

Life&Law kompakt

Examensreport Bayern, Termin 2008-I

Hinweis: Diese Zusammenstellung soll *nicht* als Sammlung von Musterlösungen angesehen werden. Solche sehen bei Hemmer ganz anders aus! Diese Übersicht soll Sie zur besseren Orientierung in Ihrer Examensvorbereitung darüber informieren, welche *Themen* im Examen gestellt wurden und welche *Trends* und *Schwerpunkte* daraus erkennbar sind.

A) Zivilrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- „Endlich“ § 476 BGB
- Mietrecht
- Reine Arbeitsrechtsklausur
- Kaum Zivilprozessrecht

Klausur Nr. 1:

Problemstellung: Der Termin beginnt mit einer Klausur zum kaufrechtlichen Mängelrecht. Endlich wurde § 476 BGB geprüft – allerdings in einer Standardvariante.

Sachverhalt: Händler V verkauft über eine ebay-Auktion einen gebrauchten Pkw mit einzigartiger Ausstattung (Unikat) für 10.000,- € an Rentner K. In den AGB des V wurde die Gewährleistung ausgeschlossen. Außerdem wurden Eigentumsvorbehalt und - auf Wunsch - eine Lieferung zu K vereinbart.

K verlangt Lieferung zu sich nach München. V übergibt den Pkw am 05.02. in Hamburg der Bahn zum Transport. Der Pkw trifft am 12.02. bei K ein.

Am 06.08. wird K der Pkw gestohlen, da er den Schlüssel im unversperrten Auto hatte stecken lassen. Am 09.08. wird der Pkw völlig zerstört aufgefunden. Bei einer Untersuchung am 10.08. stellt sich heraus, dass das Fahrgestell des Pkw erheblich beschädigt war. Wann dieser dem V nicht bekannte Schaden eingetreten ist, lässt sich nicht mehr feststellen. Mit dieser Beschädigung hatte das Auto einen Wert von 5.400,- €, ohne die Beschädigung einen Wert von 9.000,- €.

Fragen:

1.

- a) Kann sich K vom Vertrag lösen und Rückzahlung des gesamten Kaufpreises verlangen?
- b) Unterstellt der Mangel lag bei Verkauf vor: Schuldet dann K bei Loslösung vom Vertrag Wertersatz und - wenn ja – in welcher Höhe?

2. Was ändert sich bei Frage 1, wenn V die Beschädigung des Fahrgestells beim Verkauf bekannt war? Auf Schadensersatzansprüche sollte nicht eingegangen werden.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1:

a) Als Rückzahlungsanspruch kommt § 346 I BGB in Betracht. Zu dieser Anspruchsgrundlage käme man aufgrund eines Rücktritts wegen eines Mangels bzw. durch einen Widerruf gem. § 312d I BGB.

aa) Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 BGB

Der Unfallvorschaden ist grds. ein Mangel (§ 434 I S. 2 Nr. 2 BGB). Fraglich war, ob der Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Diesen Beweis hat K nicht erbracht. Hier greift aber die Vermutung des § 476 BGB ein, da ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB vorlag. Danach wird in zeitlicher Hinsicht vermutet, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag, wenn sich ein solcher innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang zeigt. Gezeigt hat sich der Mangel am 10.08., zum Transport gegeben wurde der Pkw am 05.02. und an K übergeben wurde der Pkw am 12.02. An dieser Stelle musste geprüft werden, ob wegen des von K gewünschten Transports zu ihm die Gefahr gem. § 447 I BGB bereits am 05.02. auf ihn überging. Dies würde eine Schickschuld voraussetzen.

Nach einer Abgrenzung zur Bringschuld konnte die genaue Einordnung im Ergebnis dahinstehen, da ein Gefahrübergang nach § 447 I BGB beim Verbrauchsgüterkauf ohnehin nicht in Betracht kommt, § 474 II BGB. Daher kam es – unabhängig davon, ob man eine Schick- oder Bringschuld annahm – auf die Übergabe an K an. Die sechs-Monats-Frist begann daher am 12.02. und war am 10.08. noch nicht abgelaufen. Da die Vermutung des § 476 BGB auch auf gebrauchte Sachen und auch bei Mängel anwendbar ist, die auftreten können (Ford-Fiesta-Ambiente-Fall; **BGH, Life & Law 2006, 6 ff.**) sowie bessere Erkenntnismöglichkeiten des Verkäufers nicht vorgelegen haben müssen, wird die Mangelhaftigkeit des Pkw zur Zeit des Gefahrübergangs vermutet.

Der Unfallvorschaden kann aufgrund des merkantilen Minderwerts nicht durch Nachbesserung behoben werden. Da der verkaufte Pkw ein Unikat war, scheidet trotz der auch bei Stückschulden grds. möglichen Nachlieferung jedenfalls im vorliegenden Fall die Nachlieferung aus, § 275 I BGB. Daher waren beide Arten der Nacherfüllung unmöglich (unbehebbarer Mangel), sodass eine Fristsetzung gem. § 326 VHS 2 BGB entbehrlich war.

Der komplette Ausschluss der Haftung für Sachmängel in den AGB des V war gem. § 475 I BGB nicht möglich und im Übrigen auch wegen der „Nichtausklammerung“ der Schadensersatzansprüche gem. § 309 Nr. 7 BGB unwirksam.

Seit dem 01.01.2002 ist das Rücktrittsrecht auch nicht mehr ausgeschlossen, wenn die Rückgabe unmöglich ist. Die Unmöglichkeit der Rückgabe führt allenfalls zu Ansprüchen auf Wertersatz (vgl. Frage 1b). Das Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V BGB bestand daher.

bb) Widerruf nach § 312d I BGB

Nach § 312d I BGB steht dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Da eine ebay-Auktion nach h.M. keine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB darstellt, ist das Widerrufsrecht auch nicht nach § 312d IV Nr. 5 BGB ausgeschlossen. Da ein Auto auch verschickt werden kann (mit der Bahn zum Beispiel wie der Sachverhalt beweist), ist der Widerruf auch nicht nach § 312d IV Nr. 1 BGB ausgeschlossen. Auch der Umstand, dass es sich um ein Fahrzeug mit einzigartiger Sonderausstattung (Unikat) handelte, schließt das Widerrufsrecht nicht nach § 312d IV Nr. 1 BGB aus, da das Auto nicht extra für K so angefertigt wurde.

Da der Sachverhalt auch keine Hinweise dafür enthält, dass K über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, lief die zwei-Wochen-Frist des § 355 I BGB nicht an. Mangels Belehrung greift auch nicht die sechs-Monats-Frist des § 355 III S. 1 BGB ein; abweichend von § 355 III S. 1 BGB erlischt das Widerrufsrecht nämlich nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, § 355 III S. 3 BGB.

b) Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB wegen Anfechtung, § 142 I BGB

Eine Anfechtung wegen Irrtums über die Mangelfreiheit als verkehrswesentliche Eigenschaft des Pkw scheidet aufgrund der Subsidiarität des § 119 II BGB gegenüber dem Mängelrecht aus.

b): Zu prüfen waren hier Wertersatzansprüche des V gegen K.

Ein Wertersatzanspruch wegen der Zerstörung folgt grds. aus § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB. Die Höhe des Wertersatzanspruchs bestimmt sich nach § 346 II S. 2 BGB und orientiert sich an der Höhe der Gegenleistung. Dem Wortlaut nach ist die Gegenleistung aber nur „zugrunde zu legen“. Nach h.M. ist bei der Bemessung des Wertersatzes § 441 III BGB entsprechend anzuwenden, um der Mangelhaftigkeit des Gegenstandes Rechnung tragen zu können. Denn durch die Mangelhaftigkeit wird gerade die äquivalente Gegenleistung geschmälert. Die vereinbarte Gegenleistung betrug 10.000,- €, der Wert mangelfrei 9.000,- € und der Wert mangelhaft lag bei 5.400,- €. Da der Wagen im mangelhaften Zustand um $\frac{3}{5}$ weniger wert war als im mangelhaften Zustand, beträgt die Minderung $\frac{2}{5}$. Um diese 40 % ist nun die Gegenleistung in Höhe von 10.000,- € zu kürzen, sodass der Wertersatz gem. § 346 II S. 2 BGB bei 6.000,- € liegt.

Der Anspruch auf Wertersatz könnte gem. § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen sein, wenn K die eigenübliche Sorgfalt verwandt hätte, § 277 BGB. Da aber das sichtbare Steckenlassen des Schlüssels im unverschlossenen Pkw den Diebstahl und damit die Zerstörung grob fahrlässig ermöglicht hat, greift das Haftungsprivileg nicht ein.

Die Rechtsfolgen sind bei Widerruf und Rücktritt identisch. Zwar enthält § 357 BGB gewisse Modifikationen des § 346 BGB, jedoch wirken sich diese im konkreten Fall nicht aus. Der Rechtsanwalt wird K also entweder zum Widerruf und/oder zum Rücktritt raten.

Frage 2: Wenn V die Mangelhaftigkeit des Pkw bei Vertragsschluss positiv bekannt war, könnte K wegen arglistiger Täuschung anfechten, § 123 I Alt. 1 BGB.

Dies führt zur Anwendung des § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB (nach a.A. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB). Eine Wertersatzpflicht des K gem. § 818 II BGB könnte ausscheiden wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Entreicherung, § 818 III BGB.

Zu diskutieren war, ob diese Entreicherung im Wege der Saldotheorie vom eigenen Bereicherungsanspruch abzuziehen war. Die Saldotheorie soll aber nach Ansicht des BGH nicht zugunsten arglistig Täuschender angewendet werden.

Nach der modifizierten Zweikonditionenlehre bzw. der Lehre von der Gegenleistungskondition soll dagegen bei der Rückabwicklung die Wertung des § 346 III BGB berücksichtigt werden. Wenn K nach Rücktrittsfolgenrecht für eine Beschädigung haftet, so muss dies auch im Bereicherungsrecht Berücksichtigung finden. Wie Sie sich hier entscheiden, war für die Bewertung nicht entscheidend.

hemmer-Trainingsplan-Info: Sämtliche Probleme waren Gegenstand des Hauptkurses. Die *Nachlieferung bei der Stückschuld* ist ausführlich in **Fall 20, Schuldrecht-AT** besprochen. Die entsprechende Entscheidung des BGH ist in **Life & Law 2006, Heft 11, 725 ff.** (LNR 2006, 19403) examentypisch aufbereitet. Die *Beweislastumkehr des § 476 BGB* wurde ausführlich in **Fall 4a Schuldrecht-BT** und mehrfach in der **Life & Law** behandelt. Das *Widerrufsrecht des Verbrauchers* wird in **Fall 20 BGB-AT** besprochen. Auf die Widerruflichkeit bei ebay-Auktionen wird in **Fall 1, BGB-AT** hingewiesen und auf die Besprechung von **BGH Life & Law 2005, 93 ff.** hingewiesen. Unsere Kursteilnehmer können als **Mitglieder des Hemmer-Clubs** auf das **Archiv der Life & Law kostenlos** zugreifen und die entsprechenden Entscheidungen downloaden. Die *Abgrenzung Schickschuld* ↔ *Bringschuld* und der Gefahrübergang nach § 447 BGB sind Gegenstand von **Fall 4, Schuldrecht-AT**. Die *Abgrenzung* zwischen *Saldotheorie* und *modifizierter Zweikonditionenlehre* bei Arglist des Verkäufers ist identisch in **Fall 10 Bereicherungsrecht** behandelt. Alle Problemfelder waren auch Gegenstand des Crashkurses, der kurz vor dem Examen u.a. in Würzburg und München stattfand.

Klausur Nr. 2:

Problemstellung: Im **Teil I** ging es um die Wirksamkeit der Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses. **Teil II** enthielt einen kleinen prozessualen Teil.

Sachverhalt zu Teil I: *M ist seit 1978 Mieter einer Zwei-Zimmer-Wohnung in München-Schwabing. Das Wohnhaus wurde vom Vermieter E im Jahr 2004 an den in Garmisch-Partenkirchen wohnhaften V veräußert. Infolge von Arbeiten am Grundstück fiel ab 10.01.2006 die Fernwärmeversorgung aus, was M dem V sofort anzeigte. Aufgrund eingefrorener Leitungen mussten in der Wohnung des M im Februar Bauarbeiten durchgeführt werden, sodass M bei Bekannten wohnte. Im Januar kürzte M die Miete um $\frac{2}{3}$, im Februar zu 100 %, sodass V am 06.03. außerordentlich kündigte, allerdings vergaß, die Kündigung zu unterschreiben. M meint, er schulde nichts, zahlte aber vorsorglich am 09.03. den gesamten Betrag nach. Die beiden Kinder von V wollen von Garmisch nach München ziehen, da sie dort studieren. V beauftragt seinen Sohn S, die Sache in die Hand zu nehmen. S kündigte daher für V dem M wegen Eigenbedarfs zum nächsten zulässigen Zeitpunkt. M weist die Kündigung zurück, da er nicht wisse, was Eigenbedarf sei und S zu diesem Schreiben gar nicht berechtigt sei. V kündigte daher nochmals am 19.01. zum 31.10.2007, begründete die Kündigung und wies M auf sein Sozialwiderrspruchsrecht hin. M beruft sich am 15.10. auf Unzumutbarkeit und die Wohnungsknappheit in München Schwabing.*

Fragen zu Teil I:

1. Kann V von M die Herausgabe der Wohnung verlangen?
2. V verklagt M beim AG Garmisch-Partenkirchen auf Herausgabe. In der mündlichen Verhandlung lässt sich M zur Sache ein, beantragt aber Abweisung der Klage. Wie wird das Gericht entscheiden?

Sachverhalt zu Teil II: *Im Erdgeschoss des Hauses hat V einen Laden an Elektrohändler E vermietet. E ist seit zehn Monaten mit der Miete im Rückstand. Am 04.09.2007 erfährt V, dass die R-Bank bereits aufgrund eines Titels über 50.000,- € den gesamten Warenbestand (Wert: 10.000,- €) des E im Ladenlokal gepfändet hat und vom Gerichtsvollzieher (GV) abholen ließ. Auch ein Sparbuch (Guthaben: 5.000,- €) wurde vom GV gepfändet und mitgenommen.*

Frage zu Teil II: *V fragt Rechtsanwalt R, was er tun könne, um noch an sein Geld zu kommen.*

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Teil I:

1. Als Herausgabeansprüche kamen § 546 I BGB sowie § 985 BGB in Betracht. Voraussetzung war in beiden Fällen die wirksame Beendigung des Mietverhältnisses, in welches V gem. § 566 I BGB durch den Eigentumserwerb im Jahre 2004 kraft Gesetzes eingetreten ist. Wenn man zu Unrecht einen erheblichen Zahlungsrückstand i.S.d. § 543 II S. 1 Nr. 3a BGB angenommen hat, so war die *außerordentliche Kündigung* zwar nicht nach § 543 II S. 2 BGB ausgeschlossen, aber jedenfalls nach § 569 III Nr. 2 BGB.

Richtigerweise war die Miete aber aufgrund des erheblichen Mangels gem. § 536 BGB kraft Gesetzes gemindert, sodass gar kein Zahlungsrückstand bestand und damit auch kein außerordentlicher Kündigungsgrund vorlag. Eine Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung war also nicht möglich.

Die *ordentliche Eigenbedarfskündigung des Sohnes S* gem. § 573 II Nr. 2 BGB war zunächst aus mehreren Gründen unwirksam. Die Kündigung zum nächsten zulässigen Zeitpunkt ist zwar bestimmt genug (str.), allerdings wurde die Kündigung mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde zu Recht nach § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen. Außerdem enthielt die Kündigung nicht die nötigen Hinweise i.S.d. § 573 III BGB, da der Eigenbedarf durch Tatsachen darzulegen ist (Palandt, § 573 BGB, Rn. 48). Der fehlende Hinweis auf das Recht zum Sozialwiderspruch (§ 574 BGB) hat die Kündigung aber nicht unwirksam gemacht (vgl. Umkehrschluss zu § 574b II S. 2 BGB). Auf die Frage, ob die Unbestimmtheit des Beendigungstermins die Kündigung unwirksam macht, kam es daher nicht an.

Die erneute *ordentliche Kündigung des V* vom 19.01. zum 31.10. war wegen der neunmonatigen ordentlichen Kündigungsfrist in zeitlicher Hinsicht in Ordnung, vgl. § 573c I S. 2 BGB. Die Kündigung war in formaler Hinsicht korrekt. V konnte trotz des Widerspruchs des M am 15.10. die Fortsetzung des Mietverhältnisses ablehnen, weil M den Widerspruch nicht spätestens zwei Monate vor der Beendigung des Mietverhältnisses erklärt hat, vgl. § 574b II S. 1 BGB.

2.

Im prozessualen Teil war zunächst zu erkennen, dass wegen des ausschließlichen Gerichtsstandes des § 29a I ZPO das AG Garmisch-Partenkirchen örtlich unzuständig war. Zu diskutieren war eine Zuständigkeit infolge rügeloser Verhandlung des M. Da das AG laut Sachverhalt entsprechende Hinweise gegeben hat, stehen §§ 39 S. 2, 504 ZPO nicht entgegen. Allerdings kann bei ausschließlicher Zuständigkeit wegen § 40 II S. 2 BGB die Zuständigkeit nicht durch rügeloses Verhandeln gem. § 39 ZPO begründet werden. Wegen Unzuständigkeit des Gerichts und mangels Verweisungsantrages des V (§ 281 ZPO) war die Klage daher abzuweisen, da die Klage unzulässig war und das Gericht die nach § 139 ZPO erforderlichen Hinweise zuvor erteilt hatte.

Teil II:

In diesem (kleinen) Zwangsvollstreckungsteil mussten Sie das Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB) als besitzloses Pfandrecht erkennen. Zwar scheidet eine Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO aus (vgl. § 805 I HS 1 ZPO). Allerdings gibt es die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 I HS 2 ZPO. Der Warenbestand des E war pfändbar (§ 811 ZPO), sodass sich das Vermieterpfandrecht hierauf erstreckt (§ 562 I S. 2 BGB). Das Sparbuch als Legitimationspapier (§ 808 BGB) ist hingegen keine vom Gerichtsvollzieher pfändbare Sache. Gepfändet werden müsste vielmehr das Sparguthaben als Forderung durch Pfändungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts (§ 829 ZPO), wobei das Sparbuch nach Überweisung der Forderung gem. § 836 III ZPO herausgegeben werden muss. Der Gerichtsvollzieher war daher unzuständig, die Pfändung folglich nichtig bzw. jedenfalls unrechtmäßig. Eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 I ZPO wäre aber nicht zulässig, da V nicht „dritterinnerungsbefugt“ ist. Das Vermieterpfandrecht erstreckt sich nämlich nur auf Sachen, worunter das Legitimationspapier Sparbuch nach allgemeiner Meinung nicht fällt (Palandt, § 562 BGB, Rn. 7).

hemmer-Trainingsplan-Info: Das *Vermieterpfandrecht* ist Gegenstand von **Fall 10, Schuldrecht-BT**. Die vollstreckungsrechtliche Geltendmachung des Vermieterpfandrechts wird in **Fall 3, ZPO II** behandelt. Die Zuständigkeitsfragen werden im Hauptkurs **ZPO I** in den **Fällen 2 und 8** besprochen. Die mietrechtlichen Fragen zur Eigenbedarfskündigung waren allein anhand des Gesetzestextes lösbar. In der **Life & Law** wird im Schnitt in mindestens in jeder zweiten Ausgabe eine Entscheidung zum Mietrecht veröffentlicht. Genau das unterscheidet unsere Zeitschrift von den anderen, die sich als ausbildungsrelevant bezeichnen.

Klausur Nr. 3:

Problemstellung: Eine reine Arbeitsrechtsklausur. Im **Teil I** ging es um die Berechnung der ordentlichen Kündigungsfrist und um die Wirksamkeit einer Befristung. Im **Teil II** sollten die Erfolgsaussichten einer Kündigungsschutzklage gegen eine außerordentliche Verdachtskündigung geprüft werden.

Sachverhalt Teil I: Arbeitgeber E (40 AN) kündigt dem 27-jährigen A, der seit 5 ½ Jahren beschäftigt ist, mit Schreiben vom 12.02.2007 – zugegangen am 13.02. – mit Wirkung zum 15.03.2007. A wehrt sich gegen die Kündigung nicht und arbeitet bis 15.03.2007 weiter.

Als Ersatz wird B am 01.04.2007 eingestellt, befristet auf acht Monate, um beurteilen zu können, ob B geeignet ist. Dieser mündliche Arbeitsvertrag wird erst am 20.04. schriftlich fixiert und unterschrieben, wobei auch hier die Befristung bis Ende November enthalten ist.

Fragen:

1. Steht A der Anspruch auf das Arbeitsentgelt noch bis zum 30.04.2007 zu?
2. Besteht zwischen E und B ein unbefristeter Arbeitsvertrag?

Sachverhalt Teil II: In einer Filiale des E wird ein Warenfehlbestand (Schaden 10.000,- €) festgestellt. Der Verdacht fällt auf den seit zwei Jahren beschäftigten Filialleiter F, der allein die Warenanlieferung überwacht. Ein Verlust vor der Anlieferung wird von den jeweiligen Transportunternehmen bestritten.

E engagiert daher ein Detektivbüro. Dieses stellt am 04.01.2008 fest, dass drei Personen (darunter auch F) für die Filiale des E bestimmte Waren in einen Kleintransporter verladen. Bei einer Kontrolle des Warenbestands am Abend wird ein Defizit im Wert von 1.000,- € festgestellt.

Der Abschlussbericht der Detektei wird am 11.01. dem E vorgelegt. Am 17.01. wird F von E angehört und bestreitet alle Vorwürfe, äußert sich aber nicht zu den Vorfällen am 04.01.

Mit Schreiben vom 25.01. – F zugegangen am 26.01. – kündigt E das Arbeitsverhältnis fristlos wegen des Verdachts des Diebstahls.

F erhebt am 28.01.2008 Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 25.01. aufgelöst wurde.

Frage: Hat die Klage des F Aussicht auf Erfolg?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Teil I:

Frage 1:

Der Lohnanspruch besteht gem. §§ 611 I, 615 S. 1 BGB, wenn das Arbeitsverhältnis nicht vor dem 30.04.2007 aufgelöst wurde, da sich dann E im Annahmeverzug befunden hätte.

Zunächst musste man erkennen, dass die Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage die Wirksamkeit der Beendigung der Kündigung als solcher fingiert, §§ 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG. **Nicht von der Präklusion erfasst ist** aber ein **Verstoß gegen § 622 BGB**. Der Arbeitnehmer kann daher die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch nach der am 01.01.2004 in Kraft getretenen Neufassung von § 4 S. 1 KSchG außerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 S. 1 KSchG mittels allgemeiner Feststellungsklage oder inzident in einer Lohnzahlungsklage geltend machen.

Anschließend war zu prüfen, ob die Kündigungsfrist richtig berechnet wurde. Laut Sachverhalt war der 27-jährige A seit 5 ½ Jahren beschäftigt. Nach § 622 II S. 2 BGB werden Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt, sodass A zwar über zwei Jahre, aber noch nicht fünf Jahre beschäftigt war. Die Kündigungsfrist beträgt daher nach dem Gesetz gem. § 622 II S. 2, S. 1 Nr. 1 BGB einen Monat zum Monatsende. Damit ist die Kündigung erst zum 31.03.2007 wirksam.

Zu prüfen war nun, ob § 622 II S. 2 BGB wegen des Verbots einer Altersdiskriminierung nach § 10 AGG unanwendbar ist. Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ein legitimer Zweck für eine Rechtfertigung von § 622 II S. 2 BGB lässt sich aber nur schwer erkennen. Das Ziel dieser Regelung erschöpft sich vielmehr ersichtlich allein darin, dem jüngeren Arbeitnehmer einen verlängerten Bestandsschutz vorzuenthalten. Nach absolut h.M. stellt § 622 II S. 2 BGB einen ungerechtfertigten Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Benachteiligung wegen des Alters dar (Palandt, § 622 BGB, Rn. 15 sowie die Mangold-Entscheidung des EuGH, in NJW 2005, 3695 ff.).

Umstritten ist aber, ob die Regelung im Privatrechtsverkehr einstweilen fortgelten kann oder entsprechend § 7 II AGG unwirksam ist und bereits jetzt nicht mehr angewendet werden kann (zu diesem Streit siehe etwa Hamacher/Ulrich, NZA 2007, 657 [663]).

Da dies umstritten ist, kam es hier nur auf eine entsprechende Argumentation an. Bejaht man die Unwirksamkeit, so ist A seit über fünf Jahren beschäftigt, sodass die Kündigungsfrist gem. § 622 II S. 1 Nr. 2 BGB zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats beträgt und damit das Arbeitsverhältnis erst zum 30.04.2007 beendet wurde.

Frage 2:

Hier musste zunächst erkannt werden, dass eine Befristung zur Erprobung nach § 14 I S. 2 Nr. 5 TzBfG nur bis zu maximal sechs Monaten sachlich gerechtfertigt ist (vgl. auch § 622 III BGB).

Allerdings war hier eine sachgrundlose Befristung nach § 14 II S. 1 TzBfG möglich.

Problematisch war aber, ob die Schriftform des § 14 IV TzBfG, § 126 II BGB eingehalten wurde, da der Vertrag zunächst mündlich abgeschlossen wurde. Halten die Arbeitsvertragsparteien eine zunächst nur mündlich und damit nach § 14 IV TzBfG, § 125 S. 1 BGB formnichtig vereinbarte Befristung in einem nach

Vertragsbeginn unterzeichneten Arbeitsvertrag schriftlich fest, führt dies nach Ansicht des BAG nicht dazu, dass die Befristung rückwirkend wirksam wird. Insbesondere liegt keine Bestätigung nach § 141 II BGB vor, da die Vorschrift auf die nach Vertragsbeginn erfolgte schriftliche Niederlegung einer zuvor nur mündlich vereinbarten Befristung nicht anwendbar ist. Unwirksam ist nämlich nicht der der Arbeitsvertrag selbst, sondern lediglich die Befristungsvereinbarung. Da die nach Vertragsbeginn erfolgte schriftliche Niederlegung *regelmäßig* auch keinen neuen formwirksam befristeten Arbeitsvertrag darstellt, weil die Parteien meist gar keine Willenserklärungen abgeben, sondern nur vermeintlich bereits wirksam Vereinbartes rein deklaratorisch fixieren wollen, bestand nach der Rechtsprechung des BAG ein unbefristeter Arbeitsvertrag (vgl. dazu BAG, NZA 2005, 575 ff.). Eine andere Ansicht war hier aber vertretbar, da die Entscheidung des BGH keinesfalls unumstritten ist.

Teil II:

Hier war die Zulässigkeit und Begründetheit einer Kündigungsschutzklage zu prüfen.

Die Zulässigkeitsprüfung war Standard. In der Begründetheit musste nach Verneinung einer Präklusion gem. §§ 13 I S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG die Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB geprüft werden. Dabei kann nach gefestigter Rechtsprechung der Verdacht schwerer Verfehlungen eine außerordentliche **Verdachtskündigung** rechtfertigen, wenn bereits der bloße Verdacht schwerer, aber noch nicht erwiesener Verfehlungen das Vertrauensverhältnis zwischen AG und AN zerstört und so die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.

Auf das Vorliegen eines Kündigungsgrundes würde es aber nicht mehr ankommen, wenn die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB versäumt worden wäre. Denn die Fristversäumung steht dem Fehlen eines wichtigen Grundes gleich und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung (besonderer gesetzlicher Verwirkungstatbestand). Der Fristbeginn erfolgt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte positive Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erlangt. Bei der Verdachtskündigung ist der Anlauf der Frist aus § 626 II BGB gehemmt, solange der AG die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts in der gebotenen Eile durchführt. Das wiederum ist dann, wenn eine Anhörung des Kündigungsempfängers die nötige Klärung zu verschaffen vermag, nur der Fall, wenn diese Anhörung binnen einer Regelfrist von *einer Woche* vorgenommen wird. Nur das Vorliegen sachlich erheblicher und verständlicher Gründe rechtfertigt ausnahmsweise eine Abweichung von dieser Regelfrist.

Nach Kenntnis vom Abschlussbericht der Detektei am 11.01. erfolgte die Anhörung des F am 17.01. binnen der Regelfrist von einer Woche, sodass die Frist noch gehemmt gewesen sein könnte.

Allerdings waren die Ermittlungen bereits am 11.01. abgeschlossen und E hatte hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt *und* von den erforderlichen Beweismitteln.

Daher begann der Lauf der Ausschlussfrist bereits am 11.01. und wurde durch die Anhörung des F nicht mehr gehemmt war (hier war beides vertretbar). Stellt man auf den 11.01. ab, so hätte die schriftliche Kündigung (vgl. § 623 BGB) F bis spätestens 25.01. zugehen müssen. Da die Kündigung erst am 26.01. zugehen, war die Ausschlussfrist abgelaufen und die außerordentliche Kündigung *als solche* unwirksam.

Da die unwirksame außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung zum nächsten zulässigen Termin umgedeutet werden konnte (§ 140 BGB), musste aufgrund des bestehenden Kündigungsschutzes die soziale Rechtfertigung gem. § 1 I, II KSchG geprüft werden. Diese war zu bejahen, da der dringende Tatverdacht durch die Anhörung nicht ausgeräumt wurde.

hemmer-Trainingsplan-Info: Das *Problem der Verdachtskündigung* und der *Frist des § 626 II BGB* ist Gegenstand von **Fall 1, Arbeitsrecht**. Dort wird auch das Problem der *Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung* besprochen. Dass der *Verstoß gegen § 622 II BGB nicht von der Präklusion der §§ 4, 7 KSchG erfasst* ist, wird im **Arbeitsrechtsprogramm** mehrfach betont. Insbesondere im **Fall 1, Arbeitsrecht** wird auf **BAG, Life & Law 2006, Heft 7, 456 ff.** als Pflichtlektüre verwiesen. Die *Befristung* und die *Probleme der Schriftform* werden im **Fall 10, Arbeitsrecht** dargestellt. Dort wird auch auf die Problematik der späteren schriftlichen Fixierung eines zunächst mündlich zustande gekommenen befristeten Vertrages ausdrücklich hingewiesen.

B) Strafrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- **Vielzahl an grundlegenden Problemen; wieder eine „Stressklausur“**
- **materielles Recht natürlich wie immer Schwerpunkt**

➤ **Strafprozessrecht wurde wie üblich als Zusatzproblematik angehängt**

Klausur Nr. 4:

Sachverhalt des materiellen Teils (verkürzt): *A will als Geigerin Musikwettbewerb gewinnen, fürchtet allerdings Ihre Konkurrentin K. B, eine Freundin von A schlägt auf Nachfrage von A vor, K zum Schein zu einem Kaffee einzuladen und diesen mit dem leicht im Baumarkt erhältlichen Pflanzengift „D54“ zu versetzen. Das Gift setze K krankheitsbedingt außer Gefecht, könne möglicherweise aber auch tödlich wirken, was A aber gleichgültig ist.*

A besorgt das Gift und bei C die Telefonnummer von K. A erzählt C, sie wolle K für den Wettbewerb außer Gefecht setzen und notfalls auch töten um den Wettbewerb und das Preisgeld in Höhe von 5.000,- € zu gewinnen, was C gleichgültig ist. Drei Tage später vergiftet A wie geplant K in ihrer Wohnung.

Sie beobachtet bei Verabschiedung der K, wie diese im Treppenhaus aufgrund der Vergiftung zusammenbricht und realisiert die Lebensgefahr für K. A ruft den Notarzt, der K noch retten kann. K kann nicht an dem Musikwettbewerb teilnehmen; ihr rechtes Bein bleibt als Folge der Vergiftung für immer taub und unbeweglich.

Fallfrage: Strafbarkeit von A, B und C nach dem StGB?

Sachverhalt des prozessualen Teils (stark verkürzt): *D schlägt E im Wirtshaus mit dem Maßkrug nieder. Da E sich nicht richtig erinnern und Weiteres nicht aufgeklärt werden kann, wird D nur wegen einfacher Körperverletzung beim Amtsgericht angeklagt. Da der Sachverhalt auch in der Hauptverhandlung nicht näher geklärt werden kann und D und E sich wieder versöhnt haben, stellt das Gericht das Verfahren aus Opportunitätsgründen ein, sogar ohne Auflagen und Weisungen festzusetzen. Später findet sich ein Zeuge, der beobachtet hat, wie D den Schlag mit dem Maßkrug durchgeführt hat. Zwar lässt sich ein Tötungsvorsatz nicht nachweisen; die Staatsanwaltschaft möchte aber zumindest wegen gefährlicher Körperverletzung die Sache erneut vor Gericht bringen.*

Fallfrage: Kann die Staatsanwaltschaft eine Anklage wegen gefährlicher Körperverletzung erheben?

Skizzierung der wesentlichen inhaltlichen Probleme: Materiell-rechtlich standen neben der Grundlagenproblematik versuchter (§§ 22, 23 StGB) Totschlag bzw. Mord (§§ 212, 211 StGB) mit Rücktrittsproblematiken (§ 24 StGB) verschiedene Varianten der Körperverletzungsdelikte (§§ 223, 224, 226 StGB) im Mittelpunkt.

Darüber hinaus mussten Teilnahmeproblematiken, v.a. Abgrenzung von Anstiftung (§ 26 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) sowie die Behandlung besonderer persönlicher Merkmale (§ 28 StGB) beherrscht werden;

u.a. waren Randtatbestände wie die Nichtanzeige geplanter Straftaten gem. § 138 StGB zu beachten und abzugrenzen.

Strafprozessual mussten sich die Bearbeiter/innen mit der Frage eines etwaigen Strafklageverbrauches bei gerichtlicher Opportunitätseinstellung gem. § 153 II StPO auseinandersetzen (vgl. hierzu Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, § 153 StPO, Rn. 38).

hemmer-Trainingsplan-Info: Die maßgeblichen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme waren umfassend Gegenstand des Hemmer-Hauptkurses zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung, insbes. §§ 212, 211 StGB mit Versuchs/Rücktrittsproblematik und Teilnahmevarianten, v.a. der Behandlung besonderer persönlicher Merkmale nach § 28 StGB, in **Fall 2 und Fall 9 unseres Hauptkursprogramms**. Unsere Kursteilnehmer waren diesbezüglich optimal trainiert.

Die strafprozessualen Problematiken der verschiedenen Verfahrenseinstellungen §§ 170 II, 153 ff. StPO sowie der Folgen sind u.a. Gegenstand der Besprechung bei den **Fällen 1 und 2 des Kursprogrammes im Strafprozessrecht**.

C) Öffentliches Recht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- eine klassische Polizeirechtsklausur und
- eine (fast) reine Europarechtsklausur

➤ für jeden, der im Europarecht nicht auf Lücke gesetzt hat, ein machbares, faires Examen

Klausur Nr. 5:

Problemstellung: Die erste öffentlich-rechtliche Klausur hat klassische polizeirechtliche Fragestellungen zum Inhalt.

Sachverhalt: S, Mitarbeiter beim Flughafen München, erwirbt am 05.07.2007 als Geschenk für seine Freundin einen lebensgroßen und lebensecht aussehenden Stoff-Bernhardiner, den er auf der Rückseite seines Fahrzeugs deponiert. Während seiner Arbeitszeit parkt er sein Fahrzeug, einen BMW im Wert von ca. 40.000,- €, auf einem offiziellen Besucherparkplatz.

Ca. 90 Minuten später kommt T an diesem Fahrzeug, das in der prallen Sonne steht, vorbei. Er sieht auf der Rückseite des Pkw einen leblosen Hund und kann über die Temperaturanzeige im Auto erkennen, dass dort bereits über 50°Celsius herrschen. Er wendet sich an zufällig vorbeikommenden Streifenpolizisten P und fordert ihn auf, „etwas für den sterbenden Hund zu tun“.

Nachdem P sich von der Sachlage überzeugt hat, versucht er zunächst erfolglos den Wagen ohne Beschädigung zu öffnen. Daraufhin schlägt er mit einem Stein die Scheibe ein, um dann festzustellen, dass der gerettete Hund aus Stoff ist.

Aufgrund der eingeschlagenen Scheibe kommt P zu der Überzeugung, dass das Fahrzeug zum Schutz vor einem Diebstahl abgeschleppt werden müsse. In der letzten Zeit wurden am Flughafen wiederholt teure Fahrzeuge gestohlen. Noch bevor P allerdings zur Tat schreiten kann, erscheint S an seinem Wagen und stellt P zur Rede. Da diese Diskussionen etwas lauter werden, gesellen sich schnell mehrere schaulustige Passanten, darunter auch Kollegen des S hinzu. P fordert daraufhin S auf, sich auszuweisen, da er nicht wissen könne, ob dieser tatsächlich der Fahrzeugberechtigte sei. S kommt dem nach.

Der über diese Vorgänge verärgerte S erhebt am 12.09.2007 beim zuständigen VG Klage mit dem Antrag festzustellen, dass sowohl das Aufbrechen des Fahrzeugs als auch die Ausweiskontrolle rechtswidrig waren.

Die Beklagte beruft sich ausdrücklich u.a. auf die Unzulässigkeit der Klage, da zum einen kein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden sei und zum anderen auch die Klagefrist des § 74 VwGO versäumt worden sei.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Klage gegen das Aufbrechen des Fahrzeugs: Da das Aufbrechen des Fahrzeugs eindeutig nur präventiven Zwecken dient, ist die abdrängende Zuweisung des § 23 EGGVG nicht einschlägig, der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Als statthafte Klageart kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO in Betracht. Problematisch hieran ist v.a. die Verwaltungsakts-Qualität des Aufbrechens des Fahrzeugs. Es handelt sich bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild um eine Maßnahme des unmittelbaren Zwangs im Wege des Sofortvollzugs, Art. 53 II, 58 PAG. Hier kann man einen Verwaltungsakt sowohl mangels Regelung als auch mangels Bekanntgabe verneinen. Die h.M., insbesondere die Rechtsprechung sieht allerdings in der Zwangsmaßnahme zugleich eine konkludente Duldungsanordnung. Das Bekanntgabeerfordernis des Art. 43 I BayVwVfG wird von Art. 53 II PAG als lex specialis verdrängt, sodass ein erledigter Verwaltungsakt vorliegt und die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft ist (an dieser Stelle ist aber sicher auch die Annahme eines Realaktes und damit eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO vertretbar, zumal diese z.T. auch bei erledigten Verwaltungsakten herangezogen wird).

Das vom Beklagten bemängelte Vorverfahren war nicht erforderlich. Unabhängig vom Meinungsstreit, ob bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO ein solches durchzuführen ist, war hier die Änderung der AGVwGO maßgeblich: Da der Verwaltungsakt erst nach dem 01.07.2007 erlassen wurde, entfällt ein Vorverfahren sogar bei einer Anfechtungsklage, erst Recht bei der Fortsetzungsfeststellungsklage. Die Klagefrist des § 74 I S. 2 VwGO ist mangels schriftlicher Rechtsbehelfsbelehrung gewahrt, § 58 II VwGO, sodass der Meinungsstreit um die Fristbindung der Fortsetzungsfeststellungsklage offen gelassen werden kann.

Problematisch erweist sich an dieser Klage aber das Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO. Die von S erwähnten Amtshaftungsansprüche rechtfertigen zu ihrer „Vorbereitung“ keine isolierte Feststellungsklage, da diese Ansprüche unmittelbar bei den zuständigen Zivilgerichten geltend gemacht werden können. Diese würden aufgrund ihrer Vorfragenkompetenz, § 17 II GVG, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme dann inzident prüfen. Ein Rehabilitationsinteresse und eine Wiederholungsgefahr sind nicht ersichtlich, ein besonders schwerer Grundrechtseingriff liegt bei einer bloßen Sachbeschädigung auch nicht vor. Die Klage ist demnach wohl unzulässig.

In der Begründetheit muss ausgehend von Art. 53 II PAG die Rechtmäßigkeit der fiktiven Primärmaßnahme zu prüfen. Die Rechtsgrundlage (Befugnisnorm) hierfür ist Art. 22 I Nr. 3 PAG i.V.m. Art. 25 Nr. 1, 2 PAG. Unterstellt, in dem Auto würde wirklich ein Hund kurz vor dem Erstickungstod stehen, wäre nach diesen Vorschriften das Durchsuchen des Fahrzeuges zur Rettung des Hundes rechtmäßig. Da es sich nur um ein Stofftier handelt, liegt ex-post betrachtet keine Gefahr vor. Im Polizeirecht kommt es allerdings maßgeblich auf die ex-ante-Sicht an, sodass hier zwischen einer Anscheins- und einer Putativgefahr abzugrenzen ist. Da hier das Stofftier lebensecht wirkt und der Hund scheinbar kurz vor dem Hitzetod steht, also Dringlichkeit vorliegt, kann von dem Beamten keine weitere Aufklärung erwartet werden. Es liegt eine Anscheinsgefahr vor, die als echte Gefahr im Sinne des Polizeirechts zur Rechtmäßigkeit der Maßnahme führt. Da andere Möglichkeiten als das Einschlagen der Scheibe nicht zur Verfügung stehen, ist auch die Art und Weise der Zwangsanwendung nicht zu beanstanden. Die Maßnahme ist rechtmäßig, die Klage auch unbegründet.

Klage gegen die Identitätsfeststellung: Hier handelt es sich um eine unproblematisch zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO, da die Identitätsfeststellung zweifelsohne einen erledigten Verwaltungsakt darstellt. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse lässt sich hier als Rehabilitationsinteresse begründen, da S durch die polizeiliche Maßnahme vor den Augen mehrerer Passanten diskriminiert wurde.

In der Begründetheit ist die Rechtsgrundlage für die Identitätsfeststellung in Art. 13 I Nr. 1 PAG zu sehen. Art. 28 I S. 2 PAG scheidet hingegen wohl aus, da das Fahrzeug noch nicht sichergestellt war. Die für Art. 13 I Nr. 1 PAG erforderliche Gefahr kann grundsätzlich bejaht werden, da bei einer Überlassung eines Pkw mit eingeschlagener Scheibe an einen Nichtberechtigten eine Beschädigung oder Entwendung des Fahrzeuges bzw. dessen Inhalts nicht auszuschließen ist. Allerdings kann an der Erforderlichkeit der Ausweiskontrolle gezweifelt werden, es hätte genügt, wenn der Beamte sich den Fahrzeugschlüssel hätte zeigen lassen. Hinsichtlich der Art und Weise der Identitätsfeststellung ist es wohl keine unzulässige Diskriminierung, wenn die Ausweiskontrolle vor den Augen Dritter durchgeführt wird.

hemmer-Trainingsplan-Info: Die Fortsetzungsfeststellungsklage gegen polizeiliche Maßnahmen, insbesondere mit den Schwerpunkten Verwaltungsakt-Qualität polizeilicher Maßnahmen, Fortsetzungsfeststellungs-Interesse sowie Erforderlichkeit von Vorverfahren und Klagefrist wird (u.a.) in den **Fällen 1 und 2 Polizeirecht** ausführlich dargestellt. Im **Fall 2 Polizeirecht** finden Sie auch das Problem der Abgrenzung zwischen einer Anscheinsgefahr und einer bloßen Putativgefahr. Mit dem Wissen aus **Fall 2 Polizeirecht** waren Sie für diese Klausur bestens gerüstet.

Klausur Nr. 6:

Problemstellung: Probleme des Europarechts sowie des Verfassungsrechts! Eine EuGH-Entscheidung aus dem Jahr 2003 (Doc-Morris-I) kombiniert mit einem Klassiker des Europarechts.

Sachverhalt: Eine österreichische Drogeriemarktkette, die S-AG, vertreibt schon längere Zeit in Österreich Kontaktlinsen über das Internet. Kunden können direkt bei der S-AG über das Internet Kontaktlinsen bestellen, die sie direkt nach Hause geliefert bekommen. Auf der Homepage der S-AG werden die Kunden aufgefordert, regelmäßige eine Kontrolle durch einen Augenarzt durchführen zu lassen sowie sich vor dem erstmaligen Gebrauch mit der Handhabung und Pflege der Produkte vertraut zu machen.

Zur Erschließung neuer Märkte bietet die S-AG nunmehr auch Kunden aus Deutschland über das Internet ihre Leistungen an.

Kurz nach der Freischaltung des entsprechenden Internetauftritts erhält die S-AG einen Bescheid des deutschen Gewerbeaufsichtsamtes. Der S-AG wird untersagt, Kontaktlinsen über das Internet in Deutschland zu vertreiben, da nach dem deutschen Gewerberecht der Versandhandel mit Heilmitteln verboten und Kontaktlinsen solche Heilmittel seien. Die S-AG kommt diesem Bescheid nach.

Die Kommission und die österreichische Regierung leiten jeweils ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik in die Wege. Sie sehen die „Marktfreiheiten“ als verletzt an, da der S-AG letztlich der Zugang zu dem deutschen Markt verwehrt ist.

Die Bundesregierung wehrt sich gegen diese Vorwürfe. Es handele sich nicht um eine Handelsbeschränkung, sondern nur um eine Reglementierung der Vertriebswege. Jedenfalls sei die entsprechende Regelung gerechtfertigt, da Sinn und Zweck der Gesundheitsschutz der Verbraucher sei. Durch den unpersönlichen Erwerb über das Internet bestünde die Gefahr, dass sich Verbraucher mit für sie nicht geeigneten Kontaktlinsen selbst Schäden zufügen.

In **Teil 1** der Klausur sind die Erfolgsaussichten der von der Kommission sowie der Republik Österreich erhobenen Klagen zu begutachten.

In **Teil 2** erhebt die S-AG eine zulässige Anfechtungsklage gegen den Bescheid des Gewerbeaufsichtsamts vor den Verwaltungsgerichten, bleibt aber einschließlich einer Revision zum BVerwG erfolglos. Die S-AG wendet sich daraufhin an Rechtsanwältin R und fragt nach weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten. Insbesondere ist sie darüber verärgert, dass deutsche Gerichte ohne jede Kontrolle durch EuG und EuGH über europarechtliche Fragen entschieden haben, obwohl sie mehrfach auf eine solche Kontrolle gedrängt habe.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Teil 1: Die von der Kommission bzw. der Republik Österreich erhobenen Klagen sind Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226, 227 EG. Zulässigkeitsprobleme sind im Sachverhalt nicht angelegt, insbesondere ist das nach Art. 226 I, 227 EG erforderliche Vorverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Die Klagen sind begründet, wenn die deutsche Regelung, die einen Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbietet europarechtswidrig ist. In Betracht kommt in erster Linie ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 EG. Die Dienstleistungsfreiheit ist demgegenüber nur subsidiär, vgl. Art. 50 EG. Da es sich nicht um eine mengenmäßige Beschränkung handelt, kommt nur eine Maßnahme gleicher Wirkung in Betracht. Nach der Dassonville-Formel wäre diese zu bejahen, da das Verbot des Internetvertriebs geeignet ist, den Handel mit Kontaktlinsen zu beeinträchtigen. Nach der Keck-Rechtsprechung nimmt der EuGH allerdings reine Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 I EG heraus, dies allerdings nur, wenn sie entweder für alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten (das war hier kein Problem) und diese auch faktisch unterschiedslos betreffen, d.h. nicht faktisch diskriminierend wirken.

Genau dies ist hier aber der Fall, da der Marktzutritt laut Sachverhalt für die S-AG sonst nicht möglich wäre. Damit ist sie aber stärker betroffen als inländische Konkurrenten, die bereits auf dem Markt sind. Auch eine Rechtfertigung über Art. 30 EG bzw. die Cassis-Formel kommt wohl nicht in Betracht. Zwar ist der Gesundheits- und Verbraucherschutz ein Rechtfertigungsgrund. Da Kontaktlinsen nicht verschreibungspflichtig sind, erfolgt aber auch im Inland keine Kontrolle, ob die Kontaktlinse von einem Augenarzt verordnet worden ist. Es liegt daher wohl schon keine Geeignetheit vor. Jedenfalls scheitert es an der Erforderlichkeit, da einem eventuellen Fehlgebrauch z.B. durch zusätzliche interaktive Elemente im Internet begegnet werden könnte.

Teil 2: Hier kommt eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG nach Art. 93 I Nr. 4a GG in Betracht. Das BVerwG könnte durch seine Entscheidung das Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I S. 2 GG verletzt haben. Dies ist dann der Fall, wenn eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH nach Art. 234 III EG bestand. Da das BVerwG (konkret und abstrakt) letztinstanzliches nationales Gericht war, hätte es die Frage nach der Vereinbarkeit der nationalen Regelungen mit Art. 28 EG dem EuGH vorlegen müssen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn es zur konkreten Fragestellung bereits eindeutige EuGH-Rechtsprechung gibt. Die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ist damit zulässig und zumindest bei willkürlicher Nichtvorlage begründet. Direkte Klagemöglichkeiten der S-AG zum EuG bzw. EuGH kommen nicht in Betracht.

hemmer-Trainingsplan-Info: Eine Klausur, die eigentlich auch direkt aus unserem Kursprogramm stammen könnte: Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 f. EG wird ausführlich in den **Fällen 7 und 8 Europarecht** dargestellt. Die Prüfung der Warenverkehrsfreiheit finden Sie in den **Fällen 6 und 7 Europarecht**. Konkret die „Doc Morris I“ – Entscheidung des EuGH wird in den Wiederholungs- und Vertiefungsfragen erörtert. Die Verknüpfung von Art. 234 III EG und Art. 101 I S. 2 GG wurde direkt vor dem Examenstermin in Klausur 1299 abgefragt und in einer Entscheidungsbesprechung in der **Life&Law 2007, 762** (November 2007) dargestellt. Mit unserem Haupt- und Klausurenkursprogramm waren Sie auf diese Klausur optimal vorbereitet!