

Life&Law kompakt

Examensreport Bayern, Termin 2009-II

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:

- BGB-AT (zweimal Vertretungsrecht)
- Bereicherungsrechtliches Mehrpersonenverhältnis
- zweimal ZPO

Klausur Nr. 1:

Problemstellung: Der Termin beginnt mit einem bereicherungsrechtlichen „Dreiecksverhältnis“. Aufhänger war der BGB-AT Klassiker des „falsus procurator“.

Sachverhalt: H bietet in der Zeitung ein geerbtes Gemälde (Wert 10.000,- €) zum Verkauf an. T liest die Anzeige in seinem Urlaub und will das Bild erwerben. Am Montag schreibt T seinem Coburger Freund B eine E-Mail, in dem er diesen bittet, in seinem Namen ein Angebot in Höhe von 12.000,- € abzugeben und den Kaufpreis zu zahlen, falls der Kauf zustande kommt. B liest diese E-Mail noch am selben Tag.

Am Dienstag schreibt T an B eine weitere E-Mail, dass er sich das Bild aus finanziellen Gründen nun doch nicht leisten könne und B sich nicht mehr bemühen müsse. Diese E-Mail wird in der Mailbox gespeichert, allerdings von B weder am Dienstag noch am Mittwoch abgerufen.

Am Donnerstag bietet B im Namen des T dem H an, das Gemälde zu kaufen. Dieses Angebot nimmt H am Freitag an. B überweist daraufhin den Kaufpreis von 12.000,- € an H.

Am Freitagabend ruft B seine E-Mails ab und informiert T vom Kauf. T meint, er wolle das Bild nicht, er zahle auch nichts; B müsse die Sache selbst bereinigen.

H besteht auf dem Kauf, da er ein Angebot eines anderen Bieters für 14.000,- € im Vertrauen auf den Vertrag mit T ausgeschlagen habe.

Fragen:

1. Kann B oder T von H Rückzahlung der 12.000,- € verlangen?
2. Unterstellt, B kann keine Rückzahlung verlangen. Hat er dann einen Anspruch gegen T wegen der an H gezahlten 12.000,- €?
3. Welche Ansprüche stehen H gegen B zu?
4. Unterstellt, H hätte gewusst, dass es sich bei dem Gemälde um eine Fälschung handelt. Könnte dies B gegen etwaige Ansprüche des H einwenden?
5. Ist der Antrag des B auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen H beim AG Coburg auf Zahlung von 12.000,- € zulässig?
6. Welche anderen Möglichkeiten hätte B – unabhängig von deren Begründetheit – einen Zahlungsanspruch gerichtlich geltend zu machen?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1: Kann B oder T von H Rückzahlung der 12.000,- € verlangen?

In Betracht kam ein Leistungskonditionsanspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB.

1. H sind auf seinem Konto 12.000,- € gutgeschrieben worden. Aus dem Girovertrag hat er gemäß § 676f S. 1 BGB einen Anspruch gegen seine Bank auf Gutschrift erlangt (vgl. auch § 676g I S. 1). Aus dieser Gutschrift kann er gemäß §§ 675 I, 667 BGB Auszahlung des gutgeschriebenen Betrags verlangen.

2. Fraglich war nun, ob H dieses „Etwas“ erlangt hat durch eine Leistung des T oder des B.

Nach h.M. werden aufgrund der Vertragsähnlichkeit der Leistungskondition sowohl das **Leistungsbewusstsein** als auch die **Zweckrichtung** einer Leistung analog §§ 133, 157 BGB aus der Sicht eines durchschnittlich verständigen Empfängers bestimmt (objektiver Empfängerhorizont).

Mit dem Begriff „zweckgerichtet“ ist gemeint, dass eine Zuwendung im Hinblick auf ein bestimmtes Kausalverhältnis (eine Verbindlichkeit) erfolgt.

a) Aus Sicht des Empfängers H bestand zwischen ihm und B kein Schuldverhältnis, welches einen Zahlungsanspruch begründen würde. B handelte als Vertreter des T in dessen Namen. H glaubte daher, einen Kaufpreiszahlungsanspruch gegen T zu haben. Aus maßgeblicher Sicht des H zahlte Vertreter B also als Dritter i.S.d. § 267 BGB auf die Verbindlichkeit des T.

b) Bei der Zahlung auf fremde Schuld werden letztlich **zwei Leistungszwecke** verfolgt: Der eine Leistungszweck ist auf Erfüllung des zwischen B und T (vermeintlich bestehenden) Auftragsverhältnisses gerichtet. Der andere – bei Frage 1 maßgebliche – Leistungszweck besteht in der Erfüllung des zwischen T und H bestehenden Kaufvertrages. Bei der Leistung des T an H fungierte B lediglich als Leistungsmittler des E bzw. als dessen Zahlstelle. B selbst verfolgte gegenüber H keinen eigenen Leistungszweck, worüber sich auch H bewusst war.

Damit liegt eine Leistung von T an H vor.

c) Damit kommt nur eine Nichtleistungskondition des B gegen H aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB in Betracht. Diese scheidet aber am Vorrang der zwischen T und H bestehenden Leistungsbeziehung.

d) Da sich in einem bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnis aber jede schematische Lösung verbietet, muss stets hinterfragt werden, ob das anhand des Leistungsbegriffs gefundene Ergebnis aus Wertungsgründen korrigiert werden muss.

Eines der Wertungskriterien ist das sog. „Veranlasserprinzip“. Hätte T die Zahlung des B nicht in zurechenbarer Weise veranlasst, wäre der leistende T aus der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung herauszuhalten. Hier hat T aber B gebeten, den Kaufpreis an H zu zahlen. Dass sich T dies später anders überlegt und dem B per E-Mail mitgeteilt hat, ändert daran nichts daran, dass die Zahlung seitens des B dem T zugerechnet werden kann (a.A. vertretbar).

3. Ob die Leistung des T an H mit oder ohne Rechtsgrund erfolgte, hängt davon ab, ob T von B wirksam vertreten wurde. Problematisch war dabei lediglich, ob die dem B erteilte Innenvollmacht (§ 167 I Alt. 1 BGB) durch T wirksam widerrufen wurde, § 168 S. 2 BGB bzw. durch Widerruf des Auftrags (§ 671 I BGB) gem. § 168 S. 1 BGB erloschen wäre. Dies wäre der Fall, wenn der Widerruf dem B vor dessen Vertreterhandeln (Donnerstag) zugegangen wäre (§ 130 I S. 1 BGB). Der Widerruf wurde per E-Mail am Dienstag verschickt und auf der Mailbox des B gespeichert. Diese Nachricht wurde von B aber nicht mehr abgerufen.

Auch ohne Kenntnis geht aber eine Willenserklärung zu, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist (Abspeichern auf der Mailbox) und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit einer Kenntnisaufnahme zu rechnen ist. Da Nachrichten heute üblicherweise per E-Mail verschickt werden und auch B diese Art der Nachrichtenübermittlung pflegt (schließlich hat er die E-Mail vom Montag, welche die Vollmachtserteilung enthielt, noch am selben Tag abgerufen), ist von einem wirksamen Zugang auszugehen. B hatte daher keine Vollmacht mehr, als er im Namen des T das Gemälde kaufte; er war „falsus procurator“.

Der zunächst schwebend unwirksame Kaufvertrag (§ 177 BGB) wurde aufgrund der von T gegenüber B verweigerten Genehmigung (§ 182 I BGB) endgültig unwirksam, sodass es am Rechtsgrund zwischen T und H fehlte.

T kann daher gem. § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB von H Rückzahlung der 12.000,- € verlangen

Frage 2: Hat B einen Anspruch gegen T wegen der an H gezahlten 12.000,- €?

1. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 662, 670 BGB scheidet daran, dass der Auftrag von T wirksam widerrufen wurde, § 671 I Alt. 1 BGB.

2. Daher kam ein Aufwendungsersatzanspruch aus GoA (§§ 677 ff. BGB) in Betracht.

a) B führte mit Fremdgeschäftsführungswillen ein fremdes Geschäft für T. Der Fremdgeschäftsführungswille ist zwar bei Tätigwerden aufgrund eines beendeten Vertrages strittig. Hier geht es aber um einen Auftrag, bei dem der Fremdgeschäftsführungswille auch ohne Kündigung gegeben wäre.

b) Die GoA widersprach aber dem wirklichen Willen des T und war damit nicht berechtigt. Ein Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB schied daher aus.

c) Einschlägig waren daher die §§ 684 S. 1, 818 BGB. Herauszugeben ist das, was als Vermögenvermehrung bei T vorhanden ist. Dies ist der Bereicherungsanspruch des T gegen H (vgl. Frage 1). Über die Verweisung in § 684 S. 1 BGB auf das Bereicherungsrecht (strittig, ob Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung) findet also eine Kondiktion der Kondiktion statt. Nach e.A. erfolgt diese im Wege der Abtretung des Bereicherungsanspruches von T an B, nach a.A. muss Wertersatz geleistet werden nach § 818 II BGB.

Frage 3: Welche Ansprüche stehen H gegen B zu?

1. B war „falsus procurator“ und haftet daher gem. § 179 BGB auf Schadensersatz. Da B keine positive Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht hatte, war nicht § 179 I BGB, sondern **§ 179 II BGB** einschlägig.

Im Vertrauen auf den Vertrag mit T schlug H ein Angebot eines anderen Bieters über 14.000,- € aus. Da der Wert der Statue 10.000,- € betrug, liegt das negative Interesse bei 4.000,- €. Da bei ordnungsgemäßer Erfüllung H aber nur 12.000,- € als Kaufpreis bekommen hätte, beträgt das positive Interesse lediglich 2.000,- €. Hierauf ist der Anspruch aus § 179 II BGB beschränkt.

2. Wegen schuldhafter Verkennung der Vertretungsmacht hätte man noch einen Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (c.i.c.) diskutieren können, bei welchem das negative Interesse nicht auf das positive Interesse beschränkt ist. Nach h.M. scheidet ein Rückgriff auf die c.i.c. neben § 179 BGB aus Konkurrenzgründen aber aus (a.A. vertretbar).

Frage 4: Wäre seitens des B der Einwand der Fälschung möglich?

Beim positiven Erfüllungsinteresse entspricht es allgemeiner Meinung, dass der Vertragspartner H bei § 179 I BGB nicht besser stehen darf als bei unterstellter Vertretungsmacht. Dann wäre der Vertrag wirksam zustande gekommen und T hätte gegen H wegen des bewussten Verkaufs einer Fälschung Ansprüche auf Schadensersatz gehabt.

Mangels Übergabe stünden dem T noch keine Mängelrechte, zu. Da kein Original existiert, liegt ein Fall anfänglicher Unmöglichkeit vor, der H gem. § 311a II BGB schadensersatzpflichtig macht. Daneben bestehen Ansprüche aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II BGB), die allerdings hinter § 311a II BGB zurücktritt. T hätte außerdem gem. §§ 326 V, 323 BGB zurücktreten können. Daneben bestünde ein Anfechtungsrecht. § 119 II BGB scheidet wegen des bereits vor Übergabe bestehenden Vorrangs der Mängelrechte zwar aus (str.). Jedoch liegt eine arglistige Täuschung vor, § 123 I Alt. 1 BGB.

All dies könnte man gegen die Geltendmachung des positiven Interesses einwenden. Da § 179 II BGB das negative Interesse auf das positive Interesse beschränkt, gilt i.R.d. § 179 II BGB dasselbe. Ein Anspruch des H gegen B bestünde daher in Frage 4 nicht, da es am kausalen Schaden des H fehlt.

Frage 5: Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Zahlung

Hier mussten die Bearbeiter erkennen, dass eine einstweilige Verfügung grds. nur zur Sicherung eines Anspruches (§ 935 ZPO) oder zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes (§ 940 ZPO) statthaft ist. Eine sog. „Leistungsverfügung“ würde die Hauptsache unzulässigerweise vorwegnehmen und ist daher grds. nicht statthaft. Eine Ausnahme macht die Rechtsprechung nur bei unwiederbringlichem Rechtsverlust, wofür hier nichts ersichtlich war. Der Antrag war daher unzulässig.

Frage 6: Prozessuale Möglichkeiten zur Geltendmachung von Zahlungsansprüchen

Bei einem in Euro lautenden Zahlungsanspruch kann der Gläubiger neben einer Klage auf Leistung (§ 253 ZPO) auch das gerichtliche Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO durchführen. Diese beiden Möglichkeiten waren hier kurz zu erörtern, wobei Fragen der Begründetheit ausgeblendet waren. Sinnvoll wäre es gewesen, kurz auf die Vorteile des Mahnverfahrens einzugehen (schneller und billiger) und diese kurz anhand des Gesetzes zu erklären.

hemmer-Trainingsplan-Info: Volltreffer! Das bereicherungsrechtliche Dreiecksverhältnis in Frage 1 entspricht unseren **Fällen 4 bis 7 BerR**. Außerdem wurde exakt diese Variante unmittelbar zuvor in der Life & Law in der Falschparkerentscheidung aufgearbeitet und auf deren gesteigerte Relevanz hingewiesen (**Life & Law 2009, Heft 8, 511 ff.**). Das falsus procurator Problem mit der widerrufenen, aber nicht zur Kenntnis genommenen Vollmacht wird identisch in **Fall 18 BGB-AT** behandelt. Das Veranlasserprinzip und die Kondition der Kondition werden in **Fall 7 BerR** besprochen. Die Haftung nach § 179 BGB und der Einwand, dass der Vertretene nicht besser als bei wirksamer Vertretung stehen darf, ist Schwerpunkt von **Fall 8, SchuldR-AT**. Die prozessualen Möglichkeiten bei Zahlungsansprüchen werden in **Fall 1 ZPO I** identisch zur Frage 6 aufgearbeitet.

Klausur Nr. 2:

Problemstellung: Handels-, Gesellschafts- und Minderjährigenrecht; negative Publizität des Handelsregisters; Anfechtung einer betätigten Innenvollmacht

Sachverhalt: Kaufmann H betreibt ein Heizungsunternehmen, für das er einen Nachfolger sucht. H denkt dabei an seinen noch minderjährigen Lehrling L.

Zusammen mit L und dessen Vater V gründen H, V und L mit Einwilligung seiner Mutter die H-OHG, die im Handelsregister eingetragen wird.

Als Einlage überlässt H der OHG das Grundstück inklusive Zubehör zum Gebrauch, übereignet die Lagerbestände und arbeitet mit. L bringt seine Mitarbeit ein, V neues Kapital.

H erteilt P Prokura, deren Eintragung im Handelsregister unterbleibt. Da H mit P unzufrieden ist, widerruft er die Prokura wieder und untersagt dem P jede weitere Tätigkeit. Auch dies wird nicht im Handelsregister eingetragen.

Um sich zu rächen, tritt P im Namen der OHG eine Werklohnforderung des H aus seiner Zeit als Einzelhandelskaufmann gegen D mit schriftlichem Vertrag an F ab und zeigt die Abtretung dem D an. F wusste nichts vom Erlöschen der Prokura.

Als H von D Zahlung verlangt, verweist dieser auf die Abtretung. H meint, diese sei mangels Prokura und wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam. Außerdem sei die OHG wegen der Beteiligung von L wohl gar nicht wirksam gegründet worden. D meint, die Abtretung an F sei wirksam. Falls nicht, stehe die Forderung jedenfalls nicht H, sondern der OHG zu, da H diese in die OHG eingebracht habe.

Frage:

Hat H gegen D einen Anspruch auf Bezahlung der Werklohnforderung?

Teil II:

Schreinermeister G bevollmächtigt seine Nichte N, ihn im Verkaufsraum zu vertreten. Bei einer Kommode nennt er der N versehentlich einen Mindestverkaufspreis von 1.000,- €, obwohl er sich 2.000,- € vorgestellt hatte.

Als K im Laden erscheint und an der Kommode Interesse zeigt, erklärt ihm die N, „sie“ verkaufe ihm die Kommode für 1.100,- €.

Nachdem G dies erfährt, überlegt er sich, ob es nicht besser wäre anzufechten. G möchte von Rechtsanwältin R wissen, ob dadurch der Kaufvertrag gegenstandslos wird und wem gegenüber die Anfechtung zu erklären wäre.

Frage:

Welchen Rat wird R dem G erteilen?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage Ausgangsfall: Hat H gegen D einen Anspruch auf Bezahlung der Werklohnforderung?

Ein Anspruch des H auf Zahlung bestünde nur dann, wenn der ursprünglich dem H zustehende Anspruch nicht wirksam von der OHG – vertreten durch P – an D abgetreten wurde.

1. Abtretbarer Anspruch der OHG

Zunächst müsste der Anspruch des H auf die OHG übergegangen sein.

a) Fraglich war die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages, da L beschränkt geschäftsfähig war. Die Zustimmung seiner Eltern als gesetzliche Vertreter (§§ 1629, 1626 BGB) lag vor, jedoch war V auch Gesellschafter. Es lag also ein unzulässiges Insichgeschäft vor (§§ 1629 II S. 1, 1795 II, 181 BGB). Es wäre also die Zustimmung eines Ergänzungspflegers notwendig gewesen (§§ 1693, 1909 BGB). Dieser wiederum hätte der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft (§§ 1915, 1822 Nr. 3 BGB).

b) Da L der eigentliche Nachfolger des H werden sollte, kam es auf ihn entscheidend an. Die Vermutung des § 139 BGB, wonach bei teilweiser Unwirksamkeit der ganze Vertrag unwirksam ist, kann daher nicht widerlegt werden. Zwischen H und V bestand daher keine fehlerfreie Rumpfgesellschaft, sondern es lag insgesamt eine fehlerhafte Gesellschaft vor.

c) Die fehlerhafte Gesellschaft ist nach h.M. nicht als rückwirkend nichtig, sondern für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln. Im Außenverhältnis gelten alle für den entsprechenden Gesellschaftstypus anwendbaren Vorschriften. Voraussetzung ist jedoch, dass die OHG wirksam gegründet wurde, was wegen der Eintragung im Handelsregister gem. § 123 I HGB zu bejahen war. Ob die Zustimmung eines Ergänzungspflegers und die Genehmigung des Familiengerichts noch eingeholt werden, spielt somit keine entscheidende Rolle, da jedenfalls für die Vergangenheit eine fehlerhaft wirksame Gesellschaft vorlag.

d) Der Anspruch des H gegen D ging auf die OHG über. Dies folgt zwar nicht aus der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Einlageleistung. Allerdings ordnet **§ 28 I S. 2 HGB** (als lex specialis zu § 25 I S. 2 HGB für den Fall der Gesellschaftsgründung) an, dass alle im Betrieb des Kaufmanns begründeten Forderungen im Falle einer OHG-Gründung als auf die Gesellschaft übergegangen gelten.

2. Wirksamer Abtretungsvertrag

Zu prüfen war hier, ob P die OHG wirksam vertreten hat. Problematisch war die Vertretungsmacht, da die ursprünglich erteilte Prokura (§ 48 HGB) widerrufen wurde (§ 52 I HGB) und damit wieder erloschen ist (§ 168 S. 2 BGB). Da der Widerruf der Prokura entgegen § 53 II HGB aber nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, könnte sich der insoweit gutgläubige D nach § 15 I HGB auf das Fortbestehen der Prokura berufen (negative Publizität des Handelsregisters).

Die Erteilung der Prokura selbst war aber entgegen § 53 I HGB auch nicht im Handelsregister eingetragen, sodass durch das Handelsregister kein Rechtsschein für die Prokura entstanden sein konnte. Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass auch der Widerruf der Prokura entgegen § 53 II HGB auch nicht eingetragen werden müsse (sog. „**sekundäre Unrichtigkeit des Handelsregisters**“). Obwohl eine „**Voreintragung**“ im Handelsregister nicht erfolgte, muss nach h.M. der Widerruf der Prokura dennoch eingetragen werden. Dritte können nämlich auch außerhalb des Handelsregisters von der Erteilung der Prokura Kenntnis erlangt haben. Deshalb ist das Erlöschen auch dann anzumelden, wenn die Voreintragung fehlt. Der bloße „**actus contrarius**“ (Widerruf der Prokura) kann wegen der Bedeutung der Prokura Verkehrsschutzgesichtspunkten nicht genügen. Der „Missbrauch“ der Prokura geht daher gem. § 15 I HGB zu Lasten der OHG.

Wer wegen § 116 III S. 1 HGB die Erteilung der Prokura als unwirksam angesehen hat, der käme über eine Umdeutung in eine Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) ebenfalls zu einer ordnungsgemäßen Vertretung der OHG. § 116 III S. 1 HGB betrifft aber nur das Innenverhältnis und lässt die Prokuraerteilung im Außenverhältnis wirksam werden.

Ergebnis: H steht die Werklohnforderung nicht mehr zu.

Frage Teil II: Welchen Rat wird R dem G erteilen?

G wurde von N beim Verkauf der Kommode wirksam vertreten. Der Offenkundigkeit des Vertreterhandels stand nicht entgegen, dass N meinte, „sie“ könne die Kommode dem K verkaufen, da sich das Handeln im Namen des G aus den Umständen nach den Grundsätzen zum unternehmensbezogenen Geschäft ergab, § 164 I S. 2 BGB.

Auch ein Widerruf der Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB scheidet nach deren Betätigung aus.

Zu erörtern war daher die Frage, ob G wegen seines Erklärungsirrtums bei Vollmachtserteilung (§ 119 I Alt. 2 BGB) sich im Wege der Anfechtung seiner kaufvertraglichen Verpflichtung entziehen kann bzw. wem gegenüber die Anfechtung erklärt werden muss.

1. Zunächst war zu erkennen, dass eine Anfechtung des Kaufvertrages gem. §§ 166 I, 119 I BGB nicht in Betracht kommt, da kein Irrtum bei der Vertreterin vorlag, der dem G zugerechnet werden könnte.

2. § 166 II BGB hilft auch nicht weiter. N handelte zwar auf Weisung des G, jedoch stellt diese Vorschrift nach ihrem klaren Wortlaut nur auf das Wissen des Vertretenen ab, aber nicht auf dessen Willensmängel.

3. Fraglich ist, ob in analoger Anwendung des § 166 II BGB für die Frage der Anfechtbarkeit auf Willensmängel in der Person des Vertretenen abgestellt werden kann.

a) Dies wird nach e.A. bejaht und mit dem Grundgedanken des § 166 II BGB begründet, wonach es auf die Willensbildung der Person ankomme, bei der die Entschließung bezüglich des Vertrages liege. Dies sei gem. § 166 I BGB stets der Vertreter, aber bei einem Handeln auf Weisung eben auch der Vertretene.

b) Dagegen wird eingewendet, dass § 166 II BGB eine Ausnahmenvorschrift zum Schutz des Rechtsverkehrs und nicht eine Bestimmung zugunsten des Vertretenen darstellt.

4. Auf eine Entscheidung dieses Streits käme es nicht an, wenn G die Vollmachtserteilung anfechten kann, mit der Folge, dass N bei Abgabe des Kaufangebots gemäß § 177 I BGB ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. G könnte dann die Genehmigung verweigern und den Vertrag damit zu Fall bringen.

Auch diese Frage ist äußerst umstritten. Gegen eine Anfechtung wird insbesondere angeführt, dass § 166 I BGB klarstelle, dass es bei Willensmängeln und der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts grundsätzlich auf die Person des Vertreters ankommt.

Dennoch nimmt die h.M. an, dass die Vollmachtserteilung anfechtbar ist. Die Vollmachtserteilung stellt ein einseitiges, vom Vertretergeschäft getrenntes Rechtsgeschäft dar, sie muss deshalb bei Irrtum des Vollmachtgebers auch selbstständig angefochten werden können. Das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Vertreters, mit dem teilweise die Anfechtbarkeit abgelehnt wird, kann bei der Frage des Anfechtungsempfängers berücksichtigt werden.

5. Der Anfechtungsgegner bestimmt sich grundsätzlich nach § 143 I und III BGB. Bei der Innenvollmacht wäre dies grds. der Vertreter.

Bei der **betätigten** Innenvollmacht bestehen jedoch Bedenken, wenn die Vollmacht nur durch Anfechtung gegenüber dem Vertreter rückwirkend beseitigt werden könnte, da dem Vertragspartner K dessen schon begründeter Anspruch entzogen würde, ohne dass er davon etwas erfahren müsste. Er hätte auch keinen direkten Schadensersatzanspruch gem. § 122 I BGB gegenüber dem vertretenen G, sondern nur gegen die Vertreterin N, § 179 II BGB. Wegen dieser Verschiebung des Insolvenzrisikos muss nach zutreffender h.M. die **betätigte Innenvollmacht zumindest auch dem K** gegenüber angefochten werden.

Die Anfechtung hat zwar zunächst nur den Sinn, die Innenvollmacht zu beseitigen, jedoch zielt sie im Ergebnis zugleich auf die Vernichtung des Vertretergeschäfts. Dem muss die Regelung bzgl. des Anfechtungsgegners entsprechen.

Nach e.A. kann G den Kaufvertrag analog §§ 166 II, 119 I BGB anfechten, nach a.A. kann G die Vollmacht anfechten, muss diese aber zumindest auch dem K gegenüber erklären.

6. Allerdings will G auch noch wissen, ob dadurch der Kaufvertrag gegenstandslos wird. Dies wäre nicht der Fall, wenn nach Beseitigung der Vollmacht durch Anfechtung die Rechtsscheinsvollmacht des **§ 56 HGB (Ladenangestellter)** eingreifen würde, die im Wege der Anfechtung nach h.M. nicht beseitigt werden kann.

Da mit „angestellt“ keine rechtsgeschäftliche Anstellung gemeint ist und auch Familienmitglieder hierunter fallen (auch wenn sie minderjährig sind), würde die Anfechtung der Vollmacht dem G wegen § 56 HGB im Ergebnis nichts bringen.

hemmer-Trainingsplan-Info: Absoluter Volltreffer! Sämtliche Fragen wurden ausführlich identisch im Hauptkurs behandelt. Die Probleme zur fehlerhaften Gesellschaft werden besprochen im **Fall 9, Handels- und GesR**. Sämtliche Probleme bei der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaftsgründung wurden im Crashkurs vor dem Examen in einer Übersicht dargestellt. Die sekundäre Unrichtigkeit des Handelsregisters im Zusammenhang mit Erteilung und Widerruf der Prokura ist Gegenstand von **Fall 3, Handels- und GesR**. Die Folgen der Gründung einer OHG aus einem einzelkaufmännischen Unternehmen (§ 28 HGB) werden im **Fall 3, Handels- und GesR** anhand einer KG besprochen. Das Problem des Irrtums bei der Bevollmächtigung wird mit einem nahezu identischen Sachverhalt in **Fall 19 BGB-AT** ausführlich problematisiert.

Klausur Nr. 3:

Problemstellung: Umfangreiche und etwas schwierigere Klausur mit folgenden Problemkreisen: **Haustürgeschäft, provozierte Bestellung, Widerruf, hilfsweise Rücktritt wegen eines Mangels, Unwirksamkeit eines Prozessvergleich aus prozessualen Gründen**

Sachverhalt: Die A-GmbH aus Würzburg ruft bei P in Schweinfurt an, um dieser ein neues Raumreinigungsgerät vor Ort zu präsentieren. P willigt ein. Am 06.02.2009 wird P vom Vertreter B der A-GmbH aufgesucht. Da die vom Gerät begeisterte P den Kaufpreis von 3.500,- € nicht zahlen kann, bot B der P an, von der K-Bank ein zinsloses Darlehen zu erhalten. Der unterschriebene Kaufvertrag enthielt keine Widerrufsbelehrung.

Am 20.02.2009 erhielt B von der K-Bank die Darlehensunterlagen. Diese enthielten eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung über ein Haustürwiderrufsrecht bzgl. des Kaufvertrages mit der A-GmbH. P schickt den unterschriebenen Kreditvertrag an die K-Bank zurück, die daraufhin die 3.500,- € an die A-GmbH überweist.

Am 29.05.2009 erklärt der wirksam bevollmächtigte Rechtsanwalt E im Namen von P den Widerruf des Kaufvertragsschlusses. Hilfsweise erklärt er den Rücktritt, weil sich das Gerät an holprigen Stellen abschaltet.

Die A-GmbH meint, P sei ordnungsgemäß von der K-Bank belehrt worden; außerdem stehe in den AGB, dass offensichtliche Mängel zwei Wochen nach Erhalt der Ware gerügt werden müssten. Aus Kulanz zahlt die A-GmbH ohne Anerkennung einer Rechtspflicht 200,- € an P.

P klagt beim AG Schweinfurt auf Zahlung von 3.300,- € Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Geräts. Ein Sachverständiger stellt fest, dass das Abschalten kein Mangel, sondern ein Sicherheitsmechanismus sei. Allerdings sei die Wasserpumpe defekt und damit eine Zusatzfunktion eingeschränkt. Mit dem Abschalten des Geräts habe dies aber nichts zu tun.

In der mündlichen Verhandlung im Juli erhebt A-GmbH Widerklage auf Rückzahlung der 200,- €, da P den außergerichtlichen Vergleichsvorschlag nicht akzeptiert habe.

Nach Hinweis auf die schlechten Chancen schließt Geschäftsführer H namens der A-GmbH einen Vergleich, in dem die A-GmbH gegen Erstattung von 2.500,- € das Gerät zurücknimmt. Der Vergleich wird in das Diktiergerät der Richterin gesprochen. Dieses Protokoll wurde aber weder vorgespielt noch genehmigt. H hält den Vergleich daher für unwirksam. Im Übrigen hält er die Klage für unzulässig, da der Sitz der GmbH in Würzburg sei und laut der eigenen AGB dort geklagte werden müsse.

Fragen:

1. Ist der in der mündlichen Verhandlung abgeschlossene Vergleich wirksam?
2. Unterstellt, der Vergleich ist unwirksam:
 - a) Kann der Prozess dann fortgesetzt werden und wenn ja, wie?

b) Haben die Klage der P auf Zahlung von 3.300,- € und die Widerklage der A-GmbH auf Zahlung i.H.v. 200,- € Aussicht auf Erfolg?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1: Ist der in der mündlichen Verhandlung abgeschlossene Vergleich wirksam?

Der Vergleich muss vor einem deutschen Gericht in Anwesenheit beider Parteien abgeschlossen werden. Ob das Gericht sachlich und/oder örtlich zuständig war, spielt dabei keine Rolle. Auf die von H gerügte Zuständigkeit des Gerichts kam es an dieser Stelle also nicht entscheidend an.

Für die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs müssen aber verschiedene Formerfordernisse erfüllt sein.

So muss der Vergleich gemäß § 160 III Nr. 1 ZPO in das Sitzungsprotokoll aufgenommen werden. Dies ist im vorliegenden Fall geschehen, da gem. § 160a ZPO das Protokoll vorläufig auf einem Tonträger (Diktiergerät!) aufgezeichnet werden kann.

Dieses „vorläufige“ Protokoll ist den Parteien aber dann vorzuspielen (§ 162 I S. 2 ZPO) und bedarf anschließend der Genehmigung der Parteien gemäß § 162 I S. 3 ZPO. Daran fehlt es, sodass der Prozessvergleich aus formalen Gründen unwirksam war.

Wegen der Doppelnatur des Prozessvergleichs (privatrechtlicher Vertrag mit prozessualen Wirkungen) stehen prozessualer und materiell-rechtlicher Regelungsbestandteil nicht isoliert nebeneinander, sondern bedingen sich in ihrer Wirksamkeit gegenseitig, sodass auch der materiell-rechtliche Teil des Vergleichs unwirksam ist. Bei prozessualen Unwirksamkeitsgründen stellt sich jedoch die Frage, ob der Vergleichsinhalt durch Umdeutung, § 140 BGB, oder Auslegung, §§ 133, 157 BGB, wenigstens in materiell-rechtlicher Hinsicht aufrechterhalten werden kann. Dies ist unter Zugrundelegung des hypothetischen Parteiwillens zu beantworten und i.d.R. zu verneinen, da die Parteien oftmals einen Vergleich nur mit Vollstreckungsmöglichkeit wollen. Dies setzt aber einen wirksamen Prozessvergleich voraus. Im Übrigen wäre bei der Aufrechterhaltung das Gericht bei der Fortsetzung des alten Rechtsstreits an die durch den Vergleich neu geordnete materielle Rechtslage gebunden. Auch dies ist nicht gewollt.

Daher ist der Prozessvergleich insgesamt unwirksam.

Frage 2: Unterstellt, der Vergleich ist unwirksam:

a) Kann der Prozess dann fortgesetzt werden und wenn ja, wie?

Ein wirksamer Prozessvergleich hat prozessbeendigende Wirkung, d.h. die Rechtshängigkeit des Verfahrens endet. Diese Folge lässt sich insbesondere der Kostenvorschrift des § 98 ZPO entnehmen. Diese Wirkung tritt bei unwirksamen Vergleichen nicht ein. Dabei muss allerdings danach unterschieden werden, ob der Prozessvergleich einmal wirksam war und ex nunc beseitigt wurde (z.B. Rücktritt vom Prozessvergleich) oder ob die Unwirksamkeit dem Vergleich von Anfang an anhaftet.

Bei der hier gegebenen prozessualen Unwirksamkeit des Prozessvergleichs kommt eine Prozessbeendigung von vornherein nicht in Betracht. Der bisherige Prozess wird dabei fortgesetzt und bisherige Prozessergebnisse können weiter verwertet werden. Der „alte“ Prozess wird dadurch fortgesetzt, dass auf Antrag derjenigen Partei, welche die Unwirksamkeit behauptet, ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt wird (§ 216 ZPO).

b) Haben die Klage der P auf Zahlung von 3.300,- € und die Widerklage der A-GmbH auf Zahlung i.H.v. 200,- € Aussicht auf Erfolg?

Dieser Teil der Klausur war der Schwerpunkt. Die Fragen 1. und 2.a) dienten zum „Aufwärmen“.

aa) Zulässigkeit der Klage der P auf Zahlung der 3.300,- €

Die gem. § 13 I GmbHG, § 50 I ZPO parteifähige GmbH wurde durch Ihren Geschäftsführer im Prozess ordnungsgemäß vertreten (§ 35 GmbHG, § 51 I ZPO). Bei einem Streitwert von 3.300,- € ist das Amtsgericht sachlich zuständig, § 1 ZPO, § 23 Nr. 1 GVG.

Die örtliche Zuständigkeit des AG Schweinfurt folgt nicht aus §§ 12, 17 ZPO, da der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten in Würzburg wäre. Auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist in Würzburg (§ 29 ZPO, §§ 269, 270 IV BGB). Zu erkennen war, dass hier der Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. **§ 29c ZPO** zur Anwendung kommt.

Ein Haustürgeschäft i.S.d. § 312 I Nr. 1 BGB lag vor. Da P aus Schweinfurt stammt, war das AG Schweinfurt für ihre Klage örtlich zuständig.

Etwas anderes könnte sich aber aus den AGB der A-GmbH ergeben, wonach der Gerichtsstand in Würzburg sein soll. Diese Gerichtsstandsvereinbarung ist aber unwirksam. Die Unzulässigkeit folgt zwar nicht aus §§ 40 II S. 1 Nr. 2, 29c III ZPO, da § 29c ZPO nur bei Klagen gegen den Verbraucher einen ausschließlichen Gerichtsstand begründet, § 29c I S. 2 ZPO.

Für Klagen des Verbrauchers handelt es sich um einen besonderen Gerichtsstand. Allerdings regelt § 38 III S. 1 ZPO, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nur zulässig ist, wenn sie ausdrücklich, schriftlich und nach Entstehen der Streitigkeit geschlossen wird. In AGB kann daher im nichtkaufmännischen Verkehr keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden.

bb) Begründetheit der Klage der P auf Zahlung der 3.300,- €

(1) Der Anspruch auf Rückzahlung könnte sich aus §§ 346 I, 357 I S. 1 BGB ergeben.

(a) P stand ein Widerrufsrecht nach § 312 I S. 1 Nr. 1 BGB zu. Die vorherige telefonische Ankündigung lässt als das Widerrufsrecht nicht nach § 312 III Nr. 1 BGB entfallen. Wenn durch gezielte Werbemaßnahmen auf den Verbraucher eingewirkt wird, um ihn zur Abgabe einer Bestellerklärung zu bewegen, dann handelt es sich um eine sog. „provozierte Bestellung“.

Nach h.M. ist § 312 III Nr. 1 BGB auf eine solche **provozierte Bestellung** nicht anzuwenden, sodass der P das Widerrufsrecht nach §§ 312 I S. 1 Nr. 1, 355 I BGB zusteht.

Das Widerrufsrecht könnte aber gem. § 312a BGB ausgeschlossen sein, wenn ein Widerrufsrecht nach § 495 BGB besteht und dadurch gem. § 358 II S. 1 BGB auch der Kaufvertrag wegfällt.

Dies ist jedoch aus zwei Gründen nicht der Fall: Zum einen lag ein zinsloses Darlehen vor, sodass §§ 491, 495 BGB nicht einschlägig sind, zum anderen regelt § 358 II S. 2 BGB beim verbundenen Geschäft wiederum den Vorrang des Haustürwiderrufsrechts.

Hinweis: Aufgrund des Sachverhalts war klar, dass Ausführungen zu § 358 BGB gewollt waren: Das Darlehen dient der Finanzierung des Kaufpreises und beide Verträge bilden eine wirtschaftliche Einheit, vgl. § 358 III BGB. Das Problem ist nur, dass hier mangels Entgeltlichkeit des Darlehens („Zinsloses Darlehen“) kein Verbraucherdarlehen vorliegt, wie es § 358 BGB aber verlangt.

(b) E hat als Vertreter formwirksam (§ 355 I S. 2 BGB) im Namen der P gem. § 164 I BGB den Widerruf erklärt. Fraglich war aber, ob der Widerruf noch fristgerecht erfolgte. Die hier längst verstrichene Zwei-Wochenfrist des § 355 I S. 2 BGB beginnt nach § 355 II S. 1 BGB nur dann, wenn der Verbraucher bei Vertragsschluss über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt wurde. Dies war hier nicht der Fall.

Allerdings enthielt das Darlehensformular der K-Bank eine ordnungsgemäße Belehrung. Bei verbundenen Geschäften kann sich der Unternehmer der Mitwirkung des Kreditgebers bedienen. Wenn man ein verbundenes Geschäft bejaht, war die Belehrung ausreichend, setzt allerdings eine Monatsfrist in Gang, da sie nach Vertragsschluss erfolgte (vgl. § 355 II S. 2 BGB). Diese Frist war jedoch abgelaufen, sodass der Widerruf verfristet war (verneint man absolut vertretbar die ordnungsgemäße Belehrung, so lief gem. § 355 III S. 3 BGB gar keine Frist; in diesem Fall stünde der P ein Rückzahlungsanspruch aus §§ 346 I, 357 I S. 1 BGB zu und die Klage wäre begründet).

(2) Zu prüfen war noch ein Anspruch aus § 346 I BGB nach erklärtem Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB. Der Rücktritt war jedoch nicht wirksam. Der Rücktritt scheitert zwar nicht an der in den AGB der A-GmbH zweiwöchigen Rügeobliegenheit hinsichtlich offensichtlicher Mängel, da diese Regelung beim Verbrauchsgüterkauf wegen § 475 I S. 1 BGB nicht zulässig war.

Allerdings stellt das Abschalten keinen Mangel i.S.d. § 434 BGB dar. Der später festgestellte Wasserpumpendefekt ist zwar ein Sachmangel, jedoch hätte die P der A-GmbH eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen müssen. Die Berufung auf die unwirksamen AGB seitens der A-GmbH kann diesbezüglich keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung darstellen, da die A-GmbH vom versteckten Pumpendefekt zu dieser Zeit noch gar nichts wusste.

Je nachdem wie man sich beim Widerruf entschied war die Klage begründet bzw. unbegründet.

cc) Zulässigkeit der Widerklage der A-GmbH auf Zahlung i.H.v. 200,- €

Die Widerklage war zulässig. Die örtliche Zuständigkeit des AG Schweinfurt folgt aufgrund der Konnektivität von Klage- und Widerklageanspruch aus § 33 I ZPO. § 33 II ZPO kommt nicht zur Anwendung, da für die Klage kein ausschließlicher Gerichtsstand vorlag (s.o.). Jedenfalls stellt auch § 29c II ZPO klar, dass im Fall des § 29c ZPO die Vorschrift des § 33 II ZPO nicht gilt und daher eine Widerklage möglich ist.

Dass die Widerklage erst in der mündlichen Verhandlung erhoben wurde, steht gem. §§ 495, 261 II ZPO deren Wirksamkeit nicht entgegen.

dd) Begründetheit der Widerklage der A-GmbH auf Zahlung i.H.v. 200,- €

Ein Anspruch könnte sich aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB ergeben.

Verneinte man oben einen fristgerechten Widerruf, so war die A-GmbH gegenüber P zur Rückzahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet und die Zahlung erfolgte ohne Rechtsgrund. Bejahte man hingegen den fristgerechten Widerruf geschah die Zahlung mit Rechtsgrund

Da die A-GmbH ohne Anerkennung einer Rechtspflicht leistete, steht dem Anspruch jedenfalls nicht der Ausschlussbestand des § 814 Alt. 1 BGB entgegen.

Die Begründetheit der Widerklage hing also davon ab, wie man sich zum Widerruf entschieden hat.

hemmer-Trainingsplan-Info: Die Unwirksamkeit des Prozessvergleichs bei fehlender Protokollierung bzw. fehlendem Vorlesen und Genehmigen (hier Vorspielen) wird in **Fall 10, ZPO/1** besprochen. Die Folgen der Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs sind Gegenstand der Vertiefungsfragen zu diesem Fall und von **Fall 7, ArbeitsR.**

Das Haustürwiderrufsrecht und das Problem der provozierten Bestellung werden in **Fall 20, BGB-AT** sehr ausführlich abgehandelt. Die Widerklage als Klassiker wird in **Fall 9, ZPO** besprochen.

B) Strafrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- **gewohnte Einteilung in materiellen und prozessualen Teil**
- **abermals viele Delikte anzusprechen, allerdings nur eines Beteiligten**
- **strafprozessuale Zusatzfrage über Fehler bei der Beweiserhebung und Auswirkungen auf die Beweisverwertung**

Klausur Nr. 4:

Sachverhalt des materiellen Teils (verkürzt): Der sechzehnjährige S möchte in die Motorradgang des M aufgenommen werden. Daher willigt er in eine „Mutprobe“ ein, wobei ihm das Ertragen von drei Schlägen mit einem Rohrstock durch M die Aufnahme in die Gang ermöglichen soll. Nach zwei Schlägen lässt M von S ab und bezeichnet ihn dabei als „Weichling“.

Danach will M das gemeinsam besuchte Lokal verlassen, ohne seine Zeche zu bezahlen. Aus Angst vor einer ihm auflauernden feindlichen Gang nimmt er dabei ein Küchenmesser an sich, das auf dem Tresen liegt, und steckt es in seine Manteltasche. Dabei wird er von Barkeeper K beobachtet.

K läuft M nach, um das Messer wieder zu erlangen. Hierbei nimmt er den sich wehrenden M in den Schwitzkasten. Dagegen setzt sich M erst ohne Erfolg mit Hilfe eines Ellenbogenstoßes zu Wehr, danach sticht er auf K mit bedingtem Tötungsvorsatz mit dem Messer auf K ein. Die Verletzung bei K hält M für tödlich, daher informiert er den Rettungsdienst. In der Zwischenzeit wird der nur leicht verletzte K aber vom zufällig vorbeikommenden D mit Hilfe des Messers getötet.

Fallfrage: Strafbarkeit von M nach dem StGB?

Sachverhalt des prozessualen Teils (ebenfalls verkürzt): Auf dem Weg nach Hause wird der M in seinem Pkw vom Polizisten P angehalten, der dabei bei M einen deutlichen Alkoholgeruch wahrnimmt. Trotz Weigerung des M, nimmt der P diesen mit zur Rechtsmedizin und lässt M eine fachgerecht durchgeführte Blutprobe entnehmen. Diese ergibt eine BAK von 1,5 Promille. Ein Richter wurde dabei nicht beteiligt, da der P davon ausging, dass der hierfür zuständige Richter beim Mittagessen sei (es war Mittwoch, 13 Uhr).

Fallfrage: Rechtmäßigkeit der Blutentnahme und Verwertbarkeit der Blutprobe im Strafverfahren gegen M?

Skizzierung der wesentlichen inhaltlichen Probleme:

Materiell-rechtlich musste zunächst eine Einteilung in Tatkomplexe erfolgen; hier war wohl die Bildung von drei Tatkomplexen (Mutprobe, Zechprellerei und Mitnahme des Messers, sowie die Geschehnisse nach dem Verlassen des Lokals) sinnvoll.

Bzgl. der Mutprobe waren zunächst §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 (evtl. auch Nr. 3 prüfen, aber ablehnen) StGB anzusprechen. In dem Rohrstock ist ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB zu sehen, außerdem sind zwei Schläge hiermit auf den Kopf auch abstrakt (wohl sogar auch konkret) lebensgefährlich i.S.d. Nr. 5. Bereits im Rahmen des Tatbestands sollte kurz auf das Einverständnis des S eingegangen werden (Abgrenzung: tatbestandsausschließendes Einverständnis <-> rechtfertigende Einwilligung).

Als Rechtfertigungsgrund kommt hier die Einwilligung des S in Betracht, wobei die Entscheidung, ob diese sittenwidrig und damit nicht rechtfertigend wirkt, vgl. § 228 StGB, dahinstehen kann. Denn hier war der S zwar als sechzehnjähriger wohl schon einsichtsfähig und damit auch über seine körperliche Integrität dispositionsbefugt.

Allerdings hatte der M von Anfang an vor, den S nicht in die Gang aufzunehmen; eine Einwilligung muss aber, damit sie rechtfertigend wirken kann, irrtumsfrei erteilt worden sein. Dies ist bei einer (für die Einwilligung kausalen) Täuschung seitens des Täters nicht der Fall.

Daneben durfte § 185 StGB nicht übersehen werden, den M hier durch die Bezeichnung als „Weichling“ (= Kundgabe von Nichtachtung) verwirklicht hat; Aussagen der Beteiligten in Anführungszeichen im Sachverhalt sind meist ein sicheres Indiz hierfür (a.A. vertr.). Hinsichtlich der nicht gezahlten Zeche war zunächst an einen Betrug zu denken, der aber mangels Täuschung ausscheidet, da M z.Zt. der Bestellung (in dubio pro reo) noch zahlungsbereit war. Mangels Garantenstellung scheidet auch § 263 I StGB durch Unterlassen (§ 13 I StGB) aus.

Auch § 246 I StGB war bezüglich der Speisen anzuprüfen, allerdings verzehrte M diese mit (tatbestandsausschließendem) Einverständnis des Wirtes. Selbst wenn man einen Eigentumsvorbehalt, aufschiebend bedingt bis zur Zahlung der Zeche, konstruieren will, so waren die Speisen zur Zeit des Verlassens des Lokals nicht mehr im Eigentum des Wirtes, da dieser mit Verzehr durch M sein Eigentum verloren hatte.

Durch das Einstecken des Messers hat M den Tatbestand des § 242 I StGB erfüllt, den Gewahrsam daran brach er schon mit dem Verbringen in seine Manteltasche (= Gewahrsamsenklaue, Apprehensionstheorie). Dabei war auch zu erkennen, dass der Diebstahl beobachtet wurde (von K), was aber zumindest nach h.M. nichts am Gewahrsamsbruch ändert. Bei der Rechtswidrigkeit waren §§ 228, 904 BGB und § 34 StGB anzusprechen. § 228 BGB ist nicht einschlägig, da von dem Messer keine Gefahr ausgeht. Allerdings nahm M das Messer (auch) an sich, um sich gegen eine feindliche, ihm auflauernde Gang wehren zu können. Hierbei ist jedoch schon die Gegenwärtigkeit fraglich, kann aber dahinstehen, da die Tat schon weder notwendig (§ 904 S. 1 BGB) noch ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr (§ 34 S. 1 StGB) war. M hätte vielmehr die Polizei einschalten können und müssen (Gewaltmonopol des Staates). Ein Strafantrag ist hier aufgrund des Wertes des Messers (100,- €) nicht nötig, vgl. Umkehrschluss aus § 248a StGB.

Im letzten Tatbestand konnte zuerst § 223 I StGB hinsichtlich des Ellenbogenstoßes angesprochen werden. I.R.d. Rechtswidrigkeit war im Anschluss daran inzident zu prüfen, ob der Angriff des K auf M (Schwitzkasten) seinerseits gerechtfertigt war, was wegen § 127 I StPO, aber auch wegen § 32 I StGB der Fall war.

Bei §§ 212 I, 211 I StGB war das Handeln des M zwar kausal für den Tod des K, diesem aber nicht mehr objektiv zurechenbar, da sich hier durch das Dazwischentreten des D eine völlig neue Gefahr verwirklicht hat. Zumindest war dieser Kausalverlauf nicht mehr vom Vorsatz umfasst. Somit kommt nur ein Versuch in Betracht, wobei der M hier mit bedingtem Tötungsvorsatz zustach. Bei den Mordmerkmalen konnten Habgier, niedrige Beweggründe und Heimtücke angesprochen, aber zumindest aufgrund der restriktiven Handhabung der Mordmerkmale verneint werden. Bzgl. der Rechtswidrigkeit konnte dann auf oben verwiesen werden. Beim Rücktritt war zunächst die Unterscheidung beendeter/unbeendeter Versuch entscheidend; da es hierfür einzig auf die Tätersicht ankommt, lag hier ein beendeter Versuch vor. Demnach konnte M nur unter den Voraussetzungen des § 24 I S. 1 Alt. 2 StGB zurücktreten, wobei hier zu problematisieren war, dass K hier ja gar nicht lebensgefährlich verletzt wurde, M also den Erfolg gar nicht verhindern konnte (vgl. auch § 24 I S. 2 StGB).

Daneben war ein schwerer räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB i.V.m. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 Alt. 2 Nr. 3b StGB) und eine gefährliche Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 Nr. 5 StGB) anzusprechen und zu bejahen. Der M handelte hier nämlich auch gerade mit Beuteerhaltungsabsicht.

Auch durfte der Versuch der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB (über § 252 StGB i.V.m. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 Alt. 2 Nr. 3b StGB) nicht übersehen werden, bedingter Vorsatz ist im „leichtfertig“ des § 251 StGB mitenthalten. Allerdings muss auch hierfür der Rücktritt des § 24 I Alt. 2 StGB zur Anwendung kommen.

Schließlich waren noch § 227 StGB und § 222 StGB zu prüfen und aufgrund des Dazwischentreten des D zu verneinen.

Strafprozessual war zunächst auf die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung einzugehen, wobei durch die zweite Teilfrage (Verwertungsmöglichkeit) die Klausurtaktik die Rechtswidrigkeit der Maßnahme nahe legte. Hier war nun § 81a StPO zu prüfen, wobei insofern die Voraussetzungen des Abs. I gegeben waren bzw. eingehalten wurden (Feststellung der BAK war für ein Strafverfahren notwendig, Blutentnahme wurde von einem approbierten Arzt durchgeführt). Problematisch erscheint einzig, dass entgegen Abs. II kein Richter, sondern P die Blutentnahme anordnete. Hier musste nun das Vorliegen von Gefahr in Verzug geprüft werden. Aufgrund der Rückrechnung zugunsten des Angeklagten in einem späteren Verfahren (Annahme von einem Abbau von 0,1 Promille/h, normal sind 0,15 Promille/h) muss die Blutentnahme aufgrund des Abbaus des Alkohols im Körper möglichst schnell durchgeführt werden, um den Untersuchungserfolg nicht zu gefährden.

Dies alleine kann hier aber nicht ausreichen, ansonsten würde der Richtervorbehalt in § 81a II StPO viel zu oft leer laufen. An einem ganz normalem Werktag reicht die alleinige Vermutung, der Richter

sei beim Mittagessen, nicht aus. Vielmehr hätte zumindest ein Anruf erfolgen müssen. Da die Hilfsperson der Staatsanwaltschaft P (vgl. § 152 II GVG) dies unterließ, liegt ein Verstoß gegen § 81a II StPO durch die trotzdem erfolgte Blutentnahme vor. Diese ist also rechtswidrig erfolgt.

Nicht jeder Verstoß bei der Beweiserhebung führt jedoch zu einem Beweisverwertungsverbot. Je nachdem welcher Ansicht man folgt, muss auf den Schutzzweck der verletzen Norm abgestellt werden bzw. mit der Rechtsprechung eine Abwägung erfolgen (die Rechtskreistheorie ist hingegen abzulehnen). Hier waren nun wohl beide Ansichten vertretbar. U.E. ist aber die Annahme eines Verwertungsverbot vorzuzugswürdig, da § 81a II StPO gerade den Beschuldigten vor willkürlichen Maßnahmen der Ermittlungsbehörden schützen will (im Gegensatz zu einem Verstoß gegen Abs. I, wenn kein approbierter Arzt die Blutprobe entnimmt, da dies nur die Gesundheit des Beschuldigten schützen soll) und damit Ausfluss der Gewaltenteilung (Kontrollfunktion der Gerichte) ist. Würde man den Abs. II zu einer bloßen Ordnungsvorschrift verkommen lassen, so könnten die Ermittlungsbehörden ohne Risiko den Richter außen vor lassen, es bestünde also die Gefahr, dass das Regel-Ausnahme-Prinzip umgekehrt werden würde. A.A. aber hier wohl das BVerfG (vgl. Life & Law 2009, Heft 1, S. 47 ff., mit exakt (!) der gleichen Problematik zu § 81a I StPO nur i.R. einer Verfassungsbeschwerde über die Beweisverwertung einer solchen Blutprobe), wobei aber zu beachten ist, dass dieses gerade keine eigene Abwägung getroffen hat, sondern vielmehr nur die Entscheidung des verwertenden Gerichts auf Verletzung spezifischen Verfassungsrechts überprüft hat. Falls man zu einem Verwertungsverbot kam, konnte noch kurz die Notwendigkeit eines Widerspruchs gegen die Verwertung seitens des M bzw. seines Verteidigers angesprochen werden (sog. Widerspruchslösung des BGH).

hemmer-Trainingsplan-Info: Die maßgeblichen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme waren umfassend Gegenstand des Hemmer-Hauptkurses zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung. Die Versuchs- und Rücktrittsproblematik wurde in **Fall 2 unseres Hauptkursprogramms** problematisiert. Zudem wurde im **Fall 6** die Problematik der rechtfertigenden Einwilligung, insbesondere hinsichtlich des § 228 StGB dargestellt. Dass auch die Standard-Delikte wie Diebstahl, Unterschlagung und (gefährliche) Körperverletzung ausführlichst besprochen wurden, versteht sich von selbst (z.B. werden die Probleme des beobachteten Diebstahls sowie des § 252 StGB im Rahmen von **Fall 11** mitbesprochen). Unsere Kursteilnehmer waren diesbezüglich bestens vorbereitet. Das strafprozessuale Problem war wie gesehen für aufmerksame Life & Law-Leser (2009, Heft 1, S. 47 ff.) bekannt. Daneben behandelt **Fall 8 unseres Hauptkursprogramms zur StPO** ausführlich Verstöße bei der Beweiserhebung und v.a. die Auswirkung auf die anschließende Verwertung mit allen relevanten Theorien hierzu.

C) Öffentliches Recht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- **eine klassische Sicherheitsrechtsklausur und**
- **zum wiederholten mal eine reine Staats- und Europarechtsklausur**
- **wie im letzten Examen: für jeden, der im Europarecht nicht auf Lücke gesetzt hat, ein machbares, faires Examen**

Klausur Nr. 5:

Problemstellung: In der ersten öffentlich-rechtlichen Klausur werden die Examenskandidaten vor klassische Fragen des Sicherheitsrechts gestellt.

Sachverhalt: Auf einem unbebauten Grundstück in der Nähe eines Kinderhortes werden auf mehreren Bäumen die Nester von Eichenprozessionsspinnern gefunden. Hierbei handelt es sich um eine Schmetterlingsart, deren Raupen in großen Nestern leben, die aus Kot und Gifthaaren gebildet werden. Diese Haare führen bei Berührung zu starkem Juckreiz, Ausschlag und Fieber, bei Menschen, die zu allergischen Reaktionen neigen, kann es sogar zu lebensgefährlichen Bedrohungen kommen. Nachdem die Große Kreisstadt Burgbach, in deren Gemarkung das Grundstück liegt, von der Existenz dieser Nester erfährt, führt der Oberbürgermeister der Gemeinde am 16.06.2009 zusammen mit einer Sachverständigen eine Ortsbesichtigung durch. Die Sachverständige weist den Bürgermeister auf die oben geschilderten Gefahren sowie darauf hin, dass es bei dem angekündigten warmen Wetter in zwei Wochen zu einem massenhaften Flug der Gifthaare kommen kann, sodass nicht nur der Kinderhort möglicherweise geschlossen werden müsste, sondern auch die Bewohner des nahe gelegenen Ortsteils Kulmau sich nicht mehr im Freien aufhalten könnten. Die Sachverständige empfiehlt die sofortige Beseitigung der Nester.

Der Oberbürgermeister lässt noch am selben Tag Schilder aufstellen, auf denen das Betreten des Grundstücks ohne geeignete Schutzkleidung verboten wird. Ebenfalls noch am selben Tag wird die Eigentümerin des Grundstücks, die 81-jährige Witwe Waltraud Wolf informiert, dass beabsichtigt sei, sie zur Beseitigung der Nester zu verpflichten. Diese antwortet, dass sie zwar ebenfalls an der Beseitigung der Nester interessiert sei, aber schon deshalb dazu nicht in der Lage sei, da sie sich ab 19.06.2009 für zwei Wochen im Urlaub befindet.

Daraufhin beauftragt der Oberbürgermeister eine Fachfirma, die zufällig noch einen Termin frei hat, mit der Beseitigung der Nester. Mit Bescheid vom 13.07.2009 wird die Eigentümerin Wolf verpflichtet, die hierfür angefallenen Kosten in Höhe von 7.000,- € zu zahlen.

Bereits Mitte Juli erhebt Frau Wolf eine Klage, die sowohl gegen den Kostenbescheid als auch darauf gerichtet ist, festzustellen, dass das Betretungsverbot rechtswidrig gewesen sei. Den Feststellungsantrag begründet sie mit einer Wiederholungsgefahr. Der Kostenbescheid sei schon deshalb rechtswidrig, weil sie keinerlei Einfluss auf das Verhalten der Raupen gehabt habe, sodass sie nicht die Störerin sei. Außerdem sei der Kostenbescheid unverhältnismäßig, da er bei einem Grundstückswert von 8.000,- € eine faktische Enteignung darstelle.

In einem Gutachten sind die Erfolgsaussichten der Klage zu klären.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme: Hinsichtlich der **Feststellungsklage** ist bereits die Zulässigkeit fraglich. In der Statthaftigkeit ist abzugrenzen zwischen einer analogen Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO und der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 I VwGO. Letztlich macht es für die weitere Lösung keinen großen Unterschied, wie man sich hier entscheidet: In beiden Fällen sind Klagebefugnis und Feststellungsinteresse zu problematisieren, während Vorverfahren und Klagefrist nur einen Nebensatz wert sind: Für die Feststellungsklage gelten §§ 68, 74 VwGO ohnehin nicht, im Fall der analogen Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO ist zwar beides strittig, angesichts des Art. 15 AGVwGO kann hier aber kein Vorverfahren statthaft sein, die Klagefrist wäre unproblematisch gewahrt. Die Klagebefugnis der W ist schon deshalb zu bejahen, da auch ihr als Eigentümerin des Grundstücks dessen Betreten untersagt wurde, sodass eine Verletzung des Art. 14 I S. 1 GG zumindest möglich ist. Deutlich problematischer ist das besondere Feststellungsinteresse. Die von der Klägerin behauptete Wiederholungsgefahr erscheint zu vage: Nachdem die Nester beseitigt sind, hängt die Möglichkeit einer Wiederholung der Situation von dem reinen Zufall ab, ob die kleinen Tierchen auch in den nächsten Jahren ihre Nester auf dem Grundstück der W errichten.

In der Begründetheit der (Fortsetzungs-)Feststellungsklage ist die Rechtsgrundlage für das Verbot, das Grundstück zu betreten, in Art. 26 I LStVG zu finden. In formeller Hinsicht ist hierbei die fehlende Anhörung zu diskutieren, allerdings war diese nach Art. 28 II Nr. 1, 4 BayVwVfG entbehrlich. In materieller Hinsicht besteht bei Betreten des Grundstücks eine konkrete Gesundheitsgefahr, sodass die Voraussetzungen des Art. 26 I LStVG vorliegen, fraglich ist allerdings die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, Art. 8 LStVG. Dafür spricht, dass das Betreten nicht komplett untersagt wird, sondern lediglich ohne geeignete Schutzkleidung. Dagegen spricht, dass auch Warnhinweise den Gesundheitsschutz genauso effektiv erreichen könnten. Wer trotz eines solchen Warnhinweises sich den Gefahren aussetzt, gefährdet sich zulässigerweise selbst. Allerdings befinden sich daneben ein Kinderhort und damit Kinder. Diese können evtl. die Gefahren nicht richtig einschätzen, andererseits könnte aber auch ein Verbot erst „anlockend“ wirken.

Hinsichtlich des Kostenbescheides ist die Anfechtungsklage unproblematisch zulässig. In der Begründetheit muss herausgearbeitet werden, dass die Rechtmäßigkeit der Kostenerhebung die Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Maßnahme voraussetzt, vgl. Art. 16 V KostenG. Hier ist abzugrenzen zwischen der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme nach Art. 7 II Nr. 3, III LStVG und einer Ersatzvornahme nach Art. 32 BayVwZVG. Da der Beseitigung der Nester kein Verwaltungsakt, sondern nur dessen Ankündigung vorausging und das BayVwZVG keinen Sofortvollzug kennt, kann es letztlich nur eine unmittelbare Ausführung sein. Die Voraussetzungen des Art. 7 II Nr. 3, III LStVG liegen dabei vor: Die Nester stellen eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen dar, die nach Einschätzung der Sachverständigen bei dem zu erwartenden warmen Wetter sogar noch zunehmen wird. Ein Vorgehen gegen die Eigentümerin war aufgrund deren angekündigter Abwesenheit sinnlos, sofortiges Handeln war auch aufgrund der „Terminknappheit“ der Fachunternehmen angebracht. Allerdings kann der Kostenbescheid nur an den Verursacher der Maßnahme gerichtet werden, Art. 2 KostenG. Hier ist zum einen fraglich, ob die W tatsächlich Zustandsstörerin ist. Dies ist problematisch, da die Gefahr eigentlich nicht von dem Grundstück ausgeht, sondern von den Raupen, die nicht im Eigentum der W stehen.

Andererseits sind die Nester fest an die Bäume geheftet, die wiederum im Eigentum der W stehen. Bejaht man eine Zustandsstörereigenschaft der W ist weiter zu problematisieren, ob dies nicht zu einer faktischen Enteignung führt, da die Kosten für die Beseitigung annähernd den Wert des Grundstücks erschöpfen. Während hier manche eine sog. normative Beschränkung der Zustandsstörerei-

genschaft annehmen, berücksichtigt die Rechtsprechung diesen Aspekt im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Kostenbescheides. Hier kann weiter berücksichtigt werden, dass die Gemeinde der Klägerin schon entgegengekommen ist, indem auf die Erhebung von Verwaltungsgebühren verzichtet wurde.

hemmer-Trainingsplan-Info: Die Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides und die Verknüpfung zwischen Kostenbescheid und zugrundeliegender Maßnahme finden Sie in **Fall 3, Polizeirecht**. Die Reichweite der Zustandsstörerhaftung wird ausführlich in **Fall 8, Polizeirecht** erörtert. In den **WuVs** zu diesem Fall findet sich insbesondere die Problematik, ob bei besonders hohen Kosten der Gefahrbeseitigung die Zustandsstörerhaftung zu beschränken ist oder ob dies zumindest im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist. Dass in unserem Kursprogramm die Fortsetzungsfeststellungsklage mehrfach zu finden ist, versteht sich von selbst. Alles in allem eine faire und machbare Klausur!

Klausur Nr. 6:

Problemstellung: Schon wieder: Probleme des Verfassungsrechts kombiniert mit aktuellen Fragen des Europarechts – Doc Morris II. Mittlerweile sollte es jeder Examenskandidat gemerkt haben: Europarecht ist kein Randgebiet und gehört zu den Top-Themen – jedenfalls im Bayerischen Staatsexamen.

Sachverhalt: *Die Power Pharmacy Ltd. (P) ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Großbritannien, wo sie etwa 1200 Apotheken betreibt. Da sie ihre Geschäftstätigkeit auch auf Deutschland ausdehnen möchte, beantragt sie bei der zuständigen Landeshauptstadt München die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke in München. Die Apotheke soll von vier angestellten Apothekern geleitet werden.*

Die Stadt München lehnt den Antrag mit Bescheid vom 15.07.2009 ab, da das Deutsche Apothekengesetz (ApoG) entgegenstehe. Dieses setzt grundsätzlich den Betrieb der Apotheke durch den Inhaber, einen approbierten Apotheker voraus, § 7 ApoG. Mehrere Apotheken dürften von demselben Inhaber nur unter den engen Voraussetzungen des § 2 IV ApoG betrieben werden. Kapitalgesellschaften seien nach § 8 ApoG grundsätzlich vom Betrieb einer Apotheke ausgeschlossen. Hintergrund dieser Regelungen sei es, dass bei einem approbierten Apotheker als Inhaber die Gewinnerzielungsabsicht beim Betrieb der Apotheke in den Hintergrund und der Schutz der Volksgesundheit in den Vordergrund treten. Dies sei bei einem nur angestellten Apotheker oder gar bei einer Kapitalgesellschaft nicht gewährleistet.

Gegen diesen Bescheid erhebt die P frist- und formgerecht Verpflichtungsklage beim VG München. Die Versagung der Erlaubnis verletzt sie in Art. 12, 14, 2 I GG und in der Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG.

Die Landeshauptstadt erwidert, dass gerade die Niederlassungsfreiheit überhaupt nicht einschlägig sei, da die Regelungen des ApoG für in- wie ausländische Apothekenbetreiber gleichermaßen gelten. Weiter sei fraglich, ob die Grundrechte des Grundgesetzes überhaupt für ausländische Gesellschaften gelten.

Ist die Verpflichtungsklage begründet?

Skizzierung der inhaltlichen Probleme: Die Verpflichtungsklage ist begründet, wenn P ein Anspruch auf die begehrte Erlaubnis zusteht, wenn ihr Vorhaben also erlaubnispflichtig und –erlaubnisfähig ist, § 113 V S. 1 VwGO. Der Betrieb der Apotheke ist unproblematisch erlaubnispflichtig, § 1 II ApoG. Genauso eindeutig kann der P als einer Kapitalgesellschaft die Erlaubnis nach §§ 2 I Nr. 3, 7, 8 ApoG nicht erteilt werden, da die Vorgaben dieser Vorschriften nicht eingehalten werden: P ist kein approbierter Apotheker, § 2 I Nr. 3 ApoG, will die Apotheke nicht in eigener Verantwortung betreiben, § 7 ApoG, und ist eine Kapitalgesellschaft, § 8 ApoG.

Die Verpflichtungsklage kann damit nur dann erfolgreich sein, wenn die entsprechenden Vorschriften wegen einer Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes nichtig sind oder aber wegen einer Verletzung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG nicht anwendbar sind. Hinsichtlich der Grundrechte des Grundgesetzes ist bereits fraglich, ob die P als englische Limited sich überhaupt auf diese berufen kann, da Art. 19 III GG nur inländische juristische Personen für grundrechtsberechtigt erklärt.

Allerdings sind nach wohl h.M. juristische Personen aus dem EG-Ausland gleichzustellen, da andernfalls die Vorgaben aus dem EG verletzt würden, vgl. Art. 12 EG. Letztlich kann diese Frage offen bleiben. Wenn das ApoG die entsprechenden Grundrechte deutscher Apotheker verletzt, ist es insgesamt nichtig und kann auch einem Erlaubnisantrag der englischen Limited nicht entgegengehalten werden. Einschlägiges Grundrecht ist dabei in erster Linie Art. 12 I GG, da es nicht um den Schutz des Erwor-

benen, sondern des künftigen Erwerbs geht. Im Rahmen der Berufsfreiheit liegt eine subjektive Berufswahlbeschränkung vor, da es um Anforderungen an die Person des Betreibers geht. Andererseits sind die Einschränkungen des ApoG zum Teil auch personenunabhängig objektiv, etwa wenn jedem Betreiber, egal von der persönlichen Befähigung, untersagt wird, eine bundesweite Filialkette aufzubauen. Letztlich kann die Unterscheidung subjektive – objektive Wahlbeschränkung offen bleiben, wenn auch die Voraussetzungen für eine objektive Wahlbeschränkung vorliegen, also eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeingut. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung fällt hierunter, fraglich ist alleine, ob bei Betrieb der Apotheke durch eine Kapitalgesellschaft oder angestellte Apotheker dieses Schutzgut konkret gefährdet wäre. Hierfür spricht, dass Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen. Durch die Beschränkung der Apothekenbetreiber auf Berufsapotheker kann diese Gefahr effektiv bekämpft werden, da davon auszugehen ist, dass dieser die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttert. Bei nur angestellten Apothekern oder einer Kapitalgesellschaft ist dies nicht in gleicher Weise gewährleistet. Der Eingriff in Art. 12 I GG ist mit einer solchen Argumentation gerechtfertigt. Zwingend ist diese Begründung allerdings nicht, da das Schutzgut eventuell auch über andere, mildere Mittel wie eine besondere Haftpflichtversicherung erreicht werden könnte. Nimmt man eine Grundrechtsverletzung an, könnte dies letztlich nicht zum sofortigen Erfolg der Verpflichtungsklage führen. Vielmehr müsste das VG den Rechtsstreit aussetzen und eine Entscheidung des BVerfG herbeiführen, Art. 100 I GG. Dieser Aspekt spricht klausurtaktisch dafür, eine Verletzung des Art. 12 I GG zu verneinen.

Anders wäre dies bei einer Verletzung des Art. 43 EG, da den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts jedes nationale Gericht selbst feststellen kann. Einer Anwendung des Art. 43 EG steht dabei nicht entgegen, dass das ApoG für inländische wie ausländische Apothekenbetreiber gleichermaßen gilt. Art. 43 EG ist nicht nur ein besonderes Diskriminierungs-, sondern ein allgemeines Beschränkungsverbot. Das ApoG stellt eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit da, da ausländischen Apothekern oder entsprechenden Gesellschaften der Zugang zum deutschen Markt erschwert wird. Vertretbar erscheint auch eine faktische, versteckte Diskriminierung, da von der Regelung tatsächlich in erster Linie ausländische Apotheken(ketten) betroffen sind.

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die ohne offene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, können aber durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist („Gebhard-Rechtsprechung“). Als solcher Zweck kommt der Gesundheitsschutz in Betracht, sodass der Eingriff in Art. 43 EG aus den gleichen Erwägungen heraus gerechtfertigt sein kann wie der Eingriff in Art. 12 I GG. Zwingend ist dies nicht, da man in der Abwägung auch ein Hauptaugenmerk auf die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten legen kann. Insbesondere das Recht, Zweigniederlassungen zu gründen, wird durch das deutsche ApoG nahezu vollständig vereitelt. Im Rahmen der Rechtfertigung erscheint es im Übrigen auch vertretbar – anders als der EuGH in der Originalentscheidung – nicht auf diese ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe, sondern auf Art. 46 EG abzustellen.

hemmer-Trainingsplan-Info: Für regelmäßige **Life & Law**-Leser ein „gefundenes Fressen“! Die Doc-Morris-II-Entscheidung des EuGH, die dem europarechtlichen Teil der Entscheidung zugrunde liegt, war in der Augustausgabe 2009, also exakt in der letzten Ausgabe vor dem Examen, ausführlich besprochen worden. Die Erwägungen des EuGH zur Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 43 EG konnten ohne weiteres in die Prüfung des Art. 12 I GG übertragen werden. Aber auch diejenigen, die vor dem Examen diese Ausgabe der **Life & Law** nicht mehr lesen konnten, dafür aber den Hauptkurs Europarecht und Verfassungsrecht sorgfältig durchgearbeitet hatten, konnte diese Klausur sicher bewältigen: Art. 12 GG ist in all seinen Facetten in **Fall 2, Verfassungsrecht** behandelt, Art. 43 EG finden Sie in **Fall 8, Europarecht**. Als Fazit kann festgehalten werden: Keine leichte, aber eine sicher machbare Klausur für jeden, der nicht (warum auch immer) meint, Europarecht wäre nur ein Randgebiet und käme nur alle Jubeljahre im Examen dran!