

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

Henry Naeve
Das Prüfungsschema

Olaf Muthorst
Examensfall BGB

**Roland Broemel/
Moritz Koch**
Examensfall ÖR

STUDIUM

Florian Brüggemann
Examensklausur
Strafrecht

Katharina Goldberg
Examenshausarbeit
Steuerrecht

SCHWERPUNKT ■ EXAMENSVORBEREITUNG

1
2014

MANCHMAL FÄLLT DIE AUSWAHL SCHWER.

DIE ENTSCHEIDUNG FÜR WHITE & CASE WAR EINFACH.



Dr. Florian Kleinschmit, Local Partner bei White & Case

WHITE & CASE

White & Case ist eine der führenden internationalen Anwaltssozietäten. Wir beraten unsere Mandanten an 39 Standorten in 26 Ländern weltweit. In Deutschland gehören wir zu den TOP-10-Wirtschaftskanzleien mit einem Führungsanspruch in vielen Rechtsgebieten.

Für unsere deutschen Standorte **Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg und München** suchen wir **Referendare (m/w)** und **Rechtsanwälte (m/w)**.

Sie haben Interesse an der Bearbeitung komplexer juristischer Fragestellungen und bringen ausgezeichnete juristische Qualifikationen, sehr gute Englischkenntnisse, einen ausgeprägten Teamgeist sowie unternehmerisches Denken mit? Dann entscheiden Sie sich für uns.

Wir freuen uns über Ihre Bewerbung:

Verena Szulczyk, Legal Recruiting

Tel.: + 49 69 29994 1235, E-Mail: bewerbung@whitecase.com

Mehr über uns: www.whitecase.com/careers/europe/germany



White & Case Karriere-App

Unsere Standorte in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, München

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

RA Henry Naeve Das juristische Prüfungsschema	1
Wiss. Mit. Leonard Biebrach/wiss. Mit. Martin Fischer/wiss. Mit. Marinus J. Stehmeier Examensvorbereitung ohne Repetitor – ein Erfahrungsbericht	7
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst Der Originalexamensfall im Bürgerlichen Recht: Mangelhafte Häuser	11
Jun.-Prof. Dr. Roland Broemel/Moritz Koch Der Originalexamensfall im Öffentlichen Recht: Zugang zu Volksfesten	17
RA Sven-Alexander v. Normann Erfolgsstrategien für das 1. Staatsexamen	22
Prof. Dr. Bettina Heiderhoff Väterrechte	26

Klausuren

Stud. iur. Anna-Sophie Klimke Klausur im Kreditsicherungsrecht: Bürgschaft und Schuldbeitritt	36
Stud. iur. Florian Brüggemann Examensklausur Strafrecht.	40
Stud. iur. Dennis Häbel Klausur Polizeirecht: Ein Platzverweis bei Hochwasser	48

Hausarbeiten

Stud. iur. Lara-Katharina Burandt Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Bereicherungsrecht.	53
Wiss. Mit. Katharina Goldberg Das Problem des Treaty Override	71

Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 03.07.2013: Kosten eines Deckungskaufs sind kein Verzögerungsschaden	78
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 22.10.2013: Umfang der Rechtskraft bei Beratungsfehlern	80
Jun.-Prof. Dr. Stefanie Kemme BGH vom 20.02.2013: Sittenwidrigkeit von Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen.	82
Jun.-Prof. Dr. Stefanie Kemme BGH vom 04.07.2013: Reizung zum Zorn oder sonst ein minder schwerer Fall des Totschlags?	84

AUFSÄTZE

KLAUSUREN

HAUSARBEITEN

RECHTSPRECHUNG

REZENSIONEN

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke	
EuGH vom 07.11.2013: Homosexualität als anzuerkennender Fluchtgrund	86
BVerfG vom 11.12.2013: Bezeichnung als „durchgeknallte Frau“ kann Beleidigung sein.	88

Rezensionen

Stud. iur. Sophie Victoria Knebel	
Volker M. Haug: Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht	90

Wiss. Mit. Patric Urbaneck	
Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk: Rechtstheorie	91

Hamburger Rechtsnotizen

Impressum	92
---------------------	----

Benjamin Dzatkowski	
Venture Capital-Finanzierung in der Praxis	III

Amadeus Maaßhoff/Sophia Schulz	
Juristisches Abenteuer – Segel setzen nach Wien zum 21. Willem C. Vis Arbitration Moot Court	III

Christin Jüngel/Nina Schöner	
„Recht in der Praxis“ – Einblicke in das Berufsleben	IV

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSPRECHUNG
REZENSIONEN

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Herausgegeben durch den Hamburger Rechtsnotizen e.V. – www.hamburger-rechtsnotizen.de

Henry Naeve*

Das juristische Prüfungsschema

Die juristische Ausbildung ist geprägt vom Umgang mit Prüfungsschemata. Der Beitrag beleuchtet die Entstehung solcher Prüfungsschemata und stellt verschiedene Typen vor. Daneben geht der Beitrag insbesondere auf die Stärken und Schwächen von Prüfungsschemata ein.

I. Einleitung

Der Umgang mit sogenannten Prüfungsschemata gehört zum juristischen Handwerkszeug. Schon zu Anfang des ersten Semesters werden die Studierenden mit diesem Werkzeug konfrontiert. Es begleitet sie bis zum zweiten Staatsexamen und auch im Berufsleben¹.

Was genau ist nun ein Prüfungsschema? Die rechtswissenschaftliche Literatur schweigt sich dazu weitgehend aus. Trotz sorgfältiger Recherche habe ich nur eine einzige Definition gefunden.² Sie lautet: „(Ein Prüfungsschema ist) *im wesentlichen eine Anleitung, in welcher Reihenfolge bestimmte Antwortnormen zu prüfen sind und bildet zugleich eine Checkliste, damit vom Juristen nichts relevantes bei der Beurteilung der Fragestellung übersehen wird.*“

Gerade zu Anfang des Studiums sehen viele Studierende Prüfungsschemata als eine Art Allheilmittel, als einen festen Anker in der Flut der über sie hereinbrechenden Wissensfülle. Alle Lehrenden kennen die Frage: „Kriegen wir dafür auch ein Prüfungsschema?“. Die Studienliteratur wirbt mit Slogans wie „...mit den 100 wichtigsten Prüfungsschemata zum Zivilrecht“. Es gibt sogar Bücher, die ausschließlich Prüfungsschemata enthalten.³ Auch die Literatur für Praktiker/innen⁴ und neuerdings auch Kom-

mentare⁵ bieten vermehrt Prüfungsschemata, nur dass sie dort, womöglich um das studentische Gewand abzustreifen, meist „Checklisten“, „Prüfprogramm“ o.ä. heißen.

Während die Studierenden in den Anfangssemestern dazu neigen, den Nutzen von Prüfungsschemata zu überschätzen, werden sie von Professorinnen und Professoren meist skeptisch betrachtet. Wer wissenschaftlich denkt und arbeitet, bewegt sich nicht gern auf vorgefertigten Pfaden.

Die Wahrheit dürfte, wie so oft, irgendwo in der Mitte liegen. Juristisches Arbeiten ist die Suche nach Antworten der (abstrakten) Rechtsordnung auf (konkrete) Fragen. Sollen die Suche nicht planlos und die Antworten nicht beliebig sein, muss die juristische Arbeit einerseits ein Stück weit schematisch sein. Prüfungsschemata sind daher durchaus ein bedeutendes juristisches Werkzeug. Andererseits sind Prüfungsschemata keine mathematischen Algorithmen zur Lösung von Fällen, in die als Variable nur noch der Sachverhalt eingesetzt werden müsste und schon käme das richtige Ergebnis heraus.

Darüber hinaus sind Prüfungsschemata in erster Linie (nur) „Gedankenschemata“, keine „Schreibanleitungen“. Sie zeigen auf, welche Fragen bei der Prüfung eines bestimmten Tatbestandes gedanklich abgearbeitet werden müssen. Eine gute juristische Arbeit erfordert jedoch weit mehr als das. Bevor irgendein Prüfungsschema angewendet werden kann, müssen der Sachverhalt und die Aufgabenstellung korrekt erfasst und die einschlägigen Normen aufgefunden werden. Es muss erkannt werden, welche Tatbestände, welche Ansprüche überhaupt zu prüfen sind. Erst dann kommen Prüfungsschemata überhaupt zur Anwendung und helfen dem Anwender, keine Prüfungspunkte zu übergehen und das Gutachten aufzubauen und zu gliedern. Sie helfen aber weder beim Subsumieren, Auslegen, Formulieren und Argumentieren noch dabei, Wichtiges von Unwichtigem zu trennen und Schwerpunkte zu setzen. Prüfungsschemata sind

* Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

¹ Dort meist in Form von Schriftsatzmustern u.ä. (siehe hierzu unten III. 7.).

² Schmalz/Schmalz-Brüggemann, Prüfungsschemata, Internetpublikation auf www.juratelegramm.de, abrufbar unter: <http://www.juratelegramm.de/html/Pruefungsschemata.htm> (zuletzt abgerufen am 20.07.2013).

³ Beispielsweise: Müller, Aufbauschemata Öffentliches Recht, 12. Aufl. 2012; Nemitz, Die Schemata, Band II, 7. Aufl. 2006.

⁴ Beispielsweise: Terwiesche (Hg.), Handbuch des Fachanwalts Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2012.

⁵ Beispielsweise: Fehling/Kastner/Störmer (Hg.), Verwaltungsrecht. Handkommentar, 3. Aufl. 2012 (u.a. Prüfungsschemata zu den verschiedenen verwaltungsprozessualen Rechtsbehelfen).

also nur eines von mehreren Werkzeugen, die zur Bearbeitung eines Falles gebraucht werden.

Eine wissenschaftlich-theoretische Auseinandersetzung mit dem juristischen Werkzeug Prüfungsschema, die in den Bereichen Rechtsmethodik und -didaktik zu verorten ist, hat – soweit ersichtlich⁶ – noch kaum stattgefunden, was aufgrund der Allgegenwärtigkeit von Prüfungsschemata bemerkenswert ist.

Der vorliegende Aufsatz will einen Beitrag leisten, diese Lücke zu schließen. Vor allem aber soll er Studierenden dabei helfen, Prüfungsschemata nicht nur zu kennen, sondern auch die Struktur hinter ihnen zu verstehen und damit typische Fehler bei der Anwendung zu vermeiden⁷.

II. Wie entstehen Prüfungsschemata?

Prüfungsschemata ergeben sich im Wesentlichen aus dem Gesetzeswortlaut (1.), der Gesetzessystematik (2.) und der Ausgestaltung des Rechts durch Rechtsprechung und Wissenschaft (3.). Darüber hinaus wurzeln sie zum Teil auch in didaktischen Bedürfnissen (4.).

1. Gesetzeswortlaut

Im einfachsten Fall generiert sich ein Prüfungsschema aus den Tatbestandsmerkmalen einer einzigen Norm. Beispiel: § 812 I 1 Alt. 1 BGB (sogenannte Leistungskondiktion): „*Wer durch die Leistung eines anderen (...) etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.*“ Das Prüfungsschema lautet: 1. Etwas erlangt, 2. Durch Leistung, 3. Ohne rechtlichen Grund.

2. Systematik

Meistens generiert sich ein Prüfungsschema allerdings aus mehreren Normen, die in einem systematischen Zusammenhang stehen. Ein noch recht einfaches Beispiel ist das Prüfungsschema für den Herausgabeanspruch des Eigentümers. Es lautet: 1. Sache, 2. Eigentum des Anspruchstellers, 3. Besitz des Anspruchsgegners, 4. Kein Recht zum Besitz. Die ersten drei Voraussetzungen ergeben sich (unmittelbar) aus § 985 BGB: „*Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.*“ Die zuletzt genannte Voraussetzung ergibt sich dagegen (erst) aus § 986 BGB: „*Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er [...] dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist.*“

Komplexere Beispiele sind die Schemata zur Prüfung von Strafnormen. Diese setzen sich stets zusammen aus einer oder mehreren Normen aus dem Besonderen Teil des StGB (z. B. gefährliche Körperverletzung §§ 223 I, 224 I

StGB), die die einzelnen Straftatbestände enthalten, und zusätzlich aus weiteren Normen aus dem allgemeinen Teil, welche die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit, insbesondere § 15 StGB (Vorsatz), §§ 32, 34 StGB u. a. (Rechtfertigungsgründe), §§ 19, 20 StGB (Schuldfähigkeit) und §§ 17, 35 StGB u. a. (Schuldausschlussgründe) normieren. Aus der Zusammenschau ergibt sich das bekannte Schema: I. Tatbestand, 1. objektiver Tatbestand, 2. subjektiver Tatbestand (Vorsatz), II. Rechtswidrigkeit (kein Eingreifen von Rechtfertigungsgründen), III. Schuld (Schuldfähigkeit und kein Eingreifen von Schuldausschlussgründen).⁸

Noch komplexer sind Schemata, die sich aus unterschiedlichen Normen verschiedener Gesetze zusammensetzen. Ein Beispiel ist das Schema zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit einer baulichen Anlage, das sich aus systematisch zusammenhängenden Normen des Bauplanungsrechts (BauGB) und des Bauordnungsrechts (Landesbauordnung) sowie im Einzelfall noch weiteren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen ergibt, z. B. aus dem Bundes-Immissionsschutzgesetz.

3. Rechtsprechung und Wissenschaft

Zahlreiche Prüfungsschemata bilden darüber hinaus eine (gefestigte) Ausgestaltung des Rechts ab, die es durch die Rechtsprechung oder Wissenschaft erfahren hat. Ein Beispiel ist der Betrugstatbestand (§ 263 StGB). Das gängige Prüfungsschema⁹ für den objektiven Tatbestand lautet: 1. Täuschung über Tatsachen, 2. Täuschungsbedingter Irrtum, 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung, 4. Vermögensschaden. Die Voraussetzung der Vermögensverfügung geht aus dem Wortlaut des § 263 StGB nicht hervor. Allerdings hat schon das Reichsgericht¹⁰ festgestellt: „*Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB ist eine Verfügung (eine sog. Vermögensdisposition) des Getäuschten. Nur sie kann den ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensschaden herbeiführen. Der § 263 StGB ist zu behandeln als lautete er: Wer usw. einen anderen dadurch, dass er durch Vorspiegelung usw. einen Irrtum erregt oder unterhält, zu einer Verfügung bestimmt, durch welche das Vermögen des Getäuschten oder eines anderen beschädigt wird....*“

4. Didaktik, praktische Bedürfnisse

Schließlich gibt es Prüfungsschemata, die nicht nur (mehr oder weniger detailliert) die einzelnen Prüfungspunkte auflisten, sondern aus didaktischen Gründen darüber hinaus auch potentielle juristische Probleme aufführen und dazu dienen sollen, diese zu erkennen und zu lösen.

⁸ In der Ausbildung ist dieser sogenannte dreigliedrige Verbrechenbau Standard. Wissenschaftlich ist er allerdings keineswegs unumstritten. Vgl. zur Einführung etwa *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder (Hg.)*, StBG, 28. Aufl. 2010, Vorb. zu den §§ 13 ff., Rn. 8 – 22.

⁹ Siehe etwa: *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 236 Rn. 3 ff.

¹⁰ RGSt, 47, 151 (152 f.) Dieser Rechtsprechung haben sich der BGH und ein Großteil der Literatur angeschlossen.

⁶ Literaturhinweise aus der Leserschaft nehme ich sehr gerne entgegen (hn@kanzlei-naeve.de).

⁷ Siehe hierzu auch: *Peine*, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 10 ff Rn. 38 ff.

In einem Werk, das ausschließlich umfangreiche Prüfungsschemata zu allen Rechtsgebieten kompiliert, finden sich im Prüfungsschema für den Betrug als Unterpunkte des Prüfungspunktes „Vermögensschaden“ unter anderem (als Gedankenstütze) folgende Punkte: *Subjektiver Schadenseinschlag, Eingehungsbetrug, Anstellungsbetrug, Erfüllungsbetrug, Fälle der sozialen Zweckverfehlung, Prozessbetrug, usw.*¹¹

III. Typisierung verschiedener Arten von Prüfungsschemata

Es gibt verschiedene Typen von Prüfungsschemata.

Zu nennen sind: Grundstrukturen (1.), Grundschemata (2.), Detailschemata (3.), Problemschemata (4.), Prüfungsfolgen und Checklisten (5.), Entscheidungsbäume (6.) und Formulare (7.).

Es handelt sich hierbei weder um eingeführte Begrifflichkeiten noch um eine abschließende Aufzählung. Die genannten Typen schließen sich auch nicht gegenseitig aus, sondern bauen aufeinander auf (bspw. Grundstrukturen und Detailschemata) oder treten kombiniert in Erscheinung (bspw. Prüfungsfolge und Entscheidungsbaum).

Die Charakteristika bestimmter Typen von Prüfungsschemata zu kennen, kann dabei helfen, Fehler zu vermeiden, die bei deren Anwendung typisch sind.

1. Grundstrukturen

Grundstrukturen bilden eine allgemeine Prüfungsstruktur für bestimmte typische juristische Fragestellungen ab.

Typische Grundstrukturen sind im Strafrecht: I. Tatbestand, II. Rechtswidrigkeit, III. Schuld¹²; im Zivilrecht: I. Anspruch entstanden, II. Anspruch erloschen, III. Anspruch durchsetzbar¹³ und im öffentlichen Recht etwa: I. Schutzbereich, II. Eingriff, III. Rechtfertigung (Grundrechtsprüfung¹⁴).

Diese Grundstrukturen beziehen sich nicht auf bestimmte Normen (z. B. § 242 StGB: Diebstahl), sondern *übergreifend* auf eine bestimmte Gattung von Normen (z. B. Straftatbestände, zivilrechtliche Ansprüche, usw.). Die Grundstrukturen ergeben sich daher auch nie aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen sondern stets aus der Gesetzessystematik. Es gibt beispielsweise keine Bestimmung im Strafgesetzbuch, die lautet: „Der Täter muss tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft

gehandelt haben“.¹⁵ Dass Rechtswidrigkeit und Schuld bei jedem Straftatbestand geprüft werden müssen, ergibt sich vielmehr daraus, dass die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe bzw. die Bestimmungen über die Schuldfähigkeit im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches geregelt sind und daher für alle Straftatbestände des Besonderen Teils gelten. Gleiches gilt für die Bestimmungen über das Erlöschen und die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen im Zivilrecht, die im Allgemeinen Teil des Schuldrechts geregelt sind.

Die Grundstrukturen sind leicht zu lernen und bieten kaum Potential für Fehler. Mit ihnen allein kann man einen konkreten Fall aber noch nicht lösen. Sie dienen nur als Gerüst für die im konkreten Fall in Betracht kommenden Tatbestände, Ansprüche, Grundrechte usw.

2. Grundschemata

Grundschemata bilden die zentralen Prüfungsschritte bestimmter konkreter Normen ab ohne diese bis ins Detail „auseinanderzunehmen“. Sie weisen eine überschaubare Zahl an Prüfungspunkten und meist nur ein oder zwei Gliederungsebenen auf.

Beispiele sind etwa das schon genannte Grundschemata zur Prüfung eines Anspruchs aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion): I. Etwas erlangt, II. Durch Leistung, III. Ohne rechtlichen Grund, oder das Grundschemata zur Prüfung des § 242 StGB (Diebstahl): I. Objektiver Tatbestand: 1. Sache, 2. Fremd, 3. Beweglich, 4. Wegnahme, II. Subjektiver Tatbestand: 1. Vorsatz, 2. Zueignungsabsicht.

Wie die Grundstrukturen sind auch die Grundschemata leicht zu lernen und bieten wenig Fehlerpotential. Auf der anderen Seite müssen sie meistens – ausgehend von dem konkreten Sachverhalt – weiter verästelt und ergänzt werden, um die im *konkreten* Fall erforderlichen Prüfungsschritte darzustellen und diese systematisch und nachvollziehbar abzuschichten.

Zur Veranschaulichung folgender Sachverhalt: A betritt einen Kiosk. Da der Besitzer den Kiosk kurzfristig verlassen hat, entschließt sich A eine Flasche Wodka zu stehlen. Er ergreift sie und geht zur Tür. Dies sieht ein anderer Kunde und hält A auf, bevor er den Laden verlassen kann. Hat sich A nach § 242 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht?

In diesem kurzen Fall ist der Prüfungspunkt „Wegnahme“ näher zu beleuchten. Dieser Punkt des Grundschemas sollte daher weiter unterteilt werden. Etwa: *a. Bruch fremden Gewahrsams* (Problem: Der Besitzer war gerade

¹¹ Nemitz, Die Schemata, Band II, 7. Aufl. 2006, S. 33.

¹² Oben Fn. 8.

¹³ Vgl. etwa Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 8. Aufl. 2011, S. 10 Rn. 12.

¹⁴ Eingehend von Münch/Kunig, in: dies, Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl. 2012, Vorb. Art. 1 – 19 Rn. 11 ff.

¹⁵ Vgl. aber § 1 OWiG („Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht“).

nicht anwesend, hatte er trotzdem Gewahrsam? – nach h. M. ja, es lag nur eine sogenannte Gewahrsamslockerung vor¹⁶) b. Begründung neuen Gewahrsams (Problem: Reicht das Ergreifen der Flasche aus oder muss der Laden erst verlassen werden? – nach h. M. reicht das Ergreifen aus, sogenannte Apprehensionstheorie¹⁷).

3. Detailschemata

Detailschemata versuchen alle Punkte inkl. Unterpunkten, die sich bei der Prüfung einer bestimmten Norm ergeben können, aufzuführen. Sie enthalten daher eine Vielzahl an Prüfungspunkten und Gliederungsebenen unterschiedlicher Hierarchie.

Detailschemata basieren auf Grundschemata und „zerlegen“ deren Prüfungspunkte in möglichst viele Unterpunkte. Darüber hinaus enthalten sie im Gegensatz zu den Grundschemata auch Prüfungspunkte, die nicht immer, sondern nur dann „aktiviert“ werden müssen, wenn der konkrete Fall Anlass dazu gibt.

Ein Beispiel ist das Schema zur Prüfung des Zustandekommens eines Vertrags. Das Grundschemata lautet zunächst nur: I. Angebot, II. Annahme. Im Einzelfall kann fraglich sein, ob überhaupt Willenserklärungen vorliegen, ob diese zugegangen sind, ob sie wirksam angefochten worden sind usw. Alle diese Fragen können noch sehr viel weiter verästelt werden. Versucht man, alle Eventualitäten abzubilden, kann ein Prüfungsschema sehr umfangreich bis unüberschaubar werden. Bei *Nemitz, Die Schemata* beinhaltet allein das Schema „Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung“ fantastische 129 (!) Unterpunkte.¹⁸

Dieses und ähnlich ausdifferenzierte Schemata können nur als „Baukästen“ begriffen werden, aus denen die relevanten Elemente erkannt, extrahiert und zu einem auf den Fall passenden Schema zusammengefügt werden müssen.

4. Problemschemata

Problemschemata sind Detailschemata, die zusätzlich versuchen, die „klausurrelevanten“ Probleme abzubilden, die sich innerhalb bestimmter Prüfungspunkte ergeben können, teilweise inklusive Hinweis auf verschiedene Meinungen und Lösungsvorschlag.

Ein Problemschema zur Prüfung des Diebstahls¹⁹ führt zu dem Prüfungspunkt „Begründung neuen Gewahrsams“ etwa folgendes aus (Zitat):

„Vollendung d Gewahrswechsels. Begründung neuer (nicht notw eig) Sachherrschaft ohne wesentl Hindernisse u mit zumind wesentl Erschwerung für d bisher GewahrsInh; Vorräus (nach Apprehensionstheorie): – bei schweren Gegenständen: Ergreifen u Entfernung aus d Herrschaftsbereich d bisherigen GewahrsInh – bei leichten Gegenständen: Ergreifen u Einstecken bzw Verstecken in e mitgeführtes Behältnis od d Kleidung – bei Kleingegegenständen: Ergreifen u Festhalten – Beobachtung d Tä hindert d Gewahrsamswechsel nicht, h. M.“

Mit diesem „Wissen“ kann der oben genannte kurze Sachverhalt (oben 2.) tatsächlich ohne größere gedankliche Eigenleistung gelöst werden. Andererseits reicht schon eine kleine Abwandlung aus und das vermeintlich „todsichere“ Schema kann gefährlich werden (Beispiel: A stiehlt keinen Wodka im Kiosk, sondern Benzin an einer Zapfsäule. Nunmehr liegt der Schwerpunkt des Falles auf der schwierigen Abgrenzung von Betrug und (Trick) Diebstahl²⁰. Wer sich stoisch an das oben wiedergegebene Problemschema klammert – das dieses Problem gerade nicht aufgreift – wird das womöglich übersehen.

Dieser Fall illustriert die Schwäche, die allen Problemschemata innewohnt: Je ausführlicher ein Schema ist, desto mehr suggeriert es, dass man mit ihm praktisch jeden Fall lösen könnte. Fakt ist aber: Kein noch so ausdifferenziertes Schema kann dem Anwender die Entscheidung darüber abnehmen, welche von den vielen möglichen Prüfungspunkten im konkreten Fall tatsächlich relevant sind.

5. Prüfungsfolgen und Checklisten

Prüfungsschemata können weiterhin danach unterschieden werden, ob die Prüfungspunkte zwingend in einer bestimmten Reihenfolge geprüft werden müssen oder nicht. Im ersten Fall kann man von „Prüfungsfolgen“, im zweiten Fall von „Checklisten“ sprechen.

Eine logisch zwingende Prüfungsfolge haben etwa die bereits genannten Schemata: I. Tatbestand, II. Rechtswidrigkeit, III. Schuld oder I. Anspruch entstanden, II. Anspruch untergegangen, III. Anspruch durchsetzbar. Um die Frage zu beantworten, ob eine Tat ausnahmsweise gerechtfertigt ist, muss zuerst festgestellt werden, ob die Tat überhaupt strafbar ist. Um die Frage zu beantworten, ob ein Anspruch untergegangen ist, muss er zunächst überhaupt entstanden sein.

Ein Beispiel, bei dem es nicht auf die Reihenfolge ankommt, ist etwa die Prüfung der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen im Rahmen der Zulässigkeit von Rechtsbehelfen (sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, Beteiligten- und Prozessfähigkeit, ord-

¹⁶ Vgl. *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 26 m. w. N.

¹⁷ Vgl. *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 37 m. w. N.

¹⁸ *Nemitz*, *Die Schemata*, Band II, 7. Aufl. 2006, B-5.

¹⁹ *Nemitz*, *Die Schemata*, Band II, 7. Aufl. 2006, S-27.

²⁰ *Beukelmann* in: *von Heintschel-Heinegg (Hg.)*, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 08.03.2013, Edition: 23, § 263 Rn. 38 m. w. N.

nungsgemäße Klageerhebung, allgemeines Rechtsschutzbedürfnis usw.). Hier müssen zwar alle Voraussetzungen vorliegen, sie bauen aber nicht – jedenfalls nicht zwingend – logisch aufeinander auf. Die Prüfungspunkte können daher (theoretisch) in beliebiger Reihenfolge geprüft werden.²¹ Gleichwohl haben sich (praktisch) in vielen Fällen bestimmte Prüfungsreihenfolgen etabliert (sei es generell, oder speziell bei einer Universität oder einem Professor), von denen dann nicht ohne Not abgewichen werden sollte.

6. Entscheidungsbäume

Eine weitere Gruppe sind Prüfungsschemata, die sich nicht als lineare Prüfungsfolgen sondern eher als „Entscheidungsbäume“ darstellen. Bei diesen Schemata gibt es einen oder mehrere Prüfungspunkte, deren Beantwortung nicht dazu führt, dass die Prüfung weitergeführt (Merkmal ist gegeben) oder abgebrochen (Merkmal ist nicht gegeben) wird, sondern im Sinne einer „Weggabe- lung“ über den weiteren Verlauf der Prüfung entscheidet.

Ein Beispiel ist das Schema zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit einer baulichen Anlage, bei welchem die Prüfung ab dem Punkt „bauplanungsrechtliche Zulässigkeit“ – abhängig davon, welche bauplanungsrechtliche Situation vorliegt (qualifizierter B-Plan, Innenbereich, Außenbereich) – völlig unterschiedliche Wege nimmt.²²

7. Formulare

Mit den Prüfungsschemata verwandt sind die Formulare (Klagemuster, Schriftsatzmuster, etc.).²³ Es handelt sich dabei im Grunde genommen um vorformulierte Spiegelbilder von Prüfungsschemata: Ein Musterschriftsatz zur Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs enthält im Wesentlichen die einzuhaltenden Formalien sowie einen vorformulierten Vortrag (konkrete Daten, Namen und Zahlen müssen individuell eingefügt werden), der einen Sachverhalt beschreibt, bei dem alle Voraussetzungen des geltend zu machenden Anspruchs erfüllt sind.

IV. Was ein Prüfungsschema kann

1. Dabei helfen, keine Prüfungspunkte zu vergessen

Der vielleicht offensichtlichste Nutzen von Prüfungsschemata ist, dass sie dabei helfen können, keine Prüfungspunkte zu vergessen. Dies gilt besonders für Tatbestände, deren Prüfprogramm sich nicht allein aus dem Wortlaut der zu prüfenden Norm, sondern (auch) aus deren Zusammenspiel mit weiteren Normen und der Gesetzes-

systematik ergibt, oder wenn von Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelte ungeschriebene Tatbestandsmerkmale zu beachten sind (siehe oben II. 2. und 3.).

Aber auch soweit sich das Prüfprogramm einer Norm unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, können Prüfungsschemata eine Hilfe für Studienanfänger/innen sein, die noch keine Routine darin haben, selbst den Wortlaut von Normen in der nötigen Präzision zu zerlegen. Der Wortlaut des § 242 StGB (Diebstahl): „*Wer eine fremde bewegliche Sache...wegnimmt...*“ bringt beispielsweise allein hinsichtlich des Tatobjektes drei zu differenzierende Prüfungspunkte hervor (1. Sache, 2. fremd, 3. beweglich), die – jedenfalls in einer Anfängerarbeit – jeweils einzeln definiert und geprüft werden sollten.

Schließlich können Prüfungsschemata dabei helfen, einen (häufigen) Fehler zu vermeiden, nämlich aufgrund der offensichtlichen Probleme und Besonderheiten des Einzelfalles über solche Prüfungspunkte hinwegzugehen, die sich erst bei näherem Hinsehen als ebenfalls relevant erweisen können.

2. Bei der Gliederung helfen

Juristische Gutachten sind alphanumerisch zu gliedern (A., I., 1., a., usw.). Dies dient der Übersichtlichkeit und der Abbildung der Hierarchie mehrerer abzuarbeitender Fragen.²⁴ Gerade für Studienanfänger/innen ist die „juristische“ Gliederungstechnik aber oft ein Buch mit sieben Siegeln. Hier können Prüfungsschemata eine gewisse Hilfe leisten, da sie die Prüfungspunkte schon in gegliederter Form aufführen. Die Gliederung des Prüfungsschemas zu § 223 StGB (Körperverletzung) entspricht grundsätzlich der Gliederung eines Gutachtens zur Frage der Strafbarkeit wegen Körperverletzung.

Das ist allerdings nur die halbe Wahrheit. In einem Gutachten können beispielsweise mehrere Handlungen unterschiedlicher Täter/innen zu prüfen sein. Darüber, wie dieses Gesamtpaket an Fragen abgeschichtet und wie es gegliedert werden kann, gibt ein einzelnes Prüfungsschema keine Auskunft.

Weiterhin kann der zu bearbeitende Sachverhalt zu bestimmten Prüfungspunkten schweigen oder diese vorgeben, er kann aber auch Spezialprobleme aufwerfen. In diesen Fällen muss das Schema und damit auch die Gliederung modifiziert werden.

3. Einen didaktischen Beitrag leisten

Die allgegenwärtigen Warnungen vor dem unreflektierten Auswendiglernen von Prüfungsschemata sind durchaus berechtigt (hierzu sogleich unten V.).

²¹ Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2011, S. 131 Rn. 4.

²² Vgl. z. B. Battis, *Öffentliches Baurecht*, 5. Aufl. 2006, S. 137 ff.

²³ Für Beispiele siehe etwa: Mes (Hg.), *Beck'sches Prozessformularbuch*, 12. Aufl. 2013; Hoffmann-Becking, /Rawert (Hg.), *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 11. Aufl. 2013; Heidl/Pauly/Wimmer-Amend (Hg.), *Anwalt Formulare: Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen*, 7. Auflage 2012.

²⁴ Hafß, *Juristische Schreibschule*, 2009, S. 145 ff.

Demgegenüber leisten Prüfungsschemata meines Erachtens aber auch einen notwendigen und nicht zu unterschätzenden didaktischen Beitrag. Theoretisches Wissen und dessen Anwendung bei der Falllösung sind zwei unterschiedliche Dinge. Während das Wissen *gelernt* werden kann, muss die Technik der Falllösung vor allem *geübt* werden. Der erste Einstieg in dieses Üben ist ohne Prüfungsschemata kaum möglich. Selbst wer *Sterns* Handbuch des Staatsrechts in 5 Bänden²⁵ durchgearbeitet hat, wird ein Gutachten zu den Erfolgsaussichten eines Organstreitverfahrens nicht auf Anhieb zustande bringen. Das liegt daran, dass die Strukturierung des abstrakten Wissens (beispielsweise: A. Einführung, I. Historische Grundlagen, II. Begriffliche Grundlagen, III. Die Regelungen des Grundgesetzes im Überblick, etc.) meist nicht mit der Strukturierung eines Gutachtens (beispielsweise: A. Zulässigkeit, I. Zuständigkeit, II. Parteifähigkeit, III. Antragsgegenstand, etc.) übereinstimmt. Wer nun zum ersten Mal einen Sachverhalt vorgelegt bekommt und damit beginnen soll, die konkrete Falllösung zu üben, der braucht dazu erst einmal ein Prüfungsschema als Anleitung. Prüfungsschemata sind deshalb ein *notwendiges* didaktisches Mittel.

Aber auch über den ersten Einstieg hinaus haben Prüfungsschemata eine wichtige didaktische Funktion. Abstraktes Wissen (zum Beispiel die sogenannte Schutznormtheorie²⁶) kann innerhalb eines anwendungsorientierten Gerüsts abgespeichert werden (Beispiel: Prüfung der Schutznormtheorie innerhalb des Prüfungspunktes „Klagebefugnis“ bei einer baurechtlichen Nachbarklage²⁷). Durch diese Verknüpfung kann das Wissen besser behalten und an der richtigen Stelle aktiviert werden.

V. Was ein Prüfungsschema nicht kann

1. In Betracht kommende Prüfungsinhalte erkennen

Vor der Anwendung eines jeden Prüfungsschemas stellt sich zunächst einmal die Frage, welche Prüfungsinhalte, d. h. welche Normen, Ansprüche, Tatbestände, Grundrechte, Verfahrensarten usw. überhaupt in Betracht kommen.

In einigen Fällen ist dies einfach. Lautet der Sachverhalt: „A schlägt B“, ist die Anwendbarkeit des Prüfungsschemas für Körperverletzung offensichtlich. In anderen Fällen ist die Auswahl des oder der richtigen Prüfungsschemata dagegen schwierig und stellt eine entscheidende

Hürde auf dem Weg zur Lösung des Falles dar. Heißt es etwa im obigen Sachverhalt weiter: „...und nimmt ihm seine Brieftasche ab“, handelt es sich (nach wie vor recht offensichtlich) um Raub. Ergänzen wir aber noch: „...während A in seinem Pkw an einer roten Ampel wartet“, ist es eine schon nicht mehr selbstverständliche gedankliche Vorleistung zu erkennen, dass nun auch ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB) in Betracht kommt. Ein weiteres typisches Beispiel sind die verschiedenen verfassungsprozessualen Verfahren (abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Organstreit, Bund-Länder-Streit usw.). Die Schemata zur Prüfung der Erfolgsaussichten, insbesondere zur Zulässigkeit dieser Verfahren, werden meist beherrscht. Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Klausur jedoch oft darin, zu erkennen, welches Verfahren statthaft ist und damit, welches Prüfungsschema überhaupt anzuwenden ist.

Für diese notwendige Vorleistung, nämlich zu erkennen, welche Tatbestände überhaupt in Betracht kommen, gibt es kein Prüfungsschema.

2. Gewichtung

Wesentlich für eine gute Klausur ist eine gelungene Schwerpunktsetzung. Diese kann ein Prüfungsschema nicht antizipieren.

Eine Klausur ist meist von vornherein so konzipiert, dass die Bearbeitungszeit nicht ausreichen kann, jeden denkbaren Prüfungspunkt maximal ausführlich darzustellen. Die problematischen und „punkteträchtigen“ Aspekte des Falles können vielmehr nur dann in der gebotenen Ausführlichkeit behandelt werden, wenn die unproblematischen Aspekte kurz gehalten werden („Mut zum Tempowechsel“).

Gerade Detailschemata können dazu verleiten, alle Punkte „stur“ abzuprüfen, auch wenn der Sachverhalt keinen konkreten Anlass dazu gibt.

3. Methodisches Handwerk (Subsumption, Auslegung, Argumentation)

Ein Prüfungsschema ist, wie bereits zu Anfang ausgeführt, keine mathematische Formel, die für sich genommen ausreicht, um einen Fall zu lösen. Es handelt sich vielmehr nur um ein loses (da im Einzelfall ggf. anzupassendes – siehe oben III. 2. und 3.) Gerüst für die Abfolge der Prüfung. Diese hat ihrerseits in der Struktur des – schon eher mathematisch anmutenden – (Justiz) Syllogismus²⁸ (Obersatz, Definition, Subsumtion, Ergebnis) zu erfolgen.²⁹

²⁵ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Gesamtwerk in 5 Bänden, seit 1977.

²⁶ *Wahl*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, Loseblattsammlung, München, Stand 2013 (25. Ergänzungslieferung), Vorbemerkung § 42 Abs. 2, Rn. 94 ff.

²⁷ *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, Loseblattsammlung, München, Stand: 2013 (25. Ergänzungslieferung), § 42 Abs. 2 Rn. 110 ff.

²⁸ *Bäcker*, Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens? *Rechtstheorie* 2009, 404 ff.

²⁹ *Valerius*, Der Gutachtenstil in der juristischen Fallbearbeitung, JA Sonderheft für Erstsemester 2006, 46 ff.

Spätestens hier stößt dann jeder Schematismus an seine Grenzen, da die Bedeutung der Begriffe ausgelegt³⁰ und die eigene Lösung argumentativ³¹ begründet³² werden muss. Prüfungsschemata sind damit letztlich nur eines von vielen Werkzeugen, die zur Falllösung gebraucht werden.

VI. Tipps für Studierende zum Umgang mit Prüfungsschemata

– Prüfungsschemata sind eine (wichtige) Gedankenstütze aber *keine Schreibanleitung* für Klausuren. Der konkrete Fall kann Ausführungen erfordern, für die das Schema keine Prüfungspunkte aufweist. Andersherum sind nicht immer zu allen Punkten des Schemas Ausführungen erforderlich. Machen Sie sich vor der Anwendung eines Schemas bewusst, ob es sich um ein Grundschema oder ein Detailschema handelt. Mit Blick auf den konkreten Fall muss ersteres in aller Regel „angefüttert“ und letzteres „abgespeckt“ werden.

³⁰ Kudlich, Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten, JA 2004, 74 ff.

³¹ Pilniok, „h. M.“ ist kein Argument – Überlegungen zum rechtswissenschaftlichen Argumentieren für Studierende in den Anfangssemestern, JuS 2009, 394 ff.

³² Gräfin von Schlieffen, Wie Juristen begründen, JZ 2011, 109 ff.

– Lernen Sie Prüfungsschemata nicht nur auswendig, sondern vollziehen Sie die Entstehung des Schemas nach. Vergegenwärtigen Sie sich, welche Normen, Passagen und Begriffe innerhalb des *Gesetzes* den Prüfungspunkten des Schemas entsprechen. Versuchen Sie, Prüfungsschemata selbst zu entwickeln. Hierdurch schärfen Sie Ihren Blick für die Struktur und den Aufbau von Normen und die systematischen Zusammenhänge und entwickeln die Fähigkeit, auch unbekannte Normen sauber prüfen zu können.

– Wenn Ihr Lösungsweg dazu führt, dass Sie vorzeitig, also vor Prüfung des letzten Punktes des Schemas, aus der Prüfung aussteigen, hinterfragen Sie Ihre Lösung noch einmal kritisch aus der Sicht des Klausurerstellers. Wenn Sie zu dem Schluss kommen, dass die Klausur vermutlich an jenem Punkt noch nicht zu Ende sein soll (etwa weil in einem späteren Punkt ein „klassisches Klausurproblem“ lauert, oder weil der Sachverhalt noch unverarbeitete Angaben enthält), prüfen Sie ggf. in einem Hilfsgutachten weiter.

– Der Schwerpunkt einer Klausur besteht nie darin, das Prüfungsschema zu beherrschen. Heben Sie sich von den anderen Bearbeitern mit einer guten Schwerpunktsetzung („Mut zum Tempowechsel“), methodisch sauberem Arbeiten (Gutachtenstil, Auslegung) und einer ausführlichen, schlüssigen und kreativen Argumentation ab.

Leonard Biebrach / Martin Fischer / Marinus J. Stehmeier*

Examensvorbereitung ohne Repetitor – ein Erfahrungsbericht

Nun sag, wie hast du es mit der Examensvorbereitung? In bis zu 90 Prozent der Fälle, so heißt es¹, wird die Antwort lauten: Ich besuche ein kommerzielles Repetitorium. Das verwundert, ist die Vorbereitung mit einem kommerziellen Repetitorium doch nur eine Vorbereitungsform unter Vielen. Universitäre Repetitorien, Examen ohne Rep mit einer privaten Arbeitsgemeinschaft oder sogar im Alleingang sind Alternativen. Wir haben in eigenständiger Vorbereitung ohne die „Hilfe“ eines kommerziellen

Repetitors erfolgreich das Examen gemeistert. Neben reinem Geiz motivierten uns ein gewisser Stolz und das Vertrauen in die eigenen Fähigkeiten. Die Examensvorbereitung empfanden wir als einen spannenden Lebensabschnitt – im juristischen wie auch im sozialen Sinne; unsere Erfahrungen aus dieser Zeit wollen wir hier mit euch teilen.

Vorweg: Jeder Examenkandidat und jede Examensprüfung sind unterschiedlich. Dieser Erfahrungsbericht kann und will nicht die einzig richtige Methode, den optimalen Weg zu einem erfolgreichen Examen propagieren. Daher sollen hier auch nicht die negativen Seiten kommerzieller Repetitorien aufgezählt werden, das haben andere² bereits getan. Unser Anliegen ist es, unsere – notwendigerweise recht subjektiven – Beobachtungen zu

* Leonard Biebrach ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Kommunikationsrecht an der Universität Hamburg (Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute), Marinus Stehmeier ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie an der Universität Hamburg (Prof. Dr. Marion Albers) und Martin Fischer ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Clausen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Internationales Recht an der Bucerius Law School in Hamburg (Prof. Dr. Doris König).

¹ Katrin Klette, Repetitorien für Jurastudenten: Recht verschlossen, FAZ vom 21. Mai 2011.

² Deppner u. a., Examen ohne Repetitor, 3. Aufl. 2011, S. 28 ff.

unserer Art der Examensvorbereitung mitzuteilen. Der Besuch des Repetitors kann im Einzelfall die passende Entscheidung sein; hier wollen wir exemplarisch Denkanstöße und Ideen liefern, um sich dem Staatsexamen selbstbestimmt und selbstbewusst zu stellen. Dabei soll deutlich werden, dass die eigenständige Examensvorbereitung für jeden Jurastudierenden eine mögliche Option ist. Vorhandene Anleitungsbücher unterstützen uns bei der Planung und Vorbereitung unserer Examensphase.

Im Folgenden wollen wir zunächst auf die Organisation des Lernstoffes eingehen (I.), um dann vor allem die Zusammensetzung und Organisation der Lerngruppen zu thematisieren (II. & III.).

I. Organisiert das Chaos oder: Maßgeschneiderte Lernpläne

Am Anfang der Examensvorbereitung ist das Chaos – innerlich und äußerlich. Dieses will gebändigt werden. Das innere Chaos ist die Unsicherheit, das Gefühl der Überforderung, die Angst davor, zu scheitern. Dem begegnet man am besten mit ein paar ehrlichen Fragen an sich selbst: Welche Ziele verfolgst du mit deinem Studium? Strebst du eine Karriere in einem „klassischen“ juristischen Beruf an? Wie wichtig ist die Abschlussnote für deine Ziele? Was bist du bereit, in die Examensvorbereitung zu investieren? Wie realistisch, auch gemessen an den bisherigen Studienleistungen und dem Verhältnis von Aufwand zu Ertrag, sind Topnoten? Beantworte dir diese Fragen, kannst du anhand der Antworten dein persönliches (Noten-)Ziel formulieren. In unserer Gruppe hat es sich bewährt – auch wenn das ein wenig förmlich anmutet – dieses Ziel auszuformulieren und schriftlich festzuhalten. In Momenten des Zweifels oder der Demotivation kann es nämlich helfen, sich zu vergewissern, wieso man sich das Examen überhaupt antut. Zur Prüfungsangst sei hier gesagt, dass diese keine persönliche Schwäche darstellt, sondern auch durch die Struktur des Staatsexamens erzeugt wird.³ Das sollte man im Hinterkopf haben, denn Momente des Zweifels gehören zu jeder Examensvorbereitung.

Das äußere Chaos ist die ungeordnete Stoffmasse. Die jeweilige Prüfungsgegenständeverordnung⁴ bietet bei deren Ordnung eine unerlässliche erste Hilfe: Alles was sie benennt, ist examensrelevant. Mehr aber auch nicht. Bei einer weiteren Systematisierung helfen dann beispielsweise die Inhaltsverzeichnisse der einschlägigen Lehrbücher. Die Stoffmasse wirkt dann zwar immer noch erschlagend, aber das Kind hat einen Namen. Und bevor es richtig losgeht haben wir schon etwas gelernt: Im gro-

ben Überblick werden Strukturen, Verknüpfungen und Systematiken der verschiedenen Rechtsgebiete deutlich – sich diesen Effekt entgehen zu lassen und den Repetitor hierfür auch noch zu bezahlen, ist so gesehen einigermaßen absurd. An diese erste Strukturierung schließt das Ausarbeiten eines detaillierten Lernplans an. Die genaue Formulierung des Lernplans ist individuell und hängt von der angestrebten Vorbereitungsdauer und jeweiligen Vorbereitungsform ab.

In den einschlägigen Ratgebern finden sich Vorschläge und Beispiele für die konkrete Ausgestaltung solcher Lernpläne.⁵ Üblicherweise werden die Rechtsgebiete in etwa so gewichtet, wie es auch dem Verhältnis der Klausuren im Staatsexamen entspricht wobei das Strafrecht etwas überrepräsentiert wird. Das kann man so machen. Die besondere Freiheit der selbstbestimmten Examensvorbereitung liegt aber darin, dass man sich auch diese Ausgestaltung auf den Leib schneiden kann – orientiert an Vorwissen und Vorlieben. Das bedeutet zum einen, dass die Reihenfolge der Rechtsgebiete bestimmt werden kann: In einer unserer Lerngruppen wurde zunächst das gesamte Zivilrecht behandelt, bevor dann Strafrecht und Öffentliches Recht parallel behandelt wurden. In einer anderen Lerngruppe wurden sämtliche Lerneinheiten (bspw.: Geschäftsführerhaftung in der GmbH, Versuchsstrafbarkeit, Anfechtungsklage) im Zufallsprinzip auf das Lernjahr verteilt. Diese eher unübliche Methode hat den Vorteil, dass man sich immer wieder schnell in ein neues Rechtsgebiet hineindenken muss. Dies setzt allerdings voraus, dass man vor der Examensvorbereitung schon einen guten Überblick über den im Studium zu behandelnden Stoff hat. Aber nicht nur die Reihenfolge, auch die inhaltliche Gewichtung der Rechtsgebiete kann dem Vorwissen angepasst werden. In einer unserer Lerngruppen war aufgrund der belegten Schwerpunktbereiche schon ein solides Öffentliches-Recht-Wissen vorhanden, so dass dieses Rechtsgebiet von uns deutlich kürzer behandelt wurde, als es in den meisten vorgefertigten Lernplänen der Fall ist. Neben den Lerneffekt durch das Erstellen des Lernplans treten also die Vorteile durch die individuelle Anpassung des Lernplans. Das spart nicht nur Zeit, sondern auch viele Nerven.

II. Die Lerngruppen

Alle Mühe, das Chaos zu organisieren und die Stoffmasse in den Griff zu bekommen, ist vergeblich, wenn kein Rahmen geschaffen wird, in dem das Programm auch abgearbeitet werden kann. Es mag durchaus Studierende geben, die dies alleine bewerkstelligen. Unsere Selbsteinschätzung ließ uns aber an dieser Selbstmotivationskraft und -Disziplin zweifeln. Wir bildeten also Lerngruppen.

³ Dazu: Deppner u.a., Examen ohne Repetitor, 3. Aufl. 2011, S. 20; mit Hinweisen zum Umgang mit Prüfungsangst auf S. 100.

⁴ Für Hamburg zu finden etwa unter <http://justiz.hamburg.de/1-examen/>.

⁵ Verschiedene Beispiele bei: Deppner u.a., Examen ohne Repetitor, 3. Aufl. 2011, S. 167 ff.

1. Motivationsfunktion

Ausgestaltungsformen gibt es viele, es lassen sich aber immer zwei Kernfunktionen ausmachen. Erstens das gemeinsame Bearbeiten des Stoffes (nicht Erarbeiten, s. u.). Zweitens die gegenseitige Motivation. Gerade der zweite Aspekt ist nicht zu unterschätzen und auch nicht durch den Besuch eines kommerziellen oder universitären Repetitoriums zu ersetzen. Denn die Kraft speist sich hier aus der persönlichen Verbundenheit und gegenseitigen Verantwortung für den Lernerfolg der anderen in der Lerngruppe. Man lernt nicht mehr nur für sich selbst, sondern bereitet den Stoff auch für diejenigen auf, mit denen man gemäß Lernplan einen Fall in dem jeweiligen Rechtsgebiet durchsprechen möchte.

2. Homogenität und Diversität

Die Zusammensetzung der Lerngruppe hängt vom jeweiligen Zuschnitt ab. Bei uns hat sich folgendes Modell bewährt: Es gibt eine Kern-Gruppe. Hier wird mit Hilfe eines gemeinsamen Lernplans der gesamte Stoff in Fällen behandelt. Da hier auf Basis eines gemeinsamen Lernplans sehr synchron vorbereitet werden muss – getroffen haben wir uns zweimal die Woche – sollten die Mitglieder der Gruppe einen ähnlichen oder idealerweise denselben Prüfungstermin anstreben und auch über ein einigermaßen vergleichbares Vorwissen verfügen. Dies spricht für eine gewisse Homogenität der Gruppe. Daneben kann es allerdings noch weitere Lerngruppen wie eine Rechtsprechungs-AG oder eine bloße Kartei-kartengruppe geben (zu der konkreten Ausgestaltung siehe IV.). In solchen Gruppen darf gerne eine deutlich größere Diversität vorherrschen. Für die Fortgeschrittenen kann es eine gute Übung sein, den noch am Anfang Stehenden einen komplexen Fall zu erklären, denn hierbei lernen beide. Ähnliche Synergieeffekte lassen sich auch durch eine Streuung der Schwerpunktbereiche erzielen. So kann der Gesellschaftsrechtler vieles vom Planungsrechtler lernen und umgekehrt. Mit uns lernten auch Freunde aus den universitären und kommerziellen Repetitorien und von der Bucerius Law School. Durch diese Mischung hatte man nicht nur die bereits angesprochene Perspektivenvielfalt sondern es kam eine psychologische Komponente hinzu. Es ist nämlich durchaus beruhigend zu merken, dass alle Beteiligten mehr oder weniger den gleichen Stoff lernen. Die Angst, ohne Repetitorium am Examensstoff vorbei zu lernen oder das Wesentliche nicht gelernt zu haben, erweist sich so als unbegründet. Lernt man allerdings ganz auf sich gestellt, ist diese Angst natürlich schwer in den Griff zu bekommen. Die genaue Zusammensetzung einer Lerngruppe lässt sich natürlich nicht am Reißbrett planen, aber wenn eine gewisse Vielfalt vorhanden ist, sollte man sie auch bewusst nutzen. Als Faustformel kann gelten: Homogene Kerngruppe, Heterogene Zusatzgruppen.

3. Kollegen und Freunde

Unsere Lerngruppen setzten sich größtenteils aus dem Freundes- und Bekanntenkreis zusammen. Der Vorteil bei einem solchen Zuschnitt ist, wie oben beschrieben, die persönliche Verbundenheit und daraus resultierende gegenseitige Verantwortung und Motivation. Im Vergleich zu einer Gruppe, die sich nur über das Lernen kennt und beispielsweise am Schwarzen Brett gefunden hat, gibt es allerdings auch Nachteile. Je besser man sich kennt, desto eher verzeiht man sich auch Unvorbereitetheit und Nachlässigkeit. Die Hemmschwelle, eine Sitzung abzusagen, ist wahrscheinlich größer, wenn die Gruppe ein rein professioneller Zusammenschluss ist. Allerdings könnte dies auch zu einer geringeren Motivation führen. Die Vorbereitung auf die Schwerpunktbereichsprüfungen kann ein guter Testlauf sein, so war es jedenfalls bei einigen von uns. Hier muss zum ersten Mal im Studium ein umfangreicheres Rechtsgebiet selbstständig erarbeitet werden und punktuell abprüfbar sein. Klappt eine solche Schwerpunkts-Lerngruppe, kann man sie in die Kerngruppe der Examensvorbereitung überführen.

4. Der Musketiervertrag

Die gegenseitige Verbindlichkeit innerhalb der Gruppe muss klar sein. Die Examensvorbereitung muss als gemeinsames Projekt verstanden werden, in dem die Teilnehmer, vor allem der Kerngruppe, füreinander einstehen. Das gute alte Musketierprinzip. In einigen Examensratgebern wird empfohlen, diesen Pakt nicht nur mit einem Bier zu besiegeln, sondern auch einen Lerngruppenvertrag zu formulieren, den jeder der Beteiligten unterschreibt und der auch „Sanktionen“ enthalten kann. Einer solchen Sanktionsanordnung waren bei uns leckere Grünkohllessen zu verdanken. Das mag auf den ersten Blick etwas affektiert erscheinen, hilft einem aber zuweilen, wenn man sich in einem Motivationstief befindet und an die Verpflichtung den anderen gegenüber erinnert wird. Insgesamt überwiegt natürlich die positive Verbundenheit der Gruppe. Gemeinsam ein solches Projekt anzugehen, durchzuhalten und erfolgreich zu beenden schweißt zusammen und macht tatsächlich auch Spaß.

5. Inhaltliche Ausgestaltung

Einmal zusammengefunden, bedürfen die Lerngruppen einer guten inneren Struktur. Dies möchten wir im Folgenden etwas detaillierter beschreiben.

Weil die Examensvorbereitung der Vorbereitung auf die Lösung von Fallklausuren dient, legten wir unser Hauptaugenmerk auf die fallbearbeitende Lerngruppe – die zwei bis dreimal wöchentlich tagende Kern-Gruppe. Der Struktur unseres thematisch gestaffelten Lernplans folgend (vgl. o.) bereitete eines der Lerngruppenmitglieder einen umfangreichen (und mit dem sich nähernden Examenstermin durchaus auch auf Examensniveau lie-

genden) Fall oder eine Auswahl kleinerer, themenspezifisch ausgesuchter Fälle vor. Während der Sitzung war es dann Aufgabe der Verantwortlichen, die gemeinsame Lösung des Falles zu moderieren und voranzubringen.

Bei einer solchen Vorbereitung zeigt sich: Schon die vermeintlich banale Aufgabe einen instruktiven und didaktisch wertvollen Fall herauszusuchen und aufzubereiten, bringt einen ungeheuren Mehrwert mit sich, der beim Besuch eines kommerziellen Repetitors eben jenem vorbehalten bleibt. Kann ich die Lösung, die mir das Fallbuch anbietet, nachvollziehen und meiner Lerngruppe als „richtig“ verkaufen? An welcher Stelle würde ich was und warum anders machen? Überhaupt, wo finde ich eigentlich „gute“ Fälle und gibt es Möglichkeiten, dieses oder jenes Problem vielleicht in ein und demselben Fall unterzubringen? Es fällt nicht schwer zu erkennen, dass hierbei der für das Examen unabdingbare kritische Blick in der Fallbearbeitung geschult wird.

Über das täglich Brot hinaus begannen wir etwa ein halbes Jahr vor dem Examenstermin parallel eine Rechtsprechungs-AG⁶ zu etablieren. Die Arbeit hieran hat sich in gleich mehrfacher Hinsicht als gewinnbringend erwiesen: Nicht nur, dass über die kontinuierliche Durchsicht der aktuellen Fälle rein statistisch einmal ein „Treff“ im Examen gelandet wird, schon das Durchsehen und Aufbereiten der aktuellen Rechtsprechung schulen den juristischen Sachverstand wie auch die juristische Allgemeinbildung. Unser Konzept der Rechtsprechungs-AG sah, ähnlich wie auch in der Kern-Gruppe vor, dass es je Sitzung einen Verantwortlichen gab, der die Aufgabe hatte, einen Fall aus der jüngsten Rechtsprechung herauszusuchen und als Musterlösung vorzubereiten. Häufig bieten die Besprechungen in den Ausbildungszeitschriften nur knappe (aber nützliche) Kommentierungen und Anmerkungen zu den aktuellen Fällen. Die klausurreife Aufbereitung in Form einer vollständigen Lösungsskizze erfordert also durchaus Vorbereitungsarbeit und eine gewisse Kenntnis der jeweiligen Materie. Die Rechtsprechungs-AG ist also nicht unbedingt etwas für die Anfangsphase der Examensvorbereitung. Umso größer ist jedoch das Erfolgserlebnis, wenn es gelingt, einen „echten“ Fall ohne vorhandene Lehrbuchlösung einer eigenen klausurtauglichen Lösung zuzuführen.

Eines sollte man bei der Organisation der Lerngruppen jedoch nicht aus den Augen verlieren: Die Lerngruppen können nur schwerlich der Ersterfassung des Lernstoffes dienen. Die reine Wissensaufnahme ist im Gegensatz zur Falllösungstechnik unserer Erfahrung nach ein sehr individueller und von persönlichen Vorlieben geprägter Prozess. Liegt dem einen eher die Arbeit mit Skripten und

Kurzlehrbüchern, so vertraut die nächste eher auf das Durcharbeiten eines dicken Wälzers nebst Anfertigung eigener Karteikarten. Den Lernstoff aber ausschließlich anhand der gemeinsamen Falllösung in Gruppenarbeit aufzunehmen, ist aus unserer Sicht kaum möglich, zumal infolge dessen die Lerngruppenmitglieder schon zur Bewältigung der schiereren Menge des Lernstoffes täglich von morgens bis abends aneinander gekettet wären.

Gerade im Ausgleich zum Selbststudium aber bieten die Lerngruppen wertvolle für Einzelkämpfer kaum zu erlangende Möglichkeiten: Ob man ein Thema zur Gänze durchdrungen hat, zeigt sich erst dann so richtig, wenn man es seiner Lernpartnerin versucht zu erklären. Ob man zur Zweikonditionenlehre genug gelernt hat, weiß man spätestens dann, wenn man keine neuen oder interessanten Fälle mehr findet; und ob ein Thema besondere Aufmerksamkeit⁷ verdient, zeigt sich last but not least auch daran, ob es in besonders vielen Fallsammlungen auftaucht oder nicht.

Ein letzter und gemeinhin als unverzichtbar angesehener Baustein der Examensvorbereitung ist – natürlich – das Schreiben von Probeklausuren. Hieran führt im Prinzip kein Weg vorbei, wobei die Zahl der tatsächlich mitgeschriebenen Klausuren bei uns stark divergierte. Feststeht, dass während einer Klausurbearbeitung fünf Stunden lang inhaltlich nur wenig Neues gelernt wird; genauso steht aber auch fest, dass selbst das umfangreichste Wissen noch niemandem genutzt hat, der es nicht in adäquater Weise zu Papier bringen konnte. Auch technische Aspekte, also fünf Stunden lang ein Schreibgerät zu führen oder eine schnelle Leitung zwischen Gedankenwelt und Papier aufzubauen, sollten nicht unterschätzt werden. Und: je früher man hiermit beginnt, desto besser. Selbst wenn man noch von dem Gefühl geplagt wird, „nicht alles gelernt zu haben“, beginnt man unserer Meinung nach mit dem Schreiben der Probeklausuren lieber nicht erst wenige Monate vor dem Examen. Das Gefühl, Schreibroutine zu besitzen und „dergleichen schon oft geschrieben“ zu haben, wirkt sich zu guter Letzt unweigerlich positiv auf die Examensklausuren aus.

III. Feierabend

„Ich studierte also Jus. Das bedeutete, dass ich mich [...] vor den Prüfungen unter reichlicher Mitnahme der Nerven geistig förmlich von Holzmehl nährte, das mir überdies schon von Tausenden Mäulern vorgekauft war.“⁸

Auch heutzutage mutet uns die Examensphase geradezu beklemmend an: Zu einem kontinuierlichen, nicht aus-

⁶ Inspirierend war insofern auch die großartige Veranstaltung „Aktuelle Rechtsprechung“ von Jun.-Prof. Dr. Roland Broemel an der Universität Hamburg.

⁷ Letztlich bleibt es nicht aus, seine Aufmerksamkeit in der Vorbereitungszeit anhand der vielbeschworenen „Examensrelevanz“ zu orientieren, vgl. obigen Hinweis zur PrüfungsgegenständeVO.

⁸ Franz Kafka, Brief an den Vater, 1919.

nahmslos spannenden und auf immerhin rund ein Jahr angelegten täglichen Arbeitsprogramm gesellt sich ein erheblicher Druck, am Ende auch bestehen, oder sogar mit dem ersehnten Prädikat bestehen zu müssen. Dieser Druck – wir wollen ihn hier nicht kleinreden – lässt sich unserer Meinung nach jedoch nicht ohne das ausgleichende Moment händeln!

Wie der Ausgleich im Einzelnen aussehen soll, muss natürlicher jede selbst wissen. Wozu wir hingegen raten möchten: Schafft ihn euch! Wir sehen nicht ein, warum sich zu dem erheblichen Plus an Arbeit noch ein Minus an Lebensqualität gesellen muss. Verbiestet euch nicht zu viel, schon gar nicht den Feierabend.

Natürlich wird euer Studium zu einem erheblichen Teil dadurch charakterisiert, dass ihr letztlich nie fertig seid. Fertig sein, hieße im Falle der Ausbildung ja, alles gelernt zu haben – und dies zu behaupten, wird sich kaum einer trauen! Jedoch: Nehmt das Gefühl „nie fertig zu sein“ nicht mit in den Feierabend, jeder Lerntag hat ein

Ende. Sechs Stunden⁹ konzentrierten Lernens haben sich für uns als ausreichend und angemessen erwiesen.

Gebt euer Leben nicht an der Türschwelle zum Examen ab. Oder, um Franz Kafka zu begegnen: Ernährt euch nicht zu einseitig.

Literatur zur Examensvorbereitung:

Thorsten Deppner u. a., Examen ohne Repetitor : Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, 3. Auflage, 2011.

Phillip ter Haar u. a., Prädikatsexamen: der selbstständige Weg zum erfolgreichen Examen, 3. Auflage, 2012.

⁹ Es hat sich als aufschlussreich erwiesen, einmal die tatsächliche, wenn man es so nennen will „Netto“-Lernzeit zu messen. Klarheit darüber, wie viele Stunden eines 8-Stunden „Lerntages“ tatsächlich nur gelernt wird, vermag dem ein oder der anderen zu einer besseren Tagesstruktur verhelfen!

Olaf Muthorst*

Der Originalexamensfall im Bürgerlichen Recht: Mangelhafte Häuser

Wer sich auf das Juristische Staatsexamen vorbereitet, sieht sich komplexen Aufgaben und einer immensen Stofffülle gegenüber. Beides zwingt dazu, sich frühzeitig auf die Prüfungssituation einzustellen und sich darüber klar zu werden, was in Examensklausuren zu leisten ist. Der folgende Beitrag will das am Beispiel einer Originalexamensklausur aus dem Bürgerlichen Recht aufzeigen. Eine ausführliche Lösungsskizze ist unter www.hamburger-rechtsnotizen.de abrufbar.

Sachverhalt

E ist Eigentümer von zwei nebeneinander liegenden Grundstücken in der X-Straße (Hausnummer 9a und

9b) in Hamburg-Volksdorf, die beide jeweils mit einem Einfamilienhaus bebaut sind. E veräußerte mit notariellem Kaufvertrag vom 22.11.2010 das Grundstück X-Straße 9a an den K. Als Kaufpreis vereinbarten E und K im Kaufvertrag einen Betrag von 520.000 €. Da K kein Eigenkapital zur Verfügung stand, finanzierte er den gesamten Kaufpreis bei seiner Hausbank (B). E und K hatten außerdem mündlich am Tag vor Abschluss des Kaufvertrages vereinbart, dass E dem K einen Teil des im Notarvertrag angegebenen Kaufpreises in Höhe von 40.000 € als „Rückvergütung“ nach Vertragsschluss zurückzahlen sollte. Auf Weisung und im Namen des K zahlte die B am 15.3.2011 den Kaufpreis in Höhe von 520.000 € auf das Konto des E aus. Am darauf folgenden Tag wurde das Grundstück an K übergeben. Danach zahlte E an K die vereinbarte „Rückvergütung“. E und K erklärten am 2.5.2011 in gebotener Form die Auflassung. Am 12.6.2011 wurde K als Eigentümer des Grundstücks X-Straße 9a im Grundbuch eingetragen.

Bereits im April 2011 hatte K nach Übernahme des Grundstücks folgende Mängel festgestellt: Die auf dem Grundstück von dem Rechtsvorgänger des E errichteten

* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausuraufgabe, die vom Justizprüfungsamt beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg im Jahr 2011 gestellt wurde und die auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beruht (BGH NZM 2011, 197 und BGH NJW 2011, 2953). Die Redaktion dankt dem Justizprüfungsamt herzlich für die Erlaubnis, die Aufgabe hier zum Gegenstand einer Besprechung machen zu dürfen. Dieser Text ist nicht als amtliche Stellungnahme zu verstehen, sondern gibt allein die Meinung des Autors wieder.

Carportstellplätze sind baurechtlich nicht genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig und müssen daher beseitigt werden. Die bislang vom Eigentümer ebenfalls zu Wohnzwecken vermieteten Räume im Souterrain weisen erhebliche Feuchtigkeitsschäden auf, so dass die Räume nicht mehr ohne Gesundheitsgefährdung für Wohnzwecke genutzt werden können. Diese bereits bei Kaufvertragsschluss vorhandenen Mängel waren weder dem E noch dem K bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages bekannt. Der Verkehrswert des Grundstücks ohne Mängel beträgt ausweislich eines von K eingeholten, zutreffenden Gutachtens 600.000 €, unter Berücksichtigung der fehlenden Nutzbarkeit des Souterrains und des Fehlens eines Carports 500.000 €. K forderte E am 15.7.2011 dazu auf, binnen eines Monats die Mängel zu beseitigen, was E definitiv verweigerte.

K macht nunmehr geltend, der vereinbarte Kaufpreis sei zu mindern und fordert von E die Rückzahlung eines Teilbetrages des Kaufpreises in Höhe von 80.000 €. E verweist demgegenüber darauf, dass K doch wegen der „Rückvergütung“ ohnehin schon weniger bezahlt habe als den tatsächlichen Wert des Grundstücks. Außerdem sei dem K zum allein relevanten Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch schon längst bekannt gewesen, dass das Grundstück Mängel aufweise. K fordert von E neben der Minderung den Ersatz weiterer Positionen: K macht geltend, ihm entgingen allein im Jahr 2011 für die Souterrainräume Mieteinnahmen in Höhe von 5.000 €. Für den erforderlichen Abriss des Carports müsse er 4.000 € aufwenden.

Frage 1: Kann K von E Zahlung von 80.000 € verlangen? Kann K zusätzlich von E Zahlung weiterer 9.000 € (Abrißkosten und entgangene Mieteinnahmen) verlangen?

Das andere Einfamilienhaus auf dem Grundstück X-Straße 9b vermietete E mit Mietvertrag vom 5.12.2009 zu Wohnzwecken an den M. E und M vereinbarten einen monatlichen Mietzins von 3.000 €, wobei die Miete jeweils zum dritten Werktag des Monats fällig sein sollte. M zahlte nach Mietbeginn die Monatsmieten zunächst vollständig und pünktlich. Mitte April 2011 entdeckte M erstmals, dass sich aufgrund eines bis dahin – auch von E – unbemerkten Wassereintruchs im Souterrain des Hauses großflächig gesundheitsgefährdender Schwarzsimmel gebildet hatte. M teilte hiervon dem E zunächst nichts mit. Er ärgerte sich aber sehr über die Schimmelbildung und zahlte daher die Miete für die Monate Mai und Juni 2011 nicht.

E wollte das Ausbleiben der Zahlung nicht hinnehmen. Er bat die von ihm mit der Verwaltung seines Grundvermögens beauftragte Verwalterin X, dem M zu kündigen, wobei die X wiederum ihre Mitarbeiterin Y mit dieser Aufgabe betraute. Mit Schreiben vom 15.6.2011,

welches am selben Tag dem M zuzuging, kündigte Y im Namen des E das Mietverhältnis mit M wegen Zahlungsverzuges fristlos und forderte M auf, sofort auszuziehen. Dem Schreiben war eine Kopie der von E der X erteilten Vollmacht beigelegt. M antwortete mit Schreiben vom 30.6.2011. Er weigerte sich auszuziehen und rügte den ordnungsgemäßen Nachweis der Vollmacht der Y. Zudem informierte M den E erstmals über die Schimmelbildung. Dieser Mangel berechtigte ihn zu einer 30%-igen Minderung der Miete. Ab Juli 2011 zahlte M unter Vorbehalt wieder die volle Miete.

E erhob daraufhin Räumungsklage beim zuständigen Amtsgericht, die M am 10.7.2011 zugestellt wurde. Im Prozess machte M – beraten durch den örtlichen Mieterverein – nunmehr im Hinblick auf seinen „Instandhaltungsanspruch“ ein Zurückbehaltungsrecht an allen Mieten seit April 2011 geltend. Von einem Verzug mit der Mietzahlung könne daher nicht die Rede sein. E wies dies zurück. Die Schimmelbildung hätte sich – was tatsächlich zutrifft – von einem Fachunternehmen rückstandsfrei innerhalb eines Tages endgültig beseitigen lassen. Da M die Sache schließlich doch etwas heikel wurde, überwies er am 10.9.2011 auf das Konto des E auf den Mietrückstand 5.800 €, auf dem der Betrag am 11.9.2011 gutgeschrieben wurde.

Frage 2: Kann E von M Räumung des Einfamilienhauses verlangen?

Bearbeitervermerk

1. Der Bearbeitung ist die Rechtslage auf dem Stand der zugelassenen Hilfsmittel zugrunde zu legen. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen.
2. Es ist davon auszugehen, dass K den Minderungsbetrag von 80.000 € rechnerisch zutreffend ermittelt hat.

Analyse

A. Überblick

Bereits beim ersten Lesen des zur Bearbeitung gestellten Sachverhaltes fällt auf, dass er aus zwei Teilen besteht, die rechtlich überhaupt nichts miteinander zu tun haben. Jeweils wird nach konkreten Ansprüchen gefragt.

Der zu Teil 1 gestellte Sachverhalt erzählt zunächst von der Veräußerung eines Wohnhauses von E an K (1. Absatz), schildert dann verschiedene Mängel der Kaufsache (2. Absatz), deretwegen der Käufer Gewährleistungsrechte geltend macht, die der Verkäufer verweigert (3. Absatz). Die Fallfrage bezieht sich einmal auf die Zahlung von 80.000 €, die der Käufer als Minderung verlangt –

rechnerisch ist dieser Betrag laut Bearbeitervermerk richtig ermittelt –, zum anderen auf die Zahlung weiterer 9.000 € als „Ersatz weiterer Positionen“.

Der als 2. Teil gestellte Sachverhalt schildert Mängel eines von E an M vermieteten Wohnhauses, aufgrund derer der Mieter zwei Monatsmieten nicht gezahlt hat (1. Absatz). Der Mieter weist die durch einen Vertreter ausgesprochene Kündigung zurück und verteidigt sich mit seinem Minderungsrecht (2. Absatz). Im Räumungsprozess macht er ein Zurückbehaltungsrecht geltend und zahlt die ausstehende Miete dann bis auf einen Restbetrag (3. Absatz). Gefragt ist nach dem Räumungsanspruch des Vermieters.

B. Frage 1 (erster Teil): Zahlungsanspruch wegen Minderung des Kaufpreises

In der ersten Frage geht es zunächst um einen Zahlungsanspruch wegen Minderung des Kaufpreises.

I. Anspruchsgrundlage

Die Minderung (§ 441 BGB) ist gemäß § 437 Nr. 2 BGB einer der Rechtsbehelfe des Käufers bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Sie ist ein Gestaltungsrecht. Übt der Käufer das Gestaltungsrecht aus, führt dies dazu, dass der vertraglich vereinbarte Kaufpreis um einen bestimmten Betrag herabgesetzt ist. Hat der Käufer bereits den vollen Kaufpreis entrichtet, kann er vom Verkäufer teilweise Rückzahlung verlangen. Die richtige Anspruchsgrundlage dafür ist §§ 441 IV, 346 I BGB, d. h. das Kaufgewährleistungsrecht verweist auf das im Gesetz für den Rücktritt normierte Rückgewährschuldverhältnis.

II. Voraussetzungen im Überblick

Dieser Rückgewähranspruch resultiert dem Grunde nach aus der wirksamen Ausübung eines Gestaltungsrechts, verlangt also Gestaltungslage und wirksame Gestaltungserklärung.

Die Gestaltungslage ist gegeben, wenn dem Käufer das Minderungsrecht zusteht. Dieses setzt einen wirksamen Kaufvertrag voraus (andernfalls sind §§ 433 ff. BGB nicht anwendbar) sowie, dass der Käufer wegen eines Sachmangels zum Rücktritt berechtigt ist („statt zurückzutreten“, § 441 I 1 BGB). Dazu ist es gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB erforderlich, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft ist (§§ 434, 435 BGB), dass eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde (§ 323 I BGB) oder entbehrlich ist (§§ 323 II, 440 BGB) und dass kein Gewährleistungsausschluss greift (vertraglich oder gesetzlich). Ist die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft, die Nacherfüllung aber unmöglich, so dass der Schuldner nach § 275 I BGB also nicht zu leisten hat, besteht – wenn wiederum kein Gewährleistungsausschluss greift – das Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB ohne Fristsetzung.

Die Gestaltungserklärung liegt vor, wenn der Käufer die Minderung erklärt.

Der Höhe nach hängt der Rückgewähranspruch vom Minderungsbetrag ab. Dieser ergibt sich gemäß § 441 III 1 BGB durch die proportionale Anpassung des für mangelfreie Leistung versprochenen Kaufpreises an den Wert der Sache im mangelhaftem Zustand. Laut Bearbeitervermerk war die Höhe des Minderungsbetrages nicht zu prüfen.

III. Schwerpunkte der Prüfung

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen müssen die vom Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen analysiert werden. Teilweise lassen sich diese Rechtsfragen erkennen, indem man sich klar macht, in welcher Hinsicht der Sachverhalt Besonderheiten aufweist, die ihn von anderen Fällen dieser Art unterscheiden. Dabei sind hier die vereinbarte „Rückvergütung“ auffällig sowie die Verteidigung des E, dass der K schon weniger als den tatsächlichen Wert des Grundstücks gezahlt und zum maßgeblichen Zeitpunkt die Mängel gekannt habe.

Offenkundig kein Schwerpunkt liegt hingegen auf den Fragen, ob überhaupt Sachmängel vorliegen – sowohl die Baurechtswidrigkeit der Carportstellplätze als auch die Feuchtigkeitsschäden lassen sich zwanglos unter § 434 BGB subsumieren – und ob eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden ist bzw. hätte gesetzt werden müssen: Jedenfalls hat E die Mängelbeseitigung verweigert (vgl. § 323 II Nr. 1 BGB) bzw. diese war im Hinblick auf das Carport von Anfang an unmöglich.

1. „Rückvergütung“

Die Abrede über die „Rückvergütung“ ist mündlich getroffen worden, obwohl Kaufverträge über Grundstücke formbedürftig sind (notarielle Beurkundung, § 311b I 1 BGB). Wird die Form nicht eingehalten, ist der Kaufvertrag nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Nicht eingehalten ist die Form nicht nur dann, wenn überhaupt keine notarielle Beurkundung stattgefunden hat, sondern auch dann, wenn nicht alles das notariell beurkundet wurde, worauf sich das Formerfordernis bezieht. Demnach muss man überlegen, ob auch die Vereinbarung einer „Rückvergütung“ notariell beurkundet werden muss. Dafür spricht, dass sich erst aus der Vereinbarung der „Rückvergütung“ ergibt, welchen Preis der Verkäufer nach dem schuldrechtlichen Geschäft für das Grundstück erzielt. Die Rückvergütungsvereinbarung ist also Teil des schuldrechtlichen Geschäfts. Daher hätte sie beurkundet werden müssen.¹

¹ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 6); vgl. bereits BGHZ 54, 56 (62 f.); NJW-RR 2006, 1292 (Rn. 10); *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 311b Rn. 31; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311b Rn. 36; *Schumacher*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 311b Rn. 162.

Daraus folgt, dass der Kaufvertrag zunächst nichtig gewesen ist (§ 125 S. 1 BGB). Damit ist das letzte Wort über das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages aber nicht gesprochen, denn gemäß § 311b I 2 BGB kann der Formmangel durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt werden. Da beides stattgefunden hat, ist der Kaufvertrag also wirksam.

In der Einordnung der „Rückvergütung“ als Problem der Form wird man übrigens bestärkt, wenn man auf ein Detail im dritten Absatz des Sachverhaltes achtet: Wo es um die Kenntnis des Käufers vom Mangel geht, äußert der Verkäufer die Rechtsansicht vom „allein relevanten Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung“, obwohl doch in § 442 BGB von „bei Vertragsschluss“ die Rede ist. Diese Rechtsansicht ist nur vor dem Hintergrund einer Heilung durch Auflassung und Eintragung verständlich, die ex nunc wirkt² (wobei allerdings umstritten ist, ob es deshalb für den Gewährleistungsausschluss auf den Zeitpunkt der Heilung ankommt oder ob „Vertragsschluss“ nicht trotzdem der Abschluss des formnichtigen Vertrages ist; dazu sogleich näher).

2. Gewährleistungsausschluss wegen Kenntnis

Ein Gewährleistungsausschluss könnte sich – so macht es der E geltend – daraus ergeben, dass der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel kannte (§ 442 I 1 BGB). Da E und K die Mängel nicht bei Beurkundung, sondern erst bei Eintragung in das Grundbuch bekannt waren, hat diese Verteidigung nur Erfolg, wenn – wie E es ebenfalls geltend macht – es hier auf den Zeitpunkt der Heilung durch den dinglichen Vollzug und nicht den der vertraglichen Einigung ankommt.

Die h. M.³ – und mit ihr der Bundesgerichtshof⁴ – hält mit Recht das Letztere für zutreffend. Jedenfalls wenn dem Käufer die Unwirksamkeit des Vertrages gar nicht bekannt ist, kann ihm seine Kenntnis im Zeitpunkt des dinglichen Vollzuges ohnehin nicht zum Nachteil gereichen.⁵ Aber auch wenn dem Käufer die Unwirksamkeit bekannt ist – er also weiß, dass der Kaufvertrag erst durch Vollzug des dinglichen Geschäfts wirksam wird –, entspricht es dem Normzweck des § 442 I 1 BGB, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. § 442 I 1 BGB beruht nämlich auf der Wertung, dass der Mangel dem Käufer kein Unrecht zufügt, wenn der Kauf in Kenntnis des Mangels zu dem vereinbarten Kaufpreis getätigt wurde.⁶ Getätigt

hat der Käufer den Kauf aber im Zeitpunkt der vertraglichen Einigung. Selbst wenn er wissentlich an der Heilung eines unwirksamen Vertrages mitwirkt, so kommt darin nur zum Ausdruck, dass der Käufer trotz des Formmangels am ursprünglichen Geschäft festhalten will.⁷ Der Käufer handelt aber nicht widersprüchlich, wenn er auf die Geltendmachung des Formmangels verzichtet, sich jedoch die Rechte wegen einer vertragswidrigen Leistung vorbehält. Umgekehrt wäre nicht einleuchtend, weshalb der Verkäufer für dem Käufer bei Vertragsschluss unbekannt Mängel nur dann haften sollte, wenn diese dem Käufer erst nach (und nicht: vor) Heilung eines etwaigen Formmangels bekannt werden.⁸ Denn es entspricht im Allgemeinen – auch wenn die Heilung selbst ex nunc wirkt – dem Parteiwillen, wenn die Parteien im Fall der Heilung einander so zu stellen haben, als wäre der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen.⁹

3. Kaufpreis unter Wert

Der Sachverhalt gibt noch einen weiteren Einwand des Verkäufers vor: K stehe ein Minderungsrecht deshalb nicht zu, weil er doch wegen der „Rückvergütung“ ohnehin schon weniger bezahlt habe als den tatsächlichen Wert des Grundstücks. Dieses Argument ist juristisch wenig substanziell, weil das Minderungsrecht nach dem Gesetz nicht davon abhängt, dass der Käufer einen Kaufpreis versprochen hat, der über dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache liegt. Umgekehrt ist der Zweck der Minderung, das Verhältnis von Kaufpreis und Wert unangetastet zu lassen, indem man dem niedrigeren Wert einen geminderten Kaufpreis zuordnet. Die vertraglich vereinbarte Rückvergütung kann die Gewährleistungsrechte des Käufers daher nicht schmälern, sondern sie reduziert den für eine mangelfreie Kaufsache geschuldeten Kaufpreis.¹⁰

C. Frage 1 (zweiter Teil): Zahlungsanspruch wegen Schadensersatzes

Im zweiten Teil der ersten Frage geht es um einen Zahlungsanspruch wegen zwei weiterer Positionen: K verlangt 9.000 € als Ersatz seiner Abrisskosten und entgangener Mieteinnahmen. In beiden Fällen handelt es sich um Schäden, die K infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache erlitten hat.

I. Schwerpunkte der Prüfung

Gemäß § 437 Nr. 3 BGB steht dem Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Schadensersatz zu, und zwar in Verbindung mit den jeweiligen Anspruchsgrundlagen des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 280 ff., 311a BGB).

² BGHZ 54, 56 (63); NJW 1983, 1543 (1545); *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 311b Rn. 37; *Kanzleiter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311b Rn. 86.

³ *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 442 Rn. 10; *Grunewald*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 442 Rn. 8; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 442 Rn. 8; *Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 442 Rn. 7; ebenso *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2014, § 442 Rn. 15.

⁴ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 13). Vgl. ferner BGHZ 193, 326 (Rn. 21 ff.).

⁵ So bereits BGH NJW 1989, 2050 (2050 f.).

⁶ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 13).

⁷ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 14).

⁸ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 15).

⁹ BGHZ 54, 56 (63 f.); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311b Rn. 56; kritisch *Kanzleiter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311b Rn. 86.

¹⁰ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 9).

Dementsprechend stellen sich für den zweiten Teil der ersten Frage zwei Aufgaben: Zunächst ist die einschlägige Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadensersatz zu identifizieren. Sodann ist darauf zu achten, ob der Schadensersatzanspruch neben der Minderung verlangt werden kann, denn dem Käufer darf nicht eine Einbuße ersetzt werden, die bereits durch die Ausübung anderer Gewährleistungsrechte abgegolten ist. Die Fallfrage macht auf diesen Punkt aufmerksam, indem sie in ihrem zweiten Teil hervorhebt, dass K den Schadensersatz „zusätzlich“ verlangt.

II. Schadensersatzanspruch wegen der Abrisskosten

1. Anspruchsgrundlage

Der Sachmangel, der in der Baurechtswidrigkeit der Carportstellplätze besteht, hatte zur Folge, dass K den Carport abreißen musste. Die dafür notwendigen Kosten sind daher keine bloßen Aufwendungen, sondern unfreiwillige Vermögensopfer, also ein Schaden. Hinsichtlich des Sachmangels, auf dem dieser Schaden beruht, war die Nacherfüllung von Anfang an unmöglich. Deshalb ließe sich ein Schadensersatzanspruch auf §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB stützen.¹¹ Demnach steht dem Käufer bei anfänglich unmöglicher Nacherfüllung Schadensersatz statt der Leistung zu, es sei denn, dass der Verkäufer das Leistungshindernis bei Vertragsschluss weder kannte noch seine Unkenntnis zu vertreten hat. Schadensersatz statt der Leistung umfasst nach überwiegender Ansicht auch solche Einbußen, die nicht unmittelbar im mangelbedingten Minderwert der Kaufsache liegen, sondern bei denen es sich um Folgeschäden handelt.¹² Da E die Mangelhaftigkeit und Unbehebbarkeit bei Vertragsschluss nicht kannte – die Carportstellplätze waren vom Rechtsvorgänger des E errichtet worden –, muss man allerdings diskutieren, ob insoweit Fahrlässigkeit zu bejahen ist.

2. Verhältnis zur Minderung

Die zweite Frage, ob die Abrisskosten bereits durch die Minderung des Kaufpreises abgegolten sind, muss unter zwei Aspekten gesehen werden: So wird diskutiert, ob neben der Minderung überhaupt noch Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann.¹³ Soweit es sich um Folgeschäden handelt, spricht aber grundsätzlich nichts

dagegen. Dann muss aber zweitens erwogen werden, ob der Folgeschaden nicht bereits durch die Minderung des Kaufpreises abgegolten ist. Das würde allerdings voraussetzen, dass die Beseitigungskosten bei der Bemessung des Minderungsbetrages berücksichtigt worden sind.¹⁴ So liegt es laut Sachverhalt aber nicht: Der bei Bemessung des Minderungsbetrages angesetzte Verkehrswert des Grundstücks wurde unter Berücksichtigung nur des Fehlens eines Carports ermittelt. Nicht berücksichtigt wurde demnach, dass K infolge der Baurechtswidrigkeit den vorhandenen Carport zu beseitigen hatte.

III. Schadensersatzanspruch wegen entgangener

Mieteinnahmen

1. Anspruchsgrundlage

Hinsichtlich der entgangenen Mieteinnahmen kommt als Anspruchsgrundlage nur §§ 437 Nr. 3, 280 I oder II BGB in Betracht: Die im Verlust der Mieteinnahmen im Jahr 2011 liegende Einbuße ist kein Schaden statt der Leistung, denn auch eine Nacherfüllung würde ihn nicht entfallen lassen. Ob es sich (zumindest ab dem Zeitpunkt der möglichen Nacherfüllung) um einen Schaden wegen Verzögerung der Nacherfüllung handelt, ist umstritten. Überwiegend wird angenommen, der in der verspäteten Nutzungsmöglichkeit der Kaufsache liegende Schaden sei ein nach § 280 I BGB ohne Rücksicht auf Verzugsvoraussetzungen oder Nacherfüllungsfrist zu ersetzender „sonstiger“ Schaden.¹⁵

2. Verhältnis zur Minderung

Die entgangenen Mieteinnahmen sind allerdings nur der marktmäßige Ausdruck für die fehlende Nutzbarkeit des Souterrains zu Wohnzwecken. Die fehlende Nutzbarkeit ist gerade die durch die Minderung des Kaufpreises kompensierte Vermögenseinbuße. Hinsichtlich derselben Vermögenseinbuße schließen sich aber Minderung und Schadensersatz statt der Leistung aus.¹⁶ Nichts anderes kann bei Vermögenseinbußen gelten, die als „sonstiger“ Schaden zu ersetzen wären. Die fehlende Nutzbarkeit ist durch die Minderung abgegolten, so dass K hier keinen darüber hinausgehenden Schaden geltend macht.

D. Frage 2: Räumungsanspruch

I. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen im Überblick

Der Räumungsanspruch ergibt sich als mietvertraglicher Anspruch aus § 546 I BGB, wenn ein Mietvertrag be-

¹¹ Teilweise wird angenommen, § 311a II BGB gelte unmittelbar, während Sachmängelrecht unanwendbar sei, da wegen § 275 I BGB kein Primäranspruch bestehe, vgl. *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 280 Rn. 12.

¹² *Ernst*, in: *MüKo*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311a Rn. 65 und 89; vgl. auch zu § 281 Rn. 1 sowie *Westermann* bei § 437 Rn. 22; ferner *Recker*, NJW 2002, 1247. *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311a Rn. 7, zieht § 280 I hinzu, *Ehmann/Sutschet*, Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehaftung, JZ 2004, 62 (69 f.), beschränken § 311a II BGB auf das Erfüllungsinteresse. Vgl. ferner *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 437 Rn. 13.

¹³ Zum Streitstand BGH NJW 2011, 1217 (Rn. 34) m. w. N.; ferner *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, Neub. 2014, § 441 Rn. 40; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 441 Rn. 19; *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 441 Rn. 14.

¹⁴ Dabei handelt es sich um eine notwendige, keine hinreichende Bedingung: Da K zu einem Kaufpreis unterhalb des Wertes im mangelfreien Zustand erworben hat, führt eine Verringerung des Wertes im mangelhaften Zustand nicht zu einer Erhöhung des Minderungsbetrages im gleichen Maße. Deshalb wäre der Folgeschaden durch die Minderung ohnehin nur insoweit abgedeckt, wie sich der Minderungsbetrag durch den geringeren Wertansatz erhöht hätte.

¹⁵ BGHZ 181, 317 (Rn. 12); *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 280 Rn. 4; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 437 Rn. 36.

¹⁶ BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 16). Mit dem oben dargestellten Argument kann man dem freilich nur eingeschränkt zustimmen.

stand und das Mietverhältnis beendet ist. Daneben steht der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB, wenn dem Besitzer kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) mehr zusteht. Ein Recht zum Besitz ergibt sich für den Mieter aus dem Mietvertrag mit dem Eigentümer, wenn das Mietverhältnis nicht beendet ist. Für beide Anspruchsgrundlagen kommt es also auf die wirksame Beendigung des Mietverhältnisses an, mit anderen Worten darauf, ob E den Mietvertrag mit dem Schreiben vom 15.6.2011 wirksam gekündigt hat.

II. Schwerpunkte der Prüfung

Hier wirft der Sachverhalt vier Fragen auf: (1) Ist, wie von M gerügt, die Kündigung unwirksam, weil die Vollmacht nicht ordnungsgemäß nachgewiesen wurde? (2) Fehlt es am Kündigungsgrund, weil M zur Mietminderung berechtigt war? (3) Fehlt es am Kündigungsgrund, weil M ein Zurückbehaltungsrecht hatte? (4) Ist die Kündigung unwirksam, weil M nunmehr fast den gesamten Rückstand beglichen hat?

1. Unwirksamkeit durch Zurückweisung gemäß § 174 S. 1 BGB

Bei Kündigung eines Mietverhältnisses ist Stellvertretung möglich. Gibt der Vertreter die Kündigungserklärung im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht ab, wird sie dem Vertretenen zugerechnet (§ 164 I BGB). Gehandelt hat hier Y aufgrund der ihr von X erteilten Vollmacht, der wiederum durch E Vollmacht erteilt war.

Allerdings handelt es sich bei einer Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft: Gemäß § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Gemäß S. 2 ist die Zurückweisung zwar ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Dazu enthält der Sachverhalt aber keine genauen Angaben. Das von Y vorgelegte Dokument legitimiert allenfalls die X, nicht aber die Y, genügt aber auch schon deshalb nicht den Anforderungen, weil es sich nur um eine Kopie handelt.¹⁷

Voraussetzung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist aber, dass es unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 I BGB), zurückgewiesen wird. Das geschieht erst durch Schreiben vom 30.6.2011, also etwa 15 Tage später. Gründe, die diese Verzögerung rechtfertigen, sind nicht bekannt. Die Kündigung scheitert also nicht an § 174 S. 1 BGB. Wer sich hier – was vertretbar

¹⁷ Vgl. BGHZ 145, 343 (350); BGH NJW 1981, 1210; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 174 Rn. 5; *Schilken*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 174 Rn. 3; *Schramm*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 174 Rn. 4.

ist – anders entscheidet, müsste die weiteren Fragen im Rahmen eines Hilfsgutachtens thematisieren.

2. Kein Kündigungsgrund wegen Mietminderung

Ein Kündigungsgrund könnte sich nur aus § 543 I, II 1 Nr. 3 lit. a BGB ergeben. Demnach liegt ein Kündigungsgrund vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Da am 15.6.2011 nicht nur die Mai-, sondern auch die Juni-Miete kalendermäßig fällig waren (vgl. § 286 II Nr. 1 BGB) und von M nicht geleistet wurden, liegen diese Voraussetzungen an sich vor.

Allerdings macht M geltend, wegen Mängeln der Mietsache zur Minderung in Höhe von 30 % berechtigt gewesen zu sein. Gezahlt hat M aber überhaupt keine Miete. Ein Minderungsrecht würde den ausstehenden Betrag zwar auf je 70 % reduzieren, aber nicht unerheblich machen (vgl. § 569 III Nr. 1 BGB). Ferner wäre zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Mietminderung überhaupt vorliegen. Gemäß § 536 I 1 und 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch wegen eines Mangels gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Allerdings ist der Mieter gemäß § 536c I 1 BGB verpflichtet, einen während der Mietzeit auftretenden Mangel dem Vermieter anzuzeigen; unterlässt der Mieter die Anzeige, ist er gemäß § 536c II 2 Nr. 1 BGB nicht zur Mietminderung berechtigt, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige nicht Abhilfe schaffen konnte. Hätte M den Mangel unverzüglich – und nicht erst im Schreiben vom 30.6.2011 – angezeigt, hätte E ihn innerhalb eines Tages beseitigen können, so dass E also allein aufgrund der Unterlassung der Anzeige bis zum 30.6.2011 gehindert war, Abhilfe zu schaffen, und M folglich ein Minderungsrecht nicht zustand.

3. Kein Kündigungsgrund wegen Zurückbehaltungsrechts

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob M am 15.6.2011 deshalb nicht im Verzug mit den ausstehenden Mieten gewesen ist, weil ihm ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB zustand. Der Schuldner gerät nicht in Verzug, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht hat, auch wenn er die Einrede (noch) nicht geltend gemacht hat.¹⁸ Der Mietvertrag ist gegenseitiger Vertrag i. S. v. § 320 BGB. Im Gegenseitigkeitsverhältnis steht auch der Instandhaltungsanspruch des Mieters aus § 535 I 2 BGB. Anerkannt ist deshalb, dass der Mieter bei Mängeln nicht nur in angemessener Höhe von der Miete befreit ist, sondern auch darüber hinaus – jedenfalls in gewisser Höhe – die Miete zurückbehalten kann, bis der Vermieter seiner Be-

¹⁸ BGHZ 116, 244 (249); *Emmerich*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 37; *Hager*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 286 Rn. 22; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 286 Rn. 10.

seitigungspflicht nachgekommen ist.¹⁹ Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 320 BGB ist indessen die Vertragstreue des Schuldners: Er verhält sich widersprüchlich, wenn er einerseits über § 320 BGB die Durchsetzung der Vertragserfüllung erzwingen will, sich selbst aber auf der anderen Seite vertragsuntreu verhält.²⁰ Widersprüchlich verhält sich insbesondere der Mieter, der dem Vermieter durch Unterlassen der Mangelanzeige die Abhilfe unmöglich macht, den Vermieter aber zugleich durch Zurückbehaltung der Miete zur Mangelbeseitigung zwingen will.²¹ Ein Zurückbehaltungsrecht stand M daher nicht zu, so dass er mit den rückständigen Mieten in Verzug war.

4. Unwirksamkeit durch Befriedigung, § 569 III Nr. 2 BGB

Allerdings könnte die Kündigung unwirksam geworden sein, weil M am 10.9.2011 einen Betrag von 5.800 € an E überwies, der ihm am 11.9.2011 gutgeschrieben wurde. Hierbei deuten die detaillierten Datumsangaben auf eine Fristenproblematik hin; ferner fällt auf, dass M nicht den gesamten Mietrückstand ausgeglichen hat.

Gemäß § 569 III Nr. 2 BGB wird eine Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf

¹⁹ BGH NJW 2008, 2254 (Rn. 13); NZM 2011, 197 (Rn. 11 ff.); *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 536 Rn. 6; *Lützenkirchen*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, vor § 536 Rn. 4; *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 536 Rn. 59.

²⁰ *Emmerich*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 28.

²¹ BGH NZM 2011, 197 (Rn. 12); *Emmerich*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 8; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 536c Rn. 10.

von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete befriedigt wird. Rechtshängig geworden ist der Räumungsanspruch mit Zustellung der Räumungsklage (vgl. §§ 253 I, 261 I ZPO), also am 10.7.2011. Die Überweisung am 10.9.2011 wäre also rechtzeitig gewesen, wenn es auf die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung ankommt.²² Sie führt aber nur zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn dadurch sämtliche fälligen Mieten beglichen werden. Das ist nicht der Fall, da M 200 € schuldig bleibt. Dass der Rückstand für sich genommen geringfügig ist (vgl. § 569 III Nr. 1 BGB), ändert nichts daran, dass die Rechtsfolge des § 569 III Nr. 2 BGB nicht eingetreten ist.²³

E. Schlussbemerkungen

Dieser Beitrag hat sein Ziel erreicht, wenn nachvollziehbar geworden ist, wie man mit gründlicher Analyse des Sachverhaltes und strukturierter Vorgehensweise bei Erstellung der Lösungsskizze²⁴ eine Vorstellung davon erarbeiten kann, wo die Schwerpunkte einer Klausuraufgabe liegen. Eine solche Vorstellung ist unentbehrlich, weil die wahre Hürde, die bei einer Klausuraufgabe dieses Zuschnitts zu nehmen ist, nicht die Rechtskenntnis, sondern die Zeit sein dürfte.

²² Zum Streitstand *Wöstmann*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 569 Rn. 15; *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 569 Rn. 42; vgl. BGH NJW 1964, 499.

²³ Vgl. BGH NJW-RR 2005, 217; *Häublein*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 569 Rn. 31 bei Fn. 75; *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 569 Rn. 42.

²⁴ Abrufbar unter www.hamburger-rechtsnotizen.de.

Roland Broemel*/Moritz Koch**

Der Originalexamensfall im Öffentlichen Recht: Zugang zu Volksfesten

Eine gelungene Bearbeitung von (Examens-)klausuren setzt typischerweise Zweierlei voraus: ein bestimmtes Basiswissen zu den wesentlichen Begriffen und Strukturen des materiellen Rechts sowie des Prüfungsaufbaus einerseits und die Fähigkeit zu einer differenzierten, metho-

disch reflektierten Argumentation. Der folgende Beitrag will am Beispiel einer Originalexamensklausur aus dem Öffentlichen Recht zeigen, wie diese Anforderungen mit der Bewertung zusammenhängen können. Die Klausur

* Roland Broemel, Jun.-Prof. Dr., maître en droit, Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

** Moritz Koch, akademischer Tutor im Projekt „Selbstorganisation und Lernstrategien“; das Vorhaben wird aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 01PL12033 gefördert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren. Der Beitrag beruht auf einer Klausuraufgabe, die vom Justizprüfungsamt beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg im Jahr 2011 gestellt wurde und der ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Hamburg (Beschl. v. 14.7.2010, 11 E 1778/10) und dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 19.7.2010, 4 Bs 157/10) zugrunde lag. Die Redaktion dankt dem Justizprüfungsamt herzlich für die Erlaubnis, die Aufgabe hier zum Gegenstand einer Besprechung machen zu dürfen. Dieser Text ist nicht als amtliche Stellungnahme zu verstehen, sondern gibt allein die Meinung der beiden Autoren wieder.

behandelt im Kern die Frage, welcher Spielraum einem Marktveranstalter bei der Ausgestaltung seines Marktes und bei der Auswahl der Anbieter für seinen Markt, die sog. Marktbeschränker, zusteht. Eine ausführliche Lösungsskizze ist unter www.hamburger-rechtsnotizen.de abrufbar.

Sachverhalt

Schausteller N betreibt seit 1980 ein Autoskooter-Selbstfahrgeschäft mit dem Namen „Fast Wheels“ (Größe 33 mal 18 m). Seit ungefähr zehn Jahren bewirbt N sich kontinuierlich um die Teilnahme an Domveranstaltungen in Hamburg. Es handelt sich dabei um ein großes Volksfest auf dem Heiligengeistfeld in Hamburg. Es gibt dort neben Geister- und Achterbahnen, Autoskooter, ein Riesenrad, ein Kettenkarussell, ein Spiegelkabinett, Pferderennen und vieles mehr. Es gibt den Frühlings-, Sommer- und Winterdom, die jeweils ungefähr einen Monat lang dauern. Veranstalter ist die Freie und Hansestadt Hamburg, zuständig für die Platzverteilung ist die Behörde für Wirtschaft und Arbeit. Diese setzt den Frühlings-, Sommer- und Winterdom jeweils schriftlich fest.

N erhält regelmäßig für den Winterdom eine Zulassung. 2010 bewarb er sich auch erstmals für den Frühlingsdom 2011 und wurde zu diesem auch zugelassen. Im November 2011 bewarb sich N fristgemäß für den Frühlingsdom 2012. Mit Schreiben vom 15.11.2011, zugestellt am selben Tage, versagte die Behörde für Wirtschaft und Arbeit N jedoch eine Platzzusage für sein Fahrgeschäft „Fast Wheels“. Zwar sei grundsätzlich jedermann, der dem Teilnehmerkreis der Veranstaltung Frühlingsdom angehört, nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme berechtigt. Der Veranstalter könne jedoch aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreiche, einzelne Anbieter von der Teilnahme ausschließen. Derartige sachlich gerechtfertigte Gründe seien vorliegend gegeben: Für die Veranstaltung Frühlingsdom 2012 lägen – was zutrifft – insgesamt 572 Bewerbungen vor. Davon hätten sich, – was ebenfalls zutrifft – 132 Schausteller mit der Geschäftsart Fahrgeschäft und davon 10 in der Geschäftsunterart Selbstfahrgeschäft beworben. Die Zulassungszahl in der Geschäftssparte Fahrgeschäft sei jedoch seitens der Behörde auf 25 und in der Geschäftsunterart Selbstfahrgeschäft auf 2 beschränkt, um ein einförmiges Erscheinungsbild des Frühlingsdomes durch zu viele gleichartige Angebote zu vermeiden. Angesichts einer Gesamtzulassungszahl von 255 Geschäften genügten in der Sparte Fahrgeschäft 25 Geschäfte und in der Geschäftsunterart Selbstfahrgeschäft zwei Geschäfte auch, um die Nachfrage der Besucher zu befriedigen. Diese Organisationsentscheidung stehe auch im Einklang mit dem Veranstaltungszweck, der vorschreibe, dass von einer Vielzahl von Anbietern in

möglichst umfassender und ausgewogener Weise Schaustellungen, Musikaufführungen und andere unterhalten- de Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten dargeboten und volksfestübliche Waren angeboten werden (vgl. Abschnitt I der Richtlinien für die Vorbereitung und Durchführung von Volksfesten auf dem Heiligengeistfeld). Die Richtlinien würden in ständiger Verwaltungspraxis von der Behörde herangezogen.

N legt am 06.12.2011 Widerspruch gegen den Bescheid vom 15.11.2011 ein. Es sei nicht nachzuvollziehen, warum die Zahl der Autoskooter-Selbstfahrgeschäfte bei dem Frühlingsdom auf zwei begrenzt sei. Auf dem Winterdom gebe es schließlich – was zutrifft – auch immer drei Fahrgeschäfte. Seine zwei Mitbewerber, die – was ebenfalls zutrifft – beide einen Zulassungsbescheid unter Widerrufsvorbehalt für ihre Autoscooter erhalten hätten, seien schon seit langem auf dem Frühlingsdom vertreten. Er hätte gar keine Chance, sich auf dem Frühlingsdom auch zu bewähren, wenn diese beiden immer zugelassen werden würden. Zudem sei sein Unternehmen seit vielen Jahren auf dem Winterdom und im Jahr 2011 sogar auch beim Frühlingsdom zugelassen, so dass er ebenso wie die anderen beiden zugelassenen Autoskooter „bekannt und bewährt“ sei. Hinzu komme, dass sein Unternehmen – was zutrifft – als einziges Unternehmen vollständig barrierefrei sei und seine patentierten umgerüsteten Chaisens (so heißen die Fahrgestelle beim Autoskooter) auch von querschnittsgelähmten, auf den Rollstuhl angewiesenen Menschen allein gefahren werden könnten. Dieses Angebot werde von Menschen, die an den Rollstuhl gefesselt sind auch sehr gut angenommen. Pro Veranstaltungstag seien auf allen Winterdomveranstaltungen in der Vergangenheit ungefähr 30-40 Rollstuhlfahrerinnen und Rollstuhlfahrer mit den umgerüsteten Chaisens gefahren. Schließlich sei die Behörde nach dem Hamburgischen Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (HmbGGbM) auch besonders verpflichtet, deren Belange zu berücksichtigen. Dies habe sie aber bei ihrer Auswahlentscheidung nicht getan.

Mit Bescheid vom 27.02.2012 weist die Behörde für Wirtschaft und Arbeit den Widerspruch zurück. Zur Begründung verweist sie auf den Ausgangsbescheid vom 15.11.2011 und führt darüber hinaus aus, dass die Zuordnung der verschiedenartigen Geschäfte zueinander von hoher Wichtigkeit sei, um ein möglichst buntes, abwechslungsreiches Bild und ein in sich ausgewogenes, der Erwartungshaltung der Besucherinnen und Besucher entsprechendes Gesamtgepräge der Veranstaltung zu erreichen. Aus diesem Grunde überprüfe das zuständige Fachreferat kontinuierlich das Verhältnis der einzelnen Geschäftszweige nach Anzahl und Größe. Frühlingsdom, Sommerdom und Winterdom seien unterschiedliche Veranstaltungen, bei denen es von der jeweiligen Konzeption der Veranstaltung abhängt, in welchem

Branchenbereich der Schwerpunkt gesetzt werde. Aus der Konzeption des Frühlingsdomes folge, dass nur zwei Autoskooter zugelassen werden könnten. Denn zu diesem Volksfest sollen in größerem Maße Geschäfte zugelassen werden, die aufgrund ihrer Größe das Platzangebot auf dem Heiligengeistfeld stärker einschränkten als dies etwa beim Winterdom der Fall sei. Es handele sich dabei überwiegend um spektakuläre Fahrgeschäfte und entsprechende Schau- und Belustigungsgeschäfte. Diese seien auf dem Winterdom aufgrund des kalten Wetters weniger beliebt und erfreuten sich daher gerade auf dem Frühlingsdom eines großen Anlaufs. Umgekehrt ergebe sich aus dieser thematischen Gestaltung und den damit zusammenhängenden Zusatzangeboten, dass der Bedarf an weiteren „normalen“ Selbstfahrgeschäften sinke.

N könne sich auch nicht darauf berufen, dass er mit seinem Autoskooter regelmäßig auf dem Winterdom vertreten sei. Zwar erfülle N insoweit das Kriterium „bekannt und bewährt“. Für den Winterdom werde allerdings ein eigenes, speziell auf den Winterdom bezogenes Zulassungsverfahren durchgeführt. Für den Frühlingsdom könne deshalb nicht ohne weiteres die gleiche Bewährung angenommen werden. Die beiden anderen Autoskooter-Betreiber seien – was zutrifft – seit 1999 bzw. 2001 regelmäßig – im Schnitt alle zwei Jahre – zum Frühlingsdom zugelassen, weil sie als zuverlässige und beanstandungsfreie Beschicker bekannt seien. Entgegen der Auffassung von N werde ihm auch nicht jede Chance auf Bewährung genommen, vielmehr sei er ja mit seinem Autoskooter erst jüngst zum Frühlingsdom 2011 zugelassen worden.

Schließlich stelle es keinen messbaren Qualitätsgewinn für den Hamburger Dom dar, dass N einen Autoskooter anbiete, der auch von Rollstuhlfahrern genutzt werden könne. Es werde bestritten, dass tatsächlich 30-40 Rollstuhlfahrer sein Fahrgeschäft nutzen würden. Im Übrigen sei auch nicht zu erkennen, dass die Attraktivität des Fahrgeschäfts des N gerade wegen der Behindertengerechtigkeit die Attraktivität der beiden anderen Selbstfahrgeschäfte in einem solchen Maße übersteige, dass im Vergleich gerade das Geschäft des N am besten zum Gelingen der Veranstaltung beitragen könne.

N beantragt am 01.03.2012 beim Verwaltungsgericht Hamburg im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Zulassung zum Frühlingsdom 2012. Neben den bereits in seinem Widerspruch vom 06.12.2011 genannten Gründen, führt N aus, dass die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung den in § 70 I GewO niedergelegten Grundsatz der Marktfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt habe. Mit seinem Antrag reicht er eine eidesstattliche Versicherung seiner Angestellten I ein, in der diese versichert, dass der Autoscooter des N täglich von 30 bis 40 Rollstuhlfahrern angenommen werde. Die Antragsgegnerin weist in ihrer Antragsabwehrung u. a. darauf hin,

dass es sich bei dem Antrag des N um eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache handele. Zudem sei die Verwirklichung des Anspruchs auf Teilnahme an dem Frühlingsdom 2012 schon aufgrund mangelnder Platzkapazität unmöglich.

Aufgabe

Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten des Antrages auf einstweiligen Rechtsschutzes des N. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachterlich – auf alle Rechtsfragen ein, die der Fall aufwirft.

Bearbeitervermerk:

Es ist davon auszugehen, dass

- die Veranstaltung Frühlingsdom 2012 auf dem Heiligengeistfeld von der Freien und Hansestadt Hamburg wirksam gemäß § 69 GewO festgesetzt wurde und nach der Festsetzung u. a. Fahrgeschäfte und zwar auch Selbstfahrgeschäfte, d. h. Autoskooter, grundsätzlich zulässig sind,
- der Frühlingsdom vom 23.03.2012 bis 22.04.2012 stattfindet,
- 255 Schausteller zum Frühlingsdom 2012 zugelassen worden sind und aus Platzkapazitätsgründen tatsächlich nicht mehr als 255 Schausteller zugelassen werden können,
- N nicht gegen die Zulassungsbescheide der beiden Mitbewerber vorgeht,
- es soweit im Aufgabentext oder im Anhang Vorschriften genannt werden, die nicht zur Verfügung stehen, auf sie für die Lösung des Falles nicht ankommt,
- Beurteilungszeitpunkt der 08.03.2012 ist.

Anhang:

Auszug aus dem Hamburgischen Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (HmbGGbM) vom 21. März 2005

§ 1 Gesetzesziele. ¹Ziel dieses Gesetzes ist es, die Benachteiligung behinderter Menschen zu beseitigen und zu verhindern sowie die gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. ²Dabei wird besonderen Bedürfnissen Rechnung getragen.

(...)

Abschnitt 2

Verpflichtung zur Gleichstellung und Barrierefreiheit

§ 6 Benachteiligungsverbot für Träger öffentlicher Gewalt. (1) ¹Die Behörden und sonstigen Einrichtungen der Verwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg, einschließlich der landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die in einer der öffentlichen Verwaltung vergleichbaren Art öffentliche Aufgaben erfüllen (Träger öffentlicher Gewalt), sollen im Rahmen ihres Aufgabenbereiches die in § 1 genannten Ziele fördern und bei der Planung von Maßnahmen beachten. ²Ferner ist darauf hinzuwirken, dass auch Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, deren Anteile sich unmittelbar oder mittelbar, ganz oder überwiegend in öffentlicher Hand befinden, diese Ziele berücksichtigen. ³In Bereichen bestehender Benachteiligungen behinderter Menschen gegenüber nicht behinderten Menschen sind besondere Maßnahmen zum Abbau und zur Beseitigung dieser Benachteiligungen zulässig. ⁴Bei der Anwendung von Gesetzen zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist den besonderen Belangen von Frauen mit Behinderungen Rechnung zu tragen.

(2) ¹Ein Träger öffentlicher Gewalt im Sinne des Absatzes 1 darf behinderte Menschen nicht benachteiligen.

²Eine Benachteiligung liegt vor, wenn behinderte und nicht behinderte Menschen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden und dadurch behinderte Menschen in der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt werden.

(...)

Auszug aus den Richtlinien für die Vorbereitung und Durchführung von Volksfesten auf dem Heiligengeistfeld vom 19.1.2007

I. Veranstaltungszweck

Das Frühlingsfest, das Hummelfest und der Dommarkt sind Volksfeste im Sinne von § 60b Absatz 1 der Gewerbeordnung, auf denen von einer Vielzahl von Anbieterinnen und Anbietern in möglichst umfassender und ausgewogener Weise Schaustellungen, Musikaufführungen, unterhaltende Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten dargeboten und Waren feilgeboten werden, die üblicherweise auf Veranstaltungen dieser Art angeboten werden.

Die Volksfeste auf dem Heiligengeistfeld haben ihren Hauptzweck in der Belustigung und der Unterhaltung der Besucherinnen und Besucher sowie eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für die Freie und Hansestadt Hamburg und für das überwiegend klein- und mittelständisch strukturierte Schaustellergewerbe.

Um ein möglichst buntes, abwechslungsreiches Bild und ein in sich ausgewogenes, der Erwartungshaltung

der Besucherinnen und Besucher entsprechendes Gesamtgepräge der Veranstaltung zu erreichen, ist die Zuordnung der verschiedenartigen Geschäfte zueinander von Wichtigkeit. Aus diesem Grund ist das Verhältnis der einzelnen Geschäftszweige nach Anzahl und GröÙe ständig einer Überprüfung zu unterziehen. (...)

IV. Allgemeine Grundsätze für die Auswahl der Teilnehmer

(...)

7. „bekannt und bewährt“: Ein Geschäft gilt als bekannt, wenn es auf der betreffenden Veranstaltung mehrfach betrieben worden ist. Eine Bewerberin oder ein Bewerber hat sich bewährt, wenn sie/er langjährig die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten hat, ihren/seinen übrigen Verpflichtungen fristgemäß nachgekommen ist oder wenn sie/er ihr/sein Geschäft ordentlich und ohne Beanstandungen geführt sowie sich zuverlässig im Sinne der Gewerbeordnung gezeigt hat. Das Auswahlkriterium „bekannt und bewährt“ darf nicht dazu führen, dass Neu- oder Wiederholungsbewerberinnen bzw. -bewerber auf unabsehbare Zeit von der Teilnahme ausgeschlossen werden.

8. Eignung des Geschäftes: Die Eignung des Geschäftes ist danach zu beurteilen, ob es sich vom Angebot und von seinem äußeren Eindruck her in ein attraktives Gesamtbild des Volksfestes einfügt, wie es der Veranstaltungszweck unter Berücksichtigung der Zuordnung zu anderen Geschäften vorsieht. Bei der Beurteilung der Attraktivität eines Geschäftes entscheiden die subjektiven Vorstellungen der mit der Auswahl betrauten Personen, sofern keine Beurteilungsfehler gemacht werden.

9. Qualität des Geschäftes: Die Qualität eines Geschäftes wird durch die angebotene Leistung, die Preisgestaltung und eine ansprechende Aufmachung bestimmt. Das Kriterium Qualität kann auch von der Inanspruchnahme des Geschäftes durch die Besucherinnen und Besucher mitbestimmt werden.

10. Keine abschließende Aufzählung: Vorstehende Auswahlkriterien sind nicht abschließend.

Analyse

A. Anforderungen dieser Klausur

Das in diesem Fall zur Lösung erforderliche Basiswissen umfasst wie auch im Allgemeinen prozessuale und materiell-rechtliche Teile. Prozessual erfordert die Klausur Kenntnisse über das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, vor allem zur Abgrenzung der denkbaren statthaften Antragsarten, der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO, den Voraussetzungen der Begründetheit und nicht zuletzt den Anforderungen an eine Vorwegnahme der Hauptsache. Materiell-rechtlich behandelt der Sachverhalt im Schwerpunkt Fragen zur Reichweite der sog. Marktfreiheit. Es ist nicht schwer zu

sehen, dass der Antragsteller zum Teilnehmerkreis einer nach den §§ 64 ff. GewO festgesetzten Veranstaltung gehört und er deshalb grundsätzlich nach § 70 I GewO zur Teilnahme berechtigt ist. Ebenso liegt auf der Hand, dass im Hinblick auf die knappe Kapazität nicht alle zum Teilnehmerkreis gehörenden Interessenten, die grundsätzlich ebenfalls zur Teilnahme berechtigt sind, auch tatsächlich zum Zug kommen können, also eine Auswahlentscheidung nach § 70 III GewO erforderlich ist. Sowohl der Grundsatz der Marktfreiheit und die einschlägige Norm als auch die in Betracht kommenden Kriterien für eine Ermessensentscheidung sind im Sachverhalt ausdrücklich genannt. Trotz des nicht ganz im Zentrum der Ausbildung stehenden, wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Schwerpunktes der Klausur setzt deshalb auch eine überdurchschnittlich erfolgreiche Klausurbearbeitung keine vertieften Kenntnisse zu diesem Thema voraus. Vielmehr genügt ein Verständnis der Grundstrukturen, um – auch anhand der zahlreichen Hinweise aus dem Sachverhalt – eine fallbezogene, überzeugende und umfassende Argumentation zu entwickeln. Liegen die Schwerpunkte wie nicht selten und auch in diesem Fall in der Ermessensüberprüfung, kommt einer nachvollziehbaren Struktur der Argumentation eine nicht unwesentliche Rolle zu.

B. Vertypung der Benotung

Mit einigen Vorbehalten, die insbesondere mit Vereinfachungen und Vertypungen von Bewertungen zwangsläufig verbunden sind, lassen sich Notenstufen wie folgt allgemein umschreiben:

Eine *mangelhafte* Klausur liegt vor, soweit die Lösung über weite Strecken erhebliche Mängel aufweist und im Ganzen damit nicht mehr als Lösung der Fallfrage zu gebrauchen ist. Die wesentlichen Probleme des Falles werden nicht oder nicht richtig erkannt und abgearbeitet. Ansonsten erfolgt die Bewertung vor allem in Abgrenzung zu einer noch ausreichenden Klausur.

Inhaltlich ist für eine noch *ausreichende* Klausur zumindest auf folgende Problematiken einzugehen: Zumindest zwei der vier wesentlichen Rechtsfragen des Falles werden bearbeitet und mit einem eigenen Ergebnis entschieden. Die Bearbeitung enthält keine groben Fehler, wie die Missachtung der Fallfrage, das Nichterkennen einer Ermessensentscheidung oder die gänzliche Missachtung aller wesentlichen Normen aus der GewO. Sollte ein solcher Fehler erkennbar sein, kann nur eine ansonsten nahezu fehlerfreie weitere Lösung eine ausreichende Bewertung rechtfertigen. Die Wahl der falschen statthafter Antragsart kann nur dann noch zu einem ausreichenden Ergebnis führen, wenn die Arbeit im Übrigen keine weiteren inhaltlichen Fehler mehr aufweist. Der Aufbau der Prüfung des § 123 VwGO muss zumindest in den Grundlagen beherrscht werden.

Eine *befriedigende* Klausur erfordert darüber hinaus zumindest die Beantwortung von drei der wesentlichen Rechtsfragen. Es können jedoch auch alle Rechtsfragen beantwortet sein, aber aufgrund der Definitionen, des Aufbaues und der Argumentation handelt es sich nur um eine befriedigende Leistung des Prüflings. Eine befriedigende Klausur muss eine saubere Lösung der Zulässigkeit aufweisen, in welcher insbesondere die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges und die statthafter Antragsart thematisiert werden. Ferner muss der Aufbau des Antrages nach § 123 VwGO über weite Teile sicher beherrscht werden. Der Prüfling nimmt darüber den Großteil der im Sachverhalt dargestellten Argumente in seine Lösung mit auf und kann einen Zusammenhang zwischen den Vorschriften des HmbGGbM und dem Ermessen/der Ermessensreduzierung herstellen.

Eine *vollbefriedigende* Klausur ist vom Prüfling verfasst, soweit seine Ausführungen über den durchschnittlichen Anforderungen liegen. Auf diesen Fall bezogen müssten, neben den oben genannten Aspekten, für eine solche Leistung zumindest alle wesentlichen Rechtsfragen gesehen und beantwortet worden sein, wobei auch eine hinreichende Schwerpunktsetzung erkennbar sein muss. Darüber hinaus muss an mehreren Stellen eine vertiefende Auseinandersetzung mit den im Sachverhalt aufgeführten Argumenten erfolgen. Der Prüfling hat hier vor allem in der Problematik der Ermessensfehler eine gute Darstellung und Würdigung der rechtlichen Probleme aufgezeigt. Zusätzlich finden auch Grundlagen des Gewerberechts in der Lösung ihren Einschlag. So muss zumindest die Marktfreiheit in der Argumentation zu den relevanten Vorschriften herangezogen werden. Es muss erkannt werden, dass es für den Zulassungsanspruch einer Ermessensreduzierung auf Null bedarf. Bezüglich dieser Ermessensreduzierung oder auch schon innerhalb der Ermessensfehler muss der Prüfling auf die abgedruckten Vorschriften des HmbGGbM vertieft eingehen und die Verpflichtung aus § 6 I HmbGGbM in die Argumentation miteinbeziehen. Grundsätzlich sollte die Argumentation hier stark fallbezogen und nicht nur theoretisch erfolgen.

Eine *gute* Klausur liegt bei einer erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegenden Leistung vor. Diese setzt voraus, dass der Prüfling gute bis sehr gute Argumentationen in allen wesentlichen Rechtsfragen darlegt. Insbesondere müssen, in Abgrenzung zu einer vollbefriedigenden Klausur, die genannten Bewertungskriterien der Behörde aufgegriffen (insbesondere unter praxisnahen Gesichtspunkten) und auf die Systematik des § 70 I–III GewO bezogen sein. Es bedarf ferner auch einer differenzierenden Argumentation innerhalb der Ermessenreduzierung anhand des Gesetzeszweckes und der Verpflichtung der Behörde nach §§ 1, 6 HmbGGbM. Zudem sollte bei der Eröffnung des Verwal-

tungsrechtsweges auf die Problematik der Handlungsform der Behörde kurz eingegangen werden.

Eine *sehr gute* Klausur liegt vor, wenn der Prüfling eine besonders hervorragende Leistung erbracht hat. Dies ist insbesondere nur dann der Fall, soweit sämtliche Probleme des Falles erkannt und mit angemessener Schwerpunktsetzung überzeugend gelöst wurden. Darüber hinaus bedarf es einer umfassenden, optimal strukturierten und ausgewogenen Argumentation innerhalb jedes einzelnen Prüfungspunktes und der einzelnen Problemfelder.

10 %	Zulässigkeit des Antrages
10 %	Schrift und Sprache / Aufbau und Struktur / Schwerpunktsetzung
10 %	Problem: Vorwegnahme der Hauptsache
65 %	Anordnungsanspruch aufgeteilt:
5 %	Wiedergabe der Struktur der §§ 69 ff. GewO / Grundsätze der Marktfreiheit
15 %	Problem: Zulassung zu Volksfesten trotz Platzmangels
15 %	Bewertungskriterien und Bindungswirkung der Richtlinien
30 %	Ausarbeitung der drei möglichen Ermessensfehler – Schwerpunkt bei der Attraktivität / Reduzierung auf Null
5 %	Anordnungsgrund und Abschluss des Gutachtens
100 %	gesamt

C. Abstrakte Gewichtung

Einige Prüferinnen und Prüfer greifen bei der Bewertung auf eine vorgefertigte abstrakte Gewichtung der einzelnen Klausurbestandteile zurück, um die Bewertung und Schwerpunktsetzung insgesamt zu rationalisieren. Auch wenn nicht zuletzt durch die Vielzahl der oftmals diversifizierenden vertretbaren Lösungswege eine solche Generalisierung nur begrenzt möglich ist, verdeutlicht sie Studierenden die typischen Anforderungen und nicht zuletzt die Notwendigkeit der Schwerpunktsetzung. Eine solche Gewichtung könnte folgendermaßen aussehen:

Sven-Alexander v. Normann*

Erfolgsstrategien für das 1. Staatsexamen

Der Artikel befasst sich nicht mit einem materiell-rechtlichen Thema, sondern wirft einen Blick auf die Aspekte der Motivation und des Zeitmanagements in der Vorbereitung auf das 1. Staatsexamen und zeigt eine mögliche Lernstrategie auf.

Generationen von Jurastudierenden haben sich mit der Frage nach der idealen Vorbereitung auf das 1. Staatsexamen den Kopf zerbrochen. Wie in vielleicht keinem anderen Studium ist die Examensnote so entscheidend für die weitere Karriere und hängt von so wenigen Momenten ab, in denen absolute Spitzenleistung gefordert ist. Für ein gutes Examen ist dabei nicht nur das juristische Wissen von großer Bedeutung, sondern auch körperliche Fitness, sowie mentale und emotionale Stärke. Aber wie ist es möglich, dass all diese Faktoren im entscheidenden Moment im Zusammenspiel auch wirklich funktionieren und nicht ein Blackout oder Prüfungsangst dem erfolgreichen Abschluss des Examens im Wege stehen? Dieser Aufsatz gibt wertvolle Tipps.

I. Die Examensvorbereitung beginnt mit vielen Entscheidungen

Wie viel Zeit benötige ich für die Examensvorbereitung? Wie eigne ich mir das fast unüberschaubare Examenswissen an? Ab wann schreibe ich Probeklausuren? Auf all diese Fragen und noch viele mehr gilt es Antworten zu finden, ohne dass man selbst auf eigene Erfahrungen zurückgreifen kann. Die Examensvorbereitung ist ein großes Projekt, das von viel Unsicherheit und einem immer wieder aufkommenden Gefühl der Überforderung begleitet wird.

Kein Wunder also, dass es schwer fällt, die ersten wegweisenden Entscheidungen zu treffen. Der ehemalige US-Außenminister Colin Powell hat es einmal sehr schön auf den Punkt gebracht: „Es ist schwerer, eine richtige

* Rechtsanwalt bei Field Fisher Waterhouse in Hamburg, Doktorand an der Universität Hamburg, ehemaliger AG-Leiter und Korrektor, sowie Gründer der Internetseite www.beyourbest.de, die sich mit den Themen Erfolg, Motivation und Zeitmanagement auseinandersetzt.

Entscheidung zu treffen als eine Entscheidung richtig zu machen.“ Dieses Motto gilt auch für die Examensvorbereitung. Die Entscheidungen zum Beispiel, ob man ein Repetitorium besuchen sollte oder wie seinen Lernplan am besten gestaltet, sind bei weitem nicht so wichtig wie die sich daran anschließende Umsetzung. Das bedeutet zwar nicht, dass man sich überhaupt keine Gedanken über diese Fragen machen sollte. Sobald aber alle Informationen zusammengesucht sind, hilft es nicht, die Entscheidungen weiter aufzuschieben.

Es gibt so viele erfolgreiche Wege zum Examen, dass das Gelingen oder Scheitern des Examens mit Sicherheit nicht von einer einzigen Entscheidung abhängt. In diesem Sinne soll dieser Aufsatz primär Denkanstöße und Ideen geben und erhebt nicht den Anspruch, allgemeingültiger Leitfaden für eine gelungene Examensvorbereitung zu sein. Das ist angesichts der Komplexität und den vielen Facetten, die die Vorbereitung mit sich bringt, in diesem Rahmen auch nicht möglich. Dennoch können die im Folgenden vorgestellten Vorschläge und Herangehensweisen mit Sicherheit einen Teil zu einem erfolgreichen Examen beisteuern.

II. Was und wie lerne ich am besten?

Die für das Examen zu lernende Stoffmenge ist enorm und inzwischen stehen so viele Lehrbücher, Skripten und Repetitorien zur Examensvorbereitung zur Verfügung, dass der Überblick schnell verloren geht und die Frage nach der besten Herangehensweise Kopfzerbrechen verursacht. Klar ist aber, dass unabhängig vom Besuch eines Repetitoriums zumindest zum Nacharbeiten und Wiederholen gut ausgewählte Literatur unumgänglich ist.

Meine Empfehlung für die erste Lernphase ist, sich eine Lehrbuch- oder Skriptenreihe nach persönlichem Geschmack auszusuchen und sich zunächst nur auf diese Reihe zu beschränken. Das hat den Vorteil, dass man sich sehr gut auf die Art der Wissensvermittlung einstellen kann und besser mit Aufbau und Inhalt zurechtkommt. Außerdem ist so gewährleistet, dass man sich nicht zu lange mit nur einem Teilgebiet beschäftigt, sich nicht in Kleinigkeiten verliert und mit jedem durchgearbeiteten Buch die eigenen Fortschritte deutlich sieht. Am Anfang geht es nämlich vor allem darum, die Systematik der Rechtsgebiete und die examenrelevantesten Themen zu verstehen. Erst anschließend sollte man besondere Schwerpunkte mit zusätzlicher Literatur setzen.

Es bietet sich an, die ausgewählte Lehrbuch- oder Skriptenreihe in etwa parallel zu einem universitären oder kommerziellen Repetitorium zur Vertiefung zu nutzen und auf diese Weise die vorgegebene Reihenfolge der entsprechenden Rechtsgebiete nachzuahmen. Dennoch ist es ratsam, im eigenen Lerntempo vorzugehen und sich

nicht jeden Tag ein komplett anderes Rechtsgebiet vorzunehmen. Häufig versteht man die Zusammenhänge erst nach einer intensiven Auseinandersetzung über mehrere Tage und verliert mit oberflächlichem Lesen wertvolle Zeit. Ein grober Lernplan für zwei Wochen von jeweils Montag bis Freitag könnte zum Beispiel so aussehen:

Woche 1 BGB AT – BGB AT – BGB AT – Strafrecht AT – Strafrecht AT

Woche 2 BGB AT – BGB AT – Grundrechte – Grundrechte – Strafrecht AT

Nach diesen zwei Wochen sollte schon ein guter erster Teil des BGB AT durchgearbeitet und ein erstes Grundverständnis in den anderen beiden Gebieten entstanden sein. Zur besseren Wiederholung können die wesentlichen Punkte auf Karteikarten oder die verschiedenen Unterthemen (Minderjährigenrecht, Anfechtung, Stellvertretung etc.) als Kurzzusammenfassung auf einer DIN A4-Seite notiert werden. Am besten ist es, das Gelernte spätestens nach einer Woche das erste Mal, anschließend nach einem weiteren Monat zu wiederholen.

Wichtig ist vor allem, sich so lange mit einem Thema auseinanderzusetzen bis man es wirklich verstanden hat, selbst wenn das wesentlich länger dauert als geplant. Denn nur mit Halbwissen ist ein gutes Examen nicht möglich. Zum Ende der Vorbereitung zahlt sich die Geduld und Gründlichkeit aus, weil man das Examenswissen viel schneller wiederholen kann und in den Klausuren leichter vertretbare Lösungen findet. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass eine gewisse Kontinuität des Lernens unumgänglich ist und man versuchen sollte, in jeder Woche den gleichen Lernrhythmus zu verfolgen.

1. Ab wann sollte ich Examensklausuren schreiben?

Neben dem abstrakten Verständnis des juristischen Wissens müssen zur Vorbereitung auch fünfstündige Examensklausuren geschrieben werden. Nur so lassen sich wichtige Fähigkeiten wie die richtige Zeiteinteilung, das Erstellen einer Lösungsskizze und das schnelle, gutachterliche Schreiben erlernen. Doch viele fangen ohne ausreichendes Examenswissen eindeutig zu früh mit den Klausuren an. Die Folge ist, dass man wesentlich länger als die eigentlich vorhandenen fünf Stunden benötigt und noch weniger Zeit zum Lernen hat. Zudem helfen die Korrekturen bei schlechten Klausuren selten dabei, sich wirklich zu verbessern, weil die Fehler einfach auf noch nicht vorhandenem Wissen beruhen und nicht konzeptioneller Natur sind. Dass reihenweise mangelhafte Noten die Lernmotivation nicht gerade erhöhen, versteht sich von selbst.

Dies sollte jedoch kein Grund sein, mit dem Klausuren schreiben erst kurz vor dem Examen zu beginnen. Die

Versuchung, zu lange abzuwarten und die Probeklausuren immer weiter hinauszuschieben, ist wegen des Schwierigkeitsgrads der Klausuren zwar sehr groß. Zu Übungszwecken sollten 30 Klausuren unter Examensbedingungen aber das Mindestziel sein. Es gilt also den schmalen Grat zwischen zu früh und zu spät für sich selbst zu entdecken.

Um zumindest am Anfang nicht völlig losgelöst von der Examensrealität zu lernen, unterstützen in dieser Phase Examensklausuren mit ausformulierter Lösung, die in verschiedenen Verlagen erschienen sind.¹ Hier bekommt man ein Gefühl für die Anforderungen, die im Examen zu erfüllen sind, und kann das eigene Wissen überprüfen, ohne sofort eine Klausur schreiben zu müssen.

Je besser das abstrakte Wissen „sitzt“, desto häufiger sollten Examensklausuren unter echten Bedingungen geschrieben werden. Dazu eignen sich besonders die Präsenzklausurenkurse, weil sie am besten die Examensrealität abbilden und durch einen vorgegebenen Termin nicht aufgeschoben werden können. Eine Verbesserung ist nur möglich, wenn man die Klausuren anschließend auch gründlich nachbereitet und vor allem auf Fehler bei Aufbau und Gutachtenstil achtet.

2. Aktuelle Rechtsprechung?

Es ist bekannt, dass viele Klausuren im Examen relativ aktuellen Fällen aus der Rechtsprechung nachgebildet sind. Aus diesem Grund liegt die Versuchung nahe, sich intensiv mit den wichtigsten Gerichtsentscheidungen der letzten Jahre auseinanderzusetzen und auf einen Glückstreffer zu hoffen. Viele Ausbildungszeitschriften haben die examensrelevantesten Entscheidungen in Klausurform aufbereitet und schulen so die Auseinandersetzung mit unbekanntem Rechtsproblemen. Auch wenn die Trefferquote im Examen wahrscheinlich nicht besonders hoch ist, ist es dennoch hilfreich, sich neben abstraktem Wissen und Übungsklausuren gegen Ende der Examensvorbereitung auch mit aktueller Rechtsprechung zu beschäftigen. Mein Tipp deshalb: Wenn man mit dem regelmäßigen Klausurenschreiben beginnt, zusätzlich ein Mal die Woche aktuelle Rechtsprechung in aufbereiteter Klausurform lesen.

III. Fokuszeit

Die meiste Zeit der Examensvorbereitung verbringt man alleine am Schreibtisch, weshalb hier auch das größte Verbesserungspotential besteht. Es ist entscheidend, diese Zeit für vollkommen konzentriertes Lernen zu nutzen. Doch häufig fällt es schwer, sich nicht durch abschwei-

¹ Vgl. etwa *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III; *Schlüter/Niehaus/Schröder*, Examensklausurenkurs im Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht; *Preis/Prütting/Sachs/Weigend*, Die Examensklausur: Originalfälle, Musterlösungen, Hinweise.

fende Gedanken, neue Nachrichten auf dem Smartphone oder andere Störquellen ablenken zu lassen. Der Fokus auf nur eine Sache zur Zeit ist eine Fähigkeit, die in der modernen Welt immer mehr verloren geht, aber für das Examen von zentraler Bedeutung ist. Es gibt einige Ansatzpunkte, um die Konzentrationsfähigkeit Stück für Stück zu verbessern.

Zunächst sollte eine absolut ruhige Umgebung oberste Priorität haben. Dazu zählt nicht nur die Reduzierung von Außengeräuschen, sondern vor allem auch die Einschränkung der Smartphonenuutzung. Jede Ablenkung durch eine E-Mail, einen Anruf oder andere Nachrichten führt dazu, dass es anschließend bis zu 15 Minuten dauert, um wieder das gleiche Maß an Konzentration zu erreichen wie vor der Ablenkung.² Es empfiehlt sich deshalb, die Nachrichten erst nach Ende einer Konzentrationsphase zu lesen und anderen Menschen nicht die Entscheidung zu überlassen, wann sie stören können.

Wenn das äußere Umfeld ruhig gestellt ist, kann man bei den inneren Ablenkungen ansetzen. Es gibt zahlreiche Gründe, warum es uns so schwer fällt, über einen Zeitraum von einer Stunde oder mehr mit voller Konzentration zu arbeiten. Die wichtigsten sind Schlafmangel, zu viele andere Dinge im Kopf und zu lange Arbeit ohne echte Pausen.

1. Schlafmangel

Nichts beeinflusst die Leistungsfähigkeit eines Menschen so stark wie Schlaf. Dennoch ist ausreichende Nachtruhe eines der ersten Dinge, die viele von uns vernachlässigen, um für die täglichen Herausforderungen mehr Zeit zu haben. Ein Trugschluss. Zu wenig Schlaf ist nicht nur schlecht für die Gesundheit, sondern vermindert auch die kognitiven Fähigkeiten, das Erinnerungsvermögen und führt zu starken Stimmungsschwankungen.³ Mit anderen Worten geht nach mehreren Tagen mit Schlafmangel das Leistungsvermögen so stark zurück, dass das Lernen juristischen Wissens fast unmöglich wird.

Aber wie viel Schlaf ist ausreichend? Wenn Wissenschaftler Menschen in einer Testumgebung ohne Fenster und Uhren beobachten, schlafen etwa 95 Prozent zwischen sieben und acht Stunden pro Tag.⁴ Dies ist also der Richtwert, von dem wir alle ausgehen sollten und der insbesondere während intensiver Lernphasen gerne auch ein bisschen überschritten werden kann. Wer also mit ständigen Konzentrationsschwierigkeiten zu kämpfen hat,

² *Iqbal/Horvitz*, Disruption and Recovery of Computing Tasks: Field Study, Analysis, and Directions, http://research.microsoft.com/en-us/um/people/horvitz/CHI_2007_Iqbal_Horvitz.pdf (25.06.2013).

³ Vgl. *Ronald E. Dahl*, The consequences of insufficient sleep for adolescents, http://breckschool.org/files/1313/2516/9529/Dahl__ConseqSleepDep.pdf (25.06.2013).

⁴ Vgl. *Schwartz*, The Way We're Working Isn't Working, 2010, S. 58.

sollte als erstes überprüfen, ob Schlafmangel der Grund für fehlendes Leistungsvermögen sein könnte.

2. Popup-Gedanken

Beim Surfen durch das Internet versuchen Unternehmen mit sogenannten „Popups“ (plötzlich auftauchende Werbebotschaften) unsere Aufmerksamkeit für sich zu gewinnen. Auch unser Gehirn schickt uns immer wieder solche Popup-Gedanken, die das Lernen erschweren und häufig wie fallende Domino-Steine eine ganze Reihe von weiteren Gedanken nach sich ziehen.

Zwar werden sich Popup-Gedanken nie ganz vermeiden lassen, sie können aber erheblich reduziert werden, so dass fokussiertes Arbeiten besser möglich ist. Eine der Hauptursachen für diese plötzlich auftretenden Gedankensprünge sind zu viele andere offene Projekte. Je mehr Dinge man anfängt, ohne sie zu Ende zu führen, desto mehr belastet man das Gehirn mit Aufgaben, die noch zu erledigen sind.⁵

Die offensichtliche Lösung ist, sich weniger Dinge zuzumuten, was besonders in den letzten Wochen vor dem Examen auch dringend zu empfehlen ist. Wer seine eigene Aufgabeflut aber nicht reduzieren kann, für den gibt es einen kleinen Trick. Denn wenn man die unerledigten Aufgaben zusammen mit dem Zeitpunkt, an dem man sie erledigen will, auf einen Zettel notiert, nimmt das Gehirn dies zunächst wie die Erledigung selbst wahr. Es hilft deshalb, schon morgens vor der ersten Lerneinheit gewissermaßen seinen Kopf auf einem Blatt Papier zu entleeren, um sich anschließend vollkommen der Examensvorbereitung zu widmen. Darüber hinaus können während der Lernzeit auftretende Gedanken ebenfalls schnell aufgeschrieben werden, so dass sie die Konzentrationsphase nur kurz stören.

3. Die Grauzone verlassen

Wir haben fast alle den echten Wechsel zwischen Arbeit und Erholung verlernt und befinden uns fortwährend in einer Grauzone, in der wir uns weder richtig konzentrieren noch die dringend benötigten Pausen nehmen. Genau wie ausreichend Schlaf sind auch über den Tag verteilte Erholungspausen extrem wichtig, weil sie uns neue Kraft für unsere Aufgaben geben. Doch viele Menschen gönnen sich vor allem unter Stress zu wenig richtige Ausruhpasen und sorgen zum Beispiel mit Koffein dafür, dass sie vermeintlich länger lernen können. Oft besteht eine Pause in der Examensvorbereitung auch darin, weiterhin in der gleichen Position sitzen zu bleiben und die neuesten Nachrichten in den sozialen Netzwerken zu lesen. Wie soll man sich erholen, wenn die Pause sich kaum von der vorherigen Arbeit unterscheidet?

Echte Erholung außerhalb der Grauzone steht im Kontrast zum anstrengenden Lernen. Das bedeutet konkret, dass man in den Pausen aufstehen und sich bewegen sollte. Ideal ist es auch, sich mit anderen Menschen zu unterhalten oder ein bisschen frische Luft einzuatmen und seinen Gedanken freien Lauf zu lassen. Zudem ist Sport ein sehr guter Ausgleich zum stundenlangen Sitzen. Die einfache Regel lautet: Eine echte Pause sollte genau das Gegenteil von der Arbeit sein.

Schließlich reicht es nicht aus, sich nur während der Mittagszeit Erholung zu gönnen. Alle Menschen haben neben dem hinlänglich bekannten Tag-Nacht-Rhythmus auch einen sogenannten ultradianen Bio-Rhythmus, der für kleinere Leistungsschwankungen während des Tages sorgt und ungefähr in 90–120 Minuten einmal durchlaufen wird. Mit anderen Worten kostet jede Lernphase, die länger als zwei Stunden am Stück andauert, extrem viele Kraftreserven, weil der Körper ab einem gewissen Zeitpunkt mit aller Macht eine Pause einfordert. Die Konsequenz ist klar: Spätestens nach zwei Stunden ununterbrochenen Lernens sollte eine Pause gemacht werden.

IV. Spitzenleistung, wenn es darauf ankommt

Herzlich Willkommen zum 1. Staatsexamen: Sechs Klausuren unter fast nicht auszuhaltendem Erwartungsdruck und in der Zeit kaum zu bewältigenden Sachverhalten. Hier entscheidet sich, wie erfolgreich das Studium abgeschlossen wird. Die Scheine aus dem Grund- und Hauptstudium spielen keine Rolle mehr. Jetzt zählt nur dieses Moment. Ausreden helfen nicht mehr.

Diese Drucksituation lässt sich ein bisschen mit sportlichen Großveranstaltungen wie eine Weltmeisterschaft oder die Olympischen Spiele vergleichen. Auch die Sportler müssen auf den Punkt topfit sein, ihre vergangenen Leistungen haben keine Bedeutung mehr und wenige Momente entscheiden über Sieg oder Niederlage. Im Gegensatz zur Examensvorbereitung wird im Spitzensportbereich seit Jahren genau beobachtet, wie es möglich ist, die letzten paar Prozent Leistung herauszuholen. Von den Tricks der Spitzensportler können wir deshalb alle profitieren.

1. Rituale schaffen

Neben den ohne Zweifel erforderlichen technischen Fähigkeiten, die sich allerdings im Weltklassebereich kaum noch unterscheiden, trainieren Spitzensportler sich vor allem feste Rituale an, die fast wie ein Computerprogramm vollkommen automatisch vor dem Wettkampf ablaufen und ihnen dabei helfen, im entscheidenden Moment das Beste aus sich herauszuholen.

Der erfolgreichste Olympionike aller Zeiten Michael Phelps ist bekannt für die Ritualisierung seines Wett-

⁵ Dies wird in der Psychologie als „Zeigarnik-Effekt“ bezeichnet.

kampftages.⁶ Vom Aufstehen, über das Frühstück zum Aufwärmprogramm bis hin zu den letzten Sekunden vor dem Absprung vom Startblock hat er sich jahrelang einen festen Rhythmus antrainiert, der ihm eine feste Struktur gibt und ihn auch dann seine Spitzenleistung hervorbringen lässt, wenn es darauf ankommt. Aber auch bei fast allen anderen Sportlern finden sich solche Routinen, die sie vor jedem Wettkampf automatisch ausführen, um optimal in den Wettkampfmodus hereinzukommen.

Diese Herangehensweise lässt sich auch für die Vorbereitung auf das Examen kopieren. Wenn man sich ein festes „Aufwärmprogramm“ antrainiert, hilft das, die Nervosität besser in den Griff zu bekommen und sich in dem Moment, in dem man die ersten Wörter des Sachverhalts liest, auf seinem Leistungshochs zu befinden. Ein solches Ritual könnte zum Beispiel mit einem ruhigen Frühstück, gefolgt von der schnellen Wiederholung einiger wichtiger Karteikarten, um sich für das juristische Denken aufzuwärmen, beginnen und mit dem Hören immer der gleichen Musik auf dem Weg zum Ort des Examins enden. Auch Langschläfer sollten sich rechtzeitig angewöhnen, früh aufzustehen und sich die Zeit für das Aufwärmen nehmen.

Die Rituale schaffen vor allem die nötige Sicherheit im Examenschaos. Unserem Gehirn gefällt es, wenn es Dinge schon einmal erlebt hat. Und in der Ausnahmesituation des Examins bietet ein Ritual dem Gehirn altbewährte Handlungen, die sehr beruhigend wirken. Diese Ritualisierung kostet Zeit und sollte so lange angepasst werden bis sie sich „gut anfühlt“. Ausprobieren kann man sie dann sehr gut, in dem man ein Probeexamen schreibt.

2. Die letzten Tage vor dem Examen

Ein Sportler probiert in den Tagen vor dem größten Wettkampf seiner Karriere keine neuen Trainingsmetho-

den oder Techniken aus. Genau so sollte man zum Ende der Examensvorbereitung auf keinen Fall mehr Neues lernen. Es ist wesentlich sinnvoller, das in den Monaten vorher schon häufig wiederholte Wissen noch ein letztes Mal durchzugehen. Das vermeidet Panik und gibt die vor dem Examen dringend benötigte Bestätigung, den Anforderungen gewachsen zu sein.

Denn abgesehen von den juristischen Fähigkeiten ist die eigene Überzeugung von sich selbst vielleicht der wichtigste Faktor für ein erfolgreiches Examen. Wenn man mit Selbstzweifeln und großer Unsicherheit in das Examen geht, ist zum einen die Gefahr einer mentalen Blockade wesentlich höher und zum anderen wirkt die geschriebene Klausur auch für den Korrektur nicht überzeugend. Deshalb sind ein gesundes Selbstvertrauen und die Überzeugung der eigenen Stärke im entscheidenden Moment bei der Bewältigung der anspruchsvollen Klausuren genauso unverzichtbar wie das juristische Wissen.

Daneben sollte man in den letzten Tagen bewusst noch einmal darauf achten, ausreichend zu schlafen. Denn je näher das Examen rückt, desto unruhiger werden die Nächte. Zwar hilft das Adrenalin, dass man am Tag der ersten Klausur hellwach ist. Aber am Ende der zwei Wochen kommt es auch auf die Kondition und die letzten Kraftreserven an. Die freien Nachmittage nach den Klausuren sollten deshalb auch der Erholung dienen. Dass eine gute Ernährung vor, während und nach den Klausuren elementar ist, sollte selbstverständlich sein und lässt sich natürlich vorher auch „trainieren“.

Und noch einmal: Es ist unglaublich wichtig, positiv in das Examen hereinzugehen. Wenn man nicht einmal selbst an sich glaubt, wer soll es dann tun? Mit einer guten Vorbereitung kann dann nichts mehr schiefgehen!

⁶ Vgl. die schöne Darstellung bei *Duhigg*, *The Power of Habit*, 2012, S. 109–115. Dieser Abschnitt ist auch zu finden unter <http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/conditions/how-good-habits-can-win-gold-medals/article549051/?page=all> (25.06.2013).

⁶ Vgl. die schöne Darstellung bei *Duhigg*, *The Power of Habit*, 2012, S. 109–115. Dieser Abschnitt ist auch zu finden unter <http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/conditions/how-good-habits-can-win-gold-medals/article549051/?page=all> (25.06.2013).

Bettina Heiderhoff*

Väterrechte

I. Einleitung

1. Problemübersicht

Das Familienrecht unterliegt ständigen Veränderungen. Grund dafür sind die Entwicklungen in der Gesellschaft. Familien sind heute beweglicher und heterogener

als früher. Zugleich hat sich die Einstellung zu „alternativen“ Lebensformen sehr verändert. Nichteheleiche Geburten, Patchworkfamilien oder gleichgeschlechtliche

* Prof. Dr. iur., Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht.

Elternpaare werden nicht nur faktisch häufiger,¹ sondern sie werden auch immer seltener negativ beurteilt.²

Durch die neuen Familienformen stellen sich auch ganz neue rechtliche Fragen. Kann ein Kind zwei Mütter oder zwei Väter haben? Wer übt die Sorge für ein Kind aus, wenn die Eltern schon bei der Geburt kein Paar mehr sind? Wer übt die Sorge aus, wenn das Kind faktisch eher durch den neuen Ehemann der Mutter versorgt und erzogen wird als durch seinen (rechtlichen) Vater?

Besondere Aufmerksamkeit erhält gegenwärtig die Rechtsstellung des Vaters. Dabei gibt es Probleme auf mehreren Ebenen, die in diesem Beitrag dargestellt und kritisch beleuchtet werden sollen.

(1) Schon die Frage, wen das Gesetz überhaupt als *rechtlichen* Vater eines Kindes anerkennt (Abstammung), ist komplex. Sie hat aber entscheidende Bedeutung. Denn derjenige, der zwar ein Kind gezeugt hat, jedoch nicht dessen rechtlicher Vater ist („nur“ biologischer Vater), hat kaum väterliche Rechte und Pflichten. Die väterlichen Rechte und Pflichten liegen fast ausschließlich beim *rechtlichen* Vater. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören ganz besonders die Ausübung der elterlichen Sorge – also das Recht und die Pflicht sich um alle Angelegenheiten des Kindes zu kümmern –, das Recht und die Pflicht zum Umgang mit dem Kind und die Pflicht, Unterhalt zu bezahlen. Die Bestimmung des rechtlichen Vaters macht vor allem dann Schwierigkeiten, wenn mehrere Männer diesen Status erhalten möchten (dazu III.).

(2) Für den *rechtlichen* Vater stellen sich weitere Probleme, wenn er nicht mit der Mutter verheiratet ist. Er hat nämlich nicht automatisch gemeinsam mit der Mutter die Sorge für das Kind, sondern er muss diese erst erwerben, was auf unterschiedliche Art möglich ist (dazu IV.).

(3) Wer nicht rechtlicher Vater ist, hat stets eine sehr eingeschränkte Rechtsstellung in Hinblick auf das Kind (dazu V.). Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem (nur) biologischen Vater, von dem das Kind genetisch abstammt, der aber dennoch nicht die Stellung eines rechtlichen Vaters hat, und dem (nur) sozialen Vater, der die väterliche Rolle ausübt oder ausgeübt hat, ohne dass er mit dem Kind rechtlich oder genetisch verbunden ist.

¹ Nichtehelecht werden laut statistischem Bundesamt, Geburten in Deutschland 2012, S. 18 f. über ein Drittel der Kinder geboren; bei den Erstgeborenen lag der Anteil im Jahr 2010 sogar bei 43%.

² Eine umfassende, vom BMJ beauftragte Studie gibt es zur Thematik „Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften“, Marina Rupp (Hrsg.), 2009. Dort geht es auch um Diskriminierungserfahrungen; bei *Dölle*, Familienrecht (1964), ist es noch klar, dass unter Familie eine Ehe mit Kindern zu verstehen ist (S. 18); ausführlich werden die Vor- und Nachteile einer Strafbarkeit von Ehebruch und Konkubinat diskutiert (S. 36).

2. Historische Grundlagen

a) Diskriminierung von Frau und Kind

Die Rechtslage und die gegenwärtig dazu geführten Diskussionen sind erkennbar davon beeinflusst, dass das rechtliche Verhältnis der Eltern zum Kind lange Zeit von einer Diskriminierung der Frau und vielleicht sogar noch mehr von einer Diskriminierung des nichtehelichen Kindes geprägt war. Nicht immer hatte man der Mutter die Ausübung der elterlichen Sorge überhaupt zugetraut. Lange Zeit hatte der Mann die Alleinsorge für die Kinder; im Rahmen des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957 wurde dann der berühmte „Stichentscheid“ in Erziehungsfragen eingeführt. Damals erhielten zwar endlich beide Eltern die gemeinsame Sorge für die Kinder, jedoch blieb beim Streit das letzte Wort beim Vater. Der Stichentscheid war allerdings nur kurz in Kraft, weil er der Rechtsprechung des BVerfG nicht standhielt.³

Außerhalb der Ehe stand nach § 1707 BGB bis ins Jahr 1970 der Mutter nur die „Personensorge“ zu. Die gesetzliche Vertretung und die Vermögenssorge hatte stets ein Vormund. Immerhin konnte ab 1962 die Mutter die Übertragung der Sorge auf sich selbst beantragen (§ 1707 II BGB). In abgeschwächter Form fand sich dieser Gedanke sogar noch bis 1998 im BGB. Kinder unverheirateter Mütter erhielten nämlich automatisch einen Pfleger, welcher sich um bestimmte Angelegenheiten kümmerte, vor allem um die Feststellung der Vaterschaft und die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs.

b) Selbstverständnis des nichtehelichen Vaters

Nimmt man die Perspektive der Väter ein, so ist davon auszugehen, dass nichteheliche Väter früher oft weniger Interesse an dem Kind hatten, z. B. weil es aus einem gesellschaftlich nicht gebilligten Seitensprung stammte. Die alte Gesetzeslage spiegelte auch dies wider, insbesondere indem der nichteheliche Vater nach § 1589 II BGB bis 1970 als nicht mit dem Kind verwandt galt. Wollte er rechtlicher Vater seines Kindes werden, so musste er es adoptieren.

c) Rechtsentwicklung bis heute

Die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte musste also viele erhebliche Missstände abbauen. Die Diskriminierung des Kindes und seiner Mutter musste überwunden und der nichteheliche Vater in die Verantwortung eingebunden werden. Je weiter dieser Prozess fortgeschritten war, desto mehr entwickelte sich jedoch eine dominante neue Bewegung, die man vielleicht als „Väterlobby“ bezeichnen darf. Es wurde nun aufgezeigt,

³ Bis 1958 lautete § 1627 BGB: „Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.“ Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde zwar die gemeinsame Sorge eingeführt, § 1628 BGB lautete jedoch: Können sich die Eltern nicht einigen, so entscheidet der Vater; er hat auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen. Das wurde vom BVerfG am 29. Juli 1959, BVerfGE 10, 59, für verfassungswidrig erklärt.

dass erhebliche Rechtsdefizite für die zunehmend engagierten nichtehelichen Väter bestanden.

Insbesondere geriet die mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 eingeführte sorgerechtliche Vorrangstellung der Mutter in die Kritik. 1998 war zum einen die eben erwähnte ergänzende Pflegschaft für nichteheliche Kinder abgeschafft worden, zum anderen wurde § 1626a BGB in das BGB eingeführt, der endlich eine differenzierte Regelung für unverheiratete Eltern vorsah. Danach hatte die Mutter, wenn sie nicht mit dem Vater des Kindes verheiratet ist, zwar weiterhin zunächst die Alleinsorge. Durch sogenannte Sorgeerklärungen konnten jedoch die Eltern bewirken, dass sie die gemeinsame Sorge erhielten. Ohne eine entsprechende der Erklärung der Mutter war der Vater allerdings von der Sorge ausgeschlossen.

3. Zielsetzung des Beitrags

Analysiert werden muss aus heutiger Sicht also, ob eine Balance der Rechte aller Beteiligten besteht oder ob bei der nach und nach erfolgten Stärkung der Rechtsposition der Mutter zugleich die Rechte des Vaters über die Maßen beschnitten wurden. Denn letztlich gilt es zu erreichen, dass – bei uneingeschränkter Berücksichtigung des Kindeswohls – beide Elternteile – und möglicherweise weitere Personen – die bestmögliche Rechtsposition erhalten.

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Art. 6 II GG – nicht alle Väter sind Eltern i. S. d. Grundgesetzes

Art. 6 II GG ist die verfassungsrechtliche Grundlage für die Rechtsstellung der Eltern. Wenn Art. 6 II GG auf „die Eltern“ Bezug nimmt, darf der Begriff nicht ohne weiteres in völliger Parallelität zu den Regeln des BGB interpretiert werden. Die Elternstellung i. S. d. Art. 6 II GG innezuhaben, kann vielmehr auf das BGB ausstrahlen und ist daher auch im Rahmen der hier vorzunehmenden privatrechtlichen Überlegungen wichtig.

Faktisch sind die Unterschiede zwischen dem privatrechtlichen und dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Elternstellung allerdings eher klein. Eine etwas großzügigere Betrachtungsweise erfolgt im Verfassungsrecht insbesondere für den (nur) biologischen Vater. Das BVerfG sieht von Art. 6 II GG, wengleich in eingeschränktem Maße, auch den biologischen Vater erfasst.⁴ Der EGMR vertritt für Art. 8 EMRK ebenfalls einen solchen erweiterten Begriff der Vaterschaft.⁵

Dagegen erkennt das BVerfG (nur) soziale Väter nicht als „Eltern“ i. S. d. Art. 6 II GG an. Dennoch stehen diese ver-

⁴ BVerfGE 108, 82; BVerf FamRZ 2008, 2257; BVerfG FamRZ 2010, 1621.

⁵ EGMR FamRZ 2011, 269.

fassungsrechtlich nicht schutzlos. Hier ist vielmehr auch Art. 6 I GG zu berücksichtigen, der die Familie schützt, und damit die gelebte Familie meint. Somit erreicht das BVerfG im Ergebnis dennoch, dass auch soziale Eltern einen gewissen Schutz ihrer Rolle erhalten.

Wenn der biologische Vater zumindest im Grundsatz als Elternteil i. S. d. Grundgesetzes anerkannt wird, kann es zur Konkurrenz mehrerer Väter kommen. In diesem Fall stuft das BVerfG ab und der biologische Vater tritt insbesondere dann zurück, wenn er nicht die soziale Vaterstellung ausübt.⁶ Bisher hat das BVerfG – soweit es überhaupt über den Rahmen des Status hinausgeblickt hat – stets eher die soziale und statusrechtliche als die (nur) biologische Beziehung geschützt.⁷

2. Art. 3 GG – Vater ist nicht gleich Mutter

Wenn man über die Rechtsstellung von Vätern nachdenkt, dann muss man immer auch die Rechtsstellung von Müttern mitbedenken und es scheint zunächst ein Gleichbehandlungsproblem vorzuliegen. Allerdings bedeutet Art. 3 I GG nicht, dass Vater und Mutter in jeder Hinsicht die gleiche Rechtsstellung haben müssten, denn die biologischen Unterschiede sind erheblich. Am deutlichsten wird das bei der Abstammung. Hier gilt bisher recht unumstritten die Regelung, dass Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Ein vergleichbarer Anknüpfungspunkt lässt sich für den Vater nicht finden.

Bei der Verteilung der Sorge zwischen den Eltern sind die biologischen Unterschiede aber schon weniger relevant. Ob man hier die biologische Nähe der Mutter zum Kind für so entscheidend hält, dass sie einen Ausschluss des Vaters von der gemeinsamen Sorge zu rechtfertigen vermag, ist zumindest diskussionswürdig.

III. Die väterliche Abstammung

1. Rechtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1–3 BGB

Im Folgenden soll es zunächst um die grundlegende Frage gehen, wie der rechtliche Vater eines Kindes im Privatrecht bestimmt wird.

Rechtlicher Vater eines Kindes wird ein Mann zunächst nur dann von Gesetzes wegen, wenn seine Ehefrau ein Kind bekommt (§ 1592 Nr. 1 BGB). Wenn ein Kind dagegen außerhalb der Ehe des Mannes geboren wird, dann bedarf es weiterer Schritte.

⁶ BVerfG FamRZ 2006, 1661 „Art. 6 Abs. 2 GG ist nicht verletzt, weil der Beschwerdeführer nicht Träger des mit dieser Grundrechtsnorm geschützten Elternrechts ist. Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG ist danach, wer zugleich die Elternverantwortung trägt, unabhängig davon, ob sich die Elternschaft auf Abstammung oder auf Rechtszuweisung gründet.“

⁷ Insbesondere BVerfGE 108, 82 (100); dem folgend BVerfG FamRZ 2008, 2257.

Im Normalfall kann der biologische Vater das Kind als sein Kind anerkennen (§ 1592 Nr. 2 BGB). Das geschieht durch öffentlich zu beurkundende Erklärung, die üblicherweise beim Jugendamt oder beim Standesamt abgegeben wird. Die Anerkennung ist der absolute Regelfall, wenn der Vater des Kindes mit seiner Partnerin in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt. Für eine solche Anerkennung ist es aber gar nicht nötig, dass der Anerkennende wirklich der biologische Vater des Kindes ist. Ein Mann kann also auch ein von einem anderen Mann gezeugtes Kind anerkennen. Es ist unerheblich, ob ihm die fehlende biologische Abstammung bekannt ist. Solche Anerkennungen fremder Kinder sind vom Gesetz durchaus gewünscht. Sie erfolgen gar nicht selten, wenn die Mutter noch während der Schwangerschaft oder in den ersten Jahren nach der Geburt einen neuen Partner findet, der gern die Vaterrolle ganz einnehmen möchte.

Allerdings setzt eine Anerkennung immer voraus, dass die Mutter des Kindes einverstanden ist. Darin liegt zum einen ein wichtiges Regulativ, damit nicht ganz fremde Männer ungebeten ein Kind anerkennen. Es bedeutet aber zum anderen auch eine Hürde für den biologischen Vater, dessen rechtliche Vaterschaft die Mutter nicht gutheißt.

Er kann in diesen Fällen nur noch versuchen, den dritten Weg zu gehen, den das Gesetz für die Erreichung der Vaterstellung vorsieht. Er kann auf Feststellung seiner Vaterschaft klagen (§ 1592 Nr. 3 BGB). Diese Feststellungsklage steht nicht nur dem Vater zur Verfügung, sondern auch der Mutter. Denn noch immer besteht ihre wichtigste Funktion darin, den biologischen Vater als rechtlichen Vater feststellen zu lassen, der sich seiner Verantwortung entziehen möchte und daher das Kind nicht freiwillig anerkennt.

2. Rechtliche Vaterschaft durch Anfechtung nach §§ 1600 I Nr. 2 BGB, 281 FamFG

a) Grundlagen

Leider bewirken die vorstehend beschriebenen Regelungen nicht, dass ein biologischer Vater immer auch rechtlicher Vater eines Kindes werden kann.⁸ Sowohl die Anerkennung als auch die Feststellung der Vaterschaft scheiden nämlich aus, wenn das Kind bereits einen anderen Mann zum rechtlichen Vater hat. Und das ist gar nicht so selten. Der typischste Fall ist dann gegeben, wenn das Kind aus einem Seitensprung stammt. Die Mutter ist also verheiratet, aber nicht ihr Ehemann, sondern ihr Liebhaber hat das Kind gezeugt.

Der biologische Vater muss dann einen anderen, komplizierteren Weg gehen. Es gilt, zunächst die Vaterstellung des Ehemanns zu beseitigen, um dann doch noch in die Vaterstellung eintreten zu können. Das geschieht auf dem Wege der Vaterschaftsanfechtung. Eine biologisch falsche rechtliche Vaterstellung ist nämlich gerichtlich anfechtbar (§ 1600 BGB). Unter bestimmten Umständen kann der biologische Vater daher folgendermaßen vorgehen: Er ficht zunächst die Vaterschaft des falschen rechtlichen Vaters an, und wird dann (im gleichen Verfahren – § 183 I FamFG) selbst als rechtlicher Vater festgestellt.

Hier liegt nun ein erstes viel diskutiertes Problem. In welchen Fällen soll der biologische Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anfechten dürfen? Zunächst sieht man vielleicht keinen Grund dafür, überhaupt eine Beschränkung vorzusehen. Um die Komplexität der Situation zu verstehen, ist es hilfreich, sich vielleicht einmal eine mögliche Beispielfamilie bildlich vorstellen:

Die Mutter ist seit vielen Jahren verheiratet und liebt ihren Ehemann. Die beiden haben drei Kinder. Das mittlere Kind stammt allerdings nicht von dem Ehemann ab – denn in einer vorübergehenden Ehekrise hatte die Mutter eine kurze außereheliche Beziehung zu ihrem Schulfreund gehabt, aus der das Kind entstand. Der Ehemann weiß davon nichts. Der Schulfreund bemerkt aber bei einem zufälligen Treffen mit der Familie, dass das inzwischen fünfjährige Kind ihm selbst sehr ähnelt. Er gerät in große Begeisterung und möchte die rechtliche Vaterstellung einnehmen. Soll das Gesetz ihm das ermöglichen?

Der Widerstreit vieler Interessen wird hier offen erkennbar. Neben das eigene Interesse des Schulfreunds an der Vaterschaft treten Interessen des Kindes, die womöglich zwiespältig sind. Ist es wichtiger, dass seine heile Welt nicht unzerstört bleibt, oder wichtiger, dass es seine wahre Abstammung kennt und leben darf? Das Interesse der Mutter ist vermutlich gegen eine Störung durch ein Anfechtungsverfahren gerichtet – und auch ihr Ehemann dürfte meist eher die negativen Seiten des Anfechtungsverfahrens empfinden, als die positiven (die z. B. darin liegen könnten, dass er von seiner Unterhaltspflicht für das „Kuckuckskind“ befreit wird).

Das Gesetz enthält hierzu in § 1600 II BGB eine Regelung, die versucht, einen Mittelweg zu finden. Sie ist deutlich auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2003 gestützt, in welcher dieses immerhin gewisse Rechte des biologischen Vaters anerkannte. Es sprach aus, dass Art. 6 II 1 GG den biologischen Vater in seinem Interesse schütze, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Es schränkte dies aber sogleich ein. Das BVerfG meint nämlich, es reiche aus, wenn er in den Fällen die rechtliche Vaterposition erlangen könne, in welchen dem „der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind

⁸ Zu allem näher Helms, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1 ff.

und seinen rechtlichen Eltern“ nicht entgegenstehe.⁹ Dementsprechend darf auch nach dem Gesetz der biologische Vater des Kindes die Vaterschaft des „falschen“ rechtlichen Vaters nur dann anfechten, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine „sozial-familiäre“ Beziehung besteht. Was damit gemeint ist, bestimmt § 1600 IV BGB noch näher.

b) § 1600 IV BGB – die Anforderungen an die sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind

Nach § 1600 IV 1 BGB soll es darauf ankommen, ob der rechtliche Vater für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt. Das sei in der Regel anzunehmen, wenn der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet sei oder mit dem Kind „längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt“ habe. Damit verbleibt noch viel Spielraum für die Rechtsprechung. Verschiedene Gerichte haben angedeutet, dass sie bereit sind, die Norm einschränkend zu verstehen. So meinte das OLG Hamburg, vielleicht müsse § 1600 II BGB übergangen werden, wenn das Kind zu seinem biologischen Vater ebenfalls eine sozial-familiäre Beziehung pflege (oder gepflegt habe), welche in der Qualität nicht hinter der Beziehung zum rechtlichen Vater zurückbleibe.¹⁰ In dem Fall kam es letztlich darauf aber nicht an, weil die Qualität der Beziehung zum rechtlichen Vater enger war. Spinnt man den Gedanken dennoch weiter, so muss man erkennen, dass es sich bei den Erwägungen des Gerichts methodisch allerdings um eine teleologische Reduktion der Norm handeln würde. Es müssten also die Anforderungen an eine Analogie erfüllt sein: Der Fall müsste ungewollt ungeregt geblieben sein, und die Reduktion müsste dem Sinn und Zweck der Norm entsprechen. Das wird sich schwerlich bejahen lassen – es sind eher allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, die für die Idee des OLG Hamburg sprechen.

Das KG konstruierte eine Einschränkung der Norm auf andere Weise. Es meinte, wenn die Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind erst in höherem Alter des Kindes (im Fall zwei Jahre) begonnen habe, so müsse sie eine gewisse Dauer aufweisen, um unter § 1600 II und IV BGB subsumiert werden zu können. Im konkreten Fall meinte es, zwei Jahre seien zu verlangen. Denn zur sozial-familiären Beziehung gehöre auch die Haltung des rechtlichen Vaters zum Kind. Brauche dieser mehrere Jahre, um in seine Rolle einzutreten, liege eine potentiell instabile Vater-Kind-Beziehung vor, deren vorrangiger Schutz mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sei.¹¹

Insgesamt spricht Einiges dafür, die Norm ihrem Zweck (Schutz der sozialen Familie) entsprechend variabel auszulegen. Wenn eine Störung der sozialen Familie nicht

zu befürchten wäre, könnte man dann die Anfechtung durch den biologischen Vater zulassen. Jedoch muss man sich klarmachen, dass der Gesetzgeber dies anders meinte. Der rechtliche Vater, der die rechtliche Vaterschaft auch gern behalten will (sonst kann er selbst anfechten), ist immer dann vorrangig geschützt, wenn er nur – überhaupt – die soziale Vaterrolle ausübt. Diese Linie haben bisher der EGMR und das BVerfG bestätigt, wenn sie auch betonen, dass der Gesetzgeber Spielraum habe.¹²

c) Fristen und verfahrensrechtliche Anforderungen

Eine weitere Belastung bedeutet es für den biologischen Vater, dass die Anfechtung der Vaterschaft immer nur binnen zwei Jahren nach Kenntnis der Fehlerhaftigkeit möglich ist. Weiß ein Mann also beispielsweise ab der Geburt, dass er biologischer Vater des Kindes ist, so verliert er die Anfechtungsmöglichkeit mit dessen zweiten Geburtstag. Trennen sich die Mutter und der rechtliche Vater des Kindes also nach diesem Tag, so kann der biologische Vater nicht mehr die Vaterschaft anfechten, und zwar selbst dann nicht, wenn der Kontakt zum rechtlichen Vater ganz abbricht. Das ist dann nicht so schlimm, wenn der rechtliche Vater nach der Trennung von der Mutter die Vaterschaft seinerseits anfechtet. Das wird er häufig tun wollen. Allerdings gilt für ihn ebenfalls die Zweijahresfrist, so dass auch er nicht mehr anfechten kann, wenn er die Falschheit der Vaterschaft bereits seit zwei Jahren kannte.

Auf der anderen Seite ist die Anfechtung *erst* dann möglich, wenn der Antragsteller einen „Anfangsverdacht“ hat. Für die Zulässigkeit des Antrags muss er schlüssig darlegen können, dass die bestehende rechtliche Vaterschaft nicht der biologischen Abstammung entspricht. Eine Anfechtung „ins Blaue hinein“ scheidet also aus.¹³ Dieses Hindernis ist aber für den biologischen Vater seltener relevant, weil er ja darauf verweisen kann, dass er im Empfängniszeitraum eine sexuelle Beziehung zu der Mutter hatte. Es stellt eher für den rechtlichen Vater ein Problem dar, wenn dieser den nur vagen Verdacht hat, seine Frau könne fremdgegangen sein.

d) Bewertung

Die gegenwärtige Gesetzeslage muss differenziert gewürdigt werden. Es überzeugt, dass die Möglichkeit des biologischen Vaters, die Anfechtung durchzuführen, eingegrenzt wird. Für das Kind ist es wichtig, den sozialen Vater, der sich als zuverlässig erwiesen hat, nicht einfach zu verlieren. Auf der anderen Seite ist es kaum zu vertreten, den biologischen Vater rechtlich gänzlich von

⁹ Insbesondere BVerfGE 108, 82 (Leitsätze).

¹⁰ OLG Hamburg FamRZ 2013, 1824.

¹¹ KG FamRZ 2012, 1739.

¹² EGMR NJW 2013, 1937; EGMR FuR 2012, 473; BVerfG vom 04.12.2013, 1 BvR 1154/10.

¹³ Insbes. BGHZ 162, 1; die Notwendigkeit eines Anfangsverdacht wurde von der Rechtsprechung indirekt daraus abgeleitet, dass eine Frist ab Kenntnis gilt – Kenntnis (bzw. hinreichender Verdacht) sei also Voraussetzung der Anfechtung. Vgl. jetzt auch § 171 II FamFG, der auf dieses Erfordernis Bezug nimmt.

seinem Kind „abzuschneiden“. Man könnte jedoch zwei grundlegende Änderungen erwägen.

Zum einen wird derzeit viel überlegt, ob nicht der biologische Vater neben den rechtlichen Vater treten könnte.¹⁴ Dann hätte das Kind zwei Väter, die allerdings vielleicht eine unterschiedliche Rechtsposition innehaben müssten. Diese Frage ist zuletzt sehr relevant geworden, weil im Jahr 2013 erstmals Rechte für den biologischen Vater in das BGB aufgenommen worden. Im Grunde ist damit, wenn auch nicht bewusst, bereits ein Schritt auf dem Weg zu mehreren Vätern gegangen worden.¹⁵

Zum anderen ließe sich andenken, ob die Fristenregelung mit der starren Zwei-Jahres-Grenze nicht differenzierter gefasst werden könnte. Denn zwei Jahre können dann sehr kurz sein, wenn sich – z. B. im dritten Lebensjahr des Kindes – alle Betroffenen einig werden, dass der biologische Vater auch rechtlicher Vater werden sollte, der vormalige rechtliche Vater jedoch aus der Verantwortung ausscheiden sollte. Sie können aber auch recht lang sein, wenn z. B. der rechtliche Vater eines zwölfjährigen Kindes plötzlich erfährt, dass er nicht der biologische Vater ist, und nun – womöglich mit Wissen des Kindes und unter ständigen familiären Auseinandersetzungen – zwei Jahre lang überlegen kann, ob er die Vaterstellung behalten möchte oder nicht.

3. Gestaltungsmöglichkeiten für Mütter

Ein ganz anderes Problem des Abstammungsrechts ergibt sich daraus, dass der Mutter erhebliche Einflussmöglichkeiten gegeben sind. Das ist teilweise sehr vernünftig, teilweise kann aber eher ein besonderer Schwachpunkt darin gesehen werden. So bietet es Müttern etwa auch die Möglichkeit, dem biologischen Vater die Vaterstellung zu verwehren, ohne dass es notwendig einen verlässlichen sozialen Vater gibt.¹⁶

Das erste wesentliche Mitbestimmungsrecht der Mutter wurde bereits angesprochen: Der neue Partner der Mutter kann die Vaterschaft anerkennen. Dann hat das Kind einen rechtlichen Vater, und nur noch unter den soeben vorgestellten hohen Anforderungen des § 1600 I Nr. 2, II BGB ist die Anfechtung und damit die „Verdrängung“ dieses von der Mutter bevorzugten Vaters möglich. Das ist eine gewollte Zuweisung von Verantwortung an die Mutter, die wie gezeigt nicht unbedingt negativ zu beurteilen ist, weil sie der Herstellung einer sozialen Familie

dienen kann. Dennoch stammt die Norm aus einer Zeit, als der Gesetzgeber den verantwortungswilligen biologischen Vater noch nicht im Blick hatte. Man kann aus heutiger Sicht Zweifel daran haben, ob nicht der biologische Vater eine Art Vetorecht haben müsste, für den Fall, dass er selbst die rechtliche und soziale Vaterrolle einnehmen möchte.

Noch komplizierter ist die Situation, wenn die Mutter in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebt, und ihre Partnerin zur Co-Mutter machen möchte. Eine solche Co-Mutterschaft lässt sich nur durch Adoption erreichen. Es fragt sich also, ob der biologische Vater dann trotzdem noch die Vaterstellung erhalten kann bzw. ob er die Adoption verhindern kann.

Zunächst ist es unstrittig, dass ein Mann nicht die Vaterschaft für ein Kind anerkennen oder feststellen lassen kann, welches bereits zwei Mütter hat. Ausdrücklich ist das zwar nirgends geschrieben, aber der Grundsatz, dass ein Kind nur zwei Elternteile haben kann, wird als ungeschriebener Rechtsgrundsatz angesehen.¹⁷ Hat die Adoption einmal stattgefunden, so ist der biologische Vater also, vorbehaltlich der engen Aufhebungsvorschrift in § 1760 BGB, von der Vaterschaft endgültig ausgeschlossen.

Insbesondere nützt das Anfechtungsrecht aus § 1600 I Nr. 2 BGB ihm hier nichts. Zum einen gibt es Mutterchaftsanfechtung ohnehin nicht. Aber selbst wenn der Adoptierende ein Mann wäre (was ebenfalls nicht selten vorkommt), oder man § 1600 I Nr. 2 BGB analog anwenden wollte, könnte die durch Adoption begründete Elternstellung nicht angefochten werden. Das ergibt sich aus verschiedenen Zusammenhängen. Zum einen gibt es für die Auflösung einer Adoption speziellere Normen, die anderen Normen verdrängen (§§ 1759 ff. BGB). Zum anderen folgt es aus § 1599 BGB. Die Anfechtung bewirkt nämlich nur, dass die §§ 1592, 1593 BGB nicht gelten. Sie kann also nur dann eine Wirkung haben, wenn ein Kind auf dem Weg über diese Normen einen Vater bekommen hat.

Der Vater muss also früher handeln, und darf keinesfalls warten, bis die Adoption erfolgt ist. Aber wie? Nach § 1747 I 1 BGB ist für die Adoption die Einwilligung des Vaters erforderlich. Nach § 1747 I 2 BGB ist dabei, sofern das Kind keinen rechtlichen Vater hat, derjenige als Vater anzusehen, der die Vaterschaft glaubhaft macht (Vaterschaftsprätendent). Der biologische Vater kann also durch Verweigerung der Einwilligung die Adoption verhindern.

Wenn die Mutter die Identität des Vaters im Adoptionsverfahren geheim hält, bzw. wenn sie behauptet, den Na-

¹⁴ Näher Heiderhoff, Kann ein Kind mehrere Väter haben?, FamRZ 2008, 1901 ff.; Coester-Waltjen, Steuerliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, 1693 (1699).

¹⁵ Kritisch Peschel-Gutzeit, Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, 2465; allgemein zu den Entwicklungen auch Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698 ff.).

¹⁶ Umfassend zu den „Wertungswidersprüchen“ des Abstammungsrechts Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698 ff.).

¹⁷ Andeutend BVerfG NJW 2013, 847 (849, Rn. 52); deutlicher BVerfGE 108, 82 (103).

men nicht zu kennen, so entfällt für den Vater allerdings meist auch diese Option, da er von dem Annahmeverfahren gar nichts erfährt. Dann kommt allenfalls die Aufhebung nach § 1760 V BGB in Betracht.

Die Mutter kann nun eine Art doppelten Trick anwenden. Sie lässt das Kind zunächst von einem Freund anerkennen, der dies aus reiner Gefälligkeit tut und bereit ist, später in die Adoption einzuwilligen. Sodann leitet sie die Adoption durch ihre Lebenspartnerin ein. Dem Familiengericht wird die Einwilligung des rechtlichen Vaters vorgelegt, so dass es die Adoption ohne weiteres ausspricht.

Der BGH hatte kürzlich über einen solchen Fall zu entscheiden. Jedoch war dort der betroffene biologische Vater zu allem Überfluss ein sogenannter Becherspender.¹⁸ Er hatte also seinen Samen in einem Gefäß der Mutter des Kindes zur Verfügung gestellt.

In dem Fall ging es letztlich darum, ob der betroffene biologische Vater die Adoption noch stoppen konnte, indem er seine Einwilligung verweigerte. Dazu müsste er Vaterschaftsprätendent i. S. d. § 1747 I 1 BGB gewesen sein. Die Einwilligung des biologischen Vaters als „Vaterschaftsprätendenten“ ist nach dem Wortlaut der Norm aber nur dann erforderlich, wenn es keinen anderen Vater gibt. Da hier ein anderer Vater vorhanden war, nämlich der Freund der Mutter, der dieser einen bloßen Gefallen tun wollte, konnte der biologische Vater also jedenfalls nur dann darauf hoffen, dass seine Einwilligung erforderlich sein würde, wenn er die Vaterschaft des anderen Mannes noch beseitigen und seine eigene Vaterschaft feststellen lassen konnte. Nur darüber, ob die Möglichkeit der Anfechtung hier bestand, musste der BGH entscheiden. Das Problem war dabei, dass es sich um einen Becherspender handelte. Hätte der biologische Vater der Mutter ganz gewöhnlich „beigewohnt“, so wäre die Anfechtung nach § 1600 I Nr. 2, II, IV BGB ohne weiteres möglich gewesen. Denn es bestand ja zwischen dem rechtlichen Vater, der der Mutter bloß einen „Freundschaftsdienst“ erwies, und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung.

Da der biologische Vater Samenspender war, war die Sache viel schwieriger. Schon der Wortlaut des § 1600 I Nr. 2 BGB ist so formuliert, dass nicht jeder biologische Vater die Vaterschaft anfechten kann, sondern eben nur derjenige, der „der Mutter beigewohnt“ hat. Allgemein wurde daraus bisher abgelesen, der Samenspender solle nicht anfechten können.¹⁹ Und § 1600 V BGB, der zwar nicht für den Samenspender selbst, sondern nur für die

Wunscheltern gilt, scheint der Anfechtung durch einen Samenspender auch eher entgegenzustehen.²⁰

Der BGH hat den Wortlaut des § 1600 I Nr. 2 BGB aber überzeugend ignoriert, und meinte, § 1600 V BGB sei die entscheidende Norm dafür, wann ein Samenspender von der Anfechtung ausgeschlossen sei. Nach der dort formulierten Regelung komme es darauf an, ob es sich um eine durch die Mutter, den Wunschvater und den Samenspender konsenterte heterologe Insemination handele.²¹ Denn nur dann könne aus dem Handeln des Samenspenders, der seinen Samen abgibt, ein konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterstellung und die Anfechtung geschlossen werden. Man könnte die Abgrenzung vielleicht auch anders ziehen, und sagen, dass jeder Samenspender ausgeschlossen ist, der seinen Samen anonym bei einer Samenbank abgibt. Denn damit erklärt er zum einen den „ernstlichen Verzicht“, den auch der BGH für relevant hält. Es ist dem Samenspender vermutlich gleichgültig, welche Absprachen zwischen den ihm unbekanntem Eltern des Kindes zustande gekommen. Zum anderen passt eine solche Auslegung gut zum Wortlaut der Norm: Mit dem Begriff „Samenspende“ wird üblicherweise die (meist kommerzielle) Spende bei einer Samenbank gemeint.²² Ganz allgemein ist allerdings zu bemerken: Wenn man – wie der BGH und auch die hier vertretene Variante von dessen Ansicht – bei den Rechten des Samenspenders dessen konkludent erklärten Willen bei der Abgabe des Samen für sehr wichtig hält, dann ist es nur ein kleiner Schritt, auch einen im Privaten erklärten Verzicht auf irgendwelche väterliche Rechte für relevant zu halten. Man käme dann sehr schnell zu einer Lösung, bei der der Mann im Moment der Hingabe von Samen darüber entscheiden könnte, ob er Vater werden will oder nicht. Das wäre sicherlich insgesamt ein wenig überzeugendes Modell. Es ist also wichtig, die anonyme Samenbank als Sonderfall zu behandeln.

Ein Abstellen auf die Willensäußerung des Spenders führt übrigens nicht dazu, dass dem Kind durch einseitige Erklärung ganz wesentliche Rechte genommen werden. Denn ausgeschlossen bleibt nur das Recht des Spenders, einen bereits vorhandenen, wenn auch biologisch „falschen“, rechtlichen Vater zu verdrängen. Die Feststellung der Vaterschaft des Spenders bleibt dagegen stets möglich und kann nicht ausgeschlossen werden.²³

¹⁸ BGHZ 197, 242; dazu *Wellenhofer*, Vaterschaftsanfechtung durch den Samenspender, JuS 2013, 1038.

¹⁹ So auch die Gesetzesbegründung, siehe nur BT-Drucks. 15/2253, S. 15, 20; *Brudermüller*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1600 Rn. 3; *Bamberger/Roth/Hahn*, 12. Aufl. 2012, § 1600 Rn. 3; *Wellenhofer*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1600 Rn. 7, die jeweils allgemein vom Ausschluss des „Samenspenders“ sprechen.

²⁰ BGHZ 197, 242.

²¹ Dazu *Remus/Liebscher*, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558 (2559), die in diesen Fällen von einer „Privatspende“ reden.

²² Wohl noch weiter *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 53 Rn. 15 (alle Samenspender als Beiwohnende).

²³ Nur *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825 (827).

4. Exkurs: Rechtspolitische Überlegungen zur gleichgeschlechtlichen Elternschaft

Was man an dieser Stelle nicht übersehen sollte, ist die derzeit bestehende radikale Unterscheidung von gleichgeschlechtlichen und heterosexuellen Paarbeziehungen im Abstammungsrecht.²⁴

Wenn ein Ehepaar einen Becherspender bittet, dann ist der Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB Vater und der Becherspender hat hinterher meist keine Möglichkeit, rechtlicher Vater zu werden. Wenn zwei Lebenspartnerinnen einen Becherspender bitten, dann kann der Becherspender auch gegen den Willen der Mutter nach § 1592 Nr. 3 BGB Vater werden und die Lebenspartnerin hat meist keine Möglichkeit, Mutter zu werden.

Natürlich kann man leicht Gründe für diese Ungleichbehandlung finden. So beruht die im Fall des Ehepaars eingreifende pater-est-Regel auf einer Wahrscheinlichkeitsannahme. Der Ehemann ist häufig der biologische Vater des Kindes der Ehefrau – während man vergleichbares für die Lebenspartnerin nicht behaupten kann.²⁵ Daraus zu schließen, dass die Lebenspartnerin im Grunde nie, der Ehemann jedoch, wenn er dies möchte, immer Vater wird, ist aber noch ein weiter Sprung, der nicht unbedingt überzeugen kann.

Einige Rechtsordnungen versuchen derzeit mit Vorsicht, wenigstens bei lesbischen (Ehe-)Paaren die Partnerin der Mutter bereits mit der Geburt des Kindes zur rechtlichen Mutter des Kindes zu machen.²⁶ Minimalanforderung dafür sind aber entsprechende Erklärungen der Mutter, der Co-Mutter und des Samenspenders.

Für die verpartnerten Väter sind ähnliche Regelungen noch nicht vorgesehen. Ihnen bleibt bisher nur der Weg der Adoption.

5. Reformideen

Für das Kind ist es im Grunde eine wunderbare Situation, wenn gleich zwei Männer sich darum streiten, die Vaterposition innezuhaben. Und wenn zu zwei Müttern der biologische Vater als weiterer Elternteil hinzutreten will, ist das ebenfalls zunächst eine positive Angelegenheit. Das Gesetz ist aber bisher in keiner Weise offen dafür, drei Personen als Eltern vorzusehen. Sollte das geändert werden? Bevor man dies vorschnell bejaht, muss man sich die Folgen näher ansehen:

²⁴ Remus/Liebscher, NJW 2013, 2558 (2560) sehen hier sogar einen Verstoß gegen das Recht auf Gleichbehandlung gem. Art. 3 I GG und auf Nichtdiskriminierung gem. Art. 3 III GG.

²⁵ Einen Gleichheitsverstoß (vorsichtig) verneinend auch Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 (830); ebenso für die pater-est-Regel als solche BVerfG FamRZ 2010, 1621 (1622).

²⁶ So Dänemark, dazu Fötschl, Die neue Mitmutterchaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445; Spanien, dazu OLG Celle FamRZ 2011, 1518.

Zunächst üben die Eltern in der Regel gemeinsam die elterliche Sorge aus (näher sogleich IV.). Dazu ist es erforderlich, dass sie bereits sind, einvernehmlich zu entscheiden. Schon für zwei Elternteile ist das nicht immer leicht, vor allem, wenn sie nicht zusammenleben oder gar eine streitige Trennung hinter sich haben. Drei Elternteilen die elterliche Sorge zuzuweisen, wäre sicher nur in den Fällen möglich, in denen alle drei Beteiligten dies wünschen und gut kooperieren können. Man müsste also, wenn man mehr als zwei Elternteile zuließe, für die Sorge differenzierte Regelungen einführen.

Nicht ganz so problematisch ist das Umgangsrecht, also das Recht der Eltern, Kontakt zu dem Kind zu haben. Auch hier muss man aber bedenken, dass es für Kinder schon anstrengend sein kann, wenn sie zwischen zwei Elternteilen hin- und hergereicht werden. Drei Elternteile, die womöglich nicht in der Nähe voneinander wohnen, aber alle regelmäßigen Kontakt mit dem Kind wünschen, können da Leben eines Kindes erheblich belasten. Auch hier müsste daher eine vernünftige, das Kindeswohl berücksichtigende, maßvolle Regelung geschaffen werden.

Zentral ist auch die Frage von Unterhaltspflicht und Unterhaltsrecht. Das Kind hat einen Anspruch auf Unterhalt gegen seine Eltern (§ 1601 BGB). Natürlich wäre es zunächst gut, wenn es sich, anstelle an nur einen Vater, an zwei Väter deswegen wenden könnte. Aber in welchem Verhältnis sollen die Ansprüche zueinander stehen. Wer ist vorrangig verpflichtet? Der biologische Vater als „echter“ Erzeuger? Diese Fragen scheinen allenfalls dann simpel, wenn man sich nicht näher hineindenkt. Die beiden Väter können ja in sehr unterschiedlichen finanziellen Verhältnissen leben. Vielleicht hat der biologische Vater kein Geld, der soziale Vater dagegen ist reich. Auch diese Probleme sind aber sicher nicht unlösbar. Für das Kind belastend können seine Unterhaltspflichten sein. § 1601 BGB begründet nämlich auch eine Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber seinen Eltern. Auch hierfür ließen sich aber gewiss Regelungen finden, die eine Überbelastung des Kindes ausschließen würden.

Beim Erbrecht würden sich ebenfalls Veränderungen ergeben. Hier stellt sich vor allem die Frage, wer von dem Kind erbt, falls es vor seinen Elternteilen stirbt. Fragen könnte man aber auch Folgendes: Wenn in einer Familie drei Kinder leben, und davon ein Kind zwei Väter hat, soll dann das Kind mit dem zweiten Vater im Fall des Todes des ersten Vaters trotzdem erbrechtlich seinen Geschwistern vollständig gleich gestellt sein?

Letztlich lassen sich für die zukünftige Rechtsentwicklung viele Lösungen diskutieren. Es erscheint aber vieles dafür zu sprechen, sich von dem Grundsatz zu lösen, dass es höchstens zwei Eltern geben darf. Er spiegelt nicht mehr die Realität vieler Kinder wieder, die in ihrer

eigenen Vorstellung längst zwei Papas oder Mamas haben. In Kalifornien wurde, nach kontroverser Diskussion, gerade im Herbst 2013 die Regelung eingeführt, dass das Gericht drei Eltern bestimmen darf. Eine Sorge- und Umgangsregel, die dem Wohl des Kindes entspricht, muss immer zugleich getroffen werden.²⁷

IV. Rechtsstellung des mit der Mutter nicht verheirateten rechtlichen Vaters

Wenn der Vater mit der Mutter nicht verheiratet ist, können sich weitere rechtliche Schwierigkeiten für ihn ergeben. Insbesondere hat er die elterliche Sorge für das Kind nicht automatisch inne. Das bedeutet, dass die Mutter allein über alle wichtigen Fragen entscheiden darf. Sie bestimmt unter anderem, wie das Kind heißt, wo es lebt, welche Religion es hat, welche medizinische Versorgung es erhält, welche Schule es besucht, sie vertritt das Kind rechtlich und sie verwaltet sein Vermögen. Dem Vater, der nicht die elterliche Sorge hat, steht nur ein Umgangsrecht (§ 1684 BGB) zu. Das bedeutet, dass er einen Anspruch darauf hat, das Kind regelmäßig zu sehen.

Nach § 1626a BGB erwirbt der Vater, der mit der Mutter bei der Geburt des Kindes nicht verheiratet ist, das Sorgerecht erst bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen.

1. Rechtslage bis 2010 – Sorgeerklärungen oder Eheschließung

Der Vater kann zum einen nach § 1626a I Nr. 1 BGB mit der Mutter gemeinsam Sorgeerklärungen abgeben. Diese Erklärungen sind darauf gerichtet, dass die Eltern die Sorge gemeinsam ausüben wollen. Er kann alternativ die Mutter heiraten (§ 1626a I Nr. 2). Letzteres passt nur für bestimmte Paare, und sei im Folgenden außer Acht gelassen.

Die Abgabe von Sorgeerklärungen ist im Grunde einfach und günstig, aber die Durchführbarkeit hängt ganz davon ab, dass auch die Mutter zur Abgabe einer Sorgeerklärung bereit ist. Die Sorgeerklärung wurde 1998 eingeführt und sehr bald kam es zu einer Richtervorlage und zu einer Verfassungsbeschwerde, weil viele Väter auch nach Einführung der Norm keine Möglichkeit hatten, die elterliche Sorge zu erreichen. Das BVerfG entschied in einer berühmten Entscheidung aus dem Jahr 2003, dass das „Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen.“²⁸ Es führte aber aus, dass die Regelung dann nicht Bestand haben könne,

wenn sich zeige, dass die Mütter den Vätern die Sorge grundlos verweigerten. In der Tat zeigte sich bald, dass nur etwa 50% der Mütter diesen Weg der Sorgeerklärung gingen.²⁹ Nun muss man bedenken, dass bei dieser Zahl nicht etwa alle Fälle berücksichtigt wurden, sondern im Gegenteil nur die Fälle, in denen der Vater für einen längeren Zeitraum mit Mutter und Kind zusammenlebte.³⁰ Somit stand fest, dass Mütter oftmals nicht bereit waren, die Sorge mit dem Vater zu teilen, selbst wenn sie keine konkreten Gründe dafür nennen konnten.³¹

Das BVerfG erklärte die Norm daher konsequenterweise im Jahr 2010 für verfassungswidrig.³²

2. Rechtslage seit 2010 – gemeinsame Sorge durch gerichtliche Entscheidung

Seit der Entscheidung konnten Väter, welche die Sorge mit der Mutter gemeinsam ausüben wollten, einen gerichtlichen Antrag auf Erteilung der gemeinsamen Sorge stellen. Erst 2013 trat dann die gesetzliche Neuregelung in Kraft, die ein Verfahren für diese Fälle vorsieht (§ 1626 a I Nr. 3, II BGB). Die Regelung ist sicherlich ein Schritt zu mehr Rechten für den Vater, aber man muss sie kritisch sehen.³³ Denn es ist eine völlig paradoxe Situation, dass der Vater, wenn er *gemeinsam* mit der Mutter die Sorge für das Kind ausüben will, zunächst gegen diese ein Gerichtsverfahren anstrengen muss. Ein besonders entschlossener Vater wird das Verfahren sicherlich gleich durchführen wollen, wenn das Kind neugeboren ist. Dann wird das Verfahren eine besonders große Belastung für die Mutter darstellen. Der Konflikt kann leicht so heftig werden, dass an eine gemeinsame Sorge gar nicht mehr zu denken ist. Man kann sich umgekehrt aber auch vorstellen, dass viele Väter davor zurückschrecken werden, die Mutter solchermaßen unter Druck zu setzen. Diese Väter erhalten dann aber ebenfalls nicht die gemeinsame Sorge, was für das Kind vielleicht besonders bedauerlich ist. Immerhin bleibt ein erheblicher positiver Effekt der Neuregelung: Allein dadurch, dass der Vater nun prinzipiell ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf die gemeinsame Sorge mit der Mutter hat, wird die Zahl der „freiwilligen“ Sorgeerklärungen enorm ansteigen.

Besser wäre es aber, die gemeinsame Sorge der Eltern von Gesetzes wegen vorzusehen. Man könnte etwa verlangen,

29 Bundesamt für Statistik, zitiert nach BVerfGE 127, 132 (140 f.).

30 Wie schwierig und unzuverlässig die Ermittlung der Zahlen war, wird näher erläutert in: *Jurczyk/Walper*, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern – Endbericht 11/2010, S. 50.

31 A. a. O.

32 BVerfGE 127, 132 = JZ 2010, 1004; auch EGMR FamRZ 2010, 103 (Zaunegger).

33 Heiderhoff, Gemeinsame Sorge unverheirateter Eltern – wird endlich alles gut?, JZ 2013, 82; Heilmann, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – Das Ende eines Irrwegs?, NJW 2013, 1473; positiver und mit näheren Ausführungen Huber/Antomo, Zum Inkrafttreten der Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2013, 665.

27 Abrufbar unter: http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274 (06.01.2014).

28 BVerfGE 107, 150 (Leitsatz 1).

dass der Vater einseitig eine Erklärung abgibt, dass er die Sorge mit übernehmen möchte.³⁴ So würde man uninteressierte Väter ausschließen, alle anderen aber in die Verantwortung einbinden. Dann wären zwar die Väter in einer sehr günstigen Position, weil sie, anders als Mütter, selbst entscheiden könnten, ob sie die Sorge für ein Kind übernehmen möchten oder nicht³⁵ – aber es wäre zugleich der auch für das Kind günstige Effekt erreicht, dass jeder interessierte Vater die Verantwortung für sein Kind erhalte.

V. Rechtsstellung des nur biologischen Vaters

Es wurde bereits wiederholt angesprochen, dass der nur biologische Vater sehr eingeschränkte Rechte hat. Aber seit dem 5. Juli 2013 hat sich die Rechtslage doch entscheidend geändert. Nach § 1686a BGB hat der nur biologische Vater nun ein Umgangs- und Auskunftsrecht.³⁶ Zwar ist dieses Recht sehr eng gefasst. Umgang darf er nur haben, wenn dies dem Kindeswohl *dient*. Auskunft erhält er immerhin, wenn es dem Kindeswohl *nicht widerspricht*.³⁷ Aber es wurde bereits angesprochen, dass darin eine Art Durchbruch liegen könnte. Das gilt zum einen, weil erstmals die Stellung als nur biologischer Vater als solche bereits eigene Rechte mit sich bringt.

Zum anderen muss nach § 167a II FamFG im Rahmen des gerichtlichen Streits über den Umgang des Mannes, der an Eides statt versichert, biologischer Vater zu sein, auch das Kind eine Genprobe abgeben, damit die Vaterschaft geklärt werden kann. Bisher hatte der biologische keine Möglichkeit, das zu erzwingen, solange es einen sozialen Vater gab (vgl. die Ausführungen zu § 1600 I Nr. 2 BGB).

VI. Besonderheiten beim Samenspender

Zum Abschluss sei noch kurz darauf hingewiesen, dass es auch bei den „echten“ Samenspendern zuletzt einige neue rechtliche Entwicklungen gab. So ist das Recht des Kindes, seine genetische Abstammung zu erfahren, vom OLG Hamm bejaht worden. Es meinte, dieses Recht könne im Rahmen einer Abwägung höher zu bewerten sein, als das Interesse des Samenspenders an seiner Anonymität.³⁸ Da das Kind danach die rechtliche Vaterschaft anfechten und den biologischen Vater als rechtlichen Vater feststellen lassen kann, hat dies weitreichende Folgen.³⁹

³⁴ Näher Heiderhoff, JZ 2013, 82 ff.

³⁵ Coester, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, 1337 (1342f.) stellt darauf ab, dass das Elternrecht ein „Pflichtrecht“ ist und verweist dabei auf BVerfGE 24, 119 (144). Zudem wäre wegen des Kindeswohls und den tatsächlichen Gegebenheiten (Väter sind in der Regel sororgeeignet) eine grundsätzliche gemeinsame Sorge vorzugswürdig.

³⁶ Kritisch dazu Peschel-Gutzeit, NJW 2013, 2465 ff.

³⁷ Dazu ausführlich Hoffmann, FamRZ 2013, 1077 ff.

³⁸ OLG Hamm NJW 2013, 1167; dazu Kingreen, FamRZ 2013, 641.

³⁹ Näher dazu Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 ff. Für das Kind gelten

VII. Schluss

Zusammenfassend lässt sich beobachten, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des Familienrechts mit den gesellschaftlichen Entwicklungen nicht vollständig Schritt hält.⁴⁰ Wenn es doch einmal grundlegend reformiert werden sollte, stellen sich allerdings erhebliche Schwierigkeiten, so dass die Zurückhaltung des Gesetzgebers nicht ganz unverständlich ist.

Hier sei zum Schluss noch über die Einzelprobleme hinausgeblickt und eine ganz generelle Frage aufgegriffen: Welche Rechtsgrundsätze wären eigentlich am wichtigsten, wenn das Sorgerecht und das Abstammungsrecht neu gestaltet würden?

Im Sorgerecht sind dabei die Parameter einfacher, denn es ist allgemein anerkannt, dass das Kindeswohl an erster Stelle stehen muss, wozu die Nichtdiskriminierung von nichtehelichen Kindern ohne weiteres gehört. Nur soweit dies gewahrt ist, treten andere Ziele, wie eben die Verwirklichung der Rechte der nichtehelichen Väter hinzu.

Im Abstammungsrecht sind dagegen die Leitgedanken offen. Meist wird daran festgehalten, dass es eine gewisse Statussicherheit geben solle.⁴¹ Das Kind soll also Gewissheit darüber haben, wer sein Vater ist – und nach gewissen Fristen hat diese Vaterschaft auch Bestand. Aber wer den Status des Vaters erhalten soll, ist fraglich.

Soll *die Biologie* allein ausschlaggebend sein? Dann würde für Väter gewissermaßen das Gleiche gelten wie für Mütter (§ 1591 BGB), zumindest solange man an den Normalfall denkt, dass eine Frau ein aus ihrer eigenen Eizelle entstandenes Kind austrägt.⁴² Allerdings müsste, um die biologische Abstammung zu sichern, bei der Geburt des Kindes ein Abstammungstest durchgeführt werden, was schon recht technokratisch erscheint. Außerdem würde ein solches Abstellen auf die Biologie mit sich bringen, dass manche Kinder ganz ungeeignete und desinteressierte Väter erhielten, obwohl mit dem Ehemann oder Partner der Mutter vielleicht ein interessierter, verlässlicher Mann bereit stünde, die Vaterrolle auszuüben. Schließlich wäre das heute verbreitete, von vielen Paaren genutzte Konzept der konsentierten heterologen Insemination mit diesem Modell nicht vereinbar sein. Es müssten also Ausnahmen für diese Fälle vorgesehen werden. Dann aber fragt sich

bestimmte Ausnahmen von der Zwei-Jahres-Frist.

⁴⁰ Hart aber zutreffend Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1699), die meint, das Familienbild (des Gesetzes) entspreche „weder der Realität noch den Idealvorstellungen von Familie“.

⁴¹ So z. B. BGH FamRZ 2013, 944 (945).

⁴² Das Einsetzen fremder (unbefruchteter oder befruchteter) Eizellen ist in Deutschland nach § 1 EmbryonenschutzG verboten. Zur rechtlichen Behandlung von Eispende und Ersatzmutterchaft im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen Helms, in: Röthel/Löhnig/Helms, Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, 2010, S. 49 (64 ff.).

schon wieder, warum es in manchen Konstellationen auf den Willen den Eltern ankommen kann, in anderen, wie bei der oben erwähnten Becherspende, dagegen nicht.

Soll dann *Autonomie* der (Wunsch-)Eltern gelten? Uningeschränkte Autonomie ist natürlich vollkommen ausgeschlossen. Aber wie man wieder am Beispiel der Samenspende sehen kann, gibt es schon jetzt ein Element der Autonomie, dass sicherlich noch verstärkt werden könnte. Hinzu treten müssen neben der Sicherheit für das Kind, dass es in jedem Fall einen Vater erhalten soll, aber auch Gleichheitserwartungen.⁴³

⁴³ Dazu *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (2560f.).

Schließlich sollte wohl das *Kindeswohl* mehr Bedeutung für die Abstammung erhalten.⁴⁴ Auch hierbei stellen sich aber Probleme. Es kann nämlich nicht sein, dass der Staat die Möglichkeit bekommt, unter zwei oder mehr Anwärtern auf die Vaterstellung denjenigen auszusuchen, der konkret die besseren Perspektiven für das Kind bietet – etwa der wohlhabendere oder besser ausgebildete Mann. Vielmehr müssen die Überlegungen abstrakt bleiben.

⁴⁴ So auch *Coester*, FamRZ 2012, 1337 (1343); *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1699).

Anna-Sophie Klimke*

Klausur im Kreditsicherungsrecht: Bürgschaft und Schuldbeitritt

Die Klausur aus dem Bereich des Kreditsicherungsrechts behandelt klassische Probleme der Personalsicherheiten. Dazu gehören namentlich die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt sowie die Wirksamkeitsvoraussetzungen der entsprechenden Ansprüche und etwaige bestehende Einreden. Daneben werden auch Fragen des Allgemeinen Teils des BGB und des Besonderen Schuldrechts angesprochen.

Sachverhalt

Kaufmann K ist mit B sehr gut befreundet. B ist Alleingesellschafter-Geschäftsführer der C-GmbH. Im Mai 2010 bittet B den K darum, der C-GmbH für ein Investitionsvorhaben unbefristet ein tilgungsfreies Darlehen über 1 Mio. € zu gewähren. K ist aus Freundschaft hierzu bereit, möchte aber gerne Sicherheiten haben. Hierauf kommt er bei einem Abendessen in einem Restaurant zu sprechen, zu dem ihn B und dessen Ehefrau E anlässlich des Geburtstages des B am 10.5.2010 eingeladen hat. Sowohl B als auch E erklären, dass sie selbstverständlich für die Rückzahlung des Darlehensbetrages nebst marktüblicher Zinsen einstehen und der Aufforderung zur Rückzahlung unverzüglich nachkommen würden. Drauf hin überweist K 1 Mio. € auf das Konto der C-GmbH. Im

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2013/2014 in der Vorlesung „Sachenrecht II“ von Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill) an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

Juni 2013 hat es mit der Freundschaft zwischen K und B sein Ende, nachdem B herausgefunden hat, dass K ein Verhältnis mit E hat. E beendet daraufhin das Verhältnis mit K. Im Hinblick auf das zerstörte Vertrauensverhältnis verlangt K daraufhin von B und E, die mündliche erteilte Zusage schriftlich zu bestätigen. Diesem Verlangen kommt jedoch nur die E nach.

Anfang Oktober verlangt K die sofortige Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen von der C-GmbH. Diese befindet sich zur Zeit in einer wirtschaftlichen Schieflage und ist deshalb nicht zur Rückzahlung des Darlehens in der Lage. Da keine Besserung in naher Zukunft zu erwarten ist, entschließt sich K am 1.11.2013 dazu, sowohl B als auch E auf Zahlung in Höhe des rückständigen Betrages in Höhe von 1 Mio. € nebst marktüblicher Zinsen in Anspruch zu nehmen.

B und E wenden gegen ihre Inanspruchnahme ein, die mündlich getroffene Abrede sei unwirksam. K ist der Ansicht, dass dieser Umstand angesichts der Alleingesellschafter-Geschäftsführer-Stellung des B keine Rolle spiele. Jedenfalls sei durch die Auszahlung des Darlehens an die C-GmbH und die schriftliche Bestätigung der Zusage Heilung eingetreten. Im Übrigen sei die Berufung auf die fehlende Form treuwidrig. B und E könnten sich auch nicht auf die Einrede der Vorausklage berufen, da die Zusicherung nicht als Bürgschaft, sondern als Schuldbeitritt zu qualifizieren sei. Zudem hätten B und E die sofortige Rückzahlung im Falle der Aufforderung zur Zahlung versprochen, so dass selbst unter Zugrun-

delegierung deren Rechtsauffassung von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft auszugehen sei. Hiergegen wenden B und E wiederum ein, dass das Versprechen sofortiger Rückzahlung rechtlich bedeutungslos sei, da es nur mündlich gegeben worden ist. Hilfsweise berufen sich B und E auf die fehlende Fälligkeit des Anspruchs des K.

Bitte prüfen Sie insbesondere unter Berücksichtigung des gegenseitigen Vorbringens der Parteien die Ansprüche des K gegen B und E unter allen rechtlichen Gesichtspunkten.

Gutachten

A. Anspruch des K gegen B aus §§ 311 I; 488 I 2 BGB

K könnte einen Anspruch gegen B auf Rückzahlung des Darlehens i. H. v. 1 Mio. € nebst marktüblichen Zinsen aus §§ 311 I; 488 I 2 BGB haben.¹

I. Anspruch entstanden

1. Einigung über einen Schuldbeitritt

Dafür müssten sich K und B über einen Schuldbeitritt geeinigt haben. Mangels spezieller gesetzlicher Grundlage ergeben sich die gesetzlichen Anforderungen an einen Schuldbeitritt (zunächst) aus § 311 I BGB. Demnach müsste eine Einigung vorliegen. B erklärt am 10.05.2010 mündlich gegenüber K, dass er für die Rückzahlung des Darlehens an die C-GmbH nebst marktüblichen Zinsen eintreten will.

Ob es sich hierbei um eine Erklärung über einen Schuldbeitritt oder über eine Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) handelt, ist mittels Auslegung (§§ 133; 157 BGB) zu klären. Hierbei ist besonders auf das wirtschaftliche Interesse des Erklärenden abzustellen. Hat der Erklärende ein eigenes, unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung der zu sichernden Forderung, kann von einem Schuldbeitritt ausgegangen werden. Denn dann will der Erklärende in der Regel nicht nachrangig haften, sondern eine eigene Schuld begründen. Fehlt dieses Interesse, geht es dem Erklärenden eher darum, eine bestehende Forderung so zu sichern, dass er nur subsidiär haftet und es liegt eine Bürgschaft i. S. v. § 765 I BGB vor.

Hier ist B Alleingesellschafter-Geschäftsführer der C-GmbH, der das Darlehen gewährt werden soll. Als solcher kommt es dem B gerade darauf an, dass der C-GmbH das Darlehen gewährt wird. Aufgrund seiner Position hat B ein unmittelbares Interesse und in der Erklärung des B kann ein Schuldbeitritt gesehen werden.²

¹ Ebenso gut hätte selbstverständlich mit der Prüfung eines Anspruchs aus einer Bürgschaft begonnen werden können.

² Ein anderes Ergebnis ist bei entsprechender Argumentation wohl

2. Form der Erklärung

Fraglich ist, ob es für die Erklärung eines Schuldbeitritts einer Form bedarf.

a) § 766 BGB (analog)

Ein solches Formerfordernis könnte sich aus § 766 S. 1 BGB ergeben. Dieser gilt zunächst nur für die Bürgschaft. Fraglich ist, ob diese Norm dennoch auf den Schuldbeitritt anwendbar sein soll, da auch die Bürgschaft eine bestehende Forderung sichern will. Allerdings begründet die Bürgschaft keine eigene Schuld, sondern stellt nur eine Eventualhaftung für den Bürgen dar. Dieser will gerade erst nachrangig nach dem Hauptschuldner haften, wohingegen der Schuldbeitretende als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB) neben den Hauptschuldner tritt. Daher besteht hier eine andere Interessenlage, so dass der § 766 S. 1 BGB weder direkt noch analog auf den Schuldbeitritt anwendbar ist.

b) § 492 I 1 BGB (analog)

In Betracht kommt jedoch eine Anwendung des § 492 I 1 BGB, sofern der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des § 491 BGB eröffnet ist. Allerdings setzt der Verbraucherdarlehensvertrag voraus, dass das Darlehen als entgeltliche Leistung an einen Verbraucher ausgezahlt wird. Hier erhält B aber nicht das Darlehen von K ausgezahlt, sondern die C-GmbH. Mangels einer entgeltlichen Leistung scheidet eine direkte Anwendung des § 492 I 1 BGB aus.

Es könnte jedoch eine analoge Anwendung in Betracht kommen. Durch die §§ 491 ff. BGB soll der Verbraucher durch strenge Anforderungen an die Form geschützt werden. Tritt nun ein Verbraucher der Schuld aus einem Darlehensvertrag bei, so empfängt er keine Leistung, muss aber dennoch für die Rückzahlung eintreten. Es wäre unbillig, hier den Sicherungsgeber schlechter zu stellen als einen Verbraucher, der tatsächlich die Darlehensvaluta erhält. Folglich sind die §§ 491 ff. BGB (und damit auch § 492 I 1 BGB) auf den Schuldbeitritt (analog) anwendbar, sofern der sachliche und persönliche Anwendungsbereich gegeben sind.

Gemäß § 492 I 1 BGB analog muss also der Schuldbeitritt schriftlich erklärt werden. Dafür müsste zunächst der Anwendungsbereich des § 491 BGB eröffnet sein.

aa) Entgeltlicher Darlehensvertrag

Gemäß § 491 BGB analog muss Gegenstand der zu sichernden Forderung ein entgeltlicher Darlehensvertrag sein. Dieser ist in dem Vertrag zwischen K und der C-GmbH gegeben.

(noch) vertretbar. In diesem Fall müsste entsprechend ein Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag geprüft werden.

bb) Darlehensgeber = Unternehmer

Ferner müsste es sich bei dem Darlehensgeber um einen Unternehmer i. S. d. § 14 BGB handeln. Als Kaufmann (§ 1 HGB) ist K auch Unternehmer.

cc) Beitretender = Verbraucher

Weiter muss der Beitretende gemäß § 491 BGB analog ein Verbraucher i. S. d. § 13 BGB sein. Verbraucher ist, wer weder in seiner gewerblichen noch in seiner selbstständigen Tätigkeit ein Rechtsgeschäft abschließt. B ist Alleingesellschafter-Geschäftsführer der C-GmbH und handelt bei Abgabe seiner Willenserklärung nicht in einer selbstständigen oder gewerblichen Tätigkeit. B ist also Verbraucher i. S. d. § 13 BGB.

dd) Zwischenergebnis

Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB sind betroffen. Folglich müsste der Schuldbeitritt des B das Formerfordernis des § 492 I 1 BGB analog eingehalten haben.

c) Voraussetzungen des § 492 I 1 BGB

Gemäß § 492 I 1 BGB analog ist der Schuldbeitritt schriftlich zu vereinbaren. Hier hat B diesen aber nur mündlich erklärt. Auch hat er im Gegensatz zu E später keine schriftliche Bestätigung abgegeben.

d) Zwischenergebnis

Der Schuldbeitritt hat die Form des § 492 I 1 BGB analog nicht gewahrt und dieser ist gemäß § 494 I BGB analog nichtig.

e) Heilung gemäß § 494 II 1 BGB analog

Der Formmangel könnte jedoch gemäß § 494 II 1 BGB analog durch Auszahlung des Darlehens geheilt worden sein. Fraglich ist, ob diese Norm analog angewandt werden kann. Ein Formmangel soll bei einem Verbraucherdarlehen dann unerheblich sein, wenn der Verbraucher das Darlehen bereits erhalten hat und gebraucht. Bei dem Schuldbeitritt ist jedoch die Lage eine andere: Nicht der Beitretende bekommt einen Anspruch auf das Darlehen, sondern nur der ursprüngliche Schuldner. So wäre es hier wiederum unbillig, eine Heilung zu bejahen, obwohl der Beitretende selbst das Darlehen nicht erlangt hat. Folglich kann § 492 II BGB nicht analog auf den Schuldbeitritt angewendet werden.³

f) § 242 BGB

Ein Formerfordernis könnte jedoch ausnahmsweise dann entbehrlich sein, wenn es gemäß § 242 BGB treuwidrig wäre, an dem Formerfordernis festzuhalten. Hierfür könnte die Geschäftserfahrung des B als Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer sprechen. So ist es Sinn und Zweck der §§ 491 ff. BGB, grundsätzlich geschäftlich un-

erfahrenen Verbrauchern mittels Informationspflichten zu schützen. Dieses Schutzbedürfnis könnte bei einem erfahrenen Geschäftsmann entfallen. Jedoch kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass ein Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer über derartige Kenntnisse verfügt, die ein Formerfordernis als Warnfunktion entbehrlich machen würden. Deswegen verstößt es gemäß § 242 BGB nicht gegen Treu und Glauben, hier an den Anforderungen des § 492 I 1 BGB analog festzuhalten.⁴

3. Zwischenergebnis

Der Schuldbeitritt des B ist gemäß §§ 492 I 1; 494 I BGB analog unwirksam.

II. Ergebnis zu A.

K hat keinen Anspruch gegen B aus §§ 311 I; 488 I 2 BGB auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 1 Mio. € nebst marktüblicher Zinsen.⁵

B. Anspruch des K gegen E aus § 765 I BGB i. V. m. § 488 I 2 BGB

K könnte einen Anspruch gegen E aus § 765 I BGB i. V. m. § 488 I 2 BGB auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 1 Mio. € nebst marktüblicher Zinsen haben.

I. Anspruch entstanden

Dafür müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen K und B bestehen.

1. Einigung über die Bürgschaft

Gemäß § 765 I BGB müssten sich K und E darüber einig haben, dass E als Bürge subsidiär bezüglich einer bestimmten Forderung in Anspruch genommen werden kann. Genau wie der B hat E erklärt, dass sie für die Rückzahlung einstehen will. Auch hier ist diese Willenserklärung wieder über die allgemeinen Regeln der §§ 133; 157 BGB auszulegen.

Im Gegensatz zu dem B steht die E in keinem arbeitsrechtlichen Verhältnis zu der C-GmbH und profitiert also nicht unmittelbar von der Gewährung des Darlehens. Dass dessen Auszahlung vielleicht Auswirkungen auf finanziellen Verhältnisse ihres Mannes bzw. ihrer Familie haben könnte, stellt lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung der Gewährung des Darlehens dar. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der E ist folglich

⁴ An dieser Stelle hätte noch thematisiert werden können, ob die Tatsache, dass B von dem Schuldbeitritt bzw. von dem Darlehen an die C-GmbH persönlich profitierte, eine Berufung auf das Formerfordernis als treuwidrig erscheinen lassen könnte.

⁵ Sofern (wie hier) eine Einigung über einen Schuldbeitritt angenommen wurde, scheiden Ansprüche aus einer Bürgschaft denklogisch aus, so dass von einer entsprechenden Prüfung abgesehen werden kann.

³ A. A. bei entsprechender Begründung vertretbar.

nicht ersichtlich. Wie oben dargestellt ist aufgrund der subsidiären Haftung dann eine Bürgschaft anzunehmen.

2. Formerfordernis des § 766 S. 1 BGB

Damit die Bürgschaftserklärung auch gültig ist, müsste diese schriftlich abgegeben worden sein. Am 10.05.2010 erklärte E jedoch nur mündlich, dass sie für die Forderung einstehen wolle. Eine Heilung des Mangels durch Auszahlung des Darlehens ist gesetzlich bei einer Bürgschaft nicht vorgesehen. Eine formwirksame Erklärung kann jedoch in der schriftlichen Bestätigung vom Juni 2013 gesehen werden. Mangels gegenteiliger Angaben wurde hier der Schriftform des § 766 S. 1 BGB hinreichend Genüge getan. Eine formwirksame Bürgschaftserklärung liegt damit vor.⁶

3. Sittenwidrigkeit, § 138 I BGB

Gemäß § 138 I BGB ist eine Bürgschaft sittenwidrig, wenn der Bürge als Angehöriger des Hauptschuldners aus emotionaler Bindung die Bürgschaft eingegangen ist und diese Verpflichtung für ihn eine krasse finanzielle Überforderung darstellt. Eine krasse finanzielle Überforderung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Bürge voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die Zinsen aus dem pfändbaren Teil seines Darlehens zahlen zu können. Dies ist hier nicht gegeben. Die Bürgschaft ist nicht sittenwidrig gemäß § 138 I BGB.

4. Bestand der Hauptforderung

Gemäß § 767 I BGB muss die Hauptforderung bestehen. Die Hauptforderung ist hier in dem Anspruch des K gegen die C-GmbH aus § 488 I 2 BGB gegeben. Dieser Anspruch müsste auch fällig sein.⁷ Grundsätzlich richtet sich die Fälligkeit nach der Vereinbarung der Parteien. Jedoch haben sich K und die C-GmbH hier auf ein unbefristetes Darlehen geeinigt. Ist für die Rückzahlung des Darlehens keine Zeit bestimmt, so hängt die Fälligkeit gemäß § 488 III 1 BGB davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Folglich müsste eine Partei gekündigt haben.

a) Ordentliche Kündigung, § 488 III 2 BGB

Die Kündigung des Darlehens müsste als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben worden sein. Eine Kündigung kann in der Zahlungsaufforderung des K als Darlehensgeber Anfang Oktober 2013 gesehen werden. Die ordentliche Kündigungsfrist be-

⁶ Hier wäre die Vorschrift des § 141 I BGB („Heilung“ des Formmangels durch Bestätigung) zu diskutieren gewesen. Dabei wäre insbesondere der i. R. d. § 141 I BGB erforderliche Bestätigungswille zu thematisieren gewesen. Ein solcher kann bei lebensnaher Auslegung deswegen angenommen werden, weil K und E jedenfalls etwaige Zweifel an der Wirksamkeit des ursprünglichen Bürgschaftsvertrages beseitigen wollten (a. A. bei entsprechender Begründung vertretbar).

⁷ Systematisch richtig sind die Ausführungen zur Fälligkeit der Hauptforderung unter dem Gliederungspunkt „Anspruch durchsetzbar“ zu prüfen, da der Bürge dem Gläubiger die fehlende Fälligkeit der gesicherten Forderung über § 768 I 1 BGB entgegenhalten kann.

trägt drei Monate (§ 488 III 2 BGB). Jedoch nimmt K die E bereits am 11.11.2013, also einen Monat danach in Anspruch. Zu diesem Zeitpunkt war der Anspruch des K auf Rückzahlung des Darlehens infolge ordentlicher Kündigung also noch gar nicht fällig.

b) Außerordentliche Kündigung, § 490 I BGB

Der Darlehensgeber kann aber fristlos kündigen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, durch die die Rückzahlung des Darlehens gefährdet wird. Hier befindet sich die C-GmbH in einer wirtschaftlichen Schieflage und ist zur Rückzahlung des Darlehens nicht in der Lage. Auch ist eine Besserung der Bonität nicht zu erwarten. Damit ist eine Verschlechterung i. S. d. § 490 I BGB gegeben und K hat einen außerordentlichen Kündigungsgrund.⁸

c) Zwischenergebnis

Die Hauptforderung des K ist fällig.

5. Zwischenergebnis

Der Anspruch des K gegen E ist entstanden.⁹

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch dürfte auch nicht erloschen sein. In Betracht kommt hier ein Widerruf der E aus §§ 355 I 1; 312 I 1 Nr. 2 BGB. Unabhängig davon, ob die §§ 312 ff. BGB auf die Bürgschaft anwendbar sind, scheidet ein Widerruf aus, wenn keine „Haustürsituation“ i. S. d. § 312 BGB gegeben ist.

Da die E zu dem Abschluss der Bürgschaftserklärung nicht in ihrer Privatwohnung bestimmt worden ist, könnte es sich bei dem Restaurant-Besuch am 10.05.2010 um eine Freizeitveranstaltung i. S. d. § 312 I 1 Nr. 2 BGB handeln. Diese müsste von einem Unternehmer durchgeführt worden sein und den Verbraucher in die Lage versetzt haben, die der Überrumpelung an der Haustür gleichkommt. Hier waren die E, der B und der K allerdings aus privaten Gründen in einem Restaurant. Eine Zwangslage, die durch K inszeniert wurde und die E zu einem Abschluss des Bürgschaftsvertrages bringen sollte, bestand zu keiner Zeit. Folglich ist in den Verhandlungen am 10.05.2010 keine Haustürsituation i. S. d. § 312 I 1 Nr. 2 BGB gegeben und die E hat folglich auch kein Widerrufsrecht.

Der Anspruch des K gegen E ist folglich nicht erloschen.

⁸ Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die Sachverhaltsangaben zweifelhaft. Jedenfalls hätte i. R. d. § 490 I BGB thematisiert werden müssen, ob die Rückzahlung des Darlehens auch unter Verwertung der Sicherheiten gefährdet war.

⁹ Vgl. bereits oben: Systematisch ist die Fälligkeit der Hauptforderung keine Frage der Entstehung des Bürgschaftsanspruchs, sondern eine Frage der Durchsetzbarkeit.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch des K müsste ferner durchsetzbar sein.

1. Einrede der Vorausklage, § 771 S. 1 BGB

Der Anspruch des K könnte nicht durchsetzbar sein, wenn E wirksam die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 S. 1 BGB erhoben hat. Demnach muss der Gläubiger zunächst erfolglos die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner betrieben haben. Dies ist jedoch bisher unterblieben.

2. Ausschluss, § 773 I Nr. 1 BGB

Die Einrede der Vorausklage ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Bürge auf diese Einrede verzichtet hat, sich mithin selbstschuldnerisch gemäß § 773 I Nr. 1 BGB verbürgt hat. Fraglich ist, ob in der Aussage der E, der Aufforderung zur Rückzahlung unverzüglich nachzukommen, ein Verzicht i. S. d. § 773 I Nr. 1 BGB vorliegt.

Grundsätzlich will der Bürge durch seine Bürgschaftserklärung die Hauptforderung „nur“ sichern. So will er erst dann haften müssen, wenn der Hauptschuldner die Forderung nicht erfüllen kann. Durch die Zusage der unverzüglichen Zahlung nach Zahlungsaufforderung der E an K kann nicht gefolgert werden, dass sie die Rückzahlung in jedem Fall tätigen will, sondern nur nachrangig. So kann die Aussage auch dahingehend verstanden werden,

der Zahlungsaufforderung unverzüglich nachkommen zu wollen, wenn der Bürgschaftsfall eingetreten ist und die C-GmbH gar nicht mehr leisten kann, der Gläubiger mithin versucht hat, gegen den Hauptschuldner die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Folglich kann ein Verzicht i. S. v. § 773 I Nr. 1 BGB in der Erklärung der E, die später schriftlich bestätigt wurde, nicht gesehen werden.¹⁰

3. Zwischenergebnis

Die Einrede der Vorausklage besteht weiterhin und die E kann sich gemäß § 771 BGB auf diese berufen.¹¹

IV. Ergebnis zu B.

K hat einen Anspruch gegen E auf Rückzahlung des Darlehens i. H. v. 1 Mio. € nebst marktüblicher Zinsen aus § 765 I BGB i. V. m. § 488 I 2 BGB, dieser ist allerdings (noch) nicht durchsetzbar.

¹⁰ Ein anderes Ergebnis ist mit entsprechender Argumentation vertretbar. Bearbeiter, die in der Abrede einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage erblicken, müssen dann wiederum im Hinblick auf die auch insoweit erforderliche Schriftform prüfen, ob die Abrede auch von der späteren Bestätigung gedeckt ist.

¹¹ Sofern man einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verneint, hätte man noch einen Ausschluss dieser Einrede gemäß § 773 I Nr. 4 BGB ansprechen können.

Florian Brüggemann*

Examensklausur Strafrecht

Die Klausur behandelt Probleme der objektiven Zurechnung, des subjektiven Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit. Neben der Frage des Verhältnisses von Mord und Totschlag hatten die Kandidaten den unberechtigten Gebrauch einer EC-Karte zu problematisieren. Die Zusatzfrage betraf die Verwertbarkeit einer Beschuldigteneinlassung.

Sachverhalt

Die berühmte Kammerschauspielerin Hildegard von Bernstein (B) geht im Frühjahr 2009 mit ihrem Finanzberater Ferdinand Rott (R) eine heimliche Liebschaft ein. R, der sich von der Liaison vor allem finanzielle Vorteile erhofft, fertigt bei zahlreichen Treffen in der Villa der B am Starnberger See – von ihr unbemerkt – kompromittierende Nacktbilder an. Als er Anfang Mai 2009 dringend Geld benötigt, zeigt er B bei einem Treffen die von

ihm gefertigten Aufnahmen. Dabei kündigt er B an, er werde die Bilder der Boulevard-Presse zuspiesen, wenn sie ihm nicht 500.000 € gebe. B, die um ihren guten Ruf als Schauspielerin fürchtet, geht auf die Forderung des R ein. Sie verabreden, dass die Herausgabe der Bilder gegen die Übergabe des Geldes in drei Tagen am gleichen Ort, zur gleichen Zeit erfolgen soll. Sobald R die Villa verlassen hat, überlegt sich B, dass eine Zahlung der von R geforderten Summe doch nicht die beste Lösung des Problems ist. Da sie eigentlich nicht bereit ist, R Geld zu geben, und sie außerdem befürchtet, R werde die Bilder gar nicht herausgeben, sondern sie auch in Zukunft mit

* Stud.iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer originalen Examensklausur des Justizprüfungsamts bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg, die im Wintersemester 2013/2014 zur Probe im Rahmen des Hamburger Examenskurses von Prof. Dr. Rainer Keller gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet. Dieser Text ist nicht als amtliche Stellungnahme zu verstehen, sondern gibt allein die Bearbeitung des Autors wieder.

Geldforderungen unter Druck setzen, entschließt sie sich, ihn bei dem Treffen endgültig zu beseitigen. Sie bittet daher ihren treu ergebenen Diener und Chauffeur James (J), der seit Jahren für sie eine tiefe Zuneigung empfindet, unter dem Vorwand, sie sei zu einer Fuchsjagd eingeladen, ihr ein Jagdgewehr zu besorgen. J, der die Unterhaltung zwischen B und R belauscht hat und von ihrem Verhältnis weiß, geht jedoch davon aus, dass B das Gewehr zur Tötung des R benötigt, die er allerdings befürwortet. J ist nämlich auf R eifersüchtig. Er ist der festen Überzeugung, nur er habe ein Anrecht auf eine Liaison mit B und einzig R stehe seinem Glück im Wege. Außerdem ist er der Auffassung, R habe als Finanzberater aufgrund der Wirtschaftskrise jede Daseinsberechtigung verloren. J besorgt daher die Waffe und deponiert sie – wie mit B abgesprochen – im hauseigenen Tresor. Dabei nimmt er an, B werde den R in einer offenen Konfrontation erschießen und sich dann endlich ihm zuwenden.

Als R drei Tage später die Villa der B wie vereinbart aufsucht, wird er in den Salon geführt, wo er sofort unter Hinweis darauf, dass „sich die Presse über die Bilder freuen würde“, das Geld von B fordert. B vergewissert sich durch Nachfrage zunächst, dass R die kompromittierenden Bilder nicht vervielfältigt hat und diese bei sich führt, und bittet ihn dann, kurz zu warten, da sie das Geld noch aus dem Tresor holen müsse. Anstelle des Geldes holt B allerdings das Jagdgewehr und schießt unmittelbar nach Betreten des Salons von hinten gezielt auf den ahnungslosen R, der daraufhin blutend zusammenbricht. B transportiert den regungslosen R, den sie für tot hält, mit einer Schubkarre, die sie zuvor aus der Garage geholt hat, nach draußen und wirft ihn dort in den See, um alle Spuren zu verwischen. R, der zu diesem Zeitpunkt noch lebt, ertrinkt. Er wäre kurz darauf auch an der Schussverletzung gestorben. Am Abend fährt J, der den ganzen Tag auf einem Butlerseminar war, B mit ihrer Limousine zum Flughafen. Er tut dies, um B zu helfen, sich ins Ausland abzusetzen, damit sie beide nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Außerdem sieht er sich aufgrund seiner Anstellung als Chauffeur dazu verpflichtet. Am Flughafen angekommen gesteht er B seine tiefe Zuneigung und bittet sie, ihn mitzunehmen. B lacht ihn allerdings nur aus und besteigt das Flugzeug nach Südamerika allein. J geht enttäuscht zur Limousine zurück. Dort entdeckt er, dass B in der ganzen Hektik ihre EC-Karte auf der Rückbank vergessen hat. J nimmt die Karte erfreut an sich, um sie für seine eigenen Zwecke zu verwenden. Auf dem Rückweg zur Villa hält er vor dem Geldautomaten der Hausbank der B und hebt dort unter Eingabe der ihm bekannten PIN 1000,00 € ab. Mit diesem Geld möchte er in zwei Monaten, wenn Gras über die Sache gewachsen ist, ebenfalls nach Südamerika fliegen. Nach dem Halt bei der Bank fährt J die Limousine der B zu deren Villa, parkt sie in der Garage und legt die EC-Karte – wie von ihm von Anfang an beabsichtigt – wieder zurück auf die Rückbank des Wagens.

Kurz bevor J sich ebenfalls ins Ausland absetzen kann, wird die Leiche des R von zwei Anglern gefunden. Die Polizei befragt daraufhin alle Anwohner des Sees in der Nähe des Fundorts. Zu diesem Zweck sucht sie auch die Villa der B auf, wo sie jedoch nur J antrifft. Während des Gesprächs mit der Polizei verliert J die Fassung und legt ein umfassendes Geständnis ab, wobei er auch die Tatbeteiligung der B offenbart. Nachdem J im Anschluss an seine sofortigen Äußerungen von den Polizeibeamten ordnungsgemäß über seine Rechte als Beschuldigter belehrt worden ist, verweigert er ebenso wie in der späteren Vernehmung durch den Ermittlungsrichter, der ihn erneut ordnungsgemäß belehrt, die Aussage. Er bereut sein Geständnis und fragt sich, ob dieses in einer späteren Hauptverhandlung gegen ihn verwendet werden kann. Währenddessen ist B noch immer untergetaucht, so dass ein Gerichtsverfahren gegen sie bis auf Weiteres nicht durchgeführt werden kann.

Aufgabe

Bitte prüfen Sie gutachterlich, wie B und J sich strafbar gemacht haben. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Die §§ 201, 202a, 303a StGB sind nicht zu prüfen.

Erörtern Sie, ob und ggf. wie das Geständnis des J in einer späteren Hauptverhandlung verwertet werden kann.

Aufgabe I: Strafbarkeit der Beteiligten

Tatkomplex 1: Die Tötung des R

A. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit des B gemäß § 211 I StGB

B könnte sich wegen Mordes gemäß § 211 I StGB strafbar gemacht haben, indem sie mit dem Jagdgewehr auf R schoss.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dann müsste B unter Verwirklichung eines Mordmerkmals i. S. d. § 211 II StGB einen anderen Menschen getötet haben.

aa) Tatbestandlicher Erfolg

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mit dem Tod des R eingetreten.

bb) Objektive Zurechnung

Dieser müsste von B durch den Schuss mit dem Jagdgewehr auch kausal und objektiv zurechenbar veranlasst worden sein. Kausal ist eine Handlung, die nicht hin-

weggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfiel. Hätte B nicht auf R geschossen, wäre dieser nicht regungslos im See ertrunken. Kausalität besteht somit.

Der Tod des R ist B auch objektiv zurechenbar, wenn seitens B eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen wurde, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat. Durch den Schuss aus dem Jagdgewehr auf R sackte dieser blutend zusammen und lag im Folgenden regungslos am Boden, sodass er den weiteren Handlungen der B, insbesondere dem Transport in der Schubkarre und dem Werfen in den See, hilflos ausgesetzt war. Die hierdurch von B auch geschaffene Gefahr des Ertrinkens realisierte sich im Folgenden im tatbestandsmäßigen Erfolg, nämlich in dem Tod des R. Dieser war B somit objektiv zurechenbar. Dass R nach ihrer Vorstellung bereits infolge des Schusses verstorben ist, ändert im Rahmen der objektiven Zurechenbarkeit nichts.

cc) Objektive Mordmerkmale

B müsste sodann auch unter Verwirklichung eines (objektiven) Mordmerkmals i. S. d. § 211 II 2. Gruppe StGB gehandelt haben. In Betracht kommt Heimtücke. Heimtücke ist das bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist der Getötete, wenn er nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrlichkeit gerichteten, erheblichen Angriff rechnet. Wehrlos ist er dann, wenn er aufgrund seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit stark eingeschränkt ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass R auf den gezielten, von hinten erfolgenden Schuss der B mit dem Jagdgewehr nicht vorbereitet war und in seiner Abwehrbereitschaft daher beschränkt, mithin also wehrlos war. Ob dies allerdings auf Arglosigkeit beruhte erscheint zweifelhaft. Zwar war R ahnungslos hinsichtlich des Angriffs, sodass er dem Wortlaut der Definition nach als arglos gelten müsste; allerdings ist im Rahmen einer normativen Auslegung zu berücksichtigen, dass R seinerseits zuvor der B gedroht hatte, die kompromittierenden Bilder an die Presse zu reichen, sollte sie ihm nicht 500.000 € übergeben. Dem vermeintlich heimtückischen Schuss war also eine Drohung mit einem empfindlichen Übel vorausgegangen, welche die B als um ihren Ruf besorgte Kammerschauspielerin zu einer Vermögensverfügung zu Lasten ihres eigenen Vermögens bewegen sollte; sie war mithin einer Erpressung i. S. d. § 253 I StGB durch R ausgesetzt, die ihre Willensentschlussfreiheit beeinträchtigte und seitens R unmittelbar vor der verabredeten Übergabe des Geldes im Haus der B durch Hinweis auf die „interessierte Presse“ nochmals wiederholt wurde. Dem (Gegen-)Angriff der B durch den Schuss war somit ein Angriff seitens des R vorausgegangen, sodass dieser in der konkreten Situation seine Arglosigkeit verloren haben könnte, da er schlechterdings mit Schutz- oder Trutzwehr seitens B rechnen

musste, da die Rechtsordnung dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zuschreibt. Ob dabei konkret die Grenzen des Notwehrrechts eingehalten werden, ist für die Frage der Arglosigkeit unerheblich. Entscheidend ist allein, im Rahmen der Heimtücke einen Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht dahingehend vorzunehmen, dass der Angreifer infolge eines Angriffs mit Gegenwehr grundsätzlich rechnen muss und daher nicht arglos sein kann. Die Gegenwehr des Angegriffenen ist insofern nicht in demselben Maße tückisch, welches sonst den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet. Da B sich eines Angriffs auf ihre Willensfreiheit durch R ausgesetzt sah, konnte dieser nicht darauf vertrauen, dass B keine Schutz- oder Trutzwehr ausüben würde und war nach normativer Auslegung somit nicht arglos im Rahmen der Heimtücke i. S. d. § 211 II 2. Gruppe StGB. Weitere Mordmerkmale sind nicht ersichtlich.

b) Zwischenergebnis

Schon der (objektive) Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit der B gemäß § 211 I StGB scheidet daher aus.

II. Strafbarkeit des B gemäß § 212 I StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung aber wegen Totschlags gemäß § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des Totschlags ist erfüllt, da der insoweit inhaltsgleiche Tatbestand des Mordes nur am Vorliegen der Mordmerkmale scheiterte (s. o.).

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste auch vorsätzlich getötet haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. B wollte den R beseitigen um ihn an der Veröffentlichung der kompromittierenden Bilder zu hindern und um die 500.000 € nicht überreichen zu müssen. Sie handelte hinsichtlich des Todes des R somit vorsätzlich.

Fraglich erscheint aber, wie es sich auswirkt, dass B den R schon nach dem Schuss aus dem Jagdgewehr für tot hielt, dieser aber tatsächlich erst im See ertrank, mithin zu einer Zeit, als B diesen schon für tot hielt. Die letzte für den Tod des R kausal gewordene Handlung, nämlich das Werfen in den See, könnte bei zweiaktiger Betrachtungsweise daher vom Tötungsvorsatz nicht mitumfasst sein, sodass es an einem vorsätzlichen Totschlag fehlen könnte. Wie derlei Konstellationen zu behandeln sind, ist umstritten:

Zum einen ließen sich die zwei Akte als einheitliches Geschehen betrachten, sodass der Vorsatz beim Schuss

aus dem Jagdgewehr i.S.e. „dolus generalis“ auch für den zweiten Akt, also das Werfen der scheinbaren Leiche in den See, gelten würde. Trotz Fehlvorstellung des Täters wäre sodann eine vollendete Vorsatztat anzunehmen. Diese Sichtweise verstieße allerdings gegen das Simultaneitätsprinzip des § 16 I S. 1 StGB, wonach der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss und die beiden selbständigen Handlungsabschnitte nicht als eine Tat handlung zu behandeln sein können. Die Lehre vom dolus generalis ist deshalb von vornherein abzulehnen.

Dementsprechend ist zunächst mit der sog. Versuchslösung auch weiterhin von zwei Handlungsabschnitten auszugehen, sodass im Ergebnis hinsichtlich der vorsätzlichen Tötungshandlung aufgrund des konkret ausbleibenden Erfolgs nur eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht kommt und hinsichtlich des (tötungs-)vorsatzlosen Ent sorgens der Leiche nur eine Fahrlässigkeitstat.

Allerdings könnte die zweiaktige Betrachtungsweise nicht in jedem Fall gelten. Denn damit wäre im Ergebnis jede noch so kleine Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf geeignet, den Vorsatz entfallen zu lassen. Anstatt einer rein formalen Betrachtungsweise ist daher eine normative vorzugswürdig. Soweit sich demnach Abweichungen ergeben, die nur unwesentlich, d. h. innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussetzbaren sind, ist der Irrtum des Täters über den abweichenden Kausalverlauf unbeachtlich. Dies ist insbesondere der Fall, wenn bereits der Akt im ersten Handlungsabschnitt geeignet war, den Taterfolg – wenn auch in anderer Form – herbeizuführen. Hätte B den R nicht in regungslosem Zustand in den See geworfen, wäre dieser kurz darauf an den Schussverletzungen gestorben. Die Abweichung im Kausalverlauf ist im Ergebnis daher unwesentlich und somit unbeachtlich. Es erschiene im Übrigen auch befremdlich, den Täter zu privilegieren, der eine an sich zum Tod führende Handlung bereits vorgenommen hat, sich diese während der Spurenverwischung – hier: dem Versenken der vermeintlichen Leiche im See – aber noch nicht realisieren konnte. Dies wäre im Ergebnis eine Besserstellung des seine Taten verdeckenden Täters gegenüber demjenigen, der den Tatort nach tauglicher Tötungshandlung unverändert verlässt.

Der Irrtum der B über den Kausalverlauf ist somit unbeachtlich. Der subjektive Tatbestand des Totschlags ist damit erfüllt.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 212 I StGB ist damit auch insgesamt erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit

Der Totschlag müsste auch rechtswidrig sein. Die Rechtswidrigkeit wird zunächst durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert. Sie könnte jedoch durch Eingreifen von Rechtfertigungsgründen entfallen sein. In Betracht kommt insofern Notwehr gemäß § 32 I StGB.

a) Notwehrlage

Es müsste hierfür zunächst eine Notwehrlage vorliegen, d. h. ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff.

aa) Angriff

Angriff ist jede von einem Menschen ausgehende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Rechtsordnung geschützten Interesses des Täters. R hat durch die Drohung, die kompromittierenden Nacktbilder an die Presse zu schicken, wenn B ihm nicht 500.000 € überreiche, auf die Entscheidungsfreiheit der B und mittelbar auf ihr Vermögen eingewirkt. Ein Angriff liegt somit vor.

bb) Gegenwärtig

Sodann müsste der Angriff auch gegenwärtig sein. Ein Angriff ist von seinem Beginn bis zu seiner Beendigung gegenwärtig. Ein Angriff beginnt, wenn der Angreifer unmittelbar ansetzt, sodass schon eine Bedrohung des Rechtsguts eingetreten ist. R hatte durch erneuten Hinweis auf die interessierte Presse bei Betreten des Hauses der B hingewiesen und hierdurch unmittelbar zur Erpressungshandlung angesetzt. Der psychische Druck hielt dabei an und wirkte fortwährend auf B ein, sodass die Drohung auch nicht mit Aussprache sogleich wieder beendet wurde. Der psychische Druck auf B, etwas zum Nachteil ihres eigenen Vermögens zu tun, stellt daher eine Verletzung ihrer Entscheidungsfreiheit und mittelbar auch ihres Vermögens dar; beide Rechtspositionen sind durch § 253 I StGB geschützt. Ein gegenwärtiger Angriff lag somit ebenfalls vor.

cc) Rechtswidrig

An der Rechtswidrigkeit der Erpressung seitens des R bestehen keine Zweifel, da er die kompromittierenden Bilder heimlich, d. h. ohne Einwilligung der B erstellt hatte und somit schon das Drohmittel rechtswidrig war.

dd) Zwischenergebnis

Eine Notwehrlage bestand nach alledem.

b) Notwehrhandlung

Fraglich erscheint sodann, ob auch die konkrete Notwehrhandlung – hier: das Töten des R – vom Notwehrrecht erfasst war, § 32 I StGB. Dafür müsste B in der konkreten Situation ein Notwehrrecht zukommen und dieses müsste auch in erforderlicher und gebotener Weise ausgeübt worden sein.

aa) Ausschluss des Notwehrrechts

Ein Ausschluss des Notwehrrechts ist zunächst nicht ersichtlich. Insbesondere liegt kein Anwendungsfall der sog. Schweigegelderpressung vor, in welchen der Angreifer als Drohmittel eine Strafanzeige für vom Angegriffenen eigens begangene Taten als kompromittierende Enthüllungen in Aussicht stellt. In solchen Fällen billigt das Recht dem Angegriffenen grundsätzlich nicht zu, sich gegen die Aufdeckung mit Notwehr zur Wehr zu setzen. Vorliegend handelt es sich aber nur insoweit um einen der Schweigegelderpressung vergleichbaren Fall (auch sog. Chantage-Fälle), als R droht, mit bloßstellenden Nacktbildern den Ruf der B als Kammertheaterschauspielerin zu schädigen. Warum in einem solchen Fall der Chantage dem Angegriffenen bei Vorliegen der Notwehrlage kein Notwehrrecht zuzuerkennen sein soll, ist nicht ersichtlich.

bb) Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung müsste sodann auch erforderlich gewesen sein, d.h. es dürfte kein anderes milderes Mittel als die Tötung des R gegeben haben, welches in gleicher Weise geeignet gewesen wäre. B hätte sich anstelle des Tötens des R an staatliche Stellen wenden können, insbesondere also die Polizei verständigen. Dies gilt erst Recht, da sie durch Besitz des Jagdgewehrs in der Lage war, den R aufzuhalten und auf ein Eintreffen der Polizei zu warten. Da R die kompromittierenden Nacktbilder im Original bei sich hatte und insbesondere keine Kopien gefertigt hatte, wären die Bilder auch durch dieses Mittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht an die Öffentlichkeit gelangt. Dass ggfs. Polizeibeamte im Rahmen ihres Dienstes die Bilder hätten wahrnehmen können, ist unerheblich, denn sie unterliegen einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht (§§ 203 II, 353b StGB) und hätten erlangte Erkenntnisse unter keinen Umständen an die Presse weitergeben dürfen.

Mildere, gleichwohl gleichgeeignete Mittel zur Abwendung des Angriffs waren somit vorhanden, weshalb die Tötung des R nicht vom Notwehrrecht nach § 32 I StGB gedeckt war.

c) Zwischenergebnis

Die Tötung des R verbleibt somit rechtswidrig.

4. Schuld

Da Schuldaußschließungsgründe nicht ersichtlich sind, handelte B auch schuldhaft.

5. Ergebnis

B hat sich wegen Totschlags an R gemäß § 212 I StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des B gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB

Die durch dieselbe Handlung zugleich mitverwirklichte gefährliche Körperverletzung mittels einer Waffe und mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung tritt im Wege der Spezialität hinter die vollendete Tötung nach § 212 I StGB zurück. B ist damit nicht wegen §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB strafbar.

IV. Ergebnis

B hat sich im Ergebnis wegen Totschlags gemäß § 212 I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des J

I. Strafbarkeit des J gemäß §§ 211 I, 212 I, 27 I, 28 II StGB

J könnte sich wegen Beihilfe zum Mord gemäß §§ 211 I, 212 I, 27 I, 28 II StGB strafbar gemacht haben, indem er auf Bitten der B ein Jagdgewehr besorgte und es absprachgemäß im Tresor deponierte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dann müsste J zu einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Tat Hilfe geleistet haben.

aa) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat ist der von B begangene Totschlag gemäß § 212 I StGB.

bb) Hilfeleisten

Hilfeleisten bedeutet jede psychische oder physische Förderung der Haupttat. Durch das Deponieren des Jagdgewehrs im Tresor hat J der B die Ausführung des Totschlags erleichtert, da diese sich nicht mehr selbst eine Waffe besorgen musste. J hat somit i. S. d. § 27 I StGB Hilfe geleistet.

b) Subjektiver Tatbestand

J hat sowohl hinsichtlich des Hilfeleistens als auch hinsichtlich der Haupttat vorsätzlich gehandelt, da er die Tötung des R befürwortete. Er handelte daher mit dem erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz.

c) Tatbestandsverschiebung, § 28 II StGB

Fraglich erscheint, wie es sich auswirkt, dass B als Haupttat nur einen Totschlag begangen hat, bzw. selbst wenn man das Mordmerkmal der Heimtücke entgegen der hier vertretenen Auffassung bejahen wollte, J jedenfalls keinen Vorsatz hinsichtlich dieses Mordmerkmals hatte, da er davon ausging, dass B den R in offener Konfrontation erschießen würde, sodass ihm dieses jedenfalls nicht

zugerechnet werden könnte, auf der anderen Seite J aber selbst ein Mordmerkmal, namentlich das der niedrigen Beweggründe nach § 211 II 1. Gruppe, aufweisen könnte. Dementsprechend käme eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB in Betracht.

aa) Täterbezogenes Merkmal

J müsste dafür aber zunächst ein eigenes täterbezogenes Mordmerkmal, welche als besondere persönliche Mordmerkmale i. S. d. § 14 I StGB gelten, aufweisen, d. h. vorliegend aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Niedrige Beweggründe sind alle Tatantriebe, die nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und sittlich auf tiefster Stufe stehen. J hat B bei der Tötung des R Hilfe geleistet, um selbst eine Liebschaft mit B eingehen zu können und seinen Tatbeitrag somit aus Eifersucht begangen. Seine Überzeugung, nur er habe ein Anrecht auf eine Liaison mit B stellt dabei eine krasse Eigensucht dar und ist nach allgemeiner Anschauung zutiefst verachtenswert, da diese Auffassung vollends verkennt, dass freilich jeder selbst entscheiden kann, mit wem er eine Liebschaft einzugehen gedenkt. Darüber hinaus ist es ebenso verachtenswert, einem Menschen seine Daseinsberechtigung nur deshalb abzusprechen, weil er einer bestimmten Berufsgruppe angehört. Auch die Auffassung des J, R müsse sterben, weil er Finanzberater ist, steht deshalb sittlich auf tiefster Stufe. J handelte somit aus niedrigen Beweggründen.

bb) Rechtsfolge

Dies könnte zur Folge haben, dass J gemäß § 28 II StGB nicht wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar ist, sondern sogar wegen Beihilfe zum Mord, §§ 211 I, 27 I, 28 II StGB.

(1) Ansicht der Literatur

Betrachtet man die vorsätzliche Tötung eines Menschen nach § 212 StGB als Grundtatbestand des Mordes gemäß § 211 StGB, so kommt den Mordmerkmalen eine strafschärfende Wirkung zu. Täterbezogene Mordmerkmale wie der vorliegende niedrige Beweggrund des J werden gemäß § 28 II StGB individuell demjenigen Beteiligten zugerechnet, in dessen Person sie vorliegen. Dass der Täter kein persönliches Mordmerkmal aufweist, ist insofern ohne Bedeutung. J wäre nach dieser Betrachtungsweise daher wegen Beihilfe zum Mord zu bestrafen, §§ 211 I, 212 I, 27 I, 28 II StGB.

(2) Rechtsprechung

Geht man demgegenüber davon aus, dass Mord und Totschlag zwei selbständige Tatbestände bilden, so begründen die Mordmerkmale des § 211 die Strafbarkeit i. S. v. § 28 I StGB und § 28 II StGB wäre unanwendbar. Für die Strafbarkeit des Teilnehmers käme es dann zunächst darauf an, dass ein (täterbezogenes) Mordmerkmal vorliegt und er dieses kennt. Weist er selbst kein täterbezogenes

Mordmerkmal auf, so ist die Strafe lediglich zu mildern, § 28 I, 49 I StGB. Da B als Täterin kein Mordmerkmal aufweist, bzw. im Falle, dass die Heimtücke entgegen der hier vertretenen Auffassung bejaht werden sollte, kein Vorsatz des J hierauf besteht, wäre J vorliegend trotz des Vorliegens des niedrigen Beweggrundes in seiner Person nur wegen Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen, §§ 212 I, 27 I.

(3) Stellungnahme

Für die Einordnung als selbständige Tatbestände i. S. d. zweiten Auffassung spricht zunächst zwar die systematische Stellung des § 211 StGB vor § 212 StGB, was für eine Qualifikation unüblich wäre. Allerdings ist dies mit der herausgehobenen Stellung des Mordtatbestandes als größtes mögliches Unrecht und der damit einhergehenden lebenslangen Freiheitsstrafe zu erklären. Gegen die Einordnung als selbständige Tatbestände spricht ferner, dass die Vorschriften zum Schutz desselben Rechtsguts bestimmt sind. Der Mord stellt sich danach nur als eine nach Beweggrund, Ausführungsart oder Absicht erschwerte Form eines Totschlags dar. Auch Wertungswidersprüche sprechen gegen die Einordnung als selbständige Tatbestände, denn es wäre nicht zu erklären, warum der nicht qualifizierte Teilnehmer eines Mordes mit einer nach §§ 211, 28 I, 49 I StGB geminderten Strafe von mindestens drei Jahren zu verurteilen wäre, der Teilnehmer eines Totschlags nach § 212 StGB aber mit 5 Jahren. Mord und Totschlag stehen deshalb im Verhältnis von Qualifikation und Grundtatbestand.

cc) Zwischenergebnis

Eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB führt deshalb dazu, dass J wegen Beihilfe zum Mord gemäß §§ 211 I, 212 I, 27 I, 28 II StGB zu bestrafen wäre.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinen Bedenken.

3. Ergebnis

J hat sich wegen Beihilfe zum Mord gemäß § 211 I, 212 I, 27, 28 II StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des J gemäß § 258 I StGB

J könnte sich ferner wegen Strafvereitelung gemäß § 258 I StGB strafbar gemacht haben, indem er B zum Flughafen fuhr.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

J hat durch das Fahren der B zum Flughafen dazu beigetragen, dass sich diese in das Ausland absetzen und wegen ihrer Taten nicht verfolgt und bestraft werden konnte. Er hat die Bestrafung wegen der Vortat eines anderen somit i. S. d. § 258 I StGB verhindert.

b) Subjektiver Tatbestand

J handelte dabei vorsätzlich hinsichtlich der vereitelten Vortat als auch hinsichtlich seiner Vereitelungshandlung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinen Bedenken.

3. Persönliche Strafausschließungsgründe

a) Berufstypisches Verhalten

Ein Strafausschließungsgrund aufgrund berufstypischen Verhaltens scheidet vorliegend aus, da J die B nicht ausschließlich aufgrund seiner Butler-Stellung zum Flughafen fuhr, sondern auch um ihr zu helfen, sich in das Ausland abzusetzen. Vereitelungshandlungen zu privilegieren, die lediglich auch aufgrund berufsbedingter Anweisungen erbracht werden, erscheint unangemessen, da sie nicht die alleinige Motivation bilden.

b) Strafausschließungsgrund des § 258 V StGB

Die Fahrt zum Flughafen als Strafvereitelung ist aber gemäß § 258 V StGB ausgeschlossen, weil J sich durch die Fahrt zum Flughafen auch selbst einer Bestrafung wegen der vorangegangenen Beihilfe zum Mord gemäß §§ 212 I, 211 I, 27, 28 II StGB entziehen wollte.

4. Ergebnis

J hat sich daher nicht wegen Strafvereitelung gemäß § 258 I StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis

J hat sich nur wegen Beihilfe zum Mord strafbar gemacht, §§ 211 I, 212 I, 27, 28 II StGB.

C. Endergebnis für den ersten Tatkomplex

B ist wegen Totschlags, J wegen Beihilfe zum Mord strafbar.

Tatkomplex 2: Die Entwendung der EC-Karte

In Betracht kommt allein eine Strafbarkeit des J.

I. Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB

J könnte sich wegen Diebstahls gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht haben, indem er die Karte vorübergehend an sich nahm um damit Geld abzuheben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die EC-Karte war eine für J fremde, bewegliche Sache, die er weggenommen hat, indem er den noch gelockert

fortbestehenden Gewahrsam der B an der Karte gebrochen und neuen eigenen begründet hat.

b) Subjektiver Tatbestand

J handelte vorsätzlich. Fraglich ist jedoch, ob J auch die Absicht hatte, sich die Karte rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht beinhaltet zumindest bedingten Vorsatz auf die dauerhafte Enteignung und die Absicht auf zumindest vorübergehende Aneignung. Da J von Anfang an vorhatte, die Karte nach Gebrauch zurückzulegen, liegt bezüglich der Substanz der EC-Karte keine Zueignungsabsicht vor. Fraglich erscheint aber, ob sich J nicht den bestimmungsgemäßen Sachwert der EC-Karte zueignen wollte. Sieht man hierin den Nutzwert der Karte, d. h. die Möglichkeit Geld abzuheben, fehlte es ebenfalls an der Enteignungskomponente. Stellt man hingegen auf das Guthaben auf dem Konto ab, ließe sich ein Enteignungsvorsatz bejahen. Allerdings verkörpert die EC-Karte nicht das Guthaben auf dem Konto (wie es bspw. bei Sparbüchern oder Aktien als Inhaberpapieren der Fall ist), so dass dieses nicht den bestimmungsgemäßen Sachwert der Karte darstellen kann. Die EC-Karte hat vielmehr lediglich Schlüsselqualifikation. Diese Funktion wollte J der B aber nicht dauerhaft entziehen. Es liegt daher keine Zueignungsabsicht vor.

2. Ergebnis

Das Ansichnehmen der EC-Karte bleibt mangels Absicht rechtswidriger Zueignung daher straflos.

II. Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB

J könnte sich aber wegen Diebstahls gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht haben, indem er 1000 € von dem Konto abhob.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Geldscheine waren für J fremde, bewegliche Sachen, da ein Übereignungsangebot der Bank nur demjenigen Kontoinhaber gegenüber gemacht wird, dem die EC-Karte samt PIN zugeteilt worden ist. Mangels Gewahrsamsbruchs liegt aber keine Wegnahme vor, da sich der Gewahrsam nach der Verkehrsanschauung beurteilt und J dem äußeren Anschein nach den Automaten ordnungsgemäß bedient hat. Es liegt hinsichtlich des Gewahrsamswechsels somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis seitens der Bank vor.

b) Zwischenergebnis

Schon der Tatbestand des Diebstahls ist daher nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit nach § 242 I StGB scheidet demgemäß aus.

AUFsätze
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

III. Strafbarkeit gemäß § 263 I StGB

Eine Strafbarkeit wegen Betruges gemäß § 263 I StGB scheidet aus, weil ein Bankautomat nicht täuschbar ist.

IV. Strafbarkeit gemäß § 263 a I Var. 4 StGB

J kann sich aber nach § 263 I Var. 4 StGB wegen Computerbetrugs zu Lasten der Bank strafbar gemacht haben, indem er mit der EC-Karte Geld abhob.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

J hat die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Informationen, mithin fremde Daten, verwendet und dadurch täuschungsähnlich seine Legitimation vorgespiegelt, sodass er unbefugt i. S. d. § 263a I StGB handelte. Hierdurch hat er das Ergebnis einer Datenverarbeitung beeinflusst und bei der Bank einen Vermögensschaden hervorgerufen.

b) Subjektiver Tatbestand

J handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich rechtswidrig auf Kosten der Bank zu bereichern.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinen Bedenken.

3. Ergebnis

J hat sich somit wegen Computerbetruges gemäß § 263a I Var. 4 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit gemäß § 246 I StGB

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung nach § 246 I StGB scheidet, da die Zueignung bereits mit dem Computerbetrug gemäß § 263a StGB erfolgte und eine Zweitzueignung nicht möglich ist. Sähe man dies anders, so würde die Unterschlagung zumindest als mitbestrafte Nachtat zurücktreten.

V. Strafbarkeit gemäß § 265 a StGB

Eine Strafbarkeit des J gemäß § 265a I StGB scheidet, weil ein Geldautomat kein Leistungsautomat, sondern vielmehr mit einem Warenautomat vergleichbar ist, auf den § 265a StGB keine Anwendung findet.

VI. Strafbarkeit gemäß § 266 b StGB

Eine Strafbarkeit des J wegen Missbrauchs von Scheckkarten gemäß § 266b StGB scheidet, da nur der formell Berechtigte tauglicher Täter ist, was auf J nicht zutrifft.

VII. Strafbarkeit gemäß § 281 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 StGB scheidet, da die EC-Karte kein Ausweispapier ist.

VIII. Ergebnis

J hat sich im Tatkomplex 2 daher nur wegen Computerbetrugs gemäß § 263a I StGB strafbar gemacht.

Aufgabe II: Verwertbarkeit des Geständnisses

Fraglich erscheint, ob das Geständnis des J gegenüber dem Polizeibeamten verwertet werden darf. Dies ist der Fall, wenn kein Beweisverwertungsverbot besteht.

Grundsätzlich gilt, dass ein potentiell Verdächtiger vor dessen Befragung zu belehren ist. Erfolgt dies nicht, so folgt hieraus ein Beweisverwertungsverbot für die getätigten Aussagen nach dem sog. Nemo-tenetur-Grundsatz. Da J zum Zeitpunkt seines Geständnisses noch nicht belehrt war, könnte dies auch hier gelten.

Allerdings besteht eine Ausnahme vom oben genannten Grundsatz für sog. Spontanäußerungen, die der Äußernde von sich aus preisgibt, ohne konkret danach befragt worden zu sein. So liegt es hier. J erlitt einen Zusammenbruch und offenbarte dem Polizisten den Geschehensverlauf, bevor dieser ihn belehren konnte. Das Geständnis kann daher verwertet werden, indem der Polizeibeamte als Zeuge geladen wird.

Dennis Häbel*

Klausur Polizeirecht: Ein Platzverweis bei Hochwasser

In der folgenden Klausur geht es um die Rechtmäßigkeitsprüfung von polizeilichen Maßnahmen in Form von Platzverweisen nach § 12a SOG. Dabei ist inzident die Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverordnung zu prüfen. Anschließend wird das prozessuale Vorgehen gegen die Platzverweise behandelt. Besonders relevant ist im Rahmen der Prüfung der statthaften Klageart die Abgrenzung der allgemeinen Feststellungsklage von der Fortsetzungsfeststellungsklage bei der Erledigung eines Verwaltungsaktes vor Klageerhebung.

Sachverhalt

Seit dem 18.06.2013 steigt der Wasserstand (Pegel) der Elbe durch ungünstige Windverhältnisse und dem Zustrom großer Wassermassen aus dem Oberlauf des Flusses stark an. Am Abend des 19.06. erreicht der Pegel eine Höhe, die der Hochwasser-Alarmstufe 2 entspricht. Der Hamburger Senat erlässt daraufhin am Abend des 19.06. die im Anhang auszugsweise ausgedruckte Verordnung, die er korrekt auf eine entsprechende Verordnungsermächtigung aus dem SOG stützt und im Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt macht.

Angesichts des Hochwassers will sich Sören Sorglos (S) am 20.06. mit Freunden am Elbufer zum Grillen treffen, dabei wollen S und seine Freunde das Hochwasser beobachten und gemütlich ein, zwei Bier trinken. Wie verabredet treffen sie sich gegen 17:00 Uhr in der A-Straße direkt an der Elbe. Die A-Straße wird auf einer Seite durch eine ca. 9 m breite Freifläche begrenzt. Die Freifläche ist durch Schilder als Grillplatz ausgewiesen. Unmittelbar an die Freifläche schließt sich eine 1,5 m hohe Betonmauer an, die durch Schilder deutlich erkennbar als Hochwasserschutzmauer gekennzeichnet ist. S findet die Stelle zum Grillen besonders geeignet, weil so das „Hochwassererlebnis“ besonders intensiv sei. Hinter der Mauer fühlen sich S und seine Freunde sicher, der Elbe-Pegel steht noch etwa 1,8 m unterhalb der Mauerkrone, der Pegel der Elbe sinkt nach zutreffenden Informationen des S zudem um stündlich 1–2 cm. Schon für den 21.06. wird mit einer Aufhebung der Alarmstufe 2 gerechnet.

Als S gerade die Grillkohle entzünden will, wird er von einer Streife der Vollzugspolizei angesprochen. Die beide Beamten A und B meinen, S befinde sich in einem Hochwassersperrgebiet, der Aufenthalt dort sei gefährlich und deshalb verboten. Sie weisen S und dessen Freunde an, den Grill und alle anderen Gegenstände einzupacken

und die Freifläche an der Elbe sofort zu verlassen. Dem S und seinen Freunden wird ferner untersagt, bis zum Ablauf des 23.06. die Freifläche an der A-Straße zu betreten.

S ist verärgert, er ist der Meinung, der Aufenthalt auf der Freifläche sei keinesfalls gefährlich gewesen. Zu keinem Zeitpunkt habe die Gefahr bestanden, dass die Mauer bricht oder überflutet wird. Der Elbe-Pegel habe noch unterhalb der Mauer gelegen. Das Grillen auf der Freifläche sei auch nicht verboten, sondern vielmehr Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit. Das Grillen neben der Mauer würde niemanden stören oder sonst beeinträchtigen. Von der Verordnung vom 19.06. habe er nichts gewusst, sie sei ihm auch nicht bekannt gegeben worden und schon deshalb irrelevant. Schließlich trägt S vor, die Verordnung sei offensichtlich materiell rechtswidrig.

Sie sind Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Gut & Schnell. S sucht am 24.06. die Kanzlei auf und bittet Sie um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Ist das Handeln der Beamten A und B rechtmäßig gewesen?
2. Wäre eine Klage gegen die von A und B getroffene Maßnahme auch jetzt noch zulässig?

Bearbeitervermerk:

Für die Bearbeitung der Klausur sind die nachstehend abgedruckten Vorschriften sowie das Hamburger SOG zu prüfen. Auf gefahrenabwehrrechtliche Vorschriften außerhalb des SOG und der Verordnung ist nicht einzugehen. Insbesondere sind das Hamburger Wassergesetz und baurechtliche Vorschriften nicht zu prüfen. Auf die Voraussetzungen des Art. 80 GG ist nicht einzugehen. Die Bearbeitungszeit beträgt 3 Zeitstunden.

Verordnung über ein Betretungsverbot von Hochwasserschutzanlagen

[...] Gestützt auf § 1 SOG wird folgende Verordnung erlassen [...]

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung „Polizei- und Ordnungsrecht“ von Dr. Clemens Richter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet. Die Fußnotenbemerkungen stammen von Nadine Lichtblau, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg und Mitglied der Redaktion der Hamburger Rechtsnotizen. Die Klausur wird als noch durchschnittlich schwierig eingestuft.

§ 1 Zeitlicher Geltungsbereich. Diese Verordnung gilt ab dem 20. Juni 2013 bis zum Aufheben der Alarmstufe 2 für die Elbe in Hamburg. Danach tritt sie automatisch außer Kraft.

§ 2 Räumlicher Geltungsbereich. Diese Verordnung gilt für das gesamte Territorium der Freien und Hansestadt Hamburg.

§ 3 Betretungsverbot Deiche. Das Betreten, Begehen oder Befahren aller Deichanlagen entlang der Elbe in dem in § 2 bezeichnetem Gebiet ist verboten. Dieses Verbot gilt auch für einen zehn Meter breiten Schutzstreifen, gemessen vom Deichfuß.

§ 4 Betretungsverbot weiterer Hochwasserschutzanlagen. Weiterhin ist das Betreten eines zehn Meter breiten Schutzstreifens entlang der sonstigen Hochwasserschutzanlagen an der Elbe (Hochwasserschutzmauern mit und ohne mobile Aufsätze, Hochwasserschutzstore und Sandsäcke) verboten. Das Verbot schließt das Erklettern der Anlagen ein. [...]

Es ist davon auszugehen, dass die Verordnung formell rechtmäßig ist. Für die Klausur ist davon auszugehen, dass Deiche aus Erdaufschüttungen errichtete Bauwerke sind.

Gutachten

Frage 1: Ist das Handeln der Beamten A und B rechtmäßig gewesen?

A. Rechtmäßigkeit der Anordnung, die Freifläche zu verlassen¹

Die Anordnung der Beamten A und B an S, die Freifläche an der Elbe zu verlassen, könnte rechtmäßig gewesen sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

Hierfür müsste zunächst eine Ermächtigungsgrundlage vorgelegen haben. § 12a SOG erlaubt es, Personen zur Gefahrenabwehr von einem Ort zu verweisen, folglich liegt eine Ermächtigungsgrundlage vor.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste formell rechtmäßig gewesen sein.

¹ Die Aufteilung der Anordnung in zwei Teile – den Platzverweis einerseits und das Verbot, an den Ort zurückzukehren, andererseits – ist sinnvoll, wenn man davon ausgeht, dass der Platzverweis nur einen relativ kurzen Zeitraum von etwa 24 Stunden umfassen kann und ein darüber hinausgehendes Aufenthaltsverbot auf eine andere Ermächtigungsgrundlage gestützt werden muss. Die Aufteilung durch den Bearbeiter ist daher als besonders positiv zu bewerten. Im Übrigen dürfte es für eine durchschnittliche Klausurbearbeitung wohl auch ausreichen, von einer einheitlichen Platzverweisung auszugehen.

1. Zuständigkeit

Hierfür müssten A und B im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt haben. Grundsätzlich sind die Verwaltungsbehörden in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich zuständig, unaufschiebbare Maßnahmen dürfen gem. § 3 II 1 SOG² auch von der Vollzugspolizei vorgenommen werden. Aufgrund des Hochwassers handelte es sich bei der Anordnung durch A und B um eine unaufschiebbare Maßnahme, sie waren somit als Vollzugsbeamte zuständig.

2. Verfahren

Das Verfahren wurde eingehalten, insbesondere die Anhörung gem. § 28 HmbVwVfG erfolgte.

3. Form

Gem. § 37 II HmbVwVfG können Verwaltungsakte grundsätzlich formlos ergehen³.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung war formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Des Weiteren müsste die Anordnung durch A und B auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Hierfür müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 12a SOG vorgelegen haben. § 12a SOG erlaubt einen Platzverweis, wenn dieser der Gefahrenabwehr dient, also eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt.⁴ Im vorliegenden Fall könnten insbesondere die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und subjektive Rechtsgüter des Einzelnen als Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sein.

a) Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung

Die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung als Gesamtheit aller geschriebenen Normen könnte dadurch verletzt sein, dass S der Verordnung über ein Betretungsverbot für Hochwasserschutzanlagen zuwiderhandelte.

² Ganz genau ergibt sich die Zuständigkeit der Vollzugspolizei aus § 3 II 1 lit. a SOG.

³ Besser wäre es, diese allgemeine Aussage mit dem Sachverhalt zu verknüpfen (sog. verkürzter Gutachtenstil): „Gemäß § 37 II HmbVwVfG können Verwaltungsakte grundsätzlich formlos ergehen, so dass der hier mündlich vorgenommene Verwaltungsakt nicht gegen Formvorschriften verstößt.“

⁴ Hiernach hätte noch eine Definition der öffentlichen Sicherheit erfolgen können, z. B. „Vorrangig vor dem Schutzgut der öffentlichen Ordnung als Gesamtheit des ungeschriebenen Rechts ist stets die Betroffenheit des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit zu prüfen. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen und die Funktionsfähigkeit von Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates. Im vorliegenden Fall könnten insbesondere die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und subjektive Rechtsgüter des Einzelnen als Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sein.“

Um Teil der objektiven Rechtsordnung zu sein, müsste die Verordnung allerdings rechtmäßig sein.⁵

aa) Ermächtigungsgrundlage für Erlass der Verordnung

§ 1 I SOG ermächtigt den Senat zur Gefahrenabwehr zum Erlass von Verordnungen.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist gemäß dem Sachverhalt formell rechtmäßig.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung müsste jedoch auch materiell rechtmäßig sein.

(1) Abstrakte Gefahr

Hierfür müsste zunächst eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen. Eine abstrakte Gefahr ist eine Sachlage, von der nach allgemeiner Lebenserfahrung typischerweise eine Gefährdung für eines der Schutzgüter ausgeht.⁶ Das Betreten von Deichen und anderen Hochwasserschutzanlagen während eines Hochwassers stellt typischerweise eine Gefährdung von Leib und Leben derer dar, die sich auf dem Deich befinden.⁷ Es liegt somit eine abstrakte Gefahr für Individualrechtsgüter als Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit vor.

(2) Bestimmtheit

Die Verordnung ist hinreichend bestimmt.

(3) Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Verordnung auch verhältnismäßig ist.

(a) Legitimer Zweck

Die Verordnung dient dem Schutz von Leib und Leben und verfolgt somit einen legitimen Zweck.

⁵ Die nachfolgende Inzidenzprüfung hätte noch deutlicher eingeleitet werden können, z. B. durch den anschließenden Satz „Die Rechtmäßigkeit einer Verordnung setzt voraus, dass sie sich auf einer Ermächtigungsgrundlage stützt und sowohl formell als auch materiell rechtmäßig ist.“ Ohne diese Einleitung ergibt sich der Aufbau – wie bei der vorliegenden sehr guten Bearbeitung – aus der gewählten Gliederung.

⁶ An dieser Stelle bietet sich eine (kurze) Abgrenzung zwischen konkreter und abstrakter Gefahr an, ohne dass es zu lehrbuchhaften Ausführungen kommen sollte. Zwingend ist eine explizite Abgrenzung nicht, sowohl die abstrakte Gefahr als auch die konkrete Gefahr an späterer Stelle müssen jedoch jeweils so definiert werden, dass der Unterschied zwischen diesen beiden Gefahrbegriffen deutlich wird.

⁷ Die Subsumtion hätte hier noch ausführlicher erfolgen können, z. B. mit Hinweis darauf, dass man Schäden an Hochwasserschutzanlagen nicht immer von außen erkennen kann, dass punktuelle Änderungen der Hochwassersituation blitzschnell möglich sind und dass die Arbeiten der Einsatzkräfte nicht durch potentielle Hochwassertouristen behindert werden darf. Die bewusste Selbstgefährdung derjenigen, die sich durch das Betreten der Hochwasseranlage in Gefahr bringen, schließt die polizeirechtliche Gefahr nicht aus.

(b) Geeignetheit

Durch das in der Verordnung angeordnete Betretungsverbot wird dieser Zweck zumindest gefördert.

(c) Erforderlichkeit

Ein Betretungsverbot erscheint zum effektiven Schutz auch erforderlich, ein gleich geeignetes milderes Mittel ist nicht ersichtlich.

(d) Angemessenheit

Ein Betretungsverbot müsste auch angemessen sein, das heißt, der verfolgte Zweck dürfte nicht außer Verhältnis zur erfolgten Beeinträchtigung liegen. Hier muss zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II GG abgewogen werden. Grundsätzlich ist keinem der betroffenen Rechte ein Vorrang zu gewähren. Zu beachten ist jedoch, dass gemäß § 1 der Verordnung diese nur bis zur Aufhebung der Alarmstufe 2 gilt und danach automatisch außer Kraft tritt. Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist somit auf einen relativ kurzen Zeitraum begrenzt, weshalb ein Betretungsverbot auch angemessen erscheint.⁸

(4) Zwischenergebnis zur Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist formell und materiell rechtmäßig.

dd) Zwischenergebnis zur Betroffenheit der objektiven Rechtsordnung

Die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung ist betroffen.⁹

b) Individualrechtsgüter

Neben der objektiven Rechtsordnung sind auch Leib und Leben des S und seiner Freunde als subjektive Rechte betroffen.¹⁰

2. Gefahr für ein Schutzgut

Es müsste des Weiteren¹¹ eine Gefahr für die genannten Schutzgüter vorliegen. Eine (konkrete) Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit

⁸ Die Angemessenheitsprüfung erfolgt hier vorbildlich und im Rahmen einer expliziten Abwägung zwischen dem verfolgten Zweck und den Beeinträchtigungen, detailliert und mit Bezug auf das abgedruckte Gesetz.

⁹ Vor diesem Ergebnis könnte eine kurze Überleitung Klarheit bringen und den Sachverhalt vollständig auswerten, z. B. „Indem S sich im Bereich der Hochwasserschutzanlage aufhält, verstößt er gegen die Verordnung. Es kommt nicht darauf an, ob er von der ordnungsgemäß bekannt gemachten Verordnung Kenntnis erlangt hat.“

¹⁰ Hiernach bietet sich ein Zwischenergebnis an, um aufzuzeigen, dass der Bearbeiter die Prüfung der Betroffenheit des Schutzgutes abgeschlossen hat und er nun zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen übergeht.

¹¹ Hier könnte noch ein Hinweis auf die weitere Prüfung des Tatbestandes genannt werden, denn dazu gehören die Gefahr und die Verantwortlichkeit ebenso, anders als es der hier gewählte, etwas missverständliche Aufbau (1. Tatbestand, 2. Gefahr, 3. Verantwortlichkeit, 4. Rechtsfolge, 5. Ergebnis) vermuten lässt.

hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem der genannten Schutzgüter führt.

a) Gefahr für die objektive Rechtsordnung

Im Bezug auf die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung ist durch das Zuwiderhandeln des S bereits der Schaden eingetreten, es liegt somit sogar eine Störung vor.

b) Gefahr für Individualrechtsgüter

Fraglich ist, ob eine Gefahr auch für die Individualrechtsgüter des S und seiner Freunde besteht. Gemäß dem Sachverhalt lag der Elbe-Pegel noch etwa 1,8 m unterhalb der Mauerkrone und befand sich im Sinken. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts war gering, allerdings gilt die Formel, dass je größer der Schaden am Schutzgut sein könnte, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zu stellen. Hier bestand die Möglichkeit eines Schadens an Leib und Leben des S und seiner Freunde, also hochrangiger Individualrechtsgüter. Die geringe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist daher zu vernachlässigen.

c) Zwischenergebnis

Im Bezug auf die objektive Rechtsordnung besteht eine Störung, in Bezug auf die subjektiven Rechte des S und seiner Freunde eine Gefahr.

3. Polizeirechtliche Verantwortlichkeit

§ 12a SOG erlaubt einen Platzverweis von Personen unabhängig von der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit, S und seine Freunde sind jedoch außerdem als Verhaltensverantwortliche gemäß § 8 SOG zu qualifizieren.

4. Rechtsfolge

Gem. § 12a SOG darf die Behörde Personen von einem Ort verweisen. Sie verfügt somit über Ermessen, welches sie fehlerfrei ausüben muss, insbesondere darf die Entscheidung nicht unverhältnismäßig sein.

a) Legitimer Zweck

Die Maßnahme dient der Gefahrenabwehr und somit einem legitimen Zweck.

b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Maßnahme ist geeignet und erforderlich.

c) Verhältnismäßigkeit¹²

Der Platzverweis müsste auch verhältnismäßig sein. Um die Störung der objektiven Rechtsordnung zu beseitigen,

¹² Im Sinne der Einheitlichkeit ist hier die gleiche Bezeichnung wie oben vorzugswürdig („Angemessenheit“). Im Übrigen ist es irrelevant, ob dieser Prüfungspunkt „Angemessenheit“ oder „Verhältnismäßigkeit“ im engeren Sinne“ oder (seltener) „Proportionalität“ genannt wird. Die „Verhältnismäßigkeit“ meint regelmäßig die gesamte Prüfung „Legitimer Zweck – Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit“.

ist ein Platzverweis die einzig vorhandene Möglichkeit, da die Verordnung ein Betretungsverbot vorsieht, welches durch die Anwesenheit des S und seiner Freunde verletzt wird.¹³

5. Ergebnis

A und B haben ihr Ermessen korrekt ausgeübt, der Platzverweis ist materiell rechtmäßig.

IV. Ergebnis

Der Platzverweis war rechtmäßig.

B. Rechtmäßigkeit des Betretungsverbots bis zum 23.06.2013

Fraglich ist, ob auch die Verhängung eines Betretungsverbots gem. § 12a SOG durch A und B rechtmäßig war. Zur formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der Verordnung und der Maßnahme kann grundsätzlich auf das bereits Festgestellte verwiesen werden. Das Betretungsverbot könnte jedoch unverhältnismäßig sein.¹⁴

I. Legitimer Zweck

Auch das Betretungsverbot verfolgt mit der Gefahrenabwehr einen legitimen Zweck.

II. Geeignetheit

Das Betretungsverbot ist auch dazu geeignet, eine erneute Störung der objektiven Rechtsordnung und eine Gefahr für die subjektiven Rechte des S zu verhindern.

III. Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob es auch erforderlich war. Grundsätzlich gibt es vor allem, um die Störung der objektiven Rechtsordnung zu verhindern, kein milderes Mittel.

IV. Angemessenheit

Allerdings könnte das Betretungsverbot wegen seiner Dauer unangemessen sein. Grundsätzlich erlaubt § 12a SOG nur ein vorübergehendes Betretungsverbot zu verhängen. Vorübergehend bedeutet, dass ein gewisser Zeit-

¹³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne darf gerne noch mehr ins Detail gegangen werden, durch eine konkrete Abwägung des angestrebten Zieles der Gefahrenabwehr im Rahmen des Hochwassers und die dafür in Kauf genommene Belastung für den S. Ziel und Belastung dürfen nicht außer Verhältnis zueinander stehen. Dass der Platzverweis die einzig vorhandene Möglichkeit ist, gehört schon zur Prüfung der Erforderlichkeit.

¹⁴ Die verkürzte Darstellung zeigt Problembewusstsein und ein gutes Zeitmanagement. Um sich nicht in Wiederholungen zu verlieren, wird nur das vom Platzverweis Abweichende erläutert.

raum nicht überschritten werden darf. Dieser Zeitraum ist zwar vom Einzelfall abhängig, liegt grundsätzlich jedoch bei 3–4 Tagen.¹⁵ Dieser Zeitraum wird von dem ausgesprochenen Betretungsverbot durch A und B zwar nicht überschritten, allerdings ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Verhängung bereits mit einer Aufhebung der Alarmstufe 2 für den 21.06.2013 gerechnet wurde. Ab diesem Zeitpunkt hätte weder eine Gefahr für die Individualrechtsgüter des S noch für die objektive Rechtsordnung bestanden, da die Verordnung ab diesem Zeitpunkt aufgehoben gewesen wäre. Ein Betretungsverbot, welches unabhängig vom Bestand der Gefahr ergeht, ist dann jedoch unverhältnismäßig.¹⁶

V. Ergebnis

Die Verhängung des Betretungsverbots durch A und B war unverhältnismäßig und somit rechtswidrig.¹⁷

Frage 2: Wäre eine Klage gegen die von A und B getroffene Maßnahme auch jetzt noch zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

1. Aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

2. Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO¹⁸

Der Verwaltungsrechtsweg müsste gem. § 40 I VwGO eröffnet sein.

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Dafür müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist¹⁹. § 12 a SOG berechtigt Behörden einseitig Platzverweise und Betretungsverbote auszusprechen, sie ist somit gemäß

der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Norm.

b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit dürfte nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Dies ist der Fall, wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit besteht.²⁰ Im vorliegenden Fall sind keine unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Personen beteiligt, eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit liegt nicht vor.

c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich, insbesondere ist § 23 EGGVG²¹ nicht einschlägig, da die Beamten A und B im vorliegenden Sachverhalt präventiv tätig werden.

3. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Grundsätzlich ergibt sich dies aus dem Klägerbegehren gem. § 88 VwGO. S begehrt gegen einen Verwaltungsakt gem. § 35 HmbVwVfG vorzugehen, allerdings haben sich sowohl der Platzverweis als auch das Betretungsverbot durch Zeitablauf erledigt. Da diese Erledigung vor Klageerhebung stattfand, ist umstritten, ob eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO analog oder die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die statthafte Klageart ist. Nach herrschender Ansicht²² kann durch die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes nicht festgestellt werden, da es sich nicht um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis handelt, sondern der Verwaltungsakt ein Rechtsverhältnis erst begründet. Außerdem ist in § 43 VwGO die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ausdrücklich geregelt, was darauf schließen lässt, dass nur die Nichtigkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit

¹⁵ Diese Erläuterung ist in der Eile der Klausur völlig legitim. Tatsächlich wird der unbestimmte Rechtsbegriff „vorübergehend“ unterschiedlich ausgelegt, von wenigen Stunden bis zwei Wochen, vgl. *Tettinger/Erbuguth*, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2012, § 18 Rn. 585.

¹⁶ Wer eine einheitliche Platzverweisung für die Anordnung des Verlassens des Ortes und seines Wiederbetretens prüft, kommt an dieser Stelle dazu, dass diese teilbar ist und die Rechtswidrigkeit wohl nur für die Zeit nach dem 21.06.2013 anzunehmen ist.

¹⁷ Wer während der Klausurbearbeitung noch Zeit übrig hat, setzt an diese Stelle ein weiteres Ergebnis und fasst die Rechtmäßigkeit des Platzverweises und die Rechtswidrigkeit des Betretungsverbotes nach dem 21.6. zusammen.

¹⁸ Noch genauer wäre die Zitierung der Generalklausel wie folgt: § 40 I 1 VwGO.

¹⁹ Hier würde sich die Definition der modifizierten Subjektstheorie in einem Halbsatz am Ende anbieten, z.B. „d.h. wenn die streitentscheidende Norm einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie)“.

²⁰ Auch die Definition der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit könnte gebracht werden, z.B. „Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit bedeutet, dass unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Personen materiell um Verfassungsrecht streiten.“ Da eine verfassungsrechtliche Streitigkeit offensichtlich ausscheidet, kann jedoch auf diese Definition noch am ehesten verzichtet werden.

²¹ Wenn Rechtsschutz gegen polizeirechtliche Maßnahmen vor den Verwaltungsgerichten geprüft wird, sollte der Bearbeiter stets (kurz) § 23 EGGVG abgelehnt werden. § 23 EGGVG besagt, dass polizeiliche Verwaltungsakte mit zur Strafverfolgung (repressiv) vor die ordentlichen Gerichte gehören; anders als präventive Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, die von den Verwaltungsgerichten überprüft werden.

²² In der Literatur wird weitestgehend die Fortsetzungsfeststellungsklage als vorzugswürdig angesehen, z.B. *Kopp/Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 113 Rn. 98. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde die Frage zuletzt offengelassen: BVerwGE 109, 203. Der Bearbeiter löst den Streit hier für eine Klausurbearbeitung optimal mit einigen einschlägigen Argumenten auf.

figkeit durch die allgemeine Feststellungsklage geprüft werden kann. Des Weiteren ist die Fortsetzungsfeststellungsklage die sachnähere Klageart, da der Zeitpunkt der Erledigung eines Verwaltungsaktes häufig vom Zufall abhängt und es daher für den Kläger keinen Unterschied machen kann, ob er sich sofort oder erst nach Klageerhebung erledigt hat. Die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO ist somit die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis

S müsste gem. § 42 II VwGO analog auch klagebefugt sein, d. h. es müsste die Möglichkeit bestehen, dass er in einem eigenen Recht verletzt wurde. Nach der Adressatentheorie ist jeder Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt, S²³ ist somit klagebefugt.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

S müsste außerdem ein berechtigtes Fortsetzungsfeststellungsinteresse haben.²⁴ In Betracht kommt die Ge-

²³ Hier konnte kurz daran erinnert werden, dass die Anordnung explizit gegenüber A als Adressaten erging, um den Bezug zwischen der Theorie und dem Sachverhalt deutlich zu machen („S als Adressat des mündlichen Verwaltungsaktes“).

²⁴ Hier fehlt für die „perfekte“ Lösung eine Definition des Fortsetzungsfeststellungsinteresses, am Ende der Klausur wohl auch aus Zeit-

fahr eines wiederholten Platzverweises durch die Beamten. Diese Gefahr ist jedoch nicht konkret genug, um ein berechtigtes Interesse anzunehmen, da nicht ersichtlich ist, ob es überhaupt wieder zu einer ähnlichen Situation kommen wird, und wie die Beamten in diesem Fall handeln würden. Es fehlt somit an einer Wiederholungsgefahr und somit am Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

V. Ergebnis²⁵

Eine Klage wäre jetzt nicht mehr zulässig²⁶.

mangel, z. B. „Ein solches kann sich bei nach Klageerhebung erledigtem VA aus Präjudizialität für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen ergeben; bei vor Klageerhebung erledigtem VA kann es zudem bei hinreichend konkreter Wiederholungsgefahr, Rehabilitation bei diskriminierendem (erledigtem) VA und sich typischerweise kurzfristig erledigenden sowie nicht aufhebenden Verwaltungsakten bestehen.“

²⁵ Es wird diskutiert, ob die Regelungen zum Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO) und die Regelung zur Klagfrist (§ 74 VwGO) bei der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend angewendet werden müssen – jedenfalls wenn der Verwaltungsakt (anders als im vorliegenden Fall) vor seiner Erledigung bestandskräftig geworden ist. Diese Fragen müssen hier auch schon wegen der Ablehnung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nicht erörtert werden.

²⁶ Der Ergebnissatz, der sich offensichtlich auf die Fallfrage 2 bezieht, ist leicht missverständlich. Nach der Lösung über das fehlende Fortsetzungsfeststellungsinteresse war eine Fortsetzungsfeststellungsklage nie zulässig. Auf eine ggf. vor Erledigung mögliche Anfechtungsklage wurde explizit im Rahmen der statthafte Klageart nicht eingegangen. Das Ergebnis „Eine Fortsetzungsfeststellungsklage wäre nicht zulässig.“ ist vorzugswürdig.

Lara-Katharina Burandt*

Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Bereicherungsrecht

Der Sachverhalt dieser Hausarbeit ist unter anderem an den „Grindelhochhaus-Fall“ des BGH angelehnt. Im Schwerpunkt geht es um Probleme aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und dem Bereicherungsrecht.

Sachverhalt

Der R. A. N. Jewskaja (R) gehörte ein von den Eltern ererbtes, direkt am Ufer der Süde, eines Nebenflusses der Unterelbe, gelegenes riesiges Landgut, das mit einer einst überaus ertragreich gewesenen Obstproduktion bewirtschaftet wurde und

das bebaut ist mit einem reetgedeckten Gutshaus, gelegen inmitten der Kirschplantage mit aberhundert alten Süßkirschbäume.

Hier, auf dem Landgut und in dem geliebten Gutshaus, war die R aufgewachsen und hierher war sie Mitte April 2011 nach jahrelangem Auslandsaufenthalt zurück gekehrt, gerade als die Kirschbäume in voller Blüte standen.

Die R war vor vielen Jahren nach dem Tode ihres Mannes und dem Tod ihres bald danach in dem nahen Fluss ertrunkenen siebenjährigen Sohnes vor der sie quälenden Erinnerung nach Frankreich geflohen, wo sie lange mit einem Geliebten in Paris und an der Riviera – dort war sie eine begeisterte und erfolgreiche Hochseeseglerin geworden – ein luxuriöses und wildes Leben geführt hatte, das zunächst finanziert worden war aus ererbtem Geldvermögen, dann – als dieses Kapital aufgezehrt war – mit den Erträgen des Gutes und schließlich – als die Einkünfte daraus immer geringer geworden waren – mit einem Kredit, den sie bei der lokalen Landsparkasse (Laspa) auf-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung Schuldrecht BT III (Gesetzliche Schuldverhältnisse) von Herrn Dr. Jürgen Plate VRiLG a.D. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

genommen hatte und der durch eine Grundschuld an ihrem Grundstück gesichert war.

Das Darlehen hatte, weil das Gut schon seit Jahren immer weniger und schließlich gar keine Einkünfte mehr abwarf, weil die Obstbäume wegen ihres Alters kaum noch trugen, schon seit einiger Zeit nicht mehr bedient werden können. Daher drohte die Zwangsversteigerung des Landgutes. Die Laspa hatte allerdings bislang aus Rücksicht gegenüber dem in der Gegend berühmten Namen der Familie Jewskaja stillgehalten und das Darlehen noch nicht insgesamt fällig gestellt.

Die R war, als sie auf das Landgut zurückkehrte, nahezu mittellos, weil das Darlehenskapital fast verbraucht war. Notgedrungen, aber auch aus Sentimentalität, riskierte sie es – obwohl die bald hundert Jahre alte Elektroanlage des Gutshauses in einem derart schlechten Zustand war, dass es dauernd zu Kurzschlüssen kam, so dass das Haus wegen der Feuergefahr als nicht mehr sicher bewohnbar galt – hier wieder zu einziehen.

Dazu, wie das Landgut zu retten war und wie ihr Leben weiter gehen sollte, hatte die R keine Vorstellungen, zumal sie bald nach ihrer Rückkehr auch schwer erkrankte.

Verwaltet worden war das Gut während der Abwesenheit der R von deren jetzt erwachsener ehemaliger Pflegetochter W. Arja (W), der verwaisten Tochter einer Freundin, die von der R stets wie ihr eigenes Kind behandelt worden war.

Die W hatte keinerlei Vermögen, sondern lebte sparsam vom Obstverkauf auf Wochenmärkten in Hamburg. Sie wohnte wegen der Unsicherheit der Elektroanlage des Gutshauses seit geraumer Zeit in einem kleinen Gartenhaus des Nachbarn L. O. Pachin (L), das unmittelbar an der Grenze zum Grundstück der R lag.

Der L war einer der Söhne einer einst für die Eltern der R auf deren Landgut tätig gewesenen Landarbeiterfamilie. Er hatte vor vielen Jahren den Beruf eines Elektrikers erlernt und sich auf diesem Wege aus ärmsten Verhältnissen nach oben gearbeitet und war mittlerweile ein steinreicher Geschäftsmann geworden, der sein Geld durch den Erwerb und die Umwandlung von bislang landwirtschaftlich genutzten Grundstücken zu Freizeitanlagen verdiente. Zuletzt hatte er auch seinen sentimentalsten Lebensraum verwirklicht, indem er das unmittelbar an das Landgut der R, auf dem ja auch er aufgewachsen war, angrenzende, ebenfalls am Ufer des Flusses Süde gelegene Landgut erworben hatte.

Der L und die W, die sich in der Zeit der Abwesenheit der R oft gesehen und gut kennen gelernt hatten, hatten inzwischen Ideen entwickelt, wie man das abgewirtschaftete Gut der R retten und der R und auch der W langfristig den Lebensunterhalt würde sichern können. Trotz aller Vertrautheit und einer starken Neigung der W zu L hatte es kein Liebesverhältnis oder gar Heiratspläne gegeben. Der L hatte der W bislang auch keinen Antrag gemacht, so dass die W lange Zeit nicht einmal wusste, wie der L zu ihr stand.

Die W und der L waren bei Ihren Planungen auf den Gedanken gekommen, dass W die R bitten solle, ihr das Grundstück schenkweise zu überlassen, um es dann zu einem mondänen Freizeitgelände umzubauen, das wegen einer gerade fertiggestellten Autobahn in kurzer Zeit von Hamburg aus zu erreichen sein würde. Der L würde, nachdem die W als neue Eigentümerin zunächst die Obstbäume abgeholzt und das für Furniere und den Innenausbau im Holzhandel sehr gefragte

Kirschholz verkauft hätte, mit den daraus erlangten Geldmitteln die Kosten für den Erwerb und die Schenkungsteuer übernehmen und zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung an die Laspa zu zahlen und sich und die R zu unterhalten. Nach Einholung aller erforderlicher Genehmigungen würde er für 8.000.000 € aus Mitteln seines Vermögens das wegen eines Sperrwerks an der Mündung der Süde in die Unterelbe hochwassersichere Grundstück mit 6 luxuriösen, auf neu zu schaffenden Warften liegenden, unterkellerten, großzügig gestalteten, gemauerten und reetgedeckten Ferienhäusern bebauen, die sehr langfristig an Neureiche aus Hamburg vermietet werden sollten. Auf dem riesigen Gelände würde man sogar noch einen kleinen für die Hausmieter reservierten Golfplatz unterbringen können. Am Ufer des Flusses würde der L unter Ausnutzung eines schon vorhandenen, einst für den Abtransport der Obsternte geschaffenen Hafens eine wegen der Nähe zur Elbe attraktive kleine, aber feine Marina erstellen und Liege- und Winterlagerplätze an Sportbooteigner vermieten. Bestehen würde diese Marina aus schwimmenden Bootsstegen, dorthin führenden Brücken sowie aus mit dem Boden fest verbundenen Boots- und Werftschuppen an Land. Von den Erträgen des so genutzten Grundstücks sollten nicht nur der L und die W profitieren, sondern auch die R, die unentgeltlich mit der W in dem zu modernisierenden Gutshaus wohnen und angemessen unterhalten werden sollte. In rechtlicher Hinsicht würden W und L einen Vertrag über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts schließen, in der diese Fragen im Einzelnen zu regeln sein würden. Die W und der L hatten nicht nur in bauplanerischer Hinsicht schon jetzt alles bis ins Detail vorbereitet, sondern hatten auch die Bauanträge sowie alle weiteren Anträge, die wegen der Umgestaltung des Landes zu einem Golfplatz und der Inanspruchnahme der Süde für die Marina, zu stellen waren, vorlagefähig vorbereitet.

Diesen Plan unterbreitete die W der R am 01.05.2011. Die R, die den L noch aus ihren Kindertagen als auf dem Landgut lebenden zerlumpte Landarbeitersohn, den sie seinerzeit verachtet und mit dem sie niemals gespielt hatte, erinnerte, lehnte den Vorschlag empört ab, als sie erfuhr, dass L als Geldgeber mit im Spiel sei und sie praktisch auch von ihm unterhalten werden sollte. Erst nach ihrem Tode – sie teilte der W mit, dass sie diese durch ein Testament zur alleinigen Erbin eingesetzt habe – könne die W mit dem Grundstück machen, was sie wolle.

Als die W dem L davon erzählte, fand er sich damit ab, weil er darauf setzte, dass die ersichtlich schwer kranke R wohl ohnehin nicht mehr lange leben würde.

Die W hingegen war zornig über den Dünkel der R und wollte auch nicht warten. Um die R dazu zu veranlassen, ihr das Eigentum an dem Gut sofort schenkweise zu übertragen, erklärte sie bereits am 02.05.2011 ohne Wissen des L gegenüber der R, dass sie für den Fall, dass ihr das Grundstück, dessen Umgestaltung zur Sicherung auch ihres Lebensunterhaltes nötig sei, nicht sofort geschenkt und überlassen werden würde, das Gutshaus – sie wusste, wie sentimental die R in Bezug auf dieses Haus war – durch einen angesichts des maroden Zustandes der Elektroanlage des Hauses leicht und unentdeckbar zu manipulierenden Kurzschluss niederbrennen würde, wobei ihr auch das Schicksal der R gänzlich gleichgültig sein würde.

Unter dem Eindruck dieser Drohung, hinter der nach ihrer Meinung zumindest auch der L steckte, schenkte die R der W formwirksam in einem Notartermin vom 09.05.2011 das Grundstück. Aufgrund der Auflassung vom 09.05.2013 wur-

de die W am 27.05.2011 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Der L, der sich schon immer zu W hingezogen gefühlt hatte, offenbarte sich jetzt der W und machte ihr einen Heiratsantrag, den die W sofort annahm. Als er vorschlug, die R zur schon für die nächste Zeit vorgesehene Hochzeit einzuladen, lehnte die W dies mit der Begründung ab, sie könne der R nicht mehr unter die Augen treten. Der L bezog dies auf die Grundstücksübertragung, die ihn nach der ursprünglichen Weigerung der R sehr überrascht hatte; er hatte ein ungutes Gefühl, fragte aber auch jetzt nicht weiter nach.

Kurz danach heirateten die W und der L. Die W zog jetzt aus dem Gartenhaus aus und lebte mit L zusammen.

Der an sich von W und L geplante Gesellschaftsvertrag wurde nicht geschlossen. Stattdessen setzten die W und der L sich gegenseitig wirksam durch ein öffentliches Testament zu Erben ein.

Die W hatte nach ihrer Eintragung in das Grundbuch als Eigentümerin sofort damit begonnen, die Obstbäume abholzen zu lassen und hatte tatkräftig mitgeholfen. Das Holz verkaufte und übereignete und übergab sie Zug-um-Zug gegen die Kaufpreiszahlung an den Holzhändler H. Olzi (H).

Bei den Arbeiten auf der Plantage verunglückte die W am 13.06.2011 tödlich, als sie mit laufender Motor-Kettensäge von der Leiter fiel.

Zu diesem Zeitpunkt waren aus dem Verkaufserlös für die abgeholzten Kirschbäume die Erwerbskosten sowie die Schenkungsteuer bezahlt. An die Laspa waren noch keine Zahlungen erfolgt, weil dafür der für das bisher geschlagene Holz gezahlte Kaufpreis nicht ausgereicht hatte.

Der L wurde am 01.07.2011 im Wege der Grundbuchberichtigung, die auf seinen Antrag und die Vorlage des öffentlichen Testaments hin erfolgte, vom Grundbuchamt formal wirksam als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Weil die Laspa, die jetzt nicht mehr länger stillhalten konnte, das Darlehen wirksam insgesamt fällig gestellt und nunmehr dem L die Zwangsvollstreckung angedroht hatte, zahlte der L am 07.07.2011 die insgesamt geschuldete Summe an die Laspa.

Dann setzte der L die Arbeiten fort, in deren Verlauf auch der Rest der Kirschbaumplantage abgeholzt und an den H verkauft und Zug-um-Zug gegen Kaufpreiszahlung übereignet und übergeben wurde.

Dieses und auch das von der W geschlagene Holz war alsbald an das verarbeitende Gewerbe gegangen und dort zu Furnieren etc. umgearbeitet und weiterveräußert worden.

Nachdem alle erforderlichen behördlichen Erlaubnisse vorlagen, was im Hinblick auf die wegen der schlechten Prognose für den Obstbanaanbau wirtschaftlich schwache Lage der Region sehr schnell gegangen war, begann der L mit Hochdruck, die mit W geplanten baulichen Maßnahmen umzusetzen.

Die R hatte sich mittlerweile für L überraschend gesundheitlich wieder erholt und neuen Lebensmut gefasst. Sie lebte weiterhin von L geduldet im Gutshaus. Ihren Lebensunterhalt bestritt sie von dem unverbrauchten Rest des Darlehens.

Ende September 2012 waren für die veranschlagten 8.000.000 € insgesamt 5 Ferienhäuser, der Golfplatz und die Gebäude für

die Marina fertig geworden. Die für die Marina erforderlichen Brücken und Stege sollten wegen des bevorstehenden Winters erst im kommenden Frühjahr 2013 gebaut bzw. zu Wasser gelassen werden. Die Häuser und die Marinaplätze waren so gleich ab dem Frühjahr 2013 auf Jahre im Voraus verbindlich von Mietinteressenten reserviert worden.

Der vereinsamte L hatte mittlerweile hin und wieder das Gartenhaus an Wochenenden seinem Geschäftsfreund F. Riend (F) überlassen. Dieser fand, als er am 10.10.2012, einem Regentag, auf der Suche nach Lektüre war, das zwischen den Büchern der im Gartenhaus vorhandenen kleinen Bibliothek eingeordnete, bislang unentdeckte Tagebuch der W, in dem sie unter anderem detailliert beschrieben hatte, wie sie die R zur Überlassung des Gutes veranlasst hatte. Der F las auch diese Passage und überließ das Tagebuch dann dem L, der es ebenfalls las. Der L und auch der F, dem der L die ganze Geschichte erzählte, gewannen die Überzeugung, dass die W die Wahrheit geschrieben hatte. Der L stellte das Tagebuch "aus Pietät" wieder an seinen Platz.

Der L, dem jetzt noch mehr an einem guten persönlichen Verhältnis zu der R gelegen war, reparierte durch Arbeiten im Bestand und ohne dabei Material zu verbauen, die Elektroanlage des Gutshauses.

Dabei kam es, weil der L einen Fehler machte, zu einem Kurzschluss mit der Folge eines Schwelbrandes, der Teile des Gutshauses das Gutshaus verrußen ließ und es bis zur durch L sofort veranlassten vollständigen Reinigung vorübergehend unbewohnbar machte. Die R zog in den Dorfgasthof um, wo sie sich auf eigene Kosten einmietete.

Nachdem das Gutshaus wieder bewohnbar war, gestattete der L ihr wieder in das Gutshaus einzuziehen und weiterhin unentgeltlich zu wohnen. Die weitgehend mittellose R nahm dies Angebot an, obwohl sie den Kurzschluss und damit auch den Brand als vorsätzlich herbeigeführt und als eine Warnung des L ansah, jederzeit die seinerzeit in Absprache mit L wie Sie meinte – von der W ausgesprochene Drohung umsetzen zu können.

Bei einem Gewitter am 20.10.2012 schlug der Blitz in das Gutshaus ein, das in Flammen aufging und vollständig abbrannte, so dass die R ihre Wohnung verlor. In ihrer finanziellen Not nahm die R, um eine Obdachlosigkeit zu vermeiden, das Angebot des L an, in dessen Gartenhaus zu wohnen. Zwischen den dort stehenden Büchern entdeckte die nach Lesestoff suchende R das Tagebuch der W, das der L zu entfernen vergessen hatte, und las darin auch die inhaltlich zutreffende Passage mit der Darstellung dazu, wie die W sie, die R, zur schenkenweisen Überlassung des Grundstücks veranlasst hatte.

Inzwischen hatte der L festgestellt, dass er sich verkalkuliert und einen Verlust gemacht hatte; das sechste Ferienhaus konnte ohne weitere Verluste, die der L nicht machen wollte, nicht mehr gebaut werden. Die Baukosten waren wegen des schwierigen Baugrundes unerwartet gestiegen.

Um die Verluste zu kompensieren, parzellierte der L das ererbte Grundstück formal wirksam (vgl. § 19 BauGB, § 2 III GBO) in der Weise, dass an dessen Rand ein an einem öffentlichen Weg gelegenes weiteres Grundstück entstand, für das er als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde. Dieses Grundstück verkaufte der L am 30.10.2012 für den Marktpreis 100.000 € an den F und ließ es Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises an den F auf. Der F wurde am 15.11.2012 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, und das Grundstück

wurde ihm übergeben. Der F, der sich jetzt im Nachhinein sagte, dass er mit der Erpressung zum Nachteil der R nichts mehr zu tun haben wolle, verkaufte das gerade erst erworbene Grundstück am 01.12.2012 für 200.000 € an den K. Eufa (K) und ließ es ihm Zug-um-Zug gegen die Kaufpreiszahlung auf; der K wurde am 15.12.2012 in das Grundbuch eingetragen, und das Grundstück wurde ihm übergeben.

Außerdem vermietete der L am 01.11.2012 die Werfthalle bis zum 28.02.2013 an den Tischler T. Able (T), der dort eine individuell zu fertigende und dann später in ein Wohnhaus einzubauende Holzterrasse zusammenbauen und aufstellen wollte. Bei den Arbeiten kam es zu einem von T verschuldeten Feuer, durch das die Halle beschädigt wurde. Die Reparaturkosten betragen 10.000 €. Diese zahlt der T an den L.

Am 31.12.2012 verlangte die R von L unter Hinweis auf die Tagebucheintragung die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass sie, die L, wieder als Eigentümerin eingetragen wird, und Schadensersatz in Höhe von 100.000 € für das an K veräußerte Grundstück.

Den Schadensersatz zahlte der L sofort. Was das Grundbuchberichtigungsverlangen angeht, wandte der L ein, dass er – wenn überhaupt – dazu nur bereit sei gegen Erstattung der Kosten für seine Arbeiten an dem Gutshaus, ferner nur gegen Erstattung der Kosten für den Bau der Ferienhäuser und der Gebäude für die Marina oder jedenfalls nur gegen Gestattung von deren – für den beabsichtigten Bau einer Marina auf seinem Grundstück sinnvollen – Wegnahme und schließlich auch nur gegen die Erstattung der Zahlungen an die Laspa. Die R hingegen erklärte, dass sie von den Arbeiten des L nichts habe, weil sie beabsichtige, mit dem Geld, das der L ihr für die abgeholzten Kirschbäume schulde, überall Kirschbäume anzupflanzen, um das ganze Grundstück in einen riesigen Kirschgarten zu verwandeln, wozu der L die fünf Ferienhäuser abreißen und die landschaftliche Umgestaltung des Grundstücks durch die Warften und den Golfplatz zurückbauen müsse. Einer Wegnahme der Baulichkeiten der Marina verweigere sie, weil deren Errichtung für sie deshalb sinnvoll sei, weil sie – immerhin kenne sie sich in dieser Branche gut aus – selber die Absicht habe, eine Marina für Hochseesegler zu betreiben, wovon sie dann leben wolle.

Aufgaben

- A. Besteht ein Anspruch der R gegen L auf Grundbuchberichtigung?
- B. Hat die R Ansprüche wegen des Abholzens der Kirschbäume und deren Veräußerung gegen den L?
- C. Hat die R einen Anspruch gegen L auf Abriss der von ihm gebauten Ferienhäuser und auf Rückbau der sonstigen Umgestaltung des Grundstücks?
- D. Hat die R einen Anspruch auf Ersatz der von ihr getragenen Kosten für die Unterkunft im Dorfgasthof?
- E. Kann die R von F wegen der Grundstücksveräußerung Zahlung von 200 000 € verlangen?

Variante: Würde sich für die Beantwortung Fragen A bis E etwas ändern, wenn die W am Tage vor ihrem Tode einen – ihrem Mann L verheimlichten – Brief der R erhalten hätte, in dem die R den Sachverhalt zutreffend wiedergegeben und geschrieben hätte: "Wegen Deiner bösen Drohung, die ja eine regelrechte Erpressung ist, verlange ich meine Wiedereintragung in das Grundbuch" und die W diesen Brief zu ihrer letzten Eintragung in ihr Tagebuch gelegt hätte, so dass der R und der F ihn gelesen und der L ihn dann im Tagebuch belassen hätte und die R, die ihn dann später ja auch in dem Tagebuch entdeckt hätte, darauf gestützt die vorgenannten Ansprüche geltend machen würde?

Gutachten

A. Anspruch der R gegen L auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB

R könnte einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB gegen L haben.

I. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Dieser Anspruch setzt zunächst voraus, dass das Grundbuch fehlerhaft ist. Laut Sachverhalt ist L als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Für einen Teil des ursprünglichen Grundstücks ist K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Für den Verlust dieses Teilstücks an K hat R von L 100.000 € Schadensersatz gefordert, welche dieser auch gezahlt hat. Sie fordert mithin nur von L Grundbuchberichtigung. Fraglich ist somit, ob die Eintragung des L als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch nicht mit der tatsächlichen Rechtslage übereinstimmt und der Grundbucheintrag somit fehlerhaft ist.

1. Ursprünglicher Eigentümer

Ursprüngliche Eigentümerin des Grundstücks war R.

2. Eigentumsverlust der R an W durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gemäß §§ 873, 925 I BGB

a) Übertragung des Eigentums an W

R könnte durch die Auflassung und darauf folgende Eintragung der W als Eigentümerin im Grundbuch, das Eigentum an dem Grundstück an W verloren haben. Dafür müssten die Voraussetzungen des § 873 i. V. m. § 925 I BGB vorliegen.

R und W waren sich darüber einig, dass W neue Eigentümerin des Grundstücks sein sollte. R war als Eigentümerin auch berechtigt über das Grundstück zu verfügen. Die Auflassung erfolgte vor einem Notar. Die W wurde

zudem am 27.05.2011 ins Grundbuch eingetragen. Die Voraussetzungen der §§ 873, 925 I BGB sind damit erfüllt. W wäre daher Eigentümerin geworden.

b) Nichtigkeit der Eigentumsübertragung durch Anfechtung der R

Der Eigentumserwerb durch W könnte aber unwirksam sein. Dies wäre der Fall, wenn R die Schenkung als Verpflichtungsgeschäft erfolgreich angefochten hätte und sogenannte Fehleridentität im Hinblick auf die Eigentumsübertragung auf W (das Verfügungsgeschäft) vorläge.

aa) Anfechtungsgrund gemäß § 123 I 2. Alt BGB

R müsste einen Anfechtungsgrund haben. Infrage kommt hier eine Anfechtbarkeit wegen widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 I Alt. 2 BGB.

Eine Drohung ist das vom Gegner ernstgenommene in Aussicht stellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende einwirken zu können behauptet und das verwirklicht werden soll, wenn der Bedrohte nicht die von dem Drohenden gewünschte Willenserklärung abgibt.¹

W erklärte gegenüber der R, dass sie, falls die R der W nicht umgehend das Gutshaus schenke, dieses niederbrennen würde, indem sie einen in dem alten Gebäude leicht zu manipulierenden Kurzschluss verursache und dabei keine Rücksicht auf das Leben der R nähme.

Mit dieser Äußerung stellt W der R ein zukünftiges Übel in Aussicht, auf das sie vorgibt, Einfluss zu haben und welches verwirklicht werden soll, falls die gewünschte Willenserklärung von R nicht vorgenommen wird. Die Aussage der W stellt daher eine Drohung dar. Diese erfolgte auch widerrechtlich. Ein Anfechtungsgrund nach § 123 I Alt. 2 BGB liegt daher vor.

bb) Anfechtungserklärung gemäß § 143 BGB

R müsste die Anfechtung auch erklärt haben. Zur Erklärung einer Anfechtung ist ausreichend, dass der Wille zum Ausdruck gebracht wird, ein Rechtsgeschäft wegen des Vorliegens eines Willensmangels nicht bestehen lassen zu wollen. Das Wort „Anfechtung“ muss nicht verwendet werden.² R erklärte unter Hinweis auf die Tagebucheintragung der W (und somit auf die Drohung), sie wolle wieder als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen werden.

Durch die Forderung der R unter Hinweis auf die Tagebucheintragung kommt der Wille der R zum Ausdruck, die Schenkung an W aufgrund eines Willensmangels

durch die von W ausgesprochene Drohung nicht bestehen lassen zu wollen. R hat damit die Anfechtung erklärt.

cc) Anfechtungsgegner gemäß § 143 BGB

R müsste die Anfechtung auch gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erklärt haben (§ 143 I BGB). Anfechtungsgegner ist gemäß § 143 II BGB der andere Vertragsteil. Dies ist hier W. Die W verstarb jedoch am 13.06.2011. Die R erklärte die Anfechtung jedoch erst am 31.12.2012. Anfechtungsgegner nach dem Tode des ursprünglichen Anfechtungsgegners ist sein Erbe.³ Dies ist hier L. R hat die Anfechtung gegenüber dem L erklärt, somit gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner.

dd) Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB

R müsste die Anfechtung auch innerhalb der gesetzlichen Anfechtungsfrist erklärt haben. Die Frist zur Anfechtung aufgrund einer widerrechtlichen Drohung beträgt gemäß § 124 I BGB ein Jahr. Die Frist beginnt nach § 124 II BGB mit dem Ende der Zwangslage. Sie wird nach §§ 186 ff. BGB berechnet.

W verstarb am 13.06.2011. Da diese die Drohung ausgesprochen hatte, endete somit objektiv gesehen am 13.06.2011 die Zwangslage, in der R sich befand. R nahm jedoch an, W hätte in Absprache mit L die Drohung ausgesprochen und musste deshalb davon ausgehen, dass die Drohung weiterhin bestand. Fraglich ist, ob es zur Fristberechnung auf das Ende der Zwangslage im objektiven oder subjektiven Sinne ankommt.

Die zur Anfechtung berechtigende Zwangslage besteht gerade darin, dass die Vorstellung des angedrohten Übels den Bedrohten zur Abgabe seiner Willenserklärung bzw. zum Unterlassen der Anfechtung veranlasst. Für den nach § 124 II BGB zur Fristberechnung relevanten Zeitpunkt muss es daher auf das subjektive Empfinden des Bedrohten ankommen.⁴

R erfuhr am 20.10.2012 durch den Fund des Tagebuchs der W die Wahrheit über die Drohung und, dass W für diese allein verantwortlich war.

Die Zwangslage endete somit für R am 20.10.2012. Nach § 187 BGB wird bei der Berechnung der Frist dieser Tag nicht mitgezählt. Fristbeginn war somit am 21.10.2012 um 0:00 Uhr. Die Anfechtungsfrist endet daher gemäß § 188 II BGB am 21.10.2013 um 24:00 Uhr. R hat die Anfechtung am 31.12.2012 erklärt. Die Anfechtungsfrist wurde daher eingehalten.

¹ Singer, in: Staudinger, BGB, Neub. 2012, § 123 Rn. 66; Jauernig, in: ders., BGB, 14. Aufl. 2011, § 123 Rn. 12.

² Arnold, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 143 Rn. 1; Wendtland, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 143 Rn. 3.

³ Roth, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 143 Rn. 18; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 143 Rn. 5.

⁴ Feuerborn, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 143 Rn. 6; Armbrüster, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 143 Rn. 4.

c) Auswirkung der Anfechtung auf die Übertragung des Grundstücks an W

Grundsätzlich führt die Anfechtung einer Willenserklärung lediglich zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (hier der Schenkung) ex tunc. Das Erfüllungsgeschäft (hier die Auflassung und Eintragung) bleibt aufgrund des Abstraktionsprinzips unberührt. Nur im Falle des Vorliegens einer sogenannten Fehleridentität führt die Anfechtung auch zur Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts.⁵ Diese liegt vor, sofern der Willensmangel, auf dem die Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts beruht, auch für die Willenserklärung der Einigungserklärung zum Verfügungsgeschäft kausal geworden ist. Der durch die Drohung der W bei R hervorgerufene Willensmangel müsste also bei Vornahme des Erfüllungsgeschäfts noch fortbestanden haben.⁶ R erklärte die Schenkung und Auflassung des Grundstücks in einem einheitlichen Notartermin am 09.05.2011. Die Drohung der W hat daher auch bei der Erklärung bezüglich des Erfüllungsgeschäfts noch fortgewirkt. Es liegt somit Fehleridentität bezüglich der Schenkung und der Eigentumsübertragung vor. Die Anfechtung der Schenkung durch R führt daher ebenfalls zur Nichtigkeit ex tunc der Auflassung und Eintragung der W in das Grundbuch. Die W ist daher nicht Eigentümerin des Grundstücks geworden. R ist Eigentümerin geblieben.

3. Eigentumsverlust der R an L durch Erbschaft

R könnte aber durch die Erbschaft des L das Eigentum an dem Grundstück verloren haben. Gemäß § 1922 BGB geht das gesamte Vermögen des Erblassers, hier W, mit deren Tode auf den Erben, hier L, über. Durch die Anfechtung der R und damit der Nichtigkeit der Schenkung ex tunc ist das Eigentum am Grundstück der R niemals auf W übergegangen. Da es sich nicht im Vermögen der W befand, konnte L es mithin auch nicht erben.

L wusste jedoch nichts von der durch W ausgesprochenen Drohung. Er ging davon aus, dass W durch die Schenkung der R rechtmäßige Eigentümerin des Grundstücks geworden war. Fraglich ist daher, ob R aufgrund seiner Gutgläubigkeit doch Erbe des Grundstücks werden konnte. Der gutgläubige Erwerb eines Grundstücks setzt voraus, dass derjenige, von dem ein Erwerb stattfinden soll, als Voreigentümer in das Grundbuch eingetragen ist. Sonst würde der Erwerber spätestens bei Änderung der Eintragungen im Grundbuch seinen Irrtum bemerken und somit bösgläubig sein. Die W war im Grundbuch als Voreigentümerin eingetragen. § 892 BGB bestimmt weiter, dass der Inhalt des Grundbuchs zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück erwirbt, als richtig anzusehen ist. Die Vorschrift

des § 892 BGB ist jedoch nur auf rechtsgeschäftlichen Erwerb anwendbar. Für einen Erwerb kraft Gesetzes gilt diese nicht.⁷

Dieser Ausschluss der Anwendbarkeit des § 892 BGB auf den gesetzlichen Eigentumserwerb impliziert, dass der gutgläubige Erwerb eines Grundstücks durch Erbschaft nicht möglich ist. L konnte folglich das Grundstück nicht gutgläubig erben. Die R hat daher ihr Eigentum am Grundstück nicht an L verloren.

4. Zwischenergebnis

R ist Eigentümerin des von L übernommenen Grundstücks, jedoch ist L im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen. Das Grundbuch ist daher hinsichtlich des Grundstückseigentümers fehlerhaft.

II. Anspruchsberechtigter

Da das Eigentum der R durch das eingetragene Recht des L am Grundstück beeinträchtigt wird, ist sie gem. § 894 BGB Anspruchsberechtigte.

III. Anspruchsverpflichteter

L ist als Buchberechtigter Anspruchsverpflichteter.

IV. Keine Einwendungen

Fraglich ist, ob L gegen den Anspruch der R Einwendungen erheben kann. Infrage kommen hier mögliche Zurückbehaltungsrechte aufgrund der von L geleisteten Investitionen in das Grundstück der R. Ein Zurückbehaltungsrecht des L könnte sich aus § 1000 S. 1 BGB ergeben. Obwohl der § 1000 BGB von der „Herausgabe“ einer „Sache“ spricht, ist dieser auch auf einen Grundbuchberichtigungsanspruch anwendbar.⁸ Die Rechtsprechung leitet ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers dagegen aus § 273 II BGB her, da sie es als unzureichend empfindet, dass der Anspruch des Besitzers auf Verwendungersatz gem. § 1001 S. 1 BGB erst mit Rückgabe des Eigentums oder Genehmigung der Verwendungen durch den Besitzer fällig wird, dieser dann ja aber gerade den zur Sicherung des Verwendungersatzes gegenüber dem Eigentümer dienlichen Besitz verliert.⁹ Für die Erfüllung der Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs im Rahmen des § 273 II BGB lässt die Rechtsprechung genügen, dass der Anspruch auf Verwendungersatz mit der Leistung des Besitzers fällig wird.¹⁰ Die Norm des § 1000 BGB wurde aber gerade für den Fall des Vorliegens ei-

⁵ Busche, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 142 Rn. 15; Wendtland, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 142 Rn. 7.

⁶ Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 123 Rn. 41; Feuerborn, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 142 Rn. 14.

⁷ Bassege, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 892 Rn. 2; Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 892 Rn. 8.

⁸ Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1000 Rn. 1; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 273 Rn. 22.

⁹ RGZ 115, 35 (46); BGHZ 75, 288 (293).

¹⁰ Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 894 Rn. 138.

nes gem. §§ 994 ff. BGB begründeten, aber aufgrund des § 1001 BGB noch nicht fälligen Anspruchs geschaffen.¹¹

Gerade da § 273 II BGB wegen des Erfordernisses eines fälligen Gegenanspruchs nicht passt (denn der Anspruch des Besitzers auf Verwendungersatz wird ja, wie eben schon erwähnt, gerade erst mit Herausgabe der Sache an den Eigentümer fällig), ist das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers bis zum Ersatz gemachter Verwendungen aus § 1000 S. 1 BGB herzuleiten.¹²

L könnte demnach ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch auf Grundbuchberichtigung der R geltend machen, wenn er einen Anspruch auf Verwendungersatz für seine Investitionen in das Grundstück gegen R hätte. Solche Verwendungersatzansprüche könnten sich aus den §§ 987 ff. BGB ergeben. Diese sind auf Grundstücke als besessene „Sache“ entsprechend anwendbar.¹³

1. Anspruch des L auf Erstattung der Kosten für seine Arbeiten am Gutshaus aus § 994 I BGB analog

a) Vindikationslage

Damit L der R seine auf das Grundstück getätigten Investitionen entgegenhalten könnte, müsste eine Vindikationslage vorliegen. Hierfür müsste R Eigentümerin und L Besitzer des Grundstücks sein. Dabei ist es gleichgültig, welcher Art das Besitzrecht des L ist. Dass die R im Gutshaus wohnt und L somit nur Teilbesitzer ist (vgl. § 865 BGB), schadet daher nicht.¹⁴ Des Weiteren dürfte L kein Recht zum Besitz haben. Wie oben festgestellt, ist R Eigentümerin des Grundstücks geblieben. L ließ auf dem Grundstück Ferienhäuser bauen und Kirschbäume abholzen. Er übte somit die unmittelbare Herrschaft und damit den Besitz (vgl. § 854 I BGB) über das Grundstück aus. Da dieser das Grundstück nicht rechtmäßig geerbt (s. o.) oder anderweitig ein Recht zum Besitz hatte, ist eine Vindikationslage gegeben.

b) Vornahme einer notwendigen Verwendung

Des Weiteren müsste es sich bei den durch R vorgenommenen Arbeiten am Gutshaus um notwendige Verwendungen handeln. Verwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die unmittelbar einer bestimmten Sache zugutekommen sollen.¹⁵ L hat die Elektroanlage des Gutshauses repariert. Die Reparatur einer Sache soll dieser unbestritten zugutekommen. Problematisch ist hier, dass L nicht direkt Leistungen aus seinem Vermögen ge-

tätigt hat, indem er zum Beispiel einen Elektriker engagierte, sondern die Reparatur am Gutshaus selbst vorgenommen hat. Fraglich ist, ob die Arbeitsleistung des L als Verwendung i. S. d. § 994 BGB analog anzusehen ist. Die Einsetzung eigener Arbeitskraft ist als Verwendung anzusehen, wenn sie eine andere Arbeitskraft ersetzt, also einen objektiven Marktwert hat.¹⁶ Teilweise wird zudem gefordert, dass der Besitzer die Leistung im Rahmen seines Gewerbes oder Berufs erbringt.¹⁷ Unerheblich ist es bei notwendigen Verwendungen, ob durch die gemachten Verwendungen eine Wertsteigerung des Besitzes erreicht wird.¹⁸ L hat als gelernter Elektriker die Elektroanlage des Gutshauses repariert. Seine Arbeitsleistung ist daher als eine Verwendung i. S. d. § 994 BGB analog anzusehen. Des Weiteren müsste diese Verwendung auch notwendig gewesen sein. Eine Verwendung ist notwendig, wenn sie dem Zweck der Erhaltung der Substanz und der Nutzbarkeit der Sache dient oder zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache erforderlich ist.¹⁹

Die Elektroanlage des Gutshauses war so marode, dass dieses aufgrund einer latenten Kurzschlussgefahr als unbewohnbar galt. Die Reparatur der Elektroanlage durch L diene mithin dem Zweck der Erhaltung des Gutshauses. Es handelt sich daher bei den Arbeiten des L um notwendige Verwendungen i. S. d. § 994 BGB analog.

c) Unverklagtheit bzw. Gutgläubigkeit des L

L müsste gem. § 994 I BGB analog unverklagt gewesen sein, als er das Gutshaus reparierte. Des Weiteren dürfte er nicht bösgläubig gewesen sein. L war nicht verklagt. Bösgläubig ist jemand, der das Fehlen eines Rechts zum Besitz kennt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht kennt.²⁰ Gemäß § 142 II BGB ist jemand, der die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kennt, so zu behandeln, als hätte er die Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts gekannt. Zur Annahme der Kenntnis der Anfechtbarkeit reicht die bloße Kenntnis der zur Anfechtung berechtigenden Tatsachen aus.²¹

L reparierte die Elektroanlage des Gutshauses nachdem er am 10.10.2012 durch die Tagebucheintragung der W erfuhr, dass R nur aufgrund einer von W ausgesprochenen Drohung das Gutshaus übereignet hatte. Schon zu Lebzeiten der W war ihm die plötzliche Schenkung nach vorheriger Ablehnung der R merkwürdig vorgekommen.

¹¹ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1000 Rn. 2; Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 1000 Rn. 1.

¹² Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 1000 Rn. 1; Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1000 Rn. 2.

¹³ BGHZ 75, 288 (292); Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, Vor §§ 987 bis 993 Rn. 4.

¹⁴ Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 986 Rn. 2; Schanbacher, in: NK-BGB, 3. Aufl. 2012, § 985 Rn. 15.

¹⁵ Schulte-Nölke, in: Hk-BGB, 7. Aufl. 2011, § 994 Rn. 2; Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 2.

¹⁶ Ebbing, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 9; Bassenge, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 994 Rn. 2.

¹⁷ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 994 Rn. 22; Stadler, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 994 Rn. 2.

¹⁸ Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 994 Rn. 8; Ebbing, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 12.

¹⁹ Ebbing, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 12; Fritzsche, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 994 Rn. 44.

²⁰ Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 990 Rn. 2; Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 990 Rn. 1.

²¹ BGH NJW-RR 1987, 1456 (1467); Roth, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 142 Rn. 41.

L kannte daher die zur Anfechtung durch R berechtigenden Tatsachen und somit i. S. d. § 142 II BGB auch die Anfechtbarkeit, was mit einer Kenntnis der Nichtigkeit der Grundstücksübereignung gleichzusetzen ist. L war daher nicht gutgläubig sondern bösgläubig i. S. d. § 990 I BGB analog.

d) Zwischenergebnis

L war bösgläubig. Der Ersatz der von L gemachte Verwendungen richtet sich daher nicht nach § 994 I BGB analog sondern nach §§ 994 II i. V. m. 683 S. 1, 670 BGB analog.

Vor dem Hintergrund des § 994 II BGB analog sind dem L seine gemachten Verwendungen nur zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Eine solche setzt nach § 683 S. 1 BGB für den Ersatz von Aufwendungen voraus, dass das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn (also des Eigentümers) und mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen geführt wurde.

e) Verwendung im Interesse des Eigentümers

Die Reparatur müsste im Interesse der R als Eigentümerin liegen. Im Interesse des Eigentümers liegt eine Verwendung, wenn sie diesem objektiv nützlich ist.²² Da durch die marode Elektroanlage eine akute Brandgefahr für das Gutshaus bestand, war die Reparatur objektiv nützlich. Sie lag daher im Interesse der Eigentümerin R.

f) Verwendung entsprechend des wirklichen oder mutmaßlichen Willens der R

R machte sich keine Vorstellungen wie es nach ihrer Rückkehr mit dem Landgut weitergehen sollte. Der wirkliche Wille der R kann daher nicht festgestellt werden. R hatte aber aufgrund ihrer finanziellen Notlage keine andere Möglichkeit als im Gutshaus zu wohnen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Beseitigung der Kurzschluss- und damit Brandgefahr durch die Reparatur der Elektroanlage dem mutmaßlichen Willen der R entsprach.

g) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der §§ 994 II i. V. m. 683 S. 1, 670 BGB analog liegen vor. L hat daher einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für seine Arbeiten am Gutshaus.

2. Anspruch des L auf Erstattung der Kosten für den Bau der Ferienhäuser und der Marina, §§ 994 ff. BGB analog

a) Vindikationslage

Eine Vindikationslage zwischen L und R liegt vor (siehe oben).

b) Vornahme von Verwendungen

Bei dem Bau der Ferienhäuser und der Marina müsste es sich zunächst um Verwendungen handeln. Die von L gebauten Ferienhäuser sowie die Marina sind gem. § 94 I BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden. Das Grundstück wurde daher durch den Bau grundlegend verändert. Fraglich ist, ob es sich bei Aufwendungen, die eine Sache grundlegend ändern um Verwendungen i. S. d. §§ 994 ff. BGB analog handelt. Rechtsprechung und Literatur vertreten hier zwei verschiedene Ansichten. Der BGH hat im sogenannten „Grindelhochhaus-Urteil“ entschieden, dass als Verwendungen i. S. d. §§ 994 ff. BGB analog nur solche Vermögensaufwendungen zu verstehen sind, die der Sache zugutekommen sollen, ohne sie grundlegend zu ändern (sog. „enger Verwendungsbegriff“).²³ Dieser Ausschluss von Umgestaltungsaufwendungen vom Verwendungsbegriff wird in der Literatur überwiegend abgelehnt. Diese hält am o. g. Verwendungsbegriff fest, nachdem auch sachändernde Vermögensaufwendungen Verwendungen sein können, falls sie der Sache zugutekommen (sog. „weiter Verwendungsbegriff“).²⁴

Die Rechtsprechung begründet ihre Ansicht mit dem Argument, sachändernde Vermögensaufwendungen seien keine Verwendungen i. S. d. § 994 ff. BGB, da sie die Sache weder erhalten, verbessern oder wiederherstellen würden und somit keine Verwendungen auf die Sache seien bzw. ihr nicht zugutekommen würden.²⁵ Hinter dieser Argumentation steht das Ziel, den Eigentümer vor Ansprüchen des unrechtmäßigen Besitzers zu schützen, da diese gerade im Falle von Änderungen an Grundstücken einen sehr hohen Wert annehmen können und der Eigentümer somit, obwohl er über die an seinem Eigentum vorgenommenen Änderungen nicht selbst verfügen konnte, unter Umständen hochgradig schadhafte Zahlungsforderungen ausgesetzt wäre.²⁶ Der BGH verneint zudem mögliche weitere Ersatzansprüche des Besitzers mit dem Argument, bei den §§ 994 ff. BGB handle es sich um eine abschließende Regelung des Verhältnisses des nicht berechtigten Besitzers zum Eigentümer.²⁷

Der Auffassung, die Ansprüche aus Vindikationsrecht seien eine abschließende Regelung, hat sich der überwiegende Teil der Literatur angeschlossen, da die differenzierten Regelungen der §§ 994 ff. BGB durch die An-

²³ BGHZ 10, 171 (177); *Schanbacher*, in: NK-BGB, 3. Aufl. 2012, § 994 Rn. 4.

²⁴ *Gursky*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 994 Rn. 8; *Ebbing*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 11.

²⁵ BGHZ 41, 157 (160 f.); *Hörm*, Nutzungsherausgabe und Verwendungsersatz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JA 1988, 529 (536).

²⁶ *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht, 2004, S. 37; *Klauser*, Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden, NJW 1965, 513 (514).

²⁷ BGHZ 41, 157 (157); *Eichler*, Der unentschuldigte Überbau, JuS 1965, 479 (480).

²² *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 683 Rn. 2; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 683 Rn. 3.

wendung des Bereicherungsrechts unterlaufen werden würden.²⁸ Sie bemängelt an der Rechtsprechung des BGH jedoch die Übervorteilung des Eigentümers gegenüber dem redlichen Besitzer.²⁹ Diesem bleibt durch den Ausschluss des Bereicherungsrechts nur das häufig wertlose Wegnahmerecht aus § 997 BGB analog, obwohl auch er in die Sache bzw. das Grundstück investiert hat.³⁰ Gegen die Auffassung der Rechtsprechung wird zudem eingewendet, durch die Differenzierung des BGH zwischen sachändernden Aufwendungen und bloßen Verbesserungen ergäben sich im Einzelfall schwerwiegende Abgrenzungsprobleme, zu denen es bei konsequenter Anwendung des weiten Verwendungsbegriffs nicht kommen würde.³¹ Zudem ergibt sich aus dem Gesetzesentwurf kein Anlass zu einer Einschränkung des gemeinrechtlichen Verwendungsbegriffs wie der BGH sie vornimmt.³²

In der Abwägung ist es für den Eigentümer gegenüber dem gutgläubigen Besitzer weniger einschneidend, wenn er die Sache verkaufen muss, um die Ansprüche des Besitzers erfüllen zu können, als dem gutgläubigen Besitzer zuzumuten, bei Unumsetzbarkeit des Wegnahmerechts keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu haben.³³ Es ist daher dem weiten Verwendungsbegriff der Literatur zu folgen.

Bei dem Bau der Marina und der Ferienhäuser auf dem Grundstück der R handelt es sich daher um Verwendungen i. S. d. §§ 994 ff BGB. Diese stellen jedoch keine notwendigen Verwendungen i. S. d. § 994 BGB dar, da sie das Grundstück weder erhalten noch der Nutzbarkeit der Sache dienen oder zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache erforderlich sind.

Es könnte sich aber um nützliche Verwendungen i. S. d. § 996 BGB analog handeln. Eine Verwendung gilt grundsätzlich als nützlich, wenn sie den Wert der Sache steigert.³⁴ Fraglich ist aber, welche Kriterien maßgebend für die Bestimmung der Werterhöhung sind.³⁵ Nach einer Ansicht ist die Werterhöhung objektiv nach dem Verkehrswert zu bestimmen.³⁶ Die Marina und die schon

für die Zukunft vermieteten Ferienhäuser steigern objektiv den Wert des Grundstücks. Demnach würde es sich nach der objektiven Theorie um nützliche Verwendungen handeln. Nach der anderen Ansicht kommt es für die Frage, ob eine Werterhöhung vorliegt, auf die Wertsteigerung aus der Sicht des Eigentümers an.³⁷ R möchte das Grundstück in einen riesigen Kirschgarten verwandeln, wozu die Häuser entfernt werden müssten. Die Marina möchte die R weiterhin nutzen. Nach dieser Ansicht wären zumindest die Ferienhäuser daher keine nützlichen Verwendungen.

Eine weitere vermittelnde Ansicht sieht solche Verwendungen als nützlich an, welche sich der Eigentümer nutzbar macht oder deren Nutzbarmachung diesem zumindest zuzumuten ist.³⁸

Im Mittelpunkt der Argumentation der Vertreter der subjektiven Theorie steht wie bei dem engen Verwendungsbegriff der Schutz des Eigentümers vor einer aufgedrängten Bereicherung.³⁹ Die Vertreter der objektiven Theorie berufen sich dagegen auf den Gesetzeswortlaut und das traditionelle Verständnis des „Sachwertes“ als objektiven Verkehrswert.⁴⁰ Beide Positionen begünstigen im Falle von für den Eigentümer subjektiv wertlosen, aber objektiv durchaus wertvollen Verwendungen einseitig entweder den Eigentümer oder den Besitzer. Die vermittelnde Ansicht schafft es, einen Ausgleich zwischen beiden herzustellen. Dies korrespondiert mit dem Ziel der Regelungen der §§ 994 ff. BGB, einen gerechten Ausgleich zwischen Eigentümer und unrechtmäßigem Besitzer herzustellen.⁴¹ Ihr ist deshalb Folge zu leisten. Es kommt daher darauf an, ob es der R zumutbar wäre die Ferienhäuser und die Marina zu ihrem Vorteil zu nutzen.

L möchte die Häuser auf ihrem Grundstück abreißen und aus Sentimentalität einen Kirschgarten darauf errichten. Die von L gebauten Ferienhäuser sind aber schon für mehrere Jahre im Voraus reserviert worden. Über eine Einnahmequelle verfügt die R nicht. Sie ist schon seit einiger Zeit verarmt; das Darlehen bei der Laspa konnte sie nicht mehr bedienen. Die von L vorgenommenen Umbauten am Grundstück würden für R eine lukrative Einnahmequelle und eine Sicherung ihres Lebensunterhalts für die Zukunft bedeuten. Die Nutzbarmachung der Ferienhäuser ist ihr daher zuzumuten. Bezüglich der Mari-

²⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 34; Stadler, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 994 Rn. 16; Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 994 Rn. 3.

²⁹ Klauser, NJW 1965, 513 (514); Canaris, Das Verhältnis der §§ 994 ff. zur Aufwendungskondition nach § 812 BGB, JZ 1996, 344 (348).

³⁰ Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, Vorbem zu §§ 994-1003 Rn. 7; Fritzsche, in: Bamberger/Roth, BGB, 13. Aufl. 2012, § 994 Rn. 19.

³¹ Kindl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Verwendungsersatzansprüche, JA 1996, 201 (202); Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, Vorbem zu §§ 994-1003 Rn. 8.

³² Fritzsche, in: BeckOK-BGB, § 994 Rn. 21; Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, Vorbem zu §§ 994-1003 Rn. 8.

³³ Canaris, JZ 1996, 344 (348).

³⁴ Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 996 Rn. 2; Schulte-Nölke, in: HK-BGB, 7. Aufl. 2011, § 994 Rn. 4.

³⁵ Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 996 Rn. 3; Fritzsche, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 996 Rn. 6.

³⁶ Stadler, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 996 Rn. 1-2; Wester-

mann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 32 Rn. 13.

³⁷ Hoeren/Hilderlink, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Die Schwarzmacher, JuS 1999, 668 (671); Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 996 Rn. 4.

³⁸ Fritzsche, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 997 Rn. 10; Jakobs, Die Begrenzung des Verwendungsersatzes, AcP 167 (1967), 350 (361); Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 26. Aufl. 2011, § 23 Rn. 11.

³⁹ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 996 Rn. 6; Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 996 Rn. 9.

⁴⁰ Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 996 Rn. 8; Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 996 Rn. 6.

⁴¹ Fritzsche, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 994 Rn. 1.

na erklärte die R, sie würde diese gerne selbst betreiben. Die Ferienhäusern sowie die Marina stellen somit nützliche Verwendungen i. S. d. § 996 BGB analog dar.

c) Verwendung vor Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. Bösgläubigkeit § 996 BGB analog

L war zu der Zeit, als er die Marina baute, gutgläubig und die Sache war nicht rechtshängig.

d) Andauernde Werterhöhung durch die Verwendung

Gemäß § 996 BGB analog müsste für eine Erstattung der Kosten für die auf dem Grundstück vorgenommenen Bauten die Werterhöhung durch Ferienhäuser und Marina zum Zeitpunkt der Widererlangung des Grundstücks durch R noch vorhanden sein. Hiervon kann auszugehen werden.

e) Zwischenergebnis

L hat einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Bau der Marina und der Ferienhäuser aus § 996 BGB analog.

3. Anspruch des L auf Wegnahme der Marina gem. § 997 I BGB analog

L könnte zusätzlich zu dem Verwendungersatzanspruch aus § 996 BGB analog ein Recht zur Wegnahme der Marina aus § 997 I BGB haben. Die hierfür vorausgesetzte Vindikationslage liegt vor. Die Marina ist auch wesentlicher Bestandteil des Grundstücks der R geworden (s. o.). Da L selbst auf seinem Grundstück eine Marina bauen möchte, ist sein Anspruch auch nicht nach § 997 II BGB analog wegen Nutzlosigkeit der Wegnahme ausgeschlossen.

Die R könnte den Anspruch des L des Weiteren abwenden, indem sie dem L wenigstens denjenigen Wert ersetzt, den die Marina nach der Abtrennung für L haben würde (§ 997 II BGB analog).

L hat jedoch vorerst einen Anspruch auf Wegnahme der Marina aus § 997 I BGB analog. Die Kosten hierfür hat er selbst zu tragen.⁴²

Der Anspruch auf Wegnahme der Marina aus § 997 I BGB analog begründet allerdings nach ganz herrschender Meinung kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Eigentümer.⁴³ Ein Zurückbehaltungsrecht gewährt der Anspruch aus § 997 BGB analog nur für den Zeitraum, den der Besitzer benötigt, um von seinem Wegnahmerecht Gebrauch zu machen.⁴⁴

⁴² Stadler, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 997 Rn. 5; Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 997 Rn. 24.

⁴³ Fritzsche, in: BeckOK-BGB, § 997 Rn. 15; Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 997 Rn. 6.

⁴⁴ Bassenge, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 997 Rn. 4; Stadler, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 994 Rn. 2.

4. Anspruch des L auf Erstattung der Zahlungen an die Laspa gem. § 994 I BGB analog

a) Vindikationslage

Eine Vindikationslage war gegeben (siehe oben).

b) Vornahme einer notwendigen Verwendung

Es müsste sich bei den von L gemachten Zahlungen an die Laspa um notwendige Verwendungen handeln. Gemäß § 995 S. 1 BGB analog sind notwendige Verwendungen auch Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Lasten i. S. d. § 995 BGB analog meint eine mit der Sache verbundene Leistungspflicht.⁴⁵ Nach § 995 S. 2 BGB analog sind dem Besitzer für die Zeit, in dem ihm die Nutzungen verbleiben, allerdings nur Aufwendungen für solche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind. Damit sind solche Lasten gemeint, die nicht auf die Zeit der Nutzungen bezogen werden können, sondern eine nachhaltigere Wirkung entfalten und üblicherweise nicht aus den laufenden Erträgen bestritten werden können.⁴⁶ L beglich mit seinen Zahlungen an die Laspa die insgesamt fällig gestellte Summe aus der Grundschuld und dem durch diese gesicherten Darlehen. Im Falle der Nichtbegleichung eines Darlehens, welches mit einer Grundschuld gesichert ist, droht die Zwangsversteigerung des gesamten Grundstücks. Bei der Forderung der Laspa handelte es sich daher um eine Last, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen war. Es handelte sich bei den Zahlungen des L daher um notwendige Verwendungen i. S. d. § 994 BGB analog.

c) Vor Rechtshängigkeit und Bösgläubigkeit

L beglich die der Laspa geschuldete Summe am 07.07.2011. Zu diesem Zeitpunkt hatte er noch nicht von der Drohung der W erfahren. L war daher gutgläubig. Des Weiteren war L auch unverklagt.

d) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 994 I BGB analog sind hiermit erfüllt. L hat einen Anspruch auf Erstattung der Zahlungen, die er an die Laspa getätigt hat.

V. Ergebnis zu A

Die R hat einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB gegen L. L hat einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für seine Arbeiten am Gutshaus aus §§ 994 II i. V. m. 683 S. 1, 670 BGB sowie einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Bau der Ferienhäuser und der Marina aus § 996 BGB und auf Erstattung von Teilen der Zahlungen an die Laspa aus § 994 I BGB. Diese Ansprüche kann er der R nach § 1000 S. 1 BGB ent-

⁴⁵ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 995 Rn. 2; Ebbing, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 995 Rn. 2.

⁴⁶ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 995 Rn. 4; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, § 995 Rn. 4.

gegenhalten. Fällig werden diese Ansprüche jedoch erst mit Herausgabe des Grundstücks an R (§ 1001 S. 1 BGB). Die Berichtigung des Grundbuchs müsste daher Zugum-Zug mit der Zahlung der Ansprüche des L durch R von statten gehen.

Das Wegnahmerecht aus § 997 I BGB kann der L der R nur so lange entgegenhalten, wie er Zeit zur Wegnahme der Marina benötigt.

B. Ansprüche der R wegen der Abholzung der Kirschbäume gegen L

R könnte Ansprüche gegen L wegen der Abholzung der auf dem Grundstück befindlichen Kirschbäume haben. Doch nicht nur der L selbst, sondern auch die W hat Kirschbäume auf dem Grundstück der R abgeholzt. Gemäß § 1967 BGB haftet der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten, zu denen auch die Schulden des Erblassers gehören (§ 1967 II BGB). L haftet daher auch für die aufgrund der Abholzung durch W entstandenen Ansprüche der R.

I. Anspruch der R gegen W auf Herausgabe des Erlangten aus §§ 687 II 1 i. V. m. 681 S. 2, 667 BGB

R könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten aus angemaßter Eigengeschäftsführung gegen W haben.

Hierzu müsste W zunächst ein objektiv fremdes Geschäft geführt haben. Ein solches liegt vor, wenn das Geschäft der Natur der Sache nach oder aufgrund seines äußeren Erscheinungsbildes einem fremden Rechts- oder Interessenkreis angehört.⁴⁷ Dies ist zum Beispiel der Fall bei der Veräußerung einer fremden Sache.⁴⁸ W hat einen Teil der auf dem Grundstück befindlichen Kirschbäume abgeholzt und diese verkauft. Die Kirschbäume waren gemäß § 94 I BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks der W, da sie fest mit dem Boden zusammenhingen. Sie befanden sich aufgrund der nichtigen Schenkung weiterhin im Eigentum der R. W hat somit eine fremde Sache veräußert und damit ein objektiv fremdes Geschäft geführt. Des Weiteren müsste W das Geschäft in dem Wissen, ein fremdes Geschäft zu führen und mit der Absicht, das Geschäft im eigenen Interesse zu führen, gehandelt haben.

W wusste, dass die R ihr das Grundstück nur auf Grund ihrer Drohung überlassen hatte. Sie kannte daher die Anfechtbarkeit der Schenkung. Die Kenntnis der Anfechtbarkeit des vermeintlich zur Geschäftsführung be-

rechtigenden Geschäfts reicht hier aus (siehe oben).⁴⁹ Die W wusste somit, dass sie ein fremdes Geschäft führte, indem sie die Kirschbäume abholzte und an H verkaufte.

Des Weiteren müsste W auch mit Eigengeschäftsführungswillen gehandelt haben. Hiermit ist gemeint, dass der Geschäftsführer gerade nicht im Sinne eines Fremdgeschäftsführungswillens für den Geschäftsherrn, sondern in eigennützigem Absicht handelt. Es kommt darauf an, ob der Geschäftsführer nach dem Sinn seines Tuns die Wahrnehmung fremder Interessen bezweckt, also fremdnützig für einen anderen tätig wird, oder ob er eigennützig, also im eigenen Interesse, handelt.⁵⁰ W fällte und verkaufte das Kirschbaumholz, um die Erwerbskosten für das Grundstück und die darauf lastende Grundschuld bezahlen zu können. Hierbei handelt es sich um notwendig vorzunehmende Zahlungen, die dem Eigentumserwerb der W bei Nichtbegleichung im Wege stehen würden. Die W handelte daher mit Eigengeschäftsführungswillen.

W war darüber hinaus weder von der R beauftragt worden noch oder anderweitig zu Abholzung und Verkauf der Kirschbäume berechtigt.

R hat daher gemäß §§ 687 II 1 i. V. m. 681 S. 2, 667 BGB den durch den Verkauf der Kirschbäume erzielten Erlös an R herauszugeben.

II. Anspruch der R gegen W auf Nutzungsherausgabe aus § 987 I i. V. m. 990 I BGB analog

Des Weiteren könnte R einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987 I i. V. m. 990 I BGB analog gegen W haben.

R ist aufgrund der angefochtenen Schenkung Eigentümerin des Grundstücks geblieben, während W die unmittelbare Herrschaft über das Grundstück ausübte, obwohl sie kein Recht zum Besitz hatte. Auch zwischen W und R bestand daher eine Vindikationslage. W müsste des Weiteren auch Nutzungen gezogen haben. Gemäß § 100 BGB sind Nutzungen unter anderem die Früchte einer Sache oder eines Rechts. Früchte einer Sache sind nach § 99 I BGB die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Bäume gelten als Erzeugnisse des Bodens, wenn sie nach § 94 I BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks waren.⁵¹ Die ist hier der Fall (s. o.). Die von W abgeholzten Kirschbäume stellen da-

⁴⁹ Mansel, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 687 Rn. 7.

⁵⁰ Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 687 Rn. 31; Seiler, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 687 Rn. 3.

⁵¹ Stresemann, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 99 Rn. 2; Vieweg, in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 99 Rn. 4.

⁴⁷ Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 677 Rn. 5; Mansel, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 677 Rn. 3.

⁴⁸ Sprau, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 677 Rn. 4; RGZ 138, 45 (48 f.).

her Nutzungen i. S. d. § 987 I BGB analog dar. Die W war auch bösgläubig i. S. d. § 990 I BGB (s. o.). Sie hat daher der R gemäß §§ 987 I i. V. m. 990 BGB analog die gezogenen Nutzungen (die Kirschbäume) herauszugeben.

Die Kirschbäume wurden inzwischen allerdings unwie-derbringlich verarbeitet. Ist eine Herausgabe der gezogenen Nutzungen nicht mehr möglich, so hat der Besitzer Wertersatz zu leisten, sofern der Gegenwert der Nutzungen noch in seinem Vermögen vorhanden ist.⁵² Die W hat mit den Erträgen aus dem Holzverkauf die Erwerbskosten sowie die Schenkungsteuer für das Grundstück bezahlt. Hierbei handelt es sich um Ausgaben, die W von Gesetzes wegen tätigen musste, um das Grundstück der R zu erhalten. Der Wert der Kirschbäume ist daher noch in ihrem Vermögen vorhanden. Die W hat deshalb Wertersatz für die abgeholzten Kirschbäume zu leisten.⁵³

III. Anspruch der R gegen L auf Nutzungsherausgabe § 988 BGB analog

R könnte des Weiteren einen Anspruch auf Nutzungsherausgabe gem. § 988 BGB analog gegen L haben. Zwischen R und L bestand eine Vindikationslage (s. o.). Des Weiteren müsste L Nutzungen gezogen haben. Wie W hat auch der L Nutzungen gezogen, indem er die Kirschbäume abholzte. Da L dachte, er sei durch eine Erbschaft Eigentümer des Grundstücks der L geworden, besaß er dies als Eigenbesitzer. Da er das Grundstück durch eine vermeintliche Erbschaft erworben hatte, hat er es auch unentgeltlich erworben.

Gemäß § 988 BGB analog hat er daher die gezogenen Nutzungen nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. § 988 BGB enthält insoweit einen Rechtsfolgenverweis.⁵⁴ Da auch in seinem Fall die Kirschbäume inzwischen verarbeitet wurden, hat L daher nach § 818 II BGB Wertersatz zu leisten.

IV. Anspruch der R gegen W auf Schadensersatz gem. §§ 990 I 1 i. V. m. 989 BGB analog

R könnte zudem einen Anspruch gegen W auf Schadensersatz aus §§ 990 I 1 i. V. m. 989 BGB analog haben. Eine Vindikationslage zwischen W und R als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 990, 989 BGB analog bestand (s. o.). Die W war nicht i. S. d. § 989 BGB analog von R verklagt. Daher kommt es darauf an, ob W im Zeitpunkt, als sie den Besitz über das Grundstück erlangte, gewusst oder grob fahrlässig nicht gewusst hat,

dass sie kein Recht zum Besitz gegenüber der Eigentümerin R hatte (§ 990 I BGB analog).

W wusste aufgrund der von ihr ausgesprochenen Drohung zumindest von der Anfechtbarkeit der Grundstücksübergang. Dieses Wissen ist ihr als positive Kenntnis der Nichtigkeit des sie berechtigenden Rechtsgeschäfts zur Last zu legen (s. o.). Sie war daher bösgläubig i. S. d. § 990 I BGB analog. Da W Kirschbäume auf dem Grundstück der W abgeholzt hat, die gem. § 94 I BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks waren (s. o.), hat sich das Grundstück auch i. S. d. § 989 BGB analog durch das Verschulden der W verschlechtert. Die W hat daher gemäß der §§ 249 ff. BGB Schadensersatz zu leisten.

V. Anspruch der R gegen W und L auf Herausgabe des Erlangten gem. § 816 I 1 BGB

R könnte einen Anspruch wegen Verfügung eines Nichtberechtigten aus § 816 I 1 BGB gegen W und auch gegen L haben.

W und L müssten eine Verfügung getroffen haben. Verfügung i. S. d. § 816 I 1 BGB ist jedes Rechtsgeschäft, dass die dingliche Rechtslage durch Übertragung, Aufhebung, Belastung oder inhaltliche Umgestaltung unmittelbar ändert.⁵⁵

Sowohl W als auch L haben mit H einen Kaufvertrag über die abgeholzten Kirschbäume geschlossen und diese in der Folge übereignet. Eine Übereignung ist eine Verfügung i. S. d. § 816 I 1 BGB, da sie ein dingliches Recht überträgt und somit unmittelbar ändert. Da W und L weder Eigentümer der Bäume (s. o.) noch gem. § 185 I BGB zum Verkauf ermächtigt waren, waren beide Nichtberechtigte i. S. d. § 816 I 1 BGB. Diese Verfügung erfolgte auch entgeltlich gem. § 816 I 1 BGB aufgrund eines mit H geschlossenen Kaufvertrags.

Anlass zur Annahme, dass H wusste, dass W oder L nicht Eigentümer der Bäume waren, besteht nicht. Der H hat daher die Kirschbäume aufgrund gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1 BGB rechtmäßig erworben. Die Verfügungen von W und L sind demnach auch gegenüber R wirksam geworden. Gemäß § 816 I 1 BGB haben W und L deshalb den aus dem Verkauf der Kirschbäume erlangten Ertrag herauszugeben.

⁵² *Ebbing*, in: Erman, 13. Aufl. 2011, § 987 Rn. 18; *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 987 Rn. 67-68.

⁵³ *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 987 Rn. 68; *Baldus*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 987 Rn. 21.

⁵⁴ *Berger*, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 988 Rn. 3; *Jacoby/von Hinden*, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 988 Rn. 5.

⁵⁵ *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 816 Rn. 4; *Schwab*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 816 Rn. 9.

VI. Anspruch der R gegen W auf Schadensersatz aus Delikt gem. § 992 i. V. m. § 823 I BGB analog

R könnte einen Anspruch gegen W auf Schadensersatz aus Delikt gem. § 992 i. V. m. § 823 I BGB analog haben. Eine den Anwendungsbereich des § 992 BGB eröffnende Vindikationslage lag vor. Die W müsste sich zudem durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat den Besitz am Grundstück der R verschafft haben. W hat der R damit gedroht, wenn diese ihr das Grundstück nicht schenke, würde sie das Gutshaus niederbrennen und dabei keine Rücksicht auf das Leben der R nehmen. Daraufhin überließ R ihr das Grundstück. Sie erlitt dadurch einen Vermögensschaden, während W bereichert wurde. Der subjektive und objektive Tatbestand der Erpressung gemäß § 253 I StGB ist daher erfüllt. Die W hat somit eine Straftat zum Nachteil der R begangen. Gemäß § 992 BGB sind daher die §§ 823 ff. BGB anwendbar.⁵⁶ Fraglich ist deshalb, ob R einen Anspruch auf Schadensersatz gegen W gemäß § 823 I BGB hat.

Durch die Abholzung der Bäume wurde das Eigentum und damit eine geschützte Rechtsposition der R verletzt. Diese Verletzung beruhte adäquat kausal auf dem positiven Tun, der Abholzung und dem anschließenden Verkauf der Kirschbäume, durch W. Die Rechtswidrigkeit der Verletzung einer geschützten Rechtsposition wird indiziert.⁵⁷ R handelte auch schuldhaft. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe zugunsten der W sind nicht ersichtlich. W hat durch das Handeln der W einen Schaden in Höhe des Wertes der abgeholzten Kirschbäume erlitten. R hat daher einen Anspruch gegen W auf Schadensersatz gemäß § 992 i. V. m. § 823 I BGB analog.

VII. Anspruch der R gegen W auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i. V. m. § 253 I StGB

Der Tatbestand des § 253 I StGB ist erfüllt (s. o.). Dieser stellt ein Schutzgesetz zugunsten der R dar. Die R hat daher einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II BGB i. V. m. § 253 I StGB gegen W.

VIII. Anspruch der R gegen W auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB

R hat W das Grundstück nur aufgrund der vorsätzlichen Erpressung durch W schenkungsweise überlassen. Eine Erpressung ist ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden und damit eine sittenwidrige Handlung i. S. d. § 826 BGB.⁵⁸ Die R hat daher

einen Anspruch auf Schadensersatz gegen W aus § 826 BGB.

IX. Ergebnis zu B

R hat Ansprüche gegen L gemäß § 988 BGB analog auf Nutzungsherausgabe sowie auf Herausgabe des Erlangten gem. § 816 I 1 BGB. Des Weiteren hat R Ansprüche gegen W aus §§ 687 II 1 i. V. m. 681 S. 2, 667 BGB und § 816 I 1 BGB auf Herausgabe des Erlangten, auf Nutzungsherausgabe gem. § 987 I i. V. m. 990 I BGB analog und auf Schadensersatz aus §§ 990 I 1 i. V. m. 989 BGB analog; 992 i. V. m. 823 I BGB analog; 823 II BGB und 826 BGB. Für diese Ansprüche hat der L der R aufgrund des § 1967 BGB einzustehen.

C. Anspruch der R gegen L auf Beseitigung der Ferienhäuser sowie den Rückbau des Grundstücks, § 1004 I BGB

R könnte gegen L einen Anspruch auf Beseitigung der Ferienhäuser sowie den Rückbau des Grundstücks gemäß § 1004 I BGB haben.

I. Eigentum der R

R war Eigentümerin des Grundstücks.

II. Rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums

L müsste das Eigentum der R beeinträchtigt haben. Beeinträchtigung i. S. d. § 1004 BGB ist jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers (vgl. § 903 BGB) mit Ausnahme der Entziehung oder Vorenthaltung der Sache.⁵⁹ L hat Ferienhäuser und einen Golfplatz auf dem Grundstück der R gebaut. Diese stehen im Widerspruch zu den Plänen der R, einen Kirschgarten auf ihrem Grundstück zu errichten. Da die R gem. § 903 BGB mit ihrem Grundstück nach Belieben verfahren kann, beeinträchtigen sie daher die umfassende Herrschaftsmacht und damit das Eigentumsrecht der R. Die Beeinträchtigung müsste nach der ganz herrschenden Meinung zudem rechtswidrig sein.⁶⁰ Gründe zur Annahme, dass der Eingriff des L in das Eigentumsrecht der R nicht rechtswidrig war, liegen hier nicht vor. Eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums der R liegt daher vor.

⁵⁶ Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 992 Rn. 4; Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 992 Rn. 1.

⁵⁷ Sprau, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 823 Rn. 59.

⁵⁸ BGH NJW 1991, 913 (914); Katzenmeier, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 826 Rn. 2.

⁵⁹ Bassenge, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 6; Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 4.

⁶⁰ Keukenschrijver, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 77; Bassenge, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 12.

III. R als Störer und Anspruchsgegner

R müsste auch Störer i. S. d. § 1004 BGB sein. Störer ist derjenige, dem die Beeinträchtigung zugerechnet werden kann.⁶¹ Rechtsprechung und Literatur unterscheiden hier zwischen dem sog. Handlungsstörer und dem Zustandsstörer. Handlungsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung durch sein Verhalten, das heißt ein positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen, adäquat verursacht hat.⁶² Bei einem Zustandsstörer handelt es sich um jemanden, durch dessen Willen der eigentumsbeeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird, von dessen Willen also die Beseitigung dieses Zustandes abhängt.⁶³ L hat auf dem Grundstück der R mehrere Ferienhäuser und eine Marina gebaut. Er hat dadurch die Beeinträchtigung des Eigentums der R durch eine Handlung adäquat verursacht. L ist somit Handlungsstörer und mithin Anspruchsgegner der R.

IV. Keine Duldungspflicht der R § 1004 II BGB

Eine Berechtigung des L zur Bebauung bzw. Umgestaltung des Grundstücks ist nicht ersichtlich. Die R trifft daher keine den Anspruch ausschließende Duldungspflicht gem. § 1004 II BGB.

V. Rechtsfolge

Die R hat einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung durch L aus § 1004 I 1 BGB. Grundsätzlich ist dieser Anspruch nur auf die Beseitigung der Beeinträchtigung und deren Ursachen gerichtet, nicht auch auf die Beseitigung deren Folgen.⁶⁴ Fraglich ist, wie weit dieser Beseitigungsanspruch im Einzelnen reicht.

Nach der sogenannten *actus-contrarius*-Theorie hat der Störer den Erfolg der Störung rückgängig und für die Zukunft wirkungslos zu machen.⁶⁵ Hiernach müsste L die von ihm gebauten Häuser abreißen sowie Golfplatz und Warften beseitigen.

Die vom BGH vertretene Wiederbenutzbarkeitstheorie geht hier weiter. Demnach hat der Störer nicht nur die Störungsquelle zu beseitigen, sondern auch die Benutzbarkeit des Grundstücks wiederherzustellen. Dies meint die spurlose Beseitigung der Störung.⁶⁶ L müsste also

nicht nur die Gebäude, den Golfplatz und die Warften abreißen, sondern den Zustand wiederherstellen, den das Grundstück vor den Umbauten hatte. Die R könnte also den vollständigen Rückbau der Umgestaltung des Grundstücks verlangen.

Nach der von Eduard Picker begründeten Ursupations-*theorie* liegt die von § 1004 BGB vorausgesetzte Beeinträchtigung in der Inanspruchnahme (Ursupation) des fremden Eigentums.⁶⁷ Hiernach fordert der Beseitigungsanspruch aus § 1004 I BGB lediglich den Rückzug des Störers in seinen eigenen Rechtskreis. Er muss die tatsächliche Inanspruchnahme (Ursupation) des fremden Eigentums beenden.⁶⁸ Hiernach wäre es ausreichend, wenn L das Grundstück der R verlässt. Ein Abriss oder Rückbau wäre nicht erforderlich.

Hauptkritikpunkt an der Ursupationslehre ist, dass sie die Erfüllung des Beseitigungsanspruchs durch den Störer durch bloße Dereliktion ermöglicht,⁶⁹ denn der Störer braucht einzig den von ihm in Anspruch genommenen Rechtskreis verlassen. Des Weiteren ermöglicht sie einen Beseitigungsanspruch nur gegen fortdauernde Beeinträchtigungen.⁷⁰ Eine einmalige Beeinträchtigung durch z. B. das Abladen von Müll auf einem Grundstück in der Absicht es loszuwerden, würde demnach keinen Beseitigungsanspruch begründen. Dies widerspricht dem allgemeinen Verständnis einer Störungsbeseitigung. Die Ursupationstheorie nach Picker ist deshalb abzulehnen.

Problematisch an der Wiederbenutzbarkeitstheorie des BGH ist, dass sie die geforderte Beseitigung im Endeffekt mit dem aus § 823 I BGB zu leistenden Schadensersatz gleichsetzt. Gerade zwischen diesen beiden muss jedoch unterschieden werden, da § 832 I BGB im Gegensatz zu § 1004 BGB ein Verschulden des Anspruchsgegners voraussetzt. Es käme ansonsten zu der Statuierung einer verschuldensunabhängigen, umfassenden Haftung des Störers.⁷¹

Es ist daher der *actus-contrarius*-Theorie zu folgen.

Die R hat mithin einen Anspruch auf Abriss der von L vorgenommenen Änderungen am Grundstück, jedoch nicht auf einen vollkommenen Rückbau der Umgestaltung des Grundstücks.

⁶¹ Wolf/Wellenhofer, SachenR, 26. Aufl. 2011, § 24 Rn. 15; Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 149.

⁶² Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 4; Keukenschrijver, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 44.

⁶³ Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 155; Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 1004 Rn. 94.

⁶⁴ Keukenschrijver, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 87; Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 7.

⁶⁵ Münch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 302; Baldus, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 225.

⁶⁶ Wenzel, Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, JuS 2005, 241 (243); Jacoby/von Hinden, in: Krophol-

ler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 6.

⁶⁷ Wolf/Wellenhofer, SachenR, 26. Aufl. 2011, § 24 Rn. 37; Lennartz, Störungsbeseitigung und Schadensersatz, 1998, S. 39.

⁶⁸ Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 157; Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2013, § 1004 Rn. 140.

⁶⁹ Münch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 186.

⁷⁰ Wolf/Wellenhofer, SachenR, 26. Aufl. 2011, § 24 Rn. 37.

⁷¹ Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 7; Keukenschrijver, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 92.

VI. Ergebnis zu C

R hat einen Anspruch aus § 1004 I BGB gegen L auf Abriss der von L gebauten Ferienhäuser; allerdings schuldet dieser ihr nicht den vollkommenen Rückbau der Umgestaltungen am Grundstück.

D. Anspruch der R gegen L auf Ersatz der Hotelübernachtungskosten

I. Anspruch der R gegen L aus Geschäftsanmaßung gem. §§ 687 II i. V. m. 678 BGB

R könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 687 II, 678 BGB gegen L haben.

L müsste zunächst ein objektiv fremdes Geschäft geführt haben. Aufgrund der Nichtigkeit der Übereignung des Grundstücks an W ist L Eigentümerin desselben geblieben. Zu diesem Grundstück gehört gemäß § 94 I BGB auch das Gutshaus, in dem R wohnt. L hat die Elektroanlage dieses Hauses repariert, ohne dass er einen Werkvertrag mit der L geschlossen hatte. Er hat somit in fremdes Eigentum eingegriffen und mithin ein objektiv fremdes Geschäft geführt (siehe oben).

Ferner müsste L in dem Wissen, ein fremdes Geschäft zu führen, und mit Eigengeschäftsführungswillen gehandelt haben. L hatte zum Zeitpunkt der Reparatur schon durch den Tagebucheintrag der W erfahren, dass W der R gedroht hatte. Er kannte daher die Anfechtbarkeit der Schenkung und ist deshalb so zu behandeln, als hätte er die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung gekannt (§ 142 II BGB, siehe oben). L handelte zudem in eigennütziger Absicht, da er durch die Reparatur der Elektroanlage sein persönliches Verhältnis zu R verbessern wollte.

L war zu den Reparaturarbeiten am Gutshaus nicht von R beauftragt worden oder in anderer Weise berechtigt.

Die Voraussetzungen des § 687 II BGB liegen damit vor. Bei § 687 II 2 BGB handelt es sich um einen Rechtsfolgenverweis. Der Eigentümer, hier die R, kann daher alle in § 687 II BGB genannten Ansprüche geltend machen.⁷²

L hat daher gemäß §§ 687 II 1 i. V. m. 681 S. 2, 667 BGB den der R durch die Geschäftsführung entstandenen Schaden zu ersetzen. Dieser erfasst alle adäquat kausal auf der Geschäftsführung beruhenden Schäden.⁷³

⁷² Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 687 Rn. 42; Sprau, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 687 Rn. 3.

⁷³ Gehrlein, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 678 Rn. 4; Dornis, in: Erman, 13. Aufl. 2011, § 678 Rn. 5.

R hat bei der Reparatur einen durch einen Kurzschluss bedingten Schwelbrand verursacht, wodurch das Gutshaus unbewohnbar wurde. Die R musste sich deshalb ein Hotelzimmer nehmen. Auch die Kosten für das Hotelzimmer der R im Dorfgasthof sind daher von L zu ersetzen.

II. Anspruch der R gegen L aus § 989 i. V. m. § 990 I BGB analog

Eine Vindikationslage zwischen R und L lag vor (s. o.). Des Weiteren kam es durch den von L verursachten Schwelbrand zur Verwüstung des Gutshauses und deshalb zu einer vorübergehenden Unbewohnbarkeit desselben. Dies stellt eine von L verschuldete Verschlechterung des Gutshauses i. S. d. § 989 BGB dar. L reparierte das Gutshaus, nachdem er bösgläubig wurde (§ 990 I BGB) (s. o.). L hat daher der R Schadensersatz zu leisten. Gemäß § 249 I BGB hat er den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Hätte L nicht durch die fehlgehende Reparatur der Elektroanlage einen Schwelbrand verursacht und damit das Haus vorübergehend unbewohnbar gemacht, so hätte R sich kein Hotel nehmen müssen. Auch die Kosten für die Übernachtung im Hotelzimmer sind daher vom von L zu leistenden Schadensersatz erfasst.

R hat demnach gemäß § 989 i. V. m. § 990 I BGB analog einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Unterkunft im Dorfgasthof.

III. Ergebnis zu D

R hat gemäß §§ 687 II, 678 BGB und gemäß § 989 i. V. m. § 990 I BGB analog einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Unterkunft im Dorfgasthof.

E. Anspruch der R gegen F auf Zahlung von 200.000 €

I. Anspruch der R gegen F auf Herausgabe des Erlangten aus angemaßter Geschäftsführung gem. §§ 687 II i. V. m. 681 i. V. m. 667 BGB

R könnte einen Anspruch gegen F aus angemaßter Geschäftsführung gem. §§ 687 II i. V. m. 681 i. V. m. 667 BGB wegen des Verkaufs der Parzelle an K haben.

1. Führung eines objektiv fremden Geschäfts

F müsste ein objektiv fremdes Geschäft geführt haben. F hat das von L erworbene Grundstück für 200.000 € am 01.12.2012 an K verkauft und übereignet. Dies wäre kein

objektiv fremdes Rechtsgeschäft, wenn F rechtmäßiger Eigentümer der Parzelle war und somit eine Verfügung über sein eigenes Grundstück getroffen hätte. Fraglich ist daher, ob F Eigentümer der Parzelle war.

Ursprünglicher Eigentümer der Parzelle als Teil des Ursprungsgrundstücks war R. Diese hat das Eigentum am Grundstück und damit auch an der Parzelle weder an W noch an L verloren (siehe oben unter A).

F hat das Grundstück am 30.10.2012 für 100.000 € von L erworben. Die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch am 15.11.2012 erfolgten den Regeln der §§ 873 I, 925 I BGB entsprechend. L war jedoch, wie schon oben erwähnt, nicht Eigentümer der Parzelle, noch hatte R in den Verkauf der Parzelle eingewilligt. R war somit nicht zur Übereignung des Teilgrundstücks berechtigt. Infrage kommt daher nur ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks durch F gem. § 892 BGB.

F wollte das Grundstück durch Rechtsgeschäft gem. § 873 BGB erwerben. Bei dem Geschäft zwischen F und L handelte es sich auch um ein Verkehrsgeschäft. Zudem war L als Voreigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. R müsste des Weiteren keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehabt haben.

F hatte am 10.10.2012 das Tagebuch der W im Gartenhaus entdeckt. Hierdurch erfuhr er von der Drohung der W und der nur hierdurch veranlassten Schenkung des Grundstücks der R an W. F kannte somit zumindest die Anfechtbarkeit des L vermeintlich berechtigenden Rechtsgeschäfts und ist somit so zu behandeln, als hätte er die Nichtigkeit des L berechtigenden Rechtsgeschäfts und somit die Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt (vgl. § 142 II BGB).⁷⁴ F war somit bösgläubig.

F konnte daher die Parzelle nicht aufgrund der Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs an Grundstücken rechtmäßig erwerben, er ist nicht Eigentümer geworden. R war weiterhin Eigentümerin der Parzelle.

F hat durch Verkauf und Auflassung der Parzelle an K somit in das Eigentum der R, also in einen fremden Rechtskreis eingegriffen. Es handelt sich daher der Natur der Sache nach um ein objektiv fremdes Geschäft des F.

2. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

F war nicht beauftragt oder anders zur Veräußerung des Grundstücks berechtigt (s. o.).

3. Eigengeschäftsführungswille des F

F wollte sich durch den Verkauf des Grundstücks der Parzelle entledigen, um nichts mehr mit der Erpressung

zum Nachteil der W zu tun zu haben. Er handelte daher mit Eigengeschäftsführungswillen.

4. Kenntnis der Fremdheit des Geschäfts

Wie oben erläutert wusste F, dass es sich um ein fremdes Geschäft handelt.

5. Rechtsfolge

F hat gemäß §§ 687 II i. V. m. 681 S. 2 i. V. m. 667 BGB der R das Erlangte herauszugeben. Diese Herausgabepflicht umfasst die Gesamtheit des von F Erlangten.⁷⁵

R hat daher einen Anspruch auf Herausgabe der erlangten 200.000 € gegen F.

II. Anspruch der R gegen F auf Herausgabe des Erlangten aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 816 I 1 BGB

R könnte einen Anspruch gegen F auf Herausgabe des Erlangten aus § 816 I 1 BGB haben, wenn dieser als Nichtberechtigter eine entgeltliche Verfügung getroffen hat, die der Berechtigten R gegenüber wirksam geworden ist.

1. Verfügung

Indem F die Parzelle gemäß §§ 873, 925 BGB an K übereignet hat, hat dieser eine Verfügung i.S.d § 816 I 1 BGB getroffen (siehe oben).

2. Durch einen Nichtberechtigten

F war auch nicht zur Verfügung über die Parzelle berechtigt (siehe oben).

3. Entgeltlich

F erhielt aufgrund des Kaufvertrags mit K 200.000 € als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks. Die Verfügung erfolgte daher entgeltlich.

4. Wirksamkeit der Verfügung dem Berechtigten gegenüber

Die Übereignung des Grundstücks an K müsste auch der R als Eigentümerin und somit der Berechtigten gegenüber wirksam geworden sein.

F hat das Grundstück am 01.12.2012 für 200.000 € an K verkauft. Der K wurde sodann am 15.12.2012 als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen und ihm wurde das Grundstück übergeben. F war jedoch nicht Eigentümer der Parzelle noch anders zur Übereignung des Grundstücks berechtigt. Fraglich ist daher, ob K aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb an Grundstücken Eigentum an der Parzelle erwerben konnte (vgl. § 892 BGB).

⁷⁴ Lorenz, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 892 Rn. 28.

⁷⁵ Mansel, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 667 Rn. 6; Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 667 Rn. 17.

Es handelt sich bei der Übereignung des Grundstücks als Erfüllung eines Kaufvertrages zwischen F und K um ein Rechtsgeschäft gem. § 873 BGB. Die war auch ein Verkehrsgeschäft und F war als Voreigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Anlass zur Annahme, K habe Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gehabt, besteht nicht. Widersprüche gegen die Richtigkeit des Grundbuchs waren nicht im Grundbuch vermerkt. K wurde auch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

K hat daher das Eigentum an der Parzelle gutgläubig von F erworben.

Die Verfügung des F ist damit der Berechtigten R gegenüber wirksam geworden.

5. Rechtsfolge

R hat einen Anspruch gegen F auf Herausgabe des Erlangten. Strittig ist, ob „das Erlangte“ i. S. d. § 816 I 1 BGB auch den aus der Verfügung des Nichtberechtigten erlangten Gewinn umfasst.⁷⁶

Nach der einen Ansicht umfasst der Anspruch aus § 816 I 1 BGB auf Herausgabe des Erlangten wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag auch den vom Verfügenden erlangten Gewinn.⁷⁷ Demnach hätte F der R die aus dem Verkauf der Parzelle erlangten 200.000 € herauszugeben.

Nach anderer Ansicht hat der Nichtberechtigte nur den objektiven Verkehrswert der Sache, über die er seine Verfügung getroffen hat, herauszugeben.⁷⁸ Dann müsste F der R nur 100.000 € zahlen.

Die Vertreter der zuletzt genannten Meinung führen zur Begründung ihrer Ansicht den Wortlaut des § 816 I BGB an. Dieser verlangt die Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten. Durch die Verfügung, so die Argumentation, hätte der Verfügende aber lediglich die Befreiung von dem zur Verfügung verpflichtenden Kausalgeschäft erlangt. Da diese Schuldbefreiung nicht mehr herausgegeben werden könne, habe der Schuldner demnach gem. § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Der Wert der herauszugebenden Schuldbefreiung sei der objektive Verkehrswert des Verfügungsgegenstandes.⁷⁹

Auch die andere Ansicht beruft sich jedoch auf den Wortlaut des § 816 I 1 BGB. Der Gesetzgeber habe hier bloß eine unglückliche Formulierung gewählt. Aus dem

⁷⁶ *Jacoby/von Hinden*, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 816 Rn. 3; *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2007, § 816 Rn. 23.

⁷⁷ BGHZ 29, 158 (159); *Schulze*, in: Hk-BGB, 7. Aufl. 2011, § 816 Rn. 9.

⁷⁸ *Schwab*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 816 Rn. 39; *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2007, § 816 Rn. 25.

⁷⁹ *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 816 Rn. 15; *Schwab*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 816 Rn. 39.

natürlichen Verständnis der Norm ergäbe sich aber unzweifelhaft, dass der Nichtberechtigte zur Herausgabe des gesamten durch die Verfügung Erlangten verpflichtet werden solle.⁸⁰ Diese Annahme wird gestützt durch die Gesetzesmaterialien.⁸¹ Zudem ist es das Recht des Eigentümers, seine Sache gewinnbringend zu Geld zu machen. Es erscheint daher unbillig, dem unrechtmäßigen Besitzer einen Gewinn zu überlassen, den er aus der Verfügung über einen fremden Gegenstand erlangt hat.⁸²

Des Weiteren stellt § 816 I 1 BGB einen Anspruch dar, der grundsätzlich auch neben einem Anspruch aus Vindikationslage gem. § 993 BGB entstehen kann. Für eine Herausgabe des gesamten Erlangten spricht daher auch der Umstand, dass der Besitzer im Rahmen des § 993 BGB auch die gezogenen Übermaßfrüchte herauszugeben hätte.⁸³ Zudem erfährt der gutgläubige, unverklagte Verfügende durch die Anwendung des § 818 III BGB ausreichenden Schutz.⁸⁴ Die besseren Argumente sprechen daher für die Annahme, der Nichtberechtigte habe das gesamte durch die Verfügung Erlangte herauszugeben, also auch einen durch die Verfügung erlangten Gewinn.

F hat daher der R den aus dem Verkauf der Parzelle an K erlangten Erlös von 200.000 € herauszugeben.

III. Zwischenergebnis

R hat einen Anspruch gegen F auf Herausgabe der erlangten 200.000 € aus §§ 687 II i. V. m. 681 i. V. m. 667 BGB sowie aus § 816 I 1 BGB.

IV. Beschränkung des Herausgabeanpruches der R durch die Schadensersatzzahlung des L

L hat der R im Vorfeld für den Verlust der Parzelle 100.000 € Schadensersatz gezahlt. Mit der Herausgabe des Verkaufserlöses durch F würde R also insgesamt 300.000 € erlangen. Anders läge der Fall, wenn L und F Gesamtschuldner i. S. d. § 421 BGB wären. Denn dann wäre durch die Zahlung des L der Anspruch der R gegen F gem. §§ 362 I i. V. m. 422 I 1 BGB teilweise erloschen.

Voraussetzungen für eine Gesamtschuldnerschaft gem. § 421 BGB ist zunächst eine Schuldnermehrheit, in der jeder auf das Ganze verpflichtet ist und der Gläubiger die Leistung nur einmal verlangen darf.

⁸⁰ BGHZ 29, 158 (159); *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 816 Rn. 15.

⁸¹ *Schwab*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 816 Rn. 37; *von Sachsen Gessaphe*, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 816 Rn. 17.

⁸² *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2007, § 816 Rn. 24; *Schwab*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 816 Rn. 38.

⁸³ *Von Sachsen Gessaphe*, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2011, § 816 Rn. 19; *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 816 Rn. 16.

⁸⁴ *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 816 Rn. 18; *Hadding*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 816 Rn. 20.

L schuldete der R Schadensersatz in Höhe von 100.000 €, F Herausgabe der erlangten 200.000 € aus §§ 687 II i. V. m. 681 i. V. m. 667 BGB sowie § 816 I 1 BGB (s. o.). Eine Schuldnermehrheit liegt hier vor.

Weiterhin müssten F und L „eine Leistung“ zu erbringen haben, wobei jeden die volle Leistungspflicht trifft. Vorliegend bestehen unterschiedliche Ansprüche der R mit unterschiedlicher Höhe. Fraglich ist, ob dennoch eine einheitliche Leistungspflicht i. S. d. § 421 BGB angenommen werden kann.

Rechtsprechung und Literatur sind sich über den Wortlaut des § 421 BGB hinausgehend darüber einig, dass für das Vorliegen „einer“ Leistung im Sinne des § 421 BGB ausreichend ist, dass die verschiedenen Verpflichtungen der Schuldner auf die Befriedigung desselben Leistungsinteresses abzielen.⁸⁵ Des Weiteren ist auch nicht erforderlich, dass die zu begleichenden Verpflichtungen in Höhe oder Rechtsgrundlage identisch sind.⁸⁶ Alle der R zugewiesenen Ansprüche entstanden aufgrund einer Eigentumsverletzung der R, indem erst L und dann F dieselbe, vom Ursprungsgrundstück abgetrennte Parzelle verkauften. Die Ansprüche der R zielen daher auf dasselbe Leistungsinteresse, „eine“ Leistung i. S. d. § 421 BGB liegt daher vor. Die R kann einen Ersatz für ihre Parzelle auch nur einmal fordern. Andernfalls könnte die R aus der nichtberechtigten Verfügung einen unbillig erscheinenden Vorteil ziehen.⁸⁷

Die nach dem Wortlaut des § 421 BGB geforderten Voraussetzungen für eine Gesamtschuld sind mithin erfüllt.

Nach herrschender Ansicht müssen jedoch für die Annahme einer Gesamtschuld die von den Schuldnern geforderten Verbindlichkeiten zusätzlich auf „gleicher Stufe“ stehen.⁸⁸ Die Gleichstufigkeit fehlt dann, wenn der eine Schuldner typischerweise vorrangig haften soll und die andere Verpflichtung nur nachrangig oder subsidiär besteht.⁸⁹

Die Verpflichtungen von L und F beruhen beide auf einer selbständigen Eigentumsverletzung durch die Verfügung über die Parzelle gegenüber R. Die Verpflichtungen von L und F stehen daher auf gleicher Stufe. F und L haften mithin als Gesamtschuldner i. S. d. § 421 BGB.⁹⁰

⁸⁵ Bydlinski, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 421 Rn. 5; *Jacoby/von Hinden*, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 421 Rn. 11.

⁸⁶ BGHZ 43, 227 (233); *Ehmann*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 421 Rn. 11.

⁸⁷ *Lorenz*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2007, § 816 Rn. 26.

⁸⁸ *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 421 Rn. 8; *Bydlinski*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 421 Rn. 12.

⁸⁹ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 421 Rn. 7; *Jacoby/von Hinden*, in: Kropholler, BGB, 13. Aufl. 2011, § 421 Rn. 12.

⁹⁰ Vgl. auch BGHZ 52, 39 ff.; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 816 Rn. 11.

Die Ansprüche der R gegenüber F auf Zahlung von 200.000 € sind daher gemäß §§ 362 I i. V. m. 422 I 1 BGB durch die Schadensersatzzahlung des L in Höhe von 100.000 € erloschen.

V. Ergebnis zu E

R hat einen Anspruch gegen F auf Zahlung von 100.000 € aus §§ 687 II i. V. m. 681 i. V. m. 667 BGB sowie § 816 I 1 BGB.

F. Variante

I. Auswirkungen der Variante auf A

In der Variante erhält die W am 12.06.2011, einen Tag vor ihrem Tode, einen Brief, in dem die R erklärt, sie verlange aufgrund der Erpressung durch W ihre Wiedereintragung als Eigentümerin ins Grundbuch. W wurde circa 3 Wochen vor diesem Brief, am 27.05.2011, durch die Auflassung der R als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Brief könnte eine Anfechtungserklärung dieser Auflassung i. S. d. § 143 BGB darstellen.

Wie schon oben unter A erläutert, stellt das Verlangen der R nach Grundbuchberichtigung eine konkludente Anfechtungserklärung dar. Diese hat sie gegenüber der W erklärt, die gem. § 143 II BGB richtige Anfechtungsgegnerin ist. Da die R der W eigenständig einen Brief geschrieben hat, kann davon ausgegangen werden, dass die R sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr durch die von W geschaffene Zwangslage beeindrucken ließ. Die Anfechtungsfrist begann daher spätestens am 12.06.2011. Die Anfechtungsfrist des § 124 I BGB von einem Jahr ist somit in jedem Fall eingehalten. Die Anfechtung vernichtet daher auch in diesem Fall aufgrund von Fehleridentität (siehe oben) die Eigentumsübertragung durch R an W. Das Grundbuch ist somit unrichtig. In der Variante entsteht deshalb zunächst ein Grundbuchberichtigungsanspruch gem. § 894 BGB der R gegen W. Mit dem Tode der W und der Erbschaft durch L am 13.06.2011 richtet sich dieser Anspruch nunmehr gegen L, da dieser aufgrund der Erbenhaftung Anspruchsgegner der R wird (§ 1967 I BGB). Durch die Eintragung des L im Grundbuch am 01.07.2011 wird dieser Anspruch jedoch gegenstandslos und R hat nun einen Anspruch gegen L auf Grundbuchberichtigung (siehe oben). Am Ergebnis zu Frage A ändert sich daher letztlich nichts.

II. Auswirkungen der Variante auf Fragen B–E

Der einzig für diese Fragen relevante Unterschied der Variante zum Ausgangsfall liegt darin, dass F und L durch das Lesen des Briefs nicht nur Kenntnis von der Anfechtbarkeit des der Übereignung W an R zugrun-

deliegenden Rechtsgeschäfts haben, sondern positive Kenntnis der Anfechtung. Auch in diesem Fall sind sie aber so zu behandeln, als hätten sie die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt (§ 142 II BGB). Der Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch F und L ist mit jenem im

Grundfall identisch. An ihrer Bös- bzw. Gutgläubigkeit zum Zeitpunkt der Entstehung der verschiedenen Ansprüche ändert sich daher nichts. An den Ergebnissen zu Frage B–E ändert sich somit nichts.

Katharina Goldberg*

Das Problem des Treaty Override

Die folgende Themenarbeit aus dem Schwerpunktbereich „Öffentliche Finanzordnung und Steuerrecht“ behandelt „Das Problem des ‚Treaty Override‘. Abgrenzung und Bedeutung, einfachrechtliche, völkerrechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Würdigung und Folgen.“ Vorangestellt ist eine Einleitung, die die Aufgabenstellung analysiert und auf jüngste Entwicklungen des Themas hinweist.

Die „studienbegleitende häusliche Arbeit“ ist für viele Studierende die erste Leistung, die im Rahmen der ersten juristischen Prüfung erbracht wird¹. Dementsprechend groß wird die Anforderung, ab jetzt „alles richtig zu machen“. Wie dieses „Richtigmachen“ aussieht, sollten die Studierenden bis zum Beginn der Examenshausarbeit im Studium gelernt haben: Zeigen sollen die Prüflinge, dass sie wissenschaftlich arbeiten und sich ein selbstständiges Urteil bilden können². Zum Erlernen, Testen und Erweitern dieser Fähigkeiten ist es hilfreich, im Schwerpunktbereichsstudium oder bereits zuvor an mindestens einem Seminar teilzunehmen. Sowohl bei einem solchen „Probeseminar“ als auch bei der folgenden Examenshausarbeit bleiben jedoch viele Unsicherheiten, insbesondere wenn man die Fragen nach Stil, Zitierweise, Länge einzelner Abschnitte, Literaturlauswertung und Fußnotenapparat zu beantworten versucht. Der vorliegende Beitrag setzt hier an und bietet ein Beispiel für eine Examenshausarbeit im Stil eines „Faksimile“. Be-

tont werden soll hier der Begriff *Beispiel*, da es für Vieles kein „Patentrezept“ gibt.

Die Bearbeitung des gestellten Themas „Das Problem des ‚Treaty Override‘. Abgrenzung und Bedeutung, einfachrechtliche, völkerrechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Würdigung und Folgen.“ war aus zwei Gründen schwierig: Erstens ist es sehr umfangreich und weist Bezüge in eine Vielzahl von Themenkomplexen des Schwerpunktbereiches (Einkommensteuerrecht, Körperschaftsteuerrecht, Abgabenordnung, Internationales Steuerrecht, Finanzverfassungsrecht) und darüber hinaus (Völkerrecht, Verfassungsrecht, Europarecht) auf. Bereits in der Anfangsphase der Bearbeitungszeit forderte es daher einen großen zeitlichen Einarbeitungsaufwand. Zweitens war mit der Aufgabenstellung bereits vorgegeben, dass die Abgrenzung und Bedeutung sowie Probleme auf mindestens drei Ebenen zu behandeln waren. Die Schwierigkeit bestand darin, diese große Menge in die vorgegebene Begrenzung von 50.000 Zeichen zu fassen – sprich: die Arbeit erheblich zu kürzen³.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2010 angefertigt. Zum Zwecke der Veröffentlichung wurden, um die Authentizität zu wahren, kaum inhaltliche Änderungen vorgenommen⁴. Es handelt sich unverändert um ein viel diskutiertes Thema. § 50d VIII 1 Einkommensteuergesetz (EStG) – wonach ein Steuerpflichtiger, um in den Genuss einer bestimmten freistellenden Abkommensvorschrift zu kommen, zusätzlich einer abkommensrechtlich nicht verankerten Nachweispflicht genügen muss; es handelt sich hiermit um einen *Treaty Override* im Sinne der in der Arbeit angeführten Definition – wurde am 10.01.2012 durch den Bundesfinanzhof (BFH)

* Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Arndt Schmehl) der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer von Prof. Dr. Arndt Schmehl im Sommersemester 2010 im „Schwerpunktbereich IX – Öffentliche Finanzordnung und Steuerrecht“ gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit der Verfasserin, die mit „gut“ bewertet wurde.

¹ Das Bestehen der universitären Schwerpunktbereichsprüfung ist in Hamburg Voraussetzung für die Zulassung zur staatlichen Pflichtfachprüfung. Sie besteht aus den drei Elementen der studienbegleitenden häuslichen Arbeit, einer fünfständigen Aufsichtsarbeit und einer mündlichen Prüfung, wobei die Reihenfolge der häuslichen Arbeit und der Aufsichtsarbeit frei wählbar ist und die mündliche Prüfung den Abschluss bildet.

² § 10 I SPB-Prüfungsordnung.

³ Die Bearbeitung hatte zwischenzeitlich eine Länge von ca. 120.000 Zeichen.

⁴ Es wurden lediglich die Fundstellen in Lehrbüchern und Kommentaren aktualisiert.

dem BVerfG vorgelegt⁵, § 50d X EStG am 11.12.2013⁶. Zu beiden Vorlagen steht eine Entscheidung des BVerfG noch aus, sie haben ein breites Echo in der Literatur hervorgerufen⁷.

In dem Vorlagebeschluss aus dem Jahr 2012 sieht der 1. Senat des BFH einen Verfassungsverstoß darin begründet, dass mit der Norm des § 50d VIII EStG gegen bindendes Völkervertragsrecht als materielle Gestaltungsschranke verstoßen und damit der Wertentscheidung des Art. 25 GG zuwidergelaufen werde⁸. Unter Bezugnahme auf das Urteil *Sicherungsverwahrung I und II*⁹, den *Görgülü*-¹⁰ und den *Alteigentümer*¹¹-Beschluss des BVerfG stellt der 1. Senat des BFH fest, dass der Gesetzgeber aufgrund bestehenden Völkervertragsrechts die Verfügungsmacht über den Rechtsbestand verliere¹². Er sieht daher in dem *Treaty Override* eine Verletzung der jeweiligen Kläger in ihrem durch Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG gewährleisteten subjektiven Grundrecht auf Einhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung und fordert für die Zulässigkeit eines solchen Eingriffes einen tragfähigen Rechtfertigungsgrund¹³, womit er die Beachtung der Menschenwürde und der Grundrechte meint¹⁴. Einen solchen Rechtfertigungsgrund vermag der Senat jedoch nicht zu erkennen. Vielmehr stellt er fest, dass Deutschland mit dieser Norm eine gewisse „Fürsorge“ um das Besteuerungsaufkommen des anderen Vertragsstaates antäusche – und tatsächlich eher von fiskalischen Überlegungen geleitet zu sein scheine.

Der Vorlagebeschluss aus dem Jahr 2013 folgt diesen Überlegungen und stellt durch § 50d X EStG einen verdeckten *Treaty Override* fest¹⁵. Der 1. Senat betont noch einmal das „subjektive Grundrecht auf die Einhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung“¹⁶. Außerdem fordert er im Spannungsfeld zwischen den widerstreitenden Verfassungsprinzipien Rechtsstaat und Demokratie die Anwendung des Erforderlichkeitsgrundsatzes, es komme für die Frage nach einem Verfassungsverstoß auf das Vorliegen eines gleich sicheren, milderer Mittels an¹⁷. Abzuwarten bleibt nun die Entscheidung des BVerfG.

⁵ BFH DStR 2012, 949 ff.

⁶ BFH DStR 2014, 306 ff.

⁷ Siehe statt vieler *Lehner*, *Treaty Override* im Anwendungsbereich des § 50d EStG, IStR 2012, 389 ff.

⁸ BFH DStR 2012, 949 ff., Rn. 6.

⁹ BVerfGE 128, 326 ff.

¹⁰ BVerfGE 111, 307 ff.

¹¹ BVerfGE 112, 1 ff.

¹² BFH DStR 2012, 949 ff., Rn. 18.

¹³ BFH DStR 2012, 949 ff., Rn. 6.

¹⁴ BFH DStR 2012, 949 ff., Rn. 18.

¹⁵ BFH DStR 2014, 306 ff., Rn. 38.

¹⁶ BFH DStR 2014, 306 ff., Rn. 29.

¹⁷ BFH DStR 2014, 306 ff., Rn. 34.

Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaft

Das Problem des „Treaty Override“. Abgrenzung und Bedeutung, einfach- rechtliche, völkerrechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Würdigung und Folgen.

Häusliche Arbeit im Rahmen der
Schwerpunktbereichsprüfung

von
Katharina Goldberg
6. Fachsemester
Matrikel-Nr.: 1234567

bei
Prof. Dr. Arndt Schmehl

Inhaltsverzeichnis

(nicht abgedruckt; kann unter www.hamburger-rechtsnotizen.de eingesehen werden)

Literaturverzeichnis

- Ahmann, Karin-Renate*, Das Ertragssteuerrecht unter dem Diktat des Europäischen Gerichtshofs? Können wir uns wehren?, DStZ 2005, 75–80
- Bächle, Ekkehard; Rupp, Thomas; Ott, Johann-Paul; Knies, Jörg*, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2008
- Bachof, Otto*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im Öffentlichen Recht, in: Bachof, Otto; Drath, Martin; Gönnerwein, Otto, Walz, Ernst (Hrsg.): Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht – Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287–307
- Becker, Florian*, Völkerrechtliche Verträge und parlamentarische Gesetzgebungskompetenz, NVwZ 2005, 289–291
- Bleckmann, Albert*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, 137–145
- Boller, Tino; Eilinghoff, Karolina; Schmidt, Sebastian*, § 50d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009 – ein zahnloser Tiger?, IStR 2009, 109–115

- Boller, Tino; Sliwka, Thomas; Schmidt, Sebastian*, Behandlung grenzüberschreitender Sondervergütungen im Inboundfall, DB 2008, 1003–1005
- Boller, Tino; Schmidt, Sebastian*, § 50d Abs. 10 EStG ist doch ein zahnloser Tiger – Replik zu Frotscher (IStR 2009, 593), IStR 2009, 852–853
- Brähler, Gernot*, Internationales Steuerrecht – Grundlagen für Studium und Steuerberaterprüfung, 7. Aufl., Wiesbaden 2012
- Brombach-Krüger, Monika*, Treaty Override aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht, Ubg 2008, 324–330
- Bron, Jan*, Das Treaty Override im deutschen Steuerrecht vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen, IStR 2007, 431–436
- Busching, Thomas; Trompeter, Frank*, Das G-Reit und die Steuerpflicht ausländischer Anteilseigner, IStR 2005, 510–514
- Bydlinki, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1982
- Cloer, Adrian; Kudert, Stephan*, Neues bei Sondervergütungen, PISTB 2010, 110–116
- Daragan (Wohlschlegel), Hanspeter*, Nochmals: Treaty Override und Grundgesetz, IStR 1998, 225–227
- Debatin, Helmut*, System und Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen, DB 1985, Beilage 23, S. 1–8
- Debatin, Helmut; Wassermeyer, Franz (Hrsg.)*, Doppelbesteuerung – Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, München, Stand: Oktober 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: D/W
- Doernberg, Richard L.*, Selective Termination or Suspension of Income Tax Treaty Provisions, TNI 1990, 1130–1135
- Doernberg, Richard L.*, Overriding Tax Treaties: The U.S. Perspective, 9 Emory Int'l L. Rev. (1995), 71–132
- Dörfler, Oliver; Rautenstrauch, Gabriele; Adrian, Gerrit*, Das Jahressteuergesetz 2009 – Ausgewählte Aspekte der Unternehmensbesteuerung, BB 2009, 580–587
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Art. 20–82, 2. Aufl., Tübingen 2006. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier
- Eckert, Ralf*, Rechtsschutz gegen „Treaty Overriding“ – Dargestellt am Beispiel des § 50d EStG, RIW 1992, 386–388
- Ege, Gerhard*, Aktuelle Entwicklungen der Betriebsstättenbesteuerung, in: Wachter, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag, Bonn 2009, S. 92–102
- Elicker, Michael*, Die Zukunft des deutschen internationalen Steuerrechts – Systemkritik am Welteinkommensprinzip – Vorrang des Abkommensrechts, Bonn 2006
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Englich, Joachim*, The European Treaties' Implications for Direct Taxes, Intertax 2005, 310–335
- Fischer, Peter*, Europa macht mobil – bleibt der Verfassungsstaat auf der Strecke?, FR 2005, 457–468
- Forsthoff, Ulrich*, Treaty Override und Europarecht, IStR 2006, 509–512
- Frotscher, Gerrit*, Über das (steuerliche) Unbehagen an der Europäisierung und Internationalisierung – Zugleich einige Gedanken zum Seminar A, IStR 2007, 568–573
- Frotscher, Gerrit*, Treaty Override und § 50d Abs. 10 EStG, IStR 2009, 593–600
- Frotscher, Gerrit*, Treaty Override ohne Grenzen?, in: Piltz, Detlev; Günkel, Manfred; Niemann, Ursula (Hrsg.), Steuerberater-Jahrbuch 2009/2010 – zugleich Bericht über den 61. Fachkongress der Steuerberater, Köln, 6. und 7. Oktober 2009, Köln 2010, S. 151–178. Zitiert: *Frotscher, StBjb* 2009/10
- Frotscher, Gerrit*, Zur Zulässigkeit des „Treaty Override“, in: Spindler, Wolfgang; Tipke, Klaus; Rödder, Thomas (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung, Festschrift für Harald Schaumburg, Köln 2009, S. 687–714
- Frotscher, Gerrit*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., München 2009
- Gattermann, Hans H.*, U.S. Tax Treaty Overrides Are Unacceptable, TNI 1990, 1310–1314
- Gloria, Christian*, Das steuerliche Verständigungsverfahren und das Recht auf diplomatischen Schutz – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen, Berlin 1988
- Gosch, Dietmar*, Über das Treaty Overriding – Bestandsaufnahme – Verfassungsrecht – Europarecht, IStR 2008, 413–421
- Gröpl, Christoph*, Ausgewählte Steuerrechtsfragen der neuen REIT-Aktiengesellschaft, DStZ 2008, 62–69
- Grund, Walter*, Steuergesetzgebung – Steuerverwaltung – Steuergerichtsbarkeit, in: 50 Jahre Deutsche Finanzgerichtsbarkeit – Festschrift des Bundesfinanzhofs, München 1968, S. 27–50
- Günkel, Manfred; Lieber, Bettina*, Auslegungsfragen im Zusammenhang mit § 50 d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009, Ubg 2009, 301–308
- Günther, Oliver-Christoph; Simader, Karin; Tüchler, Nicole*, D-A-CH Steuer-Kongress 2009: Probleme aus der aktuellen DBA-Praxis, IStR 2009, 490–494
- Haase, Florian*, § 4 Abs. 1 InvStG und ausländische Einkünfte, IStR 2010, 170–171
- Haase, Florian*, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011
- Haase, Florian (Hrsg.)*, Außensteuergesetz – Doppelbesteuerungsabkommen, 2. Aufl., Heidelberg 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Haase
- Hageböke, Jens*, Zum Konkurrenzverhältnis von DBA-Schachtelprivileg und § 8b KStG, IStR 2009, 473–481
- Han, Sung-Soo*, Establishment of Principle For Prevention of Treaty Override, Seoul 2008, abrufbar unter http://works.bepress.com/sung_soo_han/1 (Abruf vom 20.03.2014)
- Hansen, Christian*, Einkünfte aus Personengesellschaftsbeteiligungen im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Baden-Baden 2009
- Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 12. Aufl., München 2013
- Heuermann, Bernd (Hrsg.)*, Blümich – Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuerrecht, Kommentar, München, Stand: März 2014. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Blümich
- Hey, Johanna*, Nationale Missbrauchsvorschriften im Spannungsfeld von DBA- und EU-Recht, in: Lüdicke, Jürgen (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung Bd. 35 – Wo steht das deutsche Internationale Steuerrecht? – Steuerwettbewerb, Schranken der Verfassung, Revisionen des OECD-Musterabkommens, Missbrauchsvorschriften, Internationale Personengesellschaften, Köln 2009, S. 137–169

- Hils, Michael*, Neuregelung internationaler Sondervergütungen nach § 50d Abs. 10 EStG, DStR 2009, 888–892
- Hübschmann, Walter; Hepp, Ernst; Spitaler, Armin* (Hrsg.), Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung – Kommentar, Bd. 1, Gesetzestexte, §§ 1–3 AO, Köln, Stand: Juni 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: H/H/S
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004
- Isensee, Josef; Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, Grundlagen und Staat und Verfassung, 2. Aufl., Heidelberg 1995. Zitiert: *Bearbeiter*, in: HbdStR
- Jahrreiß, Hermann*, Völkerrecht und Bonner Grundgesetz – Zur Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im „Konkordats-Urteil“, in: Maunz, Theodor; Nawiasky, Hans; Heckel, Johanna (Hrsg.), Staat und Bürger – Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, München 1958, S. 159–170
- Jankowiak, Ingo*, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, Baden-Baden 2009
- Jarrass, Hans; Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 12. Aufl., München 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: J/P
- Kempf, Andreas; Bandl, Michael*, Hat Treaty Override in Deutschland eine Zukunft?, DB 2007, 1377–1381
- Kerath, Andreas*, Maßstäbe zur Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen unter besonderer Berücksichtigung des Verständigungsverfahrens, Hamburg 1995
- Klein, Franz*, Abgabenordnung 1977, DStR 1976, 59–66
- Brockmeyer, Hans Bernhard; Klein, Franz* (Begr.), Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 11. Aufl., München 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Brockmeyer/Klein
- Klein, Friedrich*, Die Europäische Menschenrechts-Konvention und Art. 25 des Bonner Grundgesetzes, in: Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Laun, Göttingen 1962, S. 149–177. Zitiert: *Klein*, FS Laun
- Klühs, Hannes; Schmidtbleicher, Roland*, Besteuerung ausländischer Anleger nach dem Regierungsentwurf zur Einführung deutscher Reits, IStR 2007, 16–22
- Kofler, Georg*, Treaty Override, juristische Doppelbesteuerung und Gemeinschaftsrecht – Treaty Override, Juridical Double Taxation and Community Law, SWI 2006, 62–74
- Korn, Christian*, Anmerkung zu § 50d Abs. 10 EStG ist völkerrechtskonform und rückwirkend anzuwenden – FG München, Urt. v. 30.7.2009, 1 K 1816/09, IStR 2009, 2366
- Kraft, Gerhard*, Die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen – Zur Problematik des „Treaty Shopping“ unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten, Heidelberg 1991
- Kraft, Gerhard; Bron, Jan*, Das REIT-Gesetz im europarechtlichen Fadenkreuz – Grundfreiheitsliche Problematiken und Verbesserungsbedarf im Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen, IStR 2007, 377–380
- Lampe, Marc*, Missbrauchsvorbehalte in völkerrechtlichen Abkommen am Beispiel der Doppelbesteuerungsabkommen, Köln 2006
- Langbein, Volker*, „Treaty Overriding“ durch nationales Recht – Ein Beitrag zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, RIW 1988, 875–881
- Lange, Gabriele*, Die abkommensrechtliche Behandlung von Sondervergütungen – § 50d Abs. 10 S. 1 EStG – ein prozovierter Qualifikationskonflikt, GmbH-StB 2009, 128–134
- Lange, Gabriele*, Sondervergütungen im DBA-Recht – Wem steht das Besteuerungsrecht zu?, EStB 2008, 293–297
- Larenz, Karl* (Begr.); *Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995
- Lehner, Moris*, Beseitigt die neue Verfassung für Europa die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Vermeidung der Doppelbesteuerung?, IStR 2005, 397–398
- Leisner, Walter*, Abkommensbruch durch Außensteuerrecht? – Bilanz der Diskussion um die Novelle des Außensteuergesetzes von 1992, 1013–1020
- Lohbeck, Allit; Wagner, Thomas*, § 50d Abs. 10 EStG – Uneingeschränktes Besteuerungsrecht für Sondervergütungen im Inbound-Fall?, DB 2009, 423–426
- Lüdicke, Jürgen*, Überlegungen zur deutschen DBA-Politik, Baden-Baden 2008
- Mangoldt; Hermann von* (Begr.); *Klein, Friedrich* (Fortgef.); *Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz – Bd. 1 – Präambel, Art. 1–19; Bd. 3 – Art. 83–146; 6. Aufl., München 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: M/K/S
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 68. Ergänzungslieferung, München 2013. Zitiert: *Bearbeiter*, in: M/D
- Mausch, Volker*, Treaty Overriding – Behandlung von Divergenzen bei der Nachvertragslichkeit von innerstaatlicher Gesetzgebung (dargestellt an ausgewählten Normbeispielen des Einkommensteuer-, Außensteuer und Körperschaftssteuerrechts unter Berücksichtigung der konkreten Abkommensrechtslage), Aachen 1998
- Meretzki, Ayk*, Weshalb der neue § 50d Abs. 10 EStG sein Ziel verfehlt und neue Probleme schafft – Mitunternehmer-Betriebsstätten, floating income und weitere Streitfragen, IStR 2009, 217–225
- Mitschke, Wolfgang*, Streitpunkt § 50d Abs. 10 EStG – ein Tiger mit scharfen Zähnen, DB 2010, 303–306
- Mössner, Jörg Manfred*, Rechtsschutz bei Treaty Overriding, in: Fischer, Lutz (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung Bd. 3 – Besteuerung internationaler Konzerne, Qualifikationskonflikte, Verluststrategien, Grenzüberschreitende Spaltung, Einbringung von Betriebsstätten, Rechtsschutz bei Treaty Overriding, Unternehmenssteuerreform, Köln 1993, S. 113–136
- Müller, Marion*, Grenzüberschreitende Sondervergütungen und Sonderausgaben im Spannungsfeld des Abkommensrechts, BB 2009, 751–759
- Münch, Ingo von* (Begr.); *Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1 (Präambel, Art. 1 bis Art. 69), 6. Aufl., München 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: M/K
- Musil, Andreas*, Deutsches Treaty Overriding und seine Vereinbarkeit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, Berlin 2000. Zitiert: *Musil*
- Musil, Andreas*, Spielräume des deutschen Gesetzgebers bei der Verhütung grenzüberschreitender Steuerumgehung, RIW 2006, 287–294

- Neuhaus, Rupert Klaus*, Das Rechtsmißbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht – eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit des Begriffs, Berlin 1984
- OECD Committee on Fiscal Affairs*, Report on Tax Treaty Overrides, TNI 1990, 25–33
- Pahlke, Armin; Koenig, Ulrich (Hrsg.)*, Abgabenordnung – §§ 1 bis 368, 2. Aufl., München 2009. Zitiert: *Bearbeiter*, in: P/K
- Pestalozza, Christian*, Verfassungsprozeßrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1991
- Petraschek, Karl Otto*, System der Rechtsphilosophie, Freiburg im Breisgau 1932
- Prinz, Ulrich*, Gesetzgeberische Wirrungen um Grundsätze der Betriebsstättenbesteuerung, DB 2009, 807–812
- Rasner, Hannes; Wittmann, Kornelia*, Von Fort Yuma nach Ouagadougou – die Steuerhinterziehungsbekämpfungsregelungen aus Berlin – From Fort Yuma To Ouagadougou – The Anti-Tax-Evasion Provisions From Berlin, SWI 2010, 78–84
- Reith, Thomas*, Internationales Steuerrecht – Handbuch zum Doppelbesteuerungs- und Außensteuerrecht und zu Gestaltungen grenzüberschreitender Investitionen, München 2004
- Richter, Dirk*, Conseil d’Etat bestätigt Vorrang des DBA-Rechts von nationaler Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2002, 653–654
- Rosenthal, Michael*, Die steuerliche Beurteilung von Auslandsachverhalten im Spannungsfeld zwischen Abkommensrecht und Europarecht – zugleich eine Besprechung des Urteils des FG Hamburg vom 22.8.2006 zur Veräußerung von Anteilen an einer spanischen Personengesellschaft, IStR 2007, 610–615
- Rust, Alexander*, Die Hinzurechnungsbesteuerung – Notwendigkeit und Umsetzbarkeit einer Reform, München 2007
- Rust, Alexander; Reimer, Ekkehart*, Treaty Override im deutschen Internationalen Steuerrecht, IStR 2005, 843–849
- Sachs, Michael (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Sachs
- Schanne, Marcus*, Doppelbesteuerungsabkommen und innerstaatliches Steuerrecht – Abkommensmißbrauch und Mißbrauchsverhinderung, Frankfurt am Main 1999
- Schaumburg, Harald*, Internationales Steuerrecht – Außensteuerrecht – Doppelbesteuerungsrecht, 3. Aufl., Köln 2011
- Scheipers, Thomas; Maywald, Andreas*, Zur Vereinbarkeit des § 20 Abs. 2 AStG mit EG-Recht unter Berücksichtigung der Ausführungen des Generalanwalts Léger in der Rs. Cadbury Schweppes, IStR 2006, 472–477
- Scherer, Thomas*, Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen und des Außensteuerrechts, München 1995
- Schild, Claus; Eisele, Florian*, Anwendung des § 8a KStG bei beschränkter Steuerpflicht – zwischen Treaty Override und Gemeinschaftswidrigkeit?, IStR 2005, 217–223
- Schmalz, Dieter*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., Baden-Baden 1998
- Schmidt, Christian*, Zinsen einer inländischen Personengesellschaft an ihre ausländischen Gesellschafter im Abkommensrecht – Anmerkung zum BFH-Urteil vom 17.10.2007, I R 5/06, IStR 2008, 290–293
- Schnitger, Arne*, Aktuelle Entwicklungen bei der beschränkten Steuerpflicht und internationalen Personengesellschaften, in: Lüdicke, Jürgen (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung Bd. 35 – Wo steht das deutsche Internationale Steuerrecht? – Steuerwettbewerb, Schranken der Verfassung, Revisionen des OECD- Musterabkommens, Missbrauchsvorschriften, Internationale Personengesellschaften, Köln 2009, S. 183–210
- Schollmeier, Andreas*, Die Vereinbarkeit der Änderungen des Außensteuergesetzes mit Internationalem Recht und Europäischem Gemeinschaftsrecht, EWS 1992, 137–142
- Schröcker, Sebastian*, Das vertragswidrige Gesetz – Erster Teil, DVBl. 1958, 369–377
- Schröcker, Sebastian*, Das vertragswidrige Gesetz – Zweiter Teil, DVBl. 1958, 369–377
- Schwarz, Bernhard*, AO – Kommentar zur Abgabenordnung, Freiburg im Breisgau, Stand: November 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwarz
- Schwarz, Hubertus; Fischer-Zernin, Justus*, Deutsches „Treaty Overriding“ im Entwurf zum Steueränderungsgesetz 1992 – Neue Vorschriften des AStG, RIW 1992, 49–53
- Seer, Roman*, Grenzen der Zulässigkeit eines treaty overriding am Beispiel der Switch-over-Klausel des § 20 AStG, IStR 1997, 481–486 und 521–525
- Starck, Christian*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: Badura, Peter; Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift – 50 Jahre Bundesverfassungsgericht – Bd. 1 – Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozeß, Tübingen 2001, S. 1–32
- Stein, Torsten*, Völkerrecht und nationales Steuerrecht im Widerstreit?, IStR 2006, 504–509
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984
- Tipke, Klaus*, Verständigungsverfahren: Rechtsanspruch auf Beseitigung der Folgen einer Doppelbesteuerung oder bloßer Rechtsreflex?, AWD 1972, 589–593
- Tipke, Klaus (Begr.); Lang, Joachim (Hrsg.)*, Steuerrecht, 20. Aufl., Köln 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: T/L
- Tipke, Klaus; Kruse, Heinrich Wilhelm (Hrsg.)*, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung – Kommentar zur AO und FGO (ohne Steuerstrafrecht), Bd. 1, Gesetzestexte, §§ 1–154 AO, Köln, Stand: Dezember 2013. Zitiert: *Bearbeiter*, in: T/K
- Vitzthum, Wolfgang Graf (Hrsg.)*, Völkerrecht, 6. Aufl., Berlin 2013. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Vitzthum
- Vogel, Klaus*, Neue Gesetzgebung zur DBA-Freistellung, IStR 2007, 225–228
- Vogel, Klaus*, Völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Gesetzgebung – Eine neue Entscheidung des BVerfG hat Bedeutung auch für die Beurteilung des Treaty Override, IStR 2005, 29–31
- Vogel, Klaus*, Abkommensbindung und Missbrauchsabwehr, in: Cagianut, Francis; Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Steuerrecht – Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts

derts, Festschrift für Ernst Höhn, Bern 1995, S. 461–481. Zitiert: Vogel, FS Höhn

Vogel, Klaus, Wortbruch im Verfassungsrecht – Mit einer Bemerkung zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und demokratischem Gesetzgeber, JZ 1997, 161–167

Vogel, Klaus, Steuerumgehung bei Doppelbesteuerungsabkommen, in: Haarmann, Wilhelm (Hrsg.), Forum der Internationalen Besteuerung Bd. 4 – Grenzen der Gestaltung im Internationalen Steuerrecht – Mißbrauchsverhütung in der Diskussion: EU-Recht, DBA, Hinzu-rechnungsbesteuerung, Grenzüberschreitende Unternehmensfinanzierung, Verrechnungspreise, Verfahrenspraxis, Köln 1994, S. 79–94. Zitiert: Vogel, Forum 4

Vogel, Klaus (Begr.); Lehner, Moris (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen – Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. Aufl., München 2008. Zitiert: Bearbeiter, in: V/L

Vranes, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 65 (2005), 391–405

Wassermeyer, Franz, Die Vermeidung der Doppelbesteuerung im Europäischen Binnenmarkt, in: Lehner, Moris (Hrsg.), Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt – Einfluß des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen, DStJG Band 19, Köln 1996, S.151–165. Zitiert: Wassermeyer, DStJG 1996

Wassermeyer, Franz, Sondervergütungen und Sonderbetriebsvermögen im Abkommensrecht, in: Achatz, Markus; Ehrke-Rabel, Tina; Heinrich, Johannes; Leitner, Roman; Taucher, Otto (Hrsg.), Steuerrecht – Verfassungsrecht – Europarecht, Festschrift für Hans Georg Ruppe, Wien 2007, S. 681–694. Zitiert: Wassermeyer, FS Ruppe

Weggenmann, Hans Robert, Personengesellschaften im Lichte der Doppelbesteuerungs-abkommen – Einordnungskonflikte unter besonderer Berücksichtigung des OECD-Partnership-Reports 1999, Bonn 2007

Weigell, Jörg, „Treaty Override“ durch § 20 Abs. 2 AStG? – Unerfreulich – Einfach gesetzlich unwirksam – Verfassungswidrig, IStR 2009, 636–641

Weigell, Jörg, „Treaty Override“ durch § 20 Abs. 2 AStG? – Unerfreulich – Einfach gesetzlich unwirksam – Verfassungswidrig, in: Wachter, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag – Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht, Bonn 2009, S. 575–583. Zitiert: Weigell, FS Spiegelberger

Wohlschlegel, Hanspeter, Doppelbesteuerungsabkommen: Treaty Override und Grundgesetz, FR 1993, 48–50

A. Einleitung

„[E]ingedenk der Entschlossenheit der Völker der Vereinten Nationen, Bedingungen zu schaffen, unter denen Gerechtigkeit und die Achtung vor den Verpflichtungen aus Verträgen gewahrt werden können“ heißt es in der Präambel des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV). Doch wie viel Achtung zeigt Deutschland tatsächlich? Welche Konsequenzen ergeben sich innerstaatlich, wenn Deutschland völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Steuerrechts durch einen „Treaty Override“ (TO) überschreibt?

Um diese Frage zu beantworten, werden zunächst die völkerrechtlichen und europarechtlichen Grundlagen der TO dargelegt (B). Danach werden Kriterien zur Identifizierung eines TO erarbeitet (C). Es folgt eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit (D). Die erarbeiteten Grundsätze werden dann beispielhaft angewendet (E). Anschließend werden Reformansätze für die TO-Problematik präsentiert (F). Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung in Thesen (G).

B. Grundlagen

I. Begriff

Bei dem Begriff TO handelt es sich um einen amerikanischen Import: Im Jahr 1980 wurde dort der *Real Property Tax Act* verabschiedet; darin war festgelegt, dass gewisse Vorschriften, wenn sie mit Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) in Widerspruch stehen, ohne Rücksicht auf diese gelten. Nationales Recht setzte sich offen über einen völkerrechtlichen Vertrag hinweg¹⁸. Für ein solches Verhalten hat sich der Begriff TO etabliert¹⁹. Später definierte die OECD einen TO als „*the enactment of domestic legislation intended by the legislature to have effects in clear contradiction to international treaty obligations*“²⁰.

II. Innerstaatliche Geltung völkerrechtlicher Verträge

Völkerrechtliche Verträge werden vom Bundespräsidenten geschlossen; ihnen muss durch Bundesgesetz zugestimmt werden (Art. 59 GG). Nach der Umsetzung in nationales Recht²¹ hat ein völkerrechtlicher Vertrag innerstaatlich den Rang einfachen Bundesrechts²².

III. Völkerrechtliche Behandlung eines TO

Es ist internationaler Konsens Doppelbesteuerung zu vermeiden²³. DBA sind völkerrechtliche Verträge²⁴ zu diesem Zweck. Sie sollen die Besteuerungskompetenzen der Vertragspartner zur Vermeidung von Doppelbesteuerung voneinander abgrenzen²⁵. Ihr Zustandekommen und ihre Wirkung bestimmen sich nach dem WÜRV²⁶.

18 Vgl. Doernberg, 9 Emory Int'l L. Rev. (1995), 71, 72 ff.; kritisch dazu Gattermann, TNI 1990, 1310 ff.; Langbein, RIW 1988, 875 ff.

19 Musil, 21. Kritisch zum Begriff Vogel, FS Höhn, 462.

20 OECD, TNI 1990, 25. Nicht jedoch bei Zustimmung des Vertragspartners, vgl. Vogel, in: V/L, Einl. Rn. 194.

21 Ausführlich Mössner, Forum 3, 113, 115 ff.

22 Haase, in: Haase, II Einl. Rn. 58; Rojahn, in: M/K, Art. 59 Rn. 37. Zum Streit zwischen Transformations- und Vollzugstheorie, vgl. Kunig, in: Vitzthum, I Rn. 28 ff.

23 Zum Problem der Doppelbesteuerung ausgiebig Englisch, Inter-tax, 310 ff.

24 Grundsätzlich zur Auslegung von DBA BFH BStBl. II 1973, 810, 811.

25 Haase, in: Haase, II Einl. Rn. 49.

26 Vogel, in: V/L, Einl. Rn. 45.

Art. 26 WÜRV statuiert den – auch als Völkergewohnheitsrecht anerkannten²⁷ – Grundsatz *pacta sunt servanda*. Hiernach bindet ein Vertrag die Parteien, sobald er in Kraft ist. Er ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen. Nach Art. 27 WÜRV kann sich eine Vertragspartei nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung des Vertrages zu rechtfertigen.

1. Verstoß gegen das Völkerrecht

Ein Völkerrechtsverstoß liegt vor, wenn einem Staat ein Handeln oder Unterlassen zuzurechnen ist, das einen Bruch seiner völkerrechtlichen Verpflichtung darstellt²⁸. TO brechen Verträge und sind damit Völkerrechtsverstöße²⁹; durch sie wird die Beschränkung der Besteuerungskompetenzen ausgehöhlt und die Funktion von DBA – Bindung beider Vertragsparteien in gleicher Weise – konterkariert³⁰.

2. Stillschweigender Missbrauchsvorbehalt?

Diskutiert wird jedoch, ob völkerrechtliche Verträge unter einem stillschweigenden Missbrauchsvorbehalt stehen³¹. Ein solcher hätte zur Folge, dass innerstaatliche Normen zwar einzelne DBA-Vorschriften überschreiben, dies jedoch im Einklang mit dem DBA geschehe³². Grundsätzlich legen Art. 31, 32 WÜRV begrenzte Spielräume zur Auslegung der Verträge fest; für einen stillschweigenden Missbrauchsvorbehalt bleibt wenig Platz³³. Denkbar wäre es zwar, die Möglichkeit für einen solchen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herzuleiten³⁴. Hiergegen spricht jedoch, dass es keine international einheitliche Definition von „Missbrauch“ gibt³⁵. Zudem ist das Problem der missbräuchlichen Nutzung von DBA altbekannt³⁶. Wenn Staaten Missbrauchsvorbehalte abschließen wollten, läge es nahe, dies bei Neuabschlüssen ausdrücklich zu tun. So ist es teilweise auch geschehen³⁷. Wären Missbrauchsvorbehalte allgemein anerkannt, wäre dies überflüssig.

3. Folgen des Verstoßes

Als Folgen eines Verstoßes kommen die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes durch Schlichtung, die Leistung von Wertersatz³⁸ und eine Kündigung des Vertrages in Betracht³⁹. Zur Schlichtung kam es bisher nie, Er-

satzforderungen lassen sich bei den infrage stehenden Verletzungen kaum begründen und quantifizieren⁴⁰. Die Kündigung eines DBA würde den Wirtschaftsverkehr zwischen beiden Staaten typischerweise schwer treffen⁴¹. So erklärt sich, dass es in der Praxis zumeist lediglich zu Protesten durch die Vertragspartner kam⁴².

IV. Kein Verstoß gegen EU-Recht

Ein TO stellt *per se* keinen Verstoß gegen EU-Recht dar⁴³. Der früher diskutierte Art. 293 EGV⁴⁴ wurde nicht in die neuen Unionsverträge übernommen⁴⁵. Anknüpfungspunkt für einen Verstoß gegen EU-Recht sind daher allein die Grundfreiheiten⁴⁶. Der *EuGH* entschied dazu jüngst, dass das völkerrechtliche Verhältnis zwischen einer nationalen Maßnahme und einem DBA nicht von ihm zu prüfen sei, da diese Frage nicht zur Auslegung des Unionsrechts gehöre⁴⁷. Lediglich der Verstoß einer konkreten Norm gegen Grundfreiheiten käme in Betracht⁴⁸.

C. Identifikation eines TO

Folgend sollen Kriterien für eine Identifizierung eines TO erarbeitet werden: Um einen TO festzustellen, müssen zwei Prüfungsschritte nacheinander vollzogen werden. In der Literatur wird zumeist das Vorliegen eines TO in nur einem Schritt untersucht⁴⁹, was zu einer un-deutlichen Terminologie führt.

I. Gleicher Sachverhalt und unterschiedliche Rechtsfolgen

Zunächst ist zu prüfen, ob eine innerstaatliche und eine DBA-Norm den gleichen Sachverhalt erfassen. Ist dies der Fall und ordnen beide Normen unterschiedliche Rechtsfolgen an, muss geklärt werden, ob die innerstaatliche Norm die DBA-Norm auch überschreibt.

II. Überschreiben der DBA-Regelung durch innerstaatliches Recht

Dieses Überschreiben kann ausdrücklich oder implizit erfolgen.

²⁷ Musil, 41.

²⁸ Resolution der Generalversammlung, GA Res 56/83 v. 12.12.2001.

²⁹ Bspw. Haase, § 5 Rn. 572 b; Lang, in: T/L, § 5 Rn. 14; Musil, 41; Stein, IStR 2006, 504, 508.

³⁰ Brähler, 107.

³¹ Vogel, Forum 4, 79, 90 ff. Dazu eingehend Lampe, passim; Kraft, 19 ff. Der *EuGH* Slg. 2006 I-609 nimmt einen Vorbehalt im Bereich der Mehrwertsteuer an. Allgemein zu Missbrauchsvorbehalten im Europarecht Hey, Forum 35, 137, 156 ff.

³² Leisner, RIW 1993, 1013, 1017.

³³ Lampe, 216.

³⁴ Lampe, 205 ff.

³⁵ Neuhaus, 186 f.; Vogel, FS Höhn, 461, 471 f.

³⁶ Lampe, 1.

³⁷ Vgl. für Beispiele Lampe, 49 ff.

³⁸ Herdegen, 439 ff.

³⁹ Doernberg, TNI 1990, 1130 ff.

⁴⁰ Vogt, in: Blümich, § 20 AstG Rn. 20.

⁴¹ Vogt, in: Blümich, § 20 AstG Rn. 20.

⁴² Musil, 40.

⁴³ Ahmann, DStZ 2005, 75, 80 sieht im TO sogar ein „Notwehrrecht“ gegen die Europäisierung des Steuerrechts; ähnlich Fischer, FR 2005, 456, 463.

⁴⁴ Forsthoff, IStR 2006, 509, 511.

⁴⁵ Zur daraus entstehenden Problematik Lehner, IStR 2005, 397 ff.

⁴⁶ Zuvorderst die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, vgl. Musil, RIW 2006, 287, 291 ff.

⁴⁷ *EuGH* Slg. 2007 I-10451. A. A. Musil, 214, der durch die Suspendierung von durch DBA gewährten Begünstigungen stets die Grundfreiheiten berührt sieht.

⁴⁸ So auch BFH BFH/NV 2010, 279 ff.; Seer, IStR 1997, 520 ff.

⁴⁹ Beispielhaft Scheipers/Maywald, IStR 2006, 472, 473.

1. Ausdrückliche Anordnung

Wenn in einer Norm ausdrücklich festgelegt wurde, dass sie entgegen widersprechenden DBA angewendet werden soll, liegt unzweifelhaft ein TO vor⁵⁰. Dies geschieht durch Formulierungen wie „durch die Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht berührt werden“ oder „ungeachtet des Abkommens“⁵¹.

2. Implizite Anordnung

Auch ohne ausdrücklichen Gesetzeswortlaut geht die innerstaatliche Norm stets vor, wenn ein entsprechender gesetzgeberischer Wille zum Überschreiben des DBA zum Ausdruck kommt⁵². Das Überschreiben eines früheren Gesetzes – so Petraschek schon 1932 – setzt das „Bewusstsein des Schöpfers des späteren Gesetzes voraus, das durch dasselbe das frühere Gesetz berührt werden könnte“⁵³. Es kann also für eine implizite Anordnung eines TO nur darauf ankommen, dass das gesetzgeberische Bewusstsein, durch Überschreiben eines DBA eine Rechtsfolge und somit ein TO herbeizuführen, zweifelsfrei ermittelbar ist.

50 Scherer, Besteuerung, 45; auch BFH BStBl. II 1995, 129f. m. w. N. nimmt mit dem Hinweis auf die explizite Anordnung eines Widerspruchs zum DBA keine Auslegung vor.

51 Haase, in: Haase, II Einl. Rn. 60.

52 BFH BStBl. II 2002, 819, 821.

53 Petraschek, 296.

3. Fehlende Anordnung

Wenn weder eine ausdrückliche noch eine implizite Anordnung zum Überschreiben eines DBA vorliegt, besteht Uneinigkeit, ob die allgemeinen Konkurrenzregeln gelten oder ob § 2 AO als spezielle Regel heranzuziehen ist.

a) Allgemeine Konkurrenzregeln

Werden ranggleiche Normen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen erlassen, ist zu fragen, zu welchem Zweck die neue Norm erlassen wurde⁵⁴. Für die Auslegung des Willens des Gesetzgebers⁵⁵ ergeben sich die allgemeinen Konkurrenzregeln *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori*⁵⁶. Im Schrifttum wird teilweise versucht, ausschließlich diese Konkurrenzregeln zur Lösung der Problematik fruchtbar zu machen⁵⁷.

(Der Beitrag wird fortgesetzt; zweiter Teil abrufbar unter www.hamburger-rechtsnotizen.de.)

54 Larenz/Canaris, 27.

55 So zu *lex posterior* bereits Englisch, 48.

56 Siehe zur Natur dieser Konfliktlösungsregeln Vranes, ZaöRV 65 (2005), 391 ff., insb. 399.

57 Frotscher, Rn. 49; Scherer, 27.

Olaf Muthorst*

Kosten eines Deckungskaufs sind kein Verzögerungsschaden

BGB § 280 Kosten eines Deckungskaufs sind nur als Schadensersatz statt der Leistung, nicht als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig.

Nimmt der Gläubiger einen Deckungskauf vor, so kann er auch dessen Mehrkosten nur unter den Voraussetzungen des §§ 280 I, III, 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt verlangen; diese Kosten sind nicht als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig.

BGH, Urteil vom 03.07.2013 – VIII ZR 169/12, BGHZ 197, 357–366 = NJW 2013, 2959

Sachverhalt

Am 31.10.2007 kaufte K von V 2 Mio. Liter Biodiesel zum Preis von 66 € pro Liter. Die Lieferung war für die Zeit von April bis September 2008 vereinbart. Im Juni 2008 teilte V mit, zur Lieferung der bis dahin noch ausste-

henden 1,5 Mio. Liter wegen Insolvenz des Zulieferers nicht in der Lage zu sein. K beschaffte sich daraufhin bei anderen Lieferanten Biodiesel, musste dafür aber einen gegenüber dem Vertrag mit V höheren Literpreis hinnehmen, da das Preisniveau gegenüber dem Vorjahr gestiegen war. Dadurch wendete K 500.000 € mehr auf, als er bei Belieferung mit der gleichen Menge durch V hätte aufwenden müssen. Nachdem K den V erfolgreich auf Erfüllung verklagt hatte, lieferte V doch noch die ausstehenden Mengen zum vereinbarten Preis. Gleichwohl verlangt K nun Ersatz der 500.000 € Mehrkosten, die ihm durch die Bestellungen bei den anderen Lieferanten entstanden waren.

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

Problemaufriss

Leistet der Schuldner nicht freiwillig, was er versprochen hat, darf sich der Gläubiger nicht selbst nehmen, was ihm zusteht, sondern er muss, will er den Schuldner zur Erfüllung zwingen, sich gegen den Schuldner einen Vollstreckungstitel verschaffen und aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 705, 794 ZPO). Eine Möglichkeit, einen solchen Vollstreckungstitel zu bekommen, ist die Leistungsklage.

Der Gläubiger hat aber auch andere Möglichkeiten, auf die Pflichtverletzung des Schuldners zu reagieren. Insbesondere kann er vom Schuldner Schadensersatz verlangen (§§ 280 ff., 311a II BGB). Gemeinsame Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlagen ist ein wirksames Schuldverhältnis, eine Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen auf Seiten des Schuldners. Ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, hängt von der Art des Schadensersatzes ab, den der Gläubiger verlangt: Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger gemäß § 280 III BGB nur unter den Voraussetzungen der §§ 281-283, 311a II BGB verlangen, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gemäß § 280 II BGB nur bei Schuldnerverzug (§ 286 BGB). Nur ein Schaden, der weder als Schadensersatz statt der Leistung noch als Verzögerungsschaden ersatzfähig ist, ist nach § 280 I BGB zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall waren ursprünglich die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I 1, 2 BGB gegeben. Diese Vorschriften waren – jedenfalls hinsichtlich der Restmenge – direkt und nicht i. V. m. § 437 Nr. 3 BGB anwendbar, weil nicht die gelieferte Menge zu gering, sondern vereinbarte Lieferungen ausgeblieben waren.¹ Einer Fristsetzung bedurfte es gemäß § 281 II, 1. Fall BGB nicht, weil V die Weiterbelieferung (die durch die Insolvenz des Zulieferers zwar erschwert, aber keineswegs unmöglich oder unzumutbar geworden war, zumal V als Schuldner einer Gattungsschuld gemäß § 276 I 1 BGB das Beschaffungsrisiko trägt) ernsthaft und endgültig verweigert hatte. Da K einen solchen Schadensersatz aber nicht verlangt hatte, war er nicht gemäß § 281 IV BGB gehindert, den V weiterhin auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Nachdem V die ausstehenden Mengen geliefert hatte, stellte sich die Frage eines Schadensersatzes statt der Leistung nicht mehr: Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erlischt, wenn der Schuldner die ursprünglich geschuldete Leistung erbringt.²

Mit der Lieferung der ausstehenden Mengen hat V zwar das geleistet, wozu er sich vertraglich verpflichtet hatte,

aber er hat später als vereinbart (erst nach der Verurteilung) geleistet. Als V die Belieferung verweigerte, geriet er gemäß § 286 I 1 BGB in Verzug, wofür es gemäß Abs. 2 Nr. 3 keiner Mahnung bedurfte. Damit kann K von V Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen. Dieser Anspruch blieb von der späteren Erfüllung unberührt. K macht ihn geltend, weil er sich infolge des vorübergehenden Ausbleibens der Lieferung durch V anderweitig eindecken musste und dabei ungünstigere Konditionen hinzunehmen hatte. Fraglich ist aber, ob diese Mehrkosten als Ersatz des Verzögerungsschadens ersatzfähig sind.

Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof verneint diese Frage. Er steht damit im Einklang mit allen im Schrifttum vertretenen Ansichten, die allerdings unterschiedliche Begründungen formulieren. Die überwiegende Ansicht betont, der Gläubiger stelle durch das Deckungsgeschäft den Zustand her, der bei Naturalleistung des Schuldners bestünde. Das Deckungsgeschäft sei die endgültige Ersetzung der geschuldeten Leistung, die ihrerseits durch den Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werde. Die Mehrkosten des Deckungsgeschäfts seien daher nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.³

Nach anderer Ansicht sind die Kosten eines Deckungsgeschäfts ein Verzögerungsschaden, wenn das Deckungsgeschäft zu einer Zeit getätigt wird, zu der auch der Erfüllungsanspruch noch bestand. Als Schadensersatz statt der Leistung sei nur zu ersetzen, was durch das endgültige Ausbleiben der Erfüllung entgehe.⁴ Trotzdem seien Kosten eines Deckungsgeschäfts nach § 254 BGB nicht ersatzfähig, wenn der Gläubiger es vornimmt, obwohl er noch Erfüllung verlangen kann, denn dann überwiege sein Verursachungsbeitrag durch das vorzeitige Deckungsgeschäft den des Schuldners.⁵ Jedenfalls sei zu verlangen, dass der Gläubiger die Voraussetzungen für einen Schadensersatz statt der Leistung bereits geschaffen habe und die dem Käufer gesetzte Nachfrist abgelaufen sei.⁶

Obwohl nach allen Begründungen die Klage im vorliegenden Fall unbegründet war, schließt sich der BGH ausdrücklich der ersten Ansicht an: Die Mehrkosten des Deckungskaufs seien kein Begleitschaden, sondern nur als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig.⁷ Andern-

³ Otto, in: Staudinger, 2009, § 280 Rn. E 39; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, 2009, § 286 Rn. 176; Dauner-Lieb, in: NK-BGB, 2. Aufl. 2012, § 280 Rn. 65; Ernst, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 118; Grigoleit/Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203 (2003), 727 (736 f.).

⁴ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (154 ff.); Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (254 ff.).

⁵ Faust, in: FS Huber, 2006, S. 239 (255 f.).

⁶ Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147 (160 ff., 168).

⁷ BGHZ 197, 357 Rn. 27.

¹ Zur Abgrenzung Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 434 Rn. 53; Westermann, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 434 Rn. 48.

² BGHZ 197, 357 Rn. 29; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 281 Rn. 49.

falls erhalte der Gläubiger im wirtschaftlichen Ergebnis die doppelte Menge zu dem vom Schuldner gewährten Preis.⁸

Diese Begründung ist wenig aussagekräftig⁹, und der vom BGH formulierte Obersatz löst zwar den zu entscheidenden Fall im Ergebnis überzeugend, ist aber, wie sich zeigen wird, viel zu allgemein formuliert.

Will man über die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten des Deckungsgeschäfts entscheiden, muss man sich vor Augen führen, dass das Deckungsgeschäft selbst schon eine Form des Schadensersatzes ist. Der Gläubiger wendet eigene Mittel auf, um ein Manko auszugleichen (nicht anders, als wenn sich das Unfallopfer in eine Heilbehandlung begibt).¹⁰ Dieses Manko besteht in der Vermögensbilanz bezogen auf die Zeit: Solange der Schuldner nicht leistet, leidet der Gläubiger unter einer Differenz zwischen dem, was ihm versprochen worden ist (die vertragliche Leistung), und dem, was er bekommen hat (nichts), weil die Leistung bis jetzt ausgeblieben ist, obwohl er sie eigentlich schon längst genießen sollte (sie sich also verzögert). Das Deckungsgeschäft beseitigt die Einbuße in der Bilanz aber nur für die Zukunft. Die bereits erlittene Verspätung wird durch das Deckungsgeschäft nicht kompensiert. Wenn der Gläubiger die Kosten für das Deckungsgeschäft ersetzt verlangt, verlangt er also Kompensation für die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung für die Zukunft, nicht für die Differenz zwischen pünktlicher und verspäteter Leistung. Damit ist umgekehrt klar, dass der

Gläubiger in den Fällen, in denen der Schuldner die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung durch (Nach-)Erfüllung aufhebt, die Kosten für das Deckungsgeschäft als solche nicht ersetzt verlangen kann.

Es gibt aber keinen Grund, den Schuldner vom Ersatz des Verspätungsschadens immer dann freizustellen, wenn der Gläubiger ein Deckungsgeschäft tätigt. Vielmehr muss dem Gläubiger ersetzt werden, was ihm in seinem Vermögen noch immer aufgrund des Umstandes fehlt, dass der Schuldner nicht pünktlich geleistet hat. Dieses Minus kann durchaus auch darin bestehen, dass der Gläubiger sich auf die Schnelle zu ungünstigen Konditionen eindecken musste. Für die Ersatzfähigkeit von *Mehr*-Kosten des Deckungsgeschäfts kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob diese adäquat kausal auf die *Verspätung* der geschuldeten Leistung zurückzuführen sind, also etwa wenn die Mehrkosten daraus resultieren, dass der Gläubiger nunmehr auf eine besonders schnelle Belieferung angewiesen ist.¹¹

Im hier entschiedenen Fall ergaben sich die Mehrkosten daraus, dass die geschuldete Leistung gegenüber dem Vertragspreis im Wert gestiegen war. Die Mehrkosten korrespondieren also einem Mehr-Wert, den der Gläubiger sich erkaufte. Sie haben ihren Grund deshalb nicht in der Verspätung der geschuldeten Leistung. Im Ergebnis wurde dem Gläubiger daher zu Recht insoweit kein Schadensersatz zugesprochen.

⁸ BGHZ 197, 357 Rn. 28; zustimmend *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 16/2013 Anm. 1; *Looschelders*, JA 2013, 865 (866).

⁹ Kritisch auch *Hilbig-Lugani*, NJW 2013, 2961.

¹⁰ *Gsell*, LMK 2013, 353035 (2 b cc); *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (736).

¹¹ Konkretisiert man die Schadensposition in dieser Weise, stellt sich auch kein Abstimmungsproblem gegenüber der den §§ 281-283 BGB zugrunde liegenden Wertung der „zweiten Andienung“, vgl. *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB, § 280 Rn. 52; *Looschelders*, Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers als Schadensersatz statt der Leistung, JA 2013, 865 (867).

Olaf Muthorst*

Umfang der Rechtskraft bei Beratungsfehlern

ZPO § 322 Verschiedene Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch bilden keine selbstständigen Streitgegenstände.

Ist über eine Klage rechtskräftig entschieden, mit der Schadensersatz wegen eines Beratungsfehlers bei einer Kapitalanlage begehrt wurde, so ist eine erneute Klage, die auf einen anderen Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch gestützt wird, wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig.

BGH, Urteil vom 22.10.2013 – XI ZR 42/12, NJW 2014, 314–316

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

Sachverhalt

Am 21.11.2003 ließ sich K bei der B-Bank (B) über Kapitalanlagen beraten. Aufgrund dieser Beratung investierte K 252.000 € in einen Fond. Da sich der Fond nicht wie erwartet entwickelte, nahm K die B auf Schadensersatz in Höhe von 252.000 € Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Anlage in Anspruch und machte geltend, er sei nicht anleger- und objektgerecht beraten worden. Die Klage wurde mit Urteil vom 23.01.2008 rechtskräftig abgewiesen. Am 10.8.2009 verklagte K die B erneut auf

Schadensersatz, da B den K in der Beratung am 21.11.2003 nicht darüber informiert habe, dass B aus der Investition des K eine Rückvergütung erhalten würde.

Problemaufriss

Berät eine Bank einen Kunden über Kapitalanlagen, ist sie verpflichtet, den Kunden über eine etwaige Rückvergütung aufzuklären, die ihr bei Zeichnung der Anlage zufließt. Bei einer solchen Rückvergütung, die aus den ausgewiesenen Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren gezahlt wird, wird dem Kunden verschleiert, dass die Bank ein besonderes Interesse an der Empfehlung gerade dieses Produktes hat.¹ Unterlässt die Bank die Aufklärung, verletzt sie den Beratungsvertrag und haftet auf Schadensersatz.

Ebenfalls Schadensersatz schuldet die Bank, wenn sie den Kunden nicht anleger- und objektgerecht berät. Die Bank muss das Anlageziel des Kunden abklären und ihn aufklären, wenn ein Auftrag vom Anlageziel abweicht. Die Bank muss den Kunden ferner über alle Umstände und Risiken, die für die Anlageentscheidung Bedeutung haben, richtig und vollständig informieren.²

Verlangt der Kunde von der Bank Schadensersatz und reguliert die Bank nicht freiwillig, bleibt ihm nur der Weg der Leistungsklage vor dem zuständigen Gericht. Wird über eine Klage rechtskräftig entschieden, muss der Rechtsstreit damit erledigt sein. Gewinner und Verlierer müssen das Urteil gelten lassen. Eine erneute Klage ist unzulässig, denn ihr steht die Rechtskraft der schon ergangenen Entscheidung entgegen. Die Rechtskraft umfasst die gesamte Entscheidung über den Streitgegenstand (§ 322 I ZPO). Deshalb scheidet eine erneute Klage nur dann nicht an der entgegenstehenden Rechtskraft, wenn mit ihr ein anderer Streitgegenstand geltend gemacht wird als derjenige, über den bereits rechtskräftig entschieden ist.

Da K die B auf Schadensersatz verklagt, nachdem seine erste Schadensersatzklage rechtskräftig abgewiesen wurde, stellt sich also die Frage, ob er mit der zweiten Klage einen anderen Streitgegenstand geltend macht oder ob erste und zweite Klage identische Streitgegenstände betreffen.

Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof geht von identischen Streitgegenständen aus und hält die zweite Klage daher für unzulässig.

Der Streitgegenstandsbegriff ist für den Zivilprozess an mehreren Stellen von Bedeutung (§§ 261 I, III Nr. 1, 322 I

ZPO, ferner §§ 260, 263 ZPO)³, ist aber nicht gesetzlich definiert.

Der Gesetzgeber hielt eine Definition für überflüssig, weil er der Vorstellung folgte, Streitgegenstand sei der materiell-rechtliche Anspruch i. S. v. § 194 BGB. Diese Definition wird heute nicht mehr verwendet, weil man mit ihr nicht benennen kann, was bei Feststellungs- und Gestaltungsklagen Streitgegenstand ist, und weil dieser Ansatz bei Anspruchskonkurrenz (eine Rechtsfolge lässt sich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen stützen) verschiedene Streitgegenstände annehmen würde, was nicht als sachgerecht empfunden wird.⁴

Daher wird der Streitgegenstand heute überwiegend als prozessualer Anspruch verstanden. Uneinigkeit besteht nur darüber, ob dieser Anspruch im prozessualen Sinne allein durch den vom Kläger gestellten Antrag gekennzeichnet ist (eingliedriger Streitgegenstandsbegriff), oder ob sich der Streitgegenstand durch die Zusammenschau von Antrag und Klagegrund – also den Lebenssachverhalt, aus dem sich das Begehren des Klägers herleitet – bestimmt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff, ständige Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend vertreten).⁵ Da auch die Vertreter eines eingliedrigen Streitgegenstandsbegriffs den Lebenssachverhalt zur Auslegung des Klageantrags heranziehen, ergeben sich nur selten unterschiedliche Ergebnisse.⁶ Das gleiche gilt, wenn man den Streitgegenstandsbegriff relativ, d. h. kontextabhängig definieren will (sog. relativer Streitgegenstandsbegriff).⁷

Die Schwierigkeit besteht vielmehr stets in einer sinnvollen Bestimmung des für den jeweiligen Streitgegenstand konstitutiven Lebenssachverhaltes. Der Bundesgerichtshof rechnet zum maßgeblichen Lebenssachverhalt „alle Tatsachen (...), die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt.“⁸ Dabei ist zu beachten, dass zum vorgetragenen Tatsachenkomplex ein Sachverhaltelement unabhängig davon gehört, ob es von den Parteien vorgetragen worden ist oder nicht und ob es hätte vorgetragen werden können oder den Parteien unbekannt war.⁹

³ Vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 306 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 218 ff.

⁴ Musielak, Grundkurs ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 140 f.

⁵ Schwab, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 88; Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 143 f.; Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 229 ff.

⁶ Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 320 f.

⁷ Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 145 ff.; Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 325 ff.

⁸ BGH NJW 2014, 314 Rn. 15 m. w. N.

⁹ BGH NJW 2014, 314 Rn. 15 m. w. N.

¹ Vgl. BGH NJW 2012, 2873 Rn. 36 m. w. N.

² Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 280 Rn. 48 f.

Für den konkreten Fall ergibt sich bei diesem Ausgangspunkt, dass beiden Klagen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, denn der Kläger stützt beide Klagen auf dieselbe Beratungssituation und nennt nur unterschiedliche Informationen, die ihm pflichtwidrig vorenthalten worden seien. Diese Sachverhaltselemente bilden keine selbstständigen Geschehensabläufe, sondern sind Teil

¹⁰ BGH NJW 2014, 314 Rn. 16ff.; zustimmend Schmid, Umfang der Rechtskraftwirkung eines klageabweisenden Urteils bei der Haf-

eines einheitlichen Lebenssachverhaltes.¹⁰ Folglich wird mit beiden Klagen derselbe Streitgegenstand geltend gemacht, so dass die rechtskräftige Entscheidung über die erste Klage der zweiten Klage entgegensteht.

tung wegen fehlerhafter Anlageberatung, GWR 2013, 519; Fischer, LMK 2013, 353510 (2 c-f); Geisler, jurisPR-BGHZivilR 21/2013 Anm. 1. Kritisch Junglas, NJW 2014, 317; zur Abgrenzung Toussaint, FD-ZVR 2013, 352771.

Stefanie Kemme*

Sittenwidrigkeit von Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen

StGB §§ 224 I Nr. 4, 228 Anforderungen an die Einwilligung in eine gefährliche Körperverletzung bei tätlichen Gruppenauseinandersetzungen

Ob eine Körperverletzung trotz Einwilligung nach § 228 StGB sittenwidrig und die Tat damit rechtswidrig ist, richtet sich in erster Linie nach der Art und dem Gewicht des eingetretenen Körperverletzungserfolgs und der damit verbundenen Gefahr für Leib und Leben. Körperverletzungen, die zu einer konkreten Gefahr lebensgefährlicher Verletzungen führen, sind danach grundsätzlich sittenwidrig. Aber auch wenn die einzelnen Körperverletzungen nicht unmittelbar zu einer konkreten Todesgefahr führen, können Auseinandersetzungen rivalisierender Gruppen sittenwidrig sein, wenn durch gruppenspezifische Prozesse eine erhebliche, nicht wirksam eingeschränkte Eskalationsgefahr besteht.

BGH, Beschluss vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, NJW 2013, 1379-1382

Sachverhalt

Zwei Jugendliche gerieten durch einen eskalierenden Streit in eine körperliche Auseinandersetzung, die zunächst von Dritten geschlichtet wurde. Jeder der beiden Jugendlichen rief telefonisch Freunde zur Verstärkung herbei mit der Folge, dass sich nach kurzer Zeit zwei rivalisierende Gruppen in einer Entfernung von einigen Metern gegenüberstanden. In zunehmend aufgeheizter Stimmung bereiteten sämtliche Mitglieder beider Gruppen sich auf körperliche Auseinandersetzungen mit Faustschlägen und Fußtritten vor. Dabei billigten sie auch den Eintritt erheblicher Verletzungen. In der anschließenden Schlägerei erwies sich eine der beiden Gruppen als deutlich stärker als die andere. Mitglieder

der stärkeren Gruppe schlugen und traten auch dann noch auf ihre Gegner ein, als sie sich in deutlicher Überzahl befanden und die Gegner wehrlos am Boden lagen.

Problemaufriss

Die Einwilligung in eine Körperverletzung schließt grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit aus.¹ Neben den allgemeinen Voraussetzungen der Einwilligung² setzt die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung nach § 228 StGB voraus, dass die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Da der Wortlaut des § 228 StGB auf die Sittenwidrigkeit der Tat (und nicht der Einwilligung) abstellt, stehen für die Rechtsprechung Art und Gewicht des Erfolgs der Körperverletzung sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben des Opfers bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit im Vordergrund.³ Kriminelle, sexuelle,⁴ kommerzielle oder auch nur eigenwillige⁵ Motive der Tat begründen

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

¹ Demgegenüber ordnet ein Teil der Literatur die Einwilligung in eine Körperverletzung nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als Ausschluss des Tatbestands ein, vgl. die Nachweise bei Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 2.

² Etwa der Einwilligungsfähigkeit des Opfers, Freiheit von Zwang und rechtsgutsbezogenen Irrtümern; näher zur Auswirkung von Willensmängeln Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 14 ff.

³ BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 8; BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 19; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 9 m. w. N.

⁴ BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 22 ff.: Einverständnis vorgenommene sadomasochistische Praktiken, führen als solche noch nicht zur Sittenwidrigkeit. Anders jedoch, wenn der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

⁵ LG Traunstein vom 11.12.2008 – 1 Qs 140/08, Rn. 8 ff.: Tätowier-

daher grundsätzlich noch keine Sittenwidrigkeit, sofern im konkreten Fall keine gravierenden Verletzungen drohen.⁶ Umgekehrt führt die konkrete Gefahr lebensgefährlicher Verletzungen regelmäßig zur Sittenwidrigkeit.⁷ Hinter dieser Differenzierung steht die Vorstellung, dass erst die Gefahr gravierender Verletzungen einen staatlichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutshabers rechtfertigt.⁸

Zur Entscheidung

Bei den körperlichen Auseinandersetzungen der beiden Gruppen, die sich nach den Vorstellungen der Gruppenmitglieder auf Faustschläge und Fußtritte beschränken sollen, führen die einzelnen Körperverletzungen, auf die sich die Einwilligung bezieht, noch zu keiner konkreten Todesgefahr. Demnach wäre eine Sittenwidrigkeit der Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB grundsätzlich zu verneinen.

Etwas anderes kann sich jedoch aus der mit solchen Auseinandersetzungen typischerweise verbundenen Eskalationsgefahr ergeben. Die Frage, ob eine Körperverletzung trotz Einwilligung auf Grund ihrer Gefährlichkeit sittenwidrig ist, bestimmt die Rechtsprechung auf der Grundlage einer Prognose. Entscheidend ist danach, ob „bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.“⁹ In diese Bewertung des Gefährlichkeitsgrades auf der Grundlage einer ex ante-Perspektive gehen sämtliche die Tatausführung begleitenden Umstände ein.¹⁰ Dabei lassen sich tätliche Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen mit Kampfsportveranstaltungen vergleichen, die ebenfalls auf die Verletzung der Gegner ausgerichtet sein können. Im Rahmen solcher sportlichen Wettkämpfe verstoßen Körperverletzungen auch bei der Gefahr erheblicher Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht gegen die guten Sitten, wenn die maßgeblichen Wettkampffregeln eingehalten worden sind.¹¹ Die Existenz angemessener Regeln und ihre Einhaltung verhindern den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr und schließen dadurch die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung aus. Im Vergleich dazu existieren bei der körperli-

chen Auseinandersetzung rivalisierender Gruppen keine vergleichbar verlässlichen Regeln. Die Gruppenmitglieder gehen zwar von einer Beschränkung auf Faustschläge und Fußtritte aus. Da an der Auseinandersetzung aber eine größere Zahl von Personen beteiligt ist und die Auseinandersetzung keinen weitergehenden Stopp-Regeln unterliegt, besteht durch gruppenspezifische Prozesse eine erhebliche Eskalationsgefahr. Auf diese Eskalationsgefahr stellt der BGH bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgeblich ab: „Bedeutsamer als der ohnehin nicht geringe Gefährlichkeitsgrad der von der Verabredung umfassten Körperverletzungshandlungen ist jedoch für die Beurteilung der Taten anhand von § 228 StGB das Fehlen jeglicher Absprachen und Vorkehrungen, die eine Eskalation der wechselseitigen Körperverletzungshandlungen und damit einhergehend eine beträchtliche Erhöhung der aus diesen resultierenden Rechtsgutsgefährlichkeit ausschließen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Gruppen vor dem Beginn der Auseinandersetzung abgesprochen hätten, Körperverletzungen gegen bereits geschlagene und deshalb nicht mehr zu effektiver Ab- oder Gegenwehr fähige Beteiligte auszuschließen. Ebenso wenig lassen die rechtsfehlerfreien Feststellungen Absprachen und Sicherungen erkennen, die Situationen ausschließen, in denen sich eine unterschiedliche Anzahl von Kämpfenden aus den beiden Gruppen gegenübersteht und sich wegen der Mehrzahl von ‚Kämpfern‘ auf der einen Seite das Risiko schwerwiegender Verletzungen für den oder die in Unterzahl Befindlichen deutlich erhöht.“¹² Aus dem erheblichen Gefährdungspotential durch gruppenspezifische Prozesse resultiert mit anderen Worten auch dann die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung, wenn die einzelnen Schläge und Tritte noch zu keiner konkreten Gefahr des Todes geführt haben.¹³

Anmerkung

Das von gruppenspezifischen Prozessen ausgehende Gefährdungspotential liegt auch der Strafbarkeit der Beteiligung an einer Schlägerei nach § 231 I StGB zu Grunde. Durch die Ausgestaltung der schweren Folge als objektiver Bedingung der Strafbarkeit trägt der Gesetzgeber mit diesem abstrakten Gefährdungsdeldikt dem Eskalationspotential von Schlägereien (und der Schwierigkeit der Aufklärung von Einzelverantwortlichkeit) Rechnung.¹⁴ Ob die Sittenwidrigkeit von Gruppenschlägereien entfällt, wenn die Beteiligten Absprachen und Sicherungen zur Gefahrenbeschränkung getroffen haben, hat der BGH bislang nicht entschieden, in dem Urteil aber strenge Anforderungen an die Einhaltung solcher Verabredungen angedeutet.¹⁵

ren eines Mitgefangenen in einer Justizvollzugsanstalt unter Verstoß gegen die Anstaltsordnung; BGH vom 29.01.1953 – 5 StR 408/52: sog. „Bestimmungsmensur“.

6 Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 10 m. w. N.

7 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 8; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 10a, jeweils m. w. N.; anders hingegen bei lebensgefährlichen, aber erforderlichen ärztlichen Heileingriffen, BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 19.

8 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 8.

9 BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 25; BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 11.

10 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 11 f.

11 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 12 m. w. N.; anders dagegen bei grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Regelverstößen, die zudem regelmäßig auch nicht mehr durch die Einwilligung gedeckt sind.

12 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 19.

13 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 21.

14 Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 231 Rn. 1; vgl. auch BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 16.

15 BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 22.

Stefanie Kemme*

Reizung zum Zorn oder sonst ein minder schwerer Fall des Totschlags?

StGB §§ 46 III, 213 Strafzumessungsaspekte beim Totschlag

1. Die zur Tötung normalerweise erforderliche Gewaltanwendung darf nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

2. Bei Prüfung eines minder schweren Falls des Totschlags nach § 213 Alt. 1 StGB muss die Schwere der erlittenen Kränkung objektiv unter Berücksichtigung der Gesamtbeziehung der Streitenden sowie einer beidseitigen Alkoholisierung zum Tatzeitpunkt bestimmt werden. Das Vorliegen einer Notwehrlage i. S. d. § 32 StGB ist nach § 213 Alt. 2 StGB zu berücksichtigen, selbst wenn der Täter die Grenzen dieses Rechtfertigungsgrundes überschritten hat.

BGH, Beschluss vom 04.07.2013 – 4 StR 213/13, NStZ 2013, 580-581

Sachverhalt

A war Geschäftsführer eines Bordellbetriebs, in dem S als Tänzerin und Prostituierte arbeitete. Beide gingen in der Folgezeit eine konfliktreiche Liebesbeziehung ein. S konsumierte mehrmals täglich Amphetamin, auf Grund dessen sie ständig enthemmt, leicht erregbar und aggressiv war. Mitunter schrie sie minutenlang auf den A ein und machte ihn „für alles verantwortlich“. Im Verlauf der zahlreichen tätlichen Auseinandersetzungen bemerkte A, dass er S durch einen kurzen Griff mit der rechten Hand an ihren Hals ruhigstellen konnte. In der Folgezeit wandte er diese Verteidigungstechnik mehrfach erfolgreich an.

Ein heftiger Streit zwischen A und S mit wechselseitigen Tötlichkeiten veranlasste die Verantwortlichen des Bordellbetriebes, die Zusammenarbeit mit A fristlos zu beenden. Daraufhin bezogen A und S ein gemeinsames Zimmer in einem Hotel. Am Morgen des 07.07.2012 gegen 2 Uhr kehrten beide nach einem gemeinsamen Abend stark alkoholisiert in ihr Hotelzimmer zurück, wo es wieder zu einem heftigen Streit kam. Während dieser Auseinandersetzung schrie S hysterisch über einen Zeitraum von 5 Minuten ununterbrochen auf A ein, machte ihm Vorhaltungen und verlangte von ihm, sie in Ruhe zu lassen und das Hotelzimmer zu verlassen. Als sie begann, ihn mit den Fäusten auf die Brust zu schlagen, stieß A sie weg, so dass sie zu Boden fiel. S stand sofort wieder auf und trat A in den Unterleib. A, der seine Freundin von weiteren Tritten abhalten wollte, umfasste daraufhin ihren Hals mit beiden Händen und würgte sie äußerst kräftig. A war bewusst, dass S durch die erhebliche

Gewaltanwendung zu Tode kommen könnte. Gleichwohl hielt er den erheblichen Druck auf den Hals aufrecht. Auf Grund dieser Gewalteinwirkung brach die Geschädigte leblos zusammen und verstarb infolge Erstickung.

Eine dem A um 5.13 Uhr entnommene Blutprobe wies eine BAK von 1,17 ‰ auf. Im Blut von S wurden ein Alkoholgehalt von 1,30 ‰ und eine Amphetamin-Konzentration von 1800 ng/ml festgestellt.

Problemaufriss

Das strafgesetzliche System vorsätzlicher Tötung unterscheidet nicht nur zwischen Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 I StGB), sondern differenziert den Totschlag nach besonders schweren (§ 212 II StGB), nach minder schweren Fällen (§ 213 StGB) und Fällen der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Für die Strafzumessung ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Strafrahmen des § 212 I StGB (5-15 Jahre) oder des minder schweren Falls nach §§ 212 I, 213 StGB (1-10 Jahre) angenommen wird. Das LG verurteilte A wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren und berücksichtigte bei der Strafzumessung, dass die Tatausführung von massiver Gewalt geprägt gewesen sei und durch das heftige Würgen eine besondere Brutalität aufwies. Einen minder schweren Fall nach § 213 StGB lehnte das LG ab. Diese Strafzumessungsnorm wäre aber vorrangig genau unter die Lupe zu nehmen gewesen.

Zur Entscheidung

Zunächst stellt der BGH fest, dass hier das Doppelverwertungsverbot nach § 46 III StGB missachtet wurde. Merkmale des Tatbestandes, die schon bei der Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmens als maßgeblich verwertet worden sind, dürfen nicht nochmals bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹ In zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen wurde von Gerichten die zur Tötung erforderliche Gewalt straferschwerend gewertet, was Freiheitsstrafen von vielen Jahren rechtfertigten sollte.²

Schwer wiegt zudem, dass das LG vorschnell das Vorliegen des § 213 StGB abgelehnt hat, so dass darüber erst der hohe Strafrahmen des Totschlags eröffnet werden

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

1 Miebach, in: MüKo, 2. Aufl. 2012, § 46 Rn. 183.

2 Vgl. BGH vom 24.03.1998 – 4 StR 34/98, BeckRS 1998, 31357485; BGH vom 29.06.1995 – 4 StR 760/94, StV 1996, 148; BGH vom 12.01.1988 – 5 StR 657/87, BeckRS 1988, 31103292.

konnte.³ Im vorliegenden Fall sei es aber auf Grund des Geschehensablaufs nicht fernliegend gewesen, dass der A durch die vom Tatopfer verübte Misshandlung provoziert wurde.⁴ Dabei hätte das LG die Zuspitzung der Situation nach der fristlosen Kündigung des A und den Umzug von A und S in das Hotel in den Blick nehmen sollen, da die Tötlichkeiten und Vorhaltungen seitens des Opfers möglicherweise „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hätten. Weiterhin wird dargelegt, dass der Schweregrad der Alkoholisierung des Opfers und des A verkannt wurde, denn eine Rückrechnung der Tatzeit-BAK ist unterblieben. Danach hatte der Täter zur Tatzeit um ca. 3 Uhr eine BAK von mindestens 1,81 ‰, das Opfer von 1,94 ‰ und eine entsprechend höhere Amphetamin-Konzentration im Blut.

Der § 213 StGB will in seiner Provokationsvariante (Alt. 1) den Täter begünstigen, der aus berechtigtem Zorn gehandelt hat, weil er vor der Tat seinerseits durch das Opfer misshandelt oder durch ein schwer beleidigendes Verhalten angegriffen worden ist.⁵ Als Misshandlung, die ein vorsätzliches Handeln des provozierenden Opfers voraussetzt, kommen nur erhebliche Beeinträchtigungen in Betracht, wobei ein Körperverletzungserfolg nicht erforderlich ist.⁶ Der Begriff der Beleidigung ist nicht im technischen Sinne zu verstehen und umfasst daher auch (schwere) Kränkungen, die nicht den Beleidigungstatbeständen der §§ 185 ff. StGB unterfallen.⁷ Grundsätzlich werden im Rahmen partnerschaftlicher Konflikte schwere Beleidigungen („Lebensversager in allen Bereichen“) und vor allem Beleidigungen sexualbezogener Art als Provokation im Sinne des § 213 Alt. 1 StGB gewertet.⁸ Hier ist allerdings zu erörtern, wie es sich auswirkt, dass das Opfer massiv unter Alkohol- und Drogeneinfluss stand. So wird von einigen in einer restriktiven Auslegung des § 213 Alt. 1 StGB angenommen, dass schwere Beleidigungen dann nicht in Betracht kommen, wenn die Verantwortlichkeit des Opfers für den Täter erkennbar auf Grund einer Alkoholisierung eingeschränkt ist.⁹ Da in der Praxis – wie auch vorliegend vorliegend – Fälle der Alkoholisierung von Täter und Opfer den weitaus größten Anteil ausmachen, stehen sich die alkoholbedingten Kränkungen des Opfers und die alkoholbedingte geringe Hemmschwelle des Täters gegenüber.¹⁰ Obwohl im Rahmen des § 213 Alt. 1 StGB keine Verhältnismäßig-

keit¹¹ bzw. eine gewisse Verhältnismäßigkeit¹² zwischen der Schwere der Kränkung und der im Zorn verübten Tat vorausgesetzt wird, wird eine größere Zurückhaltung vom Täter zu erwarten sein, soweit er die Alkoholisierung seines Opfers erkannte hat¹³. Der gemeinsame Alkoholgenuss und das Erkennen des A, dass S auf Grund des Alkohol- und Drogengenusses enthemmt war (BAK von 1,94 ‰ in Verbindung einer hohen Amphetamin-Konzentration), sprechen insoweit gegen die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 213 Alt. 1 StGB.

Ein weiteres Argument mag hier aber noch mehr Gewicht haben. Zwar ist die Schwere der erlittenen Kränkung objektiv zu bestimmen, jedoch mit der Modifikation, dass vom Lebenskreis der Betroffenen unter Berücksichtigung der Gesamtbeziehung der Streitenden auszugehen ist.¹⁴ Die Vorgeschichte von A und S ist geprägt durch zahlreiche solcher Auseinandersetzungen, in denen die S auf Grund ihres Alkohol- und Amphetamingenusses hysterisch auf den A eingeschrien und diesen beschimpft hat. A kannte die Erregbarkeit und Aggressivität der S in diesem Zustand. Es lässt sich vertreten, dass dann ein Totschlag des an das Opferverhalten gewöhnten Täters keine Nachsicht verdient.¹⁵ Andererseits können die fortlaufenden Vorhaltungen und Tötlichkeiten des Opfers auch dazu geführt haben, dass die letzte Kränkung quasi der „Tropfen“ war, der nach einer Reihe von Kränkungen „das Fass zum Überlaufen brachte“.¹⁶

Sollte hier die 1. Alternative abzulehnen sein, muss noch die 2. Alternative eines sonstigen minder schweren Falls in Betracht gezogen werden. A befand sich nach dem Tritt in den Unterleib in einer objektiv gegebenen Notwehrlage. Eine Tötung im Grenzbereich der Notwehr¹⁷, insbesondere bei Überschreitung der Grenzen der Notwehr ohne Erreichen der Voraussetzungen des § 33 StGB¹⁸, kann bereits aus diesem Grunde die Annahme eines minder schweren Falles i.S. des § 213 Alt. 2 StGB begründen.¹⁹

Hinweis

Die Wissenschaft hat sich dem § 213 StGB als Strafzumessungsvorschrift bisher relativ wenig gewidmet, was allerdings in starkem Widerspruch zu seiner Praxisrelevanz steht.²⁰ Dies sollte Grund genug sein, der Norm bereits im Studium größere Aufmerksamkeit zu schenken. Der Leser mag sich zudem fragen, warum es denn überhaupt wichtig ist, eine genaue Unterscheidung zwischen

³ BGH NStZ 2013, 341; 2011, 339; 2002, 542; 1996, 33; NStZ-RR 2007, 194.

⁴ Ähnlich BGH NStZ 2013, 341; 2002, 542.

⁵ Vgl. auch BGH NStZ 1996, 33.

⁶ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 4.

⁷ Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 213 Rn. 8; a. A. Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (456).

⁸ Vgl. BGH NStZ 2013, 341.

⁹ Jähnke, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 6, 11. Aufl. 2005, § 213 Rn. 5; Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (457); Der BGH hat die Frage bisher offen gelassen BGH NStZ 1985, 216 (217); NStZ 1987, 555 (556).

¹⁰ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 6.

¹¹ BGH NStZ 1985, 216 (217).

¹² Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 11.

¹³ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 6.

¹⁴ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 5.

¹⁵ Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455(457); BGH NStZ 1987, 555 (556).

¹⁶ BGH NStZ 2011, 339 (340).

¹⁷ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 13.

¹⁸ BGH StV 2003, 74.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2007, 194.

²⁰ Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455.

den beiden Alternativen vorzunehmen, wenn doch zumindest ein sonstiger minder schwerer Fall vorliegen könnte. Der Strafmilderungsgrund der Reizung zum Zorn ist zwingend.²¹ Praktisch bedeutsam ist dies im Rahmen einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit i. S. v. § 21 StGB. Provokation meint sthenische Affekte²² (z. B. Wut, Zorn, Streitlust), wobei der Affekt nicht das Maß des § 21 StGB erreicht haben muss²³. §§ 213 I. Alt. und 21 StGB sind daher nebeneinander anwendbar²⁴, so dass sich die Höchststrafe auf sieben Jahre und sechs Monate reduzieren kann. Anlass der 2. Alternative ist zumeist ein vertypter Milderungsgrund wie § 21

21 Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 2; a. A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 12a.

22 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 213 Rn. 8.

23 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 9a.

24 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 213 Rn. 10.

StGB, so dass eine weitere Strafmilderung ausscheidet. Wenn aber der provokationsbedingte Affekt zur verminderten Steuerungsfähigkeit geführt hat, so kommt auch neben der Anwendung von § 213 Alt. 1 StGB keine weitere Strafmilderung in Betracht – selbst wenn er den Grad einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung erreicht hat²⁵ –, denn die Reizung zum Zorn und die erhebliche Herabsetzung der Steuerungsfähigkeit sind vielfach auf dieselben Wurzeln zurückzuführen²⁶. Gegebenenfalls ist auch zu prüfen, ob ein mehrfach gemilderter Strafrahmen des § 212 I StGB für den Angeklagten nicht günstiger ist als die Annahme eines minder schweren Falls²⁷.

25 BGH NStZ 2002, 542, Rn. 3; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 17.

26 Hartmut Schneider, NStZ 2001, 455 (457).

27 Schäfer/Sander/van Gemmeren, 4. Aufl. 2008, Rn. 886; BGH vom 13.07.2006 – 2 StR 228/06, BeckRS 2006, 09873.

Ulrike Lembke*

Homosexualität als anzuerkennender Fluchtgrund

Richtlinie 2004/38/EG Zum flüchtlingsrechtlichen Schutz von homosexuellen Personen, denen in ihrem Herkunftsstaat erhebliche strafrechtliche Sanktionen drohen.

1. Homosexuelle Asylantragsteller/innen können eine bestimmte soziale Gruppe im Sinne der RL 2004/38/EG bilden, die der Verfolgung wegen ihrer sexuellen Orientierung ausgesetzt ist, und daher als Flüchtlinge anzuerkennen sein.

2. Das Bestehen einer Freiheitsstrafe, mit der im Herkunftsland Homosexualität bedroht ist, kann für sich alleine eine Verfolgungshandlung darstellen, sofern diese Strafe tatsächlich verhängt wird.

3. Auf Grund der wesentlichen Bedeutung der sexuellen Orientierung für die persönliche Identität kann von homosexuellen Flüchtlingen nicht verlangt werden, dass sie ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim halten, um Verfolgung zu vermeiden.

EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – verbundene Rs. C-199/12, C-200/12, C-201/12 – X, Y, Z ./ Minister voor Immigratie en Asiel

Rechtlicher Rahmen

Die Anerkennung von Flüchtlingen und die Gewährung von Aufenthaltsrechten oder Asyl entscheiden sich nicht allein nach nationalen Bestimmungen, sondern werden wesentlich von unions- und völkerrechtlichen Normen

geprägt.¹ Für die Gewährung von Schutz spielt die Anerkennung als Flüchtling inzwischen eine wesentliche Rolle.² Die Gewährung von Asyl setzt politische Verfolgung voraus; als Flüchtling ist nach Art. 1 (A) II der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) aber jede Person anzuerkennen, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will“. Das Hochkommissariat für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) hat verschiedene Richtlinien zur Umsetzung erlassen.³ Für die Mitglied-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Die Effektivität der Umsetzung dieser Normen ist allerdings national sehr unterschiedlich ausgeprägt. So konnte bspw. Otto Schily in Deutschland jahrelang verhindern, dass geschlechtsspezifische Verfolgung als solche anerkannt wird, hierzu sehr spannend Heike Brabant, Internationale Normen und das Rechtssystem. Der Umgang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung in Großbritannien und Deutschland, 2011.

2 Vgl. Ulrike Lembke/Lena Foljanty, Migration, Flucht und Geschlecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 259 (261 ff.).

3 Relevant ist hier insbesondere UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity, www.unhcr.org/509136ca9.html (31.01.2014).

staaten der Europäischen Union wurden ferner durch die Qualifikationsrichtlinie (QRL) 2004/83/EG Mindeststandards des Flüchtlingsschutzes festgelegt. Sie wurde am 21.12.2013 durch RL 2011/95/EU abgelöst.

Die Entscheidung

Der EuGH hatte auf Grund einer Vorlage des niederländischen letztinstanzlichen Raad van State zu entscheiden.⁴ Das Vorlageverfahren betraf die Asylanträge von drei jungen Männern aus Sierra Leone (X), Uganda (Y) und Senegal (Z), welche ihre sexuelle Orientierung als anzuerkennenden Fluchtgrund geltend machten. Die Anträge wurden vom niederländischen Ministerium für Einwanderung und Asyl abgelehnt und diese Ablehnung mehrfach gerichtlich bestätigt. Der Raad van State legte dem EuGH schließlich drei Fragen vor, nämlich 1. ob homosexuelle Personen eine soziale Gruppe i. S. d. GFK und der QRL bilden, 2. ob bereits die Strafbarkeit homosexueller Handlungen eine Verfolgung darstellen könne, und 3. ob es homosexuellen Flüchtlingen zumutbar sei, ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim zu halten, um Verfolgung zu vermeiden.

Zumindest die erste Frage hätte der EuGH sehr knapp beantworten können, denn Art. 10 I lit. d der QRL stellt ausdrücklich fest, dass eine soziale Gruppe auch anhand der sexuellen Orientierung gebildet werden kann. Da der Anerkennungsgrund der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe aber besonders umstritten ist, bestätigte der EuGH sicherheitshalber noch einmal die beiden generellen Kriterien hierfür: Zum einen sei die sexuelle Orientierung ein identitätsprägendes Merkmal, zum anderen mache schon das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen gegen Homosexualität in ihren Herkunftsländern die Betroffenen zu einer abgrenzbaren und von der Gesellschaft als andersartig betrachteten Gruppe.

Die Anerkennung als Flüchtling setzt ferner eine Verfolgungshandlung i. S. v. Art. 9 QRL, also eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte, voraus.⁵ Der EuGH weist zunächst darauf hin, dass die einschlägigen Grundrechte – insbesondere das Recht auf Privatheit nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC – durchaus eingeschränkt werden können, weshalb eine gravierende Verletzung im Einzelfall zu belegen sei; die bloße Existenz einer Strafvorschrift genüge insoweit nicht. Al-

erdings sind in Sierra Leone homosexuelle Handlungen mit einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren bis lebenslanglich bedroht, in Uganda droht eine bis zu lebenslange Freiheitsstrafe und im Senegal eine Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren sowie eine Geldstrafe zwischen 150 und 2.000 €. Eine Freiheitsstrafe, die im Herkunftsland auch tatsächlich vollstreckt wird, sieht der EuGH als unverhältnismäßige und diskriminierende Bestrafung an, die nach Art. 9 II lit. c QRL eine Verfolgungshandlung darstellt.

Der EuGH entschied schließlich, dass von Betroffenen nicht verlangt werden kann, ihre für ihre Identität so bedeutsame sexuelle Orientierung zu verbergen. Auch sei für die Flüchtlingsanerkennung die Frage völlig unbeachtlich, ob sie sich beim „Ausleben“ ihrer sexuellen Orientierung besonders „zurückhalten“ könnten. Der EuGH konnte diesbezüglich umfassend auf seine Entscheidung *X und Z ./. Deutschland* verweisen, in der es um Verfolgung auf Grund religiöser Betätigung in der Öffentlichkeit ging.⁶ Darin hatte er festgestellt, dass die deutsche Unterscheidung zwischen *forum internum* und *forum externum* nichts zur Frage der Einordnung als Verfolgungshandlung i. S. v. Art. 9 QRL beitrage, denn dass die Verfolgungsgefahr durch Verzicht auf bestimmte religiöse Betätigungen vermieden werden könnte, sei „grundsätzlich irrelevant“.

Würdigung der Entscheidung

Wenig erfreulich ist, wenn der EuGH das geltende Recht referieren muss; erfreulich aber, dass für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nun einheitlich geklärt ist, dass die sexuelle Orientierung einen anerkannten Fluchtgrund darstellt und von Betroffenen nicht erwartet werden kann, dass sie sie verstecken.⁷ Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hatte nach eigenem Bekunden das Ende der Diskretionsforderungen schon 2012 eingeleitet.⁸ Spätestens mit der Entscheidung des EuGH dürfte diese Klarstellung der Rechtslage bei allen zuständigen Gerichten und Behörden auf Rezeption hoffen dürfen.⁹

Wenig überzeugend sind allerdings die Überlegungen des EuGH, eine Verfolgungshandlung nur bei tatsächlich angewendeten Strafnormen anzunehmen.¹⁰ Wenn

⁶ EuGH vom 05.12.2012, verbundene Rs. C-71/11, C-99/11 – *X und Z ./. Deutschland*.

⁷ Vgl. *Janna Wefels*, Discretion in sexuality-based asylum cases: an adaptive phenomenon, in: Thomas Spijkerboer (ed.), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum*, 2013, S. 55-81.

⁸ *BAMF*, Schreiben vom 27.12.2012 an MdB Volker Beck, www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/BAMF-121227.pdf, S. 4 (31.01.2014).

⁹ Zur Problematik des früheren „Diskretions“-Ansatzes vgl. *Nora Markard/Laura Adamietz*, Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität, in: Annika McPherson et al. (Hg.), *Wanderungen. Migrationen und Transformationen aus geschlechterwissenschaftlichen Perspektiven*, 2013, S. 169-184.

¹⁰ Hierzu ausführlich *Nora Markard*, *Asylmagazin* 2013, 402 (405 ff.).

⁴ Zur Entscheidung ausführlich *Nora Markard*, EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund, in: *Asylmagazin* 2013, 402-408; ferner *Nils Janson*, Ausgeweiteter Flüchtlingsschutz für homosexuelle Flüchtlinge durch Ende des „Vermeidungsverhaltens“, www.juwiss.de (31.01.2014).

⁵ Im Gegensatz zur früheren Rechtslage muss die Verfolgung nicht zwingend von staatlichen Akteur/innen ausgehen. Der Flüchtlingsschutz greift gemäß Art. 6 QRL auch bei nichtstaatlicher Verfolgung, sofern staatliche Organe nicht in der Lage oder nicht willens sind, effektiven Schutz zu bieten.

eine Verfolgungshandlung nur bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen vorliegt, könnte es sich anbieten, den menschenrechtlichen Diskurs einzubeziehen. Bezüglich einverständlicher sexueller Handlungen zwischen Erwachsenen hat der EGMR schon die Existenz von Strafnormen als problematisch angesehen.¹¹ Dies ist aus zwei Perspektiven überzeugend. Zum einen liegt in solchen Strafnormen, auch wenn sie gerade nicht angewendet werden, eine jederzeit aktualisierbare Bedrohung, und Betroffene könnten sich genötigt fühlen, ihr Lieben und Begehren aus Angst vor Repression vollständig zu unterdrücken. Sie werden durch eine solche Strafnorm auch erpressbar. Zum anderen steht Recht nicht nur

¹¹ EGMR vom 22.04.1993, Nr. 15070/89 – *Modinos ./. Zypern*, vom 26.10.1988, Nr. 10581/83 – *Norris ./. Irland*, vom 22.10.1981, Nr. 7525/76 – *Dudgeon ./. Vereinigtes Königreich*; ferner Menschenrechtsausschuss vom 04.04.1994, Nr. 488/1992 – *Toonen ./. Australien*.

auf dem Papier, sondern in Wechselwirkung mit gesellschaftlichen Prozessen. Homosexuelle Personen sind in besonderem Maße Diskriminierung und Gewalt durch staatliche wie private Akteur/innen ausgesetzt.¹² Die Kriminalisierung von Homosexualität verstärkt ablehnende Tendenzen und bietet eine Rechtfertigung für Übergriffe. Angesichts dessen Verfolgungshandlungen pauschal abzulehnen, geht an der Realität im Einzelfall¹³ vorbei.

¹² *Amnesty International*, Crimes of hate, conspiracy of silence: Torture and ill-treatment based on sexual identity, 2001; *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*, European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey, 2013; *Human Rights Council*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity, 17 November 2011, www.unhcr.org/refworld/docid/4ef09202.html (31.01.2014).

¹³ Für eine Einzelfallprüfung auch UNHCR, www.unhcr.org/509136ca9.html (31.01.2014), Rn. 26–29.

Ulrike Lembke*

Bezeichnung als ‚durchgeknallte Frau‘ kann Beleidigung sein

Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, Art. 5 II GG Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in medialen Auseinandersetzungen und Schranken der Meinungsfreiheit.

Die Bezeichnung als „durchgeknallte Frau“ kann abhängig vom Kontext eine ehrverletzende Äußerung sein, die nicht mehr vom Schutz der Meinungsfreiheit gedeckt ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine öffentliche Auseinandersetzung sich zu rein spekulativen Äußerungen hin verschiebt, welche ohne Tatsachenkern den Intimbereich der angegriffenen Person verletzen, und diese Äußerungen auch nicht spontan im Zusammenhang mit einer emotionalen Auseinandersetzung fallen, sondern gezielt verletzend wirken sollen.

BVerfG, Beschluss vom 11.12.2013 – 1 BvR 194/13

Sachverhalt

Die bayerische Landrätin Gabriele Pauli wurde 2006 bundesweit bekannt, als sie Ministerpräsident Edmund Stoiber offen kritisierte und seinen Rücktritt forderte. Noch bekannter machten sie allerdings im Frühjahr 2007 Photos für das Magazin *Park Avenue*, auf denen sie u. a. mit Latexhandschuhen, roter Perücke, Maske und Minikleid posierte. Viele Medien berichteten hierüber.

In der Online-Ausgabe der *Bild*-Zeitung schrieb Chefkolumnist Franz-Josef Wagner am 03.04.2007:

„Liebe Latex-Landrätin, auf sechs Doppelseiten der Zeitschrift „P. A.“ lassen Sie sich in Domina-Posen – mit Latex-Handschuhen und gespreizten Beinen – fotografieren. Die Fotos sind klassische Pornografie. Der pornografische Voyeur lebt in der Qual, Ihnen die Kleider vom Leib zu reißen. Kein Foto löst in mir den Impuls aus, Sie zu lieben bzw. zärtliche Worte mit Ihnen zu flüstern. Kein Mann liebt eine Frau in einem Pornofilm.

Auf all diesen Fotos sind Sie angezogen, nichts Nacktes. Sie sind die Frau dazwischen. Warum machen Sie das? Warum sind Sie nach Ihrem Stoiber-Triumph nicht die brave, allein erziehende Mutter geblieben? Warum lassen Sie sich so fotografieren?

Ich sage es Ihnen: Sie sind die frustrierteste Frau, die ich kenne. Ihre Hormone sind dermaßen durcheinander, dass Sie nicht mehr wissen, was wer was ist. Liebe, Sehnsucht, Orgasmus, Feminismus, Vernunft.

Sie sind eine durchgeknallte Frau, aber schieben Sie Ihren Zustand nicht auf uns Männer.“

Frau Pauli erhob Klage und begehrte die Unterlassung der Äußerungen, sie sei eine „durchgeknallte Frau“ und die fraglichen Photos seien „klassische Pornografie“ oder

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

stunden in Zusammenhang mit „Domina-Posen“, „Pornofilmen“ und „pornografischen Inhalten“. Ferner begehrte Frau Pauli eine angemessene Geldentschädigung in Höhe von mindestens 5.000 €. Das Landgericht hatte die Bild-Zeitung zunächst zur begehrten Unterlassung verurteilt, die Klage auf Entschädigung aber abgewiesen. Das OLG München hob dieses Urteil im Berufungsverfahren auf und wies die Klage insgesamt ab, da die streitgegenständlichen Äußerungen von der Meinungsfreiheit der Beklagten gedeckt seien.¹

Entscheidung

Die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG hob die Entscheidung des OLG München auf, soweit dieses die Äußerung, Frau Pauli sei eine „durchgeknallte Frau“, nicht beanstandet hatte. Im Übrigen wurde die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Das BVerfG erinnerte daran, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht vorbehaltlos gewährleistet ist, sondern seine Schranken in den Grundrechten anderer wie der Meinungsfreiheit findet. Die Meinungsfreiheit wiederum ist nach Art. 5 II GG auch durch die allgemeinen Gesetze wie bspw. § 1004 I 2 BGB analog i. V. m. § 823 BGB begrenzt. Im Rahmen der Anwendung dieser Gesetze müssen zum einen Äußerungen zutreffend gewürdigt und zum anderen eine Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten vorgenommen werden.

Das BVerfG hielt an seiner früheren Rechtsprechung fest, dass die Bezeichnung als „durchgeknallt“ keine Form der – äußerst eng zu definierenden – Schmähkritik darstellt. Allerdings stellt diese Bezeichnung nach Ansicht des BVerfG im vorliegenden Fall nur die Zusammenfassung des vorhergehenden Absatzes dar, in dem von Frustration, Hormonen und Orgasmus die Rede ist. In diesem Absatz ginge es nicht mehr um eine öffentliche Auseinandersetzung über die Photos, sondern um eine gezielte Verächtlichmachung, welche zudem den Intimbereich von Frau Pauli betraf. Dies war mit dem Schutz ihres Persönlichkeitsrechts nicht mehr vereinbar.

Würdigung

Zunächst hat es den Anschein, als wolle das BVerfG seine Entscheidung von 2009, wonach die Bezeichnung als „durchgeknallter Staatsanwalt“ weder eine Schmähkritik noch als Beleidigung zu bestrafen sei,² ein wenig korrigieren. Doch es dürfte dabei bleiben, dass „durchgeknallt“ zwar ehrverletzend wirkt,³ in öffentlichen Ausein-

dersetzungen die Grenzen der Meinungsfreiheit jedoch nicht überschreitet. Im Grunde hat das BVerfG aber gar nicht über diese Frage entschieden. Seine Entscheidung betrifft den vorhergehenden Absatz, als dessen reine „Zusammenfassung“ die angegriffene Bezeichnung gelesen wird. Dieser Absatz ist übergreifend und sexistisch und steht in einer langen Tradition⁴ der Abwehr und Abwertung in der Öffentlichkeit sichtbarer Frauen durch den Wechsel vom Politischen zum Intimen. Über sexuelle Erfüllung wie Mutterqualitäten von intellektuellen, meinungsstarken oder karrierebewussten Frauen wird gern öffentlich spekuliert. Die Sexismus-Debatte, die vor einem Jahr begann,⁵ hat gezeigt, dass die deutsche Gesellschaft noch erheblichen Nachholbedarf in Wahrnehmung wie Bekämpfung solch sexistischer Diskriminierungen hat.⁶ Damit soll keineswegs einer Zensur das Wort gesprochen werden. Aber in die jeweils notwendige Einzelfallbetrachtung muss einbezogen werden, wenn die öffentliche Meinungsbildung über auf den Persönlichkeitskern zielende Verletzung betrieben wird, welche sich überdies als Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erweist.

Nun ließe sich für den vorliegenden Fall einwenden, dass Frau Pauli durch ihre fragwürdige Selbstpräsentation in der *Park Avenue* doch selbst das Niveau der Debatte bestimmt hat. Diese Ansicht ist irrig. Frau Pauli hat den Gegenstand der Debatte geliefert. Und Herr Wagner darf sich deshalb zum pornografischen Gehalt oder der Pornofilm-Ähnlichkeit der Photos uneingeschränkt äußern. Der Schutz des Intimbereichs als Kern des Persönlichkeitsrechts steht Frau Pauli aber unverändert zu, auch wenn sie sich mit Latexhandschuhen abbilden lässt. Das BVerfG hat eine kluge Entscheidung getroffen.

⁴ Sexualisierte Übergriffe und Schmähungen bilden seit langem Zugangshindernisse für Frauen zu höherer Bildung, bezahlter Arbeit und Teilhabe am öffentlichen Leben, vgl. nur *Margit Brunner*, Ursachen sexueller Belästigung von Frauen an der Universität, 1991; *Brigitte Schnock*, Die Gewalt der Verachtung, 1999.

⁵ Vgl. dazu die Beiträge in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)*, Heft 8/2014.

⁶ Das Recht wird bei dieser Problematik wohl keine allzu wesentliche Rolle spielen – lesenswert: *Judith Butler*, Hass spricht, 2006 – aber es sollte auch nicht Teil des Problems sein. Wenn das OLG München vom 01.12.2009 – 5 StRR 295/09, bspw. meint, die besondere Stresssituation, die mit einem Strafverfahren wegen sexueller Nötigung verbunden ist, rechtfertige es schon, die mit den Ermittlungen beauftragte und grundsätzlich diskret vorgehende Kriminalbeamtin schriftlich als „wild gewordene Amazone“, die ihr „Emanzipations-Ego“ auslebe, und „besessen handelnde Frau“ zu bezeichnen, überrascht dies doch. Über das Ergebnis – absehen von Strafverfolgung wegen Beleidigung – lässt sich gewiss diskutieren, über die Begründung sicher nicht. Auch ist zu begrüßen, dass eine Polizeibeamtin, die als „Hure, Fotze, Schlampe“ beschimpft und wiederholt mit massiver sexualisierter Gewalt bedroht wird, Anspruch auf Schmerzensgeld hat, vgl. AG Böblingen vom 16.11.2006 – 3 C 1899/06. Die Fokussierung des Gerichts auf die „Ehre der Frau“ und die besondere „Vulgarität“ der Beleidigungen sind dagegen zwar dogmatisch indiziert, gehen aber am Problem weit vorbei. Es geht nicht um Ehre, Empfindsamkeit und Würde, sondern um geschlechtsspezifische Diskriminierung und Gewalt.

¹ OLG München vom 23.10.2012 – 18 U 2334/12 Pre.

² BVerfG vom 12.05.2009 – 1 BvR 2272/04.

³ Das BVerfG vom 12.05.2009 – 1 BvR 2272/04 selbst bietet eine unangreifbare Alternativformulierung an: „jegliche distanzwahrende Selbstkontrolle verloren“.

Volker M. Haug: Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht

Von Sophie Victoria Knebel*

In der 8. Auflage präsentiert Volker M. Haug in seiner Fallbearbeitung 19 Fälle aus dem Staats- und Verwaltungsrecht für Studienanfänger.

Zunächst wird der/die Leser/in in einer Einleitung in das Öffentliche Recht eingeführt, worauf eine Abgrenzung des Öffentlichen Rechts zum Zivilrecht folgt.

Das erste Kapitel beginnt sodann mit einer Einführung in die juristische Methodik und beinhaltet Tipps, wie methodisch mit der Bearbeitung zu beginnen sei. Anhand von kleinen Fallerläuterungen aus dem Öffentlichen Recht wird erklärt, wie bei Normenkollisionen taktisch an den Fall heranzugehen sei und welches Recht Anwendung finde – das nationale oder das europäische Recht. Die juristischen Auslegungsregeln werden kurz, knapp und präzise erklärt. Dies eignet sich in erster Linie als Lektüre für Anfänger/innen als ein erster Einblick in die juristische Arbeitsweise, aber auch für Fortgeschrittene zum gezielten Nachlesen des Grundwissens.

Im Folgenden wird der Gutachtenstil erklärt. Dies mag für Anfänger/innen durchaus sinnvoll und hilfreich sein. Allerdings wählt Haug zur Erklärung Beispiele aus dem Strafrecht. Dies verwundert, da es sich um ein Fallbuch im Öffentlichen Recht handelt. So mag diese Herangehensweise dem Leser/der Leserin zwar die grundsätzliche praktische Vorgehensweise zum Verfassen einer Klausur im Gutachtenstil verdeutlichen, nicht jedoch jene speziell im Öffentlichen Recht. Gerade im Öffentlichen Recht erscheint es wegen der oft ausufernden Argumente besonders wichtig, den Anfänger/innen zu verdeutlichen, wie die Klausur im Gutachtenstil zu lösen ist.

Strukturell ist das Buch in die Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts gegliedert. In das entsprechende Rechtsgebiet erfolgt jeweils eine übersichtliche Einführung – sowohl verfahrens- als auch materiell-rechtlich. Anschließend an die theoretische Einführung folgen die einzelnen Fallbearbeitungen. Während die Fälle im Staatsrecht kürzer sind, sind jene im Verwaltungsrecht etwas länger gefasst. Teilweise erfolgt eine inhaltliche Einführung bzw. Vorbemerkung zu dem Fall. So wer-

den beispielsweise vorab einzelne Schutzbereiche oder Schranken der Grundrechte erläutert.

Die verfassungsrechtlichen Fälle behandeln zumeist einzelne materiell-rechtliche Problemstellungen, die nicht in einen prozessualen Aufbau eingekleidet sind. Die wichtigsten Verfahrensarten aus dem Staats- und Verwaltungsrecht werden jedoch in einzelnen Fällen präsentiert. So erlangen die Studierenden einen Einblick in die Verfassungsbeschwerde anhand eines Falles, für das Organstreitverfahren geht der Einblick jedoch über ein Prüfungsschema und kurze Ausführungen nicht hinaus.

Im Verwaltungsrecht gestaltet Haug den Einblick für die Studierenden umfangreicher. Zusätzlich zu den besonders prüfungsrelevanten Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen werden den Studierenden auch seltener zu prüfende Klagearten, wie bspw. die Leistungsklage, anhand eines Falles nahegebracht. Mit Haugs Fallbearbeitungen aus dem Verwaltungsrecht erscheint es für die Studierenden durchaus möglich, sich auch prozessual im erforderlichen Umfang auf eine entsprechende Anfängerklausur vorzubereiten.

Die Falllösungen selbst erfolgen gutachterlich mit hilfreichen Randbemerkungen. Hier können die Studierenden sehen, wie der Gutachtenstil im Öffentlichen Recht praktisch und richtig verwendet wird.

An ausgewählten Stellen befinden sich Schaubilder, Prüfungsschemata und Übersichten zu den in den Fällen aufgeworfenen Rechtsfragen, so dass der Leser einen geeigneten Überblick über die materiell-rechtlichen Fragen und deren Lösungsansätze erlangen kann.

Insgesamt sind die Fälle sehr kurz, teils oberflächlich, wenig differenziert und tiefgründig gelöst. Dies mag für Studienanfänger hilfreich sein, da sie in kurzer Zeit möglichst viele Probleme anhand von Fällen behandeln können.

Als erstes Fall-Werk für Interessierte im Öffentlichen Recht ist die Lektüre dieses Fallbuches im Ergebnis durchaus sinnvoll. Haug bringt in prägnanter Kürze die wichtigsten Probleme geeignet auf den Punkt. Überdies erfolgt eine gute Mischung aus inhaltlichen Zusammenfassungen der Probleme und den Falllösungen.

Das Fallbuch eignet sich insbesondere für Studienanfänger/innen. Damit wird Haug seiner intendierten Zielgruppe grundsätzlich gerecht. Nicht geeignet ist das Fallbuch hingegen für diejenigen, die eine auch prozessual sehr umfangreiche eingekleidete Fallbearbeitung auf fortgeschrittenem Prüfungsniveau suchen.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Besprechung von *Volker M. Haug*, Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht. Basiswissen, Übersichten, Schemata, Lehrbuch, 8., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg u. a.: C.F. Müller 2013, XVIII, 272 S., graph. Darst., kart., 21,95 €, ISBN 978-3-8114-9665-1.

Rüthers/Fischer/Birk: Rechtstheorie

Von Patric Urbaneck*

Was ist eigentlich Rechtstheorie? Diese Frage werfen die Verfasser gleich zu Beginn ihres Werkes auf. Impliziert das Wort »Theorie« nicht, dass die Untersuchungsgegenstände im »Recht« beweisbar sind? Kann man also den Beweis über die Richtigkeit von Normen, mithin von Sollensätzen genauso führen, wie über die Gesetzmäßigkeiten von instabilen Isotopen oder die Existenz eines Higgs-Teilchens? Muss nun aus der wohl naheliegenden Antwort auf diese Frage die Konsequenz gezogen werden, die Rechtswissenschaft sei keine Wissenschaft? Und wenn doch: was macht die »Wissenschaftlichkeit« dann aus?

Nachdem im ersten Teil die Eckpfeiler für den Darstellungsgang des Werkes mit dem Versuch aufgestellt werden, die oben aufgeworfene Frage einer Antwort zuzuführen, verbleiben drei weitere große Kapitel: »Das Recht und seine Funktionen«, »Geltung des Rechts« und »Rechtsanwendung«. Das bedeutet übersetzt in den Jargon des universitären Lehrplans: »Allgemeine Rechtslehre«, »Rechtsphilosophie« und »Methodenlehre«. Das Werk versteht sich also gewissermaßen als Kompendium einiger wichtiger, aber längst nicht aller Grundlagenfächer des Rechts und lädt zu einem gemeinsamen Blick über den juristischen Tellerrand hinaus ein.

Kapitel zwei widmet sich zunächst einigen eher »irdischen« Fragen der Rechtswissenschaft. Was ist Recht überhaupt (ganz zu unterscheiden von der dann nicht mehr allzu »geerdeten« Frage, *warum* das Recht gilt; dazu Kapitel drei). Muss es geschrieben sein, um sich »Recht« nennen zu dürfen? Wofür brauchen wir das Recht und wie ist ein (geschriebener) Rechtssatz überhaupt aufgebaut? Was ist der Unterschied zwischen einem *Rechtssatz* und einer *Rechtsnorm*? Insbesondere das zweite Kapitel wird für all' diejenigen erhellend sein, die sich entweder gar nicht oder noch nicht lange in der Rechtswissenschaft beheimatet fühlen – das Buch richtet sich ausdrücklich auch an interessierte Nicht-Rechtswissenschaftler! Das soll jedoch nicht heißen, dass den geübten Juristen die Thematik langweilen wird. Ganz im Gegenteil: Gerade die Ausführungen über »Recht und Sprache« regen zum Nachdenken an. Die dort geäußerten Gedankengänge sind zwar nicht allesamt neu, kommen aber

vielfach in der juristischen Ausbildung zu kurz. Unter der Einbeziehung sprachwissenschaftlicher Erkenntnisse aus der Hermeneutik, der Textwissenschaft, wird dem Leser gezeigt, wie wichtig Zusammenhang (Kontext), Genauigkeit und auch formale Logik sowie Bestimmtheit sind, ohne sich hier insbesondere im Bezug auf (Un-) Bestimmtheit einer Norm nur auf die damit zusammenhängende rechtliche Problematik zu stürzen.

Mit dem notwendigen Wissen über die Beschaffenheit des Rechts ausgestattet, wird im dritten Kapitel die Besteigung der »rechtsphilosophischen Alpen« gewagt. Die Frage, *warum* das Recht eigentlich gilt, wird aufgeworfen. Die Autoren gehen in der folgenden Darstellung sehr geschickt vor, in dem sie die hierzu vertretenen rechtsphilosophischen Grundpositionen nicht in Personen oder »Epochen« kategorisieren, sondern mittels greifbarer Formeln wie »Recht und Gerechtigkeit«, »Religion und Recht«, »Klasse und Recht« einzuordnen versuchen. Dieser Versuch ist gelungen. Die nicht nur für Anfänger schwer verdauliche Materie wird hier anschaulich und in vielen Bereichen sogar sehr detailliert vermittelt. Den eher an Rechtsmethodik interessierten Leserinnen und Lesern mögen einige Abschnitte hier etwas zu sehr ins Detail gehen. Rechtsphilosophisch Interessierten dient die umfassende Darstellung jedoch als solides Fundament für weitergehende Studien in diesem Bereich.

Das vierte Kapitel widmet sich nun voll und ganz der juristischen Methodenlehre. Der Leser befindet sich nun also sinnbildlich auf der anderen Seite des Berges, hat den Ausblick von oben genießen können und kann beim Abstieg mit einem viel weitreichenderen Verständnis auf die Fragen eingehen, die im Studium häufig (kürzlicherweise) bereits auf den ersten Metern gelehrt werden. Auch hier setzt das Werk einen »eigenen Akzent. Insbesondere »aus historischen Gründen« soll der Leser zur Methodenehrlichkeit erzogen werden: Die Autoren – und das wird an einer Stelle auch ausdrücklich klargestellt – haben grundsätzlich nichts gegen richterliche Rechtsfortbildung oder der Weiterentwicklung des (geschriebenen) Rechts durch Wissenschaft und Praxis einzuwenden. Der Rechtsanwender, insbesondere die höchsten Gerichte, sollen nur klarstellen, wann sie Recht anwenden und wann sie es fortbilden. Auch an einigen Beispielen wird der Versuch unternommen, Fälle höchstgerichtlicher Auslegung (oder Billigung derselben durch das BVerfG) als Rechtsfortbildung – und das womöglich »contra legem« – zu entlarven. Der Clou hierbei ist die grundsätzliche Fokussierung auf den ursprünglichen Gesetzeszweck als Dreh- und Angelpunkt der Gesetzesauslegung. Die Autoren interpretieren die Beiträge Carl von Savigny's hierzu in entscheidenden Punkten anders, als der methodenwissenschaftliche »Mainstream«. Dass am Anfang der Normzweck stehen muss, folgern die Autoren ebenfalls aus den Aussagen unseres Grundgesetzes.

* Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Verfassungsrecht, Staatstheorie und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Ulli F. H. Rühl am Fachbereich Rechtswissenschaft an der Universität Bremen. Besprechung von Bernd Rüthers; Christian Fischer; Axel Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 7., überarb. Auflage, München: C.H. Beck 2013, XXIV, 599 S., Ill., kart., 32,90 €, ISBN 978-3-406-65252-3.

Man muss diese Ansicht gewiss nicht in allen Einzelheiten teilen, diese sehr interessanten Aussagen zählen aber ohne Zweifel zu den innovativsten Teilen des Werkes und regen den Leser zum Nachdenken an.

Das Buch schließt mit einer letzten zusammenfassenden Betrachtung, in der das Verhältnis zwischen Rechtstheorie und juristischer Methodenlehre dargestellt wird. Diese Darstellung erschöpft sich nicht in einer bloßen Wiederholung des Gesagten: Vielmehr wird dem Leser erneut das vor Augen geführt, worauf er schon zu Beginn des Buches eingeschworen wurde: Er soll sich seiner künftigen Verantwortung als Jurist bei der Auslegung und Anwendung des geschriebenen Rechts bewusst sein. Zahlreiche historische Beispiele – insoweit macht das Rechtstheoriebuch auch einige »Abstecher« in die Welt der Rechtsgeschichte – führen vor Augen, dass der Grat zwischen *Rechtsauslegung* und *Unrechtseinlegung* zuweilen schmal sein kann. Diese Mahnung zieht sich fast mantrahaft durch das gesamte Werk. Am Ende des dritten Kapitels wird der Leser zu einer »notwendigen Standortwahl« zur Frage des Geltungsgrundes aufgefordert; die Antwort auf diese Frage entscheidet doch, wie stark sich der Jurist letztlich im demokratischen Rechtsstaat (und nicht nur dort) an den Rechtsbefehl des Parlaments gebunden fühlt. Auch einige bekannte und berüchtigte Juristen der NS-Zeit, ihr Wirken und Wirken sowie ihr von der Wissenschaft teils er-

schreckend unreflektiert angenommener Einfluss auf die Rechtswissenschaft in der jungen Bundesrepublik werden an einigen Orten des Buches dargestellt.

Alle Studierenden sollten wenigstens einmal in ihrer Ausbildung ein Werk über die Grundlagen des Rechts gelesen haben. Auch eine jahrelange praktische Arbeit am Recht und mit dem Recht kann die Erfahrungen nicht aufwiegen, die durch das kritische Hinterfragen des »Warum« gewonnen werden. Das vorliegende Lehrbuch ist eine exzellente Anleitung hierfür. Anfänger und insbesondere auch Fortgeschrittene werden ihre Freude an dem Werk haben, da es in einem angenehmen Stil geschrieben ist. Wem die 578 Seiten zu viel erscheinen, der sei beruhigt: Das Buch muss nicht »in einem Zug« durchgearbeitet werden. Auch wenn die einzelnen Kapitel logisch aufeinander aufbauen, eignet sich das Buch sowohl zum punktuellen Nachschlagen einzelner Fragen als auch zum zeitversetzten Lesen zwischendurch. Weiterführende Literaturhinweise zu Beginn jedes Paragraphen vereinfachen das vertiefte Studium einzelner Problembereiche. Das Preis-/Leistungsverhältnis ist angesichts des Umfangs auch angemessen. Dort, wo die Autoren vom »wissenschaftlichen Mainstream« abweichen, legen sie dies offen und regen ihre Leser zur kritischen Reflexion an. Kurzum: Das Werk ist in jeder Hinsicht empfehlenswert!

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

4. Jahrgang – Heft 1 – Juni 2014

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen zweimal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

Redaktion und Lektorat

Sebastian Böse
Benjamin Dzatkowski
Cristina Giampietro
Julian Kanschik
Sophie Knebel
Nadine Lichtblau
Fuluk Liu
Olaf Muthorst (V.i.S.d.P.)
Florian Nahrwold
Sina Nienhaus
Daniel Otto
Tobias Schliemann
Sophia Schulz
Jennifer Thiessen
Florian Vogelsang

E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen:
Olaf Muthorst

Internet

Christoph Greggersen

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erster Vorsitzender:
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst
Zweite Vorsitzende:
Wiss. Mit. Serena Köppen

Layout/Satz

die computerfabrik
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart
Valentin Funk, Claudia Wittorf,
Ulrich Böckmann

Druck

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der
Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

Venture Capital-Finanzierung in der Praxis

Von Benjamin Dzatkowski

Es gibt eine Menge Menschen mit außergewöhnlichen Produktideen. Doch um diese Wirklichkeit werden zu lassen, ist mehr als nur Kreativität oder wissenschaftliches Know-How gefragt. Eine der größten Herausforderungen ist dabei die Finanzierung. Vor allem zu Anfang, wenn ein Jungunternehmer nicht mehr als eine Idee vorzuweisen hat. Eine gute Möglichkeit, schnell auch an größere Kapitalmengen zu gelangen, stellt dabei die Venture Capital-, also Wagniskapitalfinanzierung, dar.

Dieses Thema war der Mittelpunkt des vierten Vortrages der Reihe „Das wirtschaftsrechtliche Mandat – Einblicke in den juristischen Arbeitsalltag“, die die Hamburger Rechtsnotizen in Zusammenarbeit mit der Hamburger Sozietät Esche Schümann Commichau und dem Alumni-Verein der Universität Hamburg veranstalten.

Dr. Stephan Bauer, Rechtsanwalt bei Esche Schümann Commichau, führte die Teilnehmer/innen durch die einzelnen Stufen einer Venture Capital-Finanzierung. Während Bauer eingängig die rechtliche Problematik erläuterte, wurden die Chancen und Risiken durch anregende Diskussionen mit den Anwesenden unterfüttert. Dadurch konnten auch landesspezifische Unterschiede herausgestellt werden. Ebendiese Dialektik bereicherte den Vortrag, so dass dieser sowohl für Profis als auch für Laien fachlich gewinnbringend war.

Die Möglichkeit einer persönlichen Diskussion mit dem Referenten und anderen Teilnehmer/innen eröffnete sich auch dieses Mal im Anschluss an den Vortrag bei Snacks und Getränken.

Juristisches Abenteuer – Segel setzen nach Wien zum 21. Willem C. Vis Arbitration Moot Court

Von Amadeus Maaßhoff & Sophia Schulz

Welche Probleme ergeben sich bei einem internationalen Kaufvertrag? Was ist das UN-Kaufrecht und wann findet es Anwendung? Wie kann ich grenzüberschreitende Konflikte effektiv und schnell lösen? Wie kann die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile gewährleistet werden? Und was ist überhaupt ein Schiedsgericht?

Trotz wachsender Relevanz im Alltag eines international orientierten Juristen werden diese Fragen nur im Rahmen einiger Schwerpunktbereiche beantwortet. Eine intensive Auseinandersetzung mit dieser Thematik bietet jedoch auch die Teilnahme am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court.

Dieser Herausforderung haben sich auch dieses Semester (2013/2014) sieben Studierende der Universität Hamburg gestellt: Brian Hagiel, Stephanie Hartwig, Christina Kaltenpoth, Amadeus Maaßhoff, Sophia Schulz, Helena Thiel und Julia Wenzel. Sie haben sich im April beim Finale in Wien unter die Top of 32 plädiert. Für das nächste Wintersemester läuft das Bewerbungsverfahren im Sommer wieder an.

Der Vis Moot Court ist einer der weltweit größten und renommiertesten internationalen Studentenwettbewerbe, bei dem mittlerweile mehr als 360 Universitäten aus über 70 Nationen gegeneinander antreten.

Der innerhalb eines Semesters zu bearbeitende Sachverhalt beinhaltet in der Regel Problematiken des internationalen Warenkaufs, auf den das UN-Kaufrecht (CISG) Anwendung findet.¹ Zur Konfliktlösung wird ein Schiedsgericht einberufen, das sich aufgrund autonomer Parteivereinbarungen und unter Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit zusammensetzt. Im Rahmen des Vis Moot Courts werden daher grundlegende Kenntnisse des Schiedsverfahrens erlernt. Hierbei werden insbesondere das Modellgesetz für die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit², das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung internationaler Schiedssprüche³ und jeweils wechselnd das Regelwerk einer das Verfahren administrierenden Schiedsinstitution angewendet.

1 Wiener Übereinkommen vom 11. April 1980 der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf.

2 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments adopted in 2006.

3 UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche v. 10.6.1995.

„Recht in der Praxis“ – Einblicke in das Berufsleben

Von *Christin Jüngel & Nina Schöner*

Familie und Beruf – ist das vereinbar? Dürfen Richter wirklich schon um 17:00 Uhr nach Hause? LL.M oder Dr.? – Was ist wo vorteilhaft? Workaholic ohne Freizeit? – Das wahre Leben eines Anwalts in einer Großkanzlei.

Ende Oktober lud der Fachschaftsrat erneut zur Vortragsreihe „Recht in der Praxis“, die den Studierenden einen ersten Einblick in die verschiedenen Berufsfelder der juristischen Praxis vermitteln sollte.

Anfangen mit einem Vortrag des bekannten Strafverteidigers Dr. Gerhard Strate, hatte das Event einen guten Auftakt. In lebendiger und anschaulicher Manier berichtete er mit vielen Praxisbeispielen von seinem beruflichen Alltag.

Nach zwei Wochen wurde uns das Vergnügen zu Teil, zugleich das Berufsfeld einer Richterin und einer Notarassessorin kennenzulernen. Frau Sabine Dähn, Richterin am Landgericht, berichtete, trotz der zahlreichen zu bearbeitenden Aktenberge, von den Vorzügen eines Beamtenlebens.

Auch Dr. Gesa Beckhaus erzählte in greifbarer Weise von dem eher unbekanntem Berufsfeld einer Notarassessorin, sowie den (damit einhergehenden) Haftungsrisiken und der Vielfältigkeit ihres Aufgabenfeldes.

Das Leben einer Großkanzlei stellte Dr. Holger Schrewe, Partner bei Taylor Wessing, vor. Lange Arbeitszeiten sind hier, wie zu erwarten, nicht unüblich, diese werden jedoch durch Teamwork und nette, hilfsbereite Kollegen ausgeglichen. Aufgrund dessen ist der Arbeitsalltag interaktiv und kommunikativ gestaltet.

Bei dem folgenden Termin referierte Rechtsanwältin Hans O. Brelle, Anwältin mit dem Schwerpunkt Urheber- und Medienrecht, über die Arbeit in einer kleineren Kanzlei.

In den einzelnen Vorträgen konnten sich die Studierenden so eine Meinung zu den verschiedenen Vorzügen der einzelnen Berufsfelder und somit Vorstellungen zu ihrem zukünftigen Berufsbild machen.



Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Hamburger Examenskurs (HEX)

Das Fakultätsprogramm für Ihre Examensvorbereitung

Hamburger Lehrpreis 2013

Kursprogramm 2014 / 2015
(vom 29. September 2014 bis zum 27. Juli 2015)

Wiederholungskurs

Skriptenreihe

Examensklausurenkurs

Examinatorium
(mündliches Prüfungstraining mit Kurzvorträgen)

Probeexamen

Veranstaltungsbegleitend: JuraCommSy

Informieren Sie sich unter:

<http://www.jura.uni-hamburg.de/hex/>

<https://www.juracommsy.uni-hamburg.de>

<https://www.facebook.com/HamburgerExamenskursHex>

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543