierung und insbesondere den ungehinderten Zugang zu seinen Prozessbevollmächtigten erlaubt. Zudem muss der Beschwerdeführer vor seiner Abschiebung Gelegenheit haben, die Zusicherung zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls um Rechtsschutz nachzusuchen.

Jura Intensiv

## Problem: Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens

### Einordnung: Kommunalrecht NRW

OVG Münster, Urteil vom 13.06.2017, 15 A 1561/15

Die Vertreter des Bürgerbegehrens sind aus Gründen des materiellen Rechts echte notwendige Streitgenossen. Sie können nur gemeinschaftlich Klage erheben.

### SACHVERHALT

Die Kläger vertreten das Bürgerbegehren "Döppts105". Dieses hatte sich mit der Frage „Sind Sie dafür, dass die gestiegenen Bau- und Folgekosten der Neugestaltung Döppersberg wie ursprünglich durch den Rat beschlossen ausschließlich durch Umschichtungen im Projekt ohne Belastung des städtischen Haushalts (Drittfinanzierung, Anpassung der Bauplanung, Änderung von Aufträgen) ausgeglichen werden sollen und der neue Ratsbeschluss vom 18.11.2013 aufgehoben wird?“ an die Wuppertaler Bürgerschaft gewandt. Damit wollte das Bürgerbegehren angesichts einer zwischenzeitlich prognostizierten Kostensteigerung um knapp 35 Mio. Euro die Einhaltung des im Jahr 2010 von der beklagten Stadt beschlossenen Kostenrahmens für das Gesamtprojekt von 105,62 Mio. Euro erreichen. Nachdem der Rat der Stadt Wuppertal die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens festgestellt hatte, hatten die Kläger Klage beim VG Düsseldorf erhoben. Dieses hatte die Klage aus prozessualen Gründen abgewiesen, weil sie nicht von allen seinerzeitigen Vertretern des Bürgerbegehrens erhoben worden war.

Hat die Berufung der Kläger Erfolg?

### LÖSUNG

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Den Klägern hat innerhalb der maßgeblichen einmonatigen Klagefrist die Prozessführungsbefugnis gefehlt. Die Vertreter des Bürgerbegehrens hätten nur gemeinschaftlich Klage erheben können. Daran fehlt es, weil sich nur zwei der ursprünglich benannten drei Vertreter des Bürgerbegehrens bis zum Ablauf der Klagefrist für eine Klageerhebung entschieden hatten. Der Mangel ist auch nicht nachträglich geheilt worden. Die Klage bleibt aber auch in der Sache ohne Erfolg. Das Bürgerbegehren ist materiell-rechtlich unzulässig, weil es sich weder auf eine Entscheidung über eine Angelegenheit der Gemeinde bezieht noch den Bestimmtheitsanforderungen genügt. Das Bürgerbegehren hat nach der von ihm formulierten Frage keine konkrete und abschließende Sachentscheidung zum Gegenstand, die die Bürgerschaft selbst anstelle des Rats treffen soll. Vielmehr läuft es darauf hinaus, dem Rat Vorgaben für eine von ihm noch abschließend zu treffende alternative Finanzierungsentscheidung zu machen.

## **Problem: Grundsatz der Organtreue im Kommunalrecht**

### **Einordnung: Kommunalrecht NRW**

OVG Münster, Beschluss vom 17.05.2017, 15 A 1008/16

Der Grundsatz der Organtreue begründet die Obliegenheit von Ratsmitgliedern, rechtliche Bedenken gegen (anstehende) Beschlussfassungen in der verfahrensrechtlich gebotenen Form rechtzeitig geltend zu machen. Er verlangt insbesondere die rechtzeitige Rüge der beanstandeten Maßnahme gegenüber dem Organ selbst. Unterbleibt die rechtzeitige Rüge, kann die vermeintliche Rechtswidrigkeit der fraglichen Verfahrensweise später nicht mehr im Rahmen einer Feststellungsklage mit Erfolg geltend gemacht werden. Durch die unterlassene Rüge ist dem Organ die Möglichkeit genommen worden, die Einwände zu prüfen und ggf. für Abhilfe Sorge zu tragen.

### **SACHVERHALT**

Der Kläger beantragt festzustellen, dass der Beklagte rechtswidrig handelte, als er den Kläger in dessen Redebeitrag zu Tagesordnungspunkt 72 in der Sitzung des Rates der Stadt E. am 23.11.2015 mit den Worten „Ich kann mir ihr Gestammel nicht mehr anhören“ unterbrach, sowie den Beklagten zu verpflichten, den Kläger in künftigen Redebeiträgen nicht mehr zu unterbrechen, soweit kein Rechtsgrund für einen Ordnungsruf oder keine Abweichung vom Sachgegenstand vorliegt.

### **LÖSUNG**

Die Klage hat keinen Erfolg.

Im Verhältnis der kommunalen Organe und Organteile zueinander gilt der Grundsatz der Organtreue. Dieser begründet namentlich die Obliegenheit von Ratsmitgliedern, rechtliche Bedenken gegen (anstehende) Beschlussfassungen in der verfahrensrechtlich gebotenen Form rechtzeitig geltend zu machen. Der Grundsatz der Organtreue verlangt insbesondere die rechtzeitige Rüge der beanstandeten Maßnahme gegenüber dem Organ selbst. Unterbleibt diese rechtzeitige Rüge, kann die vermeintliche Rechtswidrigkeit der fraglichen Verfahrensweise später nicht mehr im Rahmen einer Feststellungsklage mit Erfolg geltend gemacht werden. Denn durch die unterlassene Rüge ist dem Organ die Möglichkeit genommen worden, die Einwände zu prüfen und ggf. für Abhilfe Sorge zu tragen.

Diese Maßgaben hat der Kläger nicht beachtet. Er hat am 17.12.2015 Klage erhoben, ohne zuvor die in der Ratssitzung am 23.11.2015 vom Beklagten getätigte Äußerung („Ich kann Ihr Gestammel langsam nicht mehr ertragen“) diesem gegenüber hinreichend bestimmt beanstandet zu haben. Der Umstand, dass der Grundsatz der Organtreue dogmatisch im verfassungsrechtlichen Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme wurzelt, entbindet den Kläger nicht von seiner vorprozessualen Rügeobliegenheit. Ob das angegriffene Verhalten des Beklagten seinerseits treuwidrig bzw. rechtswidrig war, weil der Beklagte sich, wie der Kläger geltend macht, bewusst außerhalb der Geschäftsordnung des Rates der Stadt E. begeben habe, indem er auf das formal geregelte Instrument des Ordnungsrufs verzichtet habe, wäre gerade zuerst außergerichtlich zwischen den Beteiligten zu klären gewesen, auch um dem Beklagten die Gelegenheit einer Selbstkorrektur zu belassen, bevor ein Gericht mit der Angelegenheit befasst würde.

Da dem Grundsatz der Organtreue das Erfordernis einer rechtzeitigen, d. h. zeitnahen vorprozessualen Rüge wesensimmanent ist, ist das Vorbringen des Beklagten im Verwaltungsprozess für die Handhabung des Grundsatzes der Organtreue unbeachtlich. Dieser ist nach seinem Sinn und Zweck als echte, im Prozess nicht mehr nachholbare Sachentscheidungs voraussetzung zu verstehen.

## Problem: Mindestkörpergröße für Polizeibewerber

### Einordnung: Beamtenrecht/Grundrechte

VG Düsseldorf, Urteil vom 08.08.2017, 2 K 7427/17

Die durch Erlass des Ministeriums des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen für die Einstellung in den Polizeidienst des Landes festgelegten Mindestgrößen von 163 cm für Frauen und 168 cm für Männer sind unwirksam.

### SACHVERHALT

Die Klägerin hatte sich für die Einstellung in den Polizeidienst in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2017 beworben. Sie wurde vom Auswahlverfahren ausgeschlossen, weil sie mit einer Größe von 161,5 cm die geforderten 163 cm unterschreitet. Von einer körperlichen Eignung für den Polizeivollzugsdienst geht das Land Nordrhein-Westfalen gleichermaßen für Frauen und Männer ab einer Größe von 163 cm aus. Gleichwohl wird von männlichen Bewerbern eine höhere Mindestgröße von 168 cm verlangt, um zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern die Anzahl der im Bevölkerungsdurchschnitt größeren männlichen Polizeibewerber gegenüber der Anzahl durchschnittlich kleinerer weiblicher Bewerber zu reduzieren.

Die Klägerin beantragt die Verpflichtung des Landes Nordrhein-Westfalen, sie zum weiteren Auswahlverfahren zuzulassen.

### LÖSUNG

Die Klage hat Erfolg.

Die per Erlass des Innenministeriums festgelegte Verwaltungspraxis zur Mindestgröße ist rechtswidrig. Nach dem im Grundgesetz verankerten Prinzip der Bestenauslese darf der Zugang zum Beamtenverhältnis nur von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung abhängig gemacht werden. Von diesen Vorgaben weicht eine Größenfestlegung, die für männliche Bewerber ausschließlich aus Gründen der Gleichberechtigung eine höhere Mindestgröße als für weibliche Bewerber vorsieht, ab. Ausnahmen vom Prinzip der Bestenauslese dürfen allerdings nicht vom Innenministerium durch Verwaltungserlass, sondern nur durch ein im parlamentarischen Verfahren erlassenes Gesetz geregelt werden. Denn es geht darum, zwei widerstreitende Interessen von Verfassungsrang – das Prinzip der Bestenauslese einerseits und die Gleichberechtigung von Frauen und Männern andererseits – miteinander in Einklang zu bringen; dies ist Aufgabe des Parlaments, nicht der Verwaltung. Im Ergebnis führt die Unwirksamkeit der Mindestgröße für Männer zur Unwirksamkeit auch der Mindestgröße für Frauen, weil beide Festlegungen rechtlich zusammenhängen und die eine nicht ohne die andere fortbestehen kann.

Ob die Klägerin in den Polizeivollzugsdienst eingestellt wird, hängt nunmehr davon ab, ob sie in dem weiteren Auswahlverfahren die dort gestellten Anforderungen erfüllt.

## STRAFRECHT

### **Problem: Betrug bei rechtsmissbräuchlicher Forderung von Anwaltsgebühren** **Einordnung: Konkludente Täuschung über Tatsachen**

BGH, Beschluss vom 08.02.2017, 1 StR 483/16

Die Geltendmachung von Abmahnkosten kann eine betrugsrelevante Täuschungshandlung darstellen. Hier bejaht für den Fall einer zumindest konkludent erfolgten – unzutreffenden – Erklärung, der Forderung liege ein wettbewerbsrechtlich bedeutsamer Abmahnvorgang zugrunde, der nicht auf die bloße Generierung von Rechtsanwaltsgebühren abziele.

#### **SACHVERHALT**

Ein Rechtsanwalt hatte an zahlreiche Ebay-Verkäufer rechtsmissbräuchlich Abmahnschreiben mit einer Gebührenrechnung wegen angeblicher Wettbewerbsverstöße verschickt.

Der angeklagte Rechtsanwalt hatte sich mit einem Bekannten, der ein Sportgeschäft mit Onlineshop führte, zusammengetan, um Abmahnschreiben an Ebay-Verkäufer zu senden, die gleichfalls Sportartikel verkaufen. Dabei trat der Angeklagte als Rechtsanwalt des Bekannten auf und mahnte die Geschädigten in dessen Namen ab, weil sie angeblich ihre Unternehmereigenschaft verschleierten und sich dadurch einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschafften. Den Abmahnschreiben lag jeweils eine Gebührenrechnung bei, wobei der Angeklagte wahrheitswidrig behauptete, diese Gebühren seien seinem Mandanten als Schaden durch seine Beauftragung als Rechtsanwalt entstanden. In Wahrheit hatten der Angeklagte und sein Bekannter verabredet, dass dieser in keinem Fall Rechtsanwaltsgebühren zahlen sollte, sondern dass sie vielmehr die eventuell eingehenden Gelder hälftig unter sich aufteilen wollten.

#### **LÖSUNG**

Der BGH bestätigt die Entscheidung des LG, das hier den Tatbestand des Betrugs verwirklicht sah.

In der Geltendmachung der Abmahnforderungen lag laut BGH zugleich auch die zumindest konkludente Erklärung, dass der Forderung ein wettbewerbsrechtlich bedeutsamer Abmahnvorgang zugrunde lag und es nicht lediglich um die bloße Generierung von Anwaltsgebühren ging. Damit wurden die Adressaten nicht lediglich über die Rechtsfrage getäuscht, ob ein Anspruch besteht, sondern über die eigentliche Zielrichtung der Abmahnschreiben. Dabei handelt es sich um eine innere Tatsache, über die – anders als über rechtliche Wertungen – im Sinne von § 263 StGB getäuscht werden kann.

## Problem: Voraussetzungen einer Mittäterschaft

### Einordnung: Mittäterschaft eines am Boden fixierten Komplizen

BGH, Beschluss vom 04.04.2017, 3 StR 451/16

Mittäterschaft im Sinne des § 25 II StGB setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss. Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint.

### SACHVERHALT

Der Angeklagte und der Mitangeklagte St. kamen mit dem Zeugen V. überein, als „Kampfgemeinschaft“ die nächste Person, die sich ihnen in den Weg stellen werde, körperlich zu misshandeln. Zu diesem Zweck bewaffnete sich der Angeklagte mit einer Eisenstange. Unvermittelt schlug der Angeklagte F mit der Eisenstange so wuchtig auf den Kopf, dass er bewusstlos zusammenbrach. Ein herbeigeeilter Zeuge drängte den Angeklagten vom Opfer Weg und konnte ihn so in einen Klammergriff nehmen, dass dieser die Eisenstange fallen ließ und sich nicht mehr an dem weiteren Geschehen beteiligen konnte. Währenddessen wirkten St. und V. mit Schlägen und Tritten auf den am Boden liegenden Nebenkläger und schließlich auch auf die hinzukommenden Zeugen K. P. und S. ein, die dem Nebenkläger helfen wollten.

Das LG hat dieses Geschehen als gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung in vier tateinheitlichen Fällen nach §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5 StGB gewertet und dem Angeklagten alle Verletzungshandlungen seiner Begleiter gemäß § 25 II StGB mit der Erwägung zugerechnet, dass ihm das weitere Mitwirken nach dem Schlag mit der Eisenstange allein durch das Einschreiten des Zeugen Ka. P. unmöglich gemacht wurde.

### LÖSUNG

Soweit der Angeklagte mit der Eisenstange und seine Begleiter mit Tritten und Schlägen auf den Nebenkläger F. einwirkten, hat das Landgericht das Geschehen zutreffend als gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 5, § 25 II StGB) bewertet.

Die Zurechnung der von St. und V. verursachten Verletzungen der Zeugen K. P., S. und B. hält jedoch rechtlicher Prüfung nicht stand; insoweit ist die Annahme der Mittäterschaft des Angeklagten rechtsfehlerhaft.

Mittäterschaft im Sinne des § 25 II StGB setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss. Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob danach Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter aufgrund einer wertenden Gesamtbeurteilung aller festgestellten Umstände zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen.

Nach diesen Maßstäben begegnet die Annahme mittäterschaftlicher Beteiligung des Angeklagten an den Verletzungshandlungen zum Nachteil der Zeugen K. P., S. und B. durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Diese Handlungen waren weder von dem mit dem Angeklagten gefassten gemeinsamen Tatplan umfasst, noch leistete der Angeklagte vor oder während der Tatausführung einen objektiven Beitrag, der in (mit-)bestimmender Weise auf dieses Geschehen Einfluss nahm. Er wurde nach den Urteilsfeststellungen schon vor dem Eintritt der Zeugen in das Geschehen abgedrängt und so fixiert, dass er dessen weiteren Verlauf nicht mehr beeinflussen konnte; irgendeine Interaktion des abgedrängten Angeklagten mit seinen Begleitern während der folgenden Tätlichkeiten hat das Landgericht nicht festgestellt. Allein der bloße Wille des Angeklagten, seinen Freunden im weiteren Kampfgeschehen beizustehen, den er infolge des Klammergriffs des Zeugen Ka. P. nicht umsetzen konnte, kann seine Mittäterschaft nicht begründen.