

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Aufsätze

Volker Wiese &
Patricia Meinking

**Das Internationale Privatrecht im Staats-
examen – Eine Einführung, Teil II**

Tim Brockmann

**Mängelrechte abseits des „alten“ Sachman-
gels**

Entscheidungen

Sarah Lampe

**Ausfallhonorar für abgesagte Behandlungs-
termine – BGH III ZR 78/21**

Roman-Hendrik Wilms

**Kein Vorschuss für Beseitigungskosten – BGH
V ZR 67/22**

Dominik Stanislavchuk

**Förderung parteinaher Stiftungen – BVerfG
2 BvE 3/19**

Studienpraxis & Fallbearbeitung

Chiara Schoop

**Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV,
16 Punkte**

Raja Mudrak

Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 14 Punkte

Marlene Streilein

Klausur in Sachenrecht II, 16 Punkte

Varia

Simone Tiedau &
Johanna Lange

InterAct Law e.V.: Deine Stimme im Diskurs

Thomas Keß &
Lennart Sindermann

**Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hanno-
ver – endlich (bald) legal?**

Seiten 199 bis 204

Kurz & Knapp

Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



Dein Karrierestart

Wir suchen Dich (m/w/d) für unser Team.
Bewirb Dich – bewerbung@ksb-intax.de

KSB INTAX – Hannover · Celle · Lüneburg

Bitte wende Dich an:

Thomas Stillahn
Partner
T +49 (0) 511.85404-63
bewerbung@ksb-intax.de



KSB INTAX
Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Notare

www.ksb-intax.de

VERLAG

Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Registernummer
VR 202863
Amtsgericht Hannover

www.hanoverlawreview.de

INFO

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

DRUCK

Esf-Print (esf-print.de)
Rigistraße 9
12277 Berlin

ZITIERVORSCHLAG

amerikanisch:
Autor, 3 Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2023, Anfangsseite (Fundstellenseite)

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Prof. Dr. Tim Brockmann
Aron Rössig
Nils Grimmig

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

REDAKTION

Schriftleitung
Aron Rössig
Nils Grimmig
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Anna Engel (Redaktionsleitung Strafrecht), Anna-Lena Leiker, Benjamin-Karim Tebbe, Celina Weddige, Cora Strecker, Dean Weigel, Dominik Stanislavchuk, Eric Scheu, Henrik Wichmann (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Jasmin Wulf (Redaktionsleitung Öffentliches Recht), Johanna Lange, Jolanda Fiss, Julia Brandt (Redaktionsleitung Zivilrecht), Kevin Riebe, Laura Schlunk, Lenn von Hörsten, Lukas Müller, Marie-Christin Runkel (Redaktionsleitung Zivilrecht), Morris Lennard Timme, Nedime Bagarkasi, Niklas Alexander Hüneburg, Nina Zarth, Pierre Maurice Watermann, Raja Mudrak, Ronja Beyer, Sarah Lampe, Silas Dreßler, Simon Weber, Sophia Mustafoska, Tim Nix

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur (Oxford)
Prof. Dr. Christian Wolf
Prof. Dr. Sascha Ziemann

HANOVER LAW REVIEW

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

UNTERSTÜTZERINNEN UND UNTERSTÜTZER

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

Prof. Dr. Hermann Butzer,
Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec.,
Dr. Nassim Eslami,
RA David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dr. Thomas Keß,
Prof. Dr. Stephan Meder,
PD Dr. Erol Pohlreich,
Prof. Dr. Timo Rademacher, M.Jur.,
Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill),
Prof. Dr. Christian Wolf,
Prof. Dr. Sascha Ziemann,
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde,
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbB und
Schweitzer Fachinformationen oHG
Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz
Universität Hannover e.V.

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft.

Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

AUFsätze

Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. & Dipl.-Jur. Patricia Meinking	Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil II	Seiten 157 bis 164
Prof. Dr. Tim Brockmann	Mängelrechte abseits des „alten“ Sachmangels – Die Geltendmachung von Rechten nach den §§ 327ff. BGB	Seiten 165 bis 177

ENTSCHEIDUNGEN

Dipl.-Jur. Sarah Lampe	Ausfallhonorar für abgesagte Behandlungstermine	Seiten 178 bis 183
stud. iur. Roman-Hendrik Wilms	Kein Vorschuss für Beseitigungskosten gemäß § 281 BGB analog in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB	Seiten 184 bis 187
stud. iur. Dominik Stanislavchuk	Förderung parteinaher Stiftungen	Seiten 188 bis 198

KURZ & KNAPP

RA David Faber, LL.M.	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht – 3/2023	Seiten 199 bis 200
Prof. Dr. Hermann Butzer & Dipl.-Jur. Daniel Müller	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht – 3/2023	Seiten 201 bis 202
Prof. Dr. Sascha Ziemann & Dipl.-Jur. Hannah Hölzen	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht – 3/2023	Seiten 203 bis 204

STUDIENPRAXIS & FALLBEARBEITUNG

stud. iur. Chiara Schoop	Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV, 16 Punkte	Seiten 207 bis 221
stud. iur. Raja Mudrak	Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 14 Punkte	Seiten 222 bis 225
stud. iur. Marlene Streilein	Klausur im Sachenrecht II, 16 Punkte	Seiten 226 bis 230

VARIA

Dipl.-Jur. Simone Tiedau & stud. iur. Johanna Lange	InterAct Law e.V.: Deine Stimme im Diskurs	Seiten 230 bis 233
RiFG Dr. Thomas Keß & stud. iur. Lennart Sindermann	Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hannover – endlich (bald) legal?	Seiten 234 bis 238

Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil II

Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill) und Dipl. Jur. Patricia Meinking

Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleich an der Leibniz Universität in Hannover.

Dipl. Jur. Patricia Meinking ist Rechtsreferendarin am Landgericht Wiesbaden und Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Clifford Chance in Frankfurt am Main.

Das Internationale Privatrecht im Staatsexamen – Eine Einführung, Teil I erschien in der Ausgabe 04/2022 (HanLR 2022, 225ff.) und befasst sich insbesondere mit Grundprinzipien und -methoden des IPR, dem Aufbau und der Anwendung der Kollisionsnormen sowie mit der Bedeutung des EGBGB. Dieser Beitrag bildet Teil II und behandelt die prüfungsrelevanten Regelungen der Rom-Verordnungen sowie Beispielsfälle, die Examenskandidat: innen erwarten können.

§ 16 NJAVO

Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung

(1) Der Prüfungsstoff der Pflichtfachprüfung umfasst im Pflichtfach Bürgerliches Recht:

[...]

13. die Artikel 1 bis 9, 17 bis 19 und 24 bis 26 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die **gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen** in Grundzügen,

14. die Artikel 1 bis 4, 6 und 19 bis 21 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das **auf vertragliche Schuldverhältnisse** anzuwendende Recht (**Rom I**) in Grundzügen,

15. die Artikel 1 bis 4, 10 bis 12, 14, 23, 24 und 26 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das **auf außervertragliche Schuldverhältnisse** anzuwendende Recht (**Rom II**) in Grundzügen,

16. **allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts in Grundzügen**, soweit sie zum Verständnis des in den Nummern 13 bis 15 genannten Prüfungsstoffs erforderlich sind,

[...].¹

VI. Die Regelungen der Rom I-Verordnung

Dem Normgeber der Rom I-Verordnung ging es vor allem um die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse. Um den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten vorhersehbarer zu machen und die Sicherheit gerichtlicher Entscheidungen in Bezug auf das anzuwendende Recht sowie den freien Verkehr zu fördern, sollten die in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen im Interesse eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts unabhängig von dem Staat, in dem sich das Gericht befindet, bei dem der Anspruch geltend gemacht wird, dasselbe Recht bestimmen.²

Im Folgenden sollen die nach der NJAVO prüfungsrelevanten Normen veranschaulicht werden, also insbesondere Artikel 1 bis 4, 6 sowie 20 und 21.

1. Anwendungsbereich (Art. 1 und 2 Rom I)

Art. 1 und 2 Rom I regeln den Anwendungsbereich der Verordnung. Gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I gilt sie für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Der Begriff des vertraglichen Schuldverhältnisses ist dabei – so, wie auch andere europäische Rechtsbegriffe – autonom auszulegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Kriterium der Freiwilligkeit bzw. der freiwillig eingegangenen Verpflichtung maßgeblich,³ wobei öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse (vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 Rom I) nicht erfasst werden. Ob letztlich eine

¹ Hervorhebung durch die Verfasser: innen; ähnliche, allerdings im Wortlaut teilweise abweichende Normen finden sich in den Juristenausbildungsgesetzen der Länder Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

² ErwGr. 6 der Rom I.

³ EuGH NJW 2019, 2991 Rn. 25 m.w.N.; NJW 2005, 811 (813); Leible, Luxemburg locuta – Gewinnmitteilung finita?, NJW 2005, 796 (797); Spickhoff in: BeckOK BGB, 66. Ed., Stand: 01.05.2022, Rom I Art. 1 Rn. 30.

relevante Verbindung zum Recht verschiedener Staaten vorliegt, ergibt sich aus der Subsumtion unter die Anknüpfungsmerkmale der Rom I.⁴ So kann eine solche Verbindung – wie ein allerdings umstrittener Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 3 Rom I ergibt – auch bei einem reinen Inlandssachverhalt vorliegen, wenn die Parteien eine bloße Rechtswahl nach Art. 3 Rom I vorgenommen haben.⁵

Art. 1 Abs. 2 Rom I enthält sodann einige von der Verordnung ausgenommene Rechtsinstitute. Diese sind auch in anderen Rechtsinstrumenten regelmäßig ausgeschlossen (vgl. Art. 1 Abs. 2 Rom II) und in der Sache häufig in internationalen Konventionen mitgeregelt (Bsp.: Schiedsvereinbarungen und das New Yorker UN-Übereinkommen 1958). So fällt etwa auch das Personenrecht nach Abs. 2 lit. a nicht unter den Anwendungsbereich der Rom I. Unter Personenrecht sind dabei insbesondere die Eheschließung und Scheidung gemeint, das heißt, Art. 7 EGBGB gilt sinngemäß auch im Rahmen der Rom I.⁶ Auch das Gesellschaftsrecht fällt nach Abs. 2 lit. f nicht unter die Rom I. Damit sind allerdings nur organisatorische Aspekte der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen gemeint.⁷ Vertragsrechtlicher Natur ist daher etwa der Unternehmenskauf.⁸ Ebenfalls unterfällt die Stellvertretung nach Abs. 2 lit. g nicht der Rom I. Die davon erfassten Fragen der Vertretungsmacht unterfallen weiterhin dem Kollisionsrecht des nationalen Gesetzgebers, in Deutschland also dem Art. 8 EGBGB.⁹ Damit gemeint sind sowohl die organschaftliche als auch die rechtsgeschäftliche Vertretung, ebenso wie solche Vollmachten kraft Rechtsscheins.¹⁰ Schließlich ist insbesondere auch das Verschulden bei Vertragsschluss nach Abs. 2 lit. i aus dem Anwendungsbereich der Rom I herausgenommen. Nach Art. 12 Rom II wird es vielmehr als außervertragliches Schuldverhältnis qualifiziert,¹¹ auch wenn dies zum Teil für das Einhalten vorvertraglicher Informationspflichten bezweifelt wird. Die in Deutschland entwickelte *culpa in contrahendo*, die nach nationalem Verständnis als quasi-vertragliches Schuldverhältnis im weitesten Sinn und als

vertragliches Schuldverhältnis angesehen wird, fällt damit aus dem Anwendungsbereich der Rom I dem Grunde nach heraus.

Art. 2 Rom I regelt schließlich die universelle Anwendung. Danach ist das nach der Rom I berufene Recht auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um das Recht eines Mitgliedstaats handelt. Es handelt sich also um sog. allseitige Kollisionsnormen (*loi uniforme*).¹²

2. Rechtswahlfreiheit (Art. 3 Rom I)

In erster Linie unterliegt ein Vertrag nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I als wichtigstes Prinzip dem von den Parteien gewählten Recht, sog. Grundsatz der freien Rechtswahl.¹³ Rechtswahl meint dabei nach ganz herrschender Meinung die Wahl eines staatlichen Rechts und zum Beispiel nicht die einer wenig greifbaren überstaatlichen „*lex mercatoria*“¹⁴.

Eine Rechtswahl ist ausdrücklich oder konkludent möglich, wenn sie sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergibt (Art. 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 und 2 Rom I). Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung sind dabei gemäß Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10, 11 und 13 Rom I nach dem Recht zu beurteilen, welches anzuwenden wäre, wenn die Rechtswahl wirksam wäre.

Ist ein Sachverhalt abgesehen von der Rechtswahl nur mit einem einzigen Staat verbunden, so kann durch die Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 3 Rom I zwingendes Recht des Staates, zu dem allein relevante Beziehungen bestehen, nicht umgangen werden. Unter den zwingenden Bestimmungen versteht man das sog. *ius cogens*, also diejenigen Bestimmungen des Sachrechts, die nicht dispositiv sind.¹⁵

3. Objektive Anknüpfung (Art. 4 Rom I)

Nur wenn keine Rechtswahl getroffen ist, regelt Art. 4

⁴ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 34 m.w.N.

⁵ Vgl. Magnus, ZEuP 2018, 507 (533).

⁶ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 36; vgl. auch Martiny in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 1 Rn. 29.

⁷ EuGH NJW 2019, 2991 Rn. 33; Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 1 Rn. 66 m.w.N.; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 43.

⁸ HK-A. Staudinger, 11. Aufl., Rom I-VO Art. 1 Rn. 10; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 44.

⁹ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 46; vgl. auch Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 1 Rn. 76.

¹⁰ HK-A. Staudinger (Fn. 8), Rom I-VO Art. 1 Rn. 11; Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 1 Rn. 75 m.w.N.; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 1 Rn. 46.

¹¹ Siehe auch ErwGr. 10 der Rom I.

¹² Ferrari, Int Vertragsrecht, 3. Aufl., VO (EG) 593/2008 Art. 2 Rn. 1; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 2 Rn. 1; vgl. auch Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 2 Rn. 1.

¹³ Zum Begriff siehe Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 3 Rn. 3.

¹⁴ Näher Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 3 Rn. 37-40; *Lex mercatoria* meint die Gesamtheit der Welthandelsbräuche, Musterklauseln und allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Handels, wobei bei der Begriffsbestimmung keine Einigkeit besteht, siehe zum Begriff Blaurock, *Lex mercatoria* und Common Frame of Reference, ZEuP 2007, 118 (119).

¹⁵ Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 3 Rn. 87; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 3 Rn. 36.

Rom I das mangels Rechtswahl anzuwendende Recht für bestimmte Vertragstypen, enthält also Regeln über die objektive Bestimmung des Schuldvertragsstatuts. Im Ausgangspunkt hat sich der europäische Gesetzgeber für klare Anknüpfungen in Abs. 1 und 2 entschieden, die lediglich unter dem Vorbehalt einer offensichtlich engeren Verbindung nach Abs. 3 stehen¹⁶ und damit die engste Verbindung mit einer Rechtsordnung konkretisieren (siehe allgemein Art. 4 Abs. 4 Rom I). Abs. 1 enthält dabei Anknüpfungen für bestimmte Vertragstypen. Besonders hervorzuheben sind etwa die Anknüpfung für Kaufverträge über bewegliche Sachen (lit. a), für Dienstleistungsverträge (lit. b) und für bestimmte Mietverträge (lit. c und d). Abs. 2 sieht eine allgemeine Grundanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Vertragspartei vor, die die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat.¹⁷ Nähere Regelungen zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts finden sich in Art. 19 Rom I, der jedoch keine Auskunft darüber gibt, was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt einer natürlichen Person zu verstehen ist. Letzteres ist durch Auslegung zu ermitteln und ist im Einzelnen umstritten.

Für bestimmte Vertragstypen richtet sich die objektive Anknüpfung nicht nach Art. 4 Rom I, sondern nach Art. 5-8 Rom I („unbeschadet“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Rom I). Examensrelevant ist dabei einzig Art. 6 Rom I.

4. Verbraucherverträge (Art. 6 Rom I)

Bei Art. 6 Rom I handelt es sich um eine Norm, die dem Verbraucherschutz dienen soll.¹⁸ Abs. 1 knüpft zu diesem Zweck Verbraucherverträge abweichend von Art. 4 Abs. 1 und 2 unter bestimmten Bedingungen objektiv an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers an.¹⁹

Das dort geltende verbraucherschützende *ius cogens* (zum Begriff s.o.) setzt sich zudem selbst gegen eine abweichende Rechtswahl durch (Art. 6 Abs. 2 Rom I). Durchgeführt werden muss hier letztlich ein „Günstigkeitsvergleich“²⁰ zugunsten des Verbrauchers; es kann damit ein sog. „*law mix*“ entstehen. Der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz steht in Art. 6 Rom I stark im Vordergrund.

5. Rück- und Weiterverweisung sowie *ordre public* (Art. 20 und 21 Rom I)

Art. 20 Rom I regelt den Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung (siehe zum sog. *renvoi* bereits Erster Teil III/4). Dies bedeutet, dass unter dem nach der Rom I anzuwendenden Recht eines Staates grundsätzlich die in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts zu verstehen sind. Es entsteht eine sog. *Sachnormverweisung*.

In Art. 21 Rom I ist schließlich der *ordre public*-Vorbehalt geregelt, wonach die „Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts [...] nur versagt werden [kann], wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („*ordre public*“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“ Es setzen sich also die grundlegenden Wertvorstellungen des Staats des angerufenen Gerichts (*lex fori*) im engen Rahmen („offensichtlich unvereinbar“) durch (vgl. Erster Teil I/3).

VII. Die Regelungen der Rom II-Verordnung

Die Rom II regelt das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht und vereinheitlicht das IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse auf europäischer Ebene.²¹ Wie die Rom I hat auch die Rom II das Ziel, den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten vorhersehbarer zu machen.²² Sie folgt dabei grundsätzlich einer ähnlichen Systematik wie die Rom I.

Im Folgenden sollen die nach der NJAVO prüfungsrelevanten Normen angesprochen werden, wozu insbesondere die Artikel 1 bis 4, 10 bis 12, 14, 24 und 26 gehören.

1. Anwendungsbereich (Art. 1 bis 3 Rom II)

Art. 1 bis 3 der Rom II regeln den Anwendungsbereich der europäischen Verordnung. Nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom II gilt sie für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung um Recht verschiedener Staaten aufweisen. Der Begriff des außervertraglichen Schuldverhältnisses ist dabei als Schwesterbegriff zu den vertraglichen Schuldverhältnissen der Rom I zu verstehen (s.o.).

¹⁶ Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 4 Rn. 294; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 4 Rn. 4.

¹⁷ HK-A. Staudinger (Fn. 8), Rom I-VO Art. 4 Rn. 10; Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 4 Rn. 175; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 4 Rn. 4.

¹⁸ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 6 Rn. 1; vgl. auch ErwGr. 23-25 der Rom I sowie Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 6 Rn. 1.

¹⁹ Martiny in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom I-VO Art. 6 Rn. 6, 55; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom I Art. 6 Rn. 1.

²⁰ HK-A. Staudinger (Fn. 8), Rom I-VO Art. 6 Rn. 1.

²¹ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 1 Rn. 1.

²² ErwGr. 6 Rom II.

Art. 1 Abs. 2 Rom II nimmt – und zwar aus ähnlichen Gründen wie die Rom I – bestimmte Rechtsverhältnisse ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Verordnung aus. Besondere Bedeutung hat darüber hinaus Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II, wonach außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte, einschließlich der Verleumdung, ausgenommen werden. Dies hat den Hintergrund, dass innerhalb Europas zum Teil beachtliche Unterschiede des (privaten) Presserechts und der Bedeutung der Pressefreiheit in Relation zum individuellen Persönlichkeitsrecht bestehen,²³ die einer Rechtsvereinheitlichung auch im IPR entgegenstehen. Im deutschen Recht sind daher Art. 40ff. EGBGB weiterhin zu beachten.

Art. 2 Abs. 1 Rom II präzisiert den in der Verordnung häufig genutzten Begriff des Schadens. Er erfasst danach sämtliche Folgen einer unerlaubten Handlung, einer ungerechtfertigten Bereicherung, einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Der autonom auszulegende Begriff ist daher weiter als das deutsche Verständnis eines Schadens, welches etwa Bereicherungsrecht und das Recht der GoA davon dem Grunde nach ausnimmt.²⁴ Art. 2 Abs. 2 Rom II regelt sodann, dass die Verordnung auch für außervertragliche Schuldverhältnisse gilt, deren Entstehen wahrscheinlich ist. Dies ist vor allem auch für den vorbeugenden Rechtsschutz interessant.²⁵

Art. 3 Rom II regelt schließlich – wie auch Art. 2 Rom I (s.o.) – die universelle Anwendung. Danach ist das nach der Rom II anzuwendende Recht auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um das Recht eines Mitgliedstaats handelt. Es handelt sich also auch hier um sog. allseitige Kollisionsnormen (*loi uniforme*).²⁶

2. Allgemeine Kollisionsnorm (Art. 4 Rom II)

Auch für die Rom II gilt dem Grunde nach der prinzipielle Vorrang einer Rechtswahl der Parteien. Allerdings ist dies in der Rom II erst nach den Vorschriften über die objektive Anknüpfung, und zwar erst in Art. 14 Rom II – im Vergleich also weniger prominent – angesprochen. Der Grund

hierfür liegt wahrscheinlich darin, dass in der Praxis, vor allem im deliktischen Bereich, wo sich die Parteien vor dem Schadensereignis in der Regel gar nicht kannten, weniger Rechtswahlvereinbarungen vorkommen als bei vertraglichen Beziehungen. Gleichwohl ist auch hier zu bemerken, dass die subjektive Anknüpfung nach Art. 14 Rom II auch in diesem Bereich der objektiven Anknüpfung (dogmatisch) vorgeht. Die folgende Darstellung beginnt gleichwohl erst einmal der im Gesetz vorgesehenen Reihenfolge bei Art. 4 Rom II.

Bei Art. 4 Rom II handelt es sich um die allgemeine Kollisionsnorm einer objektiven Anknüpfung von Delikten. Vorrangig sind die besonderen Anknüpfungsregeln der Art. 5-9 Rom II, die allerdings nicht Bestandteil des Prüfungsstoffs sind. Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung, soweit in der Verordnung nichts anderes vorgesehen ist, das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind. Art. 4 Abs. 2 Rom II macht davon eine Ausnahme, und dies wäre auch vorrangig zu prüfen, indem an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien angeknüpft wird. Für Gesellschaften und unternehmerische bzw. berufliche Tätigkeiten wird der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in Art. 23 Rom II weiter konkretisiert. Beidem geht schließlich eine offensichtlich noch engere Verbindung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Rom II vor.

3. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 10 Rom II)

Für das Internationale Bereicherungsrecht gilt *erstens* eine etwaige Rechtswahl nach Art. 14 Rom II, *zweitens* eine akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes Rechtsverhältnis nach Art. 10 Abs. 1 Rom II, *drittens* die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Schuldner und Gläubiger bzw. der „Parteien“ nach Art. 10 Abs. 2 Rom II und *viertens* die Anknüpfung an den Bereicherungseintrittsort.²⁷ Sämtliche Anknüpfungen stehen jedoch nach Art. 10 Abs. 4 Rom II unter dem Vorbehalt einer offensichtlich noch engeren Verbindung.²⁸

²³ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 1 Rn. 17; Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 1 Rn. 43 wörtlich: „Der Ausschluss außervertraglicher Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte [...] ergibt sich [...] schlicht daraus, dass Kommission, Rat und Parlament sich im Widerstreit der Interessen nicht auf eine Kollisionsnorm einigen konnten und den Ball insofern an die Mitgliedstaaten zurückgespielt haben.“

²⁴ Vgl. Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 2 Rn. 1.

²⁵ Siehe dazu etwa Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 2 Rn. 7.

²⁶ Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 3 Rn. 1; vgl. auch Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 3 Rn. 1.

²⁷ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 1 Rn. 6; siehe auch Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 10 Rn. 3-5.

²⁸ HK-Dörner (Fn. 8), Rom II-VO Art. 10 Rn. 10.

Anzuwenden ist die Norm auf solche Regelungen, die funktional im Wesentlichen den §§ 812ff. BGB entsprechen.²⁹ Eine markante Ausnahme besteht insoweit im Hinblick auf die „Leistungskondition“ bei nichtigen Verträgen, die nicht der Rom II unterliegt, sondern gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. e Rom I als vertragliches Schuldverhältnis behandelt wird. Nicht erfasst sind auch Eingriffe in Immaterialgüterrechte, für die nach Art. 13 Rom II einheitlich das sog. Schutzlandprinzip gilt, also das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz beansprucht wird.³⁰ Zu bemerken ist zudem, dass andere Eingriffskonditionen i.d.R. wegen Art. 10 Abs. 1 Rom II dem Deliktsstatut folgen.³¹

4. Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 11 Rom II)

Für die Geschäftsführung ohne Auftrag gilt Ähnliches wie für das Internationale Bereicherungsrecht. Erfasst sind Ansprüche des Geschäftsführers sowie solche des Geschäftsherrn. Im Vordergrund steht vor allem der Ausgleich der Interessen des Geschäftsführers und des Geschäftsherrn.³² Vorrangig ist erneut eine etwaige Rechtswahl nach Art. 14 Rom II. Nachrangig wird *erstens* an ein bestehendes Rechtsverhältnis angeknüpft (Art. 11 Abs. 1 Rom II), *zweitens* an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Schuldner und Gläubiger bzw. der „Parteien“ (Art. 11 Abs. 2 Rom II) und *drittens* an den Ort, an dem die Geschäftsführung erfolgt ist (Art. 11 Abs. 3 Rom II). Auch hier stehen sämtliche Anknüpfungen nach Art. 11 Abs. 4 Rom II unter dem Vorbehalt einer offensichtlich noch engeren Verbindung.

5. Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 12 Rom II)

Hintergrund der Regelung des Art. 12 Rom II zur *culpa in Contrahendo* ist vor allem die Rechtsprechung des EuGH, der eine vertragsrechtliche Qualifikation nur im Falle freiwillig eingegangener Verpflichtungen akzeptiert.³³ Der Begriff des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ist dabei autonom auszulegen, wobei er zumindest die Verletzung der Offenlegungspflicht und den Abbruch von Vertragsverhandlungen einschließt.³⁴ Insgesamt ist er allerdings enger zu verstehen als die deutsche *cic*.³⁵ Geht es um den

Ersatz für die Verletzung des Integritätsinteresses oder um die Einhaltung allgemeiner Obhuts- und Erhaltungspflichten, so ist das Deliktsstatut anzuwenden.³⁶

Vorrangig ist im Rahmen des Art. 12 Rom II wieder eine etwaige Rechtswahl nach Art. 14 Rom II. Die akzessorische Anknüpfung an ein ggf. bloß hypothetisches Vertragsstatut gilt nur im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 Rom II. Außerhalb der akzessorischen Anknüpfung gilt die Anknüpfungsleiter des Art. 12 Abs. 2 Rom II, wonach *erstens* an den Verletzungserfolgs- bzw. „ersten“ Schadenseintrittsort (lit. a), *zweitens* an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt (lit. b) und *drittens* an eine offensichtlich engere Verbindung (lit. c) angeknüpft wird.³⁷

6. Rechtswahlfreiheit (Art. 14 Rom II)

Nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 Rom II können die Parteien eine Rechtswahl für das außervertragliche Schuldverhältnisse treffen. Nach lit. a haben Parteien, die nicht einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, dieses Recht allerdings nur nachträglich, also nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses. Die nachträgliche Rechtswahl geht dabei allen anderen Anknüpfungen des außervertraglichen Schuldrechts vor und dient der Rechtssicherheit zugunsten der Parteien.³⁸ Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 Rom II kann die Rechtswahl ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden. Neben der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art. 26 Rom II sowie den Eingriffs- und Sicherheits- bzw. Verhaltensnormen nach Art. 16f. Rom II ergeben sich auch noch Beschränkungen aus den Abs. 2 und 3 des Art. 14 Rom II.³⁹

Gegenstand der Rechtswahl kann auch bei der Rom II (zur Rom I gleichlautend s.o.) nur staatliches Recht sein.⁴⁰ Die Rechtswahl ist unberührt von Abs. 2 und 3 des Art. 14 Rom II nicht auf bestimmte Rechtsordnungen beschränkt.⁴¹ Im Rahmen von Art. 14 Rom II wird indes nicht geregelt, nach welchem Recht sich Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung richten. Entsprechend

²⁹ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 10 Rn. 3.

³⁰ ErwGr. 26 Rom II; Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 10 Rn. 14; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 10 Rn. 10.

³¹ HK-Dörner (Fn. 8), Rom II-VO Art. 10 Rn. 6.

³² Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 11 Rn. 1; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 11 Rn. 1.

³³ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 12 Rn. 1; grundlegend EuGH IPRax 2003, 143 (144).

³⁴ HK-Dörner (Fn. 8), Rom II-VO Art. 12 Rn. 2; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 12 Rn. 3; siehe auch ErwGr. 30 S. 2 Rom II.

³⁵ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 12 Rn. 3 m.w.N.; vgl. auch Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 12 Rn. 13.

³⁶ Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 12 Rn. 18, 33; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 12 Rn. 5 m.w.N.

³⁷ Vgl. HK-Dörner (Fn. 8), Rom II-VO Art. 12 Rn. 1.

³⁸ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 1 m.w.N.; siehe auch ErwGr. 31 S. 1 Rom II.

³⁹ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 1; vgl. auch Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 14 Rn. 46-48.

⁴⁰ Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 14 Rn. 15; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 2.

⁴¹ Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 14 Rn. 14; Möglich ist auch die Wahl eines „neutralen Rechts“.

Art. 3 Abs. 5 Rom I, Art. 10 Rom I mit ErwGr. 7 Rom II ist dafür grds. das Recht des Staates maßgeblich, das anzuwenden wäre, wenn der Verweisungsvertrag wirksam wäre (s.o.).⁴² Für die Form gilt weiterhin Art. 11 Rom I, für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit Art. 7 EGBGB und Art. 13 Rom I bzw. Art. 12 EGBGB.⁴³

Art. 14 Abs. 2 und 3 Rom II regeln schließlich den Schutz von sachrechtlichem *ius cogens*.⁴⁴ Die Normen greifen den Gedanken des Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I auf und entsprechen diesem in der Sache im Wesentlichen.⁴⁵

7. Rück- und Weiterverweisung sowie *ordre public* (Art. 24 und 26 Rom II)

Art. 24 Rom II regelt – wie auch Art. 20 Rom I – den Ausschluss der Rück- und Weiterverweisung. Angeordnet ist erneut eine sog. *Sachnormverweisung* (s. o.).

In Art. 26 Rom II – wie auch in Art. 21 Rom I – ist schließlich der *ordre public*-Vorbehalt geregelt, wonach die „Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts [...] nur versagt werden [kann], wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („*ordre public*“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“ Hier gilt Vergleichbares zur Rom I (s.o.).

VIII. Prüfungsstoff im Staatsexamen – Beispielfälle

In der gebotenen Kürze stellen wir hier kleine Beispielfälle dar, um den Prüfungskandidat:innen die Einbindung des IPR in den Examensklausuren zu veranschaulichen.

Vorangestellt sei folgendes Prüfungsschema, an dem sich grundsätzlich orientiert werden kann:

- I. Vorfrage: Sachverhalt mit Auslandsbezug? (vgl. Art. 3 EGBGB aE)
- II. Ermittlung des anwendbaren Rechts
 1. Vorrang von internationalem einheitlichen Sachrecht (wie etwa UN-Kaufrecht)
 2. Auffinden und Anwendung der maßgeblichen Kollisionsnorm (vorrangig sind die Regelungen der Rom I und Rom II)
 - a) Ermittlung des Anknüpfungsgegenstands (Rechtsgebiet)

b) Ermittlung des Anknüpfungspunktes (zB gewöhnlicher Aufenthalt)

3. Rechtsfolge

III. Anwendung des materiellen Rechts

Im Einzelfall kann hiervon zur Übersichtlichkeit abgewichen werden.

Beispiel 1: IPR wird als Zusatzfrage am Ende der Klausur abgefragt⁴⁶

E, ein deutscher Unternehmer, benötigt finanzielle Mittel, um eine Expansion seines in Deutschland ansässigen Unternehmens zu finanzieren. Von seinen Urlauben in Frankreich weiß er, dass die *Banque Française*, eine französische Aktiengesellschaft mit Hauptverwaltung in Paris, günstige Betriebsmittelkredite vergibt. Als E das nächste Mal in Paris ist, nimmt er daher bei der *Banque Française* ein Darlehen auf. Eine Rechtswahl treffen die Parteien nicht.

Welche Rechtsordnung findet aus Sicht eines deutschen Gerichts auf den Darlehensvertrag Anwendung?

Lösung zu Beispiel 1:

I. Vorfrage: Sachverhalt mit Auslandsbezug?

Es handelt sich um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug im Sinne des Art. 3 EGBGB a.E., denn E ist deutscher Staatsbürger, der in Frankreich mit einer französischen Bank einen Darlehensvertrag abgeschlossen hat.

II. Ermittlung des anwendbaren Rechts

Im Hinblick auf den Darlehensvertrag zwischen E und der *Banque Française SA* wird das anwendbare Recht nach der auf vertragliche Schulverhältnisse anzuwendenden und unmittelbar anwendbaren Rom I ermittelt, da es sich um ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne der Verordnung handelt. Insbesondere ist das entscheidende Kriterium der Freiwilligkeit gegeben. In Ermangelung einer Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I wird das anwendbare Recht nach Maßgabe der Anknüpfungsregeln in Art. 4 Rom I ermittelt. Da es sich nicht um einen Verbrauchervertrag handelt, wird Art. 4 Rom I auch nicht vom spezielleren Art. 6 Rom I verdrängt.

Der Darlehensvertrag könnte dabei als Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I qualifiziert

⁴² HK-Dörner (Fn. 8), Rom II-VO Art. 14 Rn. 5; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 3 m.w.N.

⁴³ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 3 m.w.N.

⁴⁴ Junker in: MüKoBGB (Fn. 6), Rom II-VO Art. 14 Rn. 39ff.; Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 8.

⁴⁵ Spickhoff in: BeckOK BGB (Fn. 3), Rom II Art. 14 Rn. 8.

⁴⁶ Angelehnt an Weller/Zimmermann, (Original-)Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Darlehen, Grundpfandrechte, IPR – Von Schwaben und Grundpfändern, JuS 2018, 265.

werden. Dann wäre Anknüpfungspunkt der gewöhnliche Aufenthalt des Dienstleisters, also der Banque Française SA.

Wird der Dienstleistungsvertrag im Sinne der Rom I dagegen eng verstanden, so findet Art. 4 Abs. 2 Rom I Anwendung, wonach der gewöhnliche Aufenthalt derjenigen Partei entscheidend ist, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt. Diese liegt im Rahmen des Darlehensvertrags in der Auszahlung der Darlehenssumme durch den Darlehensgeber. Daher ist auch nach Art. 4 Abs. 2 Rom I Anknüpfungspunkt der gewöhnliche Aufenthalt der Banque Française SA.

Der gewöhnliche Aufenthalt einer Gesellschaft ermittelt sich dabei nach Art. 19 Abs. 1 Rom I. Danach ist dies der Ort der Hauptverwaltung. Der Ort der Hauptverwaltung der Banque Française liegt in Paris, sodass französisches Recht Anwendung findet. Das französische IPR ist dabei von der Verweisung nach Art. 20 Rom I nicht mit umfasst, sog. *Sachnormverweisung*.

III. Anwendung des materiellen Rechts

Es ist französisches Recht auf den Darlehensvertrag anzuwenden.

Beispiel 2: IPR ist Inhalt einer Vorfrage, die zur Anwendung deutschen Rechts auf den der Klausur zugrundeliegenden Fall führt

V ist Eigentümer einer in Hannover belegenen Dreizimmerwohnung. Mit Vertrag vom 14. April 2022 schloss V mit dem aus Polen stammenden M einen unbefristeten Mietvertrag über die Wohnung, die ab dem 1. Mai 2022 dem M überlassen werden sollte. Als Mietzins wurden 550,00 EUR pro Monat vereinbart. Der Vertrag sah außerdem vor, dass M vor einer Untervermietung die Erlaubnis des V einholen müsse.

Am 15. Oktober 2022 entschloss sich M dazu, die Wohnung an seine ebenfalls aus Polen stammende Tante U unterzuvermieten. Von ihr verlangte er als Mietzins 700,00 EUR pro Monat. V erlangt von der Untervermietung erst ein Jahr später Kenntnis und fragt sich, ob er den Untermietzins, den U an M regelmäßig zahlte, von M herausverlangen kann.

Welches Recht ist aus Sicht eines deutschen Gerichts auf den Fall anwendbar?

Lösung zu Beispiel 2:

I. Vorfrage: Sachverhalt mit Auslandsbezug

Es handelt sich um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug im Sinne des Art. 3 EGBGB a.E., denn M ist polnischer Staatsbürger, der mit V einen Mietvertrag über eine in Deutschland belegene Mietwohnung schließt.

II. Ermittlung des anwendbaren Rechts

Im Hinblick auf den Mietvertrag zwischen V und M wird das anwendbare Recht nach der auf vertragliche Schulverhältnisse anzuwendenden und unmittelbar anwendbaren Rom I ermittelt, da es sich um ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne der Verordnung handelt. Insbesondere ist das entscheidende Kriterium der Freiwilligkeit gegeben. In Ermangelung einer Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I wird das anwendbare Recht nach Maßgabe der Anknüpfungsregeln in Art. 4 Rom I ermittelt. Da es sich nicht um einen Verbrauchervertrag handelt, wird Art. 4 Rom I auch nicht vom spezielleren Art. 6 Rom I verdrängt.

Auf den Mietvertrag könnte die Kollisionsnorm des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I Anwendung finden. Anknüpfungsgegenstand bildet dabei unter anderem die Miete unbeweglicher Sachen. Um eine solche handelt es hier. Es ist auch nicht vorrangig Art. 4 Abs. 1 lit. d Rom I anwendbar, denn der Mietvertrag ist unbefristet und daher nicht für höchstens sechs aufeinander folgende Monate zum vorübergehenden privaten Gebrauch geschlossen.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. c unterliegt der Vertrag daher dem Recht des Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist. Da sich die Wohnung in Hannover befindet, ist daher deutsches Recht anwendbar.

III. Ergebnis

Es ist nach Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I deutsches Recht anzuwenden.

IX. Fazit

Das IPR weist in vielerlei Hinsicht Besonderheiten auf. Insbesondere sind Begrifflichkeiten verbreitet, deren Bedeutung gelernt sein will. Über die üblichen juristischen Begriffe hinaus, die allen Examenskandidat:innen bekannt sein sollten, herrschen Definitionen und Arbeitsweisen, die im IPR das auf den ersten Blick ungewohnte, aber doch nötige Handwerkszeug bieten, um einen Fall lösen zu können.

Es sollte immer auch die praktische Bedeutung des IPR im Blick behalten werden. Vor dem Hintergrund, dass es kaum noch Fälle mit reinem Inlandsbezug geben dürfte, scheint eine Auseinandersetzung mit dem IPR gerade auch im Hinblick auf die berufliche Zukunft unabkömmlich.

Im Examen sind hochkomplexe Fälle zwar nicht zu erwarten. Nichtsdestotrotz gilt es, sich die Grundlagen anzueignen und insbesondere mit den Normen der Rom I und Rom II vertraut zu sein. Das Grundlagenwissen sollte an dieser Stelle reichen, um eine Examensklausur mit internationalprivatrechtlichen Einschlügen meistern zu können.

Mängelrechte abseits des „alten“ Sachmangels – Die Geltendmachung von Rechten nach den §§ 327ff. BGB

Prof. Dr. Tim Brockmann

Dr. Tim Brockmann ist Professor für Zivilrecht an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN).

A. Einleitung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zur Umsetzung der Richtlinie 2019/770 der Europäischen Union vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen dafür entschieden, vertragsrechtliche Regelungen zur Bereitstellung digitaler Produkte nicht nach dem bisherigen System des Besonderen Schuldrechts einzuführen, das sich an der Rechtsposition orientiert, die der Verbraucher an dem Gut erwerben möchte. Die Vorschriften sollen keinen neuen Vertragstypus begründen, vielmehr hat sich der Gesetzgeber entschlossen, die Regelungen zu digitalen Produkten in das Allgemeine Vertragsrecht des BGB aufzunehmen und so typenübergreifende Bestimmungen zu schaffen.¹

Da es auf den besonderen Vertragstyp im Einzelfall kaum ankommt, steht doch die einmalige oder dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts im Mittelpunkt der §§ 327ff. BGB, finden sich die neu eingeführten Vorschriften nicht im Besonderen, sondern im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. So kommt es, dass für Rechtsfragen außerhalb des Regelungsbereichs der Umsetzungsvorschriften die vertragstypologische Zuordnung unberührt bleibt und ggf. die entsprechenden Vorschriften des besonderen Schuldrechts anwendbar sind.²

Während sich zwar Veränderungen in der Formulierung des § 434 BGB ergeben haben, zeigt sich die neu formulierte Sachmangelvorschrift ansonsten in ihrem Kerninhalt konsistent. Es geht bei der Prüfung weiterhin um subjektive und objektive Anforderungen an die Kaufsache. In der Prüfungspraxis hat sich deswegen kaum etwas geändert, wenn man nur auf die Absätze 2 und 3 des § 434 BGB n.F. blickt, wenngleich die im Vergleich zu vorher etwas differenziertere Vorschrift etwas genauere, dezidiertere Prüfungen ermöglicht. Auch die Neuerungen zur Beweislast-

umkehr beim Verbrauchsgüterkauf und die Regelung des § 475d BGB sind beachtenswert – aber übersichtlich.

Anders, zumindest hinsichtlich der Übersichtlichkeit, steht es um die einzelnen Rechte, die in den §§ 327ff. BGB hinzugekommen sind. Der Beitrag soll nach einer kurzen theoretischen Einführung anhand eines Falles die gutachterliche Herangehensweise zur Prüfung einiger „neuer“ Vorschriften aufzeigen.

B. Relevanz in der zivilrechtlichen Ausbildung

Die Relevanz der „neuen“ Vorschriften für die Lehre und Prüfung in schuldrechtlichen Veranstaltungen dürfte offensichtlich sein; zur Prüfung gehört es jetzt, die §§ 327ff. BGB gleichermaßen zu beherrschen, wie die jeweiligen besonderen Schuldverhältnisse. Auch können die Vorschriften dann anwendbar sein, wenn eine Kommune gegenüber Privaten handelt, der Anwendungsbereich ist nicht entsprechend ausgeschlossen, beziehungsweise verkleinert. Juristische Personen des Öffentlichen Rechts können Unternehmer i.S.d. § 14 BGB sein, müssen es aber nicht. Dass sie nicht immer Unternehmer sein müssen, beweist unter anderem § 310 Abs. 1 BGB, der sie ausdrücklich neben die von § 14 BGB erfassten Personen stellt – aber eben extra erwähnt.³ Dieses mögliche, begriffliche Auseinanderfallen von juristischer Person des Öffentlichen Rechts, beispielsweise der Kommune, und Unternehmereigenschaft steht allerdings der Einordnung der Kommune als Unternehmer im Einzelfall nicht entgegen.⁴ Juristische Personen des öffentlichen Rechts können also dann als Unternehmerin nach § 14 BGB zu qualifizieren sein, wenn sie Leistungen am Markt anbieten, die Leistungsbeziehung wenigstens auch privatrechtlich ausgestaltet ist, und ihr Handeln als gewerblich i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB anzusehen ist.⁵ Typischerweise ist die Unternehmereigenschaft gegeben, wenn fiskalisch gehandelt wird, also wenn eine Kommune

¹ Huth/Kühl/Könen, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?, ZJS 2021, 740; Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, MMR 2021, 451.

² Reiner Schulze in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu §§ 327 – 327u BGB Rn. 3 m.w.N.

³ Meier/Schmitz, Verbraucher und Unternehmer – ein Dualismus?, NJW 2019, 2345 (2347).

⁴ Ebd.

⁵ Martens in: BeckOK BGB, 65. Ed. 1.2.2023, § 14 Rn. 21.

erwerbswirtschaftlich auftritt und bei ihrem Handeln der Umsatzsteuerpflicht nach § 2 UStG unterliegt.⁶

Kein unternehmerisches Verhalten ist indes gegeben, wenn es am dauerhaften und planmäßigen Agieren am Markt fehlt, da sowohl die Gewerblichkeit als auch die selbstständige Berufstätigkeit dies voraussetzen, einmalige Betätigungen am Markt aus einem speziellen Anlass begründen also in der Regel keine Unternehmereigenschaftszuschreibung einer Kommune.

Hinweis

Die Einordnung eines Tätigwerdens von juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB – und damit auch die Einordnung in einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 BGB ist seit jeher umstritten. Eine wesentliche Rolle bei der Einordnung spielt nach herrschender Auffassung, dass bei Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht hoheitlich, sondern gerade am Markt, rechtsgeschäftlich derart gehandelt wird, dass der Vertrag keinem öffentlichen Zweck dient. Zur Abgrenzung gehört umfangreiche Kasuistik, die Einzelfälle anhand o.g. Kriterien einzuordnen sucht.

Fakt ist, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts im Einzelfall auch als Unternehmer i.S.d. §§ 310 Abs. 3, 14 BGB gelten können und somit mit der Geltendmachung von Rechten nach den §§ 327ff. BGB konfrontiert werden könnten.

C. Verträge über digitale Produkte

Für zahlreiche alltägliche Handlungen die im Zusammenhang mit der Nutzung von Apps, Cloudservices stehen gelten seit dem 01.01.2022 die Vorschriften für Verträge über digitale Produkte. Dabei handelt es sich nicht um einen neuen, besonderen Vertragstyp des besonderen Schuldrechts, sondern vielmehr um eine Sonderform des bereits bestehenden Verbrauchervertrags i.S.d. §§ 312ff. BGB.⁷

Die Regelungen über Verträge über digitale Produkte lassen sich systematisieren, indem man die §§ 327, 327a BGB dem Anwendungsbereich der Regeln zuordnet, sie legen den Vertrag als spezifischen Verbrauchervertrag fest. Hier nach folgen dann die Rechtsfolgen für die Konstellationen der Regelleistungsansprüche in den §§ 327b, 327f BGB, für

die Leistungsstörungenrechte (§ 327c ff. BGB), für die Rückabwicklung (§§ 327m, 327o BGB) und letztlich für die Vertragsbeendigung und Schadensersatz (§ 327m BGB).

I. Anwendungsbereich

Am Anfang jeder Prüfung der Geltendmachung von Rechten aus den §§ 327ff. BGB steht die Überprüfung der Anwendbarkeit der Vorschriften. Da die §§ 327ff. BGB ihre Anwendbarkeit ausdrücklich, aber etwas komplexer in der Prüfung, regeln, liegt es nahe, dass Klausuren und andere Prüfungen auch diese zum Gegenstand der Leistungskontrolle machen werden. Anwendbar sind die Vorschriften bei Verbraucherverträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Der Begriff des digitalen Produkts ist vom Gesetzgeber als Oberbegriff für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen gewählt und in § 327 Abs. 1 BGB legaldefiniert worden. Die Vorschrift führt als Sammelbezeichnung für digitale Inhalte und Dienstleistungen den Begriff „digitale Produkte“ ein, der aus der Richtlinie zwar nicht vorgezeichnet, dessen Einführung aber durchaus sinnvoll ist, da es nur selten auf die Differenzierung zwischen den mitgemeinten Inhalten und Dienstleistungen ankommt.⁸ Regelmäßig sollte geprüft werden, ob sich auch über die Bereitstellung ebendieser Inhalte oder Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises geeinigt wurde. Diese neuen Regelungen gelten nicht nur, wenn für die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen Geld als Gegenleistung bezahlt wird, sondern auch, wenn elektronisch dargestellte Werte wie e-Coupons und gesetzlich anerkannte virtuelle Währungen genutzt werden und personenbezogenen Daten als Gegenleistung bereitgestellt werden. Damit legitimiert der Gesetzgeber das Geschäftsmodell „Daten als Gegenleistung“.⁹

1. Digitale Inhalte

Digitale Inhalte im Sinne des § 327 Abs. 2 S. 1 BGB sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Der Begriff des digitalen Inhalts fokussiert sich auf die Existenz der dahinterstehenden Daten und wird im Fall von heruntergeladenen und digitalisierten Inhalten Anwendung finden – digitale Inhalte müssen zunächst erstellt und dann auch in digitaler Form vertrieben werden.¹⁰ Der Verkauf ursprünglich digitaler Bilder, die zum Zweck

⁶ Korn in: Bunjes, UStG, 21. Aufl. 2022, § 2 Rn. 5; so auch: OFD Niedersachsen Verfügung vom 27.7.2012 S 7106 - 283 - St 171 mit Rekurs auf zahlreiche BFH-Entscheidungen.

⁷ Kirchhefer-Lauber, Verbraucherverträge über digitale Produkte, JuS 2021, 1125.

⁸ Kramme, Vertragsrecht für digitale Produkte, RD 2021, 20 (21).

⁹ MMR-Aktuell 2022, 450015, beck-online.

¹⁰ Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451.

des Verkaufs ausgedrückt und dann physisch verkauft werden, soll nicht erfasst sein,¹¹ ansonsten ist der Begriff bewusst weit gefasst, um auch zukünftige Entwicklungen aufnehmen zu können; teilweise wird für Daten definitiv vertreten, dass es sich um maschinenlesbare, kodierte Information handeln soll.¹² Bei der umfassenden Verarbeitungsfähigkeit und Erfassbarkeit von Bild, Ton, Schrift, Sprache oder kodierten Informationen anderer Art durch Computer dürfte diese Einordnung aber nur selten zur Abgrenzung beitragen.

2. Digitale Dienstleistungen

Digitale Dienstleistungen sind solche, die einem Verbraucher entweder die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten möglich machen.¹³ Der Begriff der „digitalen Dienstleistung“ als zweite Erscheinungsform digitaler Produkte ist eine Neuschöpfung der Digitale-Inhalte-RL und findet im bisherigen Recht keine begriffliche Entsprechung; im Gegensatz zum Begriff der „digitalen Inhalte“ steht bei den „digitalen Dienstleistungen“ die Interaktion mit dem Verbraucher und damit ein in der Tendenz aktives Moment im Vordergrund.¹⁴ Die Verwendung von ausschließlich digitalen Kommunikationsmitteln lässt die Dienstleistung indes logischerweise nicht zu einer digitalen Dienstleistung werden. Ebenfalls nicht ausreichend ist, dass eine analoge Dienstleistung bloß auf digitalem Wege erbracht wird, wie etwa die persönliche Beratung durch einen Anwalt per E-Mail.¹⁵

Erfasst sind indes „Dienstleistungen, die dem Verbraucher die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen“. Umfasst sind beispielsweise die Bereitstellung von

Cloud-Speicher und die Nutzung von Streaming-Services, Messenger-Dienste, Online-Spiele und soziale Netzwerke, Legal-Tech-Angebote wie etwa Tools zur automatisierten Prüfung von Ansprüchen oder Vertragsgeneratoren, Blogportale, Suchmaschinen, Navigationsdienste, SaaS- und AaaS-Angebote, Webhostingangebote oder Vergleichs- und Vermittlungsportale.¹⁶ Auch Online-Partnervermittlungsverträge werden von den §§ 327ff. BGB erfasst,¹⁷ wie Avatare in Metaverseinhalten.¹⁸

3. Paketverträge

§ 327a Abs. 1 BGB führt den Begriff des Paketvertrags in das BGB ein, wobei die Begriffsbestimmung weitgehend dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 6 Digitale-Inhalte-RL folgt,¹⁹ abweichend von der Digitale-Inhalte-RL spricht § 327a Abs. 1 BGB von Sachen und nicht von Waren, um auf diese Weise auch Verbindungen von digitalen Produkten mit unbeweglichen Sachen einzubeziehen.²⁰ Entsprechend bleibt es dabei, dass § 241a Abs. 1 BGB im Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB eine Rolle spielt, wenn es um die Anwendbarkeit der §§ 327ff. BGB geht, allerdings nicht.

Die Regel des § 327a BGB verfolgt grundsätzlich das Ziel, so viele Verträge wie möglich einerseits den §§ 327-327s BGB oder den Regelungen des Kaufvertrags zuzuordnen und auf diese Weise ein lückenloses Verbraucherschutzregime für digitale Produkte zu bieten.²¹ Es handelt sich um Verträge, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben – diese Verträge sind aufzuspalten und auf den jeweiligen Vertragsteil sollen die jeweilig entsprechenden Vorschriften angewandt werden.²² Für die nicht-digitalen Bestandteile eines Vertrags kommen weiterhin die Vorschriften des jeweils anwendbaren Vertragstyps (Kauf-, Dienst- und Werkvertrag dürften die häufigsten Typen darstellen) und des allgemeinen Schuldrechts zur Anwendung.²³ Auf einen Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen im Sinne des § 327a Abs. 3 BGB findet statt der §§ 327 ff BGB das neue Kaufrecht Anwendung.

¹¹ BT-Drs. 19/27653, 38.

¹² Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 7.

¹³ Riehm, Verträge über digitale Dienstleistungen, RD 2022, 209 (210).

¹⁴ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 42.

¹⁵ Pech, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I), GRUR-Prax 2021, 509 (509).

¹⁶ Ebd.; Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451; Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 42.

¹⁷ Eingehend: Peters, Schlechtleistung bei der Online-Partnervermittlung – neue Verbraucherrechte bei Produktmängeln, NJW 2023, 559.

¹⁸ Kaulartz/Schmid/Müller-Eising, Das Metaverse – eine rechtliche Einführung (RD 2022, 521 (523)).

¹⁹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 3.

²⁰ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 46.

²¹ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 45.

²² Vgl. Bittner, Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, VuR 2022, 9 (10f.).

²³ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 6.

Ist das digitale Produkt funktionsnotwendig, und damit digitales Element im Sinne der Vorschrift, versagt ihm das Gesetz die Anerkennung als eigenständiges Vertragsselement und ordnet es dem Kaufrecht unter. Die Entscheidung, was "funktionsnotwendig" in diesem Sinne bedeutet, ob wesentliche Funktionen gemeint sind oder schon solche Einschränkungen die bei Vertragsschluss (mit-)entscheidend waren, wird derzeit diskutiert. Einiges spricht dafür, einen nicht rein subjektiven Ansatz bei der Begriffsbestimmung zu wählen

§ 327b Abs. 1 BGB gestaltet die Bereitstellungspflicht für Unternehmer aus, Leistungszeit und Leistungsmodalitäten für Verträge über digitale Produkte werden geregelt. Gem. § 327b BGB kann ein Verbraucher vorbehaltlich anderweitiger Abreden die Bereitstellung des digitalen Produkts sofort verlangen und ein Unternehmer sie sofort bewirken. Wohl wichtigste Regel ist gem. § 327b Abs. 6 BGB, dass die Beweislast für die Leistungsbewirkung den Unternehmer trifft.²⁴

4. Gegenleistung

Unter der Zahlung eines Preises i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB sind Geldzahlungen aller Art zu verstehen, unabhängig vom gewählten Zahlungsmittel. Die Tatbestandsalternativen erfassen daher neben der Barzahlung sämtliche Formen des elektronischen Zahlungsverkehrs wie etwa Überweisungen, Kreditkartenzahlungen, aber auch Transaktionen via Paypal und ähnliche Zahlungsdienstleistungen.²⁵ Die gesetzliche „Anerkennung“ für virtuelle Währungen im Sinne des § 327 Abs. 1 S. 2 BGB nach nationalem Recht setzt nicht die Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 BBankG voraus. Die Regelung ist vielmehr als Vorbehalt zugunsten mitgliedstaatlicher Bereichsausnahmen zu verstehen, Deutschland hat hiervon keinen Gebrauch gemacht. Die gesetzliche Anerkennung von Bitcoin drückt sich bspw. durch die Einstufung als Rechnungseinheit i.S.d. § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 KWG aus.²⁶ Neben einer Geldleistung oder der Leistung eines elektronisch dargestellten Wertes finden die §§ 327ff. auch auf jene Verträge Anwendung, in denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu einer Bereitstellung personenbezogener Daten verpflichtet. Der Begriff der personenbezogenen Daten ist im BGB nicht näher definiert und entspricht jenem der un-

mittelbar anwendbaren Datenschutzgrundverordnung. Er umfasst alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, erfasst sind Identifikationsmerkmale, äußere Merkmale und innere Zustände, aber auch sachbezogene Informationen und alle sonstigen Beziehungen der Person zu Dritten und ihrer Umwelt.²⁷

II. Mängel

Der Unternehmer hat dem Verbraucher das Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln i.S.d. §§ 327e-327g BGB bereitzustellen. Der Zeitpunkt, in dem das Produkt mangelfrei sein muss, ist bei einmalig zur Verfügung gestellten Produkten der Zeitpunkt der Bereitstellung selbst, bei Zeitverträgen und/oder Dauerschuldverhältnissen der gesamte Zeitraum der Bereitstellung.²⁸ Darüber hinaus differenziert das Gesetz zwischen subjektiven Anforderungen, objektiven Anforderungen und Anforderungen an die Integration des digitalen Inhalts.

1. Produktmangel – § 327e BGB

Zentrale Voraussetzung der Rechte des Verbrauchers bei Mängeln ist ein Mangel am digitalen Produkt, dieses ist frei von Produktmängeln, wenn es den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht, diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.²⁹

a) Subjektive Anforderungen

Die Regelungen über die subjektiven Anforderungen an die Beschaffenheit des Produkts knüpfen, wie im § 434 BGB, ausschließlich an die Parteivereinbarung an. Dabei ist der Begriff der Beschaffenheit dem Kaufrecht entnommen und ebenso wie dort weit zu verstehen. Das Produkt ist i.S.d. § 327e Abs. 2 BGB subjektiv mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, es entgegen der Vereinbarung ohne Zubehör oder Anleitung bzw. Kundendienst bereitgestellt wird oder die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen nicht vorgenommen werden.

b) Objektive Anforderungen

Ein Sachmangel kann ebenfalls im Sinne von § 327e

²⁴ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 14.

²⁵ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 60.

²⁶ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 62.

²⁷ Vertiefend zum Zahlen mit Daten und dem einschlägigen Datenbegriff: Lerch/Tuschhoff, Zahlungsmittel Daten, RD 2023, 11.

²⁸ Matutis, Der Einfluss der §§ 327ff. BGB auf Vertragsgestaltung und AGB – nicht nur im „grünen Bereich“, GRUR-Prax 2022, 195 (196).

²⁹ Vgl. Pech (Fn. 15), GRUR-Prax 2021, 509 (511).

Abs. 3 BGB objektiver Natur sein. Das Produkt entspricht den objektiven Anforderungen, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1), eine Beschaffenheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher erwarten durfte (Nr. 2), es der Beschaffenheit eines Testprodukts entspricht (Nr. 3), es mit Anleitungen bereitgestellt wird, die ein Verbraucher erwarten kann (Nr. 4), einem Verbraucher die Aktualisierungen nach § 327f BGB bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese informiert wird (Nr. 5) und soweit nichts anderes vereinbart war, mit der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neusten verfügbaren Version bereitgestellt wird (Nr. 6).

Die Möglichkeiten die Sachmangelfreiheit festzustellen, gleichen in den ersten vier Nummern der Prüfung eines Sachmangels im Kaufrecht, die Nummern fünf und sechs sind in ihrem objektiven Anforderungsbereich spezifischer auf digitale Inhalte und Dienstleistungen zugeschnitten.

Wird ein digitales Produkt in die Umgebung des Verbrauchers eingefügt, ist es gem. § 327e Abs. 4 BGB frei von Sachmängeln, wenn dessen Integration sachgemäß durchgeführt wurde oder die unsachgemäße Integration dem Unternehmer nicht anzulasten ist. Integration bezeichnet hierbei die Verbindung und/ oder Einbindung eines digitalen Produkts mit den/ in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers.³⁰

Es bleibt bei der Einschränkung aus § 476 BGB, dass objektive Anforderungen nur eingeschränkt durch Parteivereinbarung geändert werden können, dies ist nur möglich, wenn der Verbraucher davon vor Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt worden ist und die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert i.S.d. § 327h BGB vereinbart wurde.³¹

2. Aktualisierungspflicht – § 327f BGB

Nach § 327f Abs. 1 BGB ist ein Unternehmer verpflichtet, einem Verbraucher Aktualisierungen für das digitale Produkt zur Verfügung zu stellen, die für den Erhalt des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlich sind.

Hierbei muss der Unternehmer sicherstellen, dass dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des

digitalen Produkts erforderlich sind,³² bereitgestellt werden und ein Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.³³ Diese Aktualisierungspflicht wird auch dann verletzt, wenn die Software zwar funktioniert, aber Sicherheitslücken aufweist.³⁴ Sowohl die Bereitstellung als auch die Information über Aktualisierungen gehören zu den objektiven Konformitätskriterien.³⁵ Die zu erwartende Dauer der Informations- und Bereitstellungspflicht ist nicht auf die Gewährleistungsdauer beschränkt und kann innerhalb dieser enden oder auch über diese hinausreichen, zu erwartende Nutzungsdauer und Gewährleistungsfrist sind nicht zwangsläufig deckungsgleich,³⁶ insbesondere wenn es sich um dauerhafte Bereitstellungen handelt. Da auch Sicherheitsupdates von der Aktualisierungspflicht erfasst sind, muss in die Dauer der Aktualisierungspflicht die Größe des Risikos einberechnet werden, das dem Verbraucher ohne Aktualisierungen droht.³⁷

a) Dauerhafte Bereitstellung

Für die Dauer der Aktualisierungspflicht differenziert § 327f Abs. 1 S. 3 BGB zwischen einer dauerhaften und sonstigen Bereitstellung. Bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts trifft den Unternehmer nach herrschender Auffassung eine Aktualisierungspflicht während des gesamten Bereitstellungszeitraums, da der Unternehmer bereits gemäß § 327e Abs. 1 S. 3 BGB ohnehin während des gesamten Bereitstellungszeitraums für die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts einstehen muss.³⁸

b) Sonstige Bereitstellung

Der maßgebliche Zeitraum für die Aktualisierungspflicht ist gemäß § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB „in allen anderen Fällen“ als der dauerhaften Bereitstellung der Zeitraum, den der Verbraucher „aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“. Die Vorschrift erfasst die einmalige Bereitstellung sowie die Reihe einzelner Bereitstellungen gemäß § 327b Abs. 5 BGB. Für diese Fälle ist die Dauer der Aktualisierungspflicht nicht mit einer festen Frist oder auf andere Weise konkretisiert. Entscheidend ist vielmehr die objektiv zu bestimmende

³⁰ Gelbrich/Timmermann, Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DIRM, NJOZ 2021, 1249 (1255).

³¹ Vertiefend: Rachlitz, Eigenverantwortlichkeit des Käufers für Mängel, NJW 2022, 1337 (1338ff.).

³² Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

³³ Matutis (Fn. 28), GRUR-Prax 2022, 195 (196).

³⁴ Ebda.

³⁵ Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

³⁶ Klett/Gehrman, Sicherheitsmängel in der Software, MMR 2022, 435 (436f.).

³⁷ Kesiosoglul/Lang, Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht, NJW 2023, 1009 (1012).

³⁸ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327f Rn. 9.

Erwartung des Verbrauchers.³⁹ Für diese Lösung spricht, dass die §§ 327ff. BGB sehr unterschiedliche digitale Produkte erfassen, bei denen sich eine angemessene Dauer der Aktualisierungspflicht kaum einheitlich festlegen lässt. Der offene Tatbestand geht allerdings auf Kosten der Rechtssicherheit. Unternehmer können vor einer näheren Konkretisierung durch die Rspr. kaum abschätzen, wie lange sie Aktualisierungen bereitstellen müssen.⁴⁰

III. Resultierende Verbraucherrechte

Der Aufbau und die Struktur der Rechte des Verbrauchers sind denen des Kaufrechts sehr ähnlich, der Verbraucher kann nach § 327 Abs. 1 BGB Nacherfüllung verlangen, den Preis mindern oder Aufwendungsersatz verlangen. Der Vorrang der Nacherfüllung findet auch hier Berücksichtigung und äußert sich in den zusätzlichen Voraussetzungen der Vertragsbeendigung nach § 327 Abs. 1 BGB. Auslöser einer Gewährleistung ist das Vorliegen eines Produkt- oder Rechtsmangels (§ 327d BGB), wobei die Ausgestaltung in den §§ 327e und 327g BGB erfolgt.⁴¹

1. Nacherfüllung

Durch die Nacherfüllung gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB muss ein Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand herstellen und die dazu erforderlichen Aufwendungen tragen. Die Nacherfüllung ist, wie gewohnt, ausgeschlossen, wenn sie unmöglich oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, auch § 275 Abs. 1 BGB findet entsprechende Anwendung.⁴² Gleichsam wird bei der Auslegung der Vorschrift auf die bereits erfolgten Wertungen zum § 439 BGB zurückgegriffen werden können. Zurückhaltung ist indes bei der Übertragbarkeit der Wertungen aus § 275 Abs. 2 und 3 BGB geboten, die vorgesehene Abwägung zwischen Schuldner- und Gläubigerinteresse ist nicht per se übertragbar.⁴³

2. Schadensersatz statt der Leistung

Der Verbraucher kann nach § 327m Abs. 3 i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn

- der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen (Nr. 1) oder

- nicht erfüllt worden ist (Nr. 2),
- der Mangel trotz Nacherfüllung weiterbesteht (Nr. 3),
- die Schwere des Mangels die sofortige Vertragsbeendigung rechtfertigen würde (Nr. 4),
- der Unternehmer die Nacherfüllung zu Unrecht verweigert (Nr. 5) oder
- es aus den Umständen offensichtlich wird, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß nacherfüllen wird (Nr. 6).

Die Norm verweist nicht auf die Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, sondern stellt eine eigene Anspruchsgrundlage dar. Sowohl die Erheblichkeitsprüfung aus § 281 Abs. 3 BGB sowie der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 281 Abs. 4 BGB sind gem. § 327m Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend anzuwenden. Wird Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, so kann der Anspruchsgegner seinerseits das Geleistete nach §§ 327o und 327p BGB zurückverlangen.

3. Minderung

Ist das digitale Produkt in einer Weise mangelhaft, die den Verbraucher zur Beendigung des Vertrags berechtigt, kann der Verbraucher den Preis durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer gem. § 327n Abs. 1 BGB mindern. Die Minderungshöhe ist, falls erforderlich, gem. § 327n Abs. 3 BGB zu schätzen, die etablierten Regeln der kaufrechtlichen Minderung finden Anwendung.⁴⁴ Beachtlich erscheint, dass für die Minderung im Unterschied zur Vertragsbeendigung keine Erheblichkeitsschwelle vorgesehen ist, selbst bei Mangelunerheblichkeit kann – in entsprechend niedrigem Umfang – gemindert werden.⁴⁵

4. Vertragsbeendigung i.S.d. §§ 327m BGB & 327r BGB

§ 327m BGB regelt die Vertragsbeendigung bei einem Mangel des digitalen Produkts. Mit der Vertragsbeendigung übernimmt die Vorschrift aus der Terminologie der Digitalen-Inhalte-RL einen Begriff, der für das deutsche Allgemeine Schuldrecht neu ist, um sowohl den einmaligen Leistungsaustausch als auch Dauerschuldverhältnisse zu erfassen; die Vertragsbeendigung ist Oberbegriff für Rücktritt und Kündigung.⁴⁶ Voraussetzung für die Ver-

³⁹ BT-Drs. 19/27653, 59.

⁴⁰ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327f Rn. 10.

⁴¹ Paal/Wais, Ein Update für das BGB: Die Umsetzungen der Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie im Überblick, DStR 2022, 1164 (1167).

⁴² BT-Drs. 19/31116, 11.

⁴³ Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 528 (528).

⁴⁴ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327n Rn. 4.

⁴⁵ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327n Rn. 2f.

⁴⁶ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327m Rn. 1.

tragsbeendigung ist nach § 327m Abs. 1 BGB, dass das digitale Produkt einen Produkt- oder Rechtsmangel aufweist und dass eine der Nummern 1 bis 6 des § 327m Abs. 1 BGB einschlägig ist. Im Wesentlichen geht es hierbei um den Vorrang der Nacherfüllung und die zugehörigen Entbehrlichkeitstatbestände.⁴⁷ Eine darüber hinausführende Ausdehnung des Rechts zur Vertragsbeendigung für die Zeit vor dem Eintritt der Fälligkeit in dem Fall, dass offensichtlich die Voraussetzungen für eine Vertragsbeendigung eintreten werden – in entsprechender Anwendung von § 323 Abs. 4 BGB – kommt jedoch für Verträge über digitale Produkte nicht in Betracht, da sie in der Digitalen-Inhalte-RL nicht vorgesehen ist und die Regelungen der Richtlinie dahingehend abschließenden Charakter haben.⁴⁸ Beachtlich ist § 372m Abs. 2 S. 1 BGB, der das Recht des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 1 BGB bei einem unerheblichen Mangel ausschließt. Unerheblich ist ein Mangel, wenn er das Leistungsinteresse des Verbrauchers in Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall und unter Berücksichtigung von Art und Zweck des digitalen Produkts (einschl. seiner vorgesehene Nutzungsdauer) nicht spürbar beeinträchtigt.⁴⁹

Nach § 327r Abs. 1 BGB ist das Recht des Unternehmers, Änderungen an den digitalen Produkten vorzunehmen beschränkt. Neben den zur Erhaltung des Produkts notwendigen Maßnahmen dürfen nur solche Änderungen vorgenommen werden, wenn der Vertrag dies vorsieht, dem Verbraucher dadurch keine zusätzlichen Kosten entstehen und der Verbraucher über die Änderung klar und verständlich informiert worden ist. Wird die Nutzung des digitalen Produkts durch eine Änderung mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, steht einem Verbraucher gem. § 327r Abs. 3 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung innerhalb von 30 Tagen zu. Beachtlich ist, dass das Beendigungsrecht des Verbrauchers unabhängig davon besteht, ob der Unternehmer seinen Pflichten nach § 327r Abs. 1 oder 2 BGB nachkommt, die Information des Verbrauchers ist Voraussetzung dafür, dass der Unternehmer das digitale Produkt zum Nachteil des Verbrauchers ändern darf. Sie ist aber nicht Voraussetzung für das Recht des Verbrauchers auf Vertragsbeendigung.⁵⁰

5. Schadens- und Aufwendungsersatz

Darüber hinaus kann der Verbraucher nach §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz neben der Leistung oder gem. §§ 327i Nr. 3, 284 BGB den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. § 327m Abs. 3 BGB regelt den Schadensersatz statt der Leistung, ein Rückgriff auf § 281 BGB über § 327i Nr. 3 BGB ist mithin weder möglich noch notwendig.⁵¹

6. Rechte bei unterbliebener Bereitstellung i.S.d. § 327c BGB

Unterbleibt die in § 327b Abs. 1 BGB konkretisierte Bereitstellung des Unternehmers, stehen dem Verbraucher die in § 327c BGB normierten Rechte zu. Der Verbraucher kann den Vertrag beenden, wenn der Unternehmer ihm nach Aufforderung das digitale Produkt nicht unverzüglich zur Verfügung stellt, der Verbraucher muss in Fällen der unterbliebenen Bereitstellung den Unternehmer zunächst zur Leistung aufzufordern. Die Funktionsweise der Aufforderung entspricht dem aus den §§ 281, 323 BGB bekannten Erfordernis der Fristsetzung. Wie die Fristsetzung kann auch die Aufforderung nach § 327c Abs. 3 BGB entbehrlich sein.

a) Vertragsbeendigung i.S.d. §§ 327o BGB & 327p BGB

Die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 327o, 327p BGB, der § 327c Abs. 4 BGB regelt die entsprechende Anwendung. Mit der Einführung der §§ 327ff. BGB geht die Anwendbarkeit der Regeln über Verträge über digitale Produkte auf alle anderen Vertragstypen einher.⁵² Hierdurch kommt es zu Präzisierungserfordernissen, insbesondere auf Rechtsfolgenseite, z.B. ist § 323 BGB nur auf gegenseitige Verträge anwendbar, was die §§ 327ff. BGB nicht zwingend voraussetzen;⁵³ die notwendige Präzisierung im Hinblick auf den Umgang mit Dauerschuldverhältnissen erfährt das Gesetz mit den extra eingeführten Vorschriften der Vertragsbeendigung. Die Vertragsbeendigung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer, § 327o Abs. 1 BGB, und kann nicht mit der Aufforderung zur Bereitstellung verbunden werden. Die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung richten sich gemäß Abs. 4 nach den Vorschriften

⁴⁷ Vgl. Walkusz/Dreßler, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Gewährleistungsrecht – Social Media ohne Briefkasten, JuS 2023, 44 (47).

⁴⁸ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 69.

⁴⁹ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327m Rn. 11.

⁵⁰ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327r Rn. 10.

⁵¹ Kurth, Die Digitalisierung des BGB – die deutsche Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkaufrichtlinie – Teil I, JA 2022, 265 (271).

⁵² Kurth (Fn. 51), JA 2022, 265 (266); Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327 Rn. 2.

⁵³ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 40.

der §§ 327o, 327p BGB. Die Regelungen über den Rücktritt in den §§ 346ff. BGB sind verdrängt.⁵⁴ Das beendete Vertragsverhältnis wandelt sich nach der Erklärung der Vertragsbeendigung zu einem Rückgewährschuldverhältnis.⁵⁵ Nach der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer dem Verbraucher die bereits geleisteten Zahlungen zu erstatten, für noch zu leistende Zahlungen erlischt der Anspruch des Unternehmers gem. § 327o Abs. 2 BGB.⁵⁶ Das Rückgewährschuldverhältnis ist somit ein solches des § 327o BGB, nicht eines nach den §§ 346ff. BGB.⁵⁷

Mit Beendigung des Vertrags erlischt gem. § 327p Abs. 1 BGB das Nutzungsrecht des Verbrauchers am digitalen Produkt, ein Unternehmer darf Inhalte, die ein Verbraucher bei der Nutzung des digitalen Produkts erstellt hat und die nicht personenbezogene Daten sind, nicht weiter nutzen.⁵⁸ Ausdrücklich von einer Folgenutzungsmöglichkeit sind digitale Bilder, Video- und Audiodateien, die der Verbraucher mit dem digitalen Produkt erstellt oder für die Nutzung des Produkts bereitgestellt hat ausgeschlossen, dies setzt eine aktive Handlung des Verbrauchers voraus, beispielsweise das Hochladen von Inhalten, Schreiben von Texten oder Erstellen von Grafiken, Fotografien, Video- oder Musikdateien oder anderen Inhalten mit dem digitalen Produkt.⁵⁹

b) Schadensersatz

Gem. § 327c Abs. 2 BGB besteht auch das Recht auf Schadensersatz, mit Rechtsgrundverweis auf die bekannten §§ 280ff. BGB. Bei diesem Verweis handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis, wie § 327c Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich klarstellt. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erfordert gem. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB die Aufforderung, nicht die Fristsetzung wie sie aus § 281 BGB sonst bekannt ist; hierdurch wird der Verbraucher etwas besser gestellt als es im allgemeinen Anwendungsbereich beim § 281 BGB der Fall ist; die Fristsetzung setzt voraus, dass ein Gläubiger einem Schuldner zumindest konkludent eine zeitliche Grenze aufzeigt, § 327c Abs. 1 S. 1 BGB tut dies nicht.⁶⁰

V. Begleitregeln

1. Beweislastumkehr i.S.d. § 327k BGB

Zeigt sich innerhalb eines Jahres ab Bereitstellung ein von den Anforderungen der § 372e BGB oder § 327g BGB abweichender Zustand, wird vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei Bereitstellung mangelhaft war. Abweichend von den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung muss nicht der Verbraucher den Beweis dafür erbringen, dass ein Produkt- oder Rechtsmangel bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hat, sondern der Unternehmer muss beweisen, dass das digitale Produkt insoweit mangelfrei war.⁶¹ Die zum Kaufvertragsrecht entwickelten Grundsätze zur Beweislastumkehr sind auch für die Auslegung des § 327k BGB von Bedeutung, weil in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 327k BGB auf die EuGH-Rechtsprechung verwiesen wird.⁶² Hieraus und aus der übertragbaren herrschenden Meinung im Kaufrecht wird der Umfang der Beweislastumkehr und die Relevanz für die betreffenden Unternehmer deutlich, um die Vermutung des § 327k BGB zu widerlegen, muss der Unternehmer beweisen, dass der abweichende Zustand, der sich innerhalb der maßgeblichen Frist gezeigt hat, bei Bereitstellung bzw. während des bisherigen Bereitstellungszeitraums nicht vorhanden war.⁶³ Zudem muss der Unternehmer beweisen, dass der abweichende Zustand nicht auf einem anderen, schon bei Bereitstellung bzw. während des bisherigen Bereitstellungszeitraums vorliegenden anderen Mangel beruht, den Unternehmer trifft die Last des Beweises des Gegenteils, die bloße Erschütterung der Vermutung genügt nicht.⁶⁴

2. Verjährung – § 327j BGB

Die Rechte des Verbrauchers aus § 327i Abs. 1 BGB verjähren im Fall der einmaligen Bereitstellung in zwei Jahren. Im Fall der dauerhaften Bereitstellung ist die Verjährung bis zum Ablauf von 12 Monaten nach Ende des Bereitstellungszeitraums i.S.d. § 327j Abs. 2 BGB gehemmt.

IV. Fazit

Die hier nur ausschnittsweise dargestellte Schuldrechtsreform bedeutet einen kleinen Paradigmenwechsel, der

⁵⁴ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 51.

⁵⁵ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 13.

⁵⁶ Pech (Fn. 15), GRUR-Prax 2021, 547 (547); Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451.

⁵⁷ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327o Rn. 8ff.

⁵⁸ Roos, Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL März 2022, Teil 12 Rn. 11.

⁵⁹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327p Rn. 5ff.

⁶⁰ Fervers, Die unterbliebene Bereitstellung des digitalen Produkts, NJW 2021, 3681 (3685).

⁶¹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327k Rn. 1.

⁶² Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 64.

⁶³ Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

⁶⁴ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327k Rn. 9.

sich möglicherweise aufgrund der vorherrschenden Entwicklung der Gesellschaft noch fortsetzen wird. Einerseits werden spezifischere Regeln aufgrund spezialisierterer Produkte und Waren, gerade im digitalen Bereich, notwendigerweise weiter Einzug halten. Andererseits, wie auch Klümper⁶⁵ notiert, ist die Entwicklung eines produktgruppenspezifischen Schuldrechts darin begründet, dass sich seit längerer Zeit in der gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklung der Gesellschaft ein Wandel von einer Eigentums- zu einer Zugangsgesellschaft vollzieht.

D. Sachverhalt

Kunibert Käufer (K) will sich gesünder ernähren und besser auf sich achten. Der 31.12.2022 erscheint ihm als geeigneter Zeitpunkt, dieses Ziel „ab morgen“ ernstlich zu verfolgen. Er begibt sich in das Start-UP „besserbesseressen“ der Ulrike Ustinov (U), um sich über moderne Ernährung und Superfoods zu informieren. U erklärt K, dass für ihn der Kochautomat „besserbesserkochen (bbk)“ für 1.500,00 Euro, den U in Kombination mit einer Rezept-, Koch-, Nährstoffanzeige- und Motivations- und Communitychallengeapp anbietet, genau richtig sei.

Die Applikation stünde K für eine einmalige Zahlung von 150,00 Euro unter der Premiumlizenz zur vollen Verfügung. Sie ermöglicht es nicht nur, fertige Rezepte inklusive Nährwerttabellen aus dem Internet abzurufen, sondern auch Nährwerte, das Körpergewicht und den Körperrumfang einzutragen. Die App generiert daraus sowohl Verzehr- und Sportempfehlungen als auch die Möglichkeit, sich innerhalb der „besserbessercommunity“ zu vergleichen. K ist von dem Angebot der U überzeugt, besonders der Communitywettkampfgedanke hat es ihm angetan. Er nimmt das Angebot der U an. Für 1.650,00 Euro bekommt K das Kochutensil ausgehändigt, der Zugangscode für die App soll ihm innerhalb der kommenden zwei Werktage per Mail geschickt werden. Der Download der App funktioniert wie gewohnt aus dem jeweiligen App- oder Playstore, die Appfunktionen können aber erst benutzt werden, nachdem der o.g. Lizenzcode eingegeben worden ist.

Einige Tage später hat K den bbk in seiner Küche anstelle der Heißluftfritteuse angeschlossen und möchte nunmehr gern gemäß Anleitung und Rezept kochen und dabei gleichzeitig die Nährstoffe seines Essens erfassen lassen – einen Code hat er indes noch nicht zugeschickt bekommen, auch nicht im Spamordner seines Mailaccounts. K beschwert sich darauf bei U, sie verspricht den Code als-

bald zu senden. Vor lauter Startupkultur sei sie noch nicht dazu gekommen.

Nach einem weiteren Monat ruft K erneut bei U an und erklärt, er habe ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem ganzen Geschäft und wolle nichts mehr mit ihr zu tun haben. U entgegnet sehr entspannt, sie habe den bbk doch ordnungsgemäß und mangelfrei übergeben und übereignet, er solle sich mal nicht so haben. Aufgrund der fehlenden App schulde sie ihm allenfalls 150,00 Euro. K führt an, er sei natürlich zur Rückgabe des bbk bereit, mehr aber auch nicht.

1. Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung der 150,00 Euro gem. § 327o Abs. 2 BGB gegen U?

2. Hat K einen Anspruch Rückzahlung der 1.500,00 Euro gem. § 346 Abs. 1 BGB, ggf. i.V.m. §§ 327ff. BGB gegen U?

E. Lösungsvorschlag

I. Anspruch K gegen U auf Rückzahlung von 150,00 Euro für die App aus § 327o Abs. 2 BGB

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung von 150,00 Euro gem. § 327o Abs. 2 BGB gegen U haben. Hierzu müssten die Vorschriften der §§ 327ff. BGB anwendbar sein und es müssten ein Beendigungsgrund und eine Beendigungserklärung gegeben sein, auch dürfte die Beendigung nicht ausgeschlossen sein.

1. Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB eröffnet sein. Eine solche Eröffnung kommt im Sinne des § 327 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn in persönlicher Hinsicht die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft der Beteiligten vorliegen und in sachlicher Hinsicht ein Vertrag über digitale Produkte geschlossen wurde.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Erste Voraussetzung in persönlicher Hinsicht ist, dass gem. § 327 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag vorliegt. Das ist nach § 310 Abs. 3 BGB immer dann der Fall, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer handelt.

Hinweis

Terminologisch kann hiervon der Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB abgegrenzt werden. Hier bedarf es nicht

⁶⁵ Klümper, Das neue digitale Schuldrecht 2022 und seine Auswirkungen auf Produkte und Dienstleistungen der Medizintechnikbranche, MPR 2023, 50 (51).

nur der Verbraucher- und Unternehmereigenschaft der Beteiligten, sondern es muss zudem auch ein Kaufvertrag über eine Ware i.S.d. § 241a BGB geschlossen werden. Diese Voraussetzungen ermöglicht die Anwendung der Rechte aus dem dritten Untertitel „Verbrauchsgüterkauf (§§ 474-479 BGB)“, ist jedoch nicht für die Anwendbarkeit der §§ 327ff. BGB entscheidend: Es kommt hier gerade nicht darauf an, dass bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Vertragsgegenstand sind, sondern digitale Produkte.

aa) Verbrauchereigenschaft des K

Zunächst müsste K als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB gehandelt haben. Nach § 13 BGB ist Verbraucher, wer als natürliche Person ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. K möchte für sich und seine persönliche Ernährung sorgen, indem er den bbk und die App kauft. Der Kauf ist deswegen weder seiner selbstständigen noch seiner gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen. K ist mithin Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.

bb) Unternehmereigenschaft des U

U müsste zudem Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB sein. Ein Unternehmer ist hiernach unter anderem eine natürliche Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt; dies ist insbesondere bei einem planvollen und auf Dauer angelegten Tätigwerden am Markt der Fall.⁶⁶ U ist eine natürliche Person und betreibt ihr StartUP planvoll und auf Dauer angelegt. Beim Abschluss des vorliegenden Vertrages handelt sie in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit. Folglich ist U Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Weiterhin müsste der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Dieses ist der Fall, wenn ein Vertrag über digitale Produkte geschlossen worden ist und die Einigung zwischen Verbraucher und Unternehmer dahingehend besteht, dass dem Verbraucher ein digitales Produkt gegen eine Gegenleistung bereitgestellt wird.

aa) Vertrag über digitale Produkte

Zunächst müsste es sich bei dem zwischen K und U geschlossenen Vertrag um einen Vertrag über digitale Produkte, also entweder digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, handeln. Klärungsbedürftig erscheint, ob es sich bei der App um die Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder um die Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung handelt.

Digitale Inhalte i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB sind alle Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

Digitale Dienstleistungen sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem Verbraucher

1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder
2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen.

Hier können mit Hilfe einer App Daten wie Nährwerte von Mahlzeiten eingegeben und gespeichert werden, bereits vorhandene Rezepte abgerufen werden und sich in sog. Communitychallenges durch das Teilen der eigenen Nährwerteingabe gemessen werden. Mithin werden Daten sowohl in digitaler Form zur Verfügung gestellt als auch gemeinsame Nutzung von Daten durch Interaktion ermöglicht sowie die Möglichkeit gewährt, Daten digital einzugeben und zu speichern. Es liegt mithin eine Einigung sowohl über digitale Inhalte als auch über digitale Dienstleistungen vor. Folglich liegt ein Vertrag über digitale Produkte vor.⁶⁷

Hinweis

Die Unterscheidung zwischen der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ist auf Rechtsfolgenseite äußerst selten relevant, entscheidend ist, dass der Begriff des digitalen Produkts weit zu verstehen ist, um viele Begriffe und Konstellationen trotz ihrer differenzierten technischen Ausgestaltung zu erfassen.⁶⁸

⁶⁶ Micklitz in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 14 Rn. 20.

⁶⁷ Zur Anwendbarkeitsprüfung vgl. auch die äußerst instruktive Falllösung in Mäsch/Edinger/Hagena, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Schuldrecht AT – Ärger mit dem Autopiloten, JuS 2023, 335.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs 19/27653, S. 37.

bb) Bereitstellung

U und K müssten sich ebenso geeinigt haben, dass digitale Inhalte und Dienstleistungen bereitgestellt werden. Unter Bereitstellung ist u.a. das Verschaffen der Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers in Form des Zugänglichmachens auf den Vertragsgegenstand zu verstehen.⁶⁹ K und U haben sich darauf geeinigt, dass K alsbald mit einem Freischaltcode für die App versorgt wird, um sie nutzen zu können. Damit haben sich beide, K und U, geeinigt, die Zugriffsmöglichkeit auf die Dienstleistung zu Gunsten eines Verbrauchers zu verschaffen. Folglich haben sich U und K über die Bereitstellung digitaler Produkte i.S.d. § 327b BGB geeinigt.

cc) Verbrauchergegenleistung

Weiterhin müsste auch eine entsprechende Gegenleistung durch den Verbraucher erfolgt sein. In Betracht kommen nicht nur die Zahlung eines Preises, sondern ggf. auch die Bereitstellung und damit verbundene Zahlung mit persönlichen Daten durch den Verbraucher. Hier bestehen keine Informationen darüber, ob persönliche Daten als Gegenleistung übermittelt werden, K bezahlt indes das Gerät und den Freischaltcode noch vor Ort. Damit liegt eine Gegenleistung durch den Verbraucher i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB ist eröffnet. Auch eine Einordnung als Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB ändert dieses nicht, ebenso sind nach der Trennungslösung nach § 327a Abs. 2 BGB die Vorschriften der §§ 327ff. BGB auf diesen Teil des Vertrages anwenbar. Eine Ausnahme durch das Vorliegen von digitalen Elementen im Sinne des § 327a Abs. 3 BGB ist mangels Funktionsabhängigkeit nicht gegeben.

2. Vorliegen eines Beendigungsgrundes i.S.d. § 327c Abs. 1 BGB

Zudem müsste K auch gem. § 327c Abs. 1 BGB ein Beendigungsgrund zur Seite stehen. Ein Beendigungsgrund ist gegeben, wenn ein Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nachgekommen ist.

a) Fälligkeit

Zunächst müsste die Bereitstellung des digitalen Produkts fällig gewesen sein. Der Verbraucher kann i.S.d. § 327b Abs. 2 BGB die Bereitstellung des digitalen Produkts unverzüglich nach Vertragsschluss verlangen. Im vorliegenden Fall haben sich K und U jedoch darauf geeinigt, dass der Zugangscode dem K nicht sofort, sondern innerhalb der kommenden Werktage übermittelt wird. Nichtsdestotrotz war diese Zeit zum Zeitpunkt des Anrufes des K bei der U verstrichen. Mithin liegt eine fällige Leistung vor.

b) Unterbliebene Bereitstellung i.S.d. § 327b BGB

Weiterhin müsste es nach § 327c Abs. 1 BGB auch zu einer unterbliebenen Bereitstellung gekommen sein. U sicherte zu, den Premiümlizenzcode innerhalb der nächsten Werktage zu übersenden. Dieses hat sie nicht getan, mithin fehlt es an der Bereitstellung i.S.d. § 327b, 327c Abs. 1 BGB.

c) Nichtbereitstellung trotz Aufforderung i.S.d. § 327c Abs. 1 BGB

Letztlich müsste es auch zu einer Aufforderung zur Bereitstellung der fälligen Leistung gekommen sein. Die Aufforderung ist eine geschäftsähnliche Handlung, mit der ein Verbraucher zum Ausdruck bringt, dass die Bereitstellung gewünscht ist, sie muss nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen und das Verlangen zur Bereitstellung des digitalen Produkts durch den Unternehmer eindeutig zum Ausdruck bringen, ist indes an keine Form gebunden, muss aber nicht die Ernsthaftigkeit des Leistungsverlangens in besonderer Weise unterstreichen.⁷⁰ K hat U angerufen und sie telefonisch zur unverzüglichen Zusendung des Codes aufgefordert, damit erbat er wiederholt die Bereitstellung der Leistung nach Fälligkeit. Folglich liegt eine Aufforderung gem. § 327c Abs. 1 BGB vor. Auch nach dieser Aufforderung leistete U nicht.

d) Zwischenergebnis

Ein Beendigungsgrund nach § 327c Abs. 1 BGB ist gegeben.

3. Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB

Weiterhin müsste K die Beendigung gegenüber U gem. § 327o Abs. 1 BGB erklärt haben. Eine Beendigungserklärung ist gem. § 327o Abs. 1 BGB die empfangsbedürftige Willenserklärung des Verbrauchers an den Unternehmer, in welcher der Entschluss des Verbrauchers zur Beendigung des Vertrages zum Ausdruck kommt, sie ist nicht an

⁶⁹ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327b Rn. 8ff.

⁷⁰ Micklitz in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 20; Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327c Rn. 5.

einen speziellen Wortlaut oder eine besondere Begründung und Form gebunden.⁷¹ K hat U am Telefon gesagt, dass er kein Interesse mehr an Gerät, App oder sonst einer Verbindung zu U hat. Mithin hat er zumindest erklärt, den Vertrag i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB beenden zu wollen. Folglich liegt eine taugliche Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB vor.

4. Rechtsfolge i.S.d. § 327o Abs. 2 BGB

Im Falle der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer gem. §§ 327o Abs. 2 BGB dem Verbraucher die Zahlung zu erstatten, die der Verbraucher zur Erfüllung des Vertrages geleistet hat. Folglich hat U dem K die Zahlung i.H.v. 150,00 Euro zu erstatten.

5. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 150,00 Euro aus § 327o Abs. 2 BGB gegen U.

II. Anspruch K gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.500,00 Euro

Ferner könnte K einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Kochautomaten i.H.v. 1.500,00 Euro gegen U haben.

1. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

Ein solcher Rückzahlungsanspruch könnte sich gem. § 346 Abs. 1 BGB ergeben. Dafür müsste U seine Leistung, die Lieferung eines mangelfreien, ordnungsgemäßen Kochautomaten, nicht vertragsgemäß erbracht haben. Der bbk selbst ist mangelfrei und vertragsgemäß. Ein Recht des K auf Rückzahlung der 1.500,00 Euro aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

2. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB

Der Rückzahlungsanspruch könnte sich indes gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB ergeben.

a) Rücktrittsgrund i.S.d. § 327c Abs. 6 BGB

Für K könnte sich ein Rücktrittsrecht aus § 327 Abs. 6 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um einen Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB handelt, bei welchem K den Vertrag bereits hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden kann und er zudem kein Interesse mehr am anderen, nicht digitalen Vertragsteil hat.

aa) Beendigungsgrund i.S.d. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB

K kann den Vertrag mit U hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden (siehe oben).

bb) Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB

Der Vertrag zwischen K und U müsste ein Paketvertrag i.S.v. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB sein. Paketverträge sind Verbraucherverträge zwischen denselben Vertragsparteien, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Problematisch an dieser Stelle könnte die Abgrenzung zu einem Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB sein. Sollte der zwischen K und U geschlossene Vertrag unter Abs. 2 fallen, hätte das zur Folge, dass Voraussetzung für eine Beendigung des gesamten Vertrags nicht das fehlende Interesse an der Teilleistung gem. § 327c Abs. 6 BGB wäre, sondern nach § 327c Abs. 7 BGB die fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung.

(1) Verbrauchervertrag

Gem. § 327a Abs. 1 BGB wird vorausgesetzt, dass dieselben Vertragsparteien einen Vertrag schließen. U und K haben einen einzigen Verbrauchervertrag über den Kochautomaten bbk und die App geschlossen. Ein Verbrauchervertragsschluss unter Beteiligung der gleichen Handelnden liegt vor.

(2) Bereitstellung eines digitalen Produkts

Weiterhin müsste die Verpflichtung, ein digitales Produkt bereitzustellen, gegeben sein. Hier hatte U sich verpflichtet, K die App anhand der Übersendung eines Codes zugänglich zu machen, worin die Einigung zur Bereitstellung eines digitalen Produkts liegt.

(3) Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen

Der Vertrag müsste schließlich auch die Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen enthalten. Mit Sachen sind solche i.S.d. § 90 BGB gemeint. Neben der Bereitstellung der App haben sich U und K auch darauf geeinigt, dass K den Kochautomaten bbk erwirbt. Der bbk ist ein körperlicher Gegenstand und mithin eine Sache i.S.v. § 90 BGB. Der Vertrag enthält damit auch die Verpflichtung zur Bereitstellung anderer Sachen. Mithin liegt ein Paketvertrag vor.

⁷¹ Metzger in: in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327o Rn. 3.

cc) Fehlendes Interesse an der Teilleistung i.S.d. § 327c**Abs. 6 BGB**

K dürfte ohne die App kein Interesse an dem bbk haben. Ein Interessenwegfall liegt vor, wenn eine sinnvolle Nutzung der anderen Leistung nicht mehr möglich ist oder der Nutzungswert stark reduziert ist.⁷²

Gerade aber bei Paketverträgen, in denen auch Vertragsgegenstände miteinander verknüpft werden können, die sonst eher nicht zusammen erworben würden, könnte das berechtigte Interesse darin begründet gewesen sein, eben aus dieser ungewöhnlichen Zusammenstellung und der gemeinsamen Nutzung der Produkte einen Vorteil gezogen zu haben.⁷³ K hat sich nur für den bbk entschieden, da er in Kombination mit der App angeboten wurde. Gerade die Communitychallenges hatten es K angetan, deswegen den bbk zu benutzen.

dd) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittgrund i.S.d. § 327c Abs. 6 BGB liegt vor.

b) Rücktrittserklärung i.S.d. § 349 BGB

Der Rücktritt müsste auch von K gegenüber U erklärt worden sein. Gemäß § 349 BGB erfolgt die Beendigung des Vertrags durch einseitige, empfangsbedürftige und bedingungsfeindliche Erklärung, die den Willen zur Vertragsbeendigung, auch schlüssig, zu verstehen gibt.⁷⁴ K hatte U am Telefon erklärt, dass er ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem Kochautomaten habe und sich daher vom ganzen Vertrag lösen wolle. Damit liegt eine Rücktrittserklärung vor.

c) Kein Ausschluss

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

d) Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den bbk i.H.v. 1.500,00 Euro aus § 346 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB, Zug-um-Zug gegen Herausgabe des bbk, gegen U.

⁷² Vgl. Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 323 Rn. 13; Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327c Rn. 30.

⁷³ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 15.

⁷⁴ Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 349 Rn. 1.

Ausfallhonorar für abgesagte Behandlungstermine

Dipl.-Jur. Sarah Lampe

BGH, Urteil vom 12.05.2022 – III ZR 78/21

§§ 296, 297, 328, 615, 630a, 630b BGB

Sachverhalt (vereinfacht)

M, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert ist, ist die Erziehungsberechtigte mehrerer minderjähriger Kinder, unter anderem von **K**. Am 30.09.2019 meldete sie die zum damaligen Zeitpunkt fünfjährige **K** zur Behandlung bei der **P**, einer Praxis für Ergotherapie, an. Hierzu trug sie die Daten der **K** in ein Anmeldeformular ein, in dem unter der Überschrift „Wichtige Informationen“ folgende Regelung enthalten war:

„Können vereinbarte Termine nicht eingehalten werden, müssen diese mindestens 24 Stunden vorher abgesagt werden. Andernfalls wird Ihnen unabhängig von einer Begründung des kurzfristigen Ausfalls gem. § 293ff. BGB (gesetzliche Regelungen zum Annahmeverzug) eine Ausfallpauschale in Höhe von 25 Euro EUR privat in Rechnung gestellt. Entsprechendes gilt für vereinbarte, aber nicht abgesagte Termine, die nicht eingehalten werden. Mit Ihrer Unterschrift erkennen Sie die Vereinbarungen an und erklären sich mit ihnen einverstanden.“

In der darunter befindlichen Unterschriftenzeile unterschrieb **M** das Formular mit ihrem Namen. Die Behandlung von **K** war auf mehrere Behandlungstermine angelegt. **M** vereinbarte bei **P** daher mehrere Termine für die **K**, unter anderem am 23.03.2020 um 15:00 Uhr. In der Nacht zum 23.03.2020 entwickelte ein weiteres Kind der **M** Hals- und Kopfschmerzen sowie Fieber. **M** verfügte über keine anderweitige Möglichkeit, ihr krankes Kind betreuen zu lassen. Daher rief sie am 23.03.2020 gegen 07:30 Uhr bei **P** unter Schilderung der Situation an und sagte den Termin für **K** ab. Bei ihrer Hausarztpraxis erhielt **M** die Auskunft, dass aufgrund der Symptome eine Erkrankung an dem neuartigen Corona-Virus in Betracht zu ziehen sei und **M** deshalb mit ihrem erkrankten Kind die Praxis nicht aufsuchen, sondern zunächst die Entwicklung seines Gesundheitszustands beobachten solle.

Am 22.03.2020 hatte das Land auf der Grundlage der §§ 32, 28 I 1 und 2 IfSchG eine Corona-Verordnung erlassen, die am 23.03.2020 in Kraft trat. In § 7 wurde bestimmt:

„(3) [...] Therapeutische Berufsausübungen, insbesondere von Physio- und Ergotherapeuten, bleiben gestattet, soweit die medizinische Notwendigkeit der Behandlung durch ärztliches Attest nachgewiesen wird und strenge Schutzmaßnahmen vor Infektionen getroffen werden. [...]“

Am 23.03.2020 stellte **P** der **M** für den abgesagten Behandlungstermin eine Ausfallgebühr in Höhe von 25 Euro in Rechnung. **M** verweigert die Zahlung der 25 Euro.

Hat **P** gegen **M** einen Anspruch auf Zahlung der 25 Euro?

EINORDNUNG

Der Ausfall und die Absage von Behandlungsterminen ist ein alltägliches Phänomen, bleiben doch durchschnittlich 6,7 % der Patienten im Jahr ihrem Termin fern. Genauso üblich ist es, dass Eltern für ihre Kinder Behandlungster-

mine vereinbaren. Doch wer muss das Ausfallhonorar im Fall der Säumnis zahlen – Krankenkasse, (private) Krankenversicherung, die Eltern oder die minderjährigen Kinder?

Das hier besprochene Urteil vereint die examensrelevanten Themen des Annahmeverzugs sowie des Vertrages zu-

gunsten Dritter und beantwortet die Frage nach dem Ausfallhonorar während der Corona-Pandemie.

LEITSÄTZE

1. Wird ein minderjähriges Kind von seinen Eltern in einer Arztpraxis – oder wie hier in einer Praxis für Ergotherapie – zur medizinischen Behandlung vorgestellt, kommt der Behandlungsvertrag in der Regel zwischen den Eltern und dem Behandelnden als Vertrag zugunsten des Kindes zustande (§§ 630a, 328 BGB). Dies gilt – jedenfalls bei kleinen Kindern – auch dann, wenn diese in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert sind.
2. Die Vorschrift des § 615 BGB ist gemäß § 630b BGB auf Behandlungsverträge i.S.d. § 630a BGB anwendbar. Ein etwaiger Vergütungsanspruch gemäß § 615 Satz 1 BGB richtet sich auch gegen gesetzlich krankenversicherte Patienten.
3. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Vereinbarung eines Behandlungstermins eine kalendermäßige Bestimmung i.S.d. § 296 Satz 1 BGB darstellt, verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise. Vielmehr sind sämtliche Umstände des jeweiligen Falles, insbesondere die Interessenlage der Parteien und die Organisation der Terminvergabe durch den Behandelnden sowie deren Erkennbarkeit für die Patienten, zu berücksichtigen.
4. Zur rechtlichen Unmöglichkeit der Leistungsbewirkung bei Nichtbeachtung von Bestimmungen einer Corona-Schutzverordnung (hier: Land Nordrhein-Westfalen).

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch der P gegen M auf Zahlung von 25 Euro aus §§ 630a Abs. 1, 615 S. 1 BGB

I. Zustandekommen des Behandlungsvertrags, § 630a Abs. 1 BGB

1. Angebot der M
 - a) Stellvertretung der M für K, § 164 Abs. 1 BGB
 - b) Vertrag zugunsten Dritter, § 328 Abs. 1 BGB
 - c) Zwischenergebnis

2. Annahme durch P

II. Anspruchserhaltung über § 615 S. 1 BGB

1. Anwendbarkeit des § 615 S. 1 BGB auf Behandlungsverträge
2. Voraussetzungen des Annahmeverzugs
 - a) Vorliegen eines Angebots
 - b) Nichtannahme der Leistung
 - c) Möglichkeit der Leistung, § 297 BGB

3. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

B. Anspruch der P gegen M auf Zahlung von 25 Euro aus dem Anmeldeformular

I. Wirksamer Behandlungsvertrag, § 630a Abs. 1 BGB

II. Wirksame Einbeziehung und Inhaltskontrolle der Klausel

1. Vorliegen von AGB
2. Einbeziehung
3. Inhaltskontrolle
 - a) § 309 Nr. 5 BGB
 - b) § 309 Nr. 6 BGB
 - c) § 308 Nr. 7 BGB
 - d) § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB
 - aa) Vereinbarkeit mit dem Grundgedanken von § 615 BGB
 - bb) Vereinbarkeit mit dem Grundgedanken von § 627 Abs. 1 BGB
 - cc) Zwischenergebnis
 - e) Zwischenergebnis

4. Zwischenergebnis

III. Voraussetzungen des Annahmeverzugs, §§ 293ff. BGB

IV. Ergebnis

A. Anspruch der P gegen M auf Zahlung von 25 Euro aus §§ 630a Abs. 1, 615 S. 1 BGB

P könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung einer Ausfallpauschale in Höhe von 25 Euro aus §§ 630a Abs. 1, 615 S. 1 BGB haben.

I. Zustandekommen des Behandlungsvertrags, § 630a Abs. 1 BGB

Zunächst müsste zwischen P und M ein Vertrag zustande gekommen sein. Konkret kommt ein Behandlungsvertrag i.S.v. § 630a Abs. 1 BGB in Betracht. Das Zustandekommen eines Vertrags erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme i.S.d. §§ 145ff. BGB.¹

1. Angebot der M

M könnte ein Angebot gegenüber P durch die Vereinbarung mehrerer Behandlungstermine für K abgegeben haben. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die alle vertragswesentlichen Bestandteile enthält und durch die der Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur noch

¹ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, ein Studienbuch, 46. Aufl. 2022, § 8 Rn. 3.

von dem Einverständnis des Empfängers abhängt.² Durch die Terminvereinbarung bringt M unmissverständlich ihre Absicht zur Behandlung durch P zum Ausdruck. Nach dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB ist ihre Terminvereinbarung dahingehend auszulegen, dass sie den Abschluss eines Behandlungsvertrages wünscht.³ Problematisch scheint allerdings, dass M hier zwar mit ihrem Namen das Formular unterschrieb, aber den Termin für ihr minderjähriges Kind K vereinbarte.

a) Stellvertretung der M für K, § 164 Abs. 1 BGB

M könnte allerdings in Stellvertretung für K gemäß §§ 164ff. BGB gehandelt haben. Dazu müsste M eine eigene Willenserklärung im Namen von K abgegeben haben und mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Eine eigene Willenserklärung liegt vor, wenn der Erklärende mit eigenem Entscheidungsspielraum handelt, also nicht lediglich als Bote tätig wird.⁴ M gab vorliegend eine eigene Willenserklärung ab. Weiterhin müsste sie offenkundig gehandelt haben. Ihr Verhalten müsste erkennen lassen, dass sie im Namen des Vertretenen handelte,⁵ also des K. M gab gegenüber P nicht ausdrücklich zu erkennen, dass sie im Namen von K handelte. Vielmehr unterschrieb sie das Anmeldeformular nur mit ihrem Namen und ohne den Zusatz „in Vertretung“. Daraus ergibt sich, dass sie den Behandlungsvertrag im eigenen Namen abschließen wollte.⁶ M hat folglich nicht offenkundig und daher nicht in Stellvertretung für K gehandelt.

b) Vertrag zugunsten Dritter, § 328 Abs. 1 BGB

M könnte jedoch einen Vertrag zugunsten Dritter für K gemäß § 328 Abs. 1 BGB abgeschlossen haben. Ein Vertrag zugunsten Dritter zeichnet sich dadurch aus, dass der Schuldner die geschuldete Leistung gegenüber einem Dritten und nicht gegenüber seinem Vertragspartner erbringen muss,⁷ wobei der Dritte nicht Vertragspartner

wird.⁸ Wird ein minderjähriges Kind von seinen Eltern in einer Arztpraxis – oder wie hier in einer Praxis für Ergotherapie – zur medizinischen Behandlung vorgestellt, kommt der Behandlungsvertrag in der Regel zwischen den Eltern und dem Behandelnden als Vertrag zugunsten des Kindes gemäß §§ 630a Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB zustande.⁹ Aus einem solchen Behandlungsvertrag werden grundsätzlich die Eltern berechtigt und verpflichtet.¹⁰ Die Eltern kommen damit ihrer Personensorgepflicht aus § 1626 BGB nach, dem Kind die nötige Behandlung zu verschaffen.¹¹

Angesichts des jungen Alters der K im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht es der Verkehrserwartung, dass der Behandlungsvertrag mit M als Erziehungsberechtigter zustande gekommen ist.¹² Folglich hat M als Erziehungsberechtigte einen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB für K mit P abgeschlossen.

c) Zwischenergebnis

M hat folglich ein Angebot auf Abschluss des Behandlungsvertrags zugunsten von K abgegeben.

2. Annahme durch P

P müsste dieses auch angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt.¹³ Der Behandlungsvertrag kann auch konkludent mit Durchführung der Behandlung zustande kommen.¹⁴ Spätestens mit Durchführung der ersten Behandlungen bei K hat P das Angebot der M konkludent angenommen.

II. Anspruchserhaltung über § 615 S. 1 BGB

Da aufgrund der Absage der Termine durch M keine Behandlung am 23.03.2020 stattfinden konnte, ist der Anspruch auf Zahlung einer Vergütung nicht entstanden. § 615 S. 1 BGB hält hierbei aber den Anspruch auf die Ver-

² Busche in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 5.

³ AG Bad Homburg MDR 1994, 888; AG Minden BeckRS 2016, 9809; Anders/Gehle, Das Recht der freien Dienste, Vertrag und Haftung, Berlin 2001, Rn. 205; dagegen mangels Rechtsbindungswillen des Arztes: Muthorst, Ansprüche des Arztes gegen den säumigen Patienten, Annahmeverzug, Kündigung und culpa in contrahendo beim medizinischen Behandlungsvertrag ZGS 2009, 409 (411).

⁴ Schubert in: MüKo-BGB (Fn. 2), § 164 Rn. 116.

⁵ Mansel in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 164 Rn. 3.

⁶ BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 20.

⁷ Mäsch in: beck-online, GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand: 01.04.2023, § 328, Rn. 18.

⁸ Mäsch in: BeckOGK-BGB (Fn. 8), § 328 Rn. 20.

⁹ BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 18.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.; Katzenmeier in: Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 66. Ed., § 630a, Rn. 88; Spickhoff in: Spickhoff, Medizinrecht, BGB, 4. Aufl. 2022, § 630a Rn. 34.

¹² BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 18; Spickhoff in: Spickhoff, MedR (Fn. 11), § 630a Rn. 34.

¹³ Köhler, BGB AT (Fn. 1), § 8 Rn. 21.

¹⁴ Kern/Rehborn in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 44 Rn. 1; Weidenkaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 630a Rn. 6.

gütung aufrecht,¹⁵ sofern sich der Patient im Annahmeverzug nach §§ 293ff. BGB befindet.¹⁶

1. Anwendbarkeit des § 615 S. 1 BGB auf Behandlungsverträge

Auf den Behandlungsvertrag sind gemäß § 630b BGB die Vorschriften über das Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist, anzuwenden, soweit nicht in diesem Untertitel etwas anderes bestimmt ist. § 615 S. 1 BGB ist folglich auf den Behandlungsvertrag anwendbar.¹⁷

2. Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Des Weiteren müssten die Voraussetzungen des Annahmeverzugs, also der §§ 293ff. BGB, vorliegen.

a) Vorliegen eines Angebots

Zunächst müsste ein Angebot der Leistung vorliegen. Ein tatsächliches oder wörtliches Angebot nach §§ 294, 295 BGB hat P vorliegend nicht abgegeben. In Betracht kommt jedoch die Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB. Ist für die Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so ist das Angebot gemäß § 296 S. 1 BGB entbehrlich. Die Vereinbarung eines Behandlungstermins ist eine Nebenabrede im Rahmen des Behandlungsvertrages, deren Inhalt im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Dabei sind sämtliche Umstände des jeweiligen Falles, insbesondere die Interessenlage der Parteien und die Organisation der Terminvergabe durch den Behandelnden sowie deren Erkennbarkeit für die Patienten, zu berücksichtigen.¹⁸

Bei Anwendung dieser Kriterien handelte es sich bei den zwischen den Parteien getroffenen Terminabsprachen jeweils um kalendermäßige Bestimmungen i.S.d. § 296 S. 1 BGB. Für M war auch erkennbar, dass die minutengenau vereinbarte Behandlungszeit ausschließlich für K reserviert war, zumal durch den in den Anmeldeformularen enthaltenen Hinweis auf die 24-stündige Absagefrist und die Ausfallpauschale hinreichend klargestellt wurde, dass die mit M vereinbarten Behandlungstermine nicht

bloß unverbindliche Absprachen, sondern rechtsverbindliche Vereinbarungen sein sollten. Die Verbindlichkeit der Behandlungstermine liegt nicht nur im Interesse der Praxis, sondern auch in dem ihrer Patienten, denen dadurch längere Wartezeiten erspart bleiben. Durch ihre Unterschrift erklärte M aus Sicht der P ihr Einverständnis mit der Verbindlichkeit der Terminvereinbarungen.¹⁹ Folglich handelte es sich bei der Terminvereinbarung um eine kalendermäßige Bestimmung i.S.d. § 296 S. 1 BGB. Ein Angebot durch P war mithin entbehrlich.

b) Nichtannahme der Leistung

Indem M mit K nicht zu dem Termin am 23.03.2020 erschien, hat sie die Leistung nicht angenommen.

c) Möglichkeit der Leistung, § 297 BGB

Nach § 297 BGB gerät der Gläubiger allerdings nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur für die Mitwirkung bestimmte Zeit außerstande ist, die Leistung zu erbringen.²⁰ In Betracht kommt vorliegend eine rechtliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB. Eine solche liegt vor, wenn der zu erbringende Erfolg aus Rechtsgründen nicht eintreten kann.²¹ Nach der am 23.03.2020 in Kraft getretenen Corona-Verordnung war Ergotherapeuten die Berufsausübung nicht gestattet, es sei denn, die Notwendigkeit der Behandlung sei durch ärztliches Attest nachgewiesen und strenge Schutzmaßnahmen vor Infektionen getroffen wurden. Beides war vorliegend aber nicht der Fall.²² Zudem wurden innerhalb der Praxis noch keine hinreichenden Hygienemaßnahmen getroffen.²³ Die Corona-Verordnung begründete daher eine rechtliche Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB und damit geriet M gemäß § 297 BGB nicht in den Annahmeverzug.

3. Zwischenergebnis

Folglich liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nicht vor. Der Anspruch ist daher nicht über §§ 630b, 615 S. 1 BGB aufrecht zu erhalten.

¹⁵ Walter in: BeckOGK-BGB (Fn. 8), § 630b Rn. 34.1; Weidenkaff in: Grüneberg (Fn. 14), § 615 Rn. 3.

¹⁶ Fischinger in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 613a – 619, Neubearbeitung 2022, § 615 Rn. 1. Poelzig, Ansprüche des Arztes gegen säumige Patienten, VersR 2007, 1608 (1609).

¹⁷ Walter in: BeckOGK-BGB (Fn. 8), § 630b Rn. 34.

¹⁸ BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 28.

¹⁹ Ebd., Rn. 29.

²⁰ Ernst in: MünchKommBürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 297 Rn. 2.

²¹ Ernst in: MüKo-BGB (Fn. 20), § 275 Rn. 48.

²² BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 32.

²³ Ebd., Rn. 33.

III. Ergebnis

P hat folglich keinen Anspruch gegen M auf Zahlung der 25 Euro aus §§ 630a Abs. 1, 615 S. 1 BGB.

B. Anspruch der P gegen M auf Zahlung von 25 Euro aus dem Anmeldeformular

P könnte darüber hinaus gegen M ein Anspruch auf Zahlung einer Ausfallpauschale in Höhe von Höhe von 25 Euro zustehen. Ein solcher Anspruch könnte sich aus der Vereinbarung im Anmeldeformular, das M unterschrieben hat, ergeben. Bei dem Anmeldeformular könnte es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“) handeln. Erforderlich ist daher das Zustandekommen eines Behandlungsvertrags nach § 630a Abs. 1 BGB sowie eine wirksame Einbeziehung der Klausel nach den §§ 305ff. BGB.

I. Wirksamer Behandlungsvertrag, § 630a Abs. 1 BGB

Zwischen M und P ist ein wirksamer Behandlungsvertrag nach § 630a Abs. 1 BGB zustande gekommen.

II. Wirksame Einbeziehung und Inhaltskontrolle der Klausel

Die Klausel des Anmeldeformulars müsste auch wirksam in den Behandlungsvertrag einbezogen worden sein. Dazu müsste es sich bei der Klausel im Anmeldeformular um eine AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB handeln, die gemäß § 305 Abs. 2 BGB wirksam einbezogen wurde und einer Inhaltskontrolle nach §§ 307ff. BGB standhält.

1. Vorliegen von AGB

Das Anmeldeformular könnte eine AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB darstellen. AGB sind nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Das von P vorformulierte Anmeldeformular wird für alle Patienten in der Praxis genutzt und von P beim Abschluss der Behandlungsvertrags ausgeteilt. Es handelt sich damit um AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB.

2. Einbeziehung

Gemäß § 305 Abs. 2 BGB müssen AGB bei Vertragsschluss einbezogen werden. Sofern der Anamnesebogen vom Patienten bei Terminvereinbarung vor Ort unterschrieben

wurde, ist die Klausel nach § 305 Abs. 2 BGB in den Behandlungsvertrag einbezogen.²⁴ Da M das Anmeldeformular bei der Terminvereinbarung unterschrieben hat, wurden die AGB folglich einbezogen.

3. Inhaltskontrolle

Die Klausel müsste auch einer Inhaltskontrolle nach §§ 309, 308, 307 BGB standhalten.

a) § 309 Nr. 5 BGB

In der Klausel des Anmeldeformulars zum Ausfallhonorar könnte eine unzulässige Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nach § 309 Nr. 5 BGB liegen. Eine solche Pauschalierung liegt vor, wenn der Schaden nicht konkret nach der eingetretenen Einbuße bestimmt wird, sondern unabhängig von den Umständen des Einzelfalls.²⁵ Die vorliegende Klausel hat jedoch keine an eine Pflichtverletzung anknüpfenden Schadensersatzanspruch zum Gegenstand, sondern vielmehr eine Pauschalierung des aus § 615 S. 1 BGB folgenden Vergütungsanspruchs.²⁶ Folglich ist das Klauselverbot des § 309 Nr. 5 BGB nicht einschlägig.

b) § 309 Nr. 6 BGB

Ebenso wenig ist ein Vertragsstrafeversprechen Gegenstand der Klausel, sodass auch § 309 Nr. 6 BGB nicht einschlägig ist²⁷

c) § 308 Nr. 7 BGB

Das Klauselverbot des § 308 Nr. 7 BGB käme in Betracht, wenn die Terminabsage mit einer Kündigung des Vertrages gleichzusetzen wäre. Bei längerfristig angelegten Behandlungen, wie einer Ergotherapie, ist die Terminabsage allerdings nicht mit einer Kündigung gleichzusetzen.²⁸ § 308 Nr. 7 BGB ist somit nicht einschlägig.

d) § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB

Die Klausel könnte eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB darstellen. Die Klausel könnte den Grundgedanken von § 615 BGB oder § 627 BGB widersprechen.

aa) Vereinbarkeit mit dem Grundgedanken von § 615 BGB

§ 615 BGB gewährt einen verschuldensunabhängigen Anspruch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Annahme-

²⁴ BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 22.

²⁵ Artz in: BeckOGK-BGB (Fn.8), § 309 Nr. 5 Rn. 82.

²⁶ LG Kleve, Urt. v. 20.05.2021 – 6 S 139/20, Rn. 12.

²⁷ Ebd.

²⁸ Ebd.

verzugs.²⁹ An dieselben Voraussetzungen knüpft die vorliegende Klausel an, sodass kein Widerspruch vorliegt.³⁰

bb) Vereinbarkeit mit dem Grundgedanken von § 627 Abs. 1 BGB

Im Rahmen von § 627 Abs. 1 BGB ist es möglich, eine Kündigungsfrist zu vereinbaren.³¹ Für den Arzt dient eine solche Klausel dazu, sich gegen Verdienstaussfall abzusichern.³² Für den Patienten ist eine geringfügige Einschränkung der Kündigung jedoch hinnehmbar, da der Termin meist weit im Voraus vereinbart wurde und er dadurch genügend Möglichkeiten hat, anderweitige Termine und Verpflichtungen umzudisponieren. Gerade eine Absagefrist von 24 Stunden schränkt den Patienten nicht unangemessen ein.³³ Zudem ist ein Behandlungsvertrag nach § 621 Nr. 5 BGB jederzeit kündbar.³⁴ Die Klausel ist daher mit dem Grundgedanken von § 627 BGB zu vereinen.

cc) Zwischenergebnis

Die Klausel stellt daher keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB dar.

e) Zwischenergebnis

Folglich hält die Klausel einer Inhaltskontrolle stand.

4. Zwischenergebnis

Die Klausel ist somit wirksam.

III. Voraussetzungen des Annahmeverzug, §§ 293ff. BGB

AGB sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von einem verständigen, redlichen Vertragspartner verstanden werden. Ansatzpunkt für die Auslegung ist dabei in erster Linie der Wortlaut der Klausel.³⁵ Die Klausel im Anmeldeformular erfordert nach ihrem Wortlaut das Vorliegen der Voraussetzungen des Annahmeverzug, also der §§ 293ff. BGB. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

IV. Ergebnis

Ein Anspruch der P gegen M auf Zahlung der 25 Euro folgt daher auch nicht aus der Regelung im Anmeldeformular.

FAZIT

Es bleibt festzuhalten, dass der BGH hinsichtlich des Problems um das Ausfallhonorar keine Klarheit geschaffen hat. Vielmehr konnte er aufgrund der einschlägigen Corona-Verordnung den „Ausweg“ über § 297 BGB gehen. Dabei wäre es jedoch wünschenswert gewesen, dass sich der BGH zu in AGB vereinbartem Ausfallhonorar äußert, um sowohl für Leistungserbringer als auch für Patienten Klarheit zu schaffen.

²⁹ Ebd.

³⁰ Ebd.

³¹ Weidenkaff in: Grüneberg-BGB (Fn. 14), § 627 Rn. 5.

³² Poelzig (Fn. 17), VersR 2007, 1608 (1613); Wertentrub, Die Zulässigkeit einer Kündigungsfristvereinbarung bei ärztlichen Behandlungsverträgen, MedR 1994, 394 (396).

³³ LG Kleve, Urt. v. 20.05.2021 – 6 S 139/20, Rn. 12.

³⁴ Ebd.

³⁵ BGH, Urt. v. 12.05.2022 – III ZR 78/21, Rn. 22.

Kein Vorschuss für Beseitigungskosten gemäß § 281 BGB analog in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB

stud. iur. Roman-Hendrik Wilms

BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22

§§ 1004 Abs. 1, 281 BGB

Sachverhalt

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Auf dem Grundstück der Beklagten B steht unweit der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine Pappel. Die Wurzeln der Pappel sind in das Grundstück des Klägers K eingewachsen und haben dort Wurzelbrut gebildet. Dadurch wurden in der Garageneinfahrt des Klägers Pflastersteine angehoben.

Er forderte die Beklagten unter Fristsetzung auf, die Pappel zu fällen bzw. die eingedrungenen Wurzeln zu beseitigen und Vorsorge gegen künftige Beeinträchtigungen, etwa durch den Einbau einer Wurzelsperre, zu treffen. Dies lehnten die Beklagten ab. Erst während des Prozesses erklärten sie unter dem Vorbehalt einer behördlichen Genehmigung ihre Bereitschaft zum Einbau einer Wurzelsperre. Dies ist durch keine der Parteien geschehen und auch die Unebenheit des Pflasters wurde noch nicht beseitigt.

Mit der Klage verlangt der Kläger – soweit von Interesse – die Zahlung von 2.040 Euro für eine zukünftige Reparatur des Pflasters und das Einbringen einer Wurzelsperre.

Hat K gegen B einen Anspruch auf die Zahlung der 2.040 Euro?

EINORDNUNG

Bisher blieb das Verhältnis des Schadensersatzanspruches (§ 281 BGB) zu dem Beseitigungsanspruch (§ 1004 BGB) höchstrichterlich ungeklärt. Die zunächst herrschende Meinung bejahte die analoge Anwendung des § 281 BGB auf § 1004 Abs. 1 BGB.¹ In der Entscheidung zieht der BGH nun Grenzen und löst die Frage über den vorgezogenen Ersatz der Selbstvornahme im Rahmen der Beseitigung einer Eigentumsbeeinträchtigung. Die Entscheidung eignet sich sowohl als Teil einer Klausur und ließe sich auch in einer zivilrechtlichen Hausarbeit mit schuld- und sachenrechtlichen Überschneidungen einbauen. Des Weiteren lässt sich innerhalb des Streitentscheids mit den juristischen Methoden, insbesondere Sinn und Zweck argumentieren sowie ein generelles Verständnis der sachenrechtlichen Normen prüfen.

LEITSATZ

Die Vorschrift des § 281 BGB findet auf die Beseitigungs-

und Unterlassungsansprüche des Eigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB keine Anwendung.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 S. 1, 684 S. 1, 818 BGB

B. Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB

C. Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog

D. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

E. Anspruch aus § 281 BGB analog i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Eine Ansicht

II. Andere Ansicht

III. Stellungnahme

IV. Ergebnis

F. Gesamtergebnis

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro für eine zukünftige Reparatur und Wurzelsperre haben.

¹ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 20; Pfeiffer, Kein Anspruch auf Vorschuss für Beseitigungskosten, LMK 2023, 809067.

A. Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 S. 1, 684 S. 1, 818 BGB

K könnte einen Anspruch gegen B auf Zahlung der 2.040 Euro gemäß §§ 683 S. 1, 670 S. 1, 684 S. 1, 818 BGB haben. Sowohl für § 683 BGB, als auch § 684 BGB muss der Geschäftsführer ein Geschäft für einen anderen erledigt haben.² K hat jedoch die Unebenheit des Pflasters bisher nicht beseitigt und auch keine Wurzelsperre errichtet. Damit liegt keine Handlung im Sinne eines Geschäftes und kein Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

B. Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB

K könnte des Weiteren einen Anspruch gegen B auf Zahlung der 2.040 Euro gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB haben. Dafür müsste der Schuldner zunächst einen Vorteil erlangt haben.³ Ein Vorteil liegt in der Verbesserung der Vermögenslage des Schuldners, die durch die Befreiung von einer Verbindlichkeit oder Pflicht erfolgen kann.⁴ Eine solche Pflicht stellt die Beseitigungspflicht gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB dar.⁵ K hat die störende Einwirkung, das Wurzelgeflecht, aber nicht entfernt und hat B dadurch nicht von der Beseitigungspflicht befreit. B hat keinen Vorteil erlangt und ist K daher nicht aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 BGB zur Zahlung der 2.040 Euro verpflichtet.

C. Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog haben. Der Anspruch besteht, wenn Einwirkungen von einem Grundstück im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Nutzung auf ein Grundstück Dritter ausgehen, die nicht zumutbar entschädigungslos hinnehmbar sind, sofern der Anspruchsteller gehindert war, diese Einwirkung rechtzeitig gemäß § 1004 Abs. 1 BGB zu unterbinden.⁶ K steht ein Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu, wenn sein Eigentum gegenwärtig durch den Anspruchsgegner beeinträchtigt wird und er dies nicht zu dulden hat. Eine Beeinträchtigung ist jede Einwirkung auf die Sache, die der Eigentümer nicht zu dulden bereit ist,

insbesondere Eingriffe in die Sachsubstanz.⁷ Dazu zählen auch Zerstörungen durch Baumwurzeln.⁸ Drohen fortwirkende oder wiederkehrende Störungen, so kann der Anspruchsteller zudem einen Unterlassungsanspruch geltend machen.⁹ Eine bestimmte Maßnahme zur Unterlassung weiterer Störungen kann nur gefordert werden soweit es praktisch keine andere mögliche Abhilfe gibt.¹⁰ Die Pflastersteine des K wurden ohne dessen Bereitschaft zur Duldung durch die Wurzeln der Pappel der B angehoben, sodass eine Beeinträchtigung vorliegt. Eine Duldungspflicht liegt nicht vor. Zwar gibt es zur Unterlassung weiterer Störungen zwei Möglichkeiten, jedoch reduzierten die B diese durch Bereiterklärung eine Wurzelsperre einzubauen. K hat einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB.¹¹ Es sind keine Gründe ersichtlich, nach denen K an der rechtzeitigen Durchsetzung seines Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 BGB gehindert wäre, womit ihm kein Anspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog zusteht.

D. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro gemäß § 823 Abs. 1 BGB haben. Dieser setzt ein Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus.¹² Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 2 BGB. Das setzt voraus, dass die Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestands für den Schuldner erkennbar und vermeidbar gewesen ist.¹³ Es war nicht erkennbar, dass sich ein Wurzelgeflecht bilden und dadurch die Steine von K angehoben werden würden. B handelte insbesondere nicht vorsätzlich. Somit hat K keinen Anspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

E. Anspruch aus § 281 BGB analog i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

K könnte gegen B ein Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro nach § 281 BGB analog i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Fraglich ist zunächst, ob die Vorschrift des § 281 BGB

² Gehrlein in: Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Ed., Stand: 01.05.2023, § 683 Rn. 2; Schäfer in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 2023, § 684 Rn. 5.

³ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 55 Rn. 7.

⁴ Wiese in: Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2021, § 812 Rn. 3.

⁵ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 10.

⁶ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 12; Berger in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 906 Rn. 15.

⁷ Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 35.

⁸ Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 44.

⁹ Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 7.

¹⁰ Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 103.

¹¹ Die inzidente Prüfung des Beseitigungsanspruches wurde bewusst knapp gehalten, da dies vorliegend kein Schwerpunkt der Prüfung ist bzw. hier keine Probleme bestehen. Bei möglichen Problemen z.B. bei der Abgrenzung oder nachbarlichen Duldungspflichten ist näher auf diese einzugehen. Auch kann auf die Anwendbarkeit eines Unterlassungsanspruchs im Rahmen des § 1004 BGB eingegangen werden.

¹² Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil (Fn. 3), § 60 Rn. 33.

¹³ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2020, § 23 Rn. 7.

Anwendung auf den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB findet.

I. Eine Ansicht

Einer Ansicht nach findet § 281 BGB analoge Anwendung auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁴ Nach dieser Ansicht könnte K aus den Normen einen Anspruch ziehen.

II. Andere Ansicht

Die andere Ansicht lehnt die analoge Anwendung des § 281 BGB auf § 1004 BGB ab.¹⁵ Damit könnte K auch keinen Anspruch auf eine Vorauszahlung darauf stützen.

III. Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme nötig ist. Für die erste Ansicht sprechen insbesondere die erzielten sachgerechten Ergebnisse.¹⁶ Anspruchsteller, die keine finanziellen Mittel haben, die Beseitigung zu erwirken, bräuchten nicht zunächst einen Titel auf Beseitigung der Beeinträchtigung, um dann im Zuge der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 Abs. 2 ZPO einen Vorschuss erlangen zu können.¹⁷ Eine Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs gestalte sich häufig mühsam.¹⁸ Bei einer analogen Anwendung wäre der Beseitigungsanspruch dann nach § 281 Abs. 4 BGB erloschen und die erneute Entstehung eines Anspruchs wegen derselben Beeinträchtigung nicht möglich.¹⁹ Die dadurch resultierende Freiheit, mit der Ersatzzahlung nach Belieben zu verfahren, entspräche der Befugnis als Eigentümer i.S.d. § 903 S. 1 BGB.²⁰ Dem widerspricht die zweite Ansicht und argumentiert, der Beseitigungsanspruch würde trotz der Vorauszahlung sofort erneut entstehen, da der Rechtsnachfolger nicht an die schuldrechtlichen Vereinbarungen gebunden sei.²¹ Es müsste dagegen eine fortdauernde Duldungspflicht entstehen, die auch den Rechtsnachfolger bindet.²² Die nach § 1004 Abs. 1 BGB ge-

schuldete Beseitigung sei keine Leistung im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB, die mit einem positiven Leistungsinteresse die Mehrung des Vermögens des Eigentümers bezwecken solle.²³ Für eine analoge Anwendung bedürfe es einer planwidrigen Regelungslücke, die bereits nicht gegeben sei, da die Kosten der Selbstvornahme nach §§ 683 S. 1, 670 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB und bei beibehaltender Beeinträchtigung grundsätzlich analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB beansprucht werden könnten.²⁴ § 1004 BGB diene nur der Entfernung der Beeinträchtigung, sei aber nicht auf einen finanziellen Ausgleich gerichtet.²⁵ Eine Anwendung der Schadensersatznorm auf den dinglichen Anspruch würde dem Zweck dessen, den dem ursprünglich Eigentumsrecht entsprechenden Zustand wiederherzustellen, zuwiderlaufen.²⁶ Während hierbei das Integritätsinteresse, die Verteidigung vorhandener Vermögensgegenstände im Vordergrund stehe, erziele der schuldrechtliche Anspruch entsprechend des Leistungsinteresses die Mehrung der Vermögens des Gläubigers zulasten des Schuldners. Die Vorauszahlung garantiere nicht, dass der entsprechende Zustand wiederhergestellt werde, womit sie nicht mit dem Sinn und Zweck des dinglichen Anspruchs vereinbar sei.²⁷ Der Zweck stehe auch der Rechtsfolge des § 281 Abs. 4 BGB entgegen, durch welchen der Beseitigungsanspruch schon dann erlöschen müsste, bevor die Beeinträchtigung entfernt würde.²⁸ Insbesondere kann der § 281 BGB keine Anwendung auf § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen einer Unterlassung künftiger Eigentumsbeeinträchtigungen, wie der Anbringung einer Wurzelsperre zur Verhinderung zukünftig hinüberwachsender Wurzeln finden.²⁹ Der Anspruch auf Unterlassung entstände bei fortdauernden Immissionen trotz des § 281 Abs. 4 BGB immer wieder neu.³⁰ Insgesamt überzeugt die zweite Ansicht mehr. § 281 BGB kann nicht auf den § 1004 Abs. 1 BGB angewandt werden. Damit steht K kein Anspruch gegen B auf Zahlung der 2.040 Euro gemäß § 281 BGB analog i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

¹⁴ Pfeiffer (Fn. 1), LMK 2023, 809067.

¹⁵ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 17; Raff in: MüKo BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 262.

¹⁶ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 16.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Pfeiffer (Fn. 1), LMK 2023, 809067.

¹⁹ Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 84.1; Pfeiffer (Fn. 1), LMK 2023, 809067.

²⁰ Ebd.

²¹ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 17; Raff in: MüKo BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 262.

²² BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 17; Fritzsche in: BeckOK BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 84.1.

²³ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 17.

²⁴ Ebd.

²⁵ Raff in: MüKo BGB (Fn. 2), § 1004 Rn. 260.

²⁶ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 28; Pfeiffer (Fn. 1), LMK 2023, 809067.

²⁷ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 28.

²⁸ Ebd.

²⁹ BGH, Urt. v. 23.03.2023 – V ZR 67/22, Rn. 37.

³⁰ Ebd.

IV. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro nach § 281 BGB analog i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

F. Gesamtergebnis

Damit steht K gegen B kein Anspruch auf Zahlung der 2.040 Euro wegen einer zukünftigen Reparatur und dem Einbau einer Wurzelsperre zu.

FAZIT

Nachdem es bislang höchstrichterlich ungeklärt blieb, ob § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB angewendet werden kann, entschied der Senat nunmehr, dass dies nicht der Fall ist.³¹ Eine analoge Anwendung dessen ist im vorliegenden Fall nicht sachgerecht. Dem Anspruchsteller bleibt damit nur noch die Wahl zwischen einer Geltendmachung der Kosten einer Selbstvornahme oder die Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs.³² Der BGH wendet sich damit von der wohl bisher herrschenden Auffassung ab.

³¹ Pfeiffer (Fn. 1), LMK 2023, 809067.

³² Ebd.

Förderung parteinaher Stiftungen

stud. iur. Dominik Stanislavchuk

BVerfG, Urteil vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19

Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

In der Bundesrepublik Deutschland entwickelte sich in der politischen Praxis für die jährliche Festlegung der Globalmittelförderung politischer Stiftungen ein gewisser Ablauf. Bei diesem werden in der Gesetzesvorlage zum Haushaltsplan nach Art. 110 Abs. 3 GG Globalzuschüsse für die politischen Stiftungen in dem das Bundesministerium des Inneren betreffenden Einzelplan 06 Kapitel 0601 Titel 685 12 ausgewiesen. Die Höhe der Globalzuschüsse orientiert sich dabei stets an den Zuwendungen des Vorjahres. Die jährlichen Beratungen über die Beibehaltung oder Änderung des Haushaltsansatzes für die Globalzuschüsse an die parteinahen Stiftungen erfolgten im Rahmen des parlamentarischen Haushaltsverfahrens durch die Mitglieder des Haushaltsausschusses.

Informeller Teil dieser parlamentarischen Beratungen waren in der Vergangenheit sogenannte „Stiftungsgespräche“, die auf Einladung der bisher geförderten politischen Stiftungen stattfanden. In diesen Gesprächen informierten sich Mitglieder des Deutschen Bundestages über die Arbeit und Planungen der politischen Stiftungen. Daneben nahmen fakultativ auch Vertreter des Bundesministeriums des Innern teil. Über den Kreis der an den Gesprächen teilnehmenden Stiftungen entschieden die bislang geförderten politischen Stiftungen. In den Stiftungsgesprächen legten Stiftungsvertreter den sich aus ihrer Sicht ergebenden Finanzbedarf der Stiftungen für das kommende Haushaltsjahr dar. Die Umsetzung der Ergebnisse der parlamentarischen Beratungen erfolgte in Form von Änderungsanträgen der Fraktionen oder der Bundesregierung zum Haushaltsentwurf, die jeweils beschlossen und Bestandteil des jährlichen Haushaltsgesetzes wurden.

Grundlage dieses Vorgehens war unter anderem eine am 06.11.1998 von fünf Stiftungen abgegebene „Gemeinsame Erklärung zur staatlichen Finanzierung der Politischen Stiftungen“, der sich im Jahr 2003 zuletzt die Stiftung R anschloss. Darin wurde ausgeführt, es obliege der parlamentarischen Entscheidung, nach welchen Kriterien politische Stiftungen in die Verteilung der festgesetzten Globalzuschüsse einbezogen würden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genüge der Staat seiner verfassungsrechtlichen Neutralitätsverpflichtung, wenn er alle dauerhaft ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen berücksichtige. Ein geeigneter Anhaltspunkt für die Dauerhaftigkeit einer ins Gewicht fallenden Grundströmung dürfe eine wiederholte Vertretung, dabei zumindest einmal in Fraktionsstärke, der nahestehenden Partei im Deutschen Bundestag sein. Scheide eine Partei aus dem Deutschen Bundestag aus, sollte die ihr nahestehende politische Stiftung mindestens für die Dauer einer Wahlperiode den Anspruch auf Zuteilung von Globalzuschüssen behalten.

Die A-Partei wurde am 06.02.2013 gegründet. Sie erreichte bei der Bundestagswahl am 24.09.2017 ein Zweitstimmenergebnis von 12,6 % und stellte damit die drittstärkste Bundestagsfraktion. In der Sitzung des Bundesvorstands der A-Partei vom 13.04.2018 wurde durch einstimmigen Beschluss die Stiftung D als nahestehend anerkannt. Am 30.06.2018 wurde der Beschluss durch den Bundesparteitag der A-Partei mit Zwei-Drittel-Mehrheit bestätigt.

In der Folge bat die Stiftung D die Vorsitzenden der sechs staatlich geförderten politischen Stiftungen, künftig an den Stiftungsgesprächen beteiligt zu werden. Seitens der Vorsitzenden von vier Stiftungen wurde mitgeteilt, die Entscheidung über den Kreis der Förderungsempfänger sei Sache des Gesetzgebers, so dass es keine Notwendigkeit für gemeinsame Gespräche gebe. In der Sitzung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages vom 10.10.2018 wurde der Antrag der Bundestagsfraktion der A-Partei auf Einstellung von Globalzuschüssen zugunsten der Stiftung

D für das Haushaltsjahr 2019 abgelehnt. Auch der in einer weiteren Sitzung vom 08.11.2018 gestellte Antrag der Bundestagsfraktion der A-Partei auf Einstellung von Globalzuschüssen zugunsten der D wurde abgelehnt.

Das durch den Deutschen Bundestag daraufhin verabschiedete Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2019 (Haushaltsgesetz 2019) vom 17. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2528) trat am 01.01.2019 in Kraft. Insgesamt belief sich die Förderung der politischen Stiftungen durch den Bund auf einen Betrag von rund 660 Mio. Euro, davon umfassten Globalzuschüsse 130 Mio. Euro. Die staatliche Parteienfinanzierung betrug im gleichen Jahr hingegen 193,5 Mio. Euro.

Die A-Partei wandte sich mit Antragschrift vom 06.04.2019, die beim Bundesverfassungsgericht am 10.04.2019 eingegangen ist, form- und fristgerecht gegen die Außerachtlassung der Stiftung D im Haushaltsgesetz 2019. Der Erlass des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2019 vom 17.12.2018 durch den Deutschen Bundestag verletzte die A-Partei dadurch in ihren verfassungsmäßigen Rechten, insbesondere dem Recht auf Chancengleichheit aller politischen Parteien im politischen Wettbewerb, dass der durch das Gesetz in Kraft gesetzte Bundeshaushaltsplan keine Globalzuschüsse zur gesellschaftspolitischen und demokratischen Bildungsarbeit zugunsten der Stiftung D vorsieht, wohl aber – jeweils ungleich höhere – Fördermittel zugunsten der parteinahen Stiftungen anderer im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien.

Hat der Antrag der A-Partei vor dem Bundesverfassungsgericht Erfolg?

EINORDNUNG

Das Bundesverfassungsgericht hatte auf Antrag der Partei „Alternative für Deutschland“ (AfD) zu entscheiden, ob die gegenwärtige Ausgestaltung der Finanzierung der politischen Stiftungen mit dem Grundgesetz, insbesondere dem Recht auf Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG, vereinbar sei. Die AfD stellte den Antrag, da die ihr nahestehende „Desiderius-Erasmus-Stiftung“ (DES) von dieser Finanzierung gänzlich ausgeschlossen war.¹ Dabei ist der oben genannte Sachverhalt dergestalt verkürzt, dass sich die ursprünglichen zwölf Anträge der AfD gegen sechs Beteiligte richteten.² Insbesondere ist die AfD vor dem Bundesverfassungsgericht auch gegen die Haushaltsgesetze für die Haushaltsjahre 2019, 2020, 2021 und 2022 vorgegangen.³ Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch alle Anträge mit Ausnahme der auf das Haushaltsjahr 2019 und 2022 bezogenen mit unterschiedlichsten Be-

gründungen für unzulässig erachtet.⁴ Der Antrag gegen das Haushaltsgesetz 2022 wurde vom vorliegenden Verfahren gem. § 66 BVerfGG abgetrennt und wird fortan unter dem Aktenzeichen 2 BvE 1/23 geführt.⁵ Grund hierfür war, dass „in der Kürze der Zeit“⁶ die aufgeworfenen – neuen – Rechtsfragen durch den erneuten Einzug der AfD in den Deutschen Bundestag und einen erstmals enthaltenen Haushaltsvermerk, der an die freiheitlich demokratische Grundordnung anknüpfte, nicht mehr ausreichend vorgebracht werden konnten.⁷

Zuvor erachtete das Bundesverfassungsgericht 2019 auch eine in diesem Zusammenhang ergangene Verfassungsbeschwerde der DES gegen ihre fehlende Beteiligung an der staatlichen Förderung politischer Stiftungen für unzulässig⁸ und verwarf auch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung von Seiten der AfD.⁹

¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 232.

² Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, vor Rn. 1; namentlich das Bundesverwaltungsamt, das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages, das Bundesministerium der Finanzen, der Deutsche Bundestag und die Bundesregierung.

³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, vor Rn. 1.

⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 107ff.

⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, vor Rn. 1.

⁶ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 114.

⁷ Vgl. ebd.

⁸ Siehe hierzu BVerfG BeckRS 2019, 9898.

⁹ Siehe hierzu BVerfG NVwZ 2020, 1422; erwähnenswert ist dabei, dass die Kammermitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit von Seiten der AfD im Verfahren abgelehnt wurden, da angesichts der Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde der DES an der Unvoreingenommenheit und Ergebnisoffenheit der Richter gezweifelt wurde. Das Ablehnungsgesuch wurde gem. § 19 BVerfGG als offensichtlich unzulässig verworfen (vgl. BVerfG BeckRS 2020, 19751, Rn. 25).

Auf der einen Seite reiht sich der Antrag in die Vielzahl der durch die AfD geführten und sowohl verfassungsrechtlich spannende als auch – meist – klausurrelevanten Verfahren ein. Denn mit Einzug der AfD in den Deutschen Bundestag und der damit verbundenen herausfordernden Frage des Umgangs mit dieser als rechtsextremistischer Verdachtsfall geführten Partei¹⁰ haben sich zahlreiche Fälle entwickelt. Zu nennen ist hier unter anderem die Frage des Umfangs der Äußerungsrechte der Bundesregierung,¹¹ die während Corona kurzzeitig geltende 2G+-Regelung im Deutschen Bundestag,¹² die historisch erstmalige Abwahl eines Ausschussvorsitzenden¹³ oder auch die fortlaufende Nichtwahl eines AfD-Bundestagsvizepräsidenten.¹⁴

Auf der anderen Seite behandelt das Verfahren die bereits seit der im Nachgang zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 09. April 1992 eingesetzten Weizsäcker-Kommission im Jahre 1993 gerügte Frage des Fehlens einer materiellen Rechtsgrundlage zur Finanzierung politischer Stiftungen sowie die mangelnde Transparenz und Kontrolle der Mittelzuweisung.¹⁵

LEITSÄTZE

1. Eingriffe in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wenn sich die Legitimation zum staatlichen Handeln nicht schon unmittelbar aus der Verfassung ergibt.
2. Der Notwendigkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung für staatliche Leistungen, die sich erheblich auf die chancengleiche Teilnahme der Parteien am politischen Wettbewerb auswirken, wird durch den Erlass eines Haushaltsgesetzes nicht genügt.
3. Die gegenwärtige staatliche Förderung parteinaher Stiftungen wirkt spürbar auf die politische Willensbildung ein und ist daher am Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien zu messen.

¹⁰ Siehe hierzu die Berichterstattung bei <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/afd-beobachtung-verfassungsschutz-101.html> (Abruf v. 09.07.2023).

¹¹ BVerfG BeckRS 2018, 1876; BVerfG NJW 2020, 2096; BVerfG NJW 2022, 3070.

¹² BVerfGE 160, 346.

¹³ Lesenswert hierzu Schönberger, <https://verfassungsblog.de/abwahl-und-was-dann/> (Abruf v. 09.07.2023).

¹⁴ Vgl. hierzu BVerfGE 160, 411; dabei ist die Nichtwahl eines Bundestagsvizepräsidenten trotz zugehöriger Fraktion historisch nicht einmalig. So erhielt die Fraktion der „Bündnis 90/Die Grünen“ erst nach gut elf Jahren im Jahre 1994 ihre erste Bundestagsvizepräsidentin, siehe hierzu https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/34357513_wahlperioden13-205304 (Abruf v. 03.08.2023). Die Fraktion der „Partei des Demokratischen Sozialismus“ (PDS) erhielt erst im Jahre 1998 eine Bundestagsvizepräsidentin. In diesem Jahre erreichte die PDS indes auch erstmalig eine Fraktionsstärke, siehe hierzu <https://www.tagesschau.de/wahl/archiv/1998-09-27-BT-DE/index.shtml> (Abruf v. 06.08.2023).

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 12/4415, S. 38, 41.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

II. Beteiligtenfähigkeit

1. Antragsteller

2. Antragsgegner

III. Antragsgegenstand, § 64 Abs. 1 BVerfGG

IV. Antragsbefugnis, § 64 Abs. 1 BVerfGG

V. Form und Frist

VI. Rechtsschutzbedürfnis

VII. Zwischenergebnis

B. Begründetheit

I. Recht auf Chancengleichheit

II. Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit

1. Möglichkeit des Eingriffes

2. Tatsächlicher Eingriff

III. Verfassungsmäßige Rechtfertigung

1. Haushaltsgesetz 2019

2. Anderweitige Rechtfertigung

3. Zwischenergebnis

C. Ergebnis

Der Antrag der A-Partei hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG ist das Bundesverfassungsgericht für das Organstreitverfahren zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Weiter müssten im kontradiktorischen Organstreitverfahren sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner beteiligtenfähig sein. Dies richtet sich grundsätzlich nach § 63 BVerfGG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG.

1. Antragsteller

Problematisch ist zunächst, dass die A-Partei als Antrag-

stellerin nicht in der Vorschrift des § 63 BVerfGG vorgesehen ist. In Fortführung der Rechtsprechung des Weimarer Staatsgerichtshofs, der Parteien als organstreitfähig eingestuft hatte, und unter dem maßgeblichen Einfluss von Gerhard Leibholz¹⁶ hält das Bundesverfassungsgericht indes daran fest, dass politische Parteien die Rechte aus ihrem verfassungsrechtlichen Status als „andere Beteiligte“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG im Organstreitverfahren geltend machen können und müssen.¹⁷ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sind Parteien demnach insbesondere antragsberechtigt, wenn sie über ihre Rechte streiten, die sich aus ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Stellung ergeben.¹⁸ Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Partei – wie hier – um ihr Recht auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG streitet. Somit ist die A-Partei beteiligtenfähig.¹⁹

2. Antragsgegner

Der Deutsche Bundestag ist als oberstes Bundesorgan (Art. 38ff. GG) nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GG, § 63 Abs. 1 BVerfGG beteiligtenfähig.

III. Antragsgegenstand, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Weiter müsste ein tauglicher Antragsgegenstand vorliegen. Gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG ist ein Antrag zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Als Maßnahme kommt jedes rechtserhebliche Verhalten des Antragsgegners in Betracht, das geeignet ist, die Rechtstellung des Antragsgegners zu beeinträchtigen.²⁰ Der Erlass des Haushaltsgesetzes in Verbindung mit dem Haushaltsplan stellt eine rechtserhebliche Maßnahme i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG dar.²¹ Der Erlass eines derartigen Haushaltsgesetzes ist dabei zumindest mittelbar geeignet, sich auf die Rechtstellung der A-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG auszuwirken. Somit liegt ein tauglicher Antragsgegenstand vor.

IV. Antragsbefugnis, § 64 Abs. 1 BVerfGG

Weiter müsste die A-Partei antragsbefugt sein. Die A-Partei ist antragsbefugt, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsgegner Rechte des Antragstellers, die aus einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsen, durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung verletzt oder unmittelbar gefährdet hat.²² Erfolgt die Zuweisung öffentlicher Mittel unmittelbar an politische Parteien, wirkt sich dies in jedem Fall auf ihre Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilnahme am politischen Wettbewerb aus. In diesen Fällen sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen des formalisierten Gleichheitssatzes strikt zu beachten.²³ Vorliegend erfolgt die Vergabe der öffentlichen Mittel hingegen nicht unmittelbar an die A-Partei, sondern an die Stiftung D. Bei der Stiftung D handelt es sich jedoch um eine parteinahe Stiftung der A-Partei. Insoweit kann nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden, dass durch die Mittelzuweisung in das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit eingegriffen wird.²⁴ Somit ist die A-Partei antragsbefugt.

V. Form und Frist

Der Antrag ist sowohl form- als auch fristgerecht (§§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 1, 3 BVerfGG) gestellt.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Schließlich müsste die A-Partei ein Rechtsschutzbedürfnis aufweisen. Vorliegend ergibt sich das Rechtsschutzbedürfnis der A-Partei jedoch bereits aus der mit dem jährlich wiederkehrenden Erlass eines Haushaltsgesetzes verbundenen Wiederholungsfahr für eine Verletzung des Rechts der A-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG. Dem Rechtsschutzbedürfnis steht auch nicht entgegen, dass die Stiftung D möglicherweise selbst auf dem Verwaltungsrechtsweg eine Überprüfung des jeweiligen Bundeshaushaltsplans erreichen kann. Denn auch wenn die Verwaltungsgerichte insofern eine Verletzung des Rechts der Stiftung D aus Art. 3 Abs. 1 GG feststellten und die Bestimmungen im Haushaltsplan ihr gegenüber nicht bindend wären, wäre

¹⁶ Leibholz, Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, in Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages (1951), S. C 10.

¹⁷ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, 4. Teil Rn. 92.

¹⁸ BVerfGE 4, 27 (30f.).

¹⁹ Diese Einordnung ist besonders umstritten (vgl. Walter in: Dürig/Herzog/Scholz, 99. EL September 2022, GG Art. 93 Rn. 218). Andere Ansichten verweisen wegen der Zuordnung der Parteien zur gesellschaftlichen Sphäre auf die Verfassungsbeschwerde (so Schlaich/Korioth (Fn. 17), 4. Teil Rn. 92).

²⁰ Vgl. BVerfGE 118, 277 (317).

²¹ Vgl. BVerfGE 73, 1 (28).

²² Vgl. BVerfGE 68, 1 (63); 99, 19 (28); 104, 14 (19).

²³ Vgl. BVerfGE 85, 264 (297); 111, 382 (398ff.).

²⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 148.

dem Rechtsschutzziel der A-Partei damit nicht gedient.²⁵ Eine Feststellung, dass der Gesetzgeber mit der Nichtberücksichtigung der Stiftung D bei der Globalzuschussförderung in den Haushaltsjahren 2019 zugleich die A-Partei in ihrem organschaftlichen Recht aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt hat, wäre mit einer solchen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht zu erreichen.²⁶ Die A-Partei genießt somit das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag der A-Partei beim Bundesverfassungsgericht ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Nichtbeachtung der parteinahen Stiftung D im Haushaltsgesetz für das Jahr 2019 gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt und die A-Partei in ihren Rechten verletzt (vgl. § 67 BVerfGG).

I. Recht auf Chancengleichheit

Als beeinträchtigt Recht der A-Partei kommt hier das Recht der Parteien auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb in Betracht.

In der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes geht alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird von ihm in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 2 GG).²⁷ Demokratische Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG vermögen Wahlen und Abstimmungen aber nur zu vermitteln, wenn sie frei sind. Dies setzt nicht nur voraus, dass der Akt der Stimmabgabe frei von Zwang und unzulässigem Druck bleibt, sondern auch, dass die Wählerinnen und Wähler ihr Urteil in einem freien und offenen Prozess der Meinungsbildung gewinnen und fällen können.²⁸ In diesem Prozess kommt in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes politischen Parteien entscheidende Bedeutung

zu.²⁹ Politische Parteien sind frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Vereinigungen, die in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinwirken, ohne diesem selbst anzugehören.³⁰ Ihnen kommt eine spezifische Vermittlungsfunktion zwischen Staat und Gesellschaft zu,³¹ indem diese als politische Handlungseinheit Wähler zu politisch aktionsfähigen Gruppen zusammenschließen und ihnen so einen wirksamen Einfluss auf das Handeln der Staatsorgane ermöglichen.³²

Art. 21 GG verleiht dem dadurch Ausdruck, dass sie als verfassungsrechtlich notwendige Einrichtungen für die politische Willensbildung des Volkes anerkannt und in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben werden.³³

Um die verfassungsrechtlich gebotene Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung zu gewährleisten, ist es indes unerlässlich, dass die Parteien, soweit irgend möglich, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen.³⁴ Ihr Recht auf Chancengleichheit steht daher in engem Zusammenhang mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.³⁵ Von dieser Einsicht her empfängt der Verfassungsgrundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien das ihm eigene Gepräge. Der formale Charakter des Gleichheitssatzes im Bereich der politischen Willensbildung des Volkes hat zur Folge, dass auch der Verfassungsgrundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien in dem gleichen Sinne formal verstanden werden muss. Art. 21 Abs. 1 GG garantiert den politischen Parteien nicht nur die Freiheit ihrer Gründung und die Möglichkeit der Mitwirkung an der politischen Willensbildung, sondern auch, dass diese Mitwirkung auf der Basis gleicher Rechte und gleicher Chancen erfolgt.³⁶ Denn der im Mehrparteiensystem stattfindende politische Wettkampf ist darauf angelegt, Unterschiede hervorzubringen, die die öffentliche Gewalt nicht ignorieren oder gar konterkarieren darf.³⁷

²⁵ Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 18.07.2002 – 3 C 54/01, Rn. 22.

²⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 162.

²⁷ Vgl. BVerfGE 148, 11 (23); 154, 320 (334).

²⁸ Vgl. ebd.

²⁹ Vgl. ebd.

³⁰ Vgl. ebd.

³¹ Vgl. ebd.

³² Vgl. ebd.

³³ Vgl. BVerfGE 148, 11 (24); 154, 320 (334).

³⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.06.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, Rn. 72.

³⁵ Vgl. BVerfGE 148, 11 (24); 154, 320 (334).

³⁶ Vgl. BVerfGE 148, 11 (24); 154, 320 (334).

³⁷ Vgl. BVerfGE 111, 382 (398).

Staatlichem Handeln steht deshalb weder zu, einzelne Teilnehmer am politischen Wettbewerb zu benachteiligen oder zu begünstigen, noch hat der Staat das Recht, mit staatlichen Mitteln die Etablierung neuer, in ihrem Bestand von der staatlichen Förderung abhängiger Wettbewerbsteilnehmer zu ermöglichen.³⁸

II. Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit

Weiter könnte in das Recht auf Chancengleichheit der A-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG eingegriffen worden sein.

1. Möglichkeit des Eingriffes

Fraglich ist zunächst, ob die Gewährung der Globalzuschüsse unter Außerachtlassung der Stiftung D überhaupt einen Eingriff in das Recht der Chancengleichheit der A-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG darstellen kann.

Grundsätzlich liegt eine Gewährung von Globalzuschüssen an politische Stiftungen im öffentlichen Interesse und begegnet deshalb keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.³⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass es sich bei den politischen Stiftungen um von den Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängige Institutionen handele, die sich selbständig, eigenverantwortlich und in geistiger Offenheit dieser Aufgabe annähmen und in der Praxis die gebotene Distanz zu den jeweiligen Parteien wahren.⁴⁰ Die Stiftungen sind danach gehalten, darauf zu achten, dass Führungspositionen in der Stiftung und in der ihr nahestehenden Partei nicht in einer Hand vereinigt würden und dass die Mitglieder der leitenden Stiftungsorgane nicht vornehmlich aus in hervorgehobener Stellung aktiv tätigen Parteimitgliedern bestünden.⁴¹

Von dem unmittelbar auf die Erringung politischer Macht und deren Ausübung gerichteten Wettbewerb der politischen Parteien habe sich die Zwecksetzung der Stiftungen deutlich abzuheben. Die Stiftungen sollen vielmehr die Beschäftigung der Bürger mit politischen Sachverhalten anregen und den Rahmen bieten für eine – allen interessierten Bürgern zugängliche – offene Diskussion

politischer Fragen.⁴² Einfachrechtlich findet das Distanzgebots Ausdruck in § 11 Abs. 2 S. 3 PartG sowie in § 25 Abs. 2 Nr. 2 PartG.

Vertiefung zur Unabhängigkeit politischer Stiftungen

Teilweise wird im Schrifttum vertreten, politische Stiftungen könnten nicht gleichzeitig parteinah und unabhängig sein.⁴³ Weiter wird zum Teil geltend gemacht, die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kriterien für die Beachtung des Distanzgebots seien wenig praktikabel und führten dazu, dass der Trennungsvorstellung entgegenstehende Tendenzen „unter den Tisch“ fielen. Sie könnten allenfalls Mindestanforderungen darstellen.⁴⁴ Im Ergebnis könne nicht verdeckt werden, dass die Stiftungen sich im Aufgabenbereich der Parteien bewegten.⁴⁵

Dem steht nach – nun erneut bestätigter – Ansicht des Bundesverfassungsgerichts entgegen, dass die inhaltliche Nähe einer politischen Stiftung zu einer bestimmten Partei nicht ausschließt, dass sie ihre Aufgaben rechtlich und organisatorisch unabhängig wahrnehme. Die Orientierung an bestimmten politischen Grundwerten bedeute nicht, dass eine politische Stiftung ihre Arbeitsinhalte nicht autonom bestimmt und eigenständig umsetzt. Zwar begründe die Verpflichtung auf eine gemeinsame politische Grundströmung eine besondere Nähe zwischen der Partei und der ihr nahestehenden Stiftung. Trotzdem könne aber die Stiftung ihr konkretes Handeln grundsätzlich unabhängig von der Partei gestalten.⁴⁶

Die Maßgaben zur Feststellung der rechtlichen und tatsächlichen Unabhängigkeit der politischen Stiftungen gegenüber den Parteien seien nach Ansicht des Gerichts auch ausreichend praktikabel und aussagekräftig.⁴⁷

An und für sich ist der Gesetzgeber nicht berechtigt, Unterschiede zwischen politischen Parteien in Größe, Leistungsfähigkeit und Zielsetzung auszugleichen, um al-

³⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 173.

³⁹ Vgl. BVerfGE 73, 1 (38).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 73, 1 (31f., 37).

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 197.

⁴² Vgl. BVerfGE 73, 1 (33).

⁴³ Vgl. Ebbighausen et al., Die Kosten der Parteiendemokratie, 1996, S. 240f.; Günther/Vesper, Wie weiter mit dem Stiftungsgeld?, ZRP 1994, 289 (290f.); Hobusch, verfassungsblog.de (Fn. 43).

⁴⁴ Vgl. Hug, Staatliche Alimentierung parteinaher Stiftungen – Eine Einordnung in das Regelungssystem des Art. 21 GG, MIP 2017, 37 (38).

⁴⁵ Vgl. Hug, MIP 2017, 37 (38); vgl. auch Hobusch, verfassungsblog.de (Fn. 43).

⁴⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 202.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 203.

len dieselbe Ausgangslage im politischen Wettbewerb zu verschaffen.⁴⁸ Neben einer direkten Förderung kann auch die Zuweisung staatlicher Mittel an Dritte auf die Wettbewerbslage zwischen den Parteien einwirken. Diesbezüglich kann auch die Chancengleichheit der Parteien durch faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen betroffen sein, wenn diese in der Zielsetzung und ihren Wirkungen unmittelbar und zielgerichteten Eingriffen gleichkommen.⁴⁹ Erfolgt die Vergabe öffentlicher Finanzmittel an Dritte, wie vorliegend an die politischen Stiftungen, kann allerdings – auch wenn der vorgesehene Verwendungszweck dieser Mittel politische Bezüge aufweist – nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass durch die Zuweisung dieser Mittel in das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit eingegriffen wird.⁵⁰ Dies gilt insbesondere, wenn die Mittel Institutionen zugewendet werden, die – wie vorliegend die politischen Stiftungen – von den Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängig sind, ihre Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen und auch in der Praxis Distanz zu den jeweiligen Parteien wahren.⁵¹ Daher ist in solchen Fällen nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls gesondert festzustellen, ob die Zuwendung staatlicher Mittel an einen Dritten die Wettbewerbslage zwischen den politischen Parteien verändern kann.

2. Tatsächlicher Eingriff

In das Recht der Chancengleichheit der A-Partei aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG müsste deshalb nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls tatsächlich eingegriffen worden sein.

Ob eine Stiftung einer bestimmten Partei nahesteht, bestimmt sich zunächst durch den formalen Akt der Anerkennung seitens der Partei. Hierdurch wird nach außen dargelegt, dass eine inhaltliche Übereinstimmung zwischen Partei und Stiftung hinsichtlich politischer Grundwerte und Überzeugungen besteht. Der Anerkennungsakt bildet dabei den verfestigten Ausgangspunkt des besonderen Näheverhältnisses zwischen Partei und Stiftung.⁵²

Das inhaltliche Band zwischen Partei und der ihr nahestehenden Stiftung besteht in der Vertretung gemeinsamer politischer Grundwerte und Überzeugungen.⁵³ Partei und Stiftung werden von einer nicht rein zweckhaften, sondern obendrein ideellen Interessenallianz zum beiderseitigen Vorteil zusammengehalten.⁵⁴

Die geförderten Stiftungen können sodann zur Förderung der gemeinsamen politischen Grundwerte und Überzeugungen die Förderung, die im gleichen Jahr das Dreifache der staatlichen Parteienfinanzierung betrug,⁵⁵ in ihrem gesamten Tätigkeitsbereich einsetzen und werden dadurch in die Lage versetzt, eine große Zahl an Seminaren, Diskussionsveranstaltungen oder sonstigen Informationsangeboten durchzuführen.⁵⁶ Dabei kommt es nicht zwangsläufig darauf an, in welchem Umfang an derartigen Veranstaltungen Personen teilnehmen, die bereits zuvor eine bestimmte politische Orientierung aufweisen,⁵⁷ denn ungeachtet dessen ist davon auszugehen, dass die Bildungsarbeit politischer Stiftungen das Interesse und den Einsatz für die programmatischen Grundsätze und Ziele der ihr nahestehenden politischen Parteien fördert.⁵⁸ Daneben ergeben sich umfängliche Möglichkeiten zur Durchführung von Forschungsvorhaben in den für die politische Agenda der nahestehenden Partei besonders relevanten Politikfeldern.⁵⁹ Weitere Vorteile für die einer Stiftung jeweils nahestehenden Partei ergeben sich schließlich auch aus der Begabtenförderung, durch die zum einem qualifizierter Nachwuchs gewonnen und gefördert wird und sich zum anderen ein Personalreservoir bilden lässt, welcher der Partei und Regierung zur Verfügung steht.⁶⁰

Auch wenn ein tatsächlicher Einfluss auf die politische Willensbildung im Einzelnen nicht messbar sein mag, liegt indes auf der Hand, dass die damit verbundene Verbreitung und Fortentwicklung des Gedankenguts der jeweils nahestehenden Partei die bestehende Wettbewerbslage zu deren Gunsten beeinflusst.⁶¹ Zudem werden durch den Einsatz der Globalzuschüsse die Reichweite, der von der

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 104, 287 (300).

⁴⁹ Vgl. Jarass in: Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 21 Rn. 23.

⁵⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 177.

⁵¹ Vgl. BVerfG NVwZ 2015, 1362 (1363).

⁵² BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 207.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 209.

⁵⁴ Vgl. Heisterkamp in: Think Tanks der Parteien? – Eine vergleichende Analyse der deutschen politischen Stiftungen, 2. Aufl. 2018, S. 513.

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 13.

⁵⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 228.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 220.

⁵⁸ Vgl. VerfGH Saarl NVwZ-RR 2013, 537 (538f.).

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 228.

⁶⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 224.

⁶¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 219.

nahestehenden Partei vertretenen Grundüberzeugungen und Politikkonzepte jedenfalls potenziell erweitert.⁶²

Insoweit stellt sich die Gewährung von Globalzuschüssen als staatliche Maßnahme dar, die – obwohl sie rechtlich und organisatorisch selbständige politische Stiftungen adressieren – spürbar auf die politische Willensbildung einwirken und daher am Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien gem. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zu messen sind.⁶³

Die A-Partei ist eine im Jahr 2013 gegründete politische Partei und hat die Stiftung D durch Beschluss ihres Bundesvorstands vom 13. April 2018 und des Bundesparteitags vom 30. Juni 2018 als ihr nahestehende politische Stiftung anerkannt.⁶⁴ Zweifel an dem durch die Anerkennung zum Ausdruck gebrachten Näheverhältnis zwischen der A-Partei und der Stiftung D hinsichtlich der gesellschaftspolitischen Grundwerte und Überzeugungen sind zudem nicht ersichtlich.⁶⁵

Zu beachten ist weiter, dass die Ausgestaltung der staatlichen Stiftungsförderung im Haushaltsjahr 2019 den bestehenden politischen Kräfteverhältnissen nicht Rechnung trug. So gehörte die A-Partei dem Deutschen Bundestag an und stellte mit einem Wahlergebnis von 12,6 % die drittstärkste Bundestagsfraktion dar. Gleichwohl erfolgte ein vollständiger Ausschluss der Stiftung D von der staatlichen Stiftungsfinanzierung.⁶⁶

Somit greift die Gewährung von Globalmitteln für die gesellschaftspolitische und demokratische Bildungsarbeit an die politischen Stiftungen, die den im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien nahestehen, unter Außerachtlassung der Stiftung D in das Recht der A-Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ein.

III. Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien unter-

liegt ebenso wie die Wahlrechtsgleichheit keinem absoluten Differenzierungsverbot.⁶⁷ Aufgrund seines formalen Charakters⁶⁸ hat aber grundsätzlich jeder Eingriff in die chancengleiche Teilnahme der Parteien am politischen Wettbewerb zu unterbleiben, der nicht durch einen besonderen, in der Vergangenheit als „zwingend“ bezeichneten Grund gerechtfertigt ist.⁶⁹ Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und einem Staatsorgan eine Befugnis zum Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen zudem durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.⁷⁰

1. Haushaltsgesetz 2019

Fraglich ist vorliegend zunächst, ob das Haushaltsgesetz 2019 für eine derartige verfassungsmäßige Rechtfertigung genügt.

In der Ordnung des Grundgesetzes trifft die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daher aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.⁷¹ Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass derartige Regelungen aus einem Verfahren hervorgehen, das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet und auch den Betroffenen und der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten.⁷² Welche Angelegenheiten wegen ihrer grundlegenden Bedeutung gesetzgeberischer Regelung vorbehalten sind, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Wirkintensität der in Rede stehenden Regelung ermitteln.⁷³ Die verfassungsrechtlichen Wertungsmaßstäbe sind dabei primär die tragenden

⁶² BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 229.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 230; vgl. auch Geerlings, Die Finanzierung parteinaher Stiftungen im Lichte der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitstheorie, ZParl 2003, 768 (773f.); Klaassen, Die Finanzierung parteinaher Stiftungen in den Ländern, 2016, S. 277; Merten, Ist- und Soll-Zustand der Parteistiftungsfinanzierung. Ein Beitrag zur Ordnung des Parteienrechts, in: Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag, 2019, 395 (404).

⁶⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 15.

⁶⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 212.

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 232.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 135, 258 (286).

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 8, 51 (64f.); 85, 264 (297); 111, 54 (105); 135, 259 (286).

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 8, 51 (65); 14, 121 (133); 34, 160 (163).

⁷⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.06.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, Rn. 92; insoweit zum Grundsatz der Gleichheit der Wahl BVerfGE 6, 84 (92f.); 95, 408 (418); 129, 300 (320); zum Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl BVerfGE 42, 212 (340f.); 132, 39 (48).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 49, 89 (126); 77, 170 (230f.); 98, 218 (251); 136, 69 (114).

⁷² Vgl. BVerfGE 85, 386 (403); 95, 267 (307f.).

⁷³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 183.

Prinzipien des Grundgesetzes. Dazu zählen insbesondere die vom Grundgesetz verbürgten Grundrechte.⁷⁴

Sind Grundrechte betroffen, besteht regelmäßig die Notwendigkeit eines Parlamentsgesetzes. Dies gilt insbesondere, wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind.⁷⁵ Weitere Anhaltspunkte für das Erfordernis einer Regelung durch den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber ergeben sich aus der Bedeutung einer Rechtsmaterie für das Gemeinwesen⁷⁶ oder für den Prozess der politischen Willensbildung.⁷⁷ Der Gesetzgeber ist zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.⁷⁸

Die Wahrnehmung der den Parteien durch Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zugewiesenen Mittlerrolle ist unverzichtbarer Bestandteil der Ausgestaltung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips. Voraussetzung für die Wahrnehmung dieser Mittlerrolle ist die Möglichkeit, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen zu können.⁷⁹ Wegen seiner Bedeutung für das grundgesetzliche Demokratiegebot aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG steht die Gewährleistung der Chancengleichheit der Parteien in einem Regelungszusammenhang, der in seiner Bedeutung der Ausübung von Grundrechten nicht nachsteht und für den daher der Gesetzesvorbehalt grundsätzlich in gleicher Weise gilt.⁸⁰ Davon ausgehend gilt der Gesetzesvorbehalt auch für Regelungen der chancengleichen Teilnahme der Parteien am politischen Wettbewerb.⁸¹

Das Haushaltsgesetz ist ein formelles Gesetz,⁸² das seine Rechtswirkungen nur im organschaftlichen Rechtskreis zwischen Parlament und Regierung entfaltet.⁸³ Wegen

des Fehlens unmittelbarer Außenwirkung begründet das Haushaltsgesetz weder Ansprüche Dritter,⁸⁴ noch besteht eine positive Verpflichtung der Exekutive, die bewilligten Mittel zu verausgaben.⁸⁵ Die mit den Haushaltsgesetzen festgestellten Haushaltspläne enthalten in Subventionstiteln zudem regelmäßig nur eine allgemeine Zweckbestimmung, welche keine verbindlichen Vorgaben für den Adressatenkreis und die Verteilung der Mittel macht.⁸⁶

Aufgrund der Relevanz derartiger Zuwendungen für den Prozess der politischen Willensbildung und damit für die Verwirklichung des Demokratieprinzips als eines zentralen, vom Schutzbereich des Art. 79 Abs. 3 GG umfassten Elements der grundgesetzlichen Ordnung, ist es Sache des Gesetzgebers, in abstrakt-genereller Weise zu regeln, nach welchen Kriterien der Kreis der Zuwendungsempfänger bestimmt und die Höhe der jeweiligen Zuwendung festgelegt wird. Nur auf dieser Grundlage ist – auch für die betroffenen Parteien selbst – nachvollziehbar, nach welchen allgemeinen Kriterien die staatlichen Leistungen bemessen werden und welche Schutzgüter eine Differenzierung zwischen verschiedenen Stiftungen rechtfertigen sollen.

Eine auf das Binnenverhältnis von Parlament und Regierung begrenzte bloße Auflistung von Zuwendungsempfängern und -beträgen im jeweiligen Haushaltsgesetz vermag dies regelmäßig nicht zu leisten. Vielmehr erfordert der Vorbehalt des Gesetzes, dass die für den demokratischen Willensbildungsprozess wesentliche Frage einer Beeinflussung der zwischen den politischen Parteien bestehenden Wettbewerbslage durch staatliche Leistungen in einem eigenen Gesetz geregelt wird, an dem sich die jeweilige Haushaltsgesetzgebung zu orientieren hat.⁸⁷ Nur auf diesem Weg kann zudem gewährleistet werden, dass der Schaffung einer solchen Regelung ein Verfahren vor-

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 49, 89 (127).

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 83, 130 (142).

⁷⁶ Vgl. Merten, *Parteinahe Stiftungen im Parteienrecht*, 1999, S. 89.

⁷⁷ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2012, S. 1265 (1267); vgl. auch Merten, *Die Finanzierung politischer Jugendorganisationen gerät unter Gesetzgebungsdruck*, NVwZ 2012, 1228 (1229).

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 139, 19 (46); 150, 1 (97).

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 184.

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ebd.

⁸² Soweit die Auffassung vertreten wird, dass ein Haushaltsgesetz ein „materielles Gesetz“ ist (vgl. zum Meinungsstand Heintzen in: Isensee/Kirchhof, *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 51f.; Siekmann in: Sachs, *GG*, 9. Aufl. 2021, Art. 110 Rn. 23), kann diese Frage vorliegend ohnehin dahinstehen, da dies für die hier zu erörternde Frage, ob die entsprechende Festlegung im Haushaltsgesetz als Grundlage für die Zuteilung staatlicher Leistungen, die sich auf die Chancengleichheit der Parteien und den Prozess der politischen Willensbildung auswirken, genügt, ohne Belang ist (vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 191).

⁸³ Vgl. BVerfGE 79, 311 (327).

⁸⁴ Vgl. hierzu § 3 Abs. 2 BHO; vgl. ferner BVerfGE 1, 299 (307).

⁸⁵ Vgl. Hillgruber/Drüen in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 69.

⁸⁶ Vgl. BVerwGE 90, 112 (126f.).

⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 193.

angeht, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten.⁸⁸

Ebenso wie in Fällen, in denen Eingriffe in die Grundrechtssphäre von am Subventionsverhältnis nicht beteiligten Dritten in Rede stehen,⁸⁹ bedarf es daher bei einer – wie hier vorliegenden – erheblichen Betroffenheit der Chancengleichheit der Parteien durch staatliche Leistungen einer gesonderten gesetzlichen Regelung der Anspruchsvoraussetzungen und Vergabekriterien.⁹⁰ Somit reicht das Haushaltsgesetz 2019 als verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Zahlung von staatlichen Zuwendungen mit Auswirkungen auf die Wettbewerbslage zwischen den Parteien grundsätzlich nicht aus.

2. Anderweitige Rechtfertigung

In Betracht käme allenfalls noch eine Rechtfertigung über die „Gemeinsame Erklärung zur staatlichen Finanzierung der Politischen Stiftungen“ vom 06.11.1998, einer darauf gestützten parlamentarischen Praxis oder die in der Vergangenheit im Vorfeld der Haushaltsverabschiedung regelmäßig geführten sogenannten „Stiftungsgespräche“.⁹¹ Bei der „Gemeinsamen Erklärung zur staatlichen Finanzierung der Politischen Stiftungen“ handelt es sich jedoch um eine bloße Meinungskundgabe,⁹² von in eigener Sache tätiger privater Akteure.⁹³ Eine derartige bloße Meinungskundgabe kann dabei nicht die Verpflichtung des Gesetzgebers ersetzen, von Verfassungs wegen die maßgeblichen Entscheidungen selbst zu treffen.⁹⁴ Desgleichen lassen in der Vergangenheit von den geförderten Stiftungen informell durchgeführte „Stiftungsgespräche“ mit Vertretern des Haushaltsausschusses die Notwendigkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung der Förderung parteinaher Stiftungen nicht entfallen.⁹⁵

3. Zwischenergebnis

Somit liegt keine verfassungsmäßige Rechtfertigung vor.

C. Ergebnis

Der Antrag der A-Partei vor dem Bundesverfassungsgericht ist zulässig und begründet.

FAZIT

Das Bundesverfassungsgericht hat mit diesem Urteil zunächst bei der zentralen Frage, wie die Stiftung und Partei rechtlich zueinanderstehen, am Stiftungsurteil vom 14.07.1986⁹⁶ festgehalten.⁹⁷ Darüber hinaus hat das Gericht aber zurecht anerkannt, dass die Globalmittel in den politischen Wettbewerb eingreifen, der ansonsten maßgeblich von den Parteien bestritten wird.⁹⁸ Bei einer Förderung der parteinahen Stiftungen im Jahre 2019 i.H.v. 660 Mio. Euro bei gleichzeitiger staatlicher Parteienfinanzierung i.H.v. 193,5 Mio. Euro, wäre es aber auch schwierig, diesen Zusammenhang zu verneinen.

Gleichzeitig hat das Gericht aber auch zu erkennen gegeben, dass dem jetzt geforderten Gesetzgeber „ein gewisser Gestaltungsspielraum“ zukommt.⁹⁹ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist es Sache des Gesetzgebers, diesen dergestalt zu nutzen, dass alle dauerhaft, ins Gewicht fallenden Grundströmungen bei der staatlichen Förderung parteinaher Stiftungen gleichheitsgerecht berücksichtigt und Veränderungen der vorgefundenen Wettbewerbslage zugunsten oder zulasten einzelner politischer Parteien durch staatliche Leistungen vermieden werden.¹⁰⁰

Hierbei muss der Gesetzgeber nun insbesondere die Frage beantworten, wieso – unter anderem – der Anteil der SPD-nahen „Friedrich-Ebert-Stiftung“ (FES)¹⁰¹ in Relation an der gesamten Globalzuschussförderung, von 1998 (Wahlergebnis der SPD bei der Bundestagswahl von 40,9 %) zu 2017 (Wahlergebnis von 20,5 %) nur um ca. 5,6 Prozentpunkte sank.¹⁰²

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Vgl. BVerwGE 90, 112 (126).

⁹⁰ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2012, 1265 (1269f.).

⁹¹ BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 237.

⁹² Vgl. hierzu VG Köln, Urt. v. 12.08.2022 – 16 K 2526/19, juris, Rn. 97.

⁹³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 237.

⁹⁴ Vgl. ebd.

⁹⁵ Vgl. ebd.

⁹⁶ BVerfGE 73, 1.

⁹⁷ So auch Hobusch, <https://verfassungsblog.de> (Fn. 43).

⁹⁸ So auch Kofß/Schwörer, <https://verfassungsblog.de/unfall-in-zeitlupe/> (Abruf v. 09.07.2023).

⁹⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 245.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Die FES wird als Beispiel genannt, da die – zum Teil – fehlende Anpassung der Globalmittelförderung an die Ergebnisse der Bundestagswahlen bei der FES besonders deutlich wird.

¹⁰² Siehe hierzu die Darstellung der Globalzuschussförderung für gesellschaftspolitische und demokratische Bildungsarbeit seit 1990: BT-Drucks. 19/503, S. 6ff.; denkbar wäre allenfalls eine gewisse Übergangszeit zu etablieren, um gewisse Härten auszugleichen.

Besondere Relevanz kommt aber der Ausführung des Bundesverfassungsgerichts zu, dass Eingriffe in die Chancengleichheit der politischen Parteien, einer besonderen gesetzlichen Regelung bedürfen, die zum Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter geeignet und erforderlich ist.¹⁰³ Dabei bringt das Gericht – in einer Art *obiter dictum*¹⁰⁴ – von sich aus als gleichwertiges Verfassungsgut insbesondere den Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung ein.¹⁰⁵ Im Grundgesetz findet sich dieser Begriff an zahlreichen Stellen,¹⁰⁶ was deutlich werden lässt, dass der Parlamentarische Rat und die Verfassungsänderungsgesetzgeber diesem Begriff eine fundamentale Bedeutung zumessen.¹⁰⁷

Die sodann entstehende Situation des Schutzes der freiheitlich demokratischen Grundordnung ist dabei vergleichbar mit dem – kürzlich eingeführten – Finanzierungsausschluss der Parteien nach Art. 21 Abs. 3 GG.¹⁰⁸ Insoweit könnte auch ein derart abgestuftes Sanktionssystem auf parteinahe Stiftungen Anwendung finden.¹⁰⁹ Für den nun geforderten Gesetzgeber wird bei der Ausgestaltung etwaiger Eingriffe deshalb wohl das laufende, erste Verfahren seiner Art bezüglich des Ausschlusses der politischen Partei „Die Heimat“ (ehemals „Nationaldemokratische Partei Deutschlands“¹¹⁰) von der staatlichen Finanzierung von besonderer Bedeutung sein.¹¹¹

¹⁰³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 179ff.

¹⁰⁴ Hobusch, <https://verfassungsblog.de> (Fn. 43).

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 246.

¹⁰⁶ So in Art. 10 Abs. 2 S. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 18 S. 1, Art. 21 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10b, Art. 87a Abs. 4, Art. 91 Abs. 1 GG.

¹⁰⁷ Vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 556.

¹⁰⁸ Vgl. Geerlings, *Karlsruher Paukenschlag zur Finanzierung parteinaher Stiftungen*, ZRP 2023, 112 (114).

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ Siehe <https://www.deutschlandfunk.de/npd-benennt-sich-in-die-heimat-um-100.html> (Abruf v. 09.07.2023).

¹¹¹ Siehe hierzu die Pressemitteilung Nr. 50/2023 vom 2. Juni 2023 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-050.html> (Abruf v. 09.07.2023).

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

BGH VII ZR 151/22, Urt. v. 06.07.2023 (Zum Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verbraucherverträgen [vereinfachter Sachverhalt])

Die Parteien streiten um den Rückzahlungsanspruch eines entrichteten Werklohns gem. § 355 Abs. 3 S. 1, § 357 Abs. 1 BGB, wegen Widerrufs der Willenserklärung des Verbrauchers. Mit einem ersten Auftrag beauftragte der Verbraucher den Unternehmer mit der Erneuerung von Dachrinnen und mit Abdichtungsarbeiten im Eingangsbereich eines Reihenhauses. Während der Ausführung der Arbeiten bemerkte der Unternehmer, dass der Wandanschluss des Daches defekt war und teilte dies dem Verbraucher mit. Der Unternehmer unterbreitete sodann dem Verbraucher auf der Baustelle ein Angebot zur Reparatur des defekten Wandanschlusses. Als Verbraucher und Unternehmer am Folgetag erneut auf der Baustelle zusammenkamen, nahm der Verbraucher dieses am Vortag unterbreitete Angebot an. Nach mangelfreier Fertigstellung dieser zusätzlichen Reparatur widerrief der Verbraucher seine Annahmeerklärung gegenüber dem Unternehmer fristgerecht mit Verweis auf ein dem Verbraucher zustehendes Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen nach § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB. Nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge solche, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist. Nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB genügt es, wenn der Verbraucher unter den in Nummer 1 genannten Umständen ein Angebot für den Abschluss eines Vertrags abgegeben hat. Diese Voraussetzung liegen bei dem gegebenen Sachverhalt jedoch nicht vor. Zunächst ist der Vertrag nicht vor Ort bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien geschlossen worden. Hierfür ist erforderlich, dass sowohl das Angebot als auch die Annahme bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragspartner erklärt werden. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Verbraucher hat an dem Termin vor Ort in Anwesenheit des Unternehmers lediglich dessen am Tag zuvor abgegebenes Angebot für die Reparatur des beschädigten Wandanschlusses angenommen. Eine gegenüber dem Angebot des Unternehmers derart zeitlich versetzte Auftragserteilung wird von § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB nicht erfasst. Diese Vorschrift, mit der die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 (Verbraucherrechterichtlinie) ins deutsche Recht umgesetzt wird und die mit der Bestimmung in Art. 2 Nr. 8 lit. a der Verbraucherrechterichtlinie inhaltlich übereinstimmt, ist richtlinienkonform im Lichte dieser Richtlinie auszulegen, wobei bei der Auslegung zu beachten ist, dass nach Art. 4 der Richtlinie eine Vollharmonisierung der zu ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Vorschriften angestrebt wird. Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen liegt danach nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt. Für diese – schon nach dem Wortlaut naheliegende – Auslegung von § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB spricht auch der mit der Verbraucherrechterichtlinie verfolgte Zweck. Aus dem Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie ergibt sich, dass von der Begriffsbestimmung für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge Situationen nicht erfasst werden sollen, in denen der Unternehmer zunächst in die Wohnung des Verbrauchers kommt, um ohne jede Verpflichtung des Verbrauchers lediglich Maße aufzunehmen oder eine Schätzung vorzunehmen, und der Vertrag danach erst zu einem späteren Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Unternehmers auf der Grundlage der Schätzung des Unternehmers abgeschlossen wird. Dies wird damit begründet, dass der Verbraucher in einem solchen Fall Gelegenheit hatte, vor Vertragsschluss über die Schätzung des Unternehmers nachzudenken. Die dieser Situation zugrundeliegende rechtliche Wertung erfasst auch den Fall, dass der Unternehmer dem Verbraucher ein Angebot unterbreitet, das der Verbraucher nach einer Überlegungszeit bei gleichzeitiger Anwesenheit mit dem Unternehmer außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt. Auch in diesem Fall entstehen dem Verbraucher durch das vom Unternehmer erstellte Angebot unmittelbar noch keine Verpflichtungen. Findet eine Vertragsverhandlung nicht sofort im Anschluss an das Angebot statt, sondern hat der Verbraucher Gelegenheit, das Angebot des Unternehmers zu prüfen und zu überdenken, ist nach dem mit der Verbraucherrechterichtlinie verfolgten Schutzzweck der Tatbestand des bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsparteien außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags nicht erfüllt. Eine typische Druck- oder Überraschungssituation im Sinne von Erwägungsgrund Nr. 21 der Verbraucherrechterichtlinie, vor der § 312b BGB schützen soll, liegt dann nicht vor. Folglich stand dem Verbraucher kein Widerrufsrecht gemäß § 355 Abs. 1, § 312g Abs. 1, § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB hinsichtlich des Werkvertrages für die Repara-

tur des Dachanschlusses zu. Zudem liegt auch kein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag im Sinne des § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB vor. Diese Voraussetzungen sind ebenfalls nicht erfüllt. Der Verbraucher hat nicht lediglich gemäß § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB ein Angebot abgegeben, das der Unternehmer zu einem späteren Zeitpunkt angenommen hat. Die Vorschrift kann über ihren Wortlaut hinaus auch nicht dahin ausgelegt werden, dass jedwede Vertragserklärung des Verbrauchers – also auch, wie hier, eine Annahmeerklärung – erfasst werden soll, die dieser bei gleichzeitiger Anwesenheit mit dem Unternehmer an einem nicht zum Geschäftsraum des Unternehmers gehörenden Ort abgibt. Im Hinblick auf die mit der Verbraucherrechterichtlinie angestrebte Vollharmonisierung (Art. 4 der Verbraucherrechterichtlinie) kommt eine erweiternde Auslegung über den Wortlaut des § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB hinaus nicht in Betracht. Der Begriff „Angebot“ in § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, der dem Wortlaut des Art. 2 Nr. 8 lit. b der Verbraucherrechterichtlinie entspricht, findet sich entsprechend auch in anderen Sprachfassungen der Verbraucherrechterichtlinie (vgl. z.B. „offer“, „offre“, „offerta“, „oferta“, „aanbod“). Er bezieht sich auf das für den Verbraucher bindende Angebot auf Abschluss eines Vertrags. Der Begriff des Angebots kann mit dem Begriff der Vertragserklärung dagegen nicht gleichgesetzt werden. Dieser wird vielmehr als Oberbegriff sowohl für ein auf den Abschluss eines Vertrags gerichtetes Angebot als auch für eine Annahme eines solchen verwendet. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV zur Auslegung von Art. 2 Nr. 8 lit. b der Verbraucherrechterichtlinie ist nicht geboten, weil die Auslegung des § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB unter Berücksichtigung der Vorschriften der Verbraucherrechterichtlinie keinem vernünftigen Zweifel unterliegt.

BGH X ZR 118/22, Urt. v. 01.08.2023 (Zur Erstattung ersparter Aufwendungen bei Nichtantritt eines Fluges [vereinfachter Sachverhalt])

Tritt ein Fluggast einen bei einem Beförderungsunternehmen gebuchten Flug nicht an, so liegt darin eine konkludente Kündigung des Beförderungsvertrages im Sinne des § 648 S. 1 BGB. In der Folge hat der Fluggast gegen das Beförderungsunternehmen einen Anspruch auf Erstattung ersparter Aufwendungen gem. § 648 S. 2 BGB ungeachtet der Frage, wie der Flugpreis vom Beförderungsunternehmen kalkuliert wurde. Ein Personenbeförderungsvertrag unterliegt den Vorschriften über den Werkvertrag. Soweit nichts anderes vereinbart ist, kann ein Fluggast daher nach § 648 S. 1 BGB den Beförderungsvertrag jederzeit kündigen. Die Kündigung hat nach § 648 S. 2 BGB zur Folge, dass das Luftverkehrsunternehmen als Werkunternehmer zwar berechtigt bleibt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, sich aber dasjenige anrechnen lassen muss, was es infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Eine nach § 648 S. 1 BGB erforderliche Kündigungserklärung kann gemäß § 133, 157 BGB in dem nicht Antritt des Fluges gesehen werden. Erspart im Sinne von § 648 S. 2 BGB sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs diejenigen Aufwendungen, die der Unternehmer ohne die Kündigung gehabt hätte und die er infolge der Kündigung nicht mehr tätigen muss. Der Wortlaut des Gesetzes differenziert nicht danach, ob der Unternehmer die in Rede stehenden Aufwendungen in seine Preiskalkulation einbezogen und ob er die Kalkulation gegenüber dem Besteller offengelegt hat. Damit ist für die Beurteilung des Erstattungsanspruches unerheblich, ob und wie das Flugunternehmen erstattungsfähige Aufwendungen in seiner Preiskalkulation berücksichtigt hat. Aus dem Sinn und Zweck des § 648 S. 2 BGB folgt nichts anderes. Die Regelung in § 648 S. 2 BGB dient dem Zweck, einen ausgewogenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Falle einer Kündigung ohne besonderen Grund zu gewährleisten. Zu diesem Interessenausgleich gehört es, den Unternehmer vor Nachteilen aufgrund der Kündigung zu bewahren. Umgekehrt erschiene es inkonsequent, wenn der Unternehmer aufgrund der Kündigung einen Vorteil erlangen könnte, der ihm bei Erfüllung des Vertrags nicht entstanden wäre. Vor diesem Hintergrund muss sich der Unternehmer Aufwendungen, die ihm bei Erfüllung des Vertrags entstanden wären, aufgrund der Kündigung aber nicht angefallen sind, anrechnen lassen, und zwar unabhängig davon, ob und in welcher Weise er sie in seine Preiskalkulation einbezogen hat. Aufwendungen, die bei Erbringung der Leistung anfallen, führen auch dann zu einer Vermögenseinbuße des Unternehmers, wenn sie nicht in die Kalkulation eingeflossen sind. Unabhängig von der konkreten Kalkulationsweise steht dem Unternehmer bei Erfüllung des Vertrags nur die vereinbarte Vergütung zu. Der hieraus erzielbare Gewinn wird durch die tatsächlich anfallenden Aufwendungen bestimmt. Ob und inwieweit diese in die Kalkulation eingeflossen sind, hat hierauf keinen Einfluss. Wenn der Unternehmer nach der Kündigung die gesamte vereinbarte Vergütung behalten dürfte, obwohl er Aufwendungen erspart hat, stünde er mithin besser als bei Durchführung des Vertrags. Dies widerspricht der Zielsetzung von § 648 Abs. 2 BGB.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG 2 BvR 166/16, Urt. v. 20.06.2023 (Vergütung von Gefangenearbeit)

Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ein umfassendes, wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichtetes Resozialisierungskonzept zu entwickeln sowie die von ihm zu bestimmenden wesentlichen Regelungen des Strafvollzugs darauf aufzubauen. Hat der Gesetzgeber ein solches Resozialisierungskonzept festgeschrieben und entschieden, welchen Zwecken die Gefangenearbeit und deren Vergütung dienen sollen, müssen Ausgestaltung und Höhe der Vergütung so bemessen sein, dass die in dem Konzept festgeschriebenen Zwecke auch tatsächlich erreicht werden können. Die Angemessenheit der Vergütungshöhe ist an den mit dem Resozialisierungskonzept verfolgten Zwecken zu messen. Bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung, Abwägung und Gewichtung der verschiedenen Gesichtspunkte steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das BVerfG nimmt die verfassungsrechtliche Überprüfung des Konzepts im Rahmen einer Vertretbarkeitskontrolle vor. – Die Resozialisierungskonzepte des Freistaats Bayern (Art. 46 Abs. 6 S. 1, Abs. 9 BayStVollzG) und des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 34 Abs. 1 NRWStVollzG) werden diesen Maßstäben nicht gerecht. Sie verstoßen gegen das Resozialisierungsgebot und verletzen die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Resozialisierung.

BVerfG 2 BvE 4/23, Beschl. v. 05.07.2023 (Abgeordnetenrechte im Gesetzgebungsverfahren)

Einzelne Akte des Gesetzgebungsverfahrens oder die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens in seiner Gesamtheit können die Beteiligungsrechte des einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verletzen und damit statthafter Antragsgegenstand des Organstreitverfahrens sein. – Im Rahmen der Folgenabwägung, die bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG geboten ist, spricht trotz des weiten Gestaltungsspielraums der Parlamentsmehrheit bei der Bestimmung der Verfahrensabläufe im Parlament einiges dafür, dass die Verfahrensautonomie die Parlamentsmehrheit nicht von der Beachtung des durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG garantierten Status der Gleichheit der Abgeordneten entbindet und deren Beteiligungsrecht verletzt wird, wenn es bei der Gestaltung von Gesetzgebungsverfahren ohne sachlichen Grund gänzlich oder in substanziellem Umfang missachtet wird. Für die Möglichkeit einer missbräuchlichen Beschleunigung von Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel, die Teilhaberechte der Abgeordneten ohne jeden Sachgrund einzuschränken, bieten Art. 77 Abs. 1, Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG keine Grundlage.

BVerwG 1 CN 1.22, Urt. v. 15.06.2023 (Rechtmäßigkeit des Betretens von Räumen in Flüchtlingsunterkünften)

Das bloße Betreten des Zimmers einer Erstaufnahmeeinrichtung für Flüchtlinge durch den Polizeivollzugsdienst zum Zweck der Überstellung eines ausreisepflichtigen Ausländers ist keine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG. Da es nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz über das bloße Betreten des Zimmers hinaus zu keiner Durchsuchungshandlung im Sinne eines ziel- und zweckgerichteten Suchens nach etwas Verborgenen kam, bedurfte die Maßnahme keiner vorherigen richterlichen Durchsuchungsanordnung nach Art. 13 Abs. 2 GG.

BVerwG 4 CN 3.22, Urt. v. 18.07.2023 (Überplanung von Außenbereichsflächen ohne Umweltprüfung)

§ 13b BauGB, der eine Überplanung von Außenbereichsflächen im beschleunigten Verfahren ohne Umweltprüfung erlaubt, verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 der Richtlinie 2001/42/EG über die strategische Umweltprüfung (SUP-RL) und darf daher wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht angewendet werden. Art. 3 Abs. 1 SUP-RL verlangt eine Umweltprüfung für alle Pläne nach den Absätzen 2 bis 4, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 13b S. 1 BauGB – Flächenbegrenzung, Beschränkung auf Wohnnutzung sowie Anschluss an einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil – sind nicht geeignet, erhebliche Umwelteinwirkungen in jedem Fall von vornherein auszuschließen. Das gilt schon wegen der ganz unterschiedlichen bisherigen Nutzung der potenziell betroffenen Flächen und der Bandbreite ihrer ökologischen Wertigkeit.

BayVerfGH Vf. 8-IX-23, Entsch. v. 07.06.2023 (Unzulässigkeit eines Volksbegehrens zur Verabschiedung eines Radgesetzes)

Die auf der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG beruhenden straßenverkehrsrechtlichen Regelungen des Bundes im Straßenverkehrsgesetz und in der Straßenverkehrs-Ordnung stellen weitgehend eine abschließende bundesrechtliche Regelung dar, die die Länder von der Gesetzgebung ausschließt. Die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 S. 2, Art. 10 Abs. 4 und 5 S. 3, Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 sowie Art. 18 des geplanten Bayerischen Radgesetzes vorgesehenen Bestimmungen unterfallen dieser Sperrwirkung des Bundesrechts. Im Rahmen der Prüfung der Zulassung eines Volksbegehrens scheidet eine bundesrechtskonforme Auslegung der im Gesetzentwurf vorgesehenen Vorschriften, sofern dadurch der für die Unterzeichner des Volksbegehrens erkennbare sachliche Gehalt der Regelungen geändert würde, was hier der Fall ist, aus.

BayVerfGH Vf. 15-VII-1, Entsch. v. 14.06.2023 (Verfassungsmäßigkeit des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes)

Die Bestimmungen zu den Voraussetzungen des polizeilichen Präventivgewahrsams in Art. 17 Abs. 1 Nrn. 4 und 5 PAG verstoßen nicht gegen das Grundrecht der Freiheit der Person gemäß Art. 102 Abs. 1 BV oder sonstige Normen der Bayerischen Verfassung. Sie stehen insbesondere mit dem im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang. Maßgeblich ist, dass die Ingewahrsamnahme nach diesen Normen in erster Linie der Abwehr von konkreten Verstößen des jeweiligen Adressaten gegen die ihm gegenüber angeordneten Maßnahmen und damit der rechtsstaatlich gebotenen Durchsetzung wirksamer und vollziehbarer polizeilicher bzw. richterlicher Anordnungen dient, ohne die insoweit eine effektive Aufgabenwahrnehmung und Schutzpflichtenerfüllung nicht möglich wäre. Soweit der Betroffene, der es in der Regel durch eigenes Verhalten jeweils selbst in der Hand hat, eine präventive Ingewahrsamnahme zu vermeiden, die der Ingewahrsamnahme zugrunde liegende, auf der Grundlage einer drohenden Gefahr erlassene Maßnahme als solche für nicht gerechtfertigt hält, stehen ihm die gegen diese Maßnahme bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten einschließlich der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes offen. – Die Bestimmungen zur höchstzulässigen Dauer des polizeilichen Präventivgewahrsams in Art. 20 Abs. 2 S. 2 PAG sind ebenfalls mit dem Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 102 Abs. 1 BV i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV vereinbar.

OVG NRW 7 A 2635/21, Urt. v. 16.06.2023 (Rechtmäßigkeit der Räumung des Hambacher Forsts)

Im Zeitpunkt der Räumung Mitte September 2018 bestand im Hambacher Forst keine in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG fallende Versammlung, da es am Merkmal der Friedlichkeit fehlte. Soweit sich der Kläger gegen die „Gesamtmaßnahme“ der Räumung und Beseitigung aller Anlagen im Hambacher Forst wendet, fehlt es an der für den Erfolg der Klage erforderlichen Rechtsverletzung. Ist eine angegriffene Maßnahme teilbar, weil ihre Durchsetzung nicht nur einheitlich erfolgen kann, kann auch nur jede von ihr erfasste Person für sich allein, d.h. nur mit „relativer Wirkung“ hiergegen vorgehen. Danach kann der Kläger nur die Überprüfung der Räumung und Beseitigung seines Baumhauses erreichen, nicht aber die Überprüfung der ihn nicht unmittelbar betreffenden Maßnahmen. – Der im Rahmen des Sofortvollzugs gem. § 55 Abs. 2 NRWvVG zu prüfende fiktive Grundverwaltungsakt weist keine Ermessensfehler auf. Maßgeblich dafür sind die Erwägungen der dem Sofortvollzug zugrundeliegenden Weisung des damaligen Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung.

VG Berlin 1 L 171/23, Beschl. v. 10.05.2023 (Unzulässigkeit von Feststellungsanträgen im Eilrechtsschutz)

Die Stellung von (Fortsetzungs-)Feststellungsanträgen ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich nicht zulässig. Das Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer behördlichen Maßnahme (hier: polizeilicher Schmerzgriff) kann nach ihrer Erledigung grundsätzlich nicht in einem Eilverfahren, sondern nur in einem Hauptsacheverfahren erfüllt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines rein tatsächlichen behördlichen Handelns richtet, die in der Hauptsache mit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO zu verfolgen wäre, oder ob der Betroffene die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer regelnden Maßnahme i.S.d. § 35 VwVfG begehrt, hinsichtlich derer in der Hauptsache gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft wäre.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

KG (3) 161 Ss 93/21 (34/22), Urt. v. 25.07.2022 (Gefährliches Werkzeug durch beschuhten Fuß)

Der Angeklagte A trat mit seinen beschuhten Füßen auf Kopf, Bauch und Unterleib seiner ehemaligen Lebensgefährtin G ein. Als G um Hilfe rief, presste A seine Jacke auf ihr Gesicht, woraufhin G das Bewusstsein verlor. Die Staatsanwaltschaft rügte in ihrer Revision, dass in den Strafzumessungserwägungen des tatgerichtlichen Urteils lediglich § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, nicht aber § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB berücksichtigt worden seien.

Der Senat stellte fest, dass in der Strafzumessung nicht berücksichtigt worden sei, dass der Täter mehrere Tatbestandsvarianten der gefährlichen Körperverletzung erfüllt habe. Die Abwägungen hätten lediglich eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal einer das Leben gefährdenden Behandlung nach Nr. 5 erkennen lassen, nicht aber die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs nach Nr. 2, obwohl die Jacke in der festgestellten Verwendung als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren sei. Denn das feste Drücken der Jacke auf das Gesicht der G sei in der konkreten Situation geeignet gewesen, die Bewusstlosigkeit als erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

OLG Celle 2 Ss 91/22, Beschl. v. 29.07.2022 (Klimaaktivismus und rechtfertigender Notstand)

Eine der ersten obergerichtlichen Entscheidungen zur Rechtfertigung des Klimaaktivismus hatte zum Gegenstand, dass der Angeklagte die Fassade des Zentralgebäudes der Universität Lüneburg besprüht hatte, um auf den Klimawandel aufmerksam zu machen. Im Mittelpunkt des Beschlusses stand die Frage, ob die Sachbeschädigung gerechtfertigt werden könnte. Eine Rechtfertigung wegen Notstandes gem. § 34 StGB scheidet nach dem Beschluss aus, da die Beschädigung der Gebäudefassade nicht geeignet sei, dem Klimawandel entgegenzuwirken. Zudem sei eine Rechtfertigung wegen zivilen Ungehorsams ausgeschlossen, da niemand berechtigt sei, in die Rechte anderer einzugreifen, um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen und eigenen Auffassungen Geltung zu verschaffen. Die Einwirkung auf den politischen Meinungsbildungsprozess könne in Wahrnehmung der Grundrechte erfolgen, dürfe aber nicht durch die Begehung von Straftaten erfolgen.

BGH 4 StR 231/22, Beschl. v. 02.08.2022 (Feststellung der drogenbedingten Fahrunsicherheit)

Der unter Einfluss von Cannabis und Amphetamin stehende Angeklagte A führte seinen Pkw im öffentlichen Straßenverkehr. Wegen seiner fehlenden Fahrerlaubnis wollte er sich einer Polizeikontrolle entziehen und beschleunigte dafür sein Fahrzeug in der Innenstadt auf bis zu 100 km/h, überholte andere Verkehrsteilnehmer, überfuhr eine rote Ampel und fuhr Schlangenlinien auf einer Autobahn. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Trunkenheit im Straßenverkehr gem. § 316 StGB.

Die Revision des Angeklagten führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils. Eine drogenbedingte Fahrunsicherheit könne nach den Ausführungen des Landgerichts nicht angenommen werden. Der Nachweis von Drogenwirkstoffen im Blut eines Fahrzeugführers rechtfertige für sich alleine noch nicht die Annahme der Fahrunsicherheit. Es bedürfe vielmehr der Feststellung weiterer aussagekräftiger Beweisanzeichen, die im konkreten Einzelfall belegen, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des Kraftfahrzeugführers soweit herabgesetzt war, dass er nicht mehr zur sicheren Steuerung seines Fahrzeugs fähig war. Dabei trügen gefährliche und regelwidrige Fahrmanöver nicht ohne Weiteres die Annahme drogenbedingter Fahrunsicherheit. Im konkreten Fall hätte in die Beurteilung insbesondere mit einfließen müssen, dass das Fahrverhalten des Angeklagten auf die Flucht vor der Polizeikontrolle gerichtet war.

BGH 6 StR 47/22, Urt. v. 21.09.2022 (Beistandspflicht bei der Aussetzung)

Die Angeklagten A und B tranken mit dem Tatopfer O derart viel Alkohol, dass sie ihm beim Verlassen der Bar helfen mussten. Sie brachten ihn zu einem Parkhaus, in dem sich ein Auto befand. Dieses sollte der Angeklagte C fahren. O entfernte sich jedoch vor dem Parkhaus. Die Angeklagten fanden ihn am Ufer eines Flutkanals wieder. A und B stiegen zu O hinab, während C die beiden von oberhalb der Böschung aufforderte, den O hinaufzubringen. Diese unternahmen jedoch

nichts, sodass O in den Kanal fiel und ertrank.

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die für eine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB erforderliche Beistandspflicht. Für diese seien diejenigen Grundsätze heranzuziehen, die auch für die Garantenstellung im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte gelten. Danach folge die Beistandspflicht nicht allein daraus, dass einem Verunglückten oder sonst Hilfsbedürftigen Beistand geleistet werde. Sie entstehe vielmehr erst, wenn der Helfende die Situation für den Hilfsbedürftigen wesentlich verändert, namentlich andere Rettungsmöglichkeiten ausschließt oder vorher jedenfalls nicht in diesem Maße bestehende Gefahren schafft. Indem die Angeklagten A und B den O aus dem Lokal führten, entfernten sie ihn aus dem Einflussbereich anderer hilfsbereiter Personen, sodass drohende Gefahren erheblich erhöht wurden. Durch das Entfernen vom Parkhaus entfiel die Garantenstellung zudem nicht, da es angesichts der erheblichen Intoxikation des O an einer freiverantwortlichen Entscheidung seinerseits fehlte. Eine Garantenstellung des C aus tatsächlicher Übernahme sei nicht gegeben, da dieser über die freundschaftliche Zusage von Fahrdiensten hinaus nicht zu verstehen gegeben habe, für das Wohlergehen des Geschädigten Sorge zu tragen.

BGH 6 StR 332/22, Beschl. v. 21.09.2022 (Rücktritt vom Versuch des Totschlags)

Der Angeklagte A stach mit einem Messer in Richtung des Halses des Geschädigten G, um sich für eine körperliche Auseinandersetzung zwischen den Brüdern der Beteiligten zu rächen. G konnte jedoch ausweichen, sodass A ihn lediglich am Arm und am Brustkorb traf. Daraufhin zogen ihn anwesende Freunde vom Geschehen weg. Das Landgericht verneinte einen strafbefreienden Rücktritt vom versuchten Totschlag, da A nicht freiwillig vom Geschehen abgesehen habe.

Der BGH hob das Urteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Die Ablehnung des strafbefreienden Rücktritts sei rechtsfehlerhaft, da keine Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung getroffen worden seien. Für einen Rücktritt vom Versuch sei aber entscheidend, ob der Täter nach seinem Vorstellungsbild weitere Ausführungshandlungen hätte vornehmen können. Dies erscheine im konkreten Fall nicht ausgeschlossen. Zudem stehe einer Annahme der Freiwilligkeit i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB nicht entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen komme oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolge.

BGH 5 StR 276/22, Beschl. v. 25.10.2022 (Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung)

Der Angeklagte A und der Mitangeklagte R trafen sich zum Ankauf einer Pistole mit dem Nebenkläger N und dem Zeugen M. Nach Unstimmigkeiten zeigte A das Geld vor, woraufhin N in dessen Richtung Pfefferspray sprühte und M ihm das Geld entriß. Der geübte Schütze A zog einen Revolver aus seiner Tasche und forderte N und M erfolglos zur Rückgabe des Geldes auf. Die beiden flüchteten mit ihren Motorrädern, woraufhin A mindestens zweimal gezielt auf Oberkörperhöhe der 2-3 Meter entfernten N und M schoss, sie aber verfehlte. Als M bereits abgebogen war, schoss A mindestens ein weiteres Mal auf den etwa 20-25 Meter entfernten N und traf ihn unterhalb des Schlüsselbeins. Das Landgericht lehnte eine Rechtfertigung der Tat wegen Notwehr gem. § 32 StGB ab, da es sich bei den Schüssen nicht um das mildeste, ihm zur Verfügung stehende Mittel gehandelt habe.

Nach Auffassung des BGH seien die ersten beiden Schüsse zutreffend als nicht erforderlich qualifiziert worden, da dem Angeklagten zumindest Schüsse auf weniger sensible Körperregionen möglich gewesen wären. Hinsichtlich des dritten Schusses aber habe das Gericht die veränderten Umstände des Tatgeschehens nicht hinreichend in den Blick genommen. Anhand der vorhandenen Feststellungen lasse sich nicht beurteilen, ob der dritte Schuss zur Abwehr des Angriffs geeignet gewesen sei. Entscheidend sei, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten darstelle. Die Tatsituation eines Verteidigers werde dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont geprägt. Maßgeblich sei nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers. Aus der beschriebenen Perspektive sei der dritte Schuss bereits geeignet gewesen, wenn nicht erkennbar gewesen sein sollte, ob sich das Geld zu diesem Zeitpunkt noch bei M oder aber bei N befand. Hätte aus Sicht des Angeklagten die Möglichkeit bestanden, dass sich das Geld bei N befindet, hätte der Schuss eine Chance zum Erhalt der Beute begründen können. Ob erkennbar war, wo sich das Geld befand, lasse sich dem landgerichtlichen Urteil aber nicht entnehmen.

Vorbemerkungen zur Kategorie Studienpraxis

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen, eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden – echte Bedingungen eben.

Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar. Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung,

gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?

- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?

- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?

- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?

- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkten hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?

- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: „Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!“ trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in „falsch“ und „richtig“, „vertretbar“ oder „unvertretbar“ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind „weiche“ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 12 oder mehr Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser, bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung von Zwischenprüfungsleistungen mit mind. 15 Punkten; von Klausuren und Hausarbeiten aus den Großen Übungen sowie Studienarbeiten mit mind. 14 Punkten) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

Ähnliches gilt für die sogenannten “Studienklausuren”. Nach unserem ersten Jahr haben wir uns entschieden, umfangreiche Klausuren und deren Lösungen selbst zu erstellen, zu lektorieren und abzudrucken.

Wir wollen so einem Gedanken der Hanover Law Review noch weiter Rechnung tragen. Nicht nur die Leserinnen und Leser unserer Zeitschrift sollen dazulernen können, auch unsere Redaktionsmitglieder. Das angeleitete Konzipieren eines Sachverhaltes, das (mit Fußnoten belegte) Lösen und die resultierende Auseinandersetzung mit den entsprechenden Problemen, Meinungsstreitigkeiten, Definitionen und Subsumtionen sind äußerst lehrreich.

Wir wünschen viel Erfolg und Freude bei der Lektüre.

Hausarbeit im Grundkurs BGB III/IV, 16 Punkte

stud. iur. Chiara Schoop

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Grundkurs BGB III/IV im Sommersemester 2022 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Jan Lüttringhaus, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Justus (J) hat zum 01.10.2020 einen Studienplatz an der Leibniz-Universität Hannover für das Studium der Rechtswissenschaften erhalten. Da J bisher auf dem Landgut seiner Familie bei Twistringen gelebt hat, sucht er nach einer Wohnung in Hannover. Auf einem Internetportal entdeckt er die Anzeige von Vittoria (V), die eine Wohnung in Ricklingen inseriert. V, die gleich nebenan wohnt, hat diese Wohnung bisher selbst mitgenutzt. Nun will sie die Wohnung erstmalig vermieten.

Nachdem J die gerade erst renovierte Wohnung am 01.09.2020 besichtigt hat, teilt er V sogleich mit, dass er die Wohnung gerne mieten würde. Sie sei für seine Verhältnisse zwar etwas klein, aber als „Übergangswohnung“ noch annehmbar. V holt daraufhin einen „Mustermietvertrag“ der Wohnungsbaugenossenschaft Ricklingen-Ost hervor. In diesem trägt sie die genaue Lage der Wohnung und den Mietzins von 350,- EUR ein. Der Mustervertrag enthält außerdem folgende Regelungen:

„§ 17 Mietsicherheit

Mieter und Vermieter vereinbaren als Sicherheit eine Mietkaution in Höhe von 1.000 Euro. Der Mieter ist berechtigt, die Mietkaution in 3 gleichen Monatsraten ab Beginn des Mietverhältnisses zu zahlen. Die Mietkaution ist nach Beendigung des Mietvertrages durch Überweisung zurückzuzahlen.“

Und:

„Die Wohnung wird von der Vermieterin in renoviertem Zustand übergeben. ~~Der Mieter hat die Wohnung bei Auszug in neutralen, hellen und deckenden Farben und Tapeten zurückzugeben.“~~

Den zweiten Satz streicht die V durch und schreibt stattdessen handschriftlich daneben:

„Der Mieter hat die Wohnung in weißer Farbe und mit weißen Tapeten zurückzugeben.“

V teilt dem J mit, dass sie gerne mit ihm diese sogenannte „Weiß-Klausel“ vereinbaren wolle. Sonst könne sie ihm die Wohnung leider nicht vermieten. J nickt hierzu zustimmend. V hat sich die genaue Formulierung schon überlegt, als sie das Wohnungsinserat aufgegeben hatte. Sie will die Klausel hauptsächlich deswegen verwenden, damit sie die Wohnung nach Auszug sofort weitervermieten kann. Sie hat vor, diese Formulierung auch bei künftigen Mietverträgen zu verwenden und rechnet damit, dies über die Jahre noch mindestens drei- bis viermal zu tun. J ist einverstanden und beide Parteien unterzeichnen den auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrag. J überweist die vereinbarte Kautions. Er streicht bei Einzug sämtliche Wände in der Wohnung in seiner Lieblingsfarbe, einem hellen Blau im Stile des Renaissance-Malers Raffael. Die Mieten zahlt er stets fristgerecht durch händische monatliche Überweisung über sein Online-Banking, auf welches er jederzeit von seinem Handy Zugriff hat.

Nach einem Jahr kündigt J fristgemäß und wirksam den Mietvertrag, zieht zum 30. September 2021 aus der Wohnung aus und wirft den Schlüssel bei V in den Briefkasten. Die Wohnung streicht J nicht. V schickt ihm daraufhin am 01.10.2021 eine WhatsApp-Nachricht, in der sie schreibt:

„Moin Justus, du hast die Wohnung nicht wie vereinbart weiß gestrichen. Bitte kümmere dich darum! Den Schlüssel kannst du jederzeit abholen. Wenn du die Wohnung nicht bis zum 10.10.2021 weiß gestrichen hast, beauftrage ich einen Maler auf deine Kosten. Sonst ist alles ok, weitere Forderungen habe ich nicht. LG Vittoria“

J reagiert hierauf nicht. V beauftragt anschließend Maler Xago (X) mit dem Streichen der Wohnung. X berechnet V hierfür 800,- EUR, die V auch sogleich zahlt. V überweist J am 16.10.2021 sodann 200,- EUR. Die Gutschrift erfolgt gleichentags. Als Verwendungszweck der Überweisung trägt sie ein:

„Rückzahlung Kautions 1000 abzüglich 800 wegen Malerkosten Wohnung.“

J ist derweil in ein standesgemäßes Loft im Zooviertel gezogen. Auch dort möchte er die Wände gerne blau streichen lassen. Er ruft deswegen den Malermeister Maccari (M) an, der sich die Wohnung am 15.10.2021 gemeinsam mit J anschaut. M teilt J vor Ort mit, dass er den Auftrag gerne zum Preis von 5.000,- EUR ausführen möchte.

J entgegnet M daraufhin, dass ihm das viel zu teuer sei. Das bekomme er anderswo ja viel billiger. M rechnet J sodann vor, dass er von diesem Betrag ja auch Steuern zahlen müsse. Der Preis sei schon knapp kalkuliert. J fragt M schließlich, ob er nicht einfach ohne Rechnung arbeiten könne. Dann müsse er gar keine Steuern zahlen. Die würden sowieso nur für unnötige Sozialleistungen verwendet werden und überhaupt seien Steuern im Grunde Raub an freien Bürgern. Er würde dem M dann 3.000,- EUR in bar zahlen. M überlegt kurz und willigt schließlich ein, die Wohnung für 3.000,- EUR „ohne Rechnung“ zu streichen. Die Vereinbarung besiegeln beide mit einem Handschlag. Sie belassen es bei dieser mündlichen Abrede. Bereits am 20. und 21. Oktober 2021 führt M die Malerarbeiten aus. Seine Arbeit ist scheinbar tadellos. J dankt M für die rasche Ausführung.

Am 24. Oktober 2021 erhält M die Anordnung einer steuerlichen Außenprüfung in seinem Betrieb. Er macht sich Sorgen, dass sein „Geschäft“ mit J entdeckt wird. Er erstellt deswegen hastig eine ordnungsgemäße Rechnung über 3.000,- EUR aus und wirft diese noch am 24. Oktober 2021 bei J ein. J wundert sich. Er nimmt an, dass M die Rechnung versehentlich erstellt hat. Am 25. Oktober 2021 wirft er bei M einen Briefumschlag mit den vereinbarten 3.000,- EUR in bar zusammen mit der Rechnung des M ein. Da er glaubte, die Rechnung sei versehentlich erstellt worden, wollte er sie unbedingt „zurückgeben“. Er geht weiterhin davon aus, dass M die Zahlung nicht versteuern wird. Er glaubt außerdem, dass er in jedem Fall zur Zahlung verpflichtet sei. Die 3.000,- EUR zahlt M am 27. Oktober 2021 auf sein Bankkonto ein und erklärt den Umsatz ordnungsgemäß in seiner Umsatzsteuervoranmeldung für Oktober 2021 und auch in allen folgenden relevanten Steuererklärungen.

Am 15. November 2021 stellt J fest, dass die Farbe an einigen Stellen von den Wänden blättert. Dies ist auf einen Fehler des M bei der Grundierung zurückzuführen. J ruft M daraufhin an und fordert ihn auf, „seine Malerarbeit ordentlich nachzuholen“. M verweigert dies; er habe aktuell keine Zeit und überhaupt habe er gründlich gearbeitet. Er werde auf keinen Fall irgendwas „nachbessern“. J beauftragt daraufhin den Maler X, welcher die betroffenen Stellen in der Wohnung noch am 16. November 2021 erneut streicht. Hierfür muss J insgesamt 1.000,- EUR bezahlen.

Frage 1: Welche Ansprüche hat J gegen V? Ansprüche wegen einer möglicherweise ausgebliebenen Verzinsung der Mietsicherheit sind nicht zu prüfen.

Frage 2: Welche Ansprüche hat J gegen M?

Abwandlung:

Am 25.05.2022 schickt J eine Mail an M in der er erklärt, er „widerrufe“ den Vertrag und verlange jetzt seine 3.000,- EUR zurück.

Frage 3: Hat J gegen M Anspruch auf Zahlung der 3.000,- EUR? Mögliche Gegenansprüche des M sind nicht zu prüfen.

Gehen Sie davon aus, dass J sämtliche Ansprüche der V bestreitet. Fiktiver Bearbeitungszeitpunkt ist für Frage 1 und 2 der 20. November 2021, für Frage 3 der 25. Mai 2022. Es ist der am Abgabetag gültige Rechtsstand anzuwenden. Beantworten Sie alle aufgeworfenen Rechtsfragen gegebenenfalls in einem Hilfsgutachten.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Frage 1: J gegen V**A. Kautionsrückgewähranspruch aus §§ 551, 535 BGB**

J könnte gegen V ein Rückzahlungsverlangen hinsichtlich der Mietkaution i.H.v. 1.000 € aus §§ 551, 535 BGB¹ nach Beendigung des Mietverhältnisses geltend machen. Der Kautionsrückgewähranspruch ist fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen und dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen darf.²

I. Anspruch entstanden**1. Mietvertrag i.S.d. § 535****a) Einigung**

Ein wirksamer Mietvertrag kommt durch eine Einigung beider Vertragsparteien zustande. Die Einigung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus.³ J und V einigen sich über die Gebrauchsüberlassung einer Wohnung in Ricklingen zu einem monatlichen Mietzins i.H.v. 350 € zuzüglich einer Kautions i.H.v. 1.000 €, die in drei gleichen Monatsraten gezahlt werden kann. Mithin liegt ein wirksamer Mietvertrag vor.

b) Form

Die Form gemäß § 551 S. 1 wurde gewahrt.

2. Mietsicherheit geleistet

Die Mietsicherheit müsste geleistet worden sein. Es steht dem Mieter frei, die Leistung als Ganzes oder in Monatsraten zu erbringen.⁴ J überwies die Kautions an V. Folglich wurde die Mietsicherheit geleistet.

3. Beendigung des Mietverhältnisses, § 542 Abs. 1

Das Mietverhältnis müsste wirksam beendet worden sein. Ist das Mietverhältnis auf einen unbestimmten Zeitpunkt geschlossen worden, so wird dieses durch Kündigung *ex nunc* beendet.⁵ J kündigt fristgerecht und wirksam. Eine ordentliche Kündigung liegt vor.

4. Rückgabe der Mietsache, § 546 Abs. 1

Die Mietsache müsste zurückgegeben worden sein. Gem. § 546 Abs. 1 ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses in vertragsgemäßem

Zustand an den Vermieter zurückzugeben. Vorliegend wurde der Zustand durch vertragliche Abrede festgelegt. J räumt zum 30.09.2021 die Wohnung und gibt den Schlüssel zurück. Die Mietsache wurde zurückgegeben.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte durch Aufrechnung der V gem. § 387 erloschen sein. V erklärt gegen das Kautionsrückzahlungsverlangen die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen § 17 des Mietvertrages.

1. Aufrechnung, § 389**a) Aufrechnungslage, § 387**

Die Forderungen müssten gem. § 387 gegenseitig sein. Voraussetzung hierfür ist, dass die in Frage stehenden Forderungen zwischen denselben Personen bestehen. V und J müssen jeweils sowohl Gläubiger als auch Schuldner des anderen sein. V schuldet J aus dem Mietvertrag gem. § 551 die Rückzahlung der entrichteten Sicherheit. Weiter müsste aber auch die Gegenforderung des Aufrechnenden bestehen. Fraglich ist, ob eine Gegenforderung der V existiert.

aa) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1

V könnte gegen J einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 haben, indem J die Wohnung nicht im vertragsgemäßen Zustand übergab.

(1) Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis liegt hier in Form eines Mietvertrages vor.

(2) Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn die fällige und durchsetzbare Pflicht nicht erbracht wurde. Gem. § 546 Abs. 1 müsste die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses in vertragsgemäßem Zustand an den Vermieter zurückgegeben worden sein. Der Zustand der Mietsache wurde durch Individualabrede in § 17 des Vertrages beschlossen. Gem. § 17 hat die Übergabe der Wohnung in renoviertem und weiß gestrichenem Zustand zu erfolgen. J räumt zum 30.09.2021 die Wohnung und gibt den Schlüssel zurück. J strich die Wohnung bei Einzug „hellblau“. Eine Streichung in der Farbe „weiß“ erfolgte bei Beendigung des

¹ Alle Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB.

² BGH Urt. v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14; NJW 2016, 3231.

³ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 5 Rn. 12.

⁴ Gramlich, Mietrecht, § 551, S.76.

⁵ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, §5 Rn. 121.

Verhältnisses nicht. Folglich geschah die Übergabe nicht im vertragsgemäßen Zustand i.S.d. § 17. Fraglich ist, ob § 17 eine unzulässige Klausel darstellt. Es könnte eine Klausel in Form einer unzulässigen Schönheitsreparaturklausel vorliegen, in welcher der Vermieter seine Pflichten zur Erhaltung der Mietsache aus § 535 Abs. 1 S. 2 im Mietvertrag auf den Mieter überträgt.

(a) Anwendungsbereich des AGB-Rechts

Das AGB-Recht müsste anwendbar sein. Der sachliche Anwendungsbereich, § 310 Abs. 2, 4, müsste eröffnet sein. Mietverträge fallen nicht unter die Ausnahmetatbestände. Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet. Es könnten spezielle Regelungen des § 310 Abs. 1, 3 Anwendung finden. V müsste als Unternehmerin (§ 13) und J als Verbraucher (§ 14) handeln. Verbraucher gem. § 13 ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. J schließt den Mietvertrag mit V, um die Wohnung für private Wohnzwecke zu nutzen. Folglich ist J Verbraucher i.S.d. § 13. Unternehmer gem. § 14 ist jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Geschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.⁶ Erfordert die Vermietung keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb, handelt es sich um eine private Vermögensverwaltung.⁷ Eine solche Verwaltung ist nicht ersichtlich. M handelt nicht als Unternehmer. Folglich findet § 310 Abs. 1, 3 keine Anwendung.

(b) Vorliegen von AGB, § 305 Abs. 1

Die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 müssten vorliegen. Demnach bedarf es einer Vertragsbedingung, welche vorformuliert ist, für eine Vielzahl von Verträgen gelten soll und einseitig vom Verwender gestellt worden ist.⁸ Die Klausel, welche den Vertragsinhalt gestaltet, wurde einseitig von V in den Vertrag aufgenommen. Der Inhalt wurde nicht ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Verhandlungspartner wurden keine Gestaltungsfreiheiten sowie Möglichkeiten der inhaltlichen Mitgestaltung eingeräumt.⁹

Aufgrund der fehlenden Aushandlung gem. § 305 Abs. 3 S. 3 liegt keine Individualabrede vor. V möchte die Regelung in künftigen Mietverträgen verwenden. Ihre Verwendungsabsicht schätzt sie auf drei bis viermal. Die Regelung wurde in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen (§ 305 Abs. 1 S. 2). Es liegt eine Vertragsbedingung vor, welche für eine Mehrzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Mithin liegen AGB vor.

(c) Einbeziehungskontrolle, § 305 Abs. 2

Die AGB werden Bestandteil des Vertrages, wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 vorliegen. Der Verwender muss ausdrücklich auf die AGB hinweisen.¹⁰ Der Hinweis ist ausdrücklich, wenn er unmissverständlich erfolgt und für den Vertragspartner klar geäußert wurde.¹¹ Erfolgt das Angebot schriftlich, so muss der Hinweis ausdrücklich im Angebotstext enthalten sein.¹² V wies J mündlich darauf hin, dass sie den Vertrag nur unter Einbeziehung der Klausel abschließen wolle. Zudem nahm sie die Vertragsbedingung schriftlich in den Vertrag auf. Ein ausdrücklicher Hinweis liegt vor. Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 müsste es J möglich gewesen sein, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen. Die Kenntnisnahme ist zumutbar, wenn der vollständige Text dem Vertragspartner vollständig zugänglich gemacht worden ist.¹³ Die Regelung war sichtbar handschriftlich in der Vertragsurkunde festgehalten, sodass J sie lesen und zur Kenntnis nehmen konnte. Mithin liegt eine zumutbare Kenntnisnahme vor. Die andere Vertragspartei müsste mit der Geltung der Regelung einverstanden sein. Gefordert wird ein Konsenserfordernis gem. §§ 145 f.¹⁴ Das Einverständnis kann auch konkludent erfolgen.¹⁵ V weist J auf die Klausel hin, woraufhin J nickt. Gem. §§ 157, 133 kann das Nicken als konkludentes Einverständnis gewertet werden. Darüber hinaus unterzeichnete J den Vertrag. Ein Einverständnis liegt vor. Die AGB sind wirksam einbezogen worden.

(d) Inhaltskontrolle, § 307

Die AGB können einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 unterzogen werden, wenn sie eine Abweichung vom Gesetz enthalten. Die Klausel enthält eine Änderung der

⁶ Boecken, BGB AT, Rn. 317.

⁷ BGH NZM 2020, 808.

⁸ Hirsch, Schuldrecht AT, § 9 Rn. 165.

⁹ Sternel, Friedemann, Mietrecht Aktuell, Rn. II 7.

¹⁰ Stoffels, Markus; AGB – Recht, Rn. 267.

¹¹ Stoffels, Markus; AGB – Recht, Rn. 268.

¹² Stoffels, Markus; AGB – Recht, Rn. 270.

¹³ Stoffels, Markus; AGB – Recht, Rn. 276.

¹⁴ Stoffels, Markus; AGB – Recht, Rn. 290.

¹⁵ Fornasier, in: MüKoBGB Band II, § 305 Rn. 97.

Pflichtenübernahme, indem sie die Pflichten des Vermieters, abweichend von § 535 Abs. 1 S. 2, auf den Mieter abwälzt. Eine abweichende Regelung liegt vor, sodass die AGB gem. § 307 Abs. 3 S. 1 der Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1, 2, 308, 309 unterliegen.

(aa) §§ 308, 309

Ein Verstoß gegen die in §§ 308, 309 aufgeführten Klauselverbote ist nicht ersichtlich.

(bb) Verstoß gegen Generalklausel, § 307 Abs. 2, 1

Die Regelung, die die Erhaltungspflicht der V auf J überträgt, könnte J gem. § 307 Abs. 2, 1 unangemessen benachteiligen und unwirksam sein. Die unangemessene Benachteiligung könnte sich durch die konkrete Ausgestaltung der Klausel ergeben. Unwirksam ist eine Klausel dann, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.¹⁶ Eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 durch die Klausel liegt vor, wenn sie von der rechtlichen Regelung so stark abweicht, dass sie mit dem Grundgedanken dieser nicht mehr vereinbar ist. Dem Mieter muss es grundsätzlich freigestellt sein, die Farbwahl der Wohnung selbst zu wählen.¹⁷ Sogenannte Farbwahlklauseln sind nur dann zulässig, wenn sie im Zeitpunkt der Rückgabe gelten, ausschließlich die Farbrichtung vorgeben und dem Mieter einen gewissen Gestaltungsspielraum überlassen.¹⁸ Hierdurch soll der Ermessensspielraum des Mieters gewahrt werden. Für eine Endrenovierung gilt die zulässige beschränkende Vorgabe auf neutrale, helle Farben.¹⁹ Wird der Ermessensspielraum unzulässig eingeschränkt, ist die Klausel unzulässig.²⁰ J soll die Wohnung bei Auszug weiß streichen. § 17 gilt nur im Zeitpunkt des Auszuges und ermöglicht J während des laufenden Mietverhältnisses die Farbgestaltung der Wohnung frei zu wählen. V möchte mit der Klausel garantieren, die Wohnung schnell weiterzuvermieten, indem sie durch die Farbe einen breiten Interessenkreis potentieller Mieter abdeckt. Ihr Interesse steht dem des J entgegen. V, als Vermieterin, hat aus Eigeninteresse dafür Sorge zu tragen, die Wohnung weiterzuvermieten. Die Vermietbarkeit der Wohnung fällt ausschließlich in ihren Interessenkreis und kann J nicht auferlegt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Streichung in „hellen, neutralen Tönen“, wie es das Muster vorsieht, die Vermiet-

barkeit deutlich erschwert. J hingegen hat ein erhebliches Interesse bei der farblichen Gestaltung, welches sich aus der Planbarkeit der Farbgestaltung ergibt. So könnte er bereits bei seinem Einzug eine passende Dekoration vornehmen, die ihm eine Endrenovierung erspart. Folglich stellt die Einengung der Farbwahl auf nur eine einzige Farbe („weiß“) eine unzulässige Einschränkung des Gestaltungsspielraums des J dar, welche nicht durch ein berechtigtes Interesse der V gerechtfertigt werden kann. Demzufolge ist die Farbwahlklausel nicht zulässig. Eine unangemessene Benachteiligung des J liegt vor.

(e) Rechtsfolge, § 306

Gem. § 306 Abs. 1 ist § 17 unwirksam, wohingegen der Mietvertrag wirksam bleibt. Anstelle von § 17 tritt gem. § 306 Abs. 2 die gesetzliche Regelung aus § 535 Abs. 1 S. 2, sodass der Vermieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet ist.²¹ Gem. § 306 Abs. 3 ist ein Vertrag unwirksam, wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte, auch unter Berücksichtigung der vorgesehenen Änderung gem. § 306 Abs. 2, für die andere Vertragspartei darstellen würde. Eine unzumutbare Härte ist für V nicht ersichtlich. Mithin ist der Vertrag wirksam.

(f) Zwischenergebnis

Es liegen keine gegenseitigen Forderungen vor.

III. Ergebnis

V hatte keine Forderung, mit der sie hätte aufrechnen dürfen. Folglich ist die Aufrechnung gem. § 389 nicht wirksam. J hat gegen V einen Rückzahlungsanspruch.

Frage 2: J gegen M

A. Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1

J könnte gegen M einen Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten i.H.v. 1000,- € gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 haben.

I. Anspruch entstanden

1. Werkvertrag gem. § 631

J und M müssten sich geeinigt haben. Eine Einigung kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende aufeinander gerichtete Willenserklärungen, §§ 145f., zustande, soweit

¹⁶ Wurmnest, in: MüKoBGB Band II, § 307 Rn. 36.

¹⁷ Sternel Mietrecht Aktuell, Rn. IX 60.

¹⁸ BGH NZM 2008, 605; NJW 2009, 62.

¹⁹ Gramlich, Mietrecht, § 535, S. 20.

²⁰ BGH NJW 2009, 3716.

²¹ Gramlich, Mietrecht, § 535, S. 20.

keine Wirksamkeitshindernisse vorliegen.²² Gegenstand des Werkvertrages ist gem. § 631 Abs. 2 ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg. Geschuldet ist nicht die Leistung allein, sondern zusätzlich ein durch Anstrengungen des Werkunternehmers geschuldetes Ergebnis. Der Besteller schuldet dem Werkunternehmer bei Abnahme der Werkleistung eine Vergütung.²³ M soll die Wohnung des J streichen. J soll ihm dafür 3000,- € zahlen. M und J einigen sich konkludent durch einen Handschlag. Die Durchführung von Malerarbeiten stellt ein Werk i.S.d. § 631 Abs. 1 dar. Folglich ist zwischen J und M ein Werkvertrag geschlossen worden.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen

a) Formnichtigkeit, § 125

Der Werkvertrag könnte wegen Formverstößes unwirksam sein. Grundsätzlich unterliegt der Werkvertrag keinem Formzwang.²⁴ Die abgegebenen Willenserklärungen können, soweit kein Formzwang vorliegt, konkludent erfolgen.²⁵ Die Einigung geschieht per Handschlag. Es liegt keine privatautonome Abrede vor. Mithin ist die Einigung durch einen Handschlag unschädlich. Der Werkvertrag ist nicht wegen Formverstößes unwirksam geworden.

b) Unwirksamkeit gem. § 134

Der Werkvertrag könnte jedoch gem. § 134 wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig sein.

aa) Vorliegen eines Verbotsgesetzes

(1) Gesetz

Gesetz i.S.d. § 134 ist jede Rechtsnorm gem. Art. 2 EGBGB.

(2) Verbotsgesetz

Verbotsgesetze sind Gesetze, die sich gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts wenden und das rechtliche Dürfen einschränken.²⁶ In Betracht käme § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.

(a) Verstoß gegen Verbotsgesetz

M und J müssten gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen haben. Die Einigung umfasst die Vergütung bar zu entrichten und keine Rechnung zu erstellen. Durch die „Ohne-Rechnung-Abrede“ wird die Umsatzsteuer nicht

abgeführt und die steuerlichen Pflichten der Parteien nicht erfüllt. Der Tatbestand der Steuerhinterziehung ist erfüllt. Folglich liegt ein beidseitiger Verstoß vor.

(b) Rechtsfolge

Der beiderseitige Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG könnte zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages führen. Gem. § 134 ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich aus dem Verbotsgesetz nichts anderes ergibt. Ob als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Vertrages eintritt, muss durch Auslegung nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm ermittelt werden.

(3) Rechtslage bis zum 31.07.2004

Die „Ohne-Rechnung-Abrede“ gehörte nicht zur Fallgruppe des SchwarzArbG, sondern war eine Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 AO. Gem. § 134 war nur die „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtig. Somit war der Anwendungsbereich des § 139 eröffnet. Der Vertrag ist gem. § 139 gesamt-nichtig, wenn nicht absehbar ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil, besonders im Hinblick auf die Höhe der Vergütung, geschlossen worden wäre.²⁷ Die „Ohne-Rechnung-Abrede“ wurde isoliert geprüft und konnte unter Umständen dazu führen, dass der Vertrag trotz einer Steuerhinterziehungsabrede wirksam wird. Liegt bei einem Vertrag, der eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ enthält, eine mangelhafte Leistung vor, so wäre der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung möglich.

(4) Gesetzesänderung mit Wirkung zum 01.08.2004

Die Steuerhinterziehung wurde in die Fallgruppe des SchwarzArbG aufgenommen. Strittig ist, ob allein die „Ohne-Rechnung-Abrede“ zur Nichtigkeit des Vertrages führen kann.

(a) Eine Ansicht

Hiernach ändere die Aufnahme des § 370 AO in die Fallgruppe des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG nichts am Einfluss der alleinigen „Ohne-Rechnung-Abrede“ auf die Wirksamkeit des Vertrages. Gem. §§ 134, 138 ist die Steuerhinterziehungsabrede nichtig.²⁸ Demnach wäre § 139 anwendbar und es würde weiterhin eine isolierte Prüfung der „Ohne-Rechnung-Abrede“ gem. §§ 134, 139 erfolgen,

²² Busche, in: MüKoBGB Band VI, § 631 Rn. 49.

²³ Busche, in: MüKoBGB Band VI, § 631 Rn. 1.

²⁴ Busche, in: MüKoBGB Band VI, § 631 Rn. 49.

²⁵ Busche, in: MüKoBGB Band VI, § 631 Rn. 50.

²⁶ BGH NJW-RR 2008, 1050.

²⁷ BGH BauR 2001, 630.

²⁸ BGH MDR 1968, 834; BauR 2001, 630.

welche zunächst zur Teilnichtigkeit und gegebenenfalls zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen könnte, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch bei ordnungsgemäßer Rechnungsausstellung und Steuerabführung zu denselben Konditionen geschlossen worden wäre.²⁹ M und J schlossen den Vertrag im Hinblick auf die ordnungsgemäße Erbringung der Hauptleistung. Die Steuerhinterziehung war nicht der Hauptzweck. Somit ist die Ohne-Rechnung-Abrede gem. §§ 134, 138 nichtig. M und J hätten den Vertrag nicht geschlossen, wenn J bei ordnungsgemäßer Rechnungsauslegung und Steuerabführung die Vergütung i.H.v. 5000,-€ hätte zahlen müssen. Mithin wäre der Vertrag zunächst isoliert teilnichtig und anschließend gem. § 139 gesamtnichtig. Ein Einwand der unzulässigen Rechtsausübung seitens des M ist nicht ersichtlich. Demnach würden J keinerlei Gewährleistungsrechte zustehen.

(b) Andere Ansicht

Die Aufnahme der Steuerhinterziehungsabrede in den Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG stelle ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 dar.³⁰ Das Gesetz umfasst nunmehr sowohl den Auftraggeber als auch den Werkunternehmer. Gegen § 1 Abs. 2 SchwarzArbG verstößt derjenige, der Schwarzarbeit leistet oder ausführen lässt und dabei seine steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Der Auftraggeber trägt maßgeblich zur Schwarzarbeit bei, indem er sie gerade erst ermöglicht und fördert.³¹ Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, den Leistungsaustausch zwischen den „Vertragspartnern“ zu unterbinden.³² Ein beidseitiger Verstoß führt zur Nichtigkeit des Vertrages.³³ Der durch Auslegung ermittelte Schutzzweck, nämlich die vollständige Sanktion der Schwarzarbeit, kann nur erreicht werden, wenn das Rechtsgeschäft gesamtnichtig ist, denn die Teilnichtigkeit der Abrede genügt dem Ziel des SchwarzArbG nicht.³⁴ Demzufolge ist der Vertrag bereits auch dann nichtig, wenn der Besteller den Verstoß des Werkunternehmers kannte und bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt.³⁵ Somit ist bei einem Verstoß der steuerrechtlichen Pflichten die Gesamtnichtigkeit des Vertrages ohne weiteres anzunehmen und der Rückgriff auf § 139 ist nicht mehr notwendig. Eine

isolierte Prüfung der „Ohne-Rechnung-Abrede“ erfolgt nicht mehr. Ein Einwand aus § 242 ist nicht möglich, da § 134 kein dispositives Recht enthält und das Vertrauen auf die Wirksamkeit eines gesetzeswidrigen Vertrages nicht schutzwürdig ist.³⁶ M und J verstoßen gegen die Pflicht zur Rechnungsausstellung und zur Umsatzsteuerabfuhr, um einen Preisvorteil zu erzielen. Beide Parteien sind Adressaten des Verbotsgesetzes, wodurch ein vorliegender beidseitiger Verstoß zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr.2 SchwarzArbG führt.

Beide Ansichten führen im Ergebnis zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Ein Streittscheid ist nicht erforderlich.

3. Bestätigung, § 141

J könnte das nichtige Geschäft bestätigt haben. Mit der Bestätigung kann ein nichtiges Rechtsgeschäft nach Entfall des Grundes für seine Nichtigkeit bestätigt werden.³⁷

a) Nichtiges Rechtsgeschäft

Das Rechtsgeschäft ist nichtig gem. § 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.

b) Erklärter Bestätigungswille

Der Erklärungstatbestand muss nach außen erkennen lassen, dass an dem nichtigen Rechtsgeschäft festgehalten werden soll.³⁸ J ging weiterhin von der Wirksamkeit des Geschäfts aus. Ferner glaube er, seine vertragliche Pflicht aus dem Vertrag erfüllen zu müssen. Dies deutet daraufhin, dass er an dem Rechtsgeschäft festhalten wollte.

c) Vorliegen der Wirksamkeitsvoraussetzungen

Im Zeitpunkt der Bestätigung müssten alle Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Der Nichtigkeitsgrund muss entfallen sein. Die Parteien müssten sich erneut geeinigt haben.³⁹ M stellte eine nachträgliche Rechnung innerhalb der Frist gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 UStG i.H.v. 3.000,- € aus. J hielt die Rechnung für einen Fehler und gab sie M zurück. Es liegt keine Einigung vor. Demzufolge hat die nachträgliche Rechnung keinerlei Einfluss. Der Vertrag ist nicht durch Bestätigung wirksam geworden.

²⁹ BGH BauR 2001, 630.

³⁰ OLG Schleswig BauR 2013, 826.

³¹ BGH NZM 2008, 496.

³² BHG NJW 1990, 2542.

³³ Armbrüster, in: MüKoBGB Band I, § 134 Rn. 77.

³⁴ OLG Schleswig BauR 2013, 826.

³⁵ BGH NJW 2017, 1808.

³⁶ BGHZ 118, 182 (193).

³⁷ Boecken, BGB AT, § 11 Rn. 482.

³⁸ Dörner, in: HK-BGB, § 141 Rn. 4.

³⁹ Dörner, in: HK-BGB, § 141 Rn. 5.

d) Zwischenergebnis

Der Werkvertrag ist unwirksam. Jegliche Gewährleistungsansprüche des J sind ausgeschlossen.

II. Hilfgutachten**1. Mangel**

Es müsste ein Mangel vorliegen. Grundsätzlich ist der Werkunternehmer gem. § 633 Abs. 1 verpflichtet, das Werk frei von Rechts- und Sachmängeln herzustellen.⁴⁰ Ein vorliegender Rechtsmangel ist nicht ersichtlich. Ein Sachmangel gem. § 633 Abs. 2 liegt vor, wenn die Ist- von der Sollbeschaffenheit abweicht⁴¹

2. Beschaffenheitsabweichung

Fraglich ist, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 633 Abs. 2 S. 1 zwischen M und J getroffen wurde. Die Beschaffenheit des Werkes unterliegt der ausdrücklichen oder konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien.⁴² M und J einigten sich lediglich über die Farbe der zu streichenden Wände. Folglich liegen keine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung und kein subjektiver Mangel vor. Die Parteien trafen keine ausdrückliche Vereinbarung über die Verwendung i.S.d. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2. Eine konkludente Vereinbarung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Liegt keine Beschaffenheitsvereinbarung oder vertragliche Vereinbarung über die Verwendung vor, erfolgt die Beurteilung der Soll-Beschaffenheit nach objektiven Kriterien i.S.d. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2. Demnach muss festgestellt werden, ob sich das Werk für die gewöhnliche Vereinbarung eignet, die Beschaffenheit aufweist, die für Werke der gleichen Art üblich ist und vom Besteller erwartet werden kann.⁴³ Am 15.11.2021 blätterte die Farbe von einigen Stellen. Bei Beauftragung eines Malers zur Streichung der Wohnung darf der Besteller davon ausgehen, dass die Farbe ordnungsgemäß aufgetragen wird und nicht nach Ablauf von 25 Tagen Mängel zeigt. Andere Werke der gleichen Art weisen keine Mängel auf. Demzufolge weicht die Ist- von der Sollbeschaffenheit ab und ein objektiver Sachmangel gem. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 liegt vor.

3. Vorliegen des Mangels im maßgeblichen Zeitpunkt

Ein maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des

Mangels ist in § 633 nicht festgelegt, sondern ergibt sich mittelbar aus § 644 Abs. 1 S. 1.⁴⁴ Die Mängelfreiheit wird vom Unternehmer erst zum Zeitpunkt der Abnahme geschuldet.⁴⁵ Zur Beurteilung der Mangelhaftigkeit ist auf den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs abzustellen, welcher bei Abnahme eintritt, sodass Verschlechterungen des Werkes nach Abnahme für den Schuldner keine Leistungspflicht begründen.⁴⁶ Maßgeblich ist, wann die Ursache für den Mangel gesetzt wurde und nicht, wann dieser erkennbar geworden ist.⁴⁷ Der Mangel des Werkes lässt sich auf die fehlerhafte Grundierung, die am 20./21. Oktober 2021 aufgetragen wurde, zurückführen. Darauf folgend kam es zur Abnahme durch J, wobei der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorlag.

4. Fristsetzung

J müsste M eine Frist gesetzt haben. Bei mangelhafter Leistung muss der Besteller dem Werkunternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 637 Abs. 1 setzen und ihm eine „letzte Chance“ gewähren.⁴⁸ J forderte M zur Nachbesserung der Mängel auf, ohne eine Frist zu setzen. Mithin fehlt die erforderliche Fristsetzung. Die Frist könnte entbehrlich sein.

a) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 637 i.V.m. § 323 Abs. 2**aa) § 323 Abs. 2**

Gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 ist eine Frist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. M lehnt die Nachbesserungsaufforderung des J mit der Begründung ab, dass er ordnungsgemäß gearbeitet hätte und der Betrieb vollständig ausgelastet wäre, sodass keine terminliche Möglichkeit zur Nachbesserung bestünde. Dies ist als ernsthafte und endgültige Verweigerung zu verstehen. Eine ernsthafte Verweigerung i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 liegt vor.

bb) Berechtigte Nacherfüllungsverweigerung, §§ 635 Abs. 3, 637 Abs. 1 Hs. 2

M könnte die Nacherfüllung berechtigt verweigert haben. Der Werkunternehmer kann die Nacherfüllung wirksam i.S.d. § 637 Abs. 3 verweigern, wenn der Aufwand der

⁴⁰ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 8 Rn. 28.

⁴¹ OLG Saarbrücken NJW-RR 2018, 142.

⁴² BGH NZBau 2002, 611 (612).

⁴³ Lederer/Raab, in: Werk- und Bauvertragsrecht, § 633 Rn. 14.

⁴⁴ BGH NJW 2013, 3022.

⁴⁵ Lederer/Raab, in: Werk- und Bauvertragsrecht, § 631 Rn. 7.

⁴⁶ BGH NJW 2017, 1604.

⁴⁷ OLG Köln BauR 2002, 801; vgl. OLG Oldenburg NJW 2019, 863 (864).

⁴⁸ Oechsler, Schuldrecht BT, § 8 Rn. 633.

Nacherfüllung unverhältnismäßig wäre. Die Unverhältnismäßigkeit ist erfüllt, wenn die Kosten der Nacherfüllung für den Werkunternehmer außer Verhältnis zu den daraus resultierenden Vorteilen für den Besteller stehen.⁴⁹ Bei Werkverträgen, bei welchen das Erscheinungsbild maßgeblich die Werkleistung bestimmt, kann ein Mangel das ästhetische Empfinden des Bestellers so berühren, sodass ein objektiv geringes Interesse überstiegen wird.⁵⁰ Bei Malerarbeiten spielt die Ästhetik eine erhebliche Rolle. Der Maler wird gerade vom Besteller beauftragt, um eine professionelle Streichung zu erhalten. Die Werkleistung ist demnach vollständig unbrauchbar und das Interesse des J berechtigt. Die Farbe müsste entfernt, eine neue Grundierung aufgetragen und die Wände erneut gestrichen werden. Es ist nicht mit unverhältnismäßig hohen Kosten zu rechnen, die unzumutbar wären. M rügt zudem nicht die unverhältnismäßigen Kosten, sondern begründet seine Verweigerung mit der betrieblichen Auslastung. Die Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 635 Abs. 3 ist nicht erfüllt. Folglich liegt keine berechtigte Verweigerung vor.

cc) § 275 Abs. 2

Scheidet ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 635 Abs. 3 aus, kommt der Ausschlussstatbestand gem. § 275 Abs. 2 nicht in Betracht. Der in § 275 Abs. 2 enthaltene Ausschlussstatbestand kommt lediglich bei dem Vorliegen besonderer wirtschaftlicher Unzumutbarkeit in Betracht.

5. Kein Ausschluss

Ein vertraglicher Haftungsausschluss i.S.d. § 639, sowie ein gesetzlicher Ausschluss aus § 640 Abs. 2, sind nicht ersichtlich.

6. Verjährung, § 634a

Der Anspruch dürfte nicht verjährt sein. Die Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 unterliegen gem. § 634a Abs. 1 Nr. 1 einer Verjährung von zwei Jahren. Mithin ist der Anspruch nicht verjährt.

7. Rechtsfolge

Gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 erfolgt der Ersatz der Aufwendungen. Der Besteller kann die erforderlichen Kosten für die Mängelbeseitigung verlangen. Erforderlich sind die

Kosten, welche aus wirtschaftlicher Sicht geeignet sind und maßgeblich zur erfolgreichen Mängelbeseitigung führen.⁵¹ Die Kosten dürfen die Erforderlichkeit nicht übersteigen und müssen nachvollziehbar dargelegt werden.⁵² Der Besteller ist nicht verpflichtet, den billigsten Weg zur Mängelbeseitigung zu wählen, sondern darf den sichersten Weg fordern.⁵³ J beauftragt X, der nur die betroffenen Stellen streicht und eine Vergütung i.H.v. 1000,- € erhält. J hat die Wohnung nicht vollständig neu streichen lassen oder anderweitige Kosten erhoben. Die Aufwendungen übersteigen nicht die Erforderlichkeit.

III. Ergebnis

J kann von M die Kosten des Malers i.H.v. 1000,- € aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 verlangen.

B. Anspruch aus §§ 677, 683, 670

J könnte gegen M einen Anspruch aus berechtigter GoA haben, §§ 677, 683 S. 1, 670.

I. Voraussetzungen

1. Geschäftsbesorgung, § 677

Unter einer Geschäftsbesorgung i.S.v. § 677 versteht man jedes Handeln mit wirtschaftlichen Folgen.⁵⁴ Zwischen J und M wurde ein Werkvertrag geschlossen, um Malerarbeiten in der Wohnung des J vorzunehmen. Eine Geschäftsbesorgung liegt vor.

2. Ohne Auftrag

M müsste ohne Auftrag gehandelt haben. Ohne Auftrag handelt, wer dem Geschäftsherrn gegenüber weder aus Vertrag noch kraft Gesetzes verpflichtet ist.⁵⁵ Der zwischen J und M geschlossene Werkvertrag ist gem. § 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG nichtig. Mithin handelte M ohne Auftrag.

3. Für einen anderen

Die Geschäftsbesorgung müsste „für einen anderen“ erfolgt sein.

⁴⁹ Jaensch, DAR 2014, 506 (509).

⁵⁰ Moufang/Koos, in: Mess/Voit Privates Baurecht, § 635 Rn. 106.

⁵¹ Mansel, in: Jauernig BGB, § 637 Rn. 5.

⁵² Jurgeleit, in: Compendium des Baurechts, Teil 5, Rn. 314.

⁵³ Mansel, in: Jauernig BGB, § 637 Rn. 5.

⁵⁴ Buck-Heeb, Schuldrecht BT 2, § 5 Rn. 40.

⁵⁵ Buck-Heeb, Schuldrecht BT 2, § 5 Rn. 47.

a) Fremdes Geschäft

Ein Geschäft gilt als fremd, sobald es objektiv zum Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person gehört.⁵⁶ M strich die Wände der gemieteten Wohnung des J. Das Streichen einer Wohnung fällt in den Pflichten- und Interessenkreis des Mieters, wodurch die Leistung des M objektiv in den fremden Rechtskreis des J fällt. Die Leistung fällt auch in den Interessenkreis des M, da dieser eine vermeintliche Vertragspflicht, nämlich die aus dem nichtigen Werkvertrag, erfüllen wollte. Somit liegt ein „auch-fremdes“ Geschäft vor.

b) Kenntnis der Fremdheit

Der Geschäftsführer muss nicht nur objektiv ein fremdes Geschäft führen, sondern er muss auch wissen, dass er ein fremdes Geschäft führt (Umkehrschluss aus § 678 Abs. 1).⁵⁷ M weiß, dass er in einem fremden Rechts- und Interessenkreis tätig wird. M hat Kenntnis von der Fremdheit.

c) Mit Fremdgeschäftsführungswille

M müsste mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dieser Fremdgeschäftsführungswille begründet sich neben der Kenntnis der Fremdheit in dem Willen, das Geschäft für jemand anderen zu tätigen.⁵⁸ Fraglich ist, ob der Fremdgeschäftsführungswille bei einem nichtigen Rechtsgeschäft vorliegt.

aa) Eine Ansicht

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes würde das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens nicht ausschließen. Ein Ausschluss würde auch nicht vorliegen, wenn der Geschäftsführer sich für vertraglich verpflichtet hielt.⁵⁹ M wird in Kenntnis der Fremdheit im Interessen- und Pflichtenkreis des J tätig. Die Vorstellung, dass er sich aufgrund des Vertrages für verpflichtet hält, stehe dem vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen nicht entgegen. Der Fremdgeschäftsführungswille des M wird angenommen.

bb) Andere Ansicht

Die Nichtigkeit eines Vertrages schließt die Anwendbarkeit der GoA aus. Das Bereicherungsrecht würde die Rückabwicklung nichtiger Geschäfte regeln. Fände die GoA Anwendung, würden die Spezialvorschriften umgangen.

Führe der Geschäftsführer ein Geschäft nur aus, um eine eigene Pflicht zu erfüllen, so widerlege dies den vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen, denn der Geschäftsführer glaube ein eigenes Geschäft zu führen.⁶⁰ Der Handelnde sei ausschließlich aufgrund des Eigengeschäftsführungswillens tätig geworden. Eine Eigengeschäftsführung gem. § 678 Abs. 1 läge vor.⁶¹

M möchte seine vermeintliche vertragliche Pflicht erfüllen. Folglich überwiegt der Glaube der Eigengeschäftsführung, sodass er nicht aufgrund des Fremdgeschäftsführungswillens tätig wird.

cc) Streitentscheid

Ein Streitentscheid ist erforderlich. Die erste Ansicht stellt zutreffend fest, dass es dem Fremdgeschäftsführungswillen nicht entgegensteht, aufgrund einer eigenen Verpflichtung für jemand anderen tätig zu werden. Andernfalls hätte dies zur Folge, dass eine GoA immer dann nicht anwendbar wäre, wenn ein eigenes Interesse vorläge. Dennoch kann der Fremdgeschäftsführungswillen nicht allein durch die Kenntnis der Fremdheit begründet werden, da dies zu einer enormen Ausweitung führen würde. Neben der bloßen Kenntnis ist zusätzlich der Wille, für jemand anderen tätig zu werden, erforderlich, um zu einer angemessenen Beurteilung der inneren Absicht des Geschäftsführers zu gelangen. M wusste zwar, dass er seine Leistung im fremden Rechtskreis des J erbrachte, jedoch ging es ihm primär darum, seine vermeintlichen vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Sein Eigeninteresse dominierte im Verhältnis zur Kenntnis der Fremdheit, sodass die Erfüllung seine alleinige Motivation darstellte. Folglich wäre es fehlerhaft, im Falle des M aufgrund der Kenntnis der Fremdheit den Fremdgeschäftsführungswillen zu bejahen, wenn es ihm doch gerade nur darauf ankam, seine eigene Pflicht zu erfüllen. Vielmehr steht seine eigene Motivation im Vordergrund, sodass die Wissenskomponente überlagert wird. Demzufolge ist der zweiten Ansicht zu folgen. M wird ohne Fremdgeschäftsführungswillen tätig.

4. Zwischenergebnis

Die GoA scheidet am Fremdgeschäftsführungswillen. Folglich ist eine GoA abzulehnen.

⁵⁶ Fries/Schulze, in: HK-BGB, § 677 Rn. 4.

⁵⁷ Schäfer, in: MüKoBGB Band VI, § 677 Rn. 46.

⁵⁸ Schäfer, in: MüKoBGB Band VI, § 677 Rn. 50.

⁵⁹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 17 Rn. 409.

⁶⁰ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 17 Rn. 412.

⁶¹ Ebenda.

II. Ergebnis

J hat gegen M keinen Anspruch aus GoA gem. §§ 677, 683, 670.

C. Anspruch auf Herausgabe der Vergütung aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt.

J könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der Vergütung i.H.v. 3000,- € aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt. haben.

I. Etwas erlangt

M müsste „etwas“ erlangt haben. „Etwas“ ist jeder vermögenswerte Vorteil.⁶² M erlangt Besitz und Eigentum am Bargeld i.H.v. 3000,- €.

II. Durch Leistung

M müsste den Vermögensvorteil durch die Leistung des J erlangt haben. Durch Leistung meint jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Bewusst ist die Handlung, wenn das Wissen und Wollen des Anspruchsstellers vorliegt.⁶³ J hat das Vermögen des M durch die Zahlung der Vergütung bewusst gemehrt. Die Mehrung geschah zweckgerichtet, da J seine vermeintlichen Pflichten aus dem Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 erfüllen wollte.

III. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistung müsste ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Ein Rechtsgrund fehlt, wenn die Verbindlichkeit von Anfang an nicht bestand, oder im Zeitpunkt der Leistung erloschen war.⁶⁴ Der Werkvertrag zwischen J und M ist gem. §§ 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG unwirksam. Die Verbindlichkeit bestand wegen Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an nicht. Mithin erfolgte die Leistung ohne rechtlichen Grund.

IV. Ausschlusstatbestand gem. § 814

Gem. § 814 kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Die alleinige Kenntnis der Tatsachen ist unzureichend, weswegen der Leistende positive Kenntnis der Rechtslage gehabt haben muss. J war der Überzeugung, dass er M die Vergütung als vertragliche Pflicht schuldet. J wusste, dass das Rechtsgeschäft gegen das Verbotsgesetz verstieß, verkannte jedoch die Nichtigkeit des Vertrages. J hatte keine positive Rechtskenntnis.

Obwohl Schwarzarbeit bekanntlich verboten ist, kann von einem juristischen Laien nicht erwartet werden, dass er erkennt, dass Schwarzarbeit zur Gesamtnichtigkeit eines Vertrages und folglich zum Erlöschen jeglicher Pflichten sowie Ansprüche führt. Folglich ist der Anspruch nicht gem. § 814 ausgeschlossen.

V. Konditionssperre § 817 S. 2 1. HS.

Der Anspruch könnte gem. § 817 S. 2 ausgeschlossen sein. Gem. § 817 S. 2 Hs. 1 ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden der gleiche Verstoß, wie dem Empfänger, zur Last fällt. J ermöglichte und unterstützte die Schwarzarbeit des M, indem er ihn die Schwarzarbeit ausführen ließ und verstieß mit Zahlung der Vergütung gegen das Verbotsgesetz. J hat bewusst und gewollt gegen das gesetzliche Verbot aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG verstoßen. Ihm fällt folglich der gleiche Verstoß wie M zur Last.

1. Einschränkungen des § 817 S. 2 gem. § 242

Die Rechtsfolgen des § 817 S. 2 könnten gem. § 242 eingeschränkt sein. Ob § 817 S. 2 restriktiv ausgelegt wird, ist strittig.

a) Eine Ansicht

Der Ausschluss vertraglicher Ansprüche gem. § 817 S. 2 würde besonders in den Fällen einer mangelhaften Leistung zu unbilligen Ergebnissen führen, welche gem. § 242 korrigiert werden könnten.⁶⁵ Das Bereicherungsrecht gehöre dem Billigkeitsrecht an und unterliefe daher besonders den Grundsätzen von Treu und Glauben.⁶⁶ Die Gewährleistung bereicherungsrechtlicher Ansprüche stünde der generalpräventiven Wirkung nicht entgegen, da diese bereits im Wege des Ausschlusses vertraglicher Ansprüche, der Gefahr einer Strafverfolgung sowie der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben befriedigt wurde.⁶⁷ § 817 S. 2 würde restriktiv ausgelegt, sodass J einen Anspruch auf Herausgabe der Vergütung hätte.

b) Andere Ansicht

Die Anwendung von § 817 S. 2 stehe Treu und Glauben nicht entgegen, da die Parteien infolge ihres bewussten Verstoßes gegen das Verbotsgesetz nicht schutzwürdig seien. Wer bewusst gegen ein Verbotsgesetz verstieße,

⁶² Volker/Wiese, in: HK-BGB, § 812 Rn. 3.

⁶³ Buck-Heeb, Schuldrecht BT 2, § 18 Rn. 592.

⁶⁴ Buck-Heeb, Schuldrecht BT 2, § 18 Rn. 596.

⁶⁵ BGH NJW 2013, 3167 (3170).

⁶⁶ BGH NJW 1990, 2542.

⁶⁷ BGHZ 111, 308; BGH NJW 1990, 2542.

dürfe im Anbetracht der Rechtsschutzverweigerung keinen Schutz durch die Rechtsordnung erwarten.⁶⁸ Die Gewährung des Anspruches würde im Widerspruch mit der Missbilligung der Schwarzarbeit stehen, was wiederum den Abschreckungseffekt mindern würde. Im Hinblick auf die Härte, die eine Partei treffen könne, bliebe festzuhalten, dass es vom Zufall abhinge, wie die Risiko- und Vorteilsverteilung ausfiele. Der Anspruch durch § 817 S. 2 wäre gesperrt. J hätte keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1.

c) Streitentscheid

Maßgeblich ist der Gesetzeszweck des Verbotsgesetzes. Würde der Grundsatz von Treu und Glauben angewendet und § 817 S. 2 korrigiert, fände eine Umgehung des Telos des Verbotsgesetzes statt. Der Gesetzgeber verfolgt die Wahrung öffentlicher Interessen unabhängig von einzelnen Parteiinteressen und Billigkeitsabwägungen. Hauptziel des Verbotsgesetzes ist die generalpräventive Wirkung. Das SchwarzArbG würde in seinem Zweck fehlerlaufen, wenn der gegen das Gesetz Verstoßende mithilfe des Bereicherungsrechts doch Ansprüche geltend machen könnte. Demzufolge ist die zweite Ansicht vorzugswürdig.

VI. Ergebnis

Der Anspruch auf Herausgabe der Vergütung i.H.v. 3000,- € aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt. ist durch § 817 S. 2 gesperrt. J hat gegen M keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt.

D. Anspruch auf Herausgabe der Vergütung aus § 817 S. 1

Neben § 812 Abs. 1 S. 11. Alt. könnte J gegen M einen Anspruch auf Herausgabe der Vergütung aus § 817 S. 1 haben. M hat einen Vermögensvorteil durch die bewusste und zweckgerichtete Leistung des J erhalten. Die Leistung erfolgte ohne Rechtsgrund, da der Werkvertrag gem. § 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 nichtig ist. § 814 ist auf § 817 S. 1 nicht anwendbar, zudem liegt keine positive Kenntnis des J vor. Es erfolgt kein Ausschluss gem. § 814. Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 findet ohne die Berücksichtigung von Treu und Glauben Anwendung. Demzufolge wird der Anspruch gem. § 817 S. 2 gesperrt. J hat gegen M keinen Anspruch auf Herausgabe der Vergütung aus § 817 S. 1.

Abwandlung – Frage 3

A. Rücktritt gem. §§ 634 Nr. 3, 323, 326 Abs. 4

J könnte gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm gezahlten 3.000 € gem. §§ 634 Nr. 3, 323, 326 Abs. 4 haben.

I. Voraussetzungen

J müsste wirksam von einem mit M geschlossenen Vertrag zurücktreten.

1. Wirksamer Vertrag

Zwischen M und J müsste ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein, von dem J zurücktreten kann. Zwischen M und J wurde ein Werkvertrag gem. § 631 geschlossen.

Es könnten jedoch Wirksamkeitshindernisse vorliegen. Der Werkvertrag ist gem. §§ 134 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 nichtig. Mithin besteht kein wirksamer Vertrag zwischen J und M, von dem M zurücktreten kann.

II. Ergebnis

J hat gegen M mangels wirksamen Rücktritts keinen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung i.H.v. 3.000 € aus §§ 634 Nr. 3, 323, 326 Abs. 4.

B. Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt.

J könnte gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Vergütung i.H.v. 3.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt. haben.

I. Etwas erlangt

M müsste etwas erlangt haben. J zahlt M eine Vergütung i.H.v. 3.000 €. M erlangt einen vermögenswerten Vorteil.

II. Durch Leistung

M müsste den vermögenswerten Vorteil durch Leistung erhalten haben. J hat M bezahlt, um eine vermeintliche Verbindlichkeit aus § 631 Abs. 1 zu erfüllen. Folglich handelt es sich um eine Leistung des J.

III. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Der Vertrag ist gem. § 134 nichtig. Somit erfolgte die Leistung ohne Rechtsgrund.

IV. Ausschluss

1. § 814

Der Anspruch könnte gem. § 814 ausgeschlossen sein. J kannte zwar das Verbot von Schwarzarbeit, hatte jedoch keine positive Kenntnis der Rechtslage. Folglich ist der Anspruch nicht gem. § 814 ausgeschlossen.

2. § 817 S. 2

Der Anspruch könnte gem. § 817 S. 2 gesperrt sein. J und M

⁶⁸ BGH NJW 2014, 1805.

müsste ein bewusster Gesetzesverstoß zur Last fallen. Bei den Parteien fällt mit Abschluss des (nichtigen) Werkvertrages mit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ ein Gesetzesverstoß zur Last. Mithin fällt den Parteien ein beiderseitiger Verstoß zur Last. § 817 S. 2 sperrt § 812 S. 1.

3. Nichtanwendung der Konditionssperre wegen § 242

Der Grundsatz von Treu und Glauben könnte zur Restriktion des § 817 S. 2 führen. Dem Gedanken der Rechtsschutzverweigerung folgend soll derjenige, der bewusst gegen ein Verbotsgesetz verstößt, nach Intention des Gesetzgebers, schutzlos bleiben.⁶⁹ Vorliegend hat J bewusst gegen ein Verbotsgesetz verstoßen. Eine Anwendung des § 242 ist nicht geboten.

V. Ergebnis

J hat gegen M keinen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung aus § 812 Abs. 1 S. 11. Alt.

C. Rückzahlungsverlangen aus Widerruf gem. § 346 Abs. 1 i.V.m. §§ 631, 312b Abs. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355, 357

J könnte gegen M einen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm gezahlten 3.000,- € haben. Dies setzt ein Widerrufsrecht i.S.d. § 355 BGB des J voraus, ferner, dass J innerhalb der Widerrufsfrist widerrufen hat.

I. Widerrufsrecht

J müsste gegen M ein Widerrufsrecht aus §§ 312d Abs. 1, 312b, 355 zustehen. Zwischen M und J müsste ein Vertrag i.S.d. §§ 312d I S. 1, 312b Abs. 1 geschlossen worden sein.

1. Vertragsgegenstand

Ein tauglicher Vertragsgegenstand gem. § 312 Abs. 1 müsste vorliegen. Der Vertrag muss eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben. Zwischen M und J wurde ein Werkvertrag geschlossen. Eine entgeltliche Leistung ist Vertragsgegenstand.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich müsste eröffnet sein. J müsste Verbraucher i.S.d. § 13 sein. J möchte seine Mietwohnung streichen lassen. Folglich dient das Rechtsgeschäft ausschließlich privaten Zwecken. J ist Verbraucher i.S.d. § 13. M müsste Unternehmer i.S.d. § 14 sein. M betreibt einen Malerbetrieb und schließt mit J in Ausübung

seiner gewerblichen Tätigkeit als Maler einen Werkvertrag ab. Mithin handelt M als natürliche Person als Unternehmer. Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich müsste eröffnet sein. Ein Widerrufsrecht ergibt sich aus Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden, Fernabsatzverträgen und Verbraucherdarlehensverträgen.⁷⁰ In Betracht kommt ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag. Gem. § 312b Abs. 1 Nr. 1 muss der Vertrag an einem Ort geschlossen worden sein, der nicht zu den Geschäftsräumen des Unternehmers gehört, so muss der Verbraucher ein Rechtsgeschäft an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung abgeschlossen haben.⁷¹ Die Parteien trafen sich in der Wohnung des J, wo der Vertragsschluss erfolgte. Die Wohnung gehört nicht zu den Geschäftsräumen des M. Mithin wurde der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen. Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet.

4. Widerrufsrecht bei Nichtigkeit des Vertrages

Der Werkvertrag ist gem. § 134 nichtig. Ob ein unwirksamer Werkvertrag widerrufen werden kann, ist strittig.

a) Eine Ansicht

Das Widerrufsrecht erfordere gerade einen wirksamen Vertrag. Dies ergebe sich aus der Dogmatik des Vertragsrechtes und der systematischen Stellung innerhalb des zweiten Buches des BGB, das gerade Schuldverhältnisse aus Vertrag umfasst.⁷² Vorliegend ist der Vertrag nichtig. J hätte kein Widerrufsrecht.

b) Andere Ansicht

Eine Ansicht vertritt die Auffassung, dass das Widerrufsrecht keinen wirksamen Vertrag erfordere. Innerhalb der gesetzlichen Fristen könnte ein bereits gekündigter, nichtiger oder angefochtener Vertrag widerrufen werden, sofern Treu und Glauben dem nicht entgegenstehen. Es bestünde kein Grund, den Verbraucher bei einem nichtigen Vertrag schlechter zu stellen als bei einem wirksamen Vertrag. Dem Verbraucher würden bereits die Mängelgewährleistungsrechte verwehrt und bereicherungsrechtliche Ansprüche gesperrt. Sinn und Zweck des Widerrufsrechts sei es, die Willensfreiheit des Verbrauchers zu schützen.

⁶⁹ BGHZ 118, 182 (193).

⁷⁰ Hirsch, Schuldrecht AT, § 15 Rn 317 f.

⁷¹ Oechsler, Schuldrecht BT, § 2 Rn. 375.

⁷² BGHZ 183, 235; BGH NJW 2010, 610.

Demzufolge solle ihm bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, die eine Gefahr der Übereilung bergen, die einfache und schnelle Möglichkeit sich vom Vertrag zu lösen, ermöglicht sein. Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ergebe sich explizit aus der Situation, die bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen entsteht.⁷³

Dogmatische Schwierigkeiten würden aufgrund der anerkannten Doppelwirkung im Recht, die es zulasse nichtige Rechtsgeschäfte anzufechten, nicht bestehen.⁷⁴ Zudem sollte ein sittenwidrig handelnder Unternehmer nicht besser gestellt werden als ein redlicher Unternehmer, indem ihm bei Nichtanwendung des Widerrufsrechts, die Folgen des Widerrufsrechts erspart bleiben.⁷⁵ J könnte den nichtigen Werkvertrag innerhalb der gesetzlichen Frist wirksam widerrufen.

c) Streitentscheid

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist erforderlich. Der Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen spricht aufgrund der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers für ein Widerrufsrecht. Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, die durch übereilige Situationen gefährdet sein kann, soll geschützt werden, dabei ist es irrelevant, ob der Verbraucher sich irrt, getäuscht wird oder einen Gesetzesverstoß begeht. Die Widerrufsrechte sollen den Verbraucher unabhängig schützen. Die Schutzwürdigkeit wird auch nicht durch die mögliche Kenntnis des Verbrauchers, ein gesetzeswidriges Geschäft zu tätigen, erschüttert, wenn der Vertrag bereits aus anderen Gründen unwirksam ist und die Gründe des Verbraucherschutzes, nach welchen die Rückabwicklung der Vertrag vorzunehmen ist, nichts mit dem Gesetzesverstoß zu tun haben. Der ersten Ansicht folgend ist ein Widerruf eines nichtigen Vertrages möglich.

5. Kein Ausschluss gem. § 242

Das Widerrufsrecht dürfte wegen nicht wegen Verstoßes des J gegen Treu und Glauben gem. § 242 ausgeschlossen sein. Das Widerrufsrecht ist ausgeschlossen, wenn arglistiges Handeln des Verbrauchers vorliegt oder der Verbraucher Recht unzulässig ausübt.⁷⁶ J kannte das Verbot von Schwarzarbeit. Er verfügt über laienhafte Kenntnisse,

wobei er keine rechtlichen Folgen, wie etwa die Gesamtnichtigkeit des Vertrages, absehen konnte. Folglich liegt kein treuwidriges Verhalten des J vor. Mithin ist das Widerrufsrecht nicht gem. § 242 ausgeschlossen.

6. Widerrufserklärung

a) Form

Der Widerruf müsste formgerecht erklärt worden sein. Gem. § 355 Abs. 1 S. 2 erfolgt der Widerruf durch eindeutige Erklärung gegenüber dem Unternehmer. J sendete am 15.10.2021 eine E-Mail an M, in welcher er seinen Widerruf wörtlich erklärte und ihn zur Rückzahlung der entrichteten Vergütung aufforderte. Folglich liegt eine eindeutige Erklärung des Widerrufs gegenüber dem Unternehmer vor.

b) Frist

Die Widerrufserklärung müsste fristgerecht erklärt worden sein. Die Frist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 14 Tage. Sie beginnt mit Abschluss des Vertrages soweit keine anderen Bestimmungen i.S.d. § 355 Abs. 2 S. 2 vorliegen. Vertragsschluss war der 15.10.2021. J erklärte den Widerruf am 25.05.2022. Somit wurde die vierzehntägige Frist nicht eingehalten. Fraglich ist, ob J von M über sein Widerrufsrecht aufgeklärt wurde und ob dementsprechend die Frist mit Abschluss des Vertrages begonnen hat. Gem. § 356 Abs. 3 S. 2 beginnt die Frist erst, wenn der Unternehmer den Besteller über das ihm zustehende Widerrufsrecht unterrichtet hat. Erfolgte keine Unterrichtung, so endet die Frist spätestens 12 Monate und 14 Tage nach dem in § 356 Abs. 2 oder § 355 Abs. 2 festgelegten Zeitpunkt. J wurde nicht von M i.S.d. Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB über ein Widerrufsrecht aufgeklärt. Dementsprechend endet die Frist spätestens am 29.10.2022. Mithin erklärte J den Widerruf fristgerecht.

7. Kein Ausschluss

Der Widerruf dürfte nicht durch Ausschlussgründe aus § 312 ausgeschlossen sein. Es liegen keine Ausschlussgründe vor. Mithin ist der Widerruf nicht ausgeschlossen.

II. Rechtsfolge

1. Erlöschen der Primärpflichten

Wird der Widerruf wirksam erklärt, erlöschen die Primärpflichten.⁷⁷ J hat die Vergütung bereits gezahlt und seine

⁷³ Ebenda.

⁷⁴ BGH WM 1955, 1290.

⁷⁵ BGHZ 183, 235; BGH NJW 2010, 610.

⁷⁶ BGHZ 183, 235; BGH NJW 2010, 610.

⁷⁷ Oechsler, Schuldrecht BT, § 2 Rn. 360.

Primärpflicht aus dem Schuldverhältnis erfüllt. M hat die Malerarbeiten am 21.10.2021 mangelhaft beendet und die Nacherfüllung verweigert. Demzufolge hat M seine Primärpflichten nicht erfüllt. Diese erlöschen mit Erklärung des Widerrufs.

2. Rückgewährschuldverhältnis, § 355 Abs. 3 S. 1

Das Schuldverhältnis wandelt in ein Rückgewährschuldverhältnis §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1. Bereits empfangene Leistungen müssen spätestens nach 14 Tagen Zug-um-Zug zurückgewährt werden. Gem. §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 muss M die bereits entrichteten 3000 € an J zurückzahlen.

III. Ergebnis

J hat gegen M einen Anspruch auf Zahlung der 3000 € aus §§ 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355.

ANMERKUNGEN

Der Verfasser beherrscht den Gutachtenstil.

Im Rahmen von Frage 1 gerät die Prüfung des Vertragsschlusses etwas zu knapp. Die korrekte Norm im Obersatz für die Erlöschungswirkung der Aufrechnung ist § 389 BGB. Die Bearbeitung der Fragen 2 und 3 gelingt. Lediglich im Rahmen von Frage 3 hätte der Verfasser thematisieren können, ob es sachgerecht ist, dass ein unionsrechtliches Werkzeug, wie der Widerruf, durch mitgliedstaatliche Nichtigkeitsgründe verkürzt wird, würde man die Anwendung ablehnen. Das ist aber Meckern auf hohem Niveau.

Die Schwerpunktsetzung gelingt in hohem Maße.

Die besonders hervorragende Leistung bewerte ich mit Sehr gut (16 Punkte).

Klausurs im Grundkurs Strafrecht I, 14 Punkte

stud. iur. Raja Rabea Zita Mudrak

Die Klausur ist in der Veranstaltung Grundkurs Strafrecht I im Wintersemester 2021/2022 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt werden.

Herzlicher Dank gebührt dabei Prof. Dr. Sascha Ziemann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts erklärt hat.

Fall (Anteil an der Gesamtbewertung: 80 %)

A feiert am Wochenende mit guter Laune in einer nahegelegenen Kneipe. Leicht angetrunken sieht sie ihren Bekannten B, den sie nicht leiden kann, an einem Nachbartisch. A möchte sich einen Spaß erlauben und ihre Abneigung ihm gegenüber deutlich machen. Sie weiß, dass B sehr empfindlich auf Bemerkungen bezüglich seines Übergewichtes reagiert. Im Vorbeigehen ruft sie dem B deshalb zu: „Wenn du noch mehr Bier trinkst, platzt dein Bierbauch, du dickes Schwein!“. B, der sich direkt persönlich angegriffen fühlt, holt zu einem Schlag aus, welchem die A jedoch gekonnt ausweicht. Dieses kann B nicht auf sich sitzen lassen und holt ein Messer aus seiner Hosentasche. A bekommt es jetzt richtig mit der Angst zu tun, da sie nicht weiter zurückweichen kann und auch die „Stopp“-Rufe den B nicht aufhalten. In dem Moment, als B seine Hand mit dem Messer erhebt, holt A ihr Pfefferspray aus der Hosentasche und sprüht es in das Gesicht des B. Dieser wendet sich daraufhin mit tränenden Augen und starkem Husten ab und A kann aus der brenzigen Situation entkommen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit der A in einem Gutachten.

§ 185 StGB ist nicht zu prüfen.

Zusatzfrage (Anteil an der Gesamtbewertung 20%)

Ordnen Sie die folgenden Schlagzeilen den Ihnen bekannten Straftheorien zu und begründen Sie ihre Zuordnung kurz:

1. „Straftäter einfach nur wegzusperren hilft nicht, wir müssen sie unterstützen. Das hilft am Ende auch uns allen.“
2. „Gefährliche Sexualstraftäter müssen weggesperrt werden!“
3. „Die Strafen sind viel zu niedrig! Je höher die Strafen, desto weniger Kriminalität.“
4. „Wer eine Straftat begeht, muss dafür büßen. Das sind wir den Opfern schuldig.“

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit der A

A könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie B Pfefferspray in das Gesicht sprühte.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB

a) Eintritt des tatbestandlichen Erfolges

Dazu müsste A den B körperlich misshandelt oder in seiner Gesundheit geschädigt haben.

aa) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Die A hat dem B Pfefferspray in das Gesicht gesprüht, woraufhin dessen Augen tränten und er stark husten muss. Das körperliche Wohlbefinden des B wurde somit stark beeinträchtigt. Verstärkt wird dies zudem dadurch, dass das Gesicht und besonders die Augen eine besonders vulnerable und empfindliche Körperregion ist.

bb) Gesundheitsschädigung

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines – nicht nur unerheblichen – pathologischen Zustandes. Vorliegend fangen die Augen

des B an zu tränen und er hustet. Diese Reaktion des Körpers stellt einen pathologischen Zustand dar, der besonders erheblich ist.

cc) Zwischenergebnis

Somit wurde B sowohl körperlich misshandelt als auch in seiner Gesundheit geschädigt.

b) Kausalität

Die Handlung der A muss aber auch kausal für den Erfolgseintritt, die Körperverletzung des B, sein. Kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel. Wenn A nicht das Pfefferspray in das Gesicht des B gesprüht hätte, würden dessen Augen nicht tränen und er müsste nicht husten. Somit ist die Handlung der A kausal.

c) Objektive Zurechnung

Der Taterfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein tatbestandlicher Erfolg, wenn der Täter durch sein Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat. A hat durch die Benutzung des Pfeffersprays eine rechtlich missbilligte Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des B geschaffen, welche sich in den tränenden Augen und dem Husten konkret realisiert hat. Folglich ist der Taterfolg der A objektiv zurechenbar.

2. Objektiver Tatbestand der Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB

a) Gesundheitsschädlicher Stoff, § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB

A könnte das Qualifikationsmerkmal des gesundheitsschädlichen Stoffes gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB durch das Benutzen des Pfeffersprays erfüllt haben. Gesundheitsschädliche Stoffe sind solche, die geeignet sind auf chemische oder physikalische Weise die Gesundheit eines Menschen zu schädigen. Das Pfefferspray ist aufgrund seiner chemischen Zusammensetzung dazu im Stande, bei Anwendung eine Reaktion des Körpers herbeizuführen, die einen Menschen als in seiner Gesundheit geschädigt, qualifiziert. Vorliegend ist dies auch durch die Reaktion des starken Hustens und der tränenden Augen von B zu erkennen. Folglich hat A einen gesundheitsschädlichen Stoff verwendet.

b) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Zudem könnte die Verwendung des Pfeffersprays von A

auch die Qualifikation des gefährlichen Werkzeugs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt haben. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach der objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Ein Pfefferspray ist üblicherweise zur Verteidigung gedacht. Es soll bewusst bei der Anwendung eine körperliche Reaktion auslösen. Somit kann die angegriffene Person sich im Notfall theoretisch selbst helfen bzw. retten. Das Pfefferspray ist also so konstruiert, dass es nach seiner objektiven Beschaffenheit, die Gasmischung in der Pfefferspraydose und Anwendung, also das Sprühen von A in B's Gesicht, eine erhebliche Verletzung herbeiführte (die Gesundheitsschädigung s.o.). Demzufolge hat A sich auch eines gefährlichen Werkzeugs bedient.

3. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. § 223 Abs. 1 StGB

A müsste mit Vorsatz bzgl. der einfachen Körperverletzung gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale, zum Zeitpunkt der Tat. Das Mitführen und Benutzen des Pfeffersprays allein spricht schon dafür, dass A wusste, was sie mit dem Pfefferspray anrichten kann und auch wann es zu benutzen ist. A kommt es gerade darauf an, den B in seiner Gesundheit zu schädigen, sodass sie selbst aus der brenzligen Situation davonkommt. Somit handelt A mit *dolus directus* 1. Grades.

b) Vorsatz bzgl. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 StGB

Zudem müsste A mit Vorsatz bzgl. der Verwendung eines gesundheitsschädlichen Stoffes oder eines gefährlichen Werkzeugs gehandelt haben. Üblicherweise – wie oben bereits erwähnt – ist das Mitführen eines Pfeffersprays und das Wissen wozu es im Stande ist, Ausdruck dafür, dass der Verwender, also A, wusste, dass es ein gefährliches Mittel zu ihrer Verteidigung und ein gesundheitsschädlicher Stoff ist. A wollte das Pfefferspray benutzen und wusste, dass es als gesundheitsschädliches und gefährliches Mittel dazu in der Lage ist, den B in seiner Gesundheit zu schädigen. Somit handelte A auch hier mit *dolus directus* 1. Grades.

II. Rechtswidrigkeit

Des Weiteren müsste A auch rechtswidrig gehandelt haben. Jedoch kommt als Rechtfertigungsgrund für die Handlung des A Notwehr gem. § 32 StGB in Betracht.

1. Notwehr, § 32 StGB

A müsste in Notwehr gem. § 32 StGB gehandelt haben. Dies setzt die folgenden Bedingungen voraus.

a) Notwehrlage

Zunächst muss die Notwehrlage gegeben sein. Dies ist jeder gegenwärtige und rechtswidrige Angriff auf ein notwehrfähiges Gut.

aa) Angriff auf ein notwehrfähiges Gut

Ein Angriff ist jede drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Handeln. Als notwehrfähiges Rechtsgut gelten alle Individualrechtsgüter. B hat bereits zum Schlag gegenüber A ausgeholt, nicht getroffen und daraufhin sein Messer aus der Hosentasche geholt und die Hand erhoben. Es ist also eine drohende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und ggf. auch des Lebens der A ersichtlich. Somit liegt ein Angriff auf das notwehrfähige Gut der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens von A vor.

bb) Gegenwärtigkeit des Angriffs

Der Angriff des B müsste gegenwärtig sein. Ein Angriff ist dann gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch andauert. Vorliegend setzt B gerade durch das Anheben seiner Hand mit dem Messer an, die A anzugreifen. Somit steht der Angriff kurz bevor. Mithin ist dieser gegenwärtig.

cc) Rechtswidrigkeit des Angriffs

Zudem müsste der Angriff des B auch rechtswidrig sein. Der Angriff ist dann nicht rechtswidrig, wenn er seinerseits durch Rechtfertigungsgründe gedeckt ist. Vorliegend sind jedoch keine Rechtfertigungsgründe für den Angriff des B ersichtlich. Dementsprechend ist der Angriff des B rechtswidrig.

dd) Zwischenergebnis

Folglich ist die Notwehrlage gegeben.

b) Notwehrhandlung

Des Weiteren muss auch eine Notwehrhandlung der A vorliegen. Dies meint jede erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung, die gegen den Angreifer gerichtet ist.

aa) Gegen den Angreifer gerichtet

Die Verletzungshandlung der A müsste gegen den Angreifer B gerichtet sein. A besprüht das Gesicht des B mit

Pfefferspray. Somit ist die Verletzungshandlung gegen den Angreifer B gerichtet.

bb) Erforderlichkeit

Weiterhin muss die Verteidigungshandlung der A erforderlich sein. Dies setzt voraus, dass sie geeignet ist und das relativ mildeste Mittel darstellt.

(1) Geeignetheit der Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung der A müsste geeignet sein. Die Verteidigungshandlung ist geeignet, wenn sie den Angriff sofort, sicher und endgültig beendet oder zumindest abschwächt. Vorliegend greift der B die A nicht weiter mit dem Messer an, nachdem sie ihn Pfefferspray ins Gesicht gesprüht hat. Daraufhin hatte er sich von A abgewandt und die A konnte der brenzlichen Situation entkommen. Folglich wurde der Angriff sofort, sicher und endgültig beendet. Mithin ist die Notwehrhandlung der A geeignet.

(2) Einsatz des relativ mildesten Mittels

A müsste das relativ mildeste Mittel verwendet haben, um den Angriff von B abzuwenden. Dabei muss die Verteidigungshandlung das relativ mildeste Mittel unter mehreren gleich geeigneten Mitteln darstellen. A hat bereits durch Stopp-Rufe versucht den B aufzuhalten. Dies hat jedoch nichts bewirkt. Anstatt den B mit Pfefferspray zu besprühen, hätte sie auch einfach wegrennen können. Jedoch gilt der Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. Zudem ist es wahrscheinlich, dass der B in seiner Wut die A verfolgen würde und somit der Angriff nicht beendet oder abgeschwächt und dies mithin nicht gleich geeignet wäre. Dementsprechend ist die Notwehrhandlung der A das relativ mildeste Mittel.

(3) Zwischenergebnis

Die Verteidigungshandlung ist mithin erforderlich.

cc) Gebotenheit der Notwehrhandlung

Zuletzt müsste die Notwehrhandlung der A auch geboten sein. Die Gebotenheit wird an normativen oder sozialemischen Einschränkungen des Notwehrrechts bemessen. Vorliegend hat A gegenüber dem B ihre Abneigung deutlich gemacht. Sie wusste, dass B empfindlich bezüglich Bemerkungen seines Übergewichts ist. Trotzdem hat sie die Bemerkung „Wenn du noch mehr Bier trinkst, platzt dein Bierbauch, du dickes Schwein!“ gemacht. Darin ist eindeutig eine Provokation des B durch die A erkennbar. Fraglich ist, wie die Provokation in der Situation der Notwehr der A

und des Angriffs von B zu sehen ist. Diesbezüglich wird die Drei-Stufen-Theorie herangezogen. Diese besagt, dass zuerst ausgewichen, dann erst sich defensiv und zuletzt aktiv verteidigt werden kann. Vorliegend ist die A dem Schlag des B zuerst ausgewichen. Als dieser dann mit einem Messer auf sie zugeht, hat sie mehrmals gerufen, dass der B stoppen soll. Darin ist eine Schutzwehr, also defensive Verteidigung zu sehen. Als dies den B nicht aufgehalten hat und dieser sein Messer zum Angriff erhoben hat, hat A erst ihr Pfefferspray rausgeholt und sich aktiv verteidigt und einen Gegenangriff i.S.d. Trutzwehr gestartet. Dementsprechend ist in dem Einhalten der Drei-Stufen-Theorie in Folge der Provokation von A dennoch die Gebotenheit der Handlung ersichtlich.

dd) Zwischenergebnis

Somit ist die Notwehrhandlung gegeben.

c) Subjektives Rechtfertigungselement

Schlussendlich muss A auch Kenntnis von ihrer Notwehrlage und einen Verteidigungswillen gehabt haben. Vorliegend wusste A, dass sie sich in Gefahr befindet und versucht mehrere Mittel, um den Angriff des B abzuwenden. Das Benutzen des Pfeffersprays als finale Handlung spricht eindeutig für ihren Verteidigungswillen und ihr Bewusstsein, dass sie sich in einer Notwehrlage befindet.

2. Zwischenergebnis

Somit handelte A in Notwehr gem. § 32 StGB und mithin nicht rechtswidrig.

B. Ergebnis

Demzufolge hat A sich nicht der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht, indem sie B Pfefferspray ins Gesicht sprühte.

Zusatzfrage

1. Die erste Schlagzeile ist der relativen Straftheorie und in diesem Sinne der positiven Generalprävention zuzuordnen. Diese ist zukunftsorientiert und zielt auf die Resozialisierung der Straftäter in die Gesellschaft ab, genauso, wie es die Schlagzeile mit den Worten „wir müssen sie unterstützen“ beschreibt.

2. Die zweite Schlagzeile ist der absoluten Straftheorie zuzuordnen, weil sie von der einfachen Wegsperrung der Straftäter spricht. Dies zeigt Vergeltung, welches ein Kriterium der absoluten Straftheorie ist.

3. Die dritte Schlagzeile ist der relativen Straftheorie und in diesem Sinne der negativen Generalprävention zuzuordnen. Dabei geht es um die Abschreckung von potenziellen Straftätern durch Sanktionen. Genauso fordert die Schlagzeile, dass höhere Strafen verhängt werden müssen und somit weniger Kriminalität durch diese Art der Prävention herrscht.

4. Die vierte Schlagzeile ist der absoluten Straftheorie zuzuordnen. Sie handelt davon, dass die Täter büßen müssen und man dies den Opfern schuldig sei. Dies zeigt klar, dass die Vergeltung im Vordergrund steht, wie es auch von der absoluten Straftheorie gefordert ist.

ANMERKUNGEN

Die Prüfung des Tatbestands überzeugt. Zusätzlich hätte noch die Qualifikation des Gifts oder einer Waffe nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 1 StGB geprüft werden können.

Ein besonderer Schwerpunkt lag auf der Prüfung der Rechtswidrigkeit. Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB wird gesehen. Die Prüfung der Notwehrlage kann grundsätzlich gelingen. Bei der Rechtswidrigkeit des Angriffs wird allerdings nicht angesprochen, dass hier auch eine Rechtfertigung des B über § 32 StGB in Betracht kommt. Die Prüfung der Notwehrhandlung kann in vollem Umfang gelingen. Die Prüfung der Notwehrprovokation ist vollumfänglich zufriedenstellend.

Die Zusatzfrage kann teilweise zutreffend beantwortet werden. Bei Nr. 1 handelt es sich um die positive Spezialprävention und bei Nr. 2 um die negative Spezialprävention.

Insgesamt wird der Gutachtenstil beherrscht und durchgehend eingehalten. Die Klausur ist sehr gut strukturiert und nachzuvollziehen. Verf. zeigt ein gutes Problembewusstsein. Die Schwerpunkte der Klausur werden durch eine umfangreiche Bearbeitung hervorgehoben.

Es handelt sich um eine Bearbeitung, die erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegt und deshalb mit 14 Punkten (gut) zu bewerten ist.

Klausur im Sachenrecht II, 16 Punkte

stud. iur. Marlene Streilein

Die Klausur wurde in der Veranstaltung Sachenrecht II im Wintersemester 2022/2023 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Felipe Temming für das Einverständnis zur Veröffentlichung des Sachverhalts.

Sachverhalt

Fall 1

Die junge Landschaftsarchitektin und Umweltplanerin Anna (A) und ihr Partner, der joviale Weinliebhaber Florian (F), sind auf der Suche nach einem passenden unbebauten Grundstück. A will sich dort fachlich verwirklichen und das unbebaute Land neu gestalten, während F dort plant, Weinreben anzubauen. Sie finden ein geeignetes Grundstück bei Bauer Nils (N). Es handelt sich um einen Acker, den N momentan noch für den Anbau von Zuckerrüben nutzt. Die drei werden sich schnell handelseinig. Der notarielle Kaufvertrag wird am 3. August 2022 geschlossen. A und F sollen je zu ½-Anteil das Grundstück erwerben. Auf Bitten des N hin soll die Auflassung aber erst am 15.11.2022 erfolgen, damit er die gesäten Rüben noch ernten kann. A und F stimmen dem zu, verlangen aber eine Auflassungsvormerkung für das gekaufte Grundstück im Grundbuch. N stimmt zu und lässt die Auflassungsvormerkungen zugunsten F und A Mitte August 2022 eintragen. A lässt die Auflassung beim Grundbuchamt unter Vorlage der Auflassungsurkunde am 22. November 2022 vornehmen. Kurz danach stellt sich raus, dass bereits am 18.11.2022 ein Widerspruch des Onkels des N – des P – eingetragen worden war. Dieser behauptet zu Recht, dass N fälschlicherweise als Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden sei in Folge einer Erbauseinandersetzung, obwohl eigentlich der P hätte eingetragen werden müssen. P fordert nunmehr von A und F Grundbuchberichtigung.

Zu Recht?

Fall 2

Die Großmutter Isabell (I) möchte für ihren Enkel Boris (B) ein Nießbrauchsrecht an dem ihr gehörigen und von ihr und ihrem Mann bewohnten Grundstück bestellen. Sie und ihr Mann möchten demnächst in ein Altersheim ziehen und ihrem Enkel das Haus zur Bewohnung überlassen. Daher eröffnet sie dem B kurz nach seinem 17. Geburtstag, dass sie ihm das Nießbrauchsrecht nun einräumen will. Mit 17 sei der Junge schließlich alt genug. Um den B nicht zu sehr in die Pflicht zu nehmen beim Nießbrauch, bietet die I dem B an, weiterhin sämtliche Instandhaltungskosten, Steuern und Abgaben des Grundstücks zu zahlen. Schließlich solle der B nicht davon erschlagen werden. Der B ist erfreut über das liebe Angebot und nimmt dankend an. Zwei Tage danach lässt I den Nießbrauch zugunsten des B eintragen.

Es kommt nun anders als erwartet: der Umzug in das Altersheim verzögert sich auf Grund der Corona-Pandemie und soll statt nächstem Monat, nun doch erst in sechs Monaten möglich sein. B entpuppt sich als gar nicht so lieber Enkel wie von I angenommen. In Vorfreude auf „sein neues Haus“ hat er bereits sein gesamtes Ersparnis in neue Möbel gesteckt, die er nun in das Haus schaffen will. B, der relativ spitzfindig ist, schaut ins Gesetz und meint einen Anspruch auf Herausgabe bezüglich des Grundstücks gegen die I zu haben. Er erzählt seinen Eltern (E) davon, die erfreut sind ihren Sohn endlich aus dem Haus zu haben. Von B nicht beabsichtigt, denken E, es handle sich aber nicht bloß um die Einräumung einer dinglichen Belastung zugunsten des B. E gehen vielmehr davon aus, dass B von I das Grundstück geschenkt bekommt. Sie erklären sodann gegenüber B: „Ja, ja. Das passt schon, mach du nur.“

Der Mann der I hat unterdessen von der Bestellung des Nießbrauchs erfahren und von der Absicht des B, ihn und seine Frau mit dem Herausgabeanspruch zu konfrontieren. Er meint sich zu erinnern, dass die Nießbrauchbestellung für

den minderjährigen B gar nicht so unproblematisch sei. Die E haben zwischenzeitlich verstanden, dass es nicht um eine Eigentumsübertragung geht, und haben Angst, dass B durch die Einräumung des Nießbrauchs wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt sein wird. Sie erklären ihm sodann, dass sie sich an ihre Worte nicht mehr gebunden fühlten und er „das doch jetzt alles rückgängig machen solle und das ganze Ding geplatzt sei“. B indes beharrt auf seinem Anspruch gegen die I und verlangt Herausgabe des Grundstücks.

Zu Recht?

Zusatzfrage: Nennen und erklären Sie im Hinblick auf den Erwerb des Grundstückseigentums mindestens fünf Grundsätze der Grundbuchordnung (GBO).

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Fall 1:

P könnte einen Anspruch gegen A und F auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB (alle folgenden Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind die des BGB) haben.

I. Unrichtiges Grundbuch

Zunächst müsste das Grundbuch falsch sein. Als Eigentümer eingetragen ist N. Wahrer Eigentümer soll jedoch P sein. Fraglich ist, ob P sein Eigentum verloren hat.

1. Eigentumsverlust an N, §§ 873, 925

P könnte sein Eigentum gem. §§ 873, 925 an N verloren haben. Jedoch fehlt hierzu die nach §§ 873, 925 erforderliche Einigung. N ist nicht Eigentümer geworden.

2. Eigentumsverlust an A und F, §§ 873, 925

A und F könnten Eigentümer geworden sein.

a) Einigung, §§ 873 Abs. 1, 925

Eine Einigung müsste bestehen. Gem. § 925 Abs. 1 S. 1, 2 müsste die Einigung zur Grundstücksübertragung bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Parteien vor dem Notar erklärt werden. Es besteht eine Auflassungsurkunde. Gem. § 925 Abs. 2 ist eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam. Fraglich ist, ob also die Bitte des N, dass die Auflassung erst am 15.11.2022 erfolgen soll, zur Unwirksamkeit führt. Jedoch ist es üblich, dass zwischen Eintragung ins Grundbuch und Einigung einige Zeit vergeht. N wollte damit lediglich bewirken, dass die Eintragung ins Grundbuch erst später erfolgt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Auflassung vor dem Notar unter der Zeitbestimmung erfolgte. Es handelt sich nur um eine Absprache zwischen A, F und N, wann die

tatsächliche Eintragung erfolgen soll. Mithin greift § 925 Abs. 2 nicht.

A und F sollen das Grundstück zu ½-Anteil bekommen. ½-Anteil bedeutet nicht, dass A eine Hälfte erhält und F eine Hälfte, sondern das gesamte Grundstück gehört A und F gleichermaßen. Damit verstößt dies nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Eine wirksame Einigung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 besteht.

b) Eintragung

Gem. §§ 873 Abs. 1, 13 ff. GBO muss die Eintragung ins Grundbuch erfolgt sein. Am 22.11.2022 lässt A die Auflassung beim Grundbuchamt vornehmen. Eine Eintragung besteht.

c) Einigsein (vgl. § 873 Abs. 2)

A, F und N sind sich zum Zeitpunkt der Eintragung noch einig.

d) Berechtigung

N müsste berechtigt gewesen sein. N ist nicht der Eigentümer. Auch hat P nicht eingewilligt oder genehmigt (§ 185 Abs. 1, 2). N war nicht berechtigt.

A und F sind nicht gem. §§ 873, 925 Eigentümer geworden.

3. Gutgläubiger Erwerb, §§ 873, 925, 892

A und F könnten gem. §§ 873, 925, 892 gutgläubig erworben haben.

a) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts

Es müsste ein Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts bestehen. A, F und N sind personenverschieden. Ein Verkehrsgeschäft besteht.

b) Unrichtiges Grundbuch, § 891

Das Grundbuch müsste unrichtig gewesen sein und den Veräußerer legitimieren. N stand im Grundbuch und war als Veräußerer legitimiert. Das Grundbuch war unrichtig.

c) Guter Glaube

Gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 müssten A und F gutgläubig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn sie keine positive Kenntnis hatten. Als Zeitpunkt ist die Vollendung des Rechtserwerbs (Eintragung) maßgebend. Am 22.11.2022 wussten sie nichts von der fehlenden Eigentümerstellung des N. Erst kurz danach wird der eingetragene Widerspruch entdeckt. A und F sind gutgläubig.

d) Kein Widerspruch

Es dürfte zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs (Eintragung) kein Widerspruch gem. § 899 eingetragen sein. Die Eintragung erfolgte am 22.11.2022. Der Widerspruch war aber schon am 18.11.2022 eingetragen. Fraglich ist, ob die bestehende Vormerkung einen Einfluss hat. Dafür müsste die Vormerkung zunächst gem. §§ 883, 885 wirksam entstanden sein.

aa) Bestehen der Vormerkung**(1) Sicherungsfähiger Anspruch**

Gem. § 883 Abs. 1 müsste ein Anspruch bestehen. Dies ist der Kaufvertrag zwischen A, F und N.

(2) Bewilligung

N hat die Vormerkung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 bewilligt.

(3) Eintragung

Die Vormerkung wurde Mitte August gem. § 873 Abs. 1 eingetragen.

(4) Berechtigung

N müsste berechtigt gewesen sein. Dies ist er nicht (s.o.).

A und F haben die Vormerkung nicht gem. §§ 883, 885 erworben.

bb) Gutgläubiger Erwerb

A und F könnten die Vormerkung gutgläubig erworben haben. Fraglich ist, welche Rechtsgrundlage herangezogen wird. Eine Ansicht zieht § 892 als Rechtsgrundlage heran, da die Vormerkung eine dingliche Verfügung sei. Die andere Ansicht zieht § 893 Alt. 2 i.V.m. § 892 als Rechtsgrundlage heran. Die Vormerkung ist nämlich keine dingliche Verfü-

gung, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art, welches auch schon die separate Regelung des § 885 zeigt. Damit ist die passende Rechtsgrundlage § 893 Alt. 2.

(1) Verkehrsgeschäft

Ein Verkehrsgeschäft besteht.

(2) Unrichtiges Grundbuch

Das Grundbuch ist unrichtig.

(3) Guter Glaube

A und F sind zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung gutgläubig.

(4) Kein Widerspruch

Der Widerspruch wurde nach der Eintragung der Vormerkung eingetragen. Es bestand kein Widerspruch.

Damit haben A und F gutgläubig eine Vormerkung erworben.

Fraglich ist nun, ob die Vormerkung auf den Zeitpunkt, zu dem kein Widerspruch eingetragen sein darf, Einfluss hat. Eine Ansicht verneint dies. Ist der Widerspruch vor Eintragung eingetragen worden, scheitert der gutgläubige Erwerb des Grundstücks. Eine andere Ansicht bejaht einen Einfluss der Vormerkung. So ist der Vormerkungsberechtigte schutzwürdig. Da sonst die Funktion der Vormerkung völlig vereitelt werden würde, ist der anderen Ansicht zu folgen.

Weiter ist umstritten, ob § 888 Abs. 1 analog angewendet werden soll oder eine teleologische Extension des § 883 Abs. 2 S. 1 erfolgt. Eine erste Meinung will dem Vormerkungsberechtigten den Anspruch aus § 888 Abs. 1 auf Zustimmung einräumen. Eine zweite Meinung will aus § 888 Abs. 1 analog direkt den gutgläubigen Erwerb ermöglichen. Eine dritte Meinung schafft eine teleologische Extension des § 883 Abs. 2 S. 1. Dieser Meinung ist zu folgen. Die anderen Meinungen formen den § 888 Abs. 1 systemwidrig um. Dennoch verdient der Vormerkungsberechtigte einen gewissen Schutz. Die Wirkung der Vormerkung darf nicht vereitelt werden. Eine teleologische Extension des § 883 Abs. 2 S. 1 soll stattfinden. Damit hat die Vormerkung einen Einfluss. Zum Zeitpunkt des Eintrags der Vormerkung war noch kein Widerspruch eingetragen.

e) Zwischenergebnis

Damit besteht kein Widerspruch.

4. Zwischenergebnis

Mithin sind alle Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs erfüllt. M und F haben gutgläubig das Grundstück gem. §§ 873, 925, 892 erworben.

II. Zwischenergebnis

M und F stehen im Grundbuch. Damit ist das Grundbuch richtig.

III. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 894 besteht nicht.

Auch Ansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 823 bestehen nicht.

Fall 2:

Fraglich ist, ob B gegen I einen Anspruch auf Herausgabe hat. Der § 985 lässt sich als Anspruchsgrundlage nicht direkt heranziehen, denn B ist kein Eigentümer, sondern nur Nießbraucher (§ 1030). § 1036 Abs. 1 berechtigt den Nießbraucher zum Besitz. Auch hier kann nicht direkt ein Anspruch auf Herausgabe abgeleitet werden. § 1065 regelt Beeinträchtigungen des Nießbrauchs. Wird sein Recht beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Über § 1065 ist also § 985 anwendbar.

I. Anspruchsgegner

I ist als Bestellerin des Nießbrauchs Anspruchsgegnerin und besitzt noch die Immobilie.

II. Anspruchssteller

Anspruchssteller müsste der Nießbraucher sein. Fraglich ist, ob B gem. §§ 1030, 873 Nießbraucher geworden ist.

1. Einigung, § 873 Abs. 1

Eine Einigung ist erforderlich. I und B wurden sich einig. Jedoch ist B minderjährig. Er ist gem. § 106 beschränkt geschäftsfähig. Fraglich ist, ob er durch den Nießbrauch gem. § 107 lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Als Nießbraucher bestehen einige Pflichten. Gem. § 1036 Abs. 2 hat B nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren. Er muss gem. § 1041 die Sache erhalten. Gem. § 1045 Abs. 1 S. 1 besteht eine Versicherungspflicht. Gem. § 1047 muss er die Lasten tragen. Zwar bietet I an, weiterhin sämtliche Instandhaltungskosten, Steuern und Abgaben zu zahlen. Jedoch ist z.B. nicht ersichtlich, ob eine Versicherung (§ 1045 Abs. 1 S. 1) inkludiert ist. Damit kann I nicht komplett alle Pflichten des B als Nießbraucher ab-

wenden. Mithin ist der Nießbrauch nicht gem. § 107 lediglich rechtlich vorteilhaft.

Gem. § 108 Abs. 1 hängt die Wirksamkeit nun bei einem Vertragsschluss ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter von der Genehmigung (§ 184 Abs. 1) ab. Das Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam. Die Eltern des B dachten, dass B das Grundstück geschenkt bekommt und erklärten daraufhin die Genehmigung. Diese Genehmigung bezieht sich aber nur auf eine Schenkung, nicht auf den Nießbrauch. Den Nießbrauch haben die E damit nicht genehmigt. Als die E von dem Nießbrauch erfahren haben, erklärten sie, dass sie damit nicht einverstanden sind. Eine Genehmigung im Hinblick auf den Nießbrauch besteht nicht. Gem. §§ 106, 108 Abs. 1 ist das Geschäft also (bei fehlender Genehmigung) unwirksam.

2. Zwischenergebnis

Eine wirksame Einigung gem. § 873 Abs. 1 zwischen I und B besteht nicht. Damit ist der 17-jährige B auch nicht gem. § 1030 Nießbraucher geworden.

Zwar wurde der Nießbrauch eingetragen, I und B waren sich zum Zeitpunkt der Eintragung einig und I war als Eigentümerin berechtigt. Jedoch fehlt die wirksame Einigung gem. § 873 Abs. 1.

III. Ergebnis

B hat gegen I keinen Anspruch auf Herausgabe gem. §§ 1065 i.V.m. 985.

Zusatzfrage:**1. Antragsgrundsatz, § 13 GBO**

Eine Eintragung ins Grundbuch erfolgt gem. § 13 GBO immer nur auf Antrag. Ohne Antrag erfolgt keine Eintragung.

2. Prioritätsgrundsatz, § 17 GBO

Nach dem Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO werden die Anträge nach Eingang abgearbeitet. Ein späterer Antrag wird nicht vor einem früheren Antrag eingetragen.

3. Formelles und materielles Konsensprinzip, §§ 19 und 20 GBO

Gem. § 19 GBO erfolgt eine Eintragung nur bei Bewilligung desjenigen, bei welchem ein Nachteil bewirkt wird. Gem. § 20 GBO ist zur Eintragung eine Einigung zwischen Erwerber und Veräußerer nötig.

4. Prinzip der öffentlichen Form, § 29 GBO

Gem. § 29 GBO müssen zur Eintragung öffentliche Urkunden vorgelegt werden.

5. Prinzip der Voreintragung, § 39 GBO

Gem. § 39 GBO muss der Veräußerer des Grundstücks immer vorher eingetragen gewesen sein.

ANMERKUNGEN

Die Klausurleistung wurde mit 16 Notenpunkten bewertet. Die Bearbeitung gelingt fast vollständig. Hervorzuheben ist insbesondere, dass trotz des bei der Bearbeitung herrschenden Zeitmangels die wesentlichen Probleme erkannt worden sind und einer Lösung zugeführt worden sind. Insbesondere wurde § 1065 als Einfallstor für § 985 erkannt. Bemängelt wurde, dass die Rechtsgrundlage des § 893 Alt. 2 für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung analog angewendet werden soll. Weiterhin hätte bei Fall 2 bei der Rücknahme der Genehmigung der Eltern eine Anfechtung geprüft werden können.

InterAct Law e.V.: Deine Stimme im Diskurs

Dipl.-Jur. Simone Tiedau & stud. iur. Johanna Lange

A. Wer sind wir?

Wir bei InterAct Law e.V. sind ein studentischer und gemeinnütziger Verein. Wir haben es uns zur Aufgabe gemacht, Veranstaltungen auszurichten, bei denen du als Jurist:in von morgen im Fokus stehst. Als unabhängige Vereinigung sind wir politisch neutral und weder an Institutionen der Universität noch an Behörden und Kanzleien inhaltlich oder finanziell gebunden. Mit anderen Worten: Wir können immer genau das machen, was dich und uns bewegt.

B. Was wollen wir?

Die Grundidee von InterAct Law ist folgende: Unsere Welt verändert sich jeden Tag – im Großen, wie im Kleinen. Wir als Gesellschaft stehen immer komplexeren Herausforderungen gegenüber. Auf diese Herausforderungen muss das Recht eine Antwort finden. Es muss sich mitentwickeln. Doch wenn mit Recht Zukunft gestaltet wird, wäre es dann nicht auch sinnvoll, junge Jurist:innen in diesen Prozess und in den zugrundeliegenden Diskurs miteinzubeziehen? Zumindest wir von InterAct Law sind der Meinung, dass diese Frage mit einem klaren „Ja“ zu beantworten ist. Deshalb ist ein wichtiger Teil unserer Arbeit einen gemeinsamen Austausch zu schaffen. Einen Austausch zwischen Studierenden und Expert:innen. Einen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis. Aber vor allem: Einen Austausch auf Augenhöhe.

C. Wie machen wir das?

Unser Konzept ist im Grunde relativ simpel: Da wir wissen, dass unser Ziel ist, deine Stimme in den Diskurs der Welt von morgen einzubringen, müssen wir nur genau hinhören: Was bewegt uns als Gesellschaft und was bewegt junge Jurist:innen? Vor welchen (neuen) Herausforderungen stehen wir? Wo wird Recht justiert? Und wer sind die Entscheidungsträger:innen?

Wenn wir das haben, geht's eigentlich schon an die Arbeit. Wir haben mittlerweile bereits sieben unterschiedliche Veranstaltungsformate etabliert, in denen wir die verschiedenen Themen behandeln können.

Zur Veranschaulichung unserer Arbeit schauen wir uns einmal unser Format „Climate&Law“ und vor allem seine Entstehungsgeschichte an. Denn wie viele unserer Forma-

te ist auch die Idee zu „Climate&Law“ irgendwo zwischen Pizzakartons, Lerngruppen, Club Mate und einer sehr ausgedehnten Mittagspausen-Diskussion entstanden, an deren Ende wir uns die Frage gestellt haben: Was können wir als (angehende) Jurist:innen eigentlich gegen die Klimakrise ausrichten und welche Rolle spielt das Recht überhaupt? Da wir keine wirklich befriedigende Antwort darauf finden konnten, blieb uns nur eins: Wir mussten recherchieren. In den darauffolgenden Wochen stellten wir fest, dass die juristische Perspektive des Klimawandels nicht nur uns, sondern einer ganzen Menge anderer Jurist:innen den Schlaf raubt. Deshalb war uns schnell klar: Wir müssen mit jemandem sprechen, der/die wirklich Ahnung von dem Thema hat. Einer Person mit Expertise, die bereit ist, mit uns in einen Austausch zu treten. Und mit „uns“ meinen wir selbstverständlich nicht nur die Vereinsmitglieder von InterAct Law, sondern alle (jungen) Jurist:innen und Interessierte. Damit war die Idee zu einem neuen Veranstaltungsformat geboren und die nächsten Schritte konnten eingeleitet werden. Innerhalb unserer Mitgliedschaft fand sich ein Team zusammen, welches die redaktionelle Arbeit des neuen Veranstaltungsformats in Angriff nahm. Konzepte wurden überlegt, mögliche Gäste recherchiert, Einladungen verschickt und Fragenkataloge erstellt. Und nach nur wenigen Monaten ließ sich verkünden: Wir von InterAct Law dürfen gemeinsam mit euch unter dem Veranstaltungstitel „Climate Change Litigation vor dem Bundesverfassungsgericht“ mit Dr. Roda Verheyen in den Diskurs treten.

Diese kleine Geschichte ist nur exemplarisch dafür, wie InterAct Law funktioniert, aber vielleicht auch dafür, wie so es so gut funktioniert. Denn wir sind der Überzeugung, dass wir als Team eine ganze Menge schaffen können und auf diese Weise Plattformen kreieren, auf denen deine Stimme einen Platz im Diskurs bekommt.

D. Welche Rolle spielst du bei InterAct Law?

Die wichtigste Frage ist jetzt natürlich: Welche Rolle spielst du bei InterAct Law? Darauf gibt es ganz verschiedene Antworten, je nach dem, worauf du Lust hast.

Auch wenn du kein Mitglied bei InterAct Law bist, ist es uns – wie bereits beschrieben – sehr wichtig, deine Stimme in den Diskurs einzubringen. Dafür geben wir dir die

Möglichkeit, bei jeder unserer Veranstaltungen wirklich alles zu fragen, was dir auf dem Herzen liegt. Vor, während und nach der Veranstaltung. Völlig egal, ob sie online oder in Präsenz stattfindet. Dir brennt ein Thema auf der Seele und du hast eine Idee für eine Veranstaltung? Dann schreib uns immer gerne! Denn du kannst auch im Vorfeld einer Veranstaltung durch deinen Input mitwirken.

Bist du hingegen Mitglied bei InterAct Law, kannst du Teil von allem sein, was der Verein so auf die Beine stellt. Hast du Lust den Inhalt einer Veranstaltung zu gestalten? Dann schau in den Redaktionen unserer Formate vorbei! Bist du ein Bühnenmensch und ganz heiß darauf, Zuschauer:innen durch den Abend zu geleiten? Dann moderier eine Veranstaltung! Bist du mehr der To-Do-Listen-Typ? Dann unterstütze das Team in der Organisation der Veranstaltungen! Du merkst: Auch wenn du es vielleicht noch nicht wusstest, bist du ein wichtiger Teil von InterAct Law. Und das ist auch gut so, denn wir brauchen dich. Unser Credo lautet: Veranstaltungen von Studierenden, für Studierende.

E. Welche Veranstaltungsformate haben wir?

Oben haben wir bereits unsere Veranstaltungsformate angesprochen. Sie dienen uns und dir dazu, die Veranstaltungen und Themen in Kategorien einzuteilen und auf diese Weise eine Struktur für unsere Arbeit vorzugeben.

Climate&Law hast du bereits kennengelernt.

Bei **Equal Basis** geht es um Gleichberechtigung im Recht. Wir wollen Gruppen sichtbar machen, die in der Jurisprudenz nicht ausreichend repräsentiert sind. In den Veranstaltungen soll es darum gehen, ob und wie Gleichberechtigung im Berufsalltag gelebt wird, was und wie sich Situationen ändern müssen, damit unser Berufsfeld diverser und fairer wird. Denn wir als junge Generation angehende Jurist:innen haben die Zukunft der Jurisprudenz in der Hand. Deshalb sprechen wir mit Expert:innen, hören ihre Ratschläge und Lösungen an. Um sie dann in der Gegenwart und Zukunft umsetzen zu können.

Zusammen mit Bundesverfassungsrichterin a.D. Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M. (Michigan) in einem Raum sitzen und über ihre Gedanken während des Mauerfalls 1989 reden oder Prof. Dr. Stephan Lorenz über seine eigene Examensvorbereitung sprechen hören: Genau dafür ist **JurPerspective** da. Das Studium kann hart sein. Wir Studierende machen die schönsten und schlimmsten Erfahrungen in dieser prägenden und anstrengenden Zeit. Doch so ergeht es natürlich nicht nur uns. Alle Jurist:innen mussten die-

se Erfahrungen machen – mag sie auch noch so lange her sein. Wir haben uns überlegt: Wir wollen von denen lernen, die es hinter sich haben. Sie – das sind (bekannte) juristische Köpfe, die aus den unterschiedlichsten Berufsfeldern kommen und ihren persönlichen Lebensweg bereits gefunden haben. Wir finden, das funktioniert am besten in einem persönlichen, nahbaren und authentischen Rahmen, abseits von Interviewfragen, die man schon zig Mal in diversen Zeitschriften gelesen hat. Deshalb sprechen wir mit ihnen über ihre Erfahrungen im juristischen Studium und Berufsweg, aber auch über persönliche Gedanken und ihr Leben.

An einer Podiumsdiskussion mitwirken, auch ohne, dass du Teammitglied bei InterAct Law bist? Ja, das geht! Bei **JurVoice** stimmst du über das Thema der nächsten Diskussion ab und du stellst die Fragen. Anstatt nur Zuhörer:in eines Podcasts oder der nächsten Vorlesung zu sein, bist du hier direkt involviert und verstehst die Thematik aus ihrem Kern heraus.

Außerdem versuchen wir, wortwörtlich den **Zeitgeist** einzufangen. In einer Zeit, wo sich die Welt immer schneller dreht, reden wir mit Expert:innen über Themen, die ihr gestern noch in der Zeitung gelesen habt. Wir möchten aktuelle Themen juristisch aufarbeiten, um unsere Welt besser zu verstehen.

Bei **Toolbox** geht es um den Kern unser aller Studierendenlebens. Das Lernen. Wir wollen euch die Möglichkeit geben, mit erfolgreichen Absolvent:innen über ihr Studium, ihren Lernalltag, ihre Lernmethodik, ihre Hochs und Tiefs und alles, was dazwischen liegt, zu sprechen. Was war ihr Erfolgsrezept? Und gibt es sowas überhaupt? Aber wir wollen auch Perspektivwechsel wagen: Welche Lernmethodik empfehlen Repetitor:innen? Welche Ratschläge vergeben Klausurkorrektor:innen? Und wie bewerten Lernpsycholog:innen die Stoffmenge des juristischen Studiums?

Unser jüngstes Format setzt sich mit der Rolle des Rechts während und im Zuge der **NS-Zeit** auseinander. Der Hintergrund: Wir halten die (gesellschaftliche) Auseinandersetzungen mit dem NS-Unrecht für elementar, empfinden dessen Behandlung an den Universitäten allerdings für unzureichend (obwohl mittlerweile sogar der Gesetzgeber eine solche Auseinandersetzung in § 5a des Deutschen Richtergesetzes explizit fordert). Was wir schon erreicht haben? Infolge unserer Initiative und in Zusammenarbeit

mit der juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover konnten wir die Wanderausstellung des Bundesministeriums der Justiz „Die Akte Rosenberg – Das Bundesjustizministerium im Schatten der NS-Vergangenheit“ im Juni 2022 an unsere Uni holen.

F. Warum solltest du Teil von InterAct Law werden?

Bei InterAct Law lernst du Dinge, die nicht im Curriculum des juristischen Studiums stehen. Wie bei anderen außercurricularen Vereinigungen auch (die wir dir natürlich ebenfalls wärmstens ans Herz legen), entwickelst du Softskills, die auch im Arbeitsleben gebraucht werden. Recherche, Kommunikation, Sprechen vor vielen Menschen. Aber vor allem eines: Teamgeist. InterAct Law ist mehr als nur das reine Zusammenarbeiten. Wir arbeiten zu jeder Zeit auf Augenhöhe, jede:r bekommt bei uns eine Stimme und wird wertgeschätzt. Uns ist wichtig, dass sich jede:r im Team wohl fühlt und zu keinem Zeitpunkt einen Zwang zur Mitarbeit empfindet. Ist jemand gerade in der Examensvorbereitung? Stehen gerade die Schwerpunktarbeit oder persönliche Dinge an? Das ist kein Problem – weil wir als Team miteinander kommunizieren und interagieren. So können wir uns gegenseitig den Rücken freihalten.

Außercurriculares Engagement kann dir zeigen, dass Jura noch mehr ist als das reine Studium. Dass es komplexe (gesellschaftliche) Fragen gibt, die du dir selbst mit Hilfe anderer beantworten kannst. Dass deine Ideen es wert sind, gehört zu werden. Die Arbeit kann ein guter Ausweg aus dem Studienalltag sein und bietet unendlich viele Möglichkeiten, die dem reinen Lernen innerhalb des Curriculums nicht innewohnen.

Deutschlands erste Tax Law Clinic in Hannover – endlich (bald) legal?

RiFG Dr. Thomas Keß & stud. iur. Lennart Sindermann

Dr. Thomas Keß ist Richter am Niedersächsischen Finanzgericht, Lehrbeauftragter für Steuerrecht an der juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und Vorsitzender des VFS Hannover.

Lennart Sindermann ist Student an der Leibniz Universität Hannover und Präsident der Studentischen Vereinigung des VFS Hannover.

Beide sind Gründungsmitglieder des Tax Law Clinic Hannover e.V. i.G.

Seit Jahren bemüht sich der VFS Hannover, der „Verein zur Förderung der Steuerrechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover“, um die Möglichkeit, an der LUH Deutschlands erste Tax Law Clinic errichten zu dürfen und kämpft dabei gegen das gesetzliche Verbot der altruistischen Beratung in Steuerrechtsfragen. Nun ist endlich ein erfreuliches Ende dieses Kampfes in Sicht. Wenn alles glatt läuft, wird es an unserer Universität voraussichtlich ab Mai 2024 eine unentgeltliche, studentische Steuerrechtsberatung für Studierende geben.

Law Clinics – Eine gute Sache

Law Clinics sind in Deutschland mittlerweile ein fester Bestandteil der praxisnahen Ausbildung an den meisten juristischen Fakultäten. In ihnen beraten Studentinnen und Studenten unter Anleitung von Volljuristinnen oder -juristen andere Studierende. Und zwar unentgeltlich. Davon profitieren nicht nur die Beratenen, welche kostenlos eine fundierte Antwort auf ihre Rechtsfragen erhalten. Ebenso profitieren auch die beratenden Studierenden, die ihr im Studium erlangtes theoretisches Wissen auf praktische Fälle anwenden können, erste Erfahrung mit Beratungssituationen erlangen und nicht zuletzt Kontakte zu Berufsträgern knüpfen können.

Dass eine solche unentgeltliche Rechtsberatung überhaupt stattfinden kann, ist Dr. Helmut Kramer zu verdanken. Der mittlerweile 93-jährige Dr. Kramer war Richter am Oberlandesgericht (OLG) Braunschweig und machte sich Zeit seines Berufslebens für eine Aufarbeitung des NS-Unrechts in der Justiz stark. Nach seiner Pensionierung vertrat Dr. Kramer als Rechtsbeistand zwei junge Männer, die als sog. „Totalverweigerer“ sowohl die Ableistung des Wehrdienstes als auch eines Ersatzdienstes verweigert hatten. Das stellte damals eine Straftat dar. Während des in dieser Sache geführten Prozesses zeigte sich Dr. Kramer

selbst wegen eines Verstoßes gegen das damals geltende – noch aus der NS-Zeit stammende – Rechtsberatungsgesetz (RBerG) an. Er gab zu Protokoll, die beiden Männer und zahlreiche andere, ohne die erforderliche Erlaubnis und darüber hinaus auch unentgeltlich vertreten zu haben und weiterhin vertreten zu wollen.

Nach dem RBerG durfte aber die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt worden war. Die Zuwiderhandlung stellte eine Ordnungswidrigkeit dar. Dr. Kramer wurde deshalb durch das Amtsgericht Braunschweig zu einer Geldbuße von 600 DM verurteilt. Das OLG Braunschweig bestätigte diese Verurteilung. Hiergegen wandte sich Dr. Kramer mit einer Verfassungsbeschwerde.

Das Bundesverfassungsgericht gab Dr. Kramer Recht und bemängelte, die Gerichte hätten bei ihren Entscheidungen nicht in Erwägung gezogen, ob das im RBerG geregelte Verbot unter Berücksichtigung der durch das RBerG geschützten Interessen und des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 GG im konkreten Fall eine verfassungskonforme Auslegung erfordere, welche die unentgeltliche Rechtsbesorgung durch einen berufserfahrenen Juristen nicht erfasse. Diese Rechtsprechung galt in der Folgezeit als „lex Kramer“.¹

Im Jahr 2008 wurde daraufhin das RBerG durch das zeitgemäße Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) ersetzt. Zu dem bisher bestehenden Verbot führte die Gesetzesbegründung² aus:

„Das im geltenden Recht angelegte Verbot unentgeltlicher Rechtsberatung ist nicht zeitgemäß und steht mit dem Gedanken von bürgerschaftlichem Engagement nicht mehr im

¹ Vgl. BVerfG, Beschlüsse v. 29.07.2004 – 1 BvR 737/00, NJW 2004, 2662; v. 20.10.2004 – 1 BvR 130/03, WM 2004, 2363; v. 16.02.2006 – 2 BvR 951/04, 2 BvR 1087/04, FamRZ 2006, 539; v. 16.12.2006 – 2 BvR 951/04, NJW 2006, 1502.

² Siehe BT-Drs. 16/3655, S. 39.

Einklang. Aus diesem Grund soll die unentgeltliche Rechtsdienstleistung durch § 6 RDG grundsätzlich erlaubt werden. Die Einbeziehung auch der unentgeltlichen Rechtsberatung in den Schutzbereich des Gesetzes zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtspflege im Jahr 1935 war geprägt von dem Bestreben, jede Umgehung des Verbots der rechtlichen Betätigung der damals vom Beruf des Rechtsanwalts und des Rechtsbeistands ausgeschlossenen Personen, vor allem der zahlreichen jüdischen Rechtsanwälte, zu unterbinden [...]. Verbraucherschutzinteressen haben dieses umfassende Verbot unentgeltlicher Rechtsberatung nie gerechtfertigt“.

§ 6 RDG erlaubt nunmehr ausdrücklich eine unentgeltliche Rechtsberatung. Diese muss jedoch „durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person“ erfolgen.

Die Neuregelung eröffnete damit auch die Möglichkeit, Law Clinics zu gründen. Ein Erfolgsmodell, das seither in großer Zahl an fast allen juristischen Fakultäten in Deutschland umgesetzt wurde. An der Leibniz Universität Hannover gibt es bereits seit 2010 die Legal Clinic, in der Studierende anderen Studierenden etwa bei miet- oder arbeitsrechtlichen Fragen Hilfestellung leisten. Seit 2015 existiert außerdem eine sehr engagierte Refugee Law Clinic, in der Studierende ratsuchenden Geflüchteten rechtlich zur Seite stehen. In Osnabrück beraten Studierende bedürftige Personen, etwa in sozialrechtlichen Angelegenheiten. An anderen Universitäten bestehen studentische Law Clinics für Start-ups, für Menschenrechte und sogar für Strafrecht.

Warum nicht auch im Steuerrecht?

Bereits bei seiner Gründung hatte der VFS Hannover die Idee, an der Leibniz Universität Hannover eine Law Clinic auch für Steuerrecht zu errichten. Der Verein wurde 2015 von zahlreichen Studierenden zusammen mit Vertreterinnen und Vertretern der steuerrechtlichen Praxis aus Beratung, Verwaltung, Gerichten und Unternehmen gegründet. Er hat das Ziel, das steuerrechtliche Angebot an der LUH aufzustocken, um bei den Studierenden Interesse und ein gewisses Gespür für das Steuerrecht und dessen praktische Relevanz zu vermitteln. Dafür organisiert er Symposien, Studienfahrten, Steuerrechts-Crashkurse, Besuche bei Kanzleien, Unternehmen und Behörden sowie studentische Stammtische mit Gästen aus Richterschaft, Rechts- und Steuerberatung, Unternehmen und Verwaltung. Der

Verein unterstützt auch die Teilnahme der Leibniz Universität an dem Steuerrechts-Moot-Court des Bundesfinanzhofs.

Auch mit der Tax Law Clinic will der VFS Hannover Studierende für das Steuerrecht gewinnen und ihnen die Gelegenheit geben, erste praktische Erfahrungen im Steuerrecht sammeln zu können. Steuerrechtsprobleme gibt es auch für Studierende zuhauf: Muss ich eine Steuererklärung abgeben, etwa weil ich einen Job am Lehrstuhl und noch einen bei der Messe hatte? Kann ich eine Steuererklärung abgeben, um gezahlte Lohnsteuer zurückzubekommen? Wie geht das überhaupt? Kann ich die Aufwendungen für mein Studium steuermindernd geltend machen? Und was muss ich sonst noch beachten?

Die Resonanz auf die Idee der Tax Law Clinic ist groß. Bereits an einem ersten Treffen zu ihrer Umsetzung nahmen mehr als 30 Studierende teil. Eine Gruppe von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten innerhalb des Vereins befasste sich mit der Konzeption des Vorhabens. Nach den damaligen Überlegungen sollte die unentgeltliche steuerliche Beratung für Studenten durch Beraterteams unter dem organisatorischen Dach des VFS Hannover erfolgen. Die studentischen Berater sollten dabei durch einen im Steuerrecht tätigen Berufsträger angeleitet werden.

Eine Umsetzung der Pläne war jedoch nicht ohne weiteres möglich. Denn für das Steuerrecht enthält das Steuerberatungsgesetz (StBerG) eigene Befugnisnormen, die denen des RDG vorgehen. Nach dessen § 2 darf die Hilfeleistung in Steuersachen geschäftsmäßig nur von Personen und Vereinigungen ausgeübt werden, die dazu befugt sind. Nach § 3 StBerG sind das nur Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer und entsprechende Gesellschaften. Nicht berechtigt sind jedoch Studierende oder ein studentischer Verein, selbst wenn eine Anleitung durch Rechtsanwälte oder Steuerberater erfolgt. Hieran ändert auch die Unentgeltlichkeit nichts. Denn in § 2 Abs. 1 S. 2 StBerG heißt es weiter: „Dies gilt ohne Unterschied für hauptberufliche, nebenberufliche, entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeiten [...]“. Ausgenommen von der Erlaubnispflicht ist nur die unentgeltliche Hilfeleistung in Steuersachen für nahe Angehörige. Der Betrieb einer Tax Law Clinic durch Studierende für Studierende wäre also illegal und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.

Ein langer Kampf gegen das Verbot...

Der VFS Hannover vertritt jedoch die Auffassung, dass dieses im StBerG enthaltene Verbot im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht haltbar und infolgedessen verfassungswidrig ist. Denn das ebenfalls aus dem Jahr 1935 stammende Verbot im StBerG ist nahezu identisch mit dem im RBerG, welches das Bundesverfassungsgericht in seinen oben genannten Kramer-Entscheidungen als verfassungswidrig angesehen hatte. Zudem führt das Verbot zu einer kaum nachvollziehbaren Ungleichbehandlung gegenüber der altruistischen Rechtsberatung in allen anderen Rechtsgebieten, wie nun auch die Bundesregierung ausführt.³ Daher wurde das Projekt weiterverfolgt. Bei einer „Kick-off“-Veranstaltung im Juni 2018 stellte der VFS Hannover seine weiteren Pläne zum Sturz des Verbots vor. Zu Gast war auch Dr. Helmut Kramer, der über seinen Kampf gegen das Verbot der altruistischen Rechtsberatung im RBerG berichtete.

In der Folge beantragte der VFS Hannover bei dem zuständigen Finanzamt Hannover-Nord entweder die Erlaubnis oder die ausdrückliche Untersagung der Tax Law Clinic. Wie erwartet (und geplant) teilte das Finanzamt mit, dass es die Errichtung der Tax Law Clinic für unzulässig hält. Es führte aus, dass die Tax Law Clinic nicht dazu befugt sei, Steuerberatungen jeglicher Art durchzuführen. Bei einer tatsächlichen Durchführung dieser Tätigkeit müsste die Tax Law Clinic u.a. mit einer Untersagung der Steuerberatungstätigkeit und einer Zurückweisung als Berater rechnen. Ebenso müsse mit einem Bußgeldverfahren gegen die tätigen Personen gerechnet werden. Das Finanzamt stellte zudem klar, dass eine Untersagung aber erst dann möglich sei, wenn der VFS Hannover tatsächlich Steuerberatungen durch die Tax Law Clinic erteilen würde. Ein „vorbeugender Bescheid“, der gerichtlich anfechtbar wäre, sei gesetzlich nicht vorgesehen.

... und äußerst fragwürdige Gerichtsentscheidungen...

Daraufhin erhob der VFS Hannover (wie ebenfalls geplant) bei dem Niedersächsischen Finanzgericht gegen das Finanzamt Klage, gerichtet auf die Feststellung der Zulässigkeit unentgeltlicher Steuerrechtsberatung durch die Tax Law Clinic.

Anders als erwartet und geplant wurde die Klage von dem Finanzgericht jedoch als unzulässig abgewiesen.⁴ Und das obwohl sogar das beklagte Finanzamt die Klage als zulässig ansah. Das Finanzgericht verneinte indes das erforderliche qualifizierte Feststellungsinteresse. Der Verein hätte die Tax Law Clinic zuerst in Betrieb setzen und dann gegen die zu erwartende Untersagungsverfügung des beklagten Finanzamts mit einer Anfechtungsklage vorgehen müssen. Trotz des entsprechenden Hinweises des Finanzamts sei nicht davon auszugehen, dass dieses mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen den Kläger vorgehen werde. Es sei lediglich eine Zurückweisung als Berater zu erwarten.

Die Entscheidung des Finanzgerichts erntete in der Fachliteratur durchweg Kritik.⁵ Auch der VFS Hannover war von den Ausführungen weniger überzeugt als überrascht und entschied sich daher dazu, gegen die Entscheidung beim Bundesfinanzhof vorzugehen. Doch dieser ließ sich leider von dem 72 Seiten starken Schriftsatz nicht beeindrucken. Mit einem recht knappen Beschluss wies der VII. Senat die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurück und schloss sich im Ergebnis der Auffassung des Niedersächsischen Finanzgerichts an. Die Durchführung einer unentgeltlichen Steuerrechtsberatung sei trotz eines möglicherweise drohenden Bußgeldes zumutbar und gerichtliche Schritte könnten erst gegen anschließende repressive Maßnahmen der Finanzverwaltung erfolgen.

Das Finanzgericht und der Bundesfinanzhof haben dem VFS Hannover damit de facto nahegelegt, eine rechtswidrige Handlung zu begehen. Gegen die u.U. gravierenden Folgen (Geldbuße, Verlust der Gemeinnützigkeit) könne man sich ja anschließend gerichtlich wehren. Die sog. „Damokles“-Rechtsprechung blieb bei diesen Entscheidungen offenbar unbeachtet. Nach dieser ist es „einem Betroffenen nicht zuzumuten, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen. Der Betroffene hat vielmehr ein schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als ‘fachspezifischere’ Rechtsschutzform einzuschlagen, insbesondere wenn ihm ein Ordnungswidrigkeitenverfahren droht“.⁶ Dabei reicht es als „Damoklesschwert“ aus, „wenn eine behördliche Maßnahme angekündigt ist, die für den

³ BR-Drs. 361/23, S. 27.

⁴ Niedersächsisches FG, Urteil v. 25.07.2019 – 6 K 298/18, EFG 2020, 222.

⁵ Z.B. Kilian, DStR 2020, 406; Krumm in: Tipke/Kruse AO/FGO, § 41 FGO, Rn. 17.

⁶ BVerfG, Beschluss v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856.

Adressaten straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen haben kann“.⁷ Denn der Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG gewährt, verlangt eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle und möglichst lückenlosen Schutz.⁸ Das gilt selbstverständlich auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in Abgabenangelegenheiten, die der Finanzgerichtsbarkeit zugewiesen sind.

... und gegen noch mehr Gerichtssentscheidungen.

Der VFS Hannover beschloss, der finanzgerichtlichen Anstiftung zum Gang in die mögliche Illegalität nicht zu folgen. Stattdessen wurde nach langer Diskussion der Stolpersteine und rechtlichen Hürden im Oktober 2021 durch die Mitglieder des VFS Hannover ein neuer Verein namens „Tax Law Clinic Hannover“ gegründet, dessen einziger Satzungszweck die Errichtung und der Betrieb der (verbotenen) Tax Law Clinic an der Leibniz Universität Hannover ist.

Die für die Eintragung in das Vereinsregister erforderlichen Unterlagen wurden notariell beglaubigt und mit einem Hinweis auf die mögliche Rechtswidrigkeit des Vereinszwecks an das Registergericht übersandt. Dieses verwehrte (wie erwartet und geplant) die Eintragung ins Vereinsregister aufgrund eines fehlenden (wirksamen) Satzungszwecks, da der bestehende Zweck aufgrund des Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sei. Der sich in Gründung befindende Tax Law Clinic Hannover Verein (e.V. i.G.) legte daraufhin Beschwerde ein, der weder das Amtsgericht noch das Oberlandesgericht Celle abhalf. Das Oberlandesgericht sah die Verbotsnorm als verfassungsgemäß an, bestätigte die Entscheidung des Amtsgerichts, ließ jedoch die Rechtsbeschwerde zu.⁹ Diese legte der e.V. i.G. bei dem Bundesgerichtshof ein. Tatkräftig unterstützt und vertreten wurde er dabei von dem Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof und Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover Prof. Dr. Volkert Vorwerk.

Ende März dieses Jahres entschied der Bundesgerichtshof – leider ebenfalls gegen die Tax Law Clinic. Von der Verfassungswidrigkeit des im StBerG geregelten Verbots war er nicht überzeugt. Zwar sei es fraglich, ob der durch

das Verbot verfolgte Schutz der Rechtsuchenden einen so weitgehenden Ausschluss unentgeltlicher Steuerrechtsberatung erfordere, denn dieser Schutz könne auch durch die mittlerweile im RDG vorgesehene Anleitung der beratenden Studierenden durch qualifizierte Personen, also durch Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte, erfolgen. Eine solche Anleitung, die keine ständige Begleitung und Beaufsichtigung der Beratenden, sondern lediglich eine Mitwirkung im Einzelfall erfordere, genüge auf dem Gebiet des Steuerrechts aber nicht. Denn hier diene das Verbot auch der Sicherung des Steueraufkommens. Auch wenn die durch die Tax Law Clinic beratenen Steuerfälle regelmäßig nur von geringerem finanziellem Gewicht sein dürften, könne sich eine Vielzahl dieser Fälle in der Summe für das Steueraufkommen auswirken.¹⁰ Dieses Argument überzeugt allerdings nicht. Denn verfassungsrechtlich geschützt ist nur das gesetzmäßige und gleichmäßige Steueraufkommen, nicht aber die Maximierung des nominalen Steueraufkommens.

Da Steuergesetze einen empfindlichen Eingriff in die Vermögens- und Rechtssphäre der Steuerpflichtigen enthalten, müssen sowohl die Vorschriften wie auch deren Anwendung dem Gedanken einer möglichst gleichmäßigen Belastung der Steuerpflichtigen besonders sorgfältig Rechnung tragen und auf eine gleiche Verteilung steuerlicher Lasten achten.¹¹ Belegt wird dies auch durch § 85 AO der Abgabenordnung, der die verfassungsrechtlichen Besteuerungsgrundsätze einfachgesetzlich wiedergibt. Danach haben die Finanzbehörden die Steuern „nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig“ festzusetzen und zu erheben. Insbesondere haben sie sicherzustellen, dass Steuern nicht verkürzt, zu Unrecht erhoben oder Steuererstattungen und Steuervergütungen nicht zu Unrecht gewährt oder versagt werden. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Steuern sollen weder zu hoch noch zu niedrig festgesetzt werden.“¹² Die Aufgabe die Besteuerung zu maximieren, findet sich hier gerade nicht. Um ihre Rechte im Rahmen der Besteuerung vollständig zur Geltung bringen zu können und nicht über Proporz besteuert zu werden, benötigen vor diesem Hintergrund gerade Laien Unterstützung in ihren Steuerangelegenheiten.¹³

⁷ BVerwG, Urteil v. 23.06.2016 – 2 C 18/15, NVwZ-RR 2016, 907.

⁸ BVerfG, Beschluss v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856.

⁹ OLG Celle, Beschluss v. 10.03.2022 – 9 W 14/22, BeckRS 2022, 46940.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 28. März 2023 – II ZB 11/22, MDR 2023, 927.

¹¹ BVerfG, Beschluss v. 3.07.1973 – 1 BvR 368/65, BVerfGE 35, 324; Urteile v. 20.04.2004 – 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274; v. 20.12.1966 – 1 BvR 320/57, BVerfGE 21, 12.

¹² BT-Drs. VI/1982, S. 132.

¹³ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 15.03.1967 – 1 BvR 575/62, BVerfGE 21, 227-239, Rn. 31.

Wenn Studierende durch einen Hinweis der Tax Law Clinic gesetzeskonform Steuern erstattet bekommen oder weniger Steuern zahlen müssen, führt dies daher nicht zu einer Gefährdung des Steueraufkommens, sondern trägt vielmehr zur Sicherung des gesetz- und gleichmäßigen Steueraufkommens bei. Aus diesen Gründen hat der Tax Law Clinic e.V. i.G. gegen den Beschluss des BGH Verfassungsbeschwerde eingelegt.¹⁴

Fun Facts: Für die Einlegung und Begründung der formell und materiell sehr anspruchsvollen Verfassungsbeschwerde hat man nur einen Monat Zeit, ohne dass eine Fristverlängerung gewährt wird. Und: Das Bundesverfassungsgericht ist das einzige deutsche Gericht, mit dem nicht digital kommuniziert werden kann. Daher wurde der Schriftsatz mit sehr vielen Anlagen am letzten Tag der Frist per Boten nach Karlsruhe verschickt. Gemäß einem Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁵ soll demnächst endlich auch beim Bundesverfassungsgericht der elektronische Rechtsverkehr Einzug halten.

Endlich: Legalize it!

Parallel zu den Klageverfahren warb der VFS Hannover für seine Idee der Tax Law Clinic: Bei anderen Universitäten, bei Verbänden, Politikern und in den zuständigen Ministerien. Und anders als bisher der Rechtsweg waren diese Bemühungen nun endlich erfolgreich. Denn noch während der e.V. i.G. sich abmühte, die Verfassungsbeschwerde auf den Weg zu bringen, veröffentlichte das Bundesfinanzministerium Anfang Juni den Entwurf eines Gesetzes zur Legalisierung der Tax Law Clinic. Das im StBerG enthaltene Verbot soll abgeschafft und die Möglichkeit zur unentgeltlichen Beratung auf dem Gebiet des Steuerrechts der Regelung im RDG angepasst werden.

In der Gesetzesbegründung¹⁶ heißt es:

„Mit der Neuregelung des § 6 des Steuerberatungsgesetzes [...] soll die unentgeltliche geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen im Regelfall zulässig werden. [...] Nach der derzeitigen Fassung des § 6 Nummer 2 StBerG darf ausschließlich Angehörigen [...] unentgeltlich Hilfe in Steuersachen geleistet werden. Dies führt zu dem wertungsmäßig kaum nachvollziehbaren Ergebnis, dass altruistische Hilfeleistung

gen außerhalb des engsten Verwandtenkreises selbst dann nicht zulässig sind, wenn deren sachgerechte Erbringung aufgrund der Anleitung einer zur unbeschränkten Hilfeleistung in Steuersachen befugten Personen sichergestellt wäre. Zudem erscheint es mit Blick auf § 6 des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) kaum gerechtfertigt, die unentgeltliche Hilfeleistung in Steuersachen weitaus stärker zu regulieren als die unentgeltliche Rechtsdienstleistung in allen anderen Rechtsgebieten.“

Der Gesetzesentwurf wurde inzwischen auch von der Bundesregierung beschlossen. Wenn er erfolgreich das Gesetzgebungsverfahren durchläuft – wofür momentan alles spricht – kann im nächsten Mai an der Leibniz Universität Hannover Deutschlands erste Tax Law Clinic ihre Arbeit aufnehmen. Der VFS Hannover hat bereits mit den Vorbereitungen begonnen und befindet sich hierzu in der Abstimmung mit der Universität.

¹⁴ Aktenzeichen: 1 BvR 1042/23.

¹⁵ Bundesregierung, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_elektr_Rechtsverkehr_Bundesverfassungsgericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Abruf v. 28.08.2023).

Der Gesetzesentwurf wurde vom Bundeskabinett am 23. August 2023 beschlossen.

¹⁶ BR-Drs. 361/23, S. 27.



Jetzt kostenlos testen!

Unser Lesetipp für dich: MkG – Mit kollegialen Grüßen

Das kostenlose Fachinfo-Magazin von
erfahrenen Praktikern für junge Juristinnen
und Juristen

www.schweitzer-online.de/info/MkG/



Aktuelle Fachzeitschriften und Datenbanken kostenlos testen!

8 Gutscheine pro Heft. Aus diesen beiden Themen kannst du wählen:

- Jura-Studium
- Berufseinsteiger

Fordere am besten gleich deine gewünschten Gutscheinehefte an:

c.kaeder@schweitzer-online.de | Stichwort: HanLR2023

Schweitzer Fachinformationen | Hannover

Tel. 0511 357277-0 | hannover@schweitzer-online.de

Fachbuchhandlung: Volgersweg 4a | 30175 Hannover

Öffnungszeiten: Montag bis Freitag 09 – 16 Uhr

Der Schweitzer Webshop:

www.schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen



HANOVER LAW REVIEW