

Life&Law kompakt

Examensreport Bayern, Termin 2010-II

Hinweis: Die nachfolgenden Übersichten sind keine Musterlösungen. Sie sollen nur zur besseren Orientierung in Ihrer Examensvorbereitung dienen. Nur wer die Anforderungen des Examens kennt, lernt richtig.

A) Zivilrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- Termin beginnt mit Dienstvertrags- und Arbeitsrecht
- Schwerpunkt wieder einmal im Schuldrecht
 - in zwei Klausuren ZPO
 - Wie schon 2010-I ein Aufsatz als Teil einer Klausur

Klausur Nr. 1:

Problemstellung: Der Termin beginnt atypisch mit einer Klausur aus dem Dienstvertrags- und Arbeitsrecht. Die Klausur ähnelt sehr stark der Klausur 3 im Termin 2009-I.

Sachverhalt Teil I: Das Nachhilfeinstitut F-GmbH aus Regensburg (63 Mitarbeiter) sucht einen Gymnasiallehrer mit zwei überdurchschnittlichen Examina. Mit Arbeitsvertrag vom 30.06.2005 wird B von L, dem Geschäftsführer der F-GmbH eingestellt. B hatte seiner Bewerbung zwei gefälschte überdurchschnittliche Examenszeugnisse beigelegt. In Wahrheit hatte B das erste Examen nur unterdurchschnittlich und das zweite Examen gar nicht mehr bestanden.

Da L Mitte 2009 stirbt, bewirbt sich B auf den Posten des Geschäftsführers. Wegen seines kaufmännischen Geschicks, aber vor allem wegen der vermeintlich guten Examina wird B vom Alleingesellschafter A, der satzungsgemäß von § 181 BGB befreit ist, mit mündlichem Vertrag vom 19.06.2009 zum Geschäftsführer befördert und erhält eine Gehaltserhöhung.

Am 24.08.2010 erfährt A zufällig, dass B die Examenszeugnisse gefälscht hat. Mit Schreiben vom selben Tag, dem B am 25.08.2010 zugegangen, beruft A den B - unter Beachtung der Erfordernisse des § 48 III GmbHG - als Geschäftsführer ab. Zusätzlich ficht A den Geschäftsführervertrag vom 19.06.2009 an und erklärt hilfsweise die außerordentliche Kündigung. Außerdem ficht A den Arbeitsvertrag vom 30.06.2005 an und kündigt diesen auch noch hilfsweise außerordentlich.

B meint, er habe seine Aufgaben bestens erledigt. Seine schlechten Prüfungsergebnisse beruhen wahrscheinlich auf einer erst am 27.08.2010 diagnostizierten angeborenen Anomalie der Signalverarbeitung im Gehirn. Die Beendigung seiner Tätigkeit diskriminiere ihn daher wegen der wohl nun vorhandenen Schwerbehinderung.

B fragt am 07.09.2010 Rechtsanwältin R, ob und wie er erfolgreich gerichtlich seine Geschäftsführerstellung, seinen Geschäftsführeranstellungsvertrag und seinen Arbeitsvertrag retten könne. Wenn es seine Stellung verbessert, würde er auch einen Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch stellen.

Aufgabe: Gutachten der R, in dem alle aufgeworfenen Rechtsfragen beantwortet werden.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Zu prüfen war, ob sich B erfolgreich gegen die Maßnahmen des Alleingesellschafters A wehren kann. Zu prüfen waren daher die Zulässigkeit und Begründetheit einer etwaigen Klage.

Konkret ging es um fünf Maßnahmen: (1) Abberufung als Gesellschafter, (2) Anfechtung des Geschäftsführervertrages, (3) außerordentliche Kündigung des Geschäftsführervertrages, (4) Anfechtung des Arbeitsvertrages und (5) außerordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages.

I. Vorgehen gegen die Abberufung als Geschäftsführer

1. Da der Geschäftsführer einer GmbH als Organ (§ 35 GmbHG) kein Arbeitnehmer ist (§ 5 I S. 3 ArbGG), wäre grds. der ordentliche Rechtsweg eröffnet, § 13 GVG (zu § 2 III ArbGG siehe unten).

Eine Feststellungsklage wäre zulässig, da B gem. § 256 I ZPO ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit seiner Abberufung hat. Ob das Landgericht oder das Amtsgericht zuständig ist, hängt von der Höhe des Streitwerts ab. Dieser richtet sich nach dem Interesse des B, weiterhin Geschäftsführer der Beklagten zu sein und damit die Lenkungs- und Leitungsmacht in der Hand zu behalten (BGH, MDR 2009, 815 f.). Hierzu enthielt der Sachverhalt keine Angaben.

2. Eine Klage wäre aber jedenfalls unbegründet, da die Abberufung wirksam war.

Gemäß § 38 IGmbHG ist die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich. Für die Abberufung sind gem. § 46 I Nr. 5 GmbHG die Gesellschafter zuständig. Bei der hier vorliegenden Einmann-GmbH ist der Alleingesellschafter A für die Abberufung zuständig. Eine förmliche Gesellschafterversammlung gem. § 48 I GmbHG ist nicht erforderlich, da der Einmangesellschafter „ad hoc Beschlüsse“ fassen kann, da er stets in Person die Vollversammlung bildet. Der Beschluss des A muss lediglich nach § 48 III GmbHG unverzüglich nach der Beschlussfassung protokolliert und unterzeichnet werden, was laut Sachverhalt geschehen ist.

Eine Unwirksamkeit der Abberufung gem. § 134 BGB i.V.m. § 7 I AGG, § 81 II S. 2 SGB IX kommt nicht in Betracht, da B als Organ nicht zu den gem. § 6 AGG geschützten Beschäftigten zählt. Gem. § 6 III AGG fällt der Geschäftsführer einer GmbH zwar in den Schutzbereich des AGG, wenn das Dienstverhältnis betroffen ist (Innenverhältnis). Geht es hingegen um das Organverhältnis (Außenverhältnis), so greift § 6 III AGG nicht ein (vgl. Palandt, § 6 AGG, Rn. 4). Letztlich konnte dies aber dahinstehen, da die im Sachverhalt angesprochene Diskriminierung ohnehin abzulehnen war. Die Behinderung war nämlich gerade nicht der Grund für die Abberufung, sodass es an einer Diskriminierung gefehlt hat. Von der Anomalie der Signalverarbeitung im Gehirn hatte A nämlich zur Zeit der Abberufung nichts gewusst. Außerdem läge aufgrund der beruflichen Anforderungen (Außendarstellung des Nachhilfeinstituts) gem. § 8 I AGG eindeutig eine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung vor.

3. **Ergebnis:** Ein Vorgehen gegen die Abberufung als Geschäftsführer durch A hätte keine Aussicht auf Erfolg, da die Abberufung wirksam war.

II. Vorgehen gegen die Anfechtung bzw. hilfsweise Kündigung des Geschäftsführervertrages

1. Der Geschäftsführer einer GmbH ist kein Arbeitnehmer (§ 5 I S. 3 ArbGG), sodass der ordentliche Rechtsweg eröffnet wäre, § 13 GVG (zu § 2 III ArbGG siehe unten). Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH ist ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter freier Dienstvertrag (§§ 611, 675 BGB), der nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft regelt, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind. Auch hier wäre eine Feststellungsklage beim zuständigen Amts- bzw. Landgericht zur Erheben. Aufgrund der weiterreichenden Rechtskraftwirkung eines Feststellungsurteils bei Dauerschuldverhältnissen gegenüber einem Leistungsurteil war das Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO zu bejahen. Hinsichtlich der hilfsweisen Kündigung durfte dieses nicht mit der drohenden Präklusion nach §§ 13 I S. 2, 4, 7 KSchG begründet werden, da gem. § 14 I Nr. 1 KSchG die Unanwendbarkeit des KSchG für Organvertreter einer juristischen Person angeordnet wird.

2. Die Klage wäre nur begründet, wenn die Anfechtung und die hilfsweise außerordentliche Kündigung unwirksam wären.

a) Anfechtung, § 142 I BGB

aa) Kurz konnte das Verhältnis Kündigung ⇔ Anfechtung angesprochen werden. Nach zutreffender Ansicht schließen sich die beiden Gestaltungsrechte nicht gegenseitig aus.

bb) Der Geschäftsführervertrag wurde durch die Anfechtung seitens des A wieder beendet, § 142 I BGB. Die Anfechtungserklärung (§ 143 I, II BGB) wurde von A im Namen der F-GmbH (§ 164 I BGB) wirksam abgegeben. Fraglich war die Vertretungsmacht, weil der einzige Geschäftsführer B zwischenzeitlich abberufen wurde. Bei der Führungslosigkeit einer GmbH regelt § 35 I S. 2 GmbH eine Notgeschäftsführung durch die Gesellschafter, hier den A. Diese „Ersatzverantwortlichkeit“ der Gesellschafter bezieht sich aber dem Wortlaut nach ausschließlich auf die Passivvertretung der GmbH. Eine aktive Vertretungsmacht kann sie nicht begründen. In diesen Fällen muss die GmbH einen Notgeschäftsführer bestellen, um, wenn eine organschaftliche Vertretung zwingend vorgeschrieben ist, (wieder) handlungsfähig zu werden. Vertretbar war es nun, dass sich A konkludent gem. § 46 I Nr. 5 GmbHG selbst zum Geschäftsführer ernannt hat. Dieser Umweg war aber nicht nötig, da Alleingesellschafter A satzungsgemäß vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit war. Im Umkehrschluss muss A damit laut Satzung auch bevollmächtigt sein, die Gesellschaft zu vertreten.

cc) Als Anfechtungsgründe kamen sowohl ein Eigenschaftsirrtum über die Qualifikation des B (§ 119 II BGB) als auch eine arglistige Täuschung des B (§ 123 I Alt. 1 BGB) in Betracht.

dd) Fraglich ist, ob die Anfechtungsfrist der §§ 121 I, 124 I BGB eingehalten wurde. Für die Kenntnis vom Anfechtungsgrund wird grds. auf die Kenntnis des zur Anfechtung Berechtigten, bei einer GmbH also grds. auf die Kenntnis des Geschäftsführers abgestellt. Stellt man dabei auf die Kenntnis des B ab, so hätte gem. §§ 166 I, 31 BGB die F-GmbH seit Jun 2009 die nötige Kenntnis, weil es ja B selbst war, der getäuscht hatte. Dies hätte zur Konsequenz, dass die Anfechtungsfrist im August 2010 verstrichen wäre. Bei der Anfechtung des Geschäftsführervertrages ist aber die Gesellschafterversammlung zuständig (§ 46 I Nr. 5 GmbHG), sodass hier auf die Kenntnis des Alleingeschäfters A abzustellen war. Die Anfechtungsfrist wurde daher gewahrt.

ee) Da keine unzulässige Diskriminierung vorlag (s.o.), hat die Anfechtung den Geschäftsführerdienstvertrag rückwirkend (§ 142 I BGB) beendet. Da etwaige Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche wegen der gezahlten Vergütung nicht zu erörtern waren, waren breite Ausführungen zum fehlerhaft wirksamen Dienstvertrag nicht nötig. Denn für die Zukunft ist das fehlerhafte Dienstverhältnis jedenfalls aufgelöst.

b) Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB

Die hilfsweise erklärte außerordentliche Kündigung war wegen der Wirksamkeit der Anfechtung eigentlich gegenstandslos. Da aber ein Gutachten zu fertigen war, musste die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung dennoch geprüft werden. Ob dies unter der Überschrift „Hilfsgutachten“ oder im Anschluss an die Feststellung der Wirksamkeit der Anfechtung geprüft wird, spielt im ersten Examen keine Rolle, da ohnehin ein umfassendes Gutachten zu fertigen ist.

aa) Zunächst war zu erkennen, dass eine Kündigung als Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich ist (Rechtsgedanke des § 388 S. 2 BGB). Dieser Grundsatz ist aber kein Selbstzweck, sondern ist dem Gebot der Rechtssicherheit geschuldet. Zulässig sind daher Rechtsbedingungen, über deren Eintritt das erkennende Gericht im laufenden Verfahren selbst entscheidet.

bb) Die Kündigung erfolgte schriftlich, § 623 BGB.

cc) Anschließend waren die Voraussetzungen des **§ 626 BGB** zu prüfen.

(1) Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung kann auch in einem Verhalten bei der Vertragsanbahnung vorliegen. In der bei § 626 I BGB vorzunehmenden „Zwei-Stufen-Prüfung“ war auf der ersten Stufe der außerordentliche Kündigungsgrund aufgrund der Täuschung und des Vertrauensverlustes zu bejahen. Aufgrund der Tatsache, dass B die gestellten Anforderungen nicht mehr erreichen kann, kam eine Abmahnung als milderer Mittel von vorneherein nicht in Betracht. Die auf der zweiten Stufe vorzunehmende Interessensabwägung beider Vertragsteile führte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles dazu, dass der F-GmbH die Fortsetzung des Geschäftsführeranstellungsvertrages bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dass B seiner Ansicht nach bislang seine Arbeiten bestens erledigt hat, vermag hieran nichts zu ändern.

(2) Problematisch war, ob die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB eingehalten wurde. Hier gelten die gleichen Ausführungen wie zur Anfechtungsfrist. Abzustellen war auf die Kenntnis des A, sodass die Kündigungserklärungsfrist eingehalten wurde.

dd) Im Sachverhalt aufgeworfen war die Frage, ob es die Stellung des B verbessern würde, wenn er seine etwaige Schwerbehinderteneigenschaft behördlich anerkennen lassen würde. Dies war aus zwei Gründen zu verneinen. Zum einen gilt der Sonderkündigungsschutz der §§ 85, 91 SGB IX nur für Arbeitnehmer. Als Geschäftsführer ist B jedoch kein Arbeitnehmer. Außerdem war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Schwerbehinderteneigenschaft nicht nachgewiesen, §§ 91 I, 90a IIa SGB IX (auf § 90a SGB IX wurde im Sachverhalt hingewiesen).

ee) Ob ein Verstoß gegen AGG für sich allein geeignet ist, die Kündigung unwirksam zu machen, ist im Hinblick auf § 2 IV AGG strittig. Da auf die Europarechtskonformität des AGG laut Bearbeitervermerk nicht einzugehen war und außerdem keine unzulässige Diskriminierung vorlag (s.o.), war die Kündigung jedenfalls nicht nach § 7 I AGG, § 134 BGB unwirksam.

Damit wäre auch die außerordentliche Kündigung wirksam gewesen.

3. Vorgehen gegen die Anfechtung bzw. hilfsweise Kündigung des Arbeitsvertrages

a) Hier musste zunächst geprüft werden, ob es überhaupt noch einen Arbeitsvertrag zwischen B und der F-GmbH gab. Dieser könnte nämlich durch die „Beförderung“ zum Geschäftsführer aufgehoben worden sein. Es entspricht mittlerweile der gefestigten Rechtsprechung des BAG, dass das Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, wenn die Arbeitsvertragsparteien einen Geschäftsführerdienstvertrag schließen (BAG, NJW 2009, 2078 f.). Mit dem Verlust der Organstellung als Geschäftsführer wandelt sich der Geschäftsführerdienstvertrag dann nicht wieder in einen Arbeitsvertrag um (BAG, NJW 2008, 3514 ff.). Dies alles gilt aber wegen des in § 623 BGB geregelten Schriftformerfordernisses für den Aufhebungsvertrag nur dann, wenn ein **schriftlicher** Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen wurde. Da B aber nur **mündlich** zum Geschäftsführer bestellt wurde, kam es lediglich zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses zwischen der F-GmbH und B. Durch die Beendigung des Geschäftsführervertrages lebte der Arbeitsvertrag folglich wieder auf.

b) Hinsichtlich der Wirksamkeit der Anfechtung und außerordentlichen Kündigung kann auf oben verwiesen werden. Als Besonderheit war zu beachten, dass eine Kündigungsschutzklage bei den Arbeitsgerichten erhoben werden müsste (§§ 2 I Nr. 3b, 5 I S. 1 ArbGG) und hierfür die dreiwöchige Präklusionsfrist der §§ 13 I S. 2, 4, 7 KSchG einzuhalten wäre (keine Zulässigkeitsfrage!).

Gem. § 2 III ArbGG besteht auch die Möglichkeit, auch die obigen Streitgegenstände im Wege der Zusammenhangsklage von den Arbeitsgerichten entscheiden zu lassen, wenn diese nach oder gleichzeitig mit der arbeitsgerichtlichen Streitsache anhängig gemacht werden.

Da sowohl die Anfechtung als auch die Kündigung wirksam waren, wäre auch ein arbeitsgerichtliches Vorgehen ohne Aussicht auf Erfolg.

Ergebnis: Ein gerichtliches Vorgehen des B wäre ohne Aussicht auf Erfolg.

hemmer-Trainingsplan-Info: Für das erste Examen ein ungewöhnlicher Auftakt. Der Fall war anspruchsvoll und sehr lang. Erkannt werden musste, dass es letztlich um drei Fragen ging (Organstellung, Geschäftsführerdienstvertrag und Wiederaufleben des Arbeitsvertrages). Dies war aber dem Sachverhalt zu entnehmen. Hinsichtlich der Abberufung als Gesellschafter enthielt der Sachverhalt auch den Hinweis auf § 48 III GmbHG, sodass das Auffinden des § 46 I Nr. 5 GmbHG erwartet werden konnte. Dass im Gesellschaftsrecht stets das Außenverhältnis vom Innenverhältnis unterschieden werden muss, wird in unseren Kursen bereits ab **Fall 2 BGB-AT** behandelt und immer wieder in verschiedenen Fällen besprochen. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages ist Gegenstand der **Fälle 2 und 2a Arbeitsrecht**. Fragen zum AGG werden in **Fall 2b** behandelt. Die Auswirkung des § 2 IV AGG auf Kündigungen wurde in **Life & Law 2009, 565 f., Heft 8** besprochen. Die außerordentliche Kündigung bei Störung des Vertrauensverhältnisses wird in **Fall 9 Arbeitsrecht** besprochen. Die Klausur war aber auch ohne Detailwissen anhand des Gesetzes lösbar, weil die Struktur des Falles aufgrund des Sachverhalts vorgegeben war.

Klausur Nr. 2:

Problemstellung: Inzahlunggabe; Verbrauchsgüterkauf; Mängelrecht; Vermutung des § 476 BGB; (gutgläubiger) Eigentumserwerb an sicherungsübereignetem Pkw

Sachverhalt: Rentnerin K kauft von Händler V im Juni 2010 einen neuen Pkw zum Preis von 30.000,- €, wobei sie 20.000,- € überweist und für die restlichen 10.000,- € ihr gebrauchtes Cabrio (Wert: 7.000,- €) in Zahlung gibt. Die 3.000,- € gewährte V als Preisnachlass. Das Cabrio war zur Sicherheit an die B-Bank übereignet worden, die seinerzeit den Kauf des Cabrios finanzierte. Die letzte Darlehensrate war noch offen. Dies wurde dem V von K alles mitgeteilt. Die B-Bank erfährt von der Inzahlunggabe nichts.

Anfang Juli zahlt K die letzte Darlehensrate zurück, woraufhin die B-Bank der K den Kfz-Brief aushändigt und dieser das Cabrio zurück übereignet.

Mitte Juli 2010 bemerkt K beim neuen Pkw Motorgeräusche, wobei sie sich nicht sicher ist, ob sich der Motor nicht schon immer so angehört hat. Bei einer Untersuchung stellt sich ein irreparabler, die Fahrsicherheit erheblich beeinträchtigender Motordefekt heraus, der entweder auf einem Fahrfehler, wahrscheinlich aber auf dem Einbau eines fehlerhaften Einzelteils bei der Herstellung beruht.

K verlangt von V die Lieferung eines neuen Pkw, da ihr kein Fahrfehler unterlaufen sei. V bestreitet einen Fabrikationsfehler und verweigert die Nachlieferung endgültig.

Im August erklärt K, dass sie das ganze Geschäft für aufgehoben erachte und das Cabrio und ihr Geld zurückhaben wolle.

V entgegnet, dass er das Cabrio schon seinem volljährigen Sohn S übereignet habe, der von der Vorgeschichte des Cabrios nichts wusste. Außerdem sei die Inzahlunggabe des Cabrios von dem Motordefekt gar nicht betroffen. Außerdem habe K den neuen Pkw seit Juni genutzt.

K meint, dass das Cabrio immer noch ihr gehöre, da sie schließlich noch den Kfz-Brief habe.

Fragen:

1. Kann K von S Herausgabe des Cabrios verlangen?
2. Welche Rechte (außer Schadensersatz) stehen K gegen V zu?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:**Frage 1: Kann K von S Herausgabe des Cabrios verlangen?**

Mangels vertraglicher Beziehung zwischen K und S kamen nur gesetzliche Ansprüche in Betracht.

1. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 985 BGB würde ausscheiden, wenn S das Eigentum am Cabrio erworben hätte. Laut Sachverhalt wurde das Cabrio dem S von seinem Vater V übereignet.

V war aber selbst Nichtberechtigter, da er das Cabrio seinerseits von K nicht wirksam erworben hat. V wusste nämlich, dass nicht K, sondern die B-Bank Eigentümerin des Fahrzeugs war. Ein gutgläubiger Erwerb des V von K war daher wegen der Bösgläubigkeit des V nicht möglich, § 932 I, II BGB. V könnte das Eigentum aber durch die Zahlung der letzten Darlehensrate der K an die B-Bank erworben haben, wenn K dem V ein Anwartschaftsrecht am Cabrio übertragen hätte und dieses durch Zahlung zum Vollrecht erstarkt wäre. Da die Sicherungsübereignung von K an die B-Bank aber nicht auflösend bedingt war, hatte K gar kein Anwartschaftsrecht, das sie auf V übertragen konnte. Daher hat V als Nichtberechtigter verfügt.

Ein gutgläubiger Erwerb des S könnte daran scheitern, dass es sich um die Veräußerung eines gebrauchten Kfz gehandelt hat. Hier bejaht die Rechtsprechung grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers, wenn sich dieser nicht den Kfz-Brief (jetzt Zulassungsbescheinigung Teil II) beim Erwerb vorzeigen lässt. Diese pauschale Betrachtung erscheint hier aber zumindest deshalb fraglich, weil S der (volljährige) Sohn von V ist und sich V außerdem als Autohändler ohnehin nicht in den Brief eingetragen würde, der Brief also keine echte Aussagekraft über die Berechtigung des V hätte.

Letztlich konnte der gutgläubige Erwerb des S dahinstehen, da jedenfalls durch die „Rückübereignung“ der B-Bank an K ein Fall der Konvaleszenz vorliegt. Durch den Eigentumserwerb der K wurde die Übereignung von K an V und anschließend die Übereignung von V an S jedenfalls gem. § 185 II S. 1 Var. 2 BGB wirksam.

Damit ist S Eigentümer des Cabrios geworden, sodass ein Anspruch aus § 985 BGB entfällt.

2. Anspruch aus § 1007 I BGB

Ein Anspruch aus § 1007 BGB entfällt schon deswegen, weil K den Besitz aufgegeben hat (§ 1007 III S. 1 Alt. 2 BGB) und außerdem S aufgrund des Eigentumserwerb ein Recht zum Besitz hat, §§ 1007 III S. 2, 986 I S. 1 BGB.

3. Ein Anspruch aus § 861 BGB entfällt mangels verbotener Eigenmacht.

4. Ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB scheitert am Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion, da V das Eigentum an S geleistet hat.

5. Ein Anspruch aus §§ 823 I, 249 I BGB scheitert daran, dass K den Eigentumsverlust durch ihre Veräußerung an V selbst verursacht hat; es fehlt also an der Rechtswidrigkeit. Wer einen gutgläubigen Erwerb des S bejaht hat, konnte diesen ebenfalls als Rechtfertigungsgrund heranziehen.

Ergebnis zu Frage 1: K hat gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe des Cabrios

Frage 2: Welche Rechte (außer Schadensersatz) stehen K gegen V zu?

1. Anspruch auf Rückzahlung der 20.000,- € und auf Rückübereignung des Cabrios gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I, II Nr. 1 BGB.

a) K hat gegenüber V erklärt, dass sie das gesamte Geschäft für aufgehoben erachte und das Cabrio und ihr Geld zurückhaben wolle. Damit hat K gem. **§ 349 BGB** konkludent den Rücktritt erklärt, § 133 BGB i.V.m. § 157 BGB analog (analog deshalb, weil der Rücktritt kein Vertrag, aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist).

b) Als Rücktrittsgrund kam **§§ 437 Nr. 2, 323 II Nr. 1 BGB** in Betracht.

aa) Der irreparable Motordefekt stellt einen Mangel i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB dar.

bb) Fraglich war allerdings, ob dieser bereits bei Gefahrübergang vorlag. K behauptet zwar, dass ihr kein Fahrfehler vorgeworfen werden könne, ist sich aber selbst nicht sicher, ob sich der Motor nicht bereits von Anfang an so angehört hat.

Da K als Verbraucherin § 13 BGB) von V als Unternehmer (§ 14 I BGB) das Auto gekauft hat, lag ein Verbrauchsgüterkauf vor (§ 474 I BGB), sodass die Beweislastumkehr des § 476 BGB zur Anwendung kommt. Die Reichweite dieser Vorschrift ist umstritten. Nach bedenklicher Ansicht des BGH soll § 476 BGB nicht zur Anwendung kommen, wenn sich innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe ein Mangel zeigt, der bei Gefahrübergang eindeutig nicht vorgelegen hat und lediglich streitig ist, ob die Ursache dieser späteren Mängelercheinung ein latenter Grundmangel war.

Um diesen Fall geht es vorliegend aber nicht, da der hinsichtlich des sich nach eineinhalb Monaten zeigenden Mangels gerade unklar war, ob **dieser** bereits bei Gefahrübergang vorlag.

Damit wird nach Ansicht der Lehre und des BGH in diesem Fall die Mangelhaftigkeit des Pkw bei Gefahrübergang vermutet.

cc) Die Fristsetzung zur Nacherfüllung war entbehrlich. Zwar greift nicht § 326 V BGB ein, da jedenfalls eine Nachlieferung möglich war. Allerdings hat V die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, § 323 II Nr. 1 BGB.

Im Übrigen ist nach h.M. das Fristsetzungserfordernis des § 323 I BGB beim Verbrauchsgüterkauf europarechtswidrig. Es genügt nach dieser Ansicht, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gewährt, ohne eine solche ausdrücklich zu setzen.

dd) Die Pflichtverletzung war auch nicht unerheblich, sodass der Rücktritt wirksam erklärt wurde.

c) Der Kaufvertrag war daher Zug-um-Zug rückabzuwickeln, §§ 346 ff., 348, 320 I, 322 I BGB.

aa) K kann daher die Rückzahlung des Kaufpreises und die Rückgewähr des Cabrios verlangen. Dieses wurde in Zahlung gegeben. Dabei handelt es sich nach gefestigter Rechtsprechung um eine Ersetzungsbefugnis, auf die § 364 I BGB analog angewendet wird und damit letztlich um die von K erbrachte Gegenleistung. Damit ist beim Rücktritt vom Neuwagengeschäft das in Zahlung genommene Fahrzeug grds. gem. § 346 I BGB zurückzugewähren.

Da V wegen des Eigentumserwerbs des S die Rückgabe unmöglich war (vgl. Frage 1), kann K von V gem. § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz verlangen. Fraglich war nun, wie hoch der von V zu leistende Wertersatz war. Der objektive Wert des Cabrios betrug nur 7.000,- €. Jedoch bestimmt § 346 II S. 2 BGB, dass sich die Wertersatzpflicht nach der im Vertrag bestimmten Gegenleistung richten soll. Daraus könnte gefolgert werden, dass für den Wagen, obwohl er objektiv nur 7.000,- € wert war, die vereinbarten 10.000,- € veranschlagt werden müssten. Die Begründung des Gesetzes spricht nämlich davon, dass die privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede aufrechtzuerhalten sei, weil diese von der zum Rücktritt führenden Störung unabhängig ist. Dagegen spricht aber wiederum, dass die Gegenleistung nicht uneingeschränkt an die Stelle des Wertes treten soll, sondern lediglich eine Berechnungsgrundlage darstellt. Außerdem sollte es sich laut Sachverhalt bei den 3.000,- € um einen Nachlass für den Neuwagenkauf handeln. Daher wurden für die Inzahlunggabe des Cabrios nicht 10.000,- € vereinbart, sondern letztlich der Kaufpreis für den Neuwagen rabattiert. Daher schuldet V für das Cabrio lediglich 7.000,- € Wertersatz (vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1505 ff.) und damit insgesamt die Zahlung von 27.000,- €.

bb) K schuldet ihrerseits für die Nutzung des Cabrios Wertersatz gem. § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB, dessen Höhe nach einer Ansicht von der Anzahl der gefahrenen Kilometer abhängt, nach a.A. im Wege einer linearen Abschreibung ermittelt wird. Die beiden Zahlungsansprüche werden dabei nach h.M. nicht automatisch saldiert. V kann vielmehr gegen Forderung der K die Aufrechnung erklären.

2. Weitere Mängelrechte stehen K nach dem erklärten Rücktritt nicht mehr zu; insbesondere schließen sich Rücktritt und Minderung gegenseitig aus. Nach Ansprüchen auf Schadensersatz war nicht gefragt.

3. Angesprochen werden konnte noch ein Anspruch aus § 812 I S. 1 BGB. Wenn man die Erklärung der K als Anfechtung auslegen würde, wäre der Rechtsgrund ex-tunc entfallen. Allerdings scheidet eine Anfechtung aus, da der einzig in Betracht kommende Eigenschaftsirrtum über die Mangelfreiheit des Autos (§ 119 II BGB) von dem spezielleren Mängelrecht verdrängt wird.

hemmer-Trainingsplan-Info: Diese Klausur war ein absoluter Volltreffer. Sämtliche Probleme – auch die Details - waren mehrfach Gegenstand des Hauptkursprogrammes. Die Inzahlunggabe und die Folgen bei der Rückabwicklung des Neuwagengeschäfts werden in **Fall 21 Schuldrecht-AT** besprochen. In diesem Fall wird auch das Problem des Wertersatzes und der Vorschrift des § 346 II S. 2 BGB besprochen. Die Problematik des § 476 BGB und dessen Reichweite waren Gegenstand von **Fall 4a Schuldrecht-BT** und des unmittelbar vor dem Examen angebotenen **Hemmer-Crashkurses**. Das Problem, dass sich nicht mehr klären lässt, ob ein Motordefekt schon bei Gefahrübergang vorhanden war wird zudem identisch in **Fall 5 HGB** besprochen. Die sachenrechtlichen Probleme zum gutgläubigen Erwerb und der Übertragung eines etwaigen Anwartschaftsrechts sind Gegenstand von **Fall 3, 4 und 5 Sachenrecht**. Die Konvaleszenz nach § 185 II S. 1 Var. 2 BGB wird in **Fall 5 ZPO II** besprochen.

Klausur Nr. 3:

Problemstellung: Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR); Rechtsvergleichender Aufsatz.

Sachverhalt: Der sechzehnjährige K leidet an einer Depression und wird in der Klinik M-GmbH (Landkreis München) stationär behandelt. Im Krankenhausvertrag, den die Eltern des K unterzeichnet haben, hat die M-GmbH formularvertraglich Schadensersatzansprüche des Patienten ausgeschlossen, sofern sie nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit oder einer schuldhaften Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit beruhen.

Mitte August möchte der Bayerische Rundfunk (BR) eine Dokumentation über den Klinikalltag drehen. Der Geschäftsführer der M-GmbH erteilt hierzu sein Einverständnis, ohne zuvor die Zustimmung der Eltern des K einzuholen. Vor den Filmaufnahmen weist der Regisseur darauf hin, dass ein Film fürs Fernsehen gedreht werde und jeder, der nicht gefilmt werden möchte, auf sein Zimmer gehen solle. K bleibt anwesend und wird aus nächste Nähe gefilmt.

Nachdem die Eltern des K hiervon erfahren, schreiben sie dem BR, dass sie mit den Filmaufnahmen nicht einverstanden sind. Mit Schreiben vom 08.09.2010 (zugegangen am 09.09.2010) erwidert der BR, dass der Film fertig sei, K aus technischen Gründen nicht mehr herausgeschnitten werden könne (was zutrifft) und außerdem die Rundfunkfreiheit die erlaubnisfreie Ausstrahlung erlaube. Diese erfolge am 10.09.2010 um 18:00 Uhr.

Die Eltern suchen sofort Rechtsanwalt R auf und bitten um Auskunft, ob und wie sie jetzt noch erfolgreich gerichtlich die Ausstrahlung verhindern können. Wenn dies nicht ginge, wollen sie vom BR als auch von der M-GmbH wegen der Persönlichkeitsrechtsverletzung eine Geldentschädigung in unterstellter angemessener Höhe von 25.000,- €.

Fragen:

1. In einem Gutachten sind die an R gestellten Fragen zu beantworten. Auf §§ 22 - 24 KunstUrhG wird hingewiesen.
2. In einem kurzen Aufsatz soll erörtert werden, inwieweit eine historische abgedruckte Rechtsquelle mit der heutigen Rechtslage vergleichbar ist.
Vom Abdruck des Textes wird in diesem Examenreport abgesehen. Es handelte sich um einen Auszug aus dem Corpus Juris Civilis, Band 4, Titel 10 („De injuriis et famosis libellis“ bzw. „Von Injurien und Schmähchriften).

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1:

I. Zunächst musste erkannt werden, dass nach den **Erfolgsaussichten eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung** gefragt war. Dabei musste die Zulässigkeit und Begründetheit eines solchen Antrages geprüft werden.

1. Zulässigkeit des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (eV)

a) Statthaftigkeit, §§ 935, 940 ZPO

In Betracht kam vorliegend die vorläufige Verhinderung der Ausstrahlung als Regelungsverfügung (§ 940 ZPO). Gleichzeitig dient die eV der Sicherung der Rechte des K (§ 935 ZPO)

b) Zuständigkeit des Gerichts

Gem. **§§ 937 I, 943 I, 802 ZPO** ist das Gericht des ersten Rechtszuges als Gericht der Hauptsache **ausschließlich** zuständig. Da hier aber noch keine Hauptsache anhängig ist, hat das angerufene Gericht die Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen.

aa) Örtlich zuständig wäre nach §§ 12, 17 ZPO München als Sitz des Beklagten. Ferner kommt der besondere (Wahl)Gerichtsstand (§ 35 ZPO) der unerlaubten Handlung in Betracht (§ 32 ZPO).

bb) Sachlich ist das Landgericht zuständig, da der Streitwert über 5.000,- € liegt (§ 1 ZPO, §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG).

cc) Der beschränkt geschäftsfähige K muss gem. § 51 I ZPO, § 1629 I S. 2 BGB von seinen Eltern vertreten werden.

dd) In dem Antrag auf Erlass der eV, für den auch beim LG kein Anwaltszwang besteht (§§ 936, 920 III, 78 III ZPO) müssen Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund behauptet werden.

2. Begründetheit des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (eV)

K müsste das Bestehen eines Verfügungsanspruchs und Verfügungsgrunds glaubhaft machen (§§ 936, 920 II ZPO). Aufgrund der Eilbedürftigkeit kam hier als Mittel der Glaubhaftmachung nur die eidesstattliche Versicherung des Sachverhalts gem. § 294 ZPO und als Glaubhaftmachung der Eilbedürftigkeit die Vorlage des Schreibens des BR in Betracht.

a) Verfügungsanspruch

Zu prüfen war ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch analog § 1004 I S. 2 BGB i.V.m. § 823 I, II BGB, § 22 KUG. Die Ausstrahlung des Films müsste dazu K in seinem in § 22 KUG ausgestalteten **Recht am eigenen Bild**, welches als Ausprägung des APR gem. § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG deliktisch gegenüber Jedermann als sonstiges Recht geschützt ist, verletzen. § 22 S. 1 KUG wird i.R.d. § 823 I BGB als „sonstiges Recht“ bzw. als Schutzgesetz nach § 823 II BGB eingeordnet.

Das APR ist ein Rahmenrecht von generalklauselartiger Weite, dem im Gegensatz zu den ausdrücklich genannten Rechten und Rechtsgütern des § 823 I BGB ein klar abgrenzbarer Tatbestand fehlt. Daher bedarf es der **positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit** im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung (dies war ein Schwerpunkt bei der Bearbeitung dieser Frage).

Das APR findet seine Ausprägung durch das Recht am eigenen Bild in §§ 22 ff. Kunsturhebergesetz (KUG), das den Interessenkonflikt zwischen dem Persönlichkeitsträger und den Medien durch ein abgestuftes Schutzkonzept gesetzlich regelt. Es trägt in §§ 22, 23 II KUG einerseits dem Schutzbedürfnis und dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person Rechnung und in §§ 23 I, 24 KUG andererseits den durch Art. 5 I GG gewährleisteten Medienfreiheiten.

Nach § 22 KUG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten (hier der Eltern des K) verbreitet werden. Da eine solche Einwilligung nicht vorlag und eine Rechtfertigung nach § 24 KUG offensichtlich ausscheidet, kommt nur eine erlaubnisfreie Veröffentlichung gem. § 23 I KUG in Betracht.

Da K weder eine absolute noch relative Person der Zeitgeschichte war und auch sonst kein zeitgeschichtliches Ereignis vorliegt, scheidet § 23 I Nr. 1 KUG aus. Die Patienten einer Psychiatrie sind auch kein bloßes Beiwerk im Sinne des § 23 I Nr. 2 KUG bzw. eine Versammlung oder ähnlicher Vorgang i.S.d. § 23 I Nr. 3 KUG. Auch ein höheres Interesse der Kunst (§ 23 I Nr. 4 KUG) ist nicht feststellbar.

Eine Abwägung zwischen dem **Informationsinteresse der Öffentlichkeit** einerseits und dem **Recht am eigenen Bild des K** führt wohl zu einem Überwiegen der Interessen des K, sodass keine Duldungspflicht gem. § 1004 II BGB bestand.

Für die gem. § 1004 I S. 2 BGB geforderte Wiederholungsgefahr genügt auch die erstmals ernsthaft drohende Beeinträchtigung (sog. „vorbeugende“ Unterlassungsklage).

b) Verfügungsgrund

Da die Ausstrahlung des Films für den 10.09.2010 geplant ist, besteht am 09.09.2010 offensichtlich die Eilbedürftigkeit für den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

II. Anspruch auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung

Für den Fall einer Ausstrahlung des Films war außerdem nach einer Geldentschädigung in unterstellter angemessener Höhe von 25.000,- € wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung gefragt.

1. Anspruch gegen den BR aus §§ 823 I, 89, 31 BGB bzw. § 823 II BGB, § 22 KUG

a) Der Tatbestand der Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt vor (s.o.). Ein Organisationsverschulden des Intendanten, welches dem BR gem. §§ 89, 31 BGB zugerechnet würde, liegt vor, da der Intendant des BR die Ausstrahlung nicht verhindert hat. Daher ist ein Anspruch aus § 823 BGB zu bejahen.

b) Fraglich ist, ob auf Rechtsfolgenseite für die Verletzung der ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts ein Anspruch auf eine Geldentschädigung besteht.

aa) Zu beachten ist allerdings, dass für immaterielle Schäden gem. § 253 I BGB ein Ersatz in Geld nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen gewährt wird.

bb) Da § 253 II BGB nur bei der Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung einen „Schmerzensgeldanspruch“ gewährt, ist ein Geldersatz wegen des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht möglich. Die analoge Anwendung des § 253 II BGB auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen wird wegen dessen Ausnahmecharakters abgelehnt.

cc) Die Rechtsprechung gewährt bei der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts dem Geschädigten dennoch einen Ersatz wegen seines immateriellen Schadens in Geld und zwar in verfassungskonformer Auslegung des § 823 I BGB. Die Notwendigkeit einer solchen Auslegung ergibt sich daraus, dass eine Verletzung der Würde und der Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion bliebe, wenn eine Geldentschädigung nicht gewährt würde.

Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Schutzgut des § 823 I BGB ergibt sich aus dem hohen Rang, den das Grundgesetz diesem beimisst, Art. 1 I und 2 I GG.

Der Persönlichkeitsschutz wäre lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung desselben keine Sanktion auslösen würde. Daher muss dem Verletzten in schweren Fällen entgegen § 253 I BGB Geldersatz für den immateriellen Schaden zugesprochen werden. Für die Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist anerkannt, dass es sich im eigentlichen Sinne nicht um ein Schmerzensgeld nach § 253 II BGB handelt, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den **Schutzauftrag aus Art. 1 I GG und Art. 2 I GG** zurückgeht. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich um eine **schwerwiegende Verletzung** des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, bei der die **Beeinträchtigung** nach Art und Weise der Verletzung **nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann**.

2. Anspruch gegen die M-GmbH aus §§ 280 I, 241 II BGB sowie §§ 823 I, 31 BGB

Gegen die M-GmbH kam ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 31 BGB wegen Verletzung einer Schutzpflicht aus dem Krankenhausaufnahmevertrag (Fürsorgepflicht gegenüber dem Patienten) in Betracht. Außerdem war auch hier ein Anspruch aus §§ 823 I, 31 BGB zu prüfen.

Die Ausstrahlung des Films durch den BR unterbricht die Kausalität nicht, da die M-GmbH dem BR das Filmen gestattet hat und sich daher die Ausstrahlung des Films zurechnen lassen muss.

Die Ansprüche könnten aber am formularvertraglich vereinbarten Haftungsausschluss scheitern. Dieser hält einer Inhaltskontrolle anhand von § 309 Nr. 7a, b BGB stand. Im Umkehrschluss aus § 309 Nr. 7 BGB können Ansprüche auf Schadensersatz ausgeschlossen werden, sofern diese nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit oder einer schuldhaften Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit beruhen.

Allerdings ist seitens der M-GmbH grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, sodass auch gegen die M-GmbH ein Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung besteht.

Frage 2:

I. Allgemeine Herangehensweise

Nach inoffizieller Aussage des LJPA ist auch in Zukunft verstärkt mit derartigen „Märchen“-Fragen am Ende einer Klausur zu rechnen. Dabei ist immer Folgendes zu beachten:

1. Der Aufsatz macht i.d.R. nur einen kleineren Anteil der Gesamtbewertung der Arbeit (i.d.R. nicht mehr als maximal 20 % der Rohpunkte) aus. Schwerpunkt bleibt also die eigentliche Fallbearbeitung!

2. Kommt eine derartige Frage, so kann davon ausgegangen werden, dass dieses Thema kein Kandidat richtig „auf der Pfanne“ hat. Es geht also lediglich um eine nachvollziehbare Bearbeitung der Fragen. Daher gilt: Ruhe bewahren und bei der Fallbearbeitung noch schneller und konzentrierter arbeiten, damit am Ende ca. 30 Minuten für den Aufsatz verbleiben. Dann im aus der Schule bekannten Schema [(1) Einleitung; (2) Hauptteil mit etwas Argumentation, (3) Schluss] eine auch formal vertretbare Bearbeitung ausformulieren. Mehr ist im Regelfalle gar nicht verlangt (und in Anbetracht der knappen Zeit auch gar nicht möglich!).

II. Konkreter Fall

Im vorliegenden Fall könnte eine Bearbeitung etwa wie folgt aussehen:

1. Die zu untersuchende Textstelle zeigt, dass zwischen der heutigen und der historischen Rechtslage gewisse Gemeinsamkeiten, an bestimmten Punkten allerdings auch große Unterschiede herrschen.

2. In dogmatischer Hinsicht besteht eine Gemeinsamkeit dergestalt, dass beide Rechtsordnungen nach einem Tatbestands-Rechtsfolgeschema aufgebaut sind (vgl. Absatz 1 „Injurie“ und Absatz 2 „Buße“). Bezüglich der Tatbestandsebene fällt auf, dass im römischen Recht Körper- und Ehrverletzungen bereits von vorneherein gleichgestellt sind, im BGB aber unterschiedliche Anforderungen gelten (APR als Rahmenrecht).

Auf der Rechtsfolgenebene bestehen dagegen beträchtliche Unterschiede: Während das deutsche Schadensersatzrecht vom Prinzip der Naturalrestitution beherrscht ist, scheint im römischen Recht das Vergeltungsprinzip vorzuherrschen. Die im zweiten Absatz beschriebenen Strafen der Talion (vgl. im englischen Recht die „punitive damages“) sind dem deutschen Recht grds. unbekannt (eine Ausnahme regelt § 17 IV OWiG). Prozessual gemeinsam ist beiden Rechtsordnungen die in Bindung der Prätores an den Antrag des Klägers (vgl. § 308 I ZPO).

3. Damit bleibt zusammenzufassen, dass sich das deutsche Recht auch im Bereich des Delikts- und Schadensrechts in gewichtigen Teilen auf die Traditionen des römischen Rechts berufen kann. Gleichwohl haben sich in seiner Geschichte auch gewisse Unterschiede und Verfeinerungen ergeben.

hemmer-Trainingsplan-Info: Wieder ein Volltreffer! Die Verletzung des Rechts am eigenen Bild wurde in der **Life & Law** mehrfach besprochen und als „heiß“ gehandelt, **Life & Law 2008, 75 ff. (Heft 2); Life&LAW 2008, 853 f. (Heft 12) sowie Life & Law 2010, 133 ff. (Heft 2)**.

Auch im unmittelbar vor dem Examen angebotenen **Hemmer-Crashkurs** wurde der Unterlassungsanspruch analog § 1004 I S. 2 BGB i.V.m. § 22 KUG ausführlich besprochen. Im Klausurenkurs gab es zu dieser Problematik eine umfassende Klausur (Nr. 1388), in der auch der Anspruch auf immaterielle Entschädigung wegen der Verletzung des APR besprochen wurde.

Diese Problematik war im Übrigen unmittelbar vor dem Examen auch Gegenstand einer Urteilsbesprechung in **Life & Law 2010, 240 ff., Heft 4**. Im Maiheft 2010 war das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Problembeitrag (**Life & Law 2010, 334 ff.**)

Life&Law kompakt

Examensreport Bayern, Termin 2010-II

B) Strafrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- Wieder klassische Problemkreise
- Wie üblich strafprozessualer Teil und insgesamt großer Umfang

Klausur Nr. 4:

Problemstellung: Raub mit diversen Problemfeldern; Mordmerkmale und Rücktritt; Freiheitsberaubung; Beweisverwertungsverbote - insbesondere die Abgrenzung zur „Spontanäußerung“ sowie das „Prinzip der Fortwirkung“.

Sachverhalt: A hat B vor einem Jahr 250.000,- € „geliehen“. Die Freundschaft ist mittlerweile brüchig, weil A mehrmals vergeblich um die mittlerweile fällige Rückzahlung gebeten hat. Schließlich wird es A zu bunt und er stellt B am Telefon zur Rede. Dieser erwidert lachend, ein „Totalversager“ wie A könne noch lange auf sein Geld warten. Zornig beschließt A, den B zu töten und sagt zu B am Telefon: „Pass auf, ich komme gleich zu Dir und mache Dich für immer kalt!“. Mit einer geladenen Pistole in der Manteltasche fährt A zu B, der eine Bar betreibt. Dort befindet sich außer B nur die Servicekraft K. A schießt B aus zwei Meter Entfernung in die Brust, B ist sofort tot. Nun fällt A ein, dass er noch Geld zum Tanken benötigt. Eine Armlänge von K entfernt sprüht A der K mit einem Pocket-Deo-Spray in das Gesicht. Wie von A erwartet war der Einsatz des Deo ungeeignet, körperliche Beeinträchtigungen bei K herbeizuführen. Wie von A beabsichtigt kneift K die Augen jedoch zusammen. Dies nutzt A aus und nimmt die auf der Theke liegende Handtasche von K an sich, in der Hoffnung darin Geld zu finden. Um K vorübergehend daran zu hindern, die Polizei zu rufen, nimmt A ein breites Paketklebeband und fesselt damit die völlig verängstigte K und verlässt dann die Bar. Unmittelbar danach öffnet A die Handtasche. Er wirft jedoch diese samt Inhalt sofort achtlos von sich, denn darin befindet sich nur ein Einkaufszettel. A steigt in sein Auto und fährt davon. K wird erst einige Stunden später gefunden.

Auf der Fahrt sieht A die L, die Lebensgefährtin von B, in Richtung Bar gehen. L erkennt A und winkt ihm kurz zu. Da A vermeiden will, dass der tote B und die gefesselte K zu zeitig von L gefunden werden und er damit in Verbindung gebracht wird, hält A an, zielt aus der Deckung der geöffneten Autotür auf L und schießt, wobei er den Tod der L billigend in Kauf nimmt. Der Schluss verfehlt sein Ziel knapp. L hatte die ganze Zeit laut Musik gehört und bekam deshalb von dem Geschehen nichts mit. A überlegt, einen zweiten Schuss abzufeuern. Er lässt dies aber dann bleiben, weil ihm einfällt, dass ein zufällig vorübergehender Passant die Polizei rufen könnte.

Schnell fällt der Verdacht auf A, sodass er zur Vernehmung auf die Polizeiwache geladen wird. Als Polizeiobermeister P das Vernehmungszimmer betritt, sagt P: „Sie haben sich da richtig Ärger eingebrockt!“ Zerknirscht gesteht A alles. Als er seine Ausführungen beendet hat, greift P zum Formular für eine Beschuldigtenvernehmung, trägt den Namen des A ein und belehrt ihn als Beschuldigten, ohne darauf hinzuweisen, ob das bisher Gesagte verwertbar ist oder nicht. A wiederholt daraufhin alles in der Überzeugung, dass es sinnlos sei, nunmehr zu schweigen. P nimmt hierüber ein Protokoll auf.

Fallfragen:

1. Prüfen Sie die Strafbarkeit des A nach dem StGB. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.
2. Prüfen Sie, ob das Gericht, wenn A in der Hauptverhandlung auf Anraten seines Verteidigers schweigt, das von P erstellte Protokoll verlesen oder P über dessen Inhalt als Zeugen vernehmen und die gewonnenen Erkenntnisse verwerten darf.

Skizzierung der wesentlichen inhaltlichen Probleme:

Zu Frage 1: Nicht unbedingt nötig – aber möglich – ist eine Einteilung in Tatkomplexen, da es sich vom zeitlich-räumlichen Ablauf noch um einen einheitlichen Geschehensablauf handelt. Sinnvoll ist es, mit dem Geschehen in und vor der Kneipe zu beginnen. Eine Strafbarkeit wegen § 212 I StGB hinsichtlich der Tötung des B ist dabei gegeben und keinesfalls aufgrund der Äußerungen des B („Totalversager“; „könne noch lange auf sein Geld warten“) gerechtfertigt. Im Rahmen des § 211 II StGB ist ausführlich zu diskutieren, ob das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt sein kann, wenn der Täter die Tötung ausdrücklich vorher ankündigt. Auch niedrige Beweggründe sind als täterbezogene Mordmerkmale zu prüfen, wobei es gut vertretbar ist, dieses Merkmal im Wege einer restriktiven Auslegung zu verneinen.

Ein weiterer Schwerpunkt besteht nunmehr darin, sehr genau die Strafbarkeit des A nach den §§ 249 ff. StGB zu erörtern. Zu diskutieren ist, ob der Einsatz eines ungefährlichen Deo-Sprays eine „Gewalt gegen eine Person“ darstellen kann. Mit dem BGH kann dies aufgrund des Lidreflexes angenommen werden. Die Rechtsprechung lässt insoweit genügen, dass durch physische Einwirkung eine den Widerstand gegen Wegnahme verhindernde Reaktion hervorgerufen wird. Eine andere Auffassung erscheint ebenso gut vertretbar. Eine Strafbarkeit gemäß den §§ 253, 255 StGB kommt hingegen sowohl nach BGH als auch nach Literatur nicht in Betracht. Des Weiteren ist dann im Rahmen des § 249 I StGB zwingend zwischen der Handtasche selbst und deren Inhalt zu differenzieren. Hinsichtlich der Handtasche fehlt jedenfalls die Absicht, sich diese zumindest vorübergehend anzueignen. Beim späteren Wegwerfen vor der Kneipe kommt allenfalls eine Strafbarkeit wegen § 303 I StGB in Betracht. Bezüglich des Inhalts der Handtasche ist zu erörtern, ob die Tatsache, dass sich darin statt Geld nur ein Einkaufszettel befand, beachtlich ist oder nicht. Vorzugswürdig erscheint, eine Zueignungsabsicht des A nur bezüglich Geld bzw. wertvoller Gegenstände anzunehmen. Da insoweit aber in objektiver Hinsicht keine Wegnahme erfolgte, kommt demzufolge nur eine Strafbarkeit wegen versuchten Raubes bezüglich Geld in Betracht. Ein weiterer Schwerpunkt besteht nunmehr darin, sehr genau zu untersuchen, inwiefern §§ 250 I, II, 251, 22, 23 I StGB in Betracht kommen. Zu denken ist hier an das Deo-Spray (hier § 250 I Nr. 1a, II Nr. 1 StGB abzulehnen), die Fesselung mit dem Paketklebeband (hier kann § 250 I Nr. 1a, 1b, II Nr. 1 StGB bejaht werden) und an das Bei-Sich-Führen der Schusswaffe in der Kneipe (hier § 250 I Nr. 1a StGB). Beim späteren Schuss auf L ist an eine Strafbarkeit gemäß §§ 250 II Nr. 1, 251, 22, 23 I StGB zu denken. Dies sollte allerdings verneint werden, da die versuchte Raubtat schon vorher aus Tätersicht beendet war. Neben einem versuchten schweren Raub hat A auch eine Freiheitsberaubung an K gemäß § 239 I StGB verwirklicht. Geprüft werden können zudem die §§ 123 I, 223 I, 224 I, 239b, 240 I, 241 I StGB. Entweder sind diese Tatbestände aber nicht verwirklicht oder sie treten in Gesetzeskonkurrenz zurück.

Bezüglich des Schusses auf die Fußgängerin L ist eine Strafbarkeit gemäß §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB zu prüfen. Als Mordmerkmal ist der Tatentschluss bezüglich der Heimtücke zu bejahen. Bei der Verdeckungsabsicht ist zu diskutieren, ob dieses Merkmal auch dann erfüllt ist, wenn die Tat schon durch die K bekannt ist und es dem Täter nur auf eine „Verzögerung“ der Entdeckung ankommt. Schließlich ist zu problematisieren, ob A von der Tat zurückgetreten ist. Insoweit sind vor allem im Rahmen des möglicherweise fehlgeschlagenen Versuchs die Einzelakttheorie und die Gesamtbetrachtungslehre anzusprechen. Zudem kann die Freiwilligkeit problematisiert werden. Diese dürfte aber – vor allem aus Gründen des Opferschutzes – zu bejahen sein. § 315b StGB kann angesprochen werden, ist allerdings ersichtlich nicht erfüllt. Im Ergebnis hat sich A wegen versuchten schweren Raubes bezüglich dem Geld in Tateinheit mit Freiheitsberaubung der K strafbar gemacht. Dazu steht mangels einer natürlichen Handlungseinheit der Totschlag bzw. Mord an B in Tateinheit.

Zu Frage 2: Bezüglich der Verlesung des Protokolls ist zu erkennen, dass insoweit der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 S. 2 StPO dem entgegensteht und auch keine der Ausnahmen gem. §§ 251, 253, 254, 256 StPO greifen. Möglich ist vor diesem Hintergrund allerdings grundsätzlich die Vernehmung des P als „Zeuge vom Hörensagen“. Dabei ist allerdings zu problematisieren, inwieweit sich nicht ein Beweisverwertungsverbot dadurch ergibt, dass P zunächst nicht über seine Beschuldigtenrechte belehrt (vgl. §§ 163a IV S. 2, 136 StPO). Insoweit muss abgegrenzt werden zur sog. „Spontanäußerung“. Wer einen Verstoß hinsichtlich der Belehrungspflicht annimmt, muss im Folgenden erkennen, dass dann P bei der eigentlichen Vernehmung den A qualifiziert darüber hätte belehren müssen, dass das bisher Gesagte nicht verwertbar ist (sog. „Prinzip der Fortwirkung“). Da dies nicht geschah, kann insoweit ein Beweiserhebungsverbot angenommen werden. Schließlich ist im Rahmen der Abwägung zu klären, ob dieser Verstoß auch zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Angesichts der Tatsache, dass A davon ausging, dass Schweigen nun sinnlos sei, ist dies zu bejahen. Eine Beweisverwertung des Geständnisses ist damit nicht möglich, außer wenn das Gericht die Erkenntnisse in die Hauptverhandlung einführt und der Verteidiger insoweit nicht rechtzeitig einer Verwertung widerspricht (sog. „Widerspruchslösung“ des BGH).

hemmer-Trainingsplan-Info: Die maßgeblichen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme waren umfassend Gegenstand des Hemmer-Hauptkurses zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung. Die Versuchs- und Rücktrittsproblematik wurde in **Fall 2 unseres Hauptkursprogramms** problematisiert. Die Fragestellungen im Rahmen des Raubes sind Problemschwerpunkt von **Fall 10 unseres Hauptkurses**. Überdies wurde erst im **August-Heft der Life & Law (2010, 505 ff.)** in dem Beitrag von Hauburger die mit dem Raub verbundenen Examensprobleme – gerade auch im Hinblick auf die Qualifikationsmerkmale – anschaulich zusammengefasst. Auch bei der StPO-Aufgabe gab es keine Überraschungen. Die Systematik bei den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten sowie auch das klassische Problemfeld der „Fortwirkung“ ist sowohl in unserem **Hauptkurs StPO** sowie in unserem **Klausurenkurs** und der **Life & Law** immer wieder Schwerpunkt. Das Problemfeld der „Spontanäußerung“ wurde etwa im **April-Heft der Life & Law (2010, 254 ff.)** anschaulich dargestellt. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Strafrechtsklausur gut machbar war. Die Schwierigkeit bestand vielmehr darin, einen klaren Aufbau zu wählen und keine Problemfelder angesichts des großen Umfangs zu übersehen.

C) Öffentliches Recht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- **Verwaltungsrecht pur (Polizeirecht / Kommunalrecht)**
- **vorher Dauerbrenner, nun zum zweiten Mal in Folge kein Europarecht**

Klausur Nr. 5:

Problemstellung: Die erste öffentlich-rechtliche Klausur konfrontiert die Examenskandidaten mit klassischen Problemfeldern aus dem Polizeirecht.

Sachverhalt: Vom Polizeipräsidium München erhält Fußballfan F am 30. Mai 2010 ein Schreiben. Aus der Datenbank „Gewalttäter und Sport“ des LKA Bayern sei der Polizei bekannt, dass F Mitglied eines Fanclubs ist, dessen Mitglieder wiederholt gewalttätig gegen andere Fans vorgegangen sind. Auch Franz selbst sei 2002 zweimal wegen Körperverletzungen im Rahmen eines Fußballspiels gegen einen österreichischen Gegner verurteilt worden. Da es am 10. September 2010 erneut zu einem Fußballspiel in Österreich komme und mit Ausschreitungen des Fanclubs gerechnet werde, empfiehlt das Polizeipräsidium F zur Verhinderung präventiver oder repressiver polizeilicher Maßnahmen, das Spiel nicht zu besuchen. Tatsächlich besucht F nur noch selten Fußballspiele und ist auch seit 2004 nicht mehr Mitglied des Fanclubs.

Als F sich dennoch am 10. September mit seinem Sportwagen auf die Fahrt nach Österreich begibt, um das Spiel zu besuchen, wird er wenige Kilometer vor der Grenze gegen 18.00 Uhr auf der BAB 93 von Beamten der Polizei Rosenheim aus dem Verkehr gewunken. Wegen der schnellen Fahrweise des F, seiner Sonnenbrille und seiner tief in die Stirn gezogenen Mütze sowie des ungepflegten Aussehens vermuten die Beamten aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen, der Sportwagen sei gestohlen. Die Beamten lassen sich nach entsprechender Anhörung Personalausweis, Führerschein und Fahrzeugpapiere aushändigen. Unter Hinweis auf die knappe Zeit bis zum Fußballspiel weigert sich F zunächst, kommt der Aufforderung jedoch schließlich nach. Als einer der Beamten auf der Rückbank ein Springmesser sieht, wird F zudem aufgefordert, den Kofferraum zu öffnen um eine Durchsuchung zu ermöglichen. F kommt auch dieser Aufforderung vor den Augen umher stehender Personen widerwillig nach, beschädigt aber aufgrund seiner Aufregung seine 750,- € teure Sonnenbrille, als er gegen einen der Beamten stößt. Nach ergebnisloser Durchsuchung kann F die Fahrt um 18.30 Uhr fortsetzen; die Reise zum Fußballspiel bricht er jedoch ab. Das Messer gehört einem Jugendlichen, den er sozialpädagogisch betreut.

Frage 1: Erfolgsaussichten einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen das Schreiben vom 30. Mai.

Frage 2: Erfolgsaussichten einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die am 10. September getroffenen Maßnahmen.

Auf die Rechtmäßigkeit der Datenbank „Gewalttäter Sport“ und der Rechtmäßigkeit deren Inanspruchnahme durch die Polizei waren nicht einzugehen. Das BZRG blieb außer Betracht; das Messer fällt nicht unter das Waffengesetz.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1: Im Rahmen der **Zulässigkeit** wirft bereits die **statthafte Klageart** erste Probleme auf. Dabei ist zunächst die Rechtsnatur des Schreibens zu bestimmen. Das Polizeipräsidium gab dabei dem Wortlaut nach nur eine „Empfehlung“ ab, sodass eine finale Regelung und damit ein VA nicht vorliegen. Statthaft könnte damit die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO sein. Erforderlich ist hierfür das Bestehen eines Rechtsverhältnisses. Hierzu müssten sich die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Polizeipräsidium und F derart verdichtet haben, dass die Streitigkeit einen konkret übersehbaren Sachverhalt betrifft; es darf sich nicht lediglich um die Klärung abstrakter Rechtsfragen handeln. Hier ist gerade streitig, ob das Polizeipräsidium ein entsprechendes Schreiben an F richten durfte. Die Klage nach § 43 I VwGO ist damit statthaft, ein Fall der Subsidiarität gem. § 43 II HS 1 VwGO ist nicht gegeben. Nach h.M. ist aber auch bei der allgemeinen Feststellungsklage das **Vorliegen einer Klagebefugnis** analog § 42 II VwGO notwendig. Ob hier ein Eingriff in die Rechte des F vorliegt, ist fraglich. Zwar stellt das Schreiben keine finale Regelung dar (s.o.), nach dem modernen Eingriffsverständnis können aber auch mittelbare und faktisch wirkende Handlungen Grundrechtseingriffe bedeuten. Im Rahmen der Zulässigkeit kann damit die wenigstens mögliche Verletzung der Willensfreiheit des F aus Art. 2 I GG bejaht werden. Im Übrigen ist die Klage zulässig.

Ein Vorverfahren ist im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage nicht notwendig, in zeitlicher Hinsicht stellt lediglich der Grundsatz der Verwirkung eine Grenze der Zulässigkeit dar, welche hier noch nicht erreicht ist. Im Rahmen der Passivlegitimation ist zu beachten, dass § 78 VwGO keine – auch keine analoge – Anwendung findet. **Richtiger Beklagter** ist bei einer allgemeinen Feststellungsklage vielmehr der Rechtsträger der am streitigen Rechtsverhältnis beteiligten Parteien. Als Rechtsträger des Polizeipräsidiums Münchens ist damit der Freistaat Bayern richtiger Beklagter.

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Schreibens ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob hierfür eine **Rechtsgrundlage** erforderlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn in dem Schreiben kein Eingriff in die Rechte des Adressaten F zu sehen ist. Dann genügt vielmehr die Eröffnung des Aufgabenbereiches. Ob ein Eingriff hier vorliegt, ist höchst fraglich. Grundsätzlich schützen die Grundrechte nicht nur vor finalen, sondern auch vor nur mittelbaren bzw. faktischen Eingriffen. Beschränkt sich die Polizei hingegen auf Beratung und Information der Bürger, liegt darin auch im modernen Verständnis kein Eingriff. Als Abgrenzungskriterien kann dabei auf die tatsächlichen Auswirkungen und die Intention des Absenders abgestellt werden. Angesichts der unmissverständlichen Warnung kann ein Eingriff damit bejaht werden. Die Polizei will dies erkennbar nicht als bloße Information verstanden haben, sondern durch ihr Schreiben das Verhalten des F steuern. Als insofern erforderliche Rechtsgrundlage kommt dabei die Generalklausel des Art. 11 I PAG in Betracht. Bzgl. der **formellen Rechtmäßigkeit** der Maßnahme ist jedoch Art. 3 I PAG zu beachten und die Frage aufzuwerfen, ob hier nicht auch ein Handeln durch die Sicherheitsbehörde möglich gewesen wäre. In **materieller Hinsicht** ist das Vorliegen einer Gefahr erforderlich, d.h. einer im konkreten Einzelfall hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird. Angesichts der bisherigen Erfahrungen bei Fußballspielen des TSV 1860 in Österreich kann von einer entsprechenden Gefahr ausgegangen werden. Problematisch ist jedoch die Störerauswahl. F müsste insofern Verursacher der Gefahr sein, d.h. die Polizei musste von seiner Beteiligung an den Ausschreitungen ausgehen dürfen. Die Rechtmäßigkeit dieser Annahme ist angesichts der lange zurückliegenden Straftaten hier fraglich; F hat sich in den letzten Jahren durch unauffälliges Verhalten bewährt. Zudem ist er längst nicht mehr Mitglied des betroffenen Fanclubs. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann aber auch die allenfalls geringe Intensität des Eingriffs angebracht werden.

Frage 2: Bereits im Rahmen der **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs** ist das Vorliegen der abdrängenden Sonderzuweisung des § 23 EGGVG anzusprechen. Zumindest das Anhalten des Fahrzeugs und die Identitätskontrolle weisen einen repressiven Charakter auf, wenn die Beamten durch ihre Vermutung zum Einschreiten veranlasst werden, F habe das Fahrzeug gestohlen. Das Anhalten eines vermeintlich gestohlenen Fahrzeugs kurz vor der Grenze dient aber in erheblichem Maße zugleich der Sicherstellung und damit präventiven Elementen. Beim Zusammentreffen repressiver und präventiver Motive ist auf den Schwerpunkt der Maßnahmen abzustellen. **Statthaft** ist bei zum Zeitpunkt der Klageerhebung erledigten Verwaltungsakten wohl die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO, da die statthafte Klageart nicht vom oft zufälligen Zeitpunkt der Erledigung abhängig sein soll (mit entsprechender Begründung kann hier aber selbstverständlich auch die Statthaftigkeit einer allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO befürwortet werden). Erforderlich ist neben der **Klagebefugnis analog § 42 II VwGO** aber das Vorliegen **eines besonderen Feststellungsinteresses**. Hinsichtlich des Anhaltens und der Identitätskontrolle kann dabei von einer konkreten Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, da F wohl auch in Zukunft seinen Sportwagen entsprechend bekleidet nutzen wird. Angesichts der Anwesenheit einiger Zeugen auf dem Parkplatz ist hinsichtlich der Durchsuchung zudem von einem ausreichenden Rehabilitationsinteresse auszugehen. Dass F zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise Ansprüche wegen der beschädigten Brille geltend machen will, begründet hingegen kein ausreichendes Feststellungsinteresse. Die Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses dient nur bei der direkten Anwendung der FFK als Feststellungsinteresse. Der Kläger hat insofern keinen Anspruch auf den sach nächsten Richter, wenn der ihn schädigende VA bereits vor Klageerhebung erledigt ist. Angesprochen werden muss zudem die Frage der Erforderlichkeit eines Vorverfahrens und der Einhaltung einer Klagefrist. Nach h.M. ist im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO beides nicht erforderlich; zuständig ist zudem auch hier das VG München.

Begründet ist die Klage, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist und die Maßnahmen rechtswidrig waren sowie F in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt haben. **Passivlegitimiert** ist in analoger Anwendung des § 78 I VwGO der Freistaat Bayern als Rechtsträger der Polizei. Zu klären ist im Folgenden die Rechtmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen. Erforderlich ist mitunter das Vorliegen einer Rechtsgrundlage für jede einzelne Maßnahme. Hinsichtlich der **Identitätskontrolle** und des **Anhaltens des Fahrzeuges** kommt dabei Art. 13 I Nr. 1, II S. 1, S. 2 PAG in Betracht. Erforderlich wäre das Vorliegen einer konkreten Gefahr (vgl. hierzu schon Frage 1). Die Beamten hatten hier lediglich den Verdacht einer Straftat und hielten F zur Klärung des Sachverhaltes auf.

Insofern liegt hier ein Gefahrenverdacht vor, der ausreichend ist, wenn er naheliegend ist und sich auf konkrete Tatsachen stützen lässt. Die Erfahrungen der Beamten hinsichtlich entsprechend gekleideter Fahrern von Sportwagen ist insofern ausreichend; beachtet werden muss dabei, dass eine bloße Identitätskontrolle mit vorherigem Anhalten keinen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff bedeutet. Zudem stellt sich die Störerauswahl als rechtmäßig dar, wenn die den Verdacht hervorrufenden Tatsachen dem Adressaten der Maßnahme so wie hier zurechenbar sind. Alternativ können das Anhalten und die Identitätskontrolle auch auf Art. 13 I Nr. 5 PAG gestützt werden, da aus Sicht der Polizei der Verdacht bestand, ein gestohlenes Fahrzeug könnte außer Landes gebracht werden. Hinsichtlich der **Durchsuchung** kommt als Rechtsgrundlage Art. 22 I Nr. 3 PAG in Betracht. Die Beamten sind gem. Art. 25 Nr. 1 PAG befugt, einen Gegenstand zur Abwehr einer konkreten Gefahr sicherzustellen. Die Beamten gingen davon aus, im Kofferraum weitere Gegenstände wie das Klappmesser zu finden und wollten verhindern, dass F einen der Gegenstände zu Schädigungshandlungen einsetzen würde. Tatsächlich gehört das Messer einem von F sozialpädagogisch betreuten Jugendlichen. Für das Vorliegen einer Gefahr ist aber nicht die ex-post, sondern eine ex-ante-Sicht maßgeblich. Durften die Beamten nach ausreichender Sachverhaltsaufklärung vom Vorliegen einer konkreten Gefahr ausgehen, ist der Fall einer insofern ausreichenden Anscheinsgefahr gegeben; anderenfalls liegt lediglich eine Putativgefahr vor, die für die Begründung der Befugnis zu Grundrechtseingriffen nicht ausreicht. Nach h.M. ist zudem auch beim Vorliegen einer Anscheinsgefahr der Anscheinsverursacher als verantwortlich i.S.d. Art. 7 I PAG anzusehen, wenn der Anschein von ihm zurechenbar veranlasst wurde. Eine Korrektur ist dann lediglich auf tertiärer Ebene geboten. Das Messer gehört zwar nicht F, allerdings transportierte er dieses offen herumliegend auf der Rückbank seines Fahrzeugs. Durch eine gesonderte Aufbewahrung hätte er die Entstehung der Anscheinsgefahr vermieden. Schließlich sind bei einer Durchsuchung strengere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen. Zu beachten ist hierbei, dass von einem Messer ganz erhebliche Gefahren ausgehen können, die Durchsuchung stellt sich letztendlich als verhältnismäßig dar. Stellt man im Rahmen der Identitätskontrolle auf Art. 13 I Nr. 5 PAG ab, kann die Durchsuchung auch auf Art. 22 I Nr. 4 PAG gestützt werden. Hier ist zu beachten, dass aus Gründen der Verhältnismäßigkeit es nicht genügt, dass die Sache sich an einem bestimmten Ort befand, sondern dass zusätzliche Gefährndizien vorliegen müssen, was hier aber durchaus der Fall ist (s.o.) Die Klage wäre damit unbegründet.

hemmer-Trainingsplan-Info: Eine Polizeirechtsklausur mit vielen bekannten Problemen. Frage 1 dreht sich dabei um das Problem polizeilicher Maßnahmen ohne Regelungscharakter. Die Besprechung des der Fallfrage zugrundeliegenden Urteils des OVG Lüneburg finden Sie in der **Life & Law 2006, 420 ff.** Aber auch ohne Lektüre des Urteils waren unsere Hauptkursteilnehmer vorbereitet. Dass Polizeirecht mehr als die Fortsetzungsfeststellungsklage analog ist, wird bei uns mehrmals betont. Die Prüfung der allgemeinen Feststellungsklage ist zudem Gegenstand des **Fall 2 Kommunalrecht**. Die Frage des Erfordernisses einer Rechtsgrundlage hängt mit der Frage des Vorliegens eines faktischen Eingriffs zusammen. Eine ausführliche Darstellung des Begriffes findet sich in **Fall 6 Verfassungsrecht**. Die Verkehrskontrolle mit Identitätsfeststellung und anschließender Durchsuchung in Frage 2 ist exakt in dieser Fallkonstellation unser **Fall 1 Polizeirecht**. In **Fall 2 und Fall 8 Polizeirecht** werden zudem – wie an vielen anderen Stellen unseres Programmes – ausführlich die unverzichtbaren Gefahrbegriffe erörtert. Letztendlich eine durchweg machbare Klausur.

Klausur Nr. 6:

Problemstellung: Eine umfassende Klausur mit kommunalrechtlichem Schwerpunkt.

Sachverhalt: Die kreisangehörige Gemeinde Bergkirchen (6.500 Einwohner, LKR Dachau) erstellt eine öffentliche Wasserversorgungseinrichtung. Betroffen ist dabei auch eine Straße, an die das im Innenbereich liegende, unbebaute Grundstück des Gemeindebürgers Huber grenzt.

Die Gemeinde erlässt dabei eine Satzung, in der alle örtlichen Haushalte und Betriebe verpflichtet werden, sich an die neue Einrichtung anzuschließen und hieraus ihren Wasserbedarf zu decken. Darüber hinaus wird in § 5 der Satzung zur Deckung des Herstellungsaufwandes ein Beitrag von 8.000,- € für jedes Grundstück festgesetzt. Als Beitragsschuldner erfasst sind dabei ausdrücklich u.a. Grundstückseigentümer von bebauten und unbebauten Grundstücken, sofern ihnen die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung besondere Vorteile bietet. Beide Regelungen enthalten Ausnahmeverbehalte.

Bei der dem Satzungserlass zugrundeliegenden Sitzung des Gemeinderates vergaß der Bürgermeister, den Satzungsbeschluss in die Tagesordnung aufzunehmen. Es erschienen neben dem Ersten Bürgermeister daraufhin 20 Gemeinderatsmitglieder, die die Beratung und Beschlussfassung rügelos hinnahmen.

Alle Gemeinderäte wie auch der Bürgermeister sind zudem Grundstückseigentümer im Gemeindebereich. Zudem wurde in der Sitzung GR Müller wie auch die Öffentlichkeit durch den Bürgermeister ausgeschlossen, nachdem Müller im Rahmen einer Wortmeldung eine zu große finanzielle Belastung für die Bürger durch die Satzungsregelung bemerkte.

Nach Inkrafttreten der Satzung erlässt der im Rahmen der internen Geschäftsverteilung vom Bürgermeister zum Erlass und zur Unterzeichnung von Bescheiden beim Vollzug laufender Angelegenheiten befugte Gemeindebedienstete Braun ohne vorherige Anhörung einen an Huber adressierten Bescheid, in welchem dieser zur Errichtung des Herstellungsbeitrages i.H.v. 8.000,- € aufgefordert wird. Der Bescheid vom 06. April 2010 wird am 07. April 2010 per einfachen Brief zur Post aufgegeben. Huber erhebt fristgerecht schriftlich Widerspruch, welchen die Gemeinde der zuständigen Widerspruchsbehörde vorlegt. Wegen Bedenken bzgl. der formellen und materiellen Gültigkeit der Satzung bleibt der Widerspruch dabei zunächst unbearbeitet. Huber stellt beim VG München am 20. Mai 2010 zudem einen Antrag nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Das VG weist Huber darauf hin, dass sein Antrag mangels vorherigen Antrages auf Aussetzung der Vollziehung bei der Gemeinde unzulässig sein dürfte. Nachdem Huber am 01. Juli 2010 einen entsprechenden Antrag stellt, die Gemeinde diesen mit Schreiben vom 08. Juli 2010 jedoch ablehnt, erklärt Huber gegenüber dem VG am 15. Juli 2010 die Aufrechterhaltung seines Antrages auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Von seinem Rechtsanwalt möchte Huber nun wissen, ob der Antrag nach § 80 V VwGO Aussicht auf Erfolg hat. Zudem bittet er um Auskunft, wie er sonst noch gerichtlich mit Erfolg gegen die ihm in dem Bescheid auferlegte Zahlungspflicht vorgehen könne. Er denke insofern insbesondere an eine Anfechtungsklage gegen den Bescheid.

Die Antwort des Rechtsanwaltes auf die Fragen des Hubers ist gutachterlich vorzubereiten. Zudem wurde im Bearbeitervermerk der Wortlaut der §§ 91, 126 und 127 AO wiedergegeben.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Im Rahmen der **Zulässigkeit** ist zunächst festzustellen, dass der erhobene Widerspruch wegen § 80 II Nr. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Bei dem Bescheid handelt es sich zudem um einen VA, der Antrag gem. § 80 V S. 1 Alt. 1 VwGO ist damit nach § 123 V VwGO statthaft. Der Antrag ist dabei selbst an keine Frist gebunden, ausreichend ist die Möglichkeit der fristgerechten Rechtsmitteleinlegung in der Hauptsache. Huber hat fristgerecht Widerspruch erhoben, über den noch nicht entschieden wurde. Die Hauptsacheklage ist damit noch nicht verfristet. Im Fall des § 80 II Nr. 1 VwGO ist zudem gem. § 80 VI VwGO ein vorheriger Antrag an die Behörde zu stellen. Dass Huber diesen erst nach einem Hinweis des Gerichtes und damit nach Erhebung des Antrages gem. § 80 V VwGO stellte ist dabei unschädlich; § 80 VI VwGO stellt eine Sachentscheidungs voraussetzung dar. Erforderlich ist der Antrag zur Behörde damit lediglich im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichtes, nicht hingegen im Zeitpunkt der Stellung des Antrages bei Gericht. Der Antrag gem. § 80 V VwGO ist damit zulässig.

Begründet ist der Antrag, wenn er analog § 78 I VwGO gegen den richtigen Gegner gerichtet ist und das Gericht in einer eigenen originären Ermessensentscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass das Anordnungsinteresse des Huber gegenüber dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Richtiger Antragsgegner ist als ihr eigener Rechtsträger dabei die Gemeinde Bergkirchen. Im Rahmen der Interessenabwägung ist auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfes in der Hauptsache abzustellen. Dessen Zulässigkeit ergibt sich aus der Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO, da der einstweilige Rechtsschutz nie weiter reichen kann als der Rechtsbehelf der Hauptsache. Entscheidend ist letztendlich die Rechtmäßigkeit des Bescheides. Dabei gilt es zunächst, die **Rechtsgrundlage des Bescheides** zu bestimmen. In Betracht kommt insofern § 5 der Satzung. Taugliche Rechtsgrundlage kann die Satzung aber nur sein, wenn sie selbst rechtmäßig ist. Anders als bei einem VA führt die Rechtswidrigkeit einer Satzung nämlich zu deren Nichtigkeit. Damit ist zunächst die **Rechtsgrundlage von § 5 der Satzung** zu bestimmen. Art. 24 I Nr. 2 GO scheidet insofern aus, da hier lediglich zur Festsetzung des generellen Anschlusszwanges ermächtigt wird. Die Erhebung von Kosten ist von der Regelung hingegen nicht erfasst; dies würde am insofern gebotenen Bestimmtheitsgrundsatz scheitern. Als taugliche Rechtsgrundlage für den Erlass einer Gebührensatzung ist vielmehr Art. 5 I S. 1 KAG einschlägig. Allerdings ist bereits die **formelle Rechtmäßigkeit der Satzung** höchst fraglich. Zu beachten ist hierbei insbesondere das nicht befolgte Trennungsgebot hinsichtlich Abgabensatzung und Stammsatzung gem. Art. 2 I S. 1 KAG. Die Gemeinde Bergkirchen hat hier vielmehr sowohl den Anschlusszwang als auch die Beitragserhebung in einer Satzung geregelt. Zudem scheint hier das Vorliegen von Verfahrensfehlern denkbar. Der Gemeinderat könnte hier nämlich wegen ordnungswidriger Ladung zum Zeitpunkt des Satzungserlasses beschlussunfähig gem. Art. 47 II, 46 II S. 2 GO gewesen sein. Allerdings erschienen zur Sitzung neben dem Bürgermeister 20 Gemeinderatsmitglieder und damit bei der 6.500 Einwohner zählenden Gemeinde Bergkirchen gem. Art. 31 II GO der gesamte Gemeinderat.

Die ordnungswidrige Ladung wurde hier wegen rügeloser Beratung und Beschlussfassung damit geheilt. Die Eigentümerstellung aller Gemeinderatsmitglieder führte zudem nicht zum Ausschluss gem. Art. 49 I S. 1 GO, da insofern ein bloßes Gruppeninteresse gegeben war. Jedoch erfolgte der Ausschluss des Gemeinderatsmitglieds Müller ohne Beteiligung des Gemeinderates und ohne ausreichendem Grund i.S.d. Art. 53 I S. 3 GO. Mangels analoger Anwendung des Art. 49 IV GO ist der fehlerhafte Ausschluss auch nicht unbeachtlich. Der Gemeinderatsbeschluss verletzt das Teilnahmerecht des Müller aus Art. 48 I GO und ist damit rechtswidrig. Auch der Ausschluss der Öffentlichkeit ist wohl rechtswidrig, da die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Art. 52 II GO nicht vorliegen. Hier ist allerdings fraglich, ob eine Verletzung des Art. 52 I GO wirklich zur Unwirksamkeit des Beschlusses führt oder ob es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, deren Verletzung irrelevant ist. Letztlich kann dies hier offen bleiben. Auch in **materieller Hinsicht ist die Rechtmäßigkeit der Satzung** fraglich. Der Möglichkeit des der Beitragsfestsetzung zugrundeliegenden Anschlusszwanges ergibt sich zwar aus Art. 24 I Nr. 2 GO. Problematisch ist aber, dass die Beitragspflicht auch die Eigentümer unbebauter Grundstücke betrifft. Angesichts der mit dem Anschluss verbundenen Wertsteigerung kann von der Rechtmäßigkeit insofern jedoch ausgegangen werden. Fraglich ist dies aber hinsichtlich des Beitragsmaßstabs. Gem. § 5 der Satzung trifft alle Eigentümer ungeachtet der Größe ihrer Grundstücke die gleiche Belastung. Der Eigentümer eines großen Grundstückes (z.B. eines Einkaufszentrums) profitiert aber in anderer Weise von der Einrichtung als der Eigentümer eines kleinen Grundstückes, das allenfalls Raum für ein Einfamilienhaus bietet. Auch ist der Herstellungsaufwand bei großen Grundstücken höher als bei kleineren. Interessengerechter ist damit eine Beitragsbemessung anhand der Art der Nutzung und v.a. der Grundstücksgröße, vgl. auch Art. 5 II S. 2 KAG. Letztendlich kann damit von einer rechtswidrigen und damit nichtigen Satzung ausgegangen werden.

Eine weitere Rechtsgrundlage für den Bescheid kommt zudem nicht Betracht; insbesondere kann Art. 5 I KAG nicht direkt für den Erlass von Zahlungsbescheiden herangezogen werden. Im Rahmen des umfassenden Gutachtens ist aber auch die **Rechtmäßigkeit des Bescheides im Übrigen** zu erörtern. In formeller Hinsicht ist dabei festzustellen, dass der grundsätzlich nach Art. 38 I GO zuständige Bürgermeister den Erlass des Bescheides hier wirksam gem. Art. 39 II GO auf den Gemeindebediensteten übertragen konnte. Die nach § 91 AO notwendige Anhörung wurde zudem gem. § 126 AO nachgeholt. Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit ist zu bemerken, dass der Bedienstete wegen des ausdrücklichen Wortlautes der Satzung eine insofern bindende Entscheidung getroffen hat. Da das Grundstück des Huber als Lücke der umliegenden Bebauung selbst als bebaubar anzusehen ist, kann mit der verbundenen Wertsteigerung auch das Vorliegen besonderer Vorteile i.S.d. § 5 der Satzung angenommen werden.

Mangels tauglicher Rechtsgrundlage ist der Bescheid aber rechtswidrig und der Antrag gem. § 80 V VwGO damit begründet. Er hat somit Aussicht auf Erfolg.

Huber möchte zudem wissen, wie er sich im Übrigen gegen die Zahlungspflicht gerichtlich wehren kann und denkt dabei an eine Anfechtungsklage. Grundsätzlich ist diese statthaft bei dem Angriff eines Verwaltungsaktes. Zu beachten ist allerdings, dass Huber hier bereits Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt hat. Widerspruch und Anfechtungsklage schließen sich gem. Art. 15 I AGVwGO aber grundsätzlich aus. Wenn ein Betroffener sich für das Widerspruchsverfahren entscheidet, muss er grundsätzlich dessen Abschluss durch einen Widerspruchsbescheid abwarten. Huber kann damit gegen den Bescheid grundsätzlich keine Anfechtungsklage mehr erheben. Er muss vielmehr den Widerspruchsbescheid abwarten und kann dann gegebenenfalls diesen zum Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Klage machen. Zu berücksichtigen ist hier allerdings, dass seit Erhebung des Widerspruchs mehr als fünf Monate vergangen sind. **Gem. § 75 S. 1 u. S. 2 VwGO ist das Abwarten der Widerspruchsentscheidung damit entbehrlich.** Huber kann unmittelbar Anfechtungsklage gegen den Bescheid erheben.

Bundes- und Landesverfassungsrechtsbehelfe scheiden hingegen wegen mangelnder Rechtsweger-schöpfung aus. Schließlich beseitigt auch ein direktes gerichtliches Vorgehen gegen die Satzung nicht die Zahlungspflicht des Huber. Anders als eine Satzung ist ein rechtswidriger VA nicht nichtig, die Zahlungspflicht würde damit auch bei Feststellung der Nichtigkeit der Satzung bestehen bleiben.

hemmer-Trainingsplan-Info: Inhaltlich trafen unsere Hauptkursteilnehmer auch bei dieser Klausur auf wenig Überraschungen. Das Eilverfahren i.S.d. § 80 V VwGO wird in zahlreichen Fällen des Hauptkurses als prozeduraler Aufhänger genutzt. Eine ausführliche Darstellung findet sich dabei u.a. in **Fall 11 Verwaltungsrecht AT**. Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Satzung war die Klausur ohnehin ein Volltreffer. Bei uns finden Sie diese Problematik am Beispiel der kommunalen Wasserversorgung ausführlich in **Fall 7 Kommunalrecht** besprochen. Die Verfahrensfehler im Rahmen des Gemeinderatsbeschlusses sind ebenfalls Klassiker des Kommunalrechts und werden bei uns mehrfach ausführlich dargestellt, so z.B. in den **Fällen 1 und 4 Kommunalrecht**, zudem auch im **Fall 10 Baurecht**. Letztendlich eine ausführliche, aber inhaltlich sicherlich machbare Klausur. Hemmer-Kursteilnehmer waren somit auf diesen Examenstermin gut vorbereitet.