

Life&Law kompakt

Examensreport

Hinweis: Diese Zusammenstellung der Klausuren des Examenstermins 2009 I in Bayern soll nicht als Sammlung von Musterlösungen in einem einzelnen Bundesland 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:

- Reine Erbrechtsklausur
- Sachenrecht mit Zwangsvollstreckung und Vor-GmbH
- Reine Arbeitsrechtsklausur

Klausur Nr. 1:

Problemstellung: Der Termin beginnt mit einer reinen Erbrechtsklausur.

Sachverhalt: E stirbt und hinterlässt als einzige Verwandte seinen Sohn A und seinen Bruder B. A wurde testamentarisch als Alleinerbe eingesetzt. Zugleich wurden Vermächtnisse im Gesamtwert von 100.000,- € angeordnet, von denen A bei der Testamentseröffnung am 26.11.2008 erfuhr. Nach Auflösung des Hausstandes und Überprüfung des Nachlasses nahm A am 28.11.2008 die Erbschaft durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht an.

Eine wertvolle, aber vom Holzwurm befallene Holzskulptur brachte A zum Restaurator R, der die umgehend erforderliche Schädlingsbekämpfung für 500,- € durchführte.

Nach genauerer Sichtung des Nachlasses stellte A fest, dass dessen Gesamtwert lediglich 125.000,- € betrug und ihm angesichts der Vermächtnisse nur ca. 25.000,- € verblieben. A dachte aber, dass ihm mindestens sein Pflichtteil i.H.v. 62.500,- € – also die Hälfte von 125.000,- € - zusteht.

Am 27.01.2009 erklärte ihm ein befreundeter Rechtsanwalt, dass A nach Annahme der Erbschaft wohl keinen Anspruch auf den Pflichtteil mehr habe. Erst jetzt erkannte A, dass er bei der Annahme der Erbschaft schlechter steht als er bei deren Ausschlagung stehen würde.

Am 28.01.2009 schickte A ein mit notariell beglaubigter Unterschrift versehenes Schreiben an das Nachlassgericht, in welchem er die Anfechtung der Erbschaftsannahme wegen Irrtums erklärte und diese aus allen Berufungsgründen ohne Bedingung ausschlug. Dass durch die Beschwerde mit den Vermächtnissen sein Pflichtteil gefährdet sei, habe er erst jetzt erfahren. In Kenntnis dieses Umstands hätte er die Erbschaft nie angenommen.

B ist erfreut über die nun ihm zustehende Erbschaft. Als er am 12.02.2009 von R die Skulptur abholen will, verlangt dieser die Bezahlung der 500,- €. B meint, er sei nicht Vertragspartner. Im Übrigen hätte er die Skulptur woanders restaurieren lassen. A meint, B müsse ihn gegenüber R freistellen.

Fragen:

1. Wer ist Erbe von E geworden?
2. Unterstellt B ist nach Ausschlagung Erbe geworden:
 - a) Kann B von R Herausgabe der Skulptur verlangen?
 - b) Kann A von B die Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber R verlangen?
Auf § 1959 BGB wird hingewiesen.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Frage 1: Wer ist Erbe von E geworden?

1. A wurde durch ein formwirksames Testament zum Alleinerben des E eingesetzt. A wäre demnach nur dann nicht Erbe des E, wenn er seine Erbschaft mit Schreiben vom 28.01.09 wirksam ausgeschlagen hätte, § 1942 BGB.

2. Eine Ausschlagung kommt aber grds. nicht mehr in Betracht, weil A die Erbschaft zuvor am 28.11.08 angenommen hat.

Etwas anderes würde allerdings dann gelten, wenn A die Annahme der Erbschaft mit Schreiben vom 28.01.09 wirksam angefochten hätte. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sind als Willenserklärungen grundsätzlich anfechtbar.

a) Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist zunächst einmal die form- und fristgerechte Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Die Anfechtungserklärung wurde gemäß §§ 1955, 1945 BGB in notariell beglaubigter Form gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben. Die Anfechtungsfrist des § 1954 BGB ist eingehalten, da A erst am Tag davor Kenntnis von seinem Irrtum erlangt hatte.

b) Fraglich ist das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. Da die §§ 1954 ff. BGB nur Frist, Form und Wirkung der Anfechtung, nicht aber die Anfechtungsgründe regeln, ist auf die allgemeinen Regeln des § 119 BGB zurück zu greifen.

aa) Nach § 119 I Alt. 1 BGB kommt ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung in Betracht. Ein solcher Inhaltsirrtum kann auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger **Rechtsirrtum** berechtigt aber nach ständiger Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung, wenn sich der Erklärende über solche **Rechtsfolgen** irrt, die **rechtsgeschäftlich vereinbart bzw. unmittelbarer Erklärungsinhalt sind**, und wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer **gesetzlicher** Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein **unbeachtlicher Motivirrtum**.

bb) Im vorliegenden Fall glaubte A irrigerweise, dass er auch bei Annahme der Erbschaft mindestens seinen Pflichtteil erhält. Diese Vorstellung wäre allenfalls zutreffend, wenn § 2306 I S. 1 BGB eingreifen würde. Im Anwendungsbereich des § 2306 I S. 2 BGB muss der Erbe die Erbschaft gerade ausschlagen, um seinen Pflichtteil verlangen zu können.

Im vorliegenden Fall ist A gewillkürter Alleinerbe. Seine Pflichtteilsquote hätte, da A als einziges Kind auch gesetzlicher Alleinerbe gewesen wäre, §§ 1924, 1930 BGB, $\frac{1}{2}$ betragen (§ 2303 I BGB). Da der ihm hinterlassene Erbteil größer war als seine Pflichtteilsquote, kommt nicht § 2306 I S. 1 BGB, sondern § 2306 I S. 2 BGB zur Anwendung, sodass A seinen Pflichtteil nur erhält, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Die erklärte Annahme der Erbschaft kam damit einem Verzicht auf den Pflichtteil gleich. Da A sich tatsächlich über die rechtliche Bedeutung seiner Annahme geirrt hat, kommt es entscheidend darauf an, ob es sich bei diesem Irrtum um einen relevanten Inhaltsirrtum nach § 119 I BGB oder um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt.

Das **BayObIG** unterscheidet zwischen ausdrücklicher und konkludenter Annahme. Bei einer ausdrücklichen Annahmeerklärung sei die unmittelbar angestrebte Rechtsfolge dieser Erklärung allein das Ziel, Erbe zu werden; der infolgedessen eintretende Verlust des Wahlrechts nach § 2306 I S. 2 BGB wäre dann nur eine mittelbare Rechtsfolge, deren Unkenntnis die Anfechtung nicht rechtfertigen würde. Wird die Erbschaft dagegen nicht durch ausdrückliche Erklärung, sondern durch schlüssiges Verhalten des Erben angenommen, liegt ein relevanter Inhaltsirrtum dann vor, wenn der Erbe weder weiß noch will, dass er durch sein Verhalten das Recht verliert, die Erbschaft auszuschlagen. Folgt man dieser differenzierenden Ansicht, so lag hier kein relevanter Inhaltsirrtum vor.

Der **BGH** stellt hingegen darauf ab, dass der mit der Annahme nach § 2306 I S. 2 BGB verbundene Verlust des Pflichtteilsanspruchs nicht lediglich Rechtsfolge der Erklärung, sondern unmittelbar Erklärungsinhalt ist. Mit der Annahme einer Erbschaft glaubt der Rechtsunkundige nicht, dass er gerade damit eine maßgebliche Beteiligung am Nachlass verlieren könnte, oder umgekehrt, dass er ausgerechnet durch die Ausschlagung eine wertmäßig größere Beteiligung am Erbe erhalten hätte. Wenn der zugedachte Erbteil zwar größer als die Pflichtteilsquote ist, dem Erben aber Beschränkungen oder Beschwerungen auferlegt sind, dann gehört zu den unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen der Erklärung einer Annahme der Erbschaft keineswegs nur, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnimmt, sondern ebenso, dass er das von § 2306 I S. 2 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den möglicherweise dem Werte nach günstigeren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden.

Somit stellt die Fehlvorstellung des A einen Anfechtungsgrund nach § 119 I BGB dar (a.A. vertretbar). A ist damit nicht Erbe des E geworden.

Aufgrund gesetzlicher Erbfolge wurde damit gem. §§ 1953 II, 1930, 1925 BGB der B Erbe.

Frage 2 a): Kann B von R Herausgabe der Skulptur verlangen?

1. Ein Herausgabeanspruch aus § 2018 BGB war abzulehnen, da R die Skulptur nicht aufgrund eines vermeintlichen Erbrechts besaß.
2. Auch ein Herausgabeanspruch aus Werkvertrag im Umkehrschluss aus § 640 BGB scheidet aus, da nicht B, sondern A Vertragspartner war („Relativität des Schuldrechts“).
3. Einschlägig war der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.
 - a) B ist aufgrund §§ 1922 I, 1953 II BGB Eigentümer der Skulptur. R ist Besitzer.
 - b) R konnte dem Anspruch auch kein Recht zum Besitz (§ 986 I BGB) entgegenhalten. Ein Werkunternehmerpfandrecht aus § 647 BGB war nicht gegeben, da der Besteller A nicht Eigentümer der Skulptur war. Fraglich war somit, ob das Pfandrecht nach §§ 647, 1257, 1207, 932 I S. 1 BGB gutgläubig erworben werden kann. Dies ist nach zutreffender h.M. abzulehnen. Unter anderem setzt § 1207 BGB gerade ein „entstandenes“ Pfandrecht voraus, hier ging es jedoch um die Entstehung desselben. Auch spricht die Ausnahmeregelung in § 366 III HGB gegen eine generelle gutgläubige Erwerbsmöglichkeit gesetzlicher Pfandrechte im BGB.
 - c) Auch ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB schied aus. Zwar handelte es sich bei der Restaurierung um eine notwendige Verwendung (§ 994 BGB). Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise war jedoch lediglich der Besteller A Verwender, da dieser die Aufwendung tätigen lassen und nicht der Werkunternehmer R (strittig; die andere Ansicht des BGH war natürlich vertretbar).

Frage 2 b): Kann A von B die Befreiung von seiner Verbindlichkeit gegenüber R verlangen?

1. Wie im Sachverhalt angesprochen, lag keine Abrede zwischen A und B vor.
2. Zu beachten war jedoch der Hinweis auf § 1959 BGB. Über § 1959 I BGB waren die Vorschriften über die GoA zu prüfen.
 - a) Ein Anspruch aus §§ 1959 I, 683 S. 1, 670 BGB war nicht gegeben. Zwar lag eine fremde Geschäftsbesorgung des A ohne Auftrag durch B vor, jedoch ging der mutmaßliche Wille des B zum Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung nicht auf die Beauftragung des R (a.A. sehr gut vertretbar).
 - b) Jedoch konnte A Befreiung aus §§ 1959 I, 684 S. 1, 818 II BGB verlangen. Da das Erlangte nach § 818 I BGB nicht in natura herausgegeben werden konnte, bestand der Anspruch nach § 818 II BGB in der Höhe der Werterhöhung.
 - c) Darüber hinaus bestand ein Anspruch aus § 994 I S. 1 BGB. Das EBV ist neben der unberechtigten GoA, anders als bei der berechtigten GoA, anwendbar, da diese kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB darstellt. Zwar hatte faktisch R die Restaurierung getätigt, allerdings war der wirtschaftliche Verwender A (s.o.). Die Verwendung war auch notwendig (s.o.).
 - d) Zuletzt konnte A auch einen Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 2 herleiten. Auch hier war die unberechtigte GoA kein Rechtsgrund (s.o.).

hemmer-Trainingsplan-Info: Die Frage 1 entspricht der Entscheidung des BGH vom 05.07.2006, die in der **Life & Law 2006, Heft 12, 824 ff.** besprochen wurde. Frage 2.a) entspricht „1:1“ der Konstellation in **Fall 10, Schuldrecht-BT** bzw. **Fall 4, ZPO II**. Die Anfechtung von Annahme und Ausschlagung behandelt **Fall 3, Erbrecht**. In diesem Fall wird auch die Geschäftsführung durch den vermeintlichen Erben vor Ausschlagung dargestellt. .

Klausur Nr. 2:

Problemstellung: Umfangreiche Klausur aus dem Sachen-, Gesellschafts- und Vollstreckungsrecht.

Sachverhalt: C, A und F schließen sich mit notariellem Vertrag vom März 2008 zur Microtech-GmbH (M-GmbH) zusammen, wobei das Stammkapital von A und C mit einer Bareinlage zu je 100.000,- € und von F durch Einbringung einer speziellen Maschine im Wert von 100.000,- € geleistet werden soll.

Die Maschine hatte F vor Jahren angeschafft und zur Sicherung eines immer noch nicht zurückgezahlten Darlehens an die B-Bank übereignet, wobei F die Maschine weiter nutzen durfte. F vermietete diese Maschine an die I-GmbH. Der Mietvertrag ist abgelaufen; die Maschine wurde von der I-GmbH aber noch nicht an F zurückgegeben.

Im Mai 2008 überträgt F ohne Wissen der B-Bank unter Abtretung seines Herausgabeanspruches gegen die I-GmbH das Eigentum an der Maschine auf die M-GmbH i.Gr., die von dem zwischenzeitlich zum alleinigen Geschäftsführer bestellten C vertreten wird. Von der Sicherungsübereignung an die B-Bank wissen A und C nichts. Die I-GmbH gibt die Maschine an die M-GmbH i.Gr. heraus.

Im Juli 2008 wird die GmbH ins Handelsregister eingetragen und nimmt den Betrieb auf. Eine weitere Maschine hat die Gesellschaft nicht.

Ein Lieferant der M-GmbH erwirkt aufgrund einer offenen Rechnung ein Zahlungsurteil und lässt die von F eingebrachte Maschine ordnungsgemäß pfänden. Die B-Bank will hiergegen gerichtlich vorgehen, da die Pfändung gegen § 811 I Nr. 5 verstoße und ihr Eigentumsrecht verletze.

Auch die M-GmbH möchte sich gegen die Pfändung wehren.

Abwandlung:

Da sich die von F eingebrachte Maschine zur Herstellung der Chips nicht eignet, einigen sich die M-GmbH und F, dass dieser die Maschine wieder zurücknimmt und stattdessen eine Bareinlage leisten soll. Die Maschine wird an F zurück gegeben und in der Folgezeit von einem Gläubiger des F bei diesem gepfändet.

Fragen:

1. Hätte ein Rechtsbehelf der B-Bank gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg?
2. Hätte ein Rechtsbehelf der Microtech-GmbH gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg?
3. Hätte in der Abwandlung ein Rechtsbehelf der B-Bank gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg? Dabei soll unterstellt werden, dass die Microtech-GmbH durch die Einbringung der Maschine das Eigentum hieran erworben hat.

Frage 1: Hätte ein Rechtsbehelf der B-Bank gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg?

I. Zulässigkeit der Klage

1. Zunächst war als statthafte Klageart die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 I ZPO wegen des angeblichen Verstoßes der Pfändung gegen § 811 I Nr. 5 ZPO zu prüfen. Bei § 766 ZPO muss sich der Kläger aber auf die Verletzung einer Verfahrensvorschrift berufen, die ihn schützen soll. Diese Beschwer ist problematisch, wenn nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein „Dritter“ klagt (sog. Dritterinnerung). Dritte sind nur dann erinnerungsbefugt, wenn sie die Verletzung einer Verfahrensvorschrift rügen können, die gerade ihrem Schutz dienen soll. § 811 I Nr. 5 ZPO dient aber ersichtlich nicht dem Schutz der B-Bank, sodass eine Vollstreckungserinnerung nicht zulässig wäre.

2. Als Nächstes war eine Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zu prüfen. Bei der Frage, ob das Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht ist (Frage der Statthaftigkeit), musste § 771 ZPO von § 805 ZPO abgegrenzt werden. Trotz anderer Behandlung in der Insolvenz ist in der Zwangsvollstreckung zugunsten des Sicherungseigentümers von einem Widerspruchsrecht auszugehen (h.M.). § 771 ZPO war demnach die statthafte Klageart.

Die klagende B-Bank ist nach § 50 I ZPO, § 1 I S. 1 AktG parteifähig und nach § 51 I ZPO, § 78 I S. 1 AktG prozessfähig. Die zu verklagende zwischenzeitlich im Handelsregister eingetragene M-GmbH ist gem. § 50 I ZPO, § 13 I GmbHG und nach § 51 I ZPO, § 35 I GmbHG prozessfähig.

Die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts folgt aus § 1 ZPO, § 23 Nr. 1, 71 I GVG i.V.m. § 6 ZPO, die ausschließliche örtliche Zuständigkeit (§ 802 ZPO) folgt aus § 771 I ZPO selbst.

Empfehlenswert wäre es, die Klage mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu verbinden, §§ 771 III, 769 ZPO.

II. Begründetheit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage der B-Bank wäre begründet, wenn diese noch Sicherungseigentümerin wäre und damit ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S.d. § 771 I ZPO geltend machen könnte.

1. Ursprünglich hatte die B-Bank das Eigentum an der Maschine durch Übereignung zur Sicherung eines Darlehens erlangt, §§ 929 S. 1, 930 BGB.

2. Das Eigentum könnte sie jedoch durch einen gutgläubigen Erwerb der „M-GmbH“ nach §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 BGB verloren haben:

a) Eine dingliche Einigung zwischen der M-GmbH i.Gr. und dem F lag vor. Zu erkennen war hier, dass die „M-GmbH“ zum Zeitpunkt der Übereignung zwar bereits einen notariellen Gesellschaftsvertrag hatte, aber noch nicht eingetragen war und damit die GmbH nach § 11 I GmbHG als solche noch nicht bestand. Vielmehr handelte es sich somit um eine so genannte „Vor-GmbH“.

Anmerkung: Vor der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages läge eine sog. „Vorgründungsgesellschaft“, die je nach Umfang und Gesellschaftszweck entweder als GbR (Regel!) oder als OHG behandelt wird.

An dieser Stelle waren die Rechtsnatur der Vor-GmbH und die Frage zu diskutieren, welches Recht auf die Vor-GmbH anwendbar ist. Die Vor-GmbH wird nach richtiger Ansicht nicht als GbR bzw. OHG behandelt, sondern ist eine Gesellschaft eigener Art (sui generis). Auf diese werden die Vorschriften über die GmbH angewandt, soweit diese nicht die gerade noch nicht erfolgte Eintragung voraussetzen. Sie ist damit rechtsfähig und wurde nach § 35 I S. 1 GmbH durch Ihren Geschäftsführer C vertreten. Eine dingliche Einigung zwischen F und der M-GmbH i.Gr. lag daher vor.

b) Die Übergabe wurde gem. § 931 BGB durch die Abtretung (§ 398 BGB) des Rückgabeanspruches aus dem abgelaufenen Mietvertrag (§ 546 I BGB) zwischen F und der I-GmbH ersetzt und dadurch gem. § 870 BGB der mittelbare Besitz auf die M-GmbH i.Gr. übertragen.

Eine Abtretung des ebenfalls bestehenden dinglichen Herausgabeanspruches aus § 985 BGB ist nach richtiger Meinung nicht möglich.

c) Problematisch war die Nichtberechtigung des F. Es musste somit ein gutgläubiger Erwerb geprüft werden. Einschlägig und erfüllt war § 934 Alt. 1 BGB, da der Veräußerer F mittelbarer Besitzer war. Im Übrigen wäre auch die Alt. 2 des § 934 BGB erfüllt gewesen, da die I-GmbH die Maschine ja tatsächlich an die M-GmbH herausgab.

Fraglich war aber die Gutgläubigkeit der „M-GmbH“ zur Zeit der Abtretung. In diesem Zusammenhang stellt sich die Problematik, unter welchen Voraussetzungen sich die M-GmbH das Wissen des F von dessen Nichtberechtigung als eigenes Wissen zurechnen lassen muss. Das BGB bestimmt in § 166 I BGB lediglich, dass es im Fall der Vertretung hinsichtlich der Kenntnis oder des Kennenmüssens bestimmter Umstände nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters ankommt (Repräsentationsprinzip). Ausgehend von § 166 I BGB und der Organtheorie hat die Rechtsprechung zunächst für juristische Personen besondere Zurechnungsgrundsätze entwickelt, die den Organisationsunterschieden gegenüber natürlichen Personen Rechnung tragen sollten. Juristische Personen müssen sich die Kenntnis eines organschaftlichen Vertreters auch dann zurechnen lassen, wenn dieser nicht am Vertragsschluss beteiligt war. Dies gilt sogar dann, wenn das bösgläubige Organ von dem betreffenden Geschäft gar nichts gewusst hat. Es gilt der Grundsatz „Ein faules Ei verdirbt den Brei.“ Auch die Kenntnis eines bereits ausgeschiedenen oder verstorbenen Organmitglieds kann zugerechnet werden, sofern es sich um typischerweise aktenmäßig festgehaltenes Wissen handelt („einmal gewusst, immer gewusst“). Man spricht in diesen Fällen von Wissenszusammenrechnung, weil das auf verschiedene Stellen der juristischen Person aufgeteilte Wissen addiert und dieser insgesamt zugerechnet wird.

Da F Mitgeschafter der GmbH war, konnte man die Zurechnung durchaus bejahen. Da aber F nie Organ der Vor-GmbH war, sprechen die besseren Argumente gegen eine Zurechnung (sog. Wissenstrennung zwischen Gesellschaftern und Organen).

d) Kurz angesprochen werden konnte noch die ungeschriebene Voraussetzung des Vorliegens eines Verkehrsgeschäfts, welches aufgrund der Personenverschiedenheit auf Erwerber- und Veräußererseite unproblematisch zu bejahen war.

Mithin erfolgte ein gutgläubiger Erwerb der „M-GmbH“, sodass die B-Bank kein die Veräußerung hindern- des Recht geltend machen kann. Eine Drittwiderspruchsklage hätte keine Aussicht auf Erfolg.

Frage 2: Hätte ein Rechtsbehelf der Microtech-GmbH gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg?

1. Zulässigkeit

Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels entnommen werden konnten, schied eine Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO als statthafte Klageart ersichtlich aus. Einzig in Frage kam hier die Vollstreckungserinnerung nach § 766 I ZPO, deren Zulässigkeit bejaht werden musste. Insbesondere war die M-GmbH erinnerungsbefugt.

2. Begründetheit

Die Vollstreckungserinnerung war jedoch nicht begründet, da kein Verstoß gegen § 811 I Nr. 5 ZPO vorlag. § 811 I Nr. 5 ZPO passt hier schon seinem Wortlaut nach nicht. Außerdem soll die Norm vom Sinn und Zweck die der Erwerbstätigkeit natürlicher Personen schützen, was schon wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I, 1 I GG geboten ist. Nach ganz h.M. fallen Kaufleute nicht unter den Schutz des § 811 I Nr. 5 ZPO, da sie trotz persönlicher Arbeitsleistung ihren Erwerb im Wesentlichen aus Warenumsatz und Nutzung ihrer sachlichen Betriebsmittel und ihres Kapitals schöpfen. Zugunsten juristischer Personen ist § 811 I Nr. 5 ZPO auf keinen Fall anwendbar.

Ein Rechtsbehelf der M-GmbH hätte demnach keinen Erfolg.

Anmerkung: Unseres Erachtens enthält die Klausur ein wohl nicht gewolltes verstecktes Problem. Laut Sachverhalt wurde die Maschine in den Betriebsräumen der M-GmbH **ordnungsgemäß gepfändet**. Die Maschine ist aber Zubehör i.S.d. § 97 BGB und wäre damit gem. § 865 II S. 1 ZPO unpfändbar, wenn es sich um Zubehör des Grundstückseigentümers handeln würde, vgl. § 1120 BGB a.E. Dem Sachverhalt lässt sich aber nicht entnehmen, wem das Fabrikgelände gehört, ob dieses also gepachtet war oder im Eigentum der M-GmbH stand. Dieses Problem konnte daher nicht abschließend gelöst werden. Wer das Problem erkannte, sollte dieses natürlich in seinem Gutachten auch ansprechen und die Lösung mangels genauerer Angaben offen lassen.

Frage 3: Hätte in der Abwandlung ein Rechtsbehelf der B-Bank gegen die Pfändung Aussicht auf Erfolg?

1. Auch hier war eine Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) zu prüfen. Diese war zulässig.
2. Bei der Begründetheit stellte sich das Problem, ob die B-Bank durch Rücküberweisung der Maschine seitens der M-GmbH an den vormals als Nichtberechtigter verfügenden F wieder automatisch Eigentümerin wurde („Rückerwerb des Nichtberechtigten“).

Wie der „Rückerwerb des Nichtberechtigten“ zu behandeln ist, ist umstritten. Die wohl h.M. geht im Grundsatz davon aus, dass die gutgläubig erwerbende M-GmbH zunächst vollwertiges Eigentum erhielt und dieses grundsätzlich auch wieder wirksam an den vorherigen Geschäftspartner, den ursprünglich nichtberechtigten F, zurück übertragen konnte. Allerdings macht die h.M. Ausnahmen von diesem Grundsatz in verschiedenen Fällen. Zunächst soll das Eigentum dann automatisch an den ursprünglichen Eigentümer B-Bank zurückfallen, wenn das „Hin und Her“ geplant und nur in Szene gesetzt war, damit der Nichtberechtigte das Eigentum erwerben kann. Das Gleiche soll gelten, wenn die Eigentumsübertragung nur vorläufiger Natur war, wie etwa bei einer Sicherungsüberweisung (Gedanke des § 158 II HS 2 BGB). Schließlich nimmt die h.M. einen automatischen Eigentumsrückfall auch dann an, wenn das dem gutgläubigen Erwerb zu Grunde liegende schuldrechtliche Kausalgeschäft rückgängig gemacht wird (z.B. Rücktritt). Nach a.A. erwirbt der frühere Nichtberechtigte F durch die Rückübertragung das Eigentum endgültig und ohne Ausnahme. Alles andere sei ein Verstoß gegen das Abstraktionsprinzip.

Welcher Meinung man hier folgte, war für das Ergebnis nicht entscheidend. Da keiner der von der h.M. zugelassenen Ausnahmefälle vorlag, sondern der Rückerwerb des F erfolgte, weil sich die Maschine für die Zwecke der M-GmbH wider Erwarten nicht eignete, wurde F Eigentümer der Maschine.

Die Drittwiderspruchsklage der B-Bank war daher nach beiden Ansichten unbegründet.

hemmer-Trainingsplan-Info: Sämtliche sachenrechtlichen Fragen wurden im **Fall 5, Sachenrecht** ausführlich besprochen. Die Abgrenzung § 771 ZPO ⇔ § 805 ZPO sowie die Vollstreckungserinnerung wird detailliert besprochen in **Fall 4, ZPO II**. In **Fall 2, ZPO II** wird die Unanwendbarkeit des § 811 I Nr. 5 ZPO auf Kaufleute behandelt. Die Vor-GmbH wurde behandelt in **Fall 11, Handels- und Gesellschaftsrecht**.

Klausur Nr. 3:

Problemstellung: Eine reine Arbeitsrechtsklausur wie schon im Termin 2008-I.

Sachverhalt Teil I: Die P-GmbH – eine Einmann Prozessfinanzierungsgesellschaft mbH (Geschäftsführer und Alleingesellschafter ist G) mit Sitz in Augsburg – hat 50 Mitarbeiter. Am 30.12.2004 wird J, wohnhaft in Augsburg, ab dem 01.01.2005 als juristischer Sachbearbeiter für die Prüfung der Erfolgsaussichten von Prozessen eingestellt. In der Ausschreibung wurde „ein(e) Volljurist(in) mit überdurchschnittlichen Examina“ gesucht. J hatte seiner Bewerbung zwei gefälschte vollbefriedigende Examenszeugnisse beigelegt. In Wahrheit hatte J nur das erste Examen bestanden und dies nur mit einem ausreichend.

Nachdem G dies am 02.01.2009 zufällig erfährt, übergibt er J ein Schreiben, in welchem er namens der P-GmbH den Arbeitsvertrag anfecht, hilfsweise außerordentlich kündigt. G verlangt von J Schadensersatz in Höhe des ab 01.01.2005 bis 31.12.2008 gezahlten Gehalts (80.000,- € pro Jahr, also insgesamt 320.000,- €), da eine Einstellung bei Kenntnis von dieser Täuschung nie erfolgt wäre. Der Ruf sei angeschlagen und der Umsatz eingebrochen.

Am 12.01.2009 erhebt J Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis weder durch Anfechtung noch durch Kündigung am 02.01.2009 beendet wurde. J meint, er habe die Arbeiten bestens erledigt, G sei stets zufrieden gewesen. Zumindest stehe ihm das übliche Entgelt eines Juristen ohne zweites Examen zu, welches (zutreffend) 30.000,- € pro Jahr betrage.

Am 09.01.2009 sei außerdem durch ärztliches Gutachten festgestellt worden, dass er an einer seit Kindheit bestehenden Lese- und Schreibschwäche, verbunden mit einer organischen Störung des Langzeitgedächtnisses leide. Er sei schwerbehindert. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiere ihn und außerdem hätte es einer behördlichen Zustimmung bedurft. Einen Antrag auf behördliche Anerkennung werde er in Kürze stellen. Die P-GmbH meint, dass es hierauf nicht ankäme und erhebt Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 320.000,- €.

Frage: In einem umfassenden Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind die Erfolgsaussichten von Klage und Widerklage zu prüfen.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme:

Teil I: Erfolgsaussichten der Klage

I. Zulässigkeit der Klage

Die Feststellungsklage des J auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses war zulässig.

Insbesondere war der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet, § 2 I Nr. 3b ArbGG. Das ArbG Augsburg war nach § 48 Ia ArbGG bzw. § 46 II ArbGG i.V.m. §§ 12, 17 I ZPO bzw. § 29 I ZPO örtlich zuständig. Das gem. § 46 II ArbGG, § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ergab sich hinsichtlich der Anfechtung aus der weiter reichenden Wirkung der Rechtskraft eines Feststellungsurteils bei einem Dauerschuldverhältnis.

Bezüglich der Kündigungsschutzklage folgt das Feststellungsinteresse aus der nach §§ 13 I S. 2, 4 S. 1, 7 HS 1 KSchG drohenden Präklusion, da die Kündigung als wirksam fingiert würde, wenn nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung geklagt wird (keine Klagefrist im Sinne einer Zulässigkeitsvoraussetzung!). Da es sich um zwei Feststellungsklagen handelt, mussten noch die Voraussetzungen der Klagehäufung festgestellt werden (§ 46 II ArbGG, §§ 495, 260 ZPO).

II. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage des J auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses war nicht begründet.

Das Arbeitsverhältnis wurde ursprünglich wirksam begründet.

1. Jedoch wurde dieses durch die **Anfechtung** der P-GmbH wieder beendet, § 142 I BGB.

Die Anfechtungserklärung (§ 143 I, II BGB) wurde von G in Stellvertretung für die P-GmbH (§ 164 I BGB, § 35 I S. 1 GmbHG) wirksam abgegeben. Als Anfechtungsgründe kamen ein Eigenschaftsirrtum über die Qualifikation des J (§ 119 II BGB) und eine arglistige Täuschung des J über dessen Qualifikation (§ 123 I Alt. 1 BGB) in Betracht. Die Frage der Rechtsfolge einer Anfechtung eines Arbeitsvertrages konnte hier kurz aufgeworfen werden (ex-tunc oder ex-nunc Nichtigkeit), war an dieser Stelle jedoch *noch nicht* entscheidungsrelevant, da das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall für die Zukunft beendet war. Die im Sachverhalt angesprochene Diskriminierung nach § 7 I AGG i.V.m. § 81 II S. 2 SGB IX durch die Anfechtung war abzulehnen, da die Behinderung gerade nicht der Grund für die Anfechtung war und es damit an einer Diskriminierung gefehlt hat. Außerdem läge aufgrund der beruflichen Anforderungen gem. § 8 I AGG eindeutig eine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung vor.

Die Vorschriften des Kündigungsschutzes finden auf die Anfechtung des Arbeitsvertrages keine analoge Anwendung, da diese Vorschriften den Bestand eines irrtumsfrei zustande gekommenen Arbeitsvertrages schützen wollen, aber nicht den Bestand eines erschlichenen Arbeitsverhältnisses.

2. Die hilfsweise erklärte außerordentliche Kündigung war damit gegenstandslos.

Da aber ein Gutachten zu fertigen war, musste die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung dennoch geprüft werden. Ob dies unter Überschrift „Hilfsgutachten“ geschah oder im Anschluss an die Feststellung der Wirksamkeit der Anfechtung, spielt im ersten Examen keine Rolle.

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

b) Die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung konnte noch überprüft werden, da die dreiwöchige materielle Präklusionsfrist gem. §§ 13 I S. 2, 4 S. 1 KSchG gewahrt wurde.

c) Die Kündigung erfolgte schriftlich, § 623 BGB.

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

aa) Eine Präklusion gem. § 626 II BGB lag nicht vor, da die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist eingehalten wurde.

bb) Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 I BGB lag vor. Kurz konnte das Verhältnis zur Anfechtung angesprochen werden. Nach zutreffender Ansicht schließen sich die beiden Gestaltungsrechte nicht gegenseitig aus. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung kann auch in einem Verhalten bei der Vertragsanbahnung vorliegen.

In der bei § 626 I BGB vorzunehmenden „Zwei-Stufen-Prüfung“ des BAG war der Sachverhalt erschöpfend zu würdigen:

(1) Auf der ersten Stufe war der außerordentliche Kündigungsgrund als personenbedingt einzustufen und anhand des Kriteriums der Steuerbarkeit von einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund abzugrenzen (diese Prüfung hat aber nichts mit § 1 II KSchG zu tun!). Gegen eine Steuerbarkeit sprach dabei der Vertrauensverlust in der Person des J und die Tatsache, dass J kein vollbefriedigendes erstes Staatsexamen mehr erreichen und nicht ohne Weiteres das zweite Staatsexamen nachholen konnte. Eine Abmahnung kam daher als milderer Mittel von vorneherein nicht in Betracht.

(2) Die auf der zweiten Stufe vorzunehmende Interessensabwägung beider Vertragsteile führte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles dazu, dass der P-GmbH die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

e) Im Sachverhalt aufgeworfen war die etwaige Schwerbehinderteneigenschaft des J und damit verbunden der Sonderkündigungsschutz des SGB IX. Vor der außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ist die Zustimmung des Integrationsamtes nach §§ 85, 91 I SGB IX einzuholen. Diese war jedoch im vorliegenden Fall nicht nötig, da J den Nachweis seiner Schwerbehinderteneigenschaft zur Zeit der Kündigung nicht erbracht hatte, §§ 91 I, 90a IIa SGB IX.

f) Eine Diskriminierung nach § 7 I AGG i.V.m. § 81 II S. 2 SGB IX durch die Kündigung war abzulehnen. § 2 IV AGG, dass eine etwaige Diskriminierung nicht zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt. Sehr gute Bearbeiter konnten hier die Frage diskutieren, ob § 2 IV AGG europarechtswidrig ist, was in der Lehre und der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte unterschiedlich gesehen wird.

Letztlich konnte die Anwendbarkeit des § 2 IV AGG dahinstehen, da keine unzulässige Diskriminierung vorlag (s.o).

Teil II: Erfolgsaussichten der Widerklage

I. Zulässigkeit der Widerklage

Auch die Widerklage (vgl. § 46 II ArbGG, § 33 I ZPO) der P-GmbH als Leistungsklage war zulässig. Der Rechtsweg zum Arbeitsgericht war gem. § 2 I Nr. 3c und d ArbGG eröffnet. Die örtliche Zuständigkeit des ArbG Augsburg folgt bereits aus § 48 Ia ArbGG bzw. § 46 II ArbGG, §§ 12, 13 ZPO bzw. § 32 ZPO (unerlaubte Handlung) bzw. § 33 ZPO. Die für den besonderen Gerichtsstand der Widerklage geforderte Konnexität des geltend gemachten Schadenersatzanspruches mit dem Streitgegenstand der Klage lag vor, da der Anknüpfungspunkt für den Schadenersatzanspruch auf denselben Tatsachen beruht, die auch für die Anfechtung und Kündigung relevant sind. Der Streit, ob die Konnexität eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung darstellt oder lediglich für den besonderen Gerichtsstand der Widerklage erforderlich ist, konnte daher im Ergebnis dahingestellt bleiben.

II. Begründetheit der Widerklage

Die Widerklage der P-GmbH war nur teilweise begründet.

1. Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aus §§ 311 II, 280 I BGB (c.i.c.) lagen aufgrund der arglistigen Täuschung vor. Neben der Pflichtverletzung durch Täuschung vor dem Vertragschluss konnte man mit dem Argument der fortdauernden Aufklärungspflicht über die Qualifikation auch eine Verletzung des Arbeitsvertrages durch Unterlassen annehmen (§§ 280 I, 611 BGB). Das nach § 619a BGB zu beweisende Vertretenmüssen lag vor.

2. Problematisch ist das Vorliegen eines Schadens.

a) Wenn man die Zahlung des Gehalts als Schaden der P-GmbH bejaht, könnten dadurch die Grundsätze zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis unterlaufen werden. Nach diesen Grundsätzen führt zwar die Anfechtung des Arbeitsvertrages zu einer ex-tunc Nichtigkeit. Jedoch wird das in Vollzug gesetzte Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit als wirksam fingiert. Diese Grundsätze dienen dem Schutz des Arbeitnehmers, der anderenfalls für seine geleistete Arbeit nur nach § 812 I S. 1 Alt. 1, 818 II BGB eine Vergütung bekäme und damit dem Entreicherungsseinwand des Arbeitgebers ausgesetzt wäre. Bejaht man also ein fehlerhaft wirksames Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit, so dürfen diese Grundsätze nicht durch die Bejahung eines Schadens in Form der Gehaltszahlung unterlaufen werden.

Im vorliegenden Fall hat sich J aber das Arbeitsverhältnis durch eine arglistige Täuschung erschlichen. Zusätzlich lagen die Voraussetzungen eines Betruges (§ 263 StGB) vor. In diesem Fall erscheint es überzeugender, die Grundsätze zum fehlerhaft wirksamen Arbeitsverhältnis nicht anzuwenden, da J absolut nicht schutzwürdig war. Daher war das Vorliegen eines Schadens im vorliegenden Fall zu bejahen (a.A. bei entsprechender Begründung vertretbar).

b) Bei der Schadenshöhe war aber zu berücksichtigen, dass J für die P-GmbH tatsächlich gearbeitet hat. Im Wege der Vorteilsanrechnung muss sich die P-GmbH aber nicht die vertraglich vereinbarte Vergütung anrechnen lassen, da dies ansonsten wieder auf ein fehlerhaft wirksames Arbeitsverhältnis hinauslaufen würde. Daher wird nur der tatsächliche Wert der Arbeitsleistung (120.000,- €) angerechnet, sodass der P-GmbH lediglich ein Anspruch i.H.v. 200.000,- € zusteht.

3. Der Anspruch kann in gleicher Höhe auch auf § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB gestützt werden. Wenn man einen bedingten Schädigungsvorsatz bejaht (vertretbar), wäre auch noch § 826 BGB einschlägig.

4. Obwohl die P-GmbH ausdrücklich Schadensersatz geltend macht, konnte der Anspruch auch auf §§ 812, 818 II BGB gestützt werden.

hemmer-Trainingsplan-Info: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages und die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis ist Gegenstand der **Fälle 2, 2a und 2b, Arbeitsrecht**. Die außerordentliche Kündigung bei Störung des Vertrauensverhältnisses wird in **Fall 9, Arbeitsrecht** besprochen. Die restlichen Probleme waren „Standards“, die im gesamten Kursprogramm mehrmals enthalten sind.

B) Strafrecht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends: ➤ relativ kurzer Sachverhalt, aber viele Delikte anzuprüfen
➤ Prozessuale Zusatzfrage („Geständnisverwertbarkeit“)

Klausur Nr. 4:

Sachverhalt des materiellen Teils: B bricht auf zugefrorenem See in das Eis ein. Ein flüchtig bekannter Arbeitskollege A kommt zufällig vorbei und könnte B mit am Ufer bereitstehender Rettungsleiter ohne Weiteres retten. A verlangt von B als „Aufwandsentschädigung“ die goldene Uhr des B, bei welcher er fälschlich von einem Wert in Höhe von 75.000,- € ausgeht, wobei diese tatsächlich nur 10,- € wert ist. B willigt ein, wirft A die Uhr zu, der den B allerdings wie von vornherein geplant ertrinken lässt. A will am nächsten Tag diese Uhr an C verkaufen, welchem er die Vorgeschichte umfassend erzählt. A preist die Uhr als Markenuhr im Wert von 75.000,- € an. Dies glaubt ihm C, erklärt aber gegenüber A, er sei sicher, dass die Uhr ein billiges Imitat im Wert von 10,- € sei. Enttäuscht überlässt A dem C, wie von diesem beabsichtigt, die Uhr unentgeltlich. **Strafbarkeit von A und C nach StGB?**

Sachverhalt des prozessualen Teils: Der Sohn S des verstorbenen B entdeckt später zufällig die Uhr seines Vaters am Arm des C, geht von einer Erlangung des C durch eine Straftat aus und prügelt C u.a. mit schwerem Ast bis dieser ihm schwerverletzt beichtet, dass er die Uhr von A geschenkt bekommen habe und wie A in den Besitz der Uhr gelangte. A und C machen später von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. S schildert als Zeuge, was C ihm gestanden hat.

Fallfrage: Kann die Aussage des S über das Geständnis von C vor Gericht verwertet werden? Kommt es bei dieser Frage auf ein prozessuales Handeln der Verteidiger von C und A an?

Materiell-rechtliche Schwerpunkte: Materiell-rechtlich waren bzgl. A u.a. §§ 212 bzw. 211, 239 I StGB als unechte Unterlassensdelikte (Abgrenzung Tun von Unterlassen bei Abbruch von tätereigenen Rettungshandlungen sowie die Frage der Garantenstellung des A i.S.d. § 13 I StGB) und § 221 I Nr. 2, III StGB (Problem der „Obhut“ bzw. „Beistandsverpflichtung“ ähnlich der Diskussion zur Garantenstellung) und unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB als echte Unterlassensdelikte zu problematisieren.

Weiterhin ergaben sich Probleme im Hinblick auf §§ 253, 255 StGB sowie § 240 StGB (Drohung mit einem Unterlassen) sowie in Abgrenzung zu § 263 StGB (Betrug nach der sog. Zweckverfehlungslehre; eigenständiger Gehalt der Täuschung neben der Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben). In Bezug auf das Verkaufsangebot hinsichtlich der Uhr an C scheidet eine Strafbarkeit des A gem. § 259 StGB mangels tauglicher Täterqualität (Vortäter des §§ 253, 255 StGB) aus; einschlägig ist jedoch § 246 StGB ([erstmalige] äußere Manifestation des Zueignungswillens).

Im Hinblick auf C waren § 263 StGB und § 259 StGB ausführlicher zu problematisieren. Ein beendeter Betrug scheidet mangels Täuschung aus, da die Tatsache „Wertlosigkeit der Uhr“ objektiv gegeben war, somit nur Versuch gem. §§ 263 II, 22, 23 I StGB. Darüber hinaus war das Problem des Versuchs des Regelbeispiels (§ 263 III Nr. 2 Alt. 1 StGB) angesprochen. Hinsichtlich der Tatbestandsvariante des „sonst sich Verschaffens“ i.S.d. § 259 I Var. 2 StGB war das „einverständliche Zusammenwirken“ zu problematisieren, wenn der Täter wie hier den Hehlergegenstand durch versuchten (Sach-)Betrug erlangt hat. Im Ergebnis war dies abzulehnen.

Strafprozessuale Schwerpunkte: Prozessual musste man sich mit der Frage eines etwaigen Verwertungsverbot bei durch Misshandlung seitens Privater erlangter Geständnisse auseinandersetzen (§§ 136 bzw. 136a StPO beziehen sich auf die Strafverfolgungsbehörden; zudem war ein Eingehen auf die Widerspruchslösung des BGH angezeigt).

hemmer-Trainingsplan-Info: Die maßgeblichen materiell-rechtlichen und prozessualen Probleme waren umfassend Gegenstand des Hemmer-Hauptkurses zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung, z.B. Unterlassensvarianten in den **Fällen 1 und 4 unseres Hauptkursprogramms**.

Zudem wurden u.a. in **Fall 10 bis 13** die §§ 253, 255, 240 StGB sowie insbesondere § 263 StGB umfassend behandelt und die **Umsetzung in diversen Fallkonstellationen aktiv intensiv eingeübt**. Wer sich insoweit lediglich im universitären Frontalunterricht berieseln lässt wird die Fähigkeit zur eigenständigen Lösung solcher Varianten nicht erlangen können. Die strafprozessualen Problematiken sind in unserem **StPO-Hauptkursprogramm u.a. in Fall 11** verankert.

C) Öffentliches Recht:

Allgemeines/Auffälligkeiten/Trends:

- **wieder eine klassische Baurechtsklausur und**
- **eine reine Staats- und Europarechtsklausur**
- **für jeden, der im Europarecht nicht auf Lücke gesetzt hat, ein machbares, faires Examen**

Klausur Nr. 5:

Problemstellung: Die erste öffentlich-rechtliche Klausur konfrontiert die Examenskandidaten in der prozessualen Gestalt einer Berufung mit typischen Fragestellungen des Bauplanungsrechts.

Sachverhalt: *M ist Eigentümer eines 60.000 m² großen Grundstücks am Ortsrand der kreisangehörigen Gemeinde S. Auf diesem Grundstück befand sich früher eine Fabrik mit zwei großen Hallen und mehreren Nebengebäuden. Das Grundstück grenzt im Süden und Osten an eine Bebauung mit kleineren Einfamilienhäusern während im Norden und Westen jeweils landwirtschaftlich genutzte Grundstücke angrenzen. Nachdem im Jahr 1995 der Fabrikbetrieb eingestellt wurde, wurden die Gebäude bis auf ein erst kürzlich saniertes Bürogebäude im Jahr 1999 abgerissen.*

In der Folgezeit wurden mit der Gemeinde Verhandlungen über die Errichtung eines Einkaufszentrums und von Wohngebäuden geführt. Nachdem sich diese zerschlugen, vermietet M im September 2008 das Bürogebäude an die C-GmbH, die hier ein Unternehmen zum An- und Verkauf gebrauchter Druckerbehälter betreiben möchte. M beantragt am 22.09.2008 die entsprechende Nutzungsänderungsgenehmigung.

Die Gemeinde verweigert formell ordnungsgemäß ihr Einvernehmen, woraufhin sie vom Landratsamt aufgefordert wird, binnen zwei Monaten nochmals über die Erteilung des Einvernehmens zu entscheiden, andernfalls wird die Ersetzung des Einvernehmens angekündigt. Dennoch verweigert die Gemeinde erneut ihr Einvernehmen. Das Gebäude liegt ihrer Ansicht nach im Außenbereich. Durch Abriss der Fabrikhallen ist eine Baulücke von 150 m zur vorhandenen Wohnbebauung entstanden. Außerdem sei das Bürogebäude auf dem ehemaligen Fabrikgelände mit einem Anteil an der Grundfläche von 2 % von nur untergeordneter Bedeutung. Zudem bestehe ein Planungsbedürfnis, da mit einem verstärkten An- und Abfahrtsverkehr mit Lkw zu rechnen sei. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass dieser Lieferverkehr eine schädliche Umwelteinwirkung i.S.d. § 3 I BImSchG darstellt.

Mit Bescheid vom 02.01.2009, am selben Tag als Übergabeeinschreiben an die Gemeinde zur Post gegeben, erteilt das Landratsamt unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens die Baugenehmigung. Begründet wird das u.a. mit dem Bestandsschutz zugunsten des M. In der Rechtsbehelfsbelehrung wird die Gemeinde auf die Möglichkeit eines Widerspruchs hingewiesen. Auf eine Klage der Gemeinde vom 06.02.2009 hin wird die Baugenehmigung durch das stattgebende Urteil des VG Regensburg vom 09.03.2009 aufgehoben. Die Berufung wird nicht zugelassen.

M will von seinem Rechtsanwalt wissen, was er gegen das Urteil unternehmen kann.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme: Als Rechtsmittel gegen das Urteil kommt alleine eine Berufung nach § 124 VwGO in Betracht. Da diese aber nicht vom VG im Urteil zugelassen wurde, ist der eigentlichen Berufung ein Zulassungsantrag nach §§ 124 I, 124a IV, V VwGO vorzuschalten. Als Zulassungsgrund kommen hier ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, § 124 II Nr. 1 VwGO, in Betracht. Die Zulässigkeit der Berufung im Übrigen ist gegeben. Zum einen ist M als Beigeladener Beteiligter im Sinne der §§ 124 I, 63 Nr. 3 VwGO. Zum anderen ist er durch das angefochtene Urteil auch materiell beschwert, da die ihm erteilte Baugenehmigung wieder aufgehoben wurde.

Die Berufung wäre – da kausale Verfahrensfehler nicht ersichtlich sind - begründet, wenn das angefochtene stattgebende Urteil falsch ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Klage der Gemeinde entweder unzulässig oder unbegründet ist.

Die Zulässigkeit der Klage ist gegeben. Die Gemeinde ist zwar nicht Adressat der Baugenehmigung, aber dennoch klagebefugt, da sie sich auf ihre Rechte aus § 36 BauGB, Art. 28 II GG berufen kann. An dieser Stelle ist auch vertretbar, von zwei Anfechtungsklagen der Gemeinde auszugehen: Eine gegen die Baugenehmigung und eine gegen die Ersetzung des Einvernehmens, die nach Art. 67 III S. 1 BayBO zugleich eine Ersatzvornahme nach Art. 113 GO ist. Die Anfechtungsklage ist zwar auf den ersten Blick verfristet, allerdings ist die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft i.S.d. § 58 II VwGO, da richtiger Rechtsbehelf nicht der Widerspruch, sondern aufgrund von Art. 15 II AGVwGO die Anfechtungsklage ist. Auch wenn die Gemeinde als Teil der öffentlichen Hand den richtigen Rechtsbehelf ohnehin kennen sollte, ist kein Grund ersichtlich, warum nicht dennoch die Jahresfrist des § 58 II VwGO gelten sollte.

In der Begründetheit der Anfechtungsklage kommt es in erster Linie auf die Genehmigungsfähigkeit der Nutzungsänderung an. Zwar ist auch die Genehmigungspflichtigkeit nach Art. 55 I, 57 IV BayBO nicht unproblematisch, hierauf kann die Anfechtungsklage der Gemeinde mangels subjektiver Rechtsverletzung aber sicher nicht gestützt werden.

Die Genehmigungsfähigkeit setzt zunächst voraus, dass die Nutzungsänderung überhaupt ein Vorhaben i.S.d. § 29 I BauGB ist, dass also die erforderliche planungsrechtliche Relevanz vorliegt. Aufgrund des gesteigerten An- und Abfahrtsverkehrs lässt sich dies bejahen.

Nächster Schwerpunkt ist dann die Abgrenzung zwischen § 34 und § 35 BauGB, wobei hier aufgrund des räumlichen Abstands zur Wohnbebauung wohl von einem Außenbereichsvorhaben auszugehen ist. Da dieses nicht nach § 35 I BauGB privilegiert ist, ist es nicht genehmigungsfähig, wenn öffentliche Belange beeinträchtigt sind, § 35 II BauGB. Hier liegt wohl eine Beeinträchtigung nach § 35 III S. 1 Nr. 3 BauGB vor, sodass das Vorhaben unzulässig ist.

Eine Genehmigungsfähigkeit aufgrund des sog. aktiven Bestandsschutz scheidet nach h.M. aus, soweit dieser nicht gesetzlich verankert ist. Dies ist zwar im Rahmen des § 35 IV BauGB geschehen, dessen Voraussetzungen hier nicht vorliegen.

Das Vorhaben ist somit nicht genehmigungsfähig, sodass die Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 II S. 1 BauGB zu Recht versagt hat, das Landratsamt dieses Einvernehmen rechtswidrig ersetzt hat, § 36 II S. 3 BauGB, Art. 67 I BayBO.

Die Anfechtungsklage der Gemeinde ist damit zulässig und begründet. Das mit Berufung angefochtene Urteil erweist sich als rechtmäßig, sodass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg aufweist.

hemmer-Trainingsplan-Info: Der Aufbau einer Berufung, inklusive vorgeschaltetem Zulassungsantrag, sollte für einen Hauptkursteilnehmer kein größeres Problem gewesen sein. Dies ist nicht nur Gegenstand von **Fall 9 Verwaltungsrecht AT**, sondern wurde innerhalb des letzten Jahres gleich in zwei Klausuren im Klausurenkurs (**Klausuren 1335 und 1355**) abgeprüft. Die Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben ist ein absoluter Schwerpunkt des Hauptkurses, vgl. **Fall 6 Verwaltungsrecht-AT, Fälle 3, 5, 6, 8 und 9 Baurecht. Fall 8 Baurecht** behandelt zudem ausführlich die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens.

Diese Klausur war für Teilnehmer unseres Hauptkurses absolut machbar! Es kam – was typisch für das bayerische Examen ist – nicht darauf an, eine konkrete Entscheidung im Detail nachbeten zu können, sondern verschiedene Probleme in einen sauberen Aufbau zu bringen und eine relativ umfangreiche Klausur vor allen Dingen fertig zu stellen!

Klausur Nr. 6:

Problemstellung: Probleme des Verfassungsrechts kombiniert mit einigen Fragen des Europarechts. Während Verfassungsrecht schon immer ein Dauerbrenner im bayerischen Staatsexamen ist, entwickelt sich Europarecht langsam zu einem solchen. Hier auf Lücke zu gehen, ist grob „fahrlässig“!

Sachverhalt: Die Europäische Gemeinschaft erlässt nach ordnungsgemäßen Verfahren eine Richtlinie zur Bekämpfung des übermäßigen Alkoholkonsums in Gaststätten. Nach Art. 1 der Richtlinie muss in jeder Gaststätte ein deutlich sichtbarer Hinweis auf die Gefahren des Alkoholkonsums angebracht werden. Nach Art. 2 der Richtlinie dürfen die Mitgliedsstaaten weitergehende Maßnahmen anordnen. Als Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinie wird Art. 152 EG, hilfsweise Art. 308 EG angegeben. Der Freistaat erlässt in Umsetzung der Richtlinie das „Bayerische Gesetz zum Schutz von übermäßigem Alkoholkonsum in Gaststätten“. In Art. 1 des Gesetzes wird dabei in Umsetzung der Richtlinie die Warnpflicht eingeführt. In Art. 2 des Gesetzes wird darüber hinausgehend angeordnet, dass Gastwirte Gäste, die bereits einen Liter Bier getrunken haben, ausdrücklich auf die Gefahren des Trinkens hinzuweisen haben und ihnen zu empfehlen ist, keinen weiteren Alkohol zu trinken.

Skizzierung der inhaltlichen Probleme: Zu prüfen ist zum einen die Rechtmäßigkeit der Richtlinie, zum anderen die Rechtmäßigkeit des Bayerischen Gesetzes, wobei letzteres auf die Gesetzgebungskompetenz des Freistaates sowie auf die Grundrechte des Grundgesetzes beschränkt ist.

Teil 1 – Rechtmäßigkeit der Richtlinie: Wichtig ist zunächst, dass die Richtlinie allein auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Europarecht geprüft werden darf.

Eine Prüfung auf Vereinbarkeit mit einfachem Bundesrecht scheidet schon deshalb aus, weil die Richtlinie diesem nach allen vertretenen Ansichten vorgeht. Aber auch am Grundgesetz darf die Richtlinie nicht gemessen werden. Zum einen kommt ohnehin nur eine Prüfung darauf in Betracht, ob die Grenzen des Art. 23 I S. 2, 79 III, 1 und 20 GG überschritten sind. Hierfür ist nichts ersichtlich, wenn man nicht – wie manche die Maastricht-Rechtsprechung des BVerfG deuten – jede Kompetenzüberschreitung der Europäischen Gemeinschaft als eine Verletzung des Art. 23 I GG sehen will. Zum anderen stellt das BVerfG nach der Solange-Rspr. seine etwaige Prüfungskompetenz zurück, solange der EuGH einen ausreichenden Grundrechtsschutz gewährt.

Eine Verletzung des primären Gemeinschaftsrechts liegt dann vor, wenn sich für die Richtlinie keine Rechtsgrundlage finden lässt. Nach Art. 5 I EG darf die Gemeinschaft nur soweit tätig werden, wie ihr von den Mitgliedsstaaten Kompetenzen übertragen wurden, sog. Prinzip der Einzelermächtigung. Die Rechtsgrundlage für den Erlass von Sekundärrecht ergibt sich also nur aus dem EG-Vertrag, die Gemeinschaft besitzt im Unterschied zu den souveränen Mitgliedsstaaten nicht die „Kompetenz-Kompetenz“, sie kann sich nicht selbst Gesetzgebungskompetenzen schaffen. Ähnlich der Verteilung im Grundgesetz zwischen Bund und Ländern, gibt es grundsätzlich die ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Gemeinschaft nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie die konkurrierende Gesetzgebung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedsstaaten nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 II EG. Konkurrierende Kompetenzen sind im EG der Regelfall. Ferner gibt es noch die Möglichkeit von Harmonisierungsverfahren nach Art. 94 ff. EG, vereinzelt parallele Gesetzgebungskompetenzen, das Vertragslückenschließungsverfahren des Art. 308 EG und die EuGH-Rechtsprechung zur „Implied-Powers“-Lehre, einer Art „Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhang“.

Hier kommen laut Sachverhalt Art. 152 und 308 EG als Rechtsgrundlagen in Betracht, wovon Art. 308 EG schon nach seinem Wortlaut subsidiär ist.

Art. 152 EG regelt den Beitrag der Gemeinschaft zur Krankheitsverhütung. Art. 152 I EG sieht hierbei vor, dass die Gemeinschaft die Politik der Mitgliedsstaaten unterstützt und auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung angelegt ist. Der Gemeinschaft kommt hierbei die Aufgabe zu, Maßnahmen der Mitgliedsstaaten zur Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden einschließlich der Informations- und Vorbeugemaßnahmen zu ergänzen. Grundsätzlich kann die Richtlinie 2008/85 EG, die vor übermäßigem Alkoholkonsum schützen soll, unter diese Zielbestimmungen subsumiert werden. Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips jedoch konzentriert sich die Aktivität der Gemeinschaft auf die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten. Die RL 2008/85 wird jedoch zum Zwecke der Harmonisierung, also der Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedsstaaten, erlassen. Die rein ergänzenden Maßnahmen, die die Gemeinschaft nach Art. 152 EG erlassen darf, dürfen aber in keinem Fall der Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten dienen, dies verbietet Art. 152 IV lit.c) EG. Art. 152 EG kann demnach nicht als Ermächtigungsgrundlage für die genannte RL dienen.

Ob nun auf Art. 308 EG zurückgegriffen werden darf, ist fraglich. Weniger problematisch ist, dass diese Kompetenz „hilfsweise“ angeführt wurde. Dies ist dann unschädlich, wenn die Verfahrensvoraussetzungen der Norm erfüllt sind, wovon laut Sachverhalt auszugehen ist. Nach Art. 308 EG ist der Rat zum Erlass von Rechtsakten auch dann ermächtigt, wenn die Verträge zwar keine ausdrückliche Einzelermächtigung enthalten, ein Tätigwerden der Gemeinschaft aber erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines der Gemeinschaftsziele zur verwirklichen. Art. 308 EG gilt damit in den Fällen, in denen die vertragliche Zielbestimmung und die Einzelermächtigung zum Erlass von Rechtsakten nicht übereinstimmen. Ein Tätigwerden der Gemeinschaft nach Art. 308 EG kommt nur dann in Betracht, wenn im Vertrag eine ausdrückliche Ermächtigung unter Berücksichtigung der „Implied-Powers“-Lehre fehlt. Das Vertragslückenschließungsverfahren findet demnach nur subsidiär Anwendung. Art. 308 EG darf nur zur Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft angewendet werden. Nach h.M. ist dieser Begriff weit auszulegen. Erfasst werden alle in der Präambel, in Art. 2, 3, 4 und sonst im EG genannten Ziele. Ausreichend ist demnach, dass die zu regelnde Materie zumindest im Vertrag angelegt ist, auch wenn sie nur unzureichend und ganz punktuell geregelt ist. Zwar hat die Gemeinschaft Teilkompetenzen im Gesundheitsschutz, vgl. Art. 152 EG. Jedoch ist ihr eine Harmonisierung in diesem Bereich untersagt nach Art. 152 IV EG. Damit ist ein Rückgriff auf den subsidiären Art. 308 EG wohl nicht möglich.

Höherwertiges Gemeinschaftsrecht wäre weiter auch dann verletzt, wenn die Richtlinie gegen Grundrechte auf Gemeinschaftsebene verstoßen würde, Art. 6 II EUV. Hier kommt eine Verletzung der Berufsfreiheit der Gastwirte in Betracht. Allerdings besitzt die Pflicht, Warnhinweise anzubringen, nur relativ geringe Eingriffsintensität und dient einem wichtigen legitimen Zweck, sodass der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt ist. Das Eigentumsgrundrecht ist wohl schon gar nicht betroffen, da bloße Erwerbserwartungen nicht in seinen Schutzbereich fallen.

Teil 2 – Rechtmäßigkeit des bayerischen Gesetzes: Fraglich ist laut Sachverhalt sowohl die Gesetzgebungskompetenz des Freistaates als auch die Grundrechtskonformität.

Die Gesetzgebungskompetenz liegt auch für die Umsetzung von Richtlinien der Gemeinschaft nach Art. 30, 70 GG grundsätzlich bei den Ländern. Eine Ausnahme nach Art. 73 GG, ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz, ist nicht ersichtlich. Es könnte allerdings Art. 74 I Nr. 20 GG – das Recht der Lebens- und Genussmittel – sein. Dagegen spricht, dass nicht grundsätzlich vor den Gefahren des Alkohols gewarnt werden soll, sondern gerade in Gaststätten, sodass die Materie wohl eher dem Bereich des Gaststättenrechts zuzuordnen ist, das nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 74 I Nr. 11 GG eindeutig Länderkompetenz ist. Letztlich kann diese Frage auch offen bleiben: Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz jedenfalls nicht im Sinne des Art. 72 I GG abschließend Gebrauch gemacht, sodass der Freistaat Bayern tätig werden durfte.

Eine Überprüfung des Bayerischen Gesetzes an den Grundrechten des Grundgesetzes kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG nur insoweit in Betracht, als der bayerische Gesetzgeber über die Vorgaben der Richtlinie hinausging. Soweit er lediglich die Richtlinie inhaltsgleich in bayerisches Recht gießt, darf dies allenfalls auf die qualifizierte Verfassungswidrigkeit nach Art. 23 I S. 3 GG hinterfragt werden und auch dies nur dann, wenn der vorrangig anzurufende EuGH keinen ausreichenden Grundrechtsschutz mehr gewährt, sog. Solange-Rechtsprechung. Nach diesen Vorgaben darf Art. 1 des Bayerischen Gesetzes nicht auf eine Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes geprüft werden. Etwas anderes lässt sich allerdings mit der Argumentation vertreten, dass die Richtlinie ja gerade mangels Kompetenz im Gemeinschaftsrecht unwirksam ist, s.o. Unterstellt man eine entsprechende EuGH-Entscheidung fällt die europarechtliche Prüfungs-„Barriere“ weg.

Art. 2 des Bayerischen Gesetzes, der über die Richtlinie hinausgehend eine konkrete Belehrung des einzelnen Gastes verlangt, ist insoweit an Art. 12 GG zu messen. Hier ist die Angemessenheit des Eingriffs keineswegs genauso unproblematisch wie bei dem generellen Warnhinweis. Schließlich wird ein Wirt hier gezwungen, als Oberlehrer eines erwachsenen Menschen aufzutreten. Die Warnung kommt hier nicht mehr abstrakt vom Gesetzgeber, sondern konkret vom einzelnen Wirt, was für viele Gäste Grund sein mag, diese Gaststätte zu meiden bzw. dort weniger als bislang zu konsumieren, da viele Gäste keine Lust darauf haben werden, vor anderen Gästen als Trinker stigmatisiert zu werden.

hemmer-Trainingsplan-Info: Gesetzgebungskompetenz und Grundrechtskonformität, gerade die Vereinbarkeit mit Art. 12 GG sind nicht nur (selbstverständlicher) Gegenstand unseres Hauptkurses, sondern waren gerade auch Gegenstand der **Klausur 1351**, die unmittelbar vor dem Examen gestellt wurde. Die Frage, wie weit sekundäres Europarecht am Grundgesetz gemessen werden darf, ist Schwerpunkt des **Falles 2 Europarecht**. Die Prüfung europäischer Grundrechte wird ebenfalls im Hauptkurs Europarecht dargestellt. Diese Klausur war mit Grundkenntnissen des Staats- und Europarechts zu lösen. Hier kam es weniger darauf an, Details zu kennen, als vielmehr den Korrektor mit eigenständiger Argumentation zu überzeugen. Die Fähigkeit hierzu zu vermitteln, ist Hauptanliegen unseres Kurses!