

# Life&Law kompakt

## Examensreport Bayern, Termin 2011-I

**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:** ➤ **Schwerpunkt wieder Schuldrecht**  
 ➤ **in zwei Klausuren Vertretungsrecht**  
 ➤ **nur in einer Klausur ZPO**

#### Klausur Nr. 1:

**Problemstellung:** Der Termin beginnt mit einer umfangreichen Klausur aus dem BGB-AT und dem allgemeinen Schuldrecht. Das Mietrecht war dabei nur der „Aufhänger“ der Probleme.

**Sachverhalt:** Die Eheleute A und B sind Miteigentümer einer seit 01.03.2007 an M auf unbestimmte Zeit vermieteten Wohnung. Der Mietvertrag ist von A und B sowie von M unterschrieben. Da sich B um die Wohnung nicht kümmert, erledigt A die Schreib- und Verwaltungsarbeiten. Als ihm dies zu lästig wird, schließt er am 01.02.2008 ohne Wissen der B mit V einen schriftlichen „Verwaltungsvertrag“, wonach V für die Erledigung aller durch die Vermietung anfallenden Verwaltungsarbeiten von A jährlich 600,- € erhalten soll. V erhält hierfür von A auch Vollmacht. Kündigungen aller Art sollen aber nur auf gesonderten Auftrag vorgenommen werden dürfen. V erhält von A eine Kopie des Mietvertrages mit M. Folglich weiß V, dass sowohl A als auch B durch seine Arbeit entlastet werden sollen.

Ende 2010 wollen A und B dem M wegen Eigenbedarf kündigen. Da sich B hierum nicht kümmert, beauftragt A den V mit der Eigenbedarfskündigung unter Beachtung sämtlicher rechtlicher Erfordernisse. Am 29.11.2010 erhält M eine von V eigenhändig unterschriebene Erklärung:

„Im Namen von A kündige ich hiermit das Mietverhältnis über die von ihnen bewohnte Eigentumswohnung ordentlich zum 28.02.2011. Es wird Eigenbedarf geltend gemacht. Zur ordnungsgemäßen Bevollmächtigung verweise ich auf die Anlage.“ Dem Schreiben ist eine Kopie des „Verwaltungsvertrages“ beigelegt. Am 30.11.2010 erhält V von M ein Schreiben, dass die Kündigung nicht akzeptiert werde, da sie rechtlich mangelhaft sei und V keine Vollmacht vorgelegt habe. M verlangt bis 21.12.2010 die Erklärung, dass die Kündigung nicht aufrechterhalten werde, andernfalls gehe er zum Anwalt. V reagiert hierauf nicht. Erst als sich A am 16.12.2010 bei V erkundigt, klärt ihn dieser auf und überreicht den Eheleuten das Schreiben des M. Auch A und B bleiben untätig. Am 22.12.2010 beauftragt M einen Rechtsanwalt, der erneut die Rechtswidrigkeit der Kündigung rügt und bis zum 13.01.2011 eine Erklärung verlangt, dass die Kündigung nicht aufrechterhalten werde. Am 27.12.2010 ziehen A und B die Kündigung daraufhin zurück.

M verlangt nun von A und B Ersatz der Anwaltskosten i.H.v. 500,- €. Sie wenden ein, dass diese Kosten freiwillig entstanden seien; außerdem könne B nicht haften, da sie vom „Verwaltungsvertrag“ erst am 16.12. erfuhr. Hilfsweise verlangen A und B für den Fall, dass sie haften, als Gesamtgläubiger Regress von V. V meint, selbst wenn die Kündigung fehlerhaft gewesen sei, wären die Eheleute selber schuld, da sie durch eine frühere Reaktion die Einschaltung des Rechtsanwaltes hätten verhindern können. Außerdem könne B von ihm nichts verlangen, da er nur mit A kontrahiert habe.

#### Fragen:

1. Anspruch M gegen A und B als Gesamtschuldner auf Zahlung von 500,- €?
2. Unterstellt der Anspruch besteht und A und B zahlen. Steht A und B als Gesamtgläubiger gegen V Anspruch auf Zahlung von 500,- € zu?

**Hinweis:** § 1357 BGB soll bei der Bearbeitung außer Betracht bleiben.

**Skizzierung der inhaltlichen Probleme:****Frage 1:****A) Anspruch auf Schadensersatz gegen A auf Schadensersatz**

**Tipp:** Nicht zwingend, aber wegen der unterschiedlichen Ansatzpunkte für die Pflichtverletzung empfehlenswert war es, die Ansprüche gegen A und B getrennt voneinander zu prüfen und erst am Schluss der Prüfung auf die Frage der Gesamtschuld einzugehen.

**I. Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 535 BGB**

1. Das relevante **Schuldverhältnis** war der Wohnraummietvertrag vom 01.03.2007, der wirksam mit A und B zustande gekommen ist.

**2. Pflichtverletzung des A**

Schwerpunkt der verschachtelten Klausur war die Herausarbeitung der Pflichtverletzung des A. In Betracht kommt die Verletzung einer Schutzpflicht, wenn die im Namen des A erfolgte Kündigung durch V unwirksam gewesen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH macht sich ein Vermieter, der schuldhaft eine unberechtigte Kündigung ausspricht, wegen Verletzung der vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner schadensersatzpflichtig, wenn der Mieter aufgrund der Unwirksamkeit der Kündigung einen Schaden erleidet (BGH, NJW 2005, 2395). Durch Ausspruch einer unwirksamen Kündigung wird dem Mieter nämlich die weitere Nutzung streitig gemacht und damit eine Leistungstreuepflicht verletzt, § 241 II BGB. Daher muss inzident geprüft werden, ob die Kündigung unwirksam war.

- a) Die Schriftform der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen gem. § 568 I BGB wurde gewahrt.
- b) Die Frist des § 573c I S. 1 BGB wurde eingehalten.
- c) Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 573 II Nr. 2 BGB liegt vor, da Eigenbedarf geltend gemacht wurde.
- d) Der unterbliebene Hinweis auf die Möglichkeit eines Widerspruches nach § 574 BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (es handelt sich gem. § 568 II BGB nur um eine Sollvorschrift), sondern lediglich dazu, dass die zweimonatige Frist des § 574 II S. 1 BGB nicht zu laufen beginnt (vgl. § 574 II S. 2 BGB).
- e) Allerdings sieht § 573 III BGB vor, dass die Gründe für ein berechtigtes Interesse in dem Kündigungsschreiben anzugeben sind. Der Zweck der Begründungspflicht besteht darin, dem Mieter zum frühestmöglichen Zeitpunkt über seine Position Klarheit zu verschaffen und ihn in die Lage zu versetzen, rechtzeitig alles Erforderliche zur Wahrung seiner Interessen zu veranlassen, insbesondere die Rechtmäßigkeit der Kündigung zu überprüfen. Die bloße floskelhafte Berufung auf Eigenbedarf gibt dem Mieter diese Möglichkeit gerade nicht. Hierzu wäre es erforderlich, den Eigenbedarf näher zu erläutern. Die Begründung der ordentlichen Kündigung des Vermieters von Wohnraum ist Wirksamkeitsvoraussetzung, eine Kündigung ohne Angabe konkreter Gründe mithin von vornherein unwirksam. Fraglich ist aber, ob der Verstoß gegen § 573 III BGB eine Pflichtverletzung darstellt, die zum Schadensersatz führt. Nach Ansicht des BGH (NJW 2011, 914 f.) liegt die ordnungsgemäße Begründung der Kündigung im eigenen Interesse des Vermieters, weil das Mietverhältnis anderenfalls auch bei Vorliegen eines materiellen Kündigungsgrundes nicht beendet wird. Die Angabe des Kündigungsgrundes ist deshalb keine Nebenpflicht des Vermieters, auf deren Erfüllung der Mieter einen Anspruch hat, sondern eine bloße Obliegenheit, die der Vermieter im eigenen Interesse zur Vermeidung von Rechtsnachteilen zu beachten hat. Außergerichtliche Anwaltskosten sind deshalb grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Diese Ansicht ist umstritten und vorliegend nicht entscheidungserheblich, wenn die Kündigung noch aus anderen Gründen unwirksam ist.

**f) Wirksame Vertretung durch V**

Da A und B Vertragspartner sind und damit nur gemeinsam kündigen können, müsste V sowohl A als auch B wirksam vertreten haben. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist § 744 I BGB, wonach die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes den Miteigentümern gemeinschaftlich zusteht. Lediglich bei notwendigen Maßnahmen kann ein Miteigentümer alleine handeln, § 744 II BGB.

**Hinweis:** Wer (wenig überzeugend) das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft gem. § 705 BGB bejaht hat, kam wegen der gesetzlichen Gesamtvertretungsregelung in §§ 714, 709 BGB zum selben Ergebnis. Das bloße Haben und Halten eines gemeinsamen Gegenstandes ist aber im Zweifel keine GbR, da ansonsten die §§ 741 ff. BGB zur Gemeinschaft keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hätten. Für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens zur Gründung einer GbR enthält der Sachverhalt zu wenige Anhaltspunkte.

**aa) Vertretung des A durch V**

V hat offenkundig im Namen des A eine eigene Kündigungserklärung verfasst, § 164 I BGB. Fraglich ist, ob V Vertretungsmacht hatte. Eine Bevollmächtigung war nicht im „Verwaltungsvertrag“ enthalten, da hier Kündigungen jeder Art ausgeschlossen waren. Allerdings wurde V gesondert gebeten, eine Eigenbedarfskündigung unter Beachtung sämtlicher rechtlicher Erfordernisse zu verfassen und damit hierzu bevollmächtigt.

**bb) Vertretung der B durch V**

Die von V im Namen des A ausgesprochene Kündigung müsste der B zurechenbar sein.

#### (1) Offenkundigkeit

Ausdrücklich hat V nur im Namen des A gekündigt. Vertretbar wäre es, dass es sich für M aus den Umständen ergibt, dass die Kündigung zumindest auch im Namen der B erfolgen soll, da M wusste, dass seine Vermieter A und B sind (§ 164 I S. 2 BGB). Hier war beides vertretbar.

#### (2) Vollmacht des V gegenüber B

Problematisch ist hier, ob die bloße Untätigkeit der B, die den A gewähren ließ, ausreicht, um eine Zustimmung zur alleinigen Verwaltung durch A zu bejahen. Hätte A die Kündigung selbst erklärt, wäre dies sicher vertretbar. Dass A aber auch die Berechtigung hatte, einen Verwalter zu bestellen und mit der Kündigung zu bevollmächtigen, ist von der Untätigkeit der B aber nicht mehr gedeckt. Bloßes Schweigen ist gerade keine Willenserklärung. A war damit nicht berechtigt, den V auch im Namen der B mit der Kündigung zu bevollmächtigen. Vertretbar war es, wegen des Untätigbleibens der B eine Duldungsvollmacht für A zu bejahen, der dann wiederum den V unterbevollmächtigt hat.

cc) Die Frage der Vertretung der B kann aber letztlich dahinstehen, da M die Kündigung jedenfalls zu Recht zurückgewiesen hat. V hat nämlich seine Bevollmächtigung nicht (im Original) nachgewiesen. Zwar hat V den „Verwaltungsvertrag“ vorgelegt, aber daraus folgt gerade nicht die Vertretungsmacht für die Kündigung. Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Da M auch nicht von der Bevollmächtigung des V in Kenntnis gesetzt wurde, war das Zurückweisungsrecht des M auch nicht nach § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen.

Damit war die namens des A von V ausgesprochene Kündigung unwirksam. Durch den Ausspruch der unwirksamen Kündigung hat A seine Leistungstreuepflicht verletzt, § 241 II BGB.

#### 3. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB

Eine Exkulpation gelingt dem A nicht, da sich dieser das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen V gem. § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen muss.

#### 4. Kausaler Schaden

Eigentlich sind die Rechtsanwaltskosten ein freiwilliges Vermögensopfer und eine damit Aufwendung und kein Schaden. Allerdings durfte sich M herausgefordert fühlen, einen RA zu beauftragen, da er zuvor eine angemessen lange Frist zur Erklärung gesetzt hat, dass die Kündigung nicht aufrechterhalten werde. Ein kausaler Schaden liegt daher vor.

**Ergebnis:** M kann von A Zahlung der Anwaltskosten verlangen.

#### II. Weitere Ansprüche auf Schadensersatz entfallen

Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet an der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (vertretbar war es, einen Eingriff in den berechtigten Besitz anzusprechen). Ein Anspruch aus § 823 II BGB scheidet an der Verletzung eines Schutzgesetzes. Ein Anspruch aus § 826 BGB entfällt, da A nicht (zumindest bedingt) vorsätzlich gehandelt hat. Ein Anspruch aus GoA gem. §§ 683 S. 1, 670 BGB, der bei Abmahnungen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes diskutiert wird, wird im rein zivilrechtlichen Bereich nach allgemeiner Meinung abgelehnt, um eine uferlose Haftung für Rechtsanwaltskosten zu verhindern.

#### B) Anspruch auf Schadensersatz gegen B aus §§ 280 I, 241 II, 535 BGB

Problematisch war hier die Pflichtverletzung der B.

1. Der Ausspruch der unwirksamen Kündigung wäre nur dann eine Pflichtverletzung der B, wenn diese von V im Namen des A ausgesprochene Kündigung der B zurechenbar wäre. Dies war jedoch abzulehnen (a.A. vertretbar; s.o.). Damit ist die Kündigung des V der B gar nicht zurechenbar. Außerdem hat V nicht mit Wissen und Wollen der B gehandelt, sodass es jedenfalls auch am diesbezüglichen Vertretenmüssen fehlt, §§ 280 I S. 2, 278 BGB.

2. B hat aber am 16.12.2010 erfahren, dass eine unwirksame Kündigung ausgesprochen wurde. Sie hatte bis zum 21.12.2010 Zeit für die Abgabe der Erklärung, dass die Kündigung nicht aufrechterhalten bleibt. Dennoch blieb B untätig. Eine **Pflichtverletzung** stellt dieses **Unterlassen** aber nur dann dar, wenn eine Pflicht zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung bestand.

Vertretbar war hier beides. Einerseits konnte man argumentieren, dass die Untätigkeit mit dazu beigetragen hat, dass die Kündigung nicht aus der Welt geschafft wurde. Andererseits ist die Kündigung durch V der B nicht zurechenbar, sodass eine Pflicht zur Erklärung auch abgelehnt werden kann.

**Ergebnis:** Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen B hängt davon ab, ob eine Pflichtverletzung der B bejaht wird (beides vertretbar).

**Hinweis:** Wer eine Pflicht der B zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung bejaht, hätte auch einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, II, 286 BGB prüfen können, weil dann die B mit der Abgabe dieser Erklärung in Schuldnerverzug war.

**C) Ergebnis Frage 1:** M kann von A gem. §§ 280 I, 241 II, 535 BGB Ersatz der Anwaltskosten verlangen. Bejaht man auch eine Pflichtverletzung durch die B, so haften diese als gemeinsame Vermieter als Gesamtschuldner, §§ 421 ff. BGB.

### Frage 2:

#### **I. Anspruch des A gegen V auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 675 I, 611 BGB**

##### **1. Schuldverhältnis**

Als Schuldverhältnis kommt der „Verwaltungsvertrag“ als Dienstvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrags (§§ 675 I, 611 ff. BGB) in Betracht. Vertragspartner des V ist jedenfalls der A, da dieser mit V den Vertrag geschlossen hat.

##### **2. Zu vertretende Pflichtverletzung**

In Betracht kommt hier eine leistungsbezogene Pflichtverletzung, weil V die Zurückweisung der Kündigung seitens des M nicht an A weiterleitete.

Dass der Verwaltervertrag keine generelle Vollmacht für Kündigungen vorsah, sondern diese gem. gesondertem Auftrag vorgenommen wurde, ändert nichts daran, dass die Weiterleitung der Zurückweisung der Kündigung durch M zu der von V geschuldeten Verwaltungstätigkeit gehört. Eine Exkulpation gem. § 280 I S. 2 BGB kommt nicht in Betracht.

##### **3. Kausaler Schaden der Eheleute**

Da A noch genügend Zeit hatte, die Erklärung selbst abzugeben und die Kündigung „zurückzunehmen“, könnte man an eine Unterbrechung der Kausalität denken (vertretbar). Überzeugender ist es aber, die Kausalität zu bejahen und den Anspruch wegen des Mitverschuldens des A gem. § 254 I BGB lediglich zu kürzen.

#### **II. Anspruch der B gegen V auf Schadensersatz gem. § 280 I BGB**

Fraglich war hier, was das relevante Schuldverhältnis war.

##### **a) §§ 675 I, 611 BGB**

Vertretbar war es, dass die B ihren Mann A konkludent für alle Angelegenheiten rund um die Wohnung bevollmächtigt hat. Überzeugender war es aber, die Vollmacht des A zur Übertragung der Verwaltungsaufgaben auf den V zu verneinen. Dann käme aber eine konkludente Genehmigung durch die B in Betracht. Als nächstes musste geprüft werden, ob A auch im Namen der B gehandelt hat. Dies war vertretbar, weil A dem V den gemeinsam von A und B unterzeichneten Mietvertrag ausgehändigt hat und damit dem V bewusst war, dass er nicht nur A, sondern auch die B entlasten sollte. In diesem Fall steht der B derselbe Anspruch zu wie dem A.

##### **b) §§ 675 I, 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung**

Überzeugender war es, ein Handeln des A im Namen der B abzulehnen.

Da für V aber erkennbar war, dass B auch entlastet werden sollte und es sich beim Verwaltervertrag um einen objektiv (auch) drittbezogenen Vertrag handelte, war die B jedenfalls in den Schutzbereich des Verwaltervertrages einbezogen (vertretbar wäre auch ein echter Vertrag zugunsten Dritter, § 328 I BGB). Die Schutzbedürftigkeit der B ist zu bejahen, da sie keinen eigenen vertraglichen Anspruch hat. Insbesondere bestand zwischen A und B kein Auftragsverhältnis, aus welchem B von A Schadensersatz gem. §§ 280 I, 662 BGB verlangen kann. Hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen konnte auf die Ausführungen zum Anspruch des A verwiesen werden.

**III. Ergebnis:** A und B steht als Gesamtgläubiger ein gem. § 254 I BGB zu kürzender Anspruch gegen V auf Schadensersatz zu.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Das schwierigste war, mit diesem sehr umfangreichen Fall in fünf Stunden fertig zu werden. Dies war ein echter Belastungstest, zumal der Sachverhalt vielschichtig war und an verschiedenen Stellen unterschiedliche Meinungen vertretbar waren. Aus diesem Grund trainieren wir in unserem Hauptkurs nicht an kleinen Grundfällen. Hemmer-Methode heißt: Lernen am großen Fall. In der **Life & Law** ist in nahezu jeder Ausgabe mindestens eine Entscheidung zum Thema Mietrecht enthalten. Fragen des Vertretungsrechts werden in vielen Fällen abgehandelt, insbesondere in den **Fällen 16 bis 20, BGB-AT**. Die Eheleute als vermietende Miteigentümer sind Gegenstand des **Fall 1, Schuldrecht-BT**. Der Vertrag mit Schutzwirkung wird in **Fall 6, Schuldrecht-AT** sowie in den **Fällen 2, 7 und 9, Schuldrecht-BT** ausführlich behandelt.

## Klausur Nr. 2:

**Problemstellung:** Mobiliarsachenrecht; guter Glaube an die Verfügungsbefugnis gem. § 366 HGB; Kaufmannseigenschaft; Stellvertretung; Haftung des falsus procurator

**Sachverhalt:** Ursprünglich war A Inhaber eines Baustoffgroßhandels. Anfang 2010 veräußert er diesen, bleibt aber im Handelsregister eingetragen. Ab und an bestellt er für Bekannte noch immer Ware, verlangt hierfür kein Entgelt, erhält aber kleine Geldgeschenke (im Jahr 2010 im Umfang einer niedrigen vierstelligen Summe), die er dafür verwendet, seine Bekannten zu einem Ausflug einzuladen. Er betrachtet die Tätigkeit als Hobby, benötigt weder Bilanzierung noch Buchhaltung.

Im Februar 2011 bestellt A bei seinem ehemaligen Lieferanten L unter Verwendung seines alten Briefkopfes eine Badewanne, da er glaubt, sein Freund B könne diese gebrauchen.

L liefert die Wanne unter Eigentumsvorbehalt zu A. B hat wider Erwarten kein Interesse an der Wanne. A veräußert nun unter Verwendung seines alten Geschäftsbriefpapiers die Wanne an D, dem Inhaber eines Sanitärgrößhandels. Dieser hält den A zwar nicht für den Eigentümer, glaubt aber an dessen Verfügungsbefugnis. Außerdem glaubt er, dass A Kaufmann ist. Die Übergabe der Wanne an D erfolgt, aber nach wie vor keine Bezahlung von A an L.

Während eines Urlaubs des D soll dessen Schwager S den Verkauf im Sanitärgeschäft weiterführen. Obwohl S früher unter Verwendung des Geschäftspapiers kleinere Bestellungen (100,- €) vornehmen durfte, waren dem S dieses Mal Einkäufe aller Art untersagt. S allerdings vergisst dieses Verbot und bestellt aus dem Werbeprospekt des „Newcomers“ G unter Verwendung des Briefkopfes des D Springbrunnen zum Preis von 40.000,- €. G bestätigt die von S „i. V.“ unterschriebene und abgestempelte Bestellung schriftlich und liefert die Springbrunnen in das Sanitärgeschäft, wo sie S in Empfang nimmt. Nach der Rückkehr des D ist dieser entsetzt, „widerruft“ den Kaufvertrag und verlangt sofortige Abholung der Ware.

### **Fragen:**

1. Wer ist Eigentümer der Badewanne?
2. Hat G gegen D oder gegen S Zahlungsansprüche aus Kaufvertrag?

### **Skizzierung der inhaltlichen Probleme:**

#### **Frage 1: Wer ist Eigentümer der Badewanne?**

##### **I. Ursprünglicher Eigentümer der Badewanne war L.**

##### **II. Kein Eigentumserwerb des B von L bzw. A gemäß § 929 S. 1 BGB**

1. Eine Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB an B durch die Lieferung der Badewanne von L an A lässt sich zwar bejahen, da hierfür auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt. Die GoA ist nach h.M. ein BMV i.S.d. § 868 BGB. Der Eigentumserwerb des B von L scheitert aber daran, dass A weder im Namen des B gehandelt hat (nicht entbehrlich, da kein Bargeschäft des täglichen Lebens für den, den es angeht) und außerdem A von B nicht bevollmächtigt war.

Davon abgesehen war ohnehin ein Eigentumsvorbehalt (EV) vereinbart worden.

2. Eine Übereignung der Badewanne von A an B im Wege einer In-sich-Geschäfts (§§ 929 S. 1, 181 BGB) scheitert daran, dass ein solches nicht gestattet war und von B auch nicht genehmigt wurde.

**Hinweis:** Ein Eigentumserwerb des B war eindeutig zu verneinen und fast schon abwegig. Da aber anderenfalls die Sachverhaltsinformation zu B nicht verwertet werden konnte, hätte man dies in der Klausur zumindest kurz ansprechen können.

##### **III. Kein Eigentumserwerb des A von L gemäß § 929 S. 1 BGB**

Eine Übereignung von L an A gem. § 929 S. 1 BGB liegt zwar vor. Jedoch wurde ein EV vereinbart, so dass die dingliche Einigung unter der aufschiebenden Bedingung der Restkaufpreiszahlung erfolgte (§§ 449 I, 158 I BGB). Da A den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, war L immer noch Eigentümer und A hat nur ein Anwartschaftsrecht an der Badewanne erworben.

##### **IV. Eigentumserwerb des D von A gemäß § 929 S. 1 BGB**

1. Dingliche Einigung und Übergabe lagen vor, § 929 S. 1 BGB.

2. A war allerdings aufgrund des Eigentumsvorbehalts nicht Eigentümer, sodass ein Erwerb nach § 929 S. 1 BGB nur dann vorliegen würde, wenn A von D zur Weiterveräußerung nach § 185 I BGB ermächtigt worden wäre. Eine solche Ermächtigung läge dann vor, wenn zwischen A und L ein verlängerter EV vereinbart worden wäre. Hierfür enthält der Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

**Hinweis:** An dieser Stelle war der Sachverhalt nicht gut. Die Vereinbarung eines verlängerte EV ist in dieser Branche nämlich absolut üblich, sodass es juristisch gut vertretbar wäre, einen solchen im Wege der Auslegung zu bejahen, §§ 133, 157 BGB. Da die Klausur aber auf § 366 I HGB ausgerichtet war, würde eine solche (lebensnahe) Auslegung den Fall „kaputt machen“.

#### V. Gutgläubiger Eigentumserwerb des D von A gemäß §§ 929 S. 1, 932 BGB

1. Die Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB liegen vor (s.o.).
2. D war aber bösgläubig i.S.d. § 932 II BGB, da er den A aufgrund der Gepflogenheiten in der Branche nicht für den Eigentümer hielt. Dass D den A für berechtigt hielt, das Eigentum zu übertragen, hilft dem D nicht, da § 932 I, II BGB nur den guten Glauben an die Eigentümerstellung des Veräußerers schützt und gerade nicht den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis.

#### VI. Gutgläubiger Eigentumserwerb des D von A gemäß § 366 I HGB i.V.m. § 932 I, II BGB

Der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis nach § 185 I BGB wird aber in entsprechender Anwendung der §§ 932 ff. BGB geschützt, wenn die Voraussetzungen des § 366 I HGB vorliegen würden.

##### 1. A müsste Kaufmann sein

a) Ursprünglich war A Kaufmann i.S.d. § 1 HGB. Nach dem Verkauf des Betriebs hat A aber nur noch in ganz geringem Umfang Ware bestellt. Art und Umfang der Tätigkeit erfordern keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, sodass A kein Ist-Kaufmann mehr ist, vgl. § 1 II HS 2 HGB.

b) A könnte aber, weil er immer noch im Handelsregister eingetragen ist, Kaufmann kraft Eintragung sein, **§§ 2, 5 HGB**, wenn er weiterhin ein Kleingewerbe betreibt.

Stuft man die vereinzelt Verkaufstätigkeiten hingegen nicht als Betreiben eines kleingewerblichen Unternehmens ein, so wäre diese Geschäftsaufgabe eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache, § 31 II HGB. Da die Löschung der Firma aber im Handelsregister nicht erfolgt ist, wäre A gegenüber einem Gutgläubigen weiterhin als **Kaufmann kraft Rechtsscheins** zu behandeln, **§§ 15 I, 31 II S. 1 HGB**.

Bei Bejahung der §§ 2, 5 HGB wäre A tatsächlich Kaufmann kraft Eintragung (Fiktion). Wendet man hingegen die §§ 31 II S. 1, 15 I HGB an, so wäre A lediglich Kaufmann kraft Rechtsscheins. Diese Unterscheidung ist fallentscheidend, da nach ganz h.M. **§ 366 I HGB nur dann** zur Anwendung kommt, **wenn der Veräußerer tatsächlich Kaufmann ist**.

Nach dem Wortlaut der Norm muss der Veräußerer Kaufmann sein. Außerdem ist zu bedenken, dass der Rechtsnachteil als Folge des § 366 HGB ja nicht den Veräußerer, sondern den wahren Rechtsinhaber trifft. Dieser hat aber den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gar nicht gesetzt und veranlasst. Würde man § 366 HGB auch auf den Rechtsscheinskaufmann anwenden, so würde der wahre Eigentümer „bestraft“ und nicht derjenige, der den Rechtsschein hervorgerufen hat. Dies würde die Reichweite der Rechtsscheinsgrundsätze sprengen. Daher wendet die h.M. § 366 I HGB auf den Rechtsscheinskaufmann weder direkt noch analog an (str.; **Hemmer/Wüst, Handelsrecht, Rn. 291**).

Ob A noch ein Gewerbe betreibt, hängt davon ab, ob hierfür eine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich ist, oder ob auch die hobbymäßige Erzielung von Einnahmen für die Bejahung der gewerblichen Tätigkeit ausreicht. Nach Ansicht des BGH erfordert die Unternehmereigenschaft i.S.d. § 14 I BGB jedenfalls keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern lediglich die Erzielung laufender Einnahmen. Ob auch für den Kaufmannsbegriff auf die Gewinnerzielungsabsicht verzichtet werden kann, hat der BGH ausdrücklich offengelassen (**Life & Law 2006, 507, 510**). Da eine Differenzierung wenig überzeugend ist, sprechen die besseren Argumente dafür, auf die Gewinnerzielungsabsicht zu verzichten, wenn tatsächlich Einnahmen erwirtschaftet werden. Zwar hat A keine Gewinnerzielungsabsicht, dennoch erwirtschaftet dieser durch die Geldgeschenke Gewinne. Allerdings lädt er mit diesen Gewinnen seine Freunde auf Wanderschaft ein. Insofern könnte man das Vorliegen von Gewinnen und damit ein Gewerbe verneinen. Diese Ansicht erscheint allerdings zu formalistisch. Es kann keinen Unterschied machen, ob er die Gewinne behält oder verbraucht. Gewinne bleiben Gewinne. Davon abgesehen kann es auch keinen Unterschied machen, ob A ursprünglich Gewinne erzielen wollte oder sie faktisch erzielt hat. Folglich sprechen die besseren Argumente wohl für die Annahme eines Gewerbes.

A ist damit Kaufmann kraft Eintragung gem. §§ 2, 5 HGB, sodass § 366 I HGB zur Anwendung kommt (a.A. vertretbar).

##### 2. Bezug zum Handelsgewerbe

Der Kauf der Badewanne diente dem Betrieb des Kleingewerbes des A, § 343 HGB. Im Übrigen wird gem. § 344 I HGB vermutet, dass Geschäfte eines Kaufmannes zu seinem Handelsgewerbe gehören

##### 3. Guter Glaube des D an die Verfügungsbefugnis

Maßstab ist § 932 II BGB analog. Anders als bei § 932 BGB ist hier nun der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des A geschützt. An genau diese glaubt D hier auch.

**Ergebnis:** D hat gutgläubig das Eigentum gemäß § 366 I HGB erworben (a.A. vertretbar, wenn man A lediglich als Rechtsscheinskaufmann behandelt hat; s.o.).

## **Frage 2: Anspruch des G gegen D**

### **I. Anspruch des G gegen D aus § 433 II BGB**

Ein Kaufvertrag zwischen G und D wäre nur dann zustande gekommen, wenn S den D wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten hätte.

1. Eine eigene Willenserklärung hat S abgegeben.
2. S hat auch offenkundig im Namen des D gehandelt (Firmenstempel; Unterzeichnung „i.V.“).
3. Das Problem war das Vorliegen der Vertretungsmacht.

a) S besaß Vollmacht zum Verkauf, sog. Arthandlungsvollmacht gem. § 54 I Var. 2 HGB.

Einkäufe jeglicher Art wurden dem S aber ausdrücklich untersagt.

b) Diese Beschränkung muss G auch gegen sich gelten lassen, da kein Fall des § 54 III HGB vorliegt. Ein solcher läge nur vor, wenn z.B. einzelne bestimmte Gegenstände nicht eingekauft werden dürften oder ein Preislimit vereinbart worden wäre.

c) Möglicherweise ließe sich die Vertretungsmacht über § 56 HGB begründen. S ist im Laden des D angestellt, da mit „angestellt“ keine rechtsgeschäftliche Anstellung gemeint ist und auch Familienmitglieder hierunter fallen.

Allerdings vermutet § 56 HGB die Erteilung einer Vertretungsmacht nur, wenn es um Verkäufe geht. Hier ging es allerdings um den Einkauf. „Empfangnahme“ bedeutet hier gerade nicht Einkaufen. Ankaufsgeschäfte werden daher nicht erfasst. Nach ganz h.M. findet § 56 HGB auch nicht analog Anwendung, da bei Ankaufsgeschäften die für § 56 HGB charakteristische Steuerbarkeit des Geschäfts - einschließlich des Verkaufspreises - fehlt.

d) Möglicherweise ließe sich die Vertretungsmacht aber kraft Rechtsscheins begründen. Da D keinerlei Kenntnis vom Einkauf hatte, kommt allein Anscheinsvollmacht in Betracht. Allerdings ist bereits das Vorliegen eines Rechtsscheins zu verneinen.

Erforderlich wäre nämlich ein wiederholtes Auftreten als Vertreter. Zwar hat S den D auch in der Vergangenheit schon einmal vertreten, aber nicht gegenüber G, weil dieser ein „Newcomer“ am Markt ist.

Folglich besteht auch keine Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Daran ändert auch die Verwendung von Stempel und Briefkopf nichts. Eine Rechtsscheinsvollmacht analog § 172 BGB scheitert daran, dass der Rechtsschein nicht vorsätzlich gesetzt wurde, wie es § 172 I BGB aber erfordert.

**Ergebnis:** S handelte als falsus procurator. Der zunächst gem. § 177 I BGB schwebend unwirksame Vertrag wurde von D „widerrufen“, was als Verweigerung der Genehmigung auszulegen war, § 133 BGB i.V.m. § 157 BGB analog (analog, da kein Vertrag, aber empfangsbedürftige Willenserklärung). Es besteht kein Anspruch auf Kaufpreiszahlung des G gegen D.

### **II. Anspruch des G gegen D aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB**

In Betracht kommt aber eine Haftung des D auf Schadensersatz aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB. Da S schuldhaft ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (S hat das Einkaufsverbot vergessen), könnte dieses gem. § 278 BGB dem D zugerechnet werden, § 278 S. 1 BGB.

Diese Frage ist umstritten, weil durch diese Haftung ein Teil der Bestimmungen leer laufen kann, aus denen sich die Beschränkung der Vertretungsmacht zum Schutz des Vertretenen ergibt, insbesondere das Wahlrecht aus § 177 I BGB. Andererseits führte ein absoluter Vorrang der Vertretungsordnung (§§ 177, 179 BGB) zu einer Einschränkung der Haftungspflichten auf Kosten des Geschäftspartners, die sich mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes (§ 278 BGB) kaum vereinbaren lässt.

Die wohl überwiegende Meinung akzeptiert deshalb die Haftung aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB i.V.m. § 278 BGB. Das Gesetz hat diese Wertung nicht abschließend vorgenommen. Denn gerade mit der Einschränkung der h.M. lässt sich ein zwingender Vorrang des Vertretungsrechts nicht mehr erkennen. Abschließend geregelt ist in §§ 177 ff. BGB allein die Tatsache, dass das Risiko des Mangels der Vertretungsmacht als solches den Geschäftsgegner trifft. Wer Vertragsverhandlungen durch einen Beauftragten führen lässt, haftet auf das negative Interesse (Vertrauensschaden), wenn dieser ohne oder unter Überschreitung der Vollmacht einen Vertrag schließt.

**Ergebnis:** G kann von D zwar nicht die Bezahlung der Springbrunnen verlangen. Jedoch steht ihm wegen der Lieferkosten ein Anspruch aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II, 278 BGB zu.

## **Frage 2: Anspruch des G gegen S aus § 179 I BGB**

S hat ohne Vertretungsmacht als Vertreter gehandelt und D hat die Genehmigung verweigert.

Fraglich ist, ob § 179 I BGB oder § 179 II BGB zur Anwendung kommt. Dies hängt davon ab, ob S den Mangel der Vertretungsmacht kannte. Daran könnte man deswegen zweifeln, weil S das Einkaufsverbot „vergessen“ hatte und selbst grob fahrlässige Unkenntnis nicht zur Anwendbarkeit des § 179 I BGB führt. Überzeugend ist es hier aber, § 179 I BGB anzuwenden, da dem S ausdrücklich das Einkaufsverbot mitgeteilt wurde. Eine andere Auslegung würde Schutzbehauptungen des Vertreters Tür und Tor öffnen (a.A. vertretbar). G kann daher von S Schadensersatz in Form der Erfüllung oder auf Zahlung des positiven Interesses verlangen.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Diese Klausur war ein Volltreffer! Im Vergleich zur Klausur 1 war diese Aufgabe auch deutlich kürzer und in fünf Stunden sehr gut machbar. Sämtliche Probleme waren mehrfach Gegenstand des Hauptkursprogrammes. Der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis und der Erwerb nach § 366 I HGB werden bei **Fall 1, SachenR** und **Fall 2, Handels- und GesR** besprochen; in diesem Fall werden auch die §§ 54, 56 HGB behandelt. Die Unterscheidung zwischen dem Kaufmann kraft Eintragung (§§ 2, 5 HGB) und dem Rechtsscheinkaufmann (§§ 15 I, 31 II S. 1 HGB) ist Gegenstand von **Fall 5, Handels- und GesR**. Die Haftung des unwirksam Vertretenen aus c.i.c. ist mehrfach Gegenstand des Hemmer-Hauptkurses (**Fall 2, Handels- und GesR, Fall 5, ZPO I und Vertiefungsfrage 2 zu Fall 5, BGB-AT**). Die Haftung des falsus procurator nach § 179 I BGB wird ausführlich in **Fall 8, Schuldrecht-AT** besprochen.

### Klausur Nr. 3:

**Problemstellung:** Allgemeines Leistungsstörungenrecht; Abgrenzung Schadensersatz statt der Leistung ⇔ Schadensersatz neben der Leistung; Zulässigkeit von Klage und Widerklage; Veräußerung der im Streit befangenen Sache

**Sachverhalt:** M ist Mieter einer Wohnung in einem Mietshaus des V in Landshut. An einem kalten Montag im Januar 2011 fällt die Heizung aus. Auf der Heizungsanlage im Keller wird auf Installateur K aus Moosburg an der Isar (AG-Bezirk Freising) als Ansprechpartner hingewiesen. K weiß, dass sich die Mieter des V direkt an ihn wenden dürfen; diese sollen den V aber im Nachhinein informieren.

M kontaktiert K. Vor Ort vermutet dieser einen Defekt der Zirkulationspumpe und bittet M bis zum Abend um Geduld; er müsse die Pumpe mitnehmen, um sie in seinem Betrieb zu reparieren.

M unterrichtet V von den Vorgängen. G, der Angestellte des K, soll nun im Betrieb des K die Pumpe reparieren. Anstatt dies zu tun - was durch eine einfache Neuverlötung am selben Tag möglich gewesen wäre - bestellt G gleich eine neue, um früher Feierabend machen zu können.

Da K die Heizung bis Donnerstag noch immer nicht repariert hat, beauftragt V nach entsprechender Aufforderung des inzwischen erkälteten M den T mit Beschaffung und Einbau einer neuen Pumpe.

Am Freitag ruft K den M an und teilt ihm mit, dass er die Pumpe nun habe. M erklärt, ohne mit V gesprochen zu haben, dass er auf die Leistung des K verzichte. K meint, die Zurückweisung wolle er schriftlich von V und fährt zum Mietshaus. Dort teilt V dem K mit, dass seine Dienste nun überflüssig sind, da T die Heizung repariert hat. Außerdem sei bei dieser Kälte kein Platz für Unzuverlässigkeit.

V (selbst wohnhaft in Landshut) erhebt nun vor dem AG Landshut Klage gegen K und G, Eingang am 08.02.2011, Zustellung an beide am 11.02.2011. Von K verlangt er Ersatz der Mehrkosten für die Beauftragung des T i.H.v. 40,- € und Ersatz des Mietausfalls für drei Tage i.H.v. 50,- €. Von G verlangt er die Herausgabe der Pumpe. G hatte die alte Pumpe zuvor im eigenen Namen bei ebay angeboten, wo sie von D am 09.02.2011 versteigert wurde. Bevor G das Paket am 12.02.2011 verschickt, erklärt er D wahrheitswidrig, dass er vom wahren Eigentümer zur Veräußerung der Pumpe ermächtigt sei. Am 14.02.2011 nimmt D das Paket an.

#### **Fragen:**

1. Ist die Klage von V gegen K zulässig und begründet?
2. Wäre eine Widerklage, mit der K von V Ersatz für die erste und zweite Anfahrt (jeweils 50,- €) verlangt, zulässig und begründet?
3. Ist die Klage von V gegen G auf Herausgabe der ausgebauten Pumpe begründet?

#### **Skizzierung der inhaltlichen Probleme:**

##### **Frage 1: Zulässigkeit und Begründetheit der Klage des V gegen K**

##### **A) Zulässigkeit der Klage**

1. Das AG Landshut ist sachlich zuständig, § 1 ZPO, § 23 Nr. 1 GVG.
2. Örtlich zuständig nach §§ 12, 13 ZPO wäre das AG Freising. Nach § 29 I ZPO, §§ 270 IV, 269 I BGB ist der Erfüllungsort bei Geldschulden der Wohnsitz des Schuldners. Das AG Landshut ist daher örtlich unzuständig.

Da das AG Landshut alle erforderlichen Hinweise erteilt hat, würde dieses gem. §§ 39, 504 ZPO durch rügeloses Einlassen zur Sache zuständig. Erfolgt eine Rüge, müsste ein Antrag gem. §§ 495, 281 I ZPO auf Verweisung gestellt werden. Anderenfalls wäre die Klage unzulässig.

Vertretbar wäre die Bejahung eines einheitlichen Erfüllungsortes an dem Ort, an dem die Werkleistung zu erbringen ist. Dann wäre das AG Landshut örtlich zuständig. Dies ist insbes. deshalb vertretbar, da es um Schadensersatz statt der Leistung geht (s.u.), bei welchem für den Leistungsort auf den Ort abgestellt werden kann, an dem die Leistung zu erbringen ist.

## B) Begründetheit der Klage

### 1. Ersatz der 40,- € Mehrkosten für die Beauftragung des T gem. §§ 280 I, III, 281 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Hier musste zunächst abgegrenzt werden, ob die Mehrkosten einen Schaden **statt** der Leistung **oder neben** der Leistung darstellen. Die Mehrkosten sind entstanden aus einem Deckungsgeschäft. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch K wären diese Kosten nicht entstanden. Ordnungsgemäße Erfüllung und Schaden sind nebeneinander nicht denkbar, sodass vom Vorliegen eines Schadens statt der Leistung auszugehen war. Der Schaden würde bei „fristgerechter“ Nacherfüllung entfallen.

a) Eine schuldhafte (§ 278 S. 1 BGB) Pflichtverletzung des Werkvertrages (§ 631 BGB) liegt vor, da die Pumpe nicht repariert wurde, obwohl dies möglich gewesen wäre.

b) Fraglich ist aber, ob gem. §§ 280 III, 281 I BGB Schadensersatz ohne vorherige Fristsetzung verlangt werden konnte. Da V vor der (Ersatz-)Beauftragung des T dem K keine angemessene Frist gesetzt hat, wäre ein Anspruch nur zu bejahen, wenn die Fristsetzung entbehrlich gewesen wäre, § 281 II BGB.

Eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung des K lag nicht vor (§ 281 II Alt. 1 BGB), sodass allenfalls ein Fall der Unzumutbarkeit vorliegen könnte (§ 281 II Alt. 2 BGB). Dies ist einmal der Fall, wenn bei Einhaltung der Nachfristsetzung erhebliche Schäden an den Rechtsgütern des Gläubigers drohen oder erhebliche Schäden an dem bereits erhaltenen Leistungsgegenstand zu befürchten sind oder wenn der Schuldner die Vertrauensgrundlage für die Nachleistung durch arglistiges Verhalten zerstört hat. In die Abwägung einzubeziehen waren hier nun alle Informationen im Sachverhalt (kalter Januar; Erkältung des M; drohende Mietminderung oder Kündigung durch M; grobe Pflichtverletzung des G durch bloße Neubestellung). All dies führt dazu, dass die Fristsetzung im vorliegenden Fall als unzumutbar angesehen werden konnte. K hat sich auch selbst eine Frist gesetzt, da er zusagte, dass die Pumpe noch am Montagabend eingebaut wird. Hier konnte man den Rechtsgedanken zur Selbstmahnung zumindest ansprechen, wonach gem. § 286 II Nr. 4 BGB die für den Schuldnerverzug erforderliche Mahnung entbehrlich ist. Außerdem konnte man i.R.d. § 281 II Alt. 2 BGB mit dem Rechtsgedanken des § 323 II Nr. 2 BGB zum relativen Fixgeschäft argumentieren.

Die Klage war damit insoweit begründet.

**Hinweis:** Vertretbar wäre es auch, den Anspruch auf §§ 280 I, III, 283 BGB zu stützen wegen Unmöglichkeit durch Zweckerreichung. Allerdings ist eine Lieferung einer Zirkulationspumpe nach wie vor möglich.

### 2. Ersatz der 50,- € für den Mietausfall

Auch hier kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Betracht, der vom Verzugschaden abzugrenzen war (§§ 280 I, II, 286 BGB). Da M nur für drei Tage gemindert hat, der Heizungsdefekt aber von Montag bis Freitag andauerte, sprechen die besseren Argumente dafür, auch hier einen Schaden statt der Leistung anzunehmen. Eine Mietminderung durch M (= Schaden des V) wäre nämlich bei ordnungsgemäßer Erfüllung (Einbau der Heizung am Montagnachmittag) nicht erfolgt (eine a.A. war ebenso vertretbar; insbes. wenn man damit argumentiert, dass ein klassischer Folgeschaden vorliegt und damit das Integritätsinteresse des V betroffen ist).

Auch diesbezüglich ist die Klage begründet.

## Frage 2: Zulässigkeit und Begründetheit der Widerklage des K gegen V

### A) Zulässigkeit der Widerklage

Das AG Landshut ist sachlich und örtlich zuständig. Dies folgt bereits aus §§ 12, 13 ZPO (Wohnsitz des V) und auch aus § 33 I ZPO. Die Konnexität ist gegeben. Die Frage, ob es sich bei der Konnexität um eine Zulässigkeitsvoraussetzung handelt (mit h.L. abzulehnen), hat sich damit nicht gestellt.

### B) Begründetheit der Widerklage

#### I. Kosten für die erste Anfahrt

Ein Anspruch aus § 631 BGB auf Zahlung des Werklohns entfällt. Die Erklärung des V, dass er die Beauftragung des K rückgängig mache, war nämlich als Rücktrittserklärung auszulegen. Der Rücktritt war wirksam, da die Fristsetzung entbehrlich war, § 323 II Nr. 3 BGB.

Da die erste Anfahrt und Überprüfung der Heizung aber bereits eine Leistung des Reparaturvertrages darstellt, diese aber als nicht körperliche Leistung nicht herausgegeben werden kann, muss V gem. § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz zahlen.

## II. Kosten für die zweite Anfahrt

Hätte M telefonisch zuvor wirksam den Rücktritt erklärt, so wären diese Kosten nicht ersatzfähig. K hat die Erklärung des M aber zurückgewiesen, da er diese Erklärung von V persönlich hören wolle. Die Rücktrittserklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das gem. § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen werden kann, wenn keine Originalvollmacht vorgelegt wird. Die Zurückweisung ist nur ausgeschlossen, wenn V den K davon in Kenntnis gesetzt hat, dass M zur Rücktrittserklärung bevollmächtigt ist, § 174 S. 2 BGB. K wusste zwar, dass M sich an ihn bei Heizungsproblemen wenden durfte. Dies reicht aber nicht für § 174 S. 2 BGB. Außerdem hatte M keine Vollmacht, sodass die Rücktrittserklärung auch gem. § 180 S. 1 BGB unwirksam war und entgegen § 177 I BGB nicht rückwirkend genehmigt werden konnte.

Da K die zweite Fahrt aber letztlich deswegen unternimmt, um mit V etwas zu klären, ist es gut vertretbar, das Vorliegen einer werkvertraglichen Leistung zu verneinen. Damit entfielen auch ein Anspruch aus § 346 I BGB. Dann müsste man aber einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB wegen einer Schutzpflichtverletzung prüfen (unwirksamer Rücktritt). Da M aber ohne Wissen des V den „Rücktritt“ erklärt hat, war diese Pflichtverletzung dem V nicht zurechenbar, sodass ein Anspruch auf Schadensersatz im Ergebnis zu verneinen ist.

Die Kosten für die zweite Anfahrt sind damit nur ersatzfähig, wenn man das Vorliegen einer werkvertraglichen Leistung annimmt und wiederum § 346 I BGB bejaht.

## **Frage 3: Begründetheit der Klage von V gegen G auf Herausgabe der ausgebauten Pumpe**

### I. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB

V war Eigentümer der Pumpe. Ein Eigentumsverlust an K trat mangels Übereignung nicht ein, sodass allenfalls ein gutgläubiger Erwerb der D von G in Frage käme. G hat die D aber vor der Übereignung aufgeklärt, dass er nicht Eigentümer war. Die Behauptung, dass er vom Eigentümer ermächtigt worden sei, führt nicht zu einem gutgläubigen Erwerb, da der gute Glaube an die Verfügungsermächtigung von § 932 I, II BGB nicht geschützt wird. Ein Anspruch aus § 985 BGB besteht daher.

Der Umstand, dass G nicht mehr im Besitz der Sache ist, ändert nichts an der Begründetheit der Klage. Dies folgt aus § 265 II S. 1 ZPO, da die Sache mittlerweile streitbefangen ist (Rechtshängigkeit am 11.02.) und Veräußerung erst am 12.02. (Verschicken) bzw. 14.02. (Ankunft bei D). Die Veräußerung hat auf den Prozess gem. § 265 II S. 1 ZPO keinen Einfluss (sog. „Irrelevanztheorie“).

**Hinweis:** Auch wenn dies nicht unmittelbar gefragt war, hätte man darauf hinweisen können, dass mangels Gutgläubigkeit der D das Urteil auch gegen D wirkt (vgl. § 325 II ZPO) und damit für den V die Möglichkeit besteht, eine Vollstreckungsklausel gegen die Rechtsnachfolgerin D gem. §§ 727, 731 ZPO zu erwirken.

### II. Weitere Herausgabeansprüche

Zu prüfen waren noch Ansprüche aus § 1007 I BGB (Bösgläubigkeit der D), aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB (zu verneinen wegen des Vorrangs der Leistungsbeziehung), aus § 861 BGB (keine verbotene Eigenmacht) und aus §§ 823 I, 249 I BGB.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Diese Klausur war wiederum umfangreich und noch dazu anspruchsvoll. Die Abgrenzung Schadensersatz statt ⇔ neben der Leistung wird in vielen Fällen behandelt und ausführlich erläutert in **Fall 7, SchuldR-AT**. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unzumutbarkeit ist Gegenstand von **Fall 10, SchuldR-AT** und **Fall 1, SchuldR-BT**.

Die Widerklage ist Gegenstand von **Fall 9, ZPO I**. Auf die Bedeutung und Examensrelevanz des § 265 ZPO und die Wirkung der Veräußerung der im Streit befangenen Sache wird in den Lösungen zu den **Vertiefungsfragen zu Fall 3, ZPO I** ausdrücklich hingewiesen.

Mit einer soliden Examensvorbereitung war diese Klausur machbar. Die Schwierigkeit bestand auch hier (wie schon in Aufgabe 1) darin, die wesentlichen Probleme der Klausur abzuarbeiten und innerhalb von fünf Stunden fertig zu werden.

# Life&Law kompakt

## Examensreport Bayern, Termin 2011-I

### **B) Strafrecht:**

Allgemeines / Auffälligkeiten / Trends:

- Wieder klassische Problemkreise aus dem Strafrecht AT und BT
- Wie üblich strafprozessualer Teil und insgesamt sehr großer Umfang
- Anlehnung an aktuelle Rechtsprechung vor ca. zwei Jahren (2009)

#### Klausur Nr. 4:

**Problemstellung:** Betrug mit diversen Problemfeldern; Mordmerkmale; unbeachtlicher error in persona; Auswirkung dieses Irrtums auf Bestrafung des Anstifters; Anwendung von § 28 I bzw. II StGB bei täterbezogenen Mordmerkmalen; Anforderungen für eine taugliche Verhinderung des Erfolgs beim beendeten Versuch, § 24 I S. 1 Alt. 2 StGB; Beweisverwertungsverbot; Fair-Trial-Grundsatz

**Sachverhalt Teil I:** Arzt A sagt in einer Informationsveranstaltung den krebserkrankten Zuhörern wahrheitswidrig, Studien hätten belegt, dass ein neues Medikament zu einer Lebensverlängerung bei Krebspatienten führen könne. Das Medikament stamme aus Russland und werde dort für 200,- € pro Packung angeboten, sei aber in Deutschland unter 2.000,- € nicht zu haben. Wie A weiß, kann das Produkt tatsächlich ohne Probleme in Deutschland für 200,- € pro Packung erworben werden. B kauft eine Packung für 2.000,- €, weil er auf die Wirksamkeit des Medikaments vertraut, während ihn die Preisgestaltung nicht kümmert. C kauft ebenfalls eine Packung für 2.000,- €. Er ist zwar nicht davon überzeugt, dass das Medikament tatsächlich hilft, will aber nichts unversucht lassen. Er kauft das Produkt in dem Glauben, den deutschen Marktpreis zu zahlen.

D, Sohn des B, erfährt von den Machenschaften des A und ist über die Niederträchtigkeit des A so erbost, dass er diesen töten lassen will. Er wirbt hierfür E an, der ihm 10.000,- € schuldet, damit dieser A auflauert und niederschießt. Im Gegenzug sollen die Schulden erlassen werden. Zur Identifikation des A nennt D dem E die Adresse von A und zeigt E ein im Internet veröffentlichtes Foto des A. Am folgenden Abend wartet E vor dem Haus des A und schießt in Tötungsabsicht auf die nichtsahnende Person, die das Haus verlässt. Das Opfer ist sofort tot. Allerdings handelt es sich um den Zwillingbruder des A.

Entsetzt über den Tod seines Bruders beschließt A, in den Tod zu gehen. Zu diesem Zweck dreht er in der Küche seines Hauses die Gashähne auf. Er glaubt dabei, dass sich noch seine Zuehfrau H im Haus aufhält und dass diese bei einer möglichen Gasexplosion zu Tode kommen wird. Deren Tod ist ihm zwar unerwünscht; er verzichtet aber darauf, sie zu warnen. Nach einigen Minuten beschließt A dennoch, H eine Chance zu geben. Bereits deutlich benommen ruft er bei der Feuerwehr an, meldet Gasgeruch in seiner Wohnung und legt auf. Die Gashähne lässt er aber weiter geöffnet. Er geht davon aus, am Gas zu ersticken, und hofft darauf, dass die Feuerwehr eine von ihm für wahrscheinlich gehaltene Gasexplosion und damit den Tod der Zuehfrau verhindern wird. Der in der Küche liegende bewusstlose A wird von der Feuerwehr wenig später ebenso gerettet wie die nichts ahnende H, die im Keller geputzt hat.

**Sachverhalt Teil II:** E steht mittlerweile unter dringendem Mordverdacht und ist daher in U-Haft. Die ermittelnden Polizeibeamten sind unzufrieden mit der Beweislage, nachdem sie alle kriminalistischen Aufklärungsmethoden erschöpft haben. Deshalb sagen sie E, er könne seine Ehefrau in einem Besucherraum ausnahmsweise allein und ungestört sprechen. Indes hatten die Polizeibeamten diesen Besucherraum aufgrund einer formell rechtmäßigen Anordnung des zuständigen Ermittlungsrichters mit Mikrofonen versehen. Wie erhofft, erzählt E seiner Ehefrau dort von der Tat. Die Aussage wird vom Polizisten K im Nebenraum mitgehört. K soll in der Hauptverhandlung gegen E hierüber als Zeuge vernommen werden.

**Vermerk für die Bearbeiter:**

**Zu Teil I:** Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht? Auf den 25. und 28. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ist nicht einzugehen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Zu Teil II:** Ist die Aussage von K in der Hauptverhandlung verwertbar?

**Skizzierung der wesentlichen inhaltlichen Probleme:**

**Zu Teil I:** Sinnvollerweise ist in drei Tatkomplexe einzuteilen. Alle drei Teile stellen voneinander unabhängige Taten dar.

**1. Tatkomplex:** Zu prüfen ist die Strafbarkeit des A wegen Betrugs, und zwar zu Lasten von B sowie zu Lasten von C. Anders als bei der Entscheidung, an welche der Sachverhalt insoweit angelehnt ist (vgl. **BGH 2 StR 91/09, Beschluss vom 29.07.2009 = jurisbyhemmer**), fehlen Angaben zu einer gewerbsmäßigen bzw. bandenmäßigen Begehung (vgl. § 263 III S. 2 Nr. 1, V StGB). Der Schwerpunkt liegt vielmehr auf einer genauen Subsumtion der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Bei der Strafbarkeit wegen Betrugs zu Lasten von B ist herauszuarbeiten, dass zwei Täuschungshandlungen vorliegen, nämlich bezüglich des Beschaffungspreises des Medikaments in Deutschland sowie der wissenschaftlich belegten Wirksamkeit bei Krebspatienten. Insoweit ist zu erkennen, dass die Forderung eines bestimmten Preises nicht ohne weiteres dessen Angemessenheit bzw. Üblichkeit beinhaltet. Vorliegend liegt jedoch insoweit eine ausdrückliche Täuschung vor. Jedoch liegt nur hinsichtlich des Vorspiegelns der Wirksamkeit des Medikaments bei B ein kausaler Irrtum vor. Dieser Irrtum ist auch unmittelbar kausal für die Eingehung sowie Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeit (Vermögensverfügung). Schließlich ist genau zu prüfen, worin ein darauf beruhender Vermögensschaden des B beruhen könnte. Hier sind zunächst nach der Differenzmethode Leistung und Gegenleistung miteinander zu vergleichen. Da objektiv feststellbar ein deutlicher überhöhter Preis bezahlt wurde, ist ein Schaden in Höhe von 2.000,- € abzüglich des tatsächlichen Preises in Höhe von 200,- € (also 1.800,- €) feststellbar. Problematisiert werden könnte, dass B die Höhe des Preises egal war, insoweit also eine Art „bewusste Selbstschädigung“ vorliegen könnte. Jedoch war B hierzu nur bereit, weil er von der Wirksamkeit des Medikaments als vertraglich vorausgesetztem Zweck ausging. In einer Zusammenschau mit dieser „Zweckverfehlung“ liegt jedenfalls ein Vermögensschaden bei B in Höhe von 1.800,- € vor. Die Anfechtbarkeit bzw. das Vorliegen von Schadensersatzansprüchen schadet nicht, sodass der Betrug insoweit durchgeht. Geprüft werden kann daneben noch eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs zu Lasten des B, da A auch vorsätzlich dahingehend handelte, bei B einen kausalen Irrtum hinsichtlich des Preises zu erzeugen. Jedoch ist insoweit zu erkennen, dass beide Täuschungshandlungen auf dasselbe Ziel (Verkauf des Medikaments) abzielten und damit insgesamt nur eine Strafbarkeit wegen Betrugs zu Lasten des B in Betracht kommt (Gedanke der tatbestandlichen Handlungseinheit).

Bei der Prüfung der Strafbarkeit des Betrugs zu Lasten des C hat A bei C eindeutig einen Irrtum hinsichtlich des deutschen Marktpreises erregt. Hinsichtlich der Wirksamkeit des Medikaments ist hingegen zu problematisieren, ob insoweit überhaupt ein kausaler Irrtum bei C erregt wurde. Dies kann verneint, aber auch bejaht werden mit dem Hinweis, dass bloße Zweifel grundsätzlich nicht schaden, um einen entsprechenden (mitursächlichen) Irrtum anzunehmen. In der Sache ist jedenfalls auch insoweit ein vollendeter Betrug zu Lasten des C anzunehmen. Auf Konkurrenzebene dürfte trotz einer gemeinsamen Tathandlung (Vortrag) angesichts der unterschiedlichen Vermögensverluste bei B und C von Tatmehrheit auszugehen sein.

**2. Tatkomplex:** Bei der Prüfung der Strafbarkeit des E sind die Mordmerkmale Heimtücke sowie Habgier (Problem: „Gewinnstreben“ auch bei bloßer Ersparnis von Aufwendungen) ebenso zu erörtern wie der hier unbeachtliche error in persona. Im Ergebnis hat sich E wegen Mordes an dem Zwillingbruder strafbar gemacht. Sodann ist bei D als Anstifter zu problematisieren, wie sich dieser Irrtum des E bei D als Anstifter auswirkt. Von „ebenfalls unbeachtlich“ bis zur Lösung über die Rechtsfigur der aberratio ictus (d.h. nur versuchter Mord an A, sowie fahrlässige Tötung bezüglich des Zwillingbruders) ist alles vertretbar. Bei den Mordmerkmalen gilt es genau zwischen den tat- und täterbezogenen zu differenzieren: Hinsichtlich der heimtückischen Begehungsweise des E bestand ein entsprechender Vorsatz des D, sodass insoweit Anstiftung zu einem (versuchten) Mord vorlag.

Hinsichtlich des täterbezogenen Mordmerkmals der Habgier des E ist stellt sich das klassische Problem, ob insoweit § 28 I StGB (BGH) oder § 28 II StGB (h.L.) bei der Strafbarkeit des Anstifters D zur Anwendung kommt.

Daneben ist zu diskutieren, ob D nicht seinerseits ein persönliches Merkmal, nämlich „sonstige niedrige Beweggründe“ verwirklicht hat. Dies kann – trotz der insoweit erforderlichen restriktiven Auslegung – angesichts des racheähnlichen Charakters angenommen werden. Auf dieser Basis muss dann entweder § 28 II StGB zweimal (einmal zu Gunsten, einmal zu Lasten des D, nach h.L.) angenommen werden oder bei § 28 I StGB das Problem der „gekreuzten Mordmerkmale“ (nach BGH) erörtert werden. Dabei besteht die besondere Schwierigkeit darin, die angesprochenen Probleme nicht nur zu erkennen, sondern auch im Aufbau richtig zu verorten.

**3. Tatkomplex:** Hier geht es im Schwerpunkt um die Strafbarkeit des A wegen versuchten Totschlags an seiner Zugehfrau. Als Mordmerkmal käme allenfalls Heimtücke in Betracht, ist aber mangels eines „bewussten Ausnutzens“ der Opfersituation zu verneinen. Vorsatz bezüglich eines gemeingefährlichen Mittels kommt mangels der konkreten Betroffenheit einer größeren Personengruppe nicht in Betracht. Hauptproblem ist schließlich, ob vorliegend ein Rücktritt gemäß § 24 I StGB zu bejahen ist. Denn bei der im Rahmen eines beendeten Versuches erforderlichen Verhinderung des Erfolgseintritts muss zwar nicht eine „optimale Bemühung“ erfolgen. Jedoch reicht es umgekehrt nicht aus, wenn der Täter dem Opfer „nur eine Chance gibt“, den Tod aber weiterhin billigend in Kauf nimmt. Angesichts der im Sachverhalt erwähnten Hoffnung des A, der Tod der Zugehfrau könne dadurch verhindert werden, sprechen die besseren Argumente dafür, im vorliegenden Sachverhalt von einer tauglichen Rücktrittshandlung auszugehen. Dabei schadet nach h.M. nicht, dass A zu diesem Zeitpunkt bereits „sichtlich benommen“ war. Folge ist, dass eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags ausscheidet.

**Zu Teil II:** Der hier vorliegende Sachverhalt ist eng angelehnt an **BGH 1 StR 701/08, Urteil vom 29.04.2009 = jurisbyhemmer**. Bei der Frage nach der Verwertbarkeit einer Aussage von K in der Hauptverhandlung kann sinnvollerweise zwischen unselbstständigen und selbstständigen Beweisverwertungsverboten („BVV“) differenziert werden. Ein unselbstständiges BVV setzt dabei einen Verfahrensfehler bei der konkreten Maßnahme voraus (sog. Beweiserhebungsverbot). Zu diskutieren ist insoweit, ob die Voraussetzungen einer heimlichen Maßnahme gemäß § 100f StPO erfüllt sind. Daneben kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Kernbereichsregelungen des § 100c StPO bzw. des § 100a StPO entsprechend auch für § 100f StPO heranzuziehen sind. Dies kann im Ergebnis jedenfalls offengelassen werden, da im vorliegenden Fall nicht der Kernbereich privater Lebensgestaltung aufgrund des Gesprächs über die begangene Straftat betroffen war. Ein Verstoß gegen § 100f StPO kann damit mit guten Gründen verneint werden. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine Täuschung im Sinne des § 136a StPO in Verbindung mit § 163a IV S. 2 StPO darin liegt, dass von den Polizeibeamten mitgeteilt wurde, E und seine Ehefrau wären ausnahmsweise allein und ungestört. Angesichts der insoweit üblichen engen Auslegung sprechen die besseren Argumente dafür, dies zu verneinen. Auf dieser Basis scheidet ein unselbstständiges BVV aus. Jedoch liegt in einer Gesamtschau der Umstände ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren (vgl. Art. 20 III GG i.V.m. Art. 2 I GG bzw. Art. 6 EMRK) vor, sodass ein (selbstständiges) BVV anzunehmen ist. Insoweit kam es vor allem darauf an, die Besonderheiten des Einzelfalles argumentativ aufzugreifen und sachgerecht zu bewerten.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Die maßgeblichen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme waren umfassend Gegenstand des **Hemmer-Hauptkurses** zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung. Aufbau und Subsumtion der betrugsspezifischen Probleme sind insoweit Gegenstand der **Fälle 11 bis 13 des Hauptkurses**. Der richtige Umgang mit § 28 StGB sowie das Sonderproblem, wie sich der unbeachtliche error in persona des Vordermannes auf den Anstifter als Hintermann auswirkt, ist Schwerpunkt unseres **Fall 3 des Hauptkurses**. Spezifische Probleme des Rücktritts sind Gegenstand des **Fall 2 des Hauptkurses**. Die Frage nach der Verwertbarkeit eines heimlich mitgehörten Gesprächs ist schließlich Thematik in **Fall 9 des Hauptkurses StPO** (sog. „Hörfalle“), sodass die insoweit ähnliche Fallgestaltung sehr hilfreich war für die Lösung des Kernproblems von Teil II. Insgesamt handelte es sich um eine außergewöhnlich umfangreiche Klausur. Auffällig war schließlich, dass wie schon häufiger vor allem Rechtsprechung von vor circa zwei Jahren (2009) als Vorlage für die Erstellung der Klausur benutzt wurde.

## **C) Öffentliches Recht:**

### **Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:**

- **absoluter Schwerpunkt im Verfassungsrecht**
- **wieder kein bzw. kaum Europarecht**

### **Klausur Nr. 5:**

**Problemstellung:** Die erste öffentlich-rechtliche Klausur hatte ihre Schwerpunkte ganz klar im Verfassungsrecht! Sie konfrontiert den Examenskandidaten mit einer Verfassungsbeschwerde und staatsorganisationsrechtlichen Problemen sowie Fragestellungen im Bereich der Grundrechte.

### **Sachverhalt:**

*Die Bundesregierung bringt einen Gesetzentwurf zur Einführung verpflichtender Sprachkurse mit Abschluss-tests für Einbürgerungsbewerber ein. Nach Gesetzesbeschluss durch den Bundestag ruft der Bundesrat den Vermittlungsausschuss an. Dieser schlägt – erstmals – vor, ohne dass dies im bisherigen Gesetzgebungsverfahren thematisiert worden wäre, das bisherige unter strengem Erlaubnisvorbehalt stehende Schächtverbot aufzuheben, um den Einbürgerungswilligen ein positives Signal zu geben, dass Integration keine „Einbahnstraße“ ist. Hierfür soll § 4a TierSchG entsprechend geändert werden. Um lokalen Konflikten vorzubeugen, soll jedoch die Landesregierung dazu ermächtigt werden, im Einzelfall durch Rechtsverordnung für Gemeinden bis zu 5000 Einwohnern ein Schächtverbot zu erlassen, wenn dies „nach den örtlichen ethischen Anschauungen für ein gedeihliches Miteinander (...) unerlässlich ist.“ Der Bundestag fasst daraufhin einen Beschluss nach Art. 77 II S. 5 GG, der Bundesrat stimmt zu. Das Gesetz wird ausgefertigt und verkündet.*

*In der bayerischen 4500-Seelen Gemeinde Kuhberg regt sich Widerstand gegen die Aufhebung des Schächtverbots, woraufhin die bayerische Landesregierung per Rechtsverordnung ein mit Bußgelddrohung bewehrtes Schächtverbot für Kuhberg erlässt. Hiergegen wendet sich der spanische Metzger M per Antrag nach § 47 VwGO zum BayVGh sowie nach Misserfolg per Revision zum BVerwG. Auch diese scheitert. M erhebt daraufhin Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, § 4a TierSchG sei erstens nicht bestimmt genug i.S.v. Art. 80 GG. Zweitens werde die Berufsfreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt. Ferner sei das Gesetz schon formell verfassungswidrig, da die Gesetzesinitiative vom Vermittlungsausschuss ausging.*

*In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde des M zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für § 4a TierSchG n.F. zusteht. Auf andere Vorschriften des TierSchG ist nicht einzugehen. Art. 3 GG und Art. 4 GG bleiben bei der Bearbeitung außer Betracht. Im Bearbeitervermerk ist abschließend der Begriff des Schächtens definiert und es findet sich ein Hinweis, dass nicht erwiesen ist, dass Schächten wirklich grausamer ist.*

### **Skizzierung der inhaltlichen Probleme:**

Im Rahmen der Zulässigkeit war zu beachten, dass sich die Verfassungsbeschwerde des M gegen die beiden Urteile der Vorinstanzen richtet. Es handelt sich also um eine Urteilsverfassungsbeschwerde mit sog. doppeltem Verfahrensgegenstand. Daher war auch die unmittelbare Betroffenheit des M unproblematisch, da er sich ja gerade gegen die Urteile und nicht gegen das Gesetz selbst wendet. Eine mögliche Verletzung eines Grundrechts kann im Hinblick auf Art. 2 I GG an dieser Stelle noch bejaht werden, ohne dass entschieden werden muss, ob sich der Beschwerdeführer als Spanier auch auf Art. 12 I GG berufen kann.

Im Rahmen der Subsidiarität war darauf einzugehen, dass M grds. die Möglichkeit gehabt hätte, gegen das Verbot zu verstoßen, einen Bußgeldbescheid abzuwarten und hiergegen Klage einzulegen. Dies war jedoch mit dem Hinweis darauf, dass dem Bürger ein solches Vorgehen nicht zumutbar ist (vgl. § 90 II S. 2 BVerfGG), abzulehnen.

Die Begründetheitsprüfung beginnt, wie bei Urteilsverfassungsbeschwerden üblich, mit der Frage nach dem Prüfungsmaßstab. Hier war festzustellen, dass nicht schon jeder einfache Gesetzesverstoß (vgl. die sog. „Elfes-Doktrin“) zu einer Grundrechtsverletzung führen kann. Andernfalls würde das BVerfG zu einer überlasteten Superrevisionsinstanz. Daher liegt eine Grundrechtsverletzung nur vor, wenn das Urteil auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, willkürlich ist oder der Richter bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Bedeutung der Grundrechte grundsätzlich verkannt oder nicht erkannt hat, dass Grundrechte einschlägig sind.

Ausgangspunkt der weiteren Prüfung ist die Bestimmung des möglicherweise verletzten Grundrechts des Beschwerdeführers. Hier war vor allem problematisch, dass M kein Deutscher, sondern Spanier und damit EU-Bürger war. Die Berufsfreiheit steht als sog. Deutschengrundrecht grundsätzlich nur Deutschen i.S.v. Art. 116 GG zu. Jedoch ist aufgrund des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV sowie der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV den EU-Ausländern ein gleicher Grundrechtsstandard wie den Deutschen zu garantieren. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass die Deutschengrundrechte als EU-Bürger-Grundrechte gelesen werden oder indem man Art. 2 I GG für EU-Ausländer wie das jeweils einschlägige Deutschengrundrecht liest.

Anschließend war festzustellen, dass die Urteile also dann verfassungswidrig sind, wenn entweder die Ermächtigungsgrundlage der Verordnung, also § 4a TierSchG n.F. selbst verfassungswidrig ist, oder wenn die Rechtsverordnung selbst verfassungswidrig erlassen worden ist. Verfassungsverstöße der Gerichte selbst sind nicht erkennbar. Im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit von § 4a TierSchG n.F. war als Problemschwerpunkt auf die Problematik der Grenzen der Vermittlungskompetenz des Vermittlungsausschusses einzugehen. Dieser darf und soll zwar umfassend die Kompromissbereitschaft von Bundestag und Bundesrat ausloten, darf jedoch selbst keine eigenen Gesetzesinitiativen starten. Vorliegend hatte der Vermittlungsausschuss einen „Änderungsvorschlag“ gemacht, der im bisherigen Gesetzgebungsverfahren noch nicht einmal diskutiert worden ist. Dies ist mit Art. 76 GG, der die Initiativberechtigten abschließend aufzählt, nicht vereinbar. Ferner wird hierdurch dem Bundesrat, auf dessen Anrufung hin der Vermittlungsausschuss tätig wird, eine so vom Verfassungsgeber nicht vorgesehene stärkere Stellung im Gesetzgebungsverfahren eingeräumt. Weiterhin berät der Vermittlungsausschuss unter Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 6 GO VermAussch). Ein wichtiger Teil des Gesetzgebungsverfahrens wäre also entgegen der Intention des Grundgesetzes der Kontrolle durch die Öffentlichkeit entzogen. § 4a TierSchG n.F. ist also schon deshalb formell verfassungswidrig.

Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage war zunächst ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 I S. 2 GG zu diskutieren. Die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „gedeihliches Miteinander“ und „unerlässlich“ waren zu problematisieren. Eingangs war darauf hinzuweisen, dass gerade im grundrechtssensiblen Bereich die Anforderungen an die Bestimmtheit höher sind als normal. Hier war im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen dem Bestimmtheitsgebot und der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative zugunsten des Gesetzgebers zu entscheiden. Denn „unerlässlich“ ist gerade als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus sich selbst heraus verständlich. Auch das „gedeihliche Miteinander“ lässt sich aus dem Kontext der Regelung, nämlich der Anwendbarkeit nur in kleinen Gemeinden sowie der vorgesehenen Einzelfallregelung, als ultima ratio verstehen. Herangezogen werden kann darüber hinaus noch die Entstehungsgeschichte der Norm. Aus der Intention, Konflikte aufgrund von vorherrschenden lokalen Moralvorstellungen zu vermeiden, lässt sich ersehen, dass „gedeihliches Miteinander“ eben gerade diese Art der Konfliktvermeidung meint. Ferner sollten die Anforderungen an die Bestimmtheit im Rahmen abstrakt-genereller Regelungen allgemein nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen Art. 19 I S. 2 GG (Zitiergebot) lag trotz offensichtlicher Nichtzitiergen nicht vor, da Art. 19 I S. 2 GG aufgrund des Wortlauts des Art. 12 I S. 2 GG („Regelungsauftrag“) auf die Berufsfreiheit keine Anwendung findet.

Ferner war natürlich auf die Drei-Stufen-Lehre des BVerfG einzugehen, als besonderer Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Bei der hier vorliegenden Berufsausübungsregel war eine normale Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, in deren Rahmen eine Abwägung zwischen Art. 12 I GG auf der einen Seite sowie der Sicherung eines friedlichen Miteinanders als legitimer Zweck auf der anderen Seite stattzufinden hatte. Dabei kann der legitime Zweck evtl. noch durch Art. 20a GG „verstärkt“ werden, wobei der Gesetzgeber sich grundsätzlich dazu entschieden hat, den Tierschutz zugunsten der Besserstellung der Immigranten und deren Kultur zurückzustellen, sodass der Tierschutz nicht von besonderem Gewicht sein sollte.

Im Ergebnis war wohl aufgrund des Ausnahmecharakters der Einzelfallregelung eine Verhältnismäßigkeit hier noch zu bejahen, da das Verbot nur im Einzelfall und erst durch Rechtsverordnung tatsächlich wirksam wird. Einem Bedenken im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit kann dabei beim Erlass der Verordnung Rechnung getragen werden.

Im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung war vor allem auf die Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Art. 12 I GG einzugehen. Hier kann die Abwägung schließlich zugunsten des M ausfallen. Denn die Grundrechte sollen als Minderheitenrechte gerade die Freiheit des Einzelnen gegenüber der Mehrheit sicherstellen. So kann es im Ergebnis nicht sein, dass bloß aufgrund abweichender Sittlichkeitsvorstellungen einer (Dorf-)Mehrheit die Berufsfreiheit eingeschränkt wird.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Die Prüfung einer Verfassungsbeschwerde ist der absolute Schwerpunkt unseres Verfassungsrechtskurses (**Fälle 2 – 5, Verfassungsrecht**). In den Vertiefungsfragen zum Verfassungsrecht ist dabei ausdrücklich die Frage erörtert, ob sich auch ein EU-Bürger auf die Deutschen-Grundrechte berufen kann. In **Fall 2, Verfassungsrecht** werden die Prüfung des Art. 12 GG und die Drei-Stufen-Theorie genauer dargestellt. Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist zudem regelmäßig Gegenstand von Entscheidungsbesprechungen in der **Life & Law**. Die Originalentscheidung des BVerfG, die der Problematik der Initiative durch den Vermittlungsausschuss zugrunde lag, war natürlich auch in der Life&Law besprochen worden (**Life&Law 2008, Heft 8**). Mit diesem Hintergrundwissen und v.a. mit der Fähigkeit, auch unbekannte Probleme argumentativ zu lösen, war der Fall für jeden Examenskandidaten machbar. Genau diese Fähigkeit zu vermitteln, ist der Schwerpunkt unseres Hauptkurses! Die typische Examensklausur ist nicht der bekannte Fall, in dem auswendig Gelerntes nur wiederzugeben ist, sondern der abgewandelte und insoweit unbekannte Fall, in dem der Bearbeiter die eigene Fähigkeit zum juristischen Arbeiten unter Beweis stellen muss!

## Klausur Nr. 6:

**Problemstellung:** In Aufgabe Nr. 6 waren im Rahmen eines Antrags nach § 47 VwGO zahlreiche kommunalrechtliche Probleme zu bearbeiten, sowie erneut auf die Berufsfreiheit einzugehen.

### Sachverhalt:

*In der bayerischen Gemeinde Hohenthann beschließt der Gemeinderat am 11.02.2010 eine Änderung der Friedhofssatzung. Danach dürfen ab sofort keine Grabsteine mehr verwendet werden, die aus Produktion mittels Kinderarbeit stammen. Es ist jeweils vom Grabnutzungsberechtigten bzw. bei Beauftragung eines Steinmetzes vom Steinmetz ein entsprechender Nachweis zu erbringen.*

*Zu Beginn der Gemeinderatssitzung stellt sich heraus, dass einige Formalien nicht eingehalten wurden. Zeit und Ort der Sitzung wurden nicht ortsüblich bekannt gemacht. Ferner ist das Gemeinderatsmitglied A nicht ordnungsgemäß geladen worden. A teilt jedoch mit, das sei ihr gleichgültig. Weiterhin sind fünf Gemeinderatsmitglieder der Fraktion der A nicht erschienen. Der Bürgermeister eröffnet die Sitzung mit einem, zutreffenden, Referat über Kinderarbeit. So stammt der Großteil der Natursteine in Deutschland aus Indien, in dem nachweislich Kinder in Steinbrüchen arbeiten. Auch in anderen außereuropäischen Ländern sei Kinderarbeit nicht auszuschließen. Ferner sei Deutschland Mitglied in der ILO, einer internationalen Arbeitsschutzorganisation, die ihre Mitglieder unter anderem zum Kampf gegen Kinderarbeit verpflichtet. Das ILO-Übereinkommen war durch Zustimmungsgesetz in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.*

*In der Diskussion über die Satzung störte Gemeinderatsmitglied P wiederholt und andauernd die Sitzung durch das Rufen lauter Slogans gegen Kinderarbeit. Daraufhin schloss ihn der Bürgermeister ohne Zustimmung des Gemeinderates von der Sitzung aus. P verließ daraufhin den Saal. Bei der anschließenden Abstimmung stimmten alle anwesenden Gemeinderatsmitglieder für die Satzung, außer A, die sich enthielt.*

*Die Satzung wurde am 12.02.2010 bekannt gemacht und erst am 15.02.2010 vom Bürgermeister ausgefertigt. Wegen formeller Bedenken wurde die Satzung anschließend am 18.02.2010 erneut bekannt gemacht.*

*Am 14.02.2011 stellt der ortsansässige Steinmetz G vertreten durch RA R, der mit Gemeinderatsmitglied A eine Sozietät in Hohenthann betreibt, einen Antrag beim BayVGH, die Satzung für unwirksam zu erklären. Die Satzung schränke ihn unverhältnismäßig in seiner Berufsausübung ein, da er bis zu 80 % seiner Steine aus China, Indien und Afrika beziehe. Sein Kundenkreis komme im Wesentlichen aus Hohenthann. Ein Nachweis der Kinderarbeitsfreiheit sei ihm unzumutbar. Ferner fehle der Satzung die Rechtsgrundlage. In der Antragsrüge der Gemeinde macht diese geltend, G sei gar nicht antragsbefugt, da sich die Satzung lediglich an die Grabnutzungsberechtigten wende. Eine Rechtsgrundlage ließe sich aus dem Grundsatz der Bundestreue herleiten. Auch sei die Regelung nicht unverhältnismäßig, da G alle Steine verwenden könne außer solchen, die aus Kinderarbeit stammen.*

*In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu erörtern, ob der Antrag von G Erfolg haben wird. Auf Art. 8 I des BestG – Z/T Nr. 99 – wird hingewiesen. Auf weitere Vorschriften des BestG ist nicht einzugehen.*

### **Skizzierung der inhaltlichen Probleme:**

In der Zulässigkeit war zunächst zu erkennen, dass es sich bei dem von G gestellten Antrag um eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO handelt. Problematisch an diesem Antrag war zunächst die Einhaltung der Klagefrist des § 47 II S. 1 VwGO. Der Fristbeginn richtet sich nach der (wirksamen) Bekanntmachung. Hier war zu problematisieren, ob die Bekanntmachung am 12.02.2010 evtl. wegen der erst danach erfolgten Ausfertigung unwirksam war, mit der Folge, dass die Frist erst mit der Bekanntmachung am 18.02.2010 (diesmal nach Ausfertigung) zu laufen begann. Aus dem Wortlaut des Art. 26 II S. 1 HS 1 GO ergibt sich, dass die Ausfertigung vor der Bekanntmachung erfolgen muss. Hierfür spricht auch, dass der Zweck der Bekanntmachung die Information der Öffentlichkeit über eine neue wirksame Norm ist. Dieser Zweck kann jedoch nicht erfüllt werden, wenn die Norm noch nicht ausgefertigt ist, d.h. nicht feststeht, ob sie ordnungsgemäß zu Stande kam. Anzudiskutieren war auch (mit den gleichen Argumenten abzulehnen), ob durch die Ausfertigung am 15.02.2010 eine Heilung erfolgte. Im Ergebnis konnte dieses Problem offen gelassen werden. Denn selbst bei einem Fristbeginn am 13.02.2010 (Ereignistag wird nicht mitgerechnet, § 57 II VwGO, § 222 ZPO, § 187 I BGB) wäre die Frist gem. § 188 II BGB am 12.02.2011 abgelaufen. Dies ist jedoch ein Samstag, sodass gem. § 193 BGB die Frist erst am Montag dem 14.02.2011 um 24 Uhr abließ, sodass die Antragseinreichung am 14.02.2011 fristwährend war.

Im Rahmen der Antragsbefugnis war klarzustellen, dass G in seiner Berufsfreiheit betroffen sein könnte, da die Regelung zwar nicht gezielt die Berufsausübung regelt, jedoch objektiv erhebliche Auswirkungen auf den Beruf des Steinmetzes hat (sog. objektiv berufsregelnde Tendenz).

Auch die Bestimmtheit der Antragschrift gem. § 82 I S. 1 VwGO war zu bejahen, da aus den beigelegten Amtsblattkopien ersichtlich war, dass G sich gegen die Satzung wenden wollte, egal wann sie wirksam bekannt gegeben war. Der Fehler des Bürgermeisters kann zumindest nicht dem G angelastet werden.

G ist bei der Antragstellung anwaltlich vertreten, § 67 IV VwGO. Ein möglicher Interessenskonflikt des RA R wegen der Sozietät mit A führt nicht zu einem Verstoß gegen Art. 50 GO, da dieser ausdrücklich nur die Vertretung durch Gemeinderatsmitglieder selbst regelt. Aus diesem Grund spielt es auch keine Rolle, ob sich eine Verletzung des Art. 50 GO auf die Antragstellung auswirkt.

Im Rahmen der Begründetheit war zunächst eine Rechtsgrundlage für die Satzung zu suchen. Eine solche kann nicht im ILO-Abkommen selbst gesehen werden, da hierdurch nur die Mitgliedstaaten einander verpflichtet werden. Gleiches gilt für das Zustimmungsgesetz, da dieses keine Ermächtigungsgrundlage enthält. Auch eine zu diskutierende Ermächtigung aus dem Grundsatz der Bundestreue war abzulehnen. Denn dieses Prinzip besagt lediglich, dass sich die Länder und Kommunen gegenüber dem Bund loyal verhalten sollten. Es kann jedoch nicht die Rechtsbeziehungen zwischen Kommune und Bürger regeln. Die Rechtsgrundlage war vielmehr in Art. 24 I Nr. 1 GO zu sehen. Der Friedhof ist gem. Art. 8 I BestG eine öffentliche Einrichtung.

In der formellen Rechtmäßigkeit des Satzungsbeschlusses lag der Schwerpunkt der Klausur. Hier waren folgende kommunalrechtliche Problemstellungen zu bearbeiten:

Zunächst lag aufgrund der fehlenden Bekanntmachung von Zeit und Ort der Sitzung ein Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzip des Art. 52 GO vor. Hier war dann in der Fehlerfolge die Frage aufzuwerfen, ob dies nur eine Ordnungsvorschrift ohne Einfluss auf die Wirksamkeit des Beschlusses ist. Dies ist zu verneinen, da die Verwaltungstransparenz Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist. (a.A. vertretbar).

Die mangelnde Ladung der A – an sich ein Verstoß gegen Art. 47 II GO - war durch die Zustimmung der A zur Sitzung und zum Beschluss geheilt.

Der Verstoß gegen die Anwesenheitspflicht des Art. 48 I GO durch die fünf Fraktionsmitglieder der A hat nicht die Unwirksamkeit des Satzungsbeschlusses zur Folge. Andernfalls hätte jedes Mitglied die Möglichkeit, durch bloßes Nichterscheinen eine Art „Veto“-Recht auszuüben.

Der Ausschluss des P war hingegen mangels Zustimmung des Gemeinderates ein Verstoß gegen Art. 53 I S. 3 GO. Die Rechtsfolge ist hier nicht in einer analogen Anwendung des Art. 49 IV GO zu suchen. Denn der unberechtigte Ausschluss verletzt P in seinem Teilnahmerecht aus Art. 48 I GO, sodass es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt.

Die Stimmenthaltung der A verstößt zwar gegen Art. 48 I S. 2 GO, jedoch ist mit den gleichen Argumenten wie bei der Abwesenheit der fünf anderen Mitglieder eine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Beschlusses zu verneinen.

Die Teilnahme der A an der Beratung könnte wegen der gemeinsamen Sozietät mit R, der später den Antragsteller G vertritt, wegen Art. 49 I GO unzulässig sein. Jedoch ist die Unmittelbarkeit des Vorteils zu verneinen. Es handelt sich lediglich um ein Gruppeninteresse, das zudem auch noch sehr hypothetisch ist.

Die Ausfertigungs- und Bekanntmachungsproblematik war bereits oben angesprochen. Hier war festzustellen, dass erst die Bekanntmachung am 18.02.2010 die Satzung wirksam werden ließ.

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit war die Bestimmtheit der Satzung in Frage zu stellen, im Ergebnis aber zu bejahen.

Abschließend hatte noch die Prüfung des Art. 12 I GG zu erfolgen. Hier war im Rahmen der Drei-Stufen-Lehre festzustellen, dass es sich um eine Berufsausübungsregel handelt und anschließend eine Abwägung zwischen dem legitimen Zweck der Satzung, die Kinderarbeit zu bekämpfen, und dem Interesse des G, nicht mit unzumutbaren Nachforschungen belastet zu werden, vorzunehmen. Das Ergebnis dieser Abwägung ist offen und ist mit guter Begründung in beide Richtungen denkbar.

Im Ergebnis war die Satzung somit jedenfalls formell rechtswidrig und damit vom BayVGH gem. § 47 V S. 2 VwGO für ungültig zu erklären. Auf eine subjektive Rechtsverletzung des G kommt es gerade nicht an.

**hemmer-Trainingsplan-Info:** Die Erfolgsaussichten eines abstrakten Normenkontrollantrags behandeln **Fall 10, Baurecht** und **Fall 2, Staatshaftungsrecht**. Die Satzungshoheit der Gemeinde gerade im Hinblick auf ihre öffentlichen Einrichtungen ist Gegenstand von **Fall 7, Kommunalrecht**. 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**. Zur Berufsfreiheit gilt das zu oben Klausur 5 Gesagte. Als Fazit gilt: Eine längere, inhaltlich aber gut machbare Klausur. Als Hemmer-Kursteilnehmer waren Sie auch auf diesen Examenstermin bestens vorbereitet!