

Editorial

Die Redaktion

Weihnachts(buch)empfehlung

Lernbeitrag

Robin Alexander Kunze

**Löscht meinen Browserverlauf, wenn ich sterb'
- Der BGH zu Erbschaften im Zeitalter sozialer
Medien**

Daniela Sprengel

MobIPaR: eine fiktive Gerichtsverhandlung

Entscheidungen

Antonia Hagedorn &
Felix Lücke

Windenergie auf See - BVerfG 1 BvR 1679/17

Stefan Kaufhold

**Entbehrlichkeit der Abnahme bei Verjährung
des Anspruchs des Bestellers auf die Erbrin-
gung der Werkleistung - BGH VII ZR 108/19**

Studienpraxis & Fallbearbeitung

Nils Grimmig

Klausur im Grundkurs BGB II, 17 Punkte

Daniel Müller

Klausur in Verfassungsgeschichte, 15 Punkte

Maik Schwierzy

Studienklausur im Strafrecht

Varia

Christoph Clausen

**Mündliche Prüfung - Am Ende ein sicheres
Auftreten**

Antonia Cohrs,
Maximilian Nussbaum &
Martin Suchrow

**“Corona-Lernzeugkasten” - Kostenfreie On-
line-Materialien für das (Examens-)Studium
aus dem Home-Office**

David Marski

Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht - Teil 1

Seiten 289 bis 294

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, 1 Han LR 2020, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2020, Anfangsseite (Fundstellenseite)

KONZEPT, SATZ & DESIGN

Dr. Tim Brockmann
Finja Maasjost

REDAKTION

Schriftleitung
Finja Maasjost
Patricia Meinking
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:

Sirin Al Hakim, Alina Amin, Btissam Boulakhrif, Julia Brandt, Robin Dudda, Anna Engel, Jolanda Fiss, Malte Gauger, Rocky Glaser, Patrick Glatz, Nils Grimmig, Lucas Haak, Antonia Hagedorn, Nathalie Hamm, Adam Hetka, Frederike Hirt, Sina John, Jari Kohne, Simon Künnen, Johanna Lange, Felix Lücke, Felicia Maas, Lisa Mariß, Joshua Mensak, Daniel Müller, Anna Ordina, Yael Prantl, Marie-Christin Runkel, Eric Scheu, Laura Schlunk, Moritz Stamme, Rim Talal, Jonas Vonjahr, Celina Weddige, Jasmin Wulf und Jendrik Wüstenberg.

KONTAKT

redaktion@hanoverlawreview.de

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.

- Die Redaktion

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.,
Dipl. Jur. David Faber, LL.M.,
Dr. Sven Hasenstab,
Dipl. Jur. Tyll Philipp Krömer,
Ri'in Isabell Plich,
Prof. Dr. Christian Wolf,
Clifford Chance LLP,
Kanzlei Pfeiffer • von der Heyde und
KSB INTAX v. Bismarck PartGmbH**

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.

Weihnachts(buch)empfehlung

Nun können wir bereits auf drei turbulente und aufregende Jahre *Hanover Law Review* zurückblicken und die Weihnachtsbuchempfehlung in der letzten Ausgabe im Jahr schon fast eine Tradition nennen. Mit einer neuen Chefredaktion wollen wir auch diesmal ein paar Empfehlungen für Euch aussprechen und diese (junge) Tradition fortführen, wenn auch in einem etwas anderen Format.

Wer sich gerade umschaute, wie das Weihnachtsgeld am besten in ausbildungsrelevante Literatur investiert werden kann, der möge sich die letzten beiden Weihnachtsbuchempfehlungen in den Ausgaben 04/2018¹ und 04/2019² zu Herzen nehmen, deren Empfehlungen fortwirkend gelten. Und auch wenn die *Hanover Law Review* für ausbildungsrelevante Inhalte steht, die als „Lernhilfe, Orientierung und Ausbildungspartner“³ dienen sollen – so möchten wir diesmal nichtsdestotrotz frischen Wind in die Segel bringen und Euch Literatur sowie – *bahnbrechend* – Filme ans Herz legen, die über die Weihnachtszeit vielleicht ein bisschen Ablenkung vom Lernalltag und von dem coronabedingten Durcheinander bringen können.

Der juristische Bezug soll dabei allerdings nicht zu kurz kommen. Wir hoffen, dass Euch die Empfehlungen über das juristische Grundstudium hinaus bereichern werden.

Ferdinand von Schirach, Der Fall Collini (2011)

Ferdinand von Schirach darf wohl in keiner juristischen Buchempfehlung mehr fehlen. Die Festlegung auf ein Werk fällt schwer.

Der Fall Collini (ISBN 978-3-442-71499-5) ist Buch- und Filmempfehlung zugleich. Die Geschichte dreht sich um den Gastarbeiter Fabrizio Collini und seinen Strafverteidiger Caspar Leinen. Collini hat scheinbar grundlos einen bekannten Industriellen brutal ermordet. Er stellt sich der Polizei als Täter und schweigt in der Folge. Sein Strafverteidiger, die Öffentlichkeit und auch wir Leserinnen und Leser suchen lange verzweifelt nach einem Motiv für einen Mann, der offensichtlich nicht verteidigt werden will. Was treibt einen Menschen zu einem brutalen Mord?

– Das Buch führt uns unser Festhalten an der Menschlichkeit jedes Individuums vor Augen. Und zeigt mit Spuren in die NS-Vergangenheit doch, dass Menschlichkeit endlich ist.

Der Roman behandelt mit dem Verjährungsskandal von 1968 die düstere Geschichte des uns anderweitig vielfach bekannten § 28 Abs. 2 StGB (Stichwort: gekreuzte Mordmerkmale). Er ist eine juristische wie literarische Reise in jedem Fall wert.

Juli Zeh, Corpus Delicti (2009)

Corpus Delicti ist die Geschichte eines Staates – irgendwann im 21. Jahrhundert – dessen oberster Legitimationsgrundsatz nicht Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, sondern die Gesundheit der Bevölkerung ist.

Dabei schafft es Juli Zeh durch die Darstellung eines Gerichtsprozesses die Fiktion in unsere Lebenswirklichkeit zu tragen. Mia Holls Bruder ist mittels einer DNA-Spur wegen einer vermeintlichen Vergewaltigung überführt worden. Seine Schwester setzt sich nach seinem Selbstmord für die Rehabilitation des zu Unrecht Verurteilten ein. In dem totalitären Staat, in dem die Medizin unfehlbar ist, wird sie zur Gefahr für das System.

Das Buch hinterfragt unser Demokratieverständnis und unseren Individualismus. Denn ja, warum eigentlich sind geistige Werte wie die Volkssouveränität und Selbstbestimmung des und der Einzelnen die Ausgangslage unserer Grundrechtsdogmatik? Und nicht, wie im Fall des Buches, körperliche Schutzpflichten wie die Gesundheit des Volkes die erste und oberste Legitimation staatlichen Handelns?

Ein Buch, das zehn Jahre vor einer weltweiten Pandemie Grundwerte infrage stellt, um sie zu erhalten.

Stephan Zantke, »Wenn Deutschland so scheiße ist, warum sind sie dann hier?« - Ein Strafrichter urteilt (2018)

In dem Buch »Wenn Deutschland so scheiße ist, warum sind sie dann hier?« - Ein Strafrichter urteilt (ISBN 978-3-

¹ Abrufbar unter <https://www.hanoverlawreview.de/2019/02/26/ausgabe-04-2018/> (Abruf v. 04.10.2020).

² Abrufbar unter <https://www.hanoverlawreview.de/2020/03/05/ausgabe-4-2019/> (Abruf v. 04.10.2020).

³ Die Redaktion, Weihnachtsbuchempfehlung, HanLR 2019, S. 1 des Editorials.

7423-0720-0) berichtet Richter Stephan Zantke des Amtsgerichts Zwickau von zehn seiner geurteilten Fälle, von Menschen, die zu Tätern wurden, und von solchen, die zu Opfern wurden.

Jedes Kapitel behandelt die Geschichte der betroffenen Personen, den Prozess und die Straftatbestände, die mit der Tat verwirklicht wurden. Die Fälle erfassen die verschiedensten Bevölkerungsschichten und Tätertypen. Von verhaltensauffälligen Asylbewerbern, linken Weltverbessern, minderjährigen Nazis bis zu braven Hausmüttern – weiblichen oder männlichen, jungen oder alten Tätern, gescheiterten Existenzen und unerklärlichen Momentanausfällen ist alles vertreten. Dabei weist Zantke auch auf die praktische Diskrepanz von Gerechtigkeit und Recht hin, indem er den Lesern Einblicke in den Alltag eines deutschen Strafrichters gewährt.

Das Buch eignet sich nicht nur für amtierende Juristinnen und Juristen, sondern auch für Menschen, die sich für die Arbeitsweise und täglichen Probleme eines Richters interessieren.

Die Berufung – Ihr Kampf für Gerechtigkeit (2018)

Einen Film, den man angesichts der Geschehnisse Ende September eigentlich empfehlen muss. In *Die Berufung – Ihr Kampf für Gerechtigkeit* geht es um die junge Ruth Bader Ginsburg (jüngst verstorbene Richterin am Supreme Court in den Vereinigten Staaten, gespielt von Felicity Jones), die ihren ersten Fall von Geschlechterdiskriminierung im Fall *Moritz vs. Commissioner* (1972) vor den United States Court of Appeals bringt: Einem Junggesellen wird der Steuerabzug von Pflegekosten für seine Mutter versagt (ja, richtig gelesen: Sie verhandelte die Ungleichbehandlung eines Mannes, in der sie die Möglichkeit der Schaffung eines Präzedenzfalls sah).

Die junge Juristin ergreift mit diesem Fall eine Chance, die Gesellschaft zu revolutionieren und etliche geschlechterdiskriminierende Gesetze, die für heutige Generationen unvorstellbar erscheinen, aus der Welt zu schaffen. Gegen starke Gegner behauptet sich die recht zierliche Figur, die der realen Person sehr ähnelt, und stößt dabei immer wieder auf Widerstand. „*Change minds first – then change the law*“ – ein Zitat, das durchaus im Kopf bleibt und nachdenklich macht.

Selten lässt sich die passionierte Frauenrechtlerin aus

der Ruhe bringen und mit Mut kämpft sie für ihre Sache. Möchte man sich einmal mit den (beruflichen) Wurzeln Ginsburgs auseinandersetzen, so sei dies eine wärmste Empfehlung. Wer nach einer weniger spielfilmorientierten Darstellung sucht, dem ist die Dokumentation „*RBG – Ein Leben für die Gerechtigkeit*“ (2018) ans Herz zu legen.

Die Jury (1996)

Zuletzt eine Empfehlung, die hinsichtlich der *Black-Lives-Matter-Bewegung* wohl wieder an Aktualität gewonnen hat. *Die Jury* ist ein Gerichts-drama, in dem es um einen die rassistischen Strukturen der USA offenlegenden Fall geht.

Die Handlung: In Clanton, Mississippi vergewaltigen zwei weiße Männer ein zehnjähriges schwarzes Mädchen und versuchen, es anschließend zu töten; der Versuch misslingt jedoch. In dem Glauben, dass die Männer aufgrund ihrer Hautfarbe keine gerechte Strafe bekommen würden, tötet der Vater des Mädchens (Samuel L. Jackson) die beiden Männer, die sich gerade auf dem Weg in den Gerichtssaal befinden. Der Vater wird des Mordes angeklagt, ihm droht die Todesstrafe. Ein junger weißer Anwalt (Matthew McConaughey) übernimmt, unterstützt von einer jungen Studentin (Sandra Bullock), leidenschaftlich und trotz Bedrohungen durch den sogenannten Ku-Klux-Klan seine Verteidigung.

Der Film führt nicht nur recht deutlich an den amerikanischen Strafprozess heran. Man wird darüber hinaus durchweg mit durch Rassismus bedingten Problemen konfrontiert. Die Verteidigung ist „*eine moralische Herausforderung, die sich zwischen Rassismus und Selbstjustiz abspielt*“.⁴ Verdient der Vater des vergewaltigten und geschändeten Mädchens (oder überhaupt jemand) die Todesstrafe? Wer es herausfinden mag, sollte sich über die Feiertage diesem Klassiker widmen.

Last, but not least...

... wollen wir, die Redaktion der *Hanover Law Review*, Euch einen erholsamen Ausklang des (wohl verrückt ereignisreichen) Jahres 2020 und eine besinnliche Weihnachtszeit wünschen. Mit allen Leserinnen und Lesern blicken wir optimistisch auf 2021 und ein weiteres Jahr erfolgreicher *Law Review*!

Für die Redaktion
Finja, Frederike & Patricia

⁴ <https://www.lto.de/galerien/die-10-besten-justiz-filme/bild/5/> (Abruf v. 04.10.2020).

LERNBEITRÄGE

Dipl. Jur. Robin Alexander Kunze	Löscht meinen Browserverlauf, wenn ich sterb' - Der BGH zu Erbschaften in Zeiten sozialer Medien	Seiten 263 bis 267
Dipl. Jur. Daniela Sprengel	MobIPaR: eine fiktive Gerichtsverhandlung	Seiten 268 bis 274

ENTSCHEIDUNGEN

Dipl. Jur. Antonia Hagedorn & Dipl. Jur. Felix Lücke	Windenergie auf See - BVerfG 1 BvR 1679/17	Seiten 275 bis 283
stud. iur. Stefan Kaufhold	Entbehrlichkeit der Abnahme bei Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf die Erbringung der Werkleistung - BGH VII ZR 108/19	Seiten 284 bis 288

KURZ & KNAPP

Dipl. Jur. David Faber, LL.M.	Rechtsprechungsübersicht Zivilrecht - 4/2020	Seiten 289 bis 290
Ri'in Isabell Plich	Rechtsprechungsübersicht Strafrecht - 4/2020	Seiten 291 bis 292
Dipl. Jur. Tyll Phillip Krömer	Rechtsprechungsübersicht Öffentliches Recht - 4/2020	Seiten 293 bis 294

STUDIENPRAXIS

stud. iur. Nils Grimmig	Klausur im Grundkurs BGB II, 17 Punkte	Seiten 297 bis 301
stud. iur. Daniel Müller	Klausur in Verfassungsgeschichte, 15 Punkte	Seiten 302 bis 307
stud. iur. Maik Schwierzy	Studienklausur im Strafrecht	Seiten 308 bis 313

VARIA

Dipl. Jur. Christoph Clausen	Mündliche Prüfung - Am Ende ein sicheres Auftreten	Seiten 314 bis 318
Dipl. Jur. Antonia Cohrs, Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum & Dipl. Jur. Martin Suchrow	"Corona-Lernzeugkasten" - Kostenfreie Online-Materialien für das (Examens-)Studium aus dem Home-Office	Seiten 319 bis 321
Dipl. Jur. David Marski	Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht - Teil 1	Seiten 322 bis 324

Löscht meinen Browserverlauf, wenn ich sterb' – Der BGH zu Erbschaften im Zeitalter sozialer Medien

Dipl. Jur. Robin Alexander Kunze

Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Hannover und hat zuvor den LL.M. im Rahmen des European Legal Informatics Study Programme an der Juristischen Fakultät Hannover sowie der University of Oslo absolviert.

A. Einleitung

„Einmal im Internet, immer im Internet“. Was für peinliche Partyfotos und literarische Ergüsse der eigenen pubertären Vergangenheit gilt, betrifft gleichermaßen die Nutzerprofile, über die diese Inhalte geteilt worden sind. Dies bedeutet auch, dass es diesen Profilen möglich ist, ihre Inhaber zu überleben, wenn eine Löschung des Profils nicht erfolgt und der Dienstbetreiber die Plattform weiter anbietet. Eine Studie des Oxford Internet Institute prognostizierte in diesem Zusammenhang, dass – sollte Facebook fortbestehen – bereits 2070 mehr Profile verstorbener als lebender Menschen auf der Plattform vorhanden sein könnten.¹

Die philosophische Grundsatzfrage, was nach dem Tod geschieht, stellt sich damit auch im Hinblick auf Social Media Accounts nach dem Ableben ihrer Nutzer. Dieser Frage soll in diesem Beitrag aus der Perspektive des deutschen Erbrechts auf den Grund gegangen werden. Dabei soll insbesondere die (durchaus examensrelevante) Rechtsprechung des BGH in diesem Themengebiet kurz dargestellt und kommentiert werden.

B. Der digitale Nachlass im Erbrecht des BGB

Fragestellungen an der Schnittstelle zwischen Erbrecht und Internet werden in der einschlägigen Berufsgruppe unter dem Oberbegriff des „digitalen Nachlasses“ diskutiert. In einer sehr ausführlichen Studie des Fraunhofer-Instituts für Sichere Informationstechnologie SIT wird dieser definiert als „alle Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten

des Erblassers im Zusammenhang mit IT-Systemen und die damit verbundenen elektronischen Daten – also sämtliche gespeicherten Daten auf lokalen Datenträgern, im Internet und in Cloud-basierten Diensten, alle Nutzerkonten und Zugangsdaten.“² Berechtigterweise werden solch „gesamtheitliche“ Definitionen von Sorge kritisiert, der anmerkt, dass hier bloß verschiedene Vermögenssituationen im digitalen Kontext aufgezählt werden und es sich viel weniger um eine Definition im klassischen Sinne als um eine umschreibende Suchformel handle.³

Außerhalb von Studien, die den sogenannten digitalen Nachlass soziologisch und technisch beschreiben und untersuchen wollen, ist eine präzise rechtliche Definition desselben allerdings entbehrlich und muss auch ExamenkandidatInnen nicht um den Schlaf bringen. Denn das BGB benutzt diesen Begriff in seinem das Erbrecht regelnden fünften Buch nicht. Der digitale Nachlass stellt also weder eine erbrechtliche Sonderkategorie dar noch gibt es Sonderregelungen, die diesen Begriff oder einen vergleichbaren aufgreifen.⁴ Damit gilt auch für digitale Vermögenswerte die in § 1922 Abs. 1 BGB angeordnete Universalsukzession, nach welcher das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf eine oder mehrere Personen als Erben übergeht. In der Klausur wie in der Praxis ist daher der digitale Erbgegenstand – wie analoge Erbgegenstände auch – zunächst rechtlich einzuordnen, bevor der § 1922 Abs. 1 BGB anzuwenden ist. Diese Einordnung hat nach den allgemeinen Regeln zu erfolgen, nach denen bei Verträgen die gegenseitigen Leistungspflichten maßgeblich sind.⁵

¹ Öhman/Watson, Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online, Big Data & Society, January 2019.

² Fraunhofer-Institut für Sichere Informationstechnologie SIT, Der digitale Nachlass – Eine Untersuchung aus rechtlicher und technischer Sicht, S. 29, https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/DigitalerNachlass-Studie-Webversion.pdf?_id=1594381988 (Abruf v. 05.12.2020). Ähnlich auch der Bericht vom 15.05.2017 der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, die den digitalen Nachlass als „Gesamtheit des digitalen Vermögens“ umschreiben, https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf (Abruf v. 05.12.2020).

³ Sorge, Digitaler Nachlass als Knäuel von Rechtsverhältnissen, MMR 2018, 372 (373).

⁴ Preuß in: Beck-OGK BGB, Stand: 01.11.2020, § 1922 Rn. 381.

⁵ BGH NJW 2010, 1449, 1450f.; Wehleit, WhatsApp – Rechtsnatur des Vertrags zwischen IM-Dienst und Nutzer, MMR 2018, 279 (280). **Klausurtyp:** Technisch weniger versierte Studierende verfallen bei IT-Sachverhalten im Zivilrecht oft in Panik. Häufig geht es dem Klausursteller in solchen Klausuren jedoch „bloß“ um eine argumentative Auseinandersetzung mit den jeweiligen Vertragspflichten zwecks Vertragseinordnung und eine anschließende Anwendung des entsprechenden Mängelregimes. Dabei gilt dann auch, dass mit gründlicher Argumentation nahezu alles vertretbar ist. Daher ist es wichtig auch in solchen Klausuren, Ruhe zu bewahren und das gewohnte juristische Handwerkzeug anzuwenden. Beispielhaft für solche Konstellationen ist BGH, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04 – Application Service Providing, auf dessen Grundlage bereits Examenklausuren gestellt wurden.

Zur Beantwortung der in der Einleitung gestellten Frage ist es daher erforderlich, zu erörtern, wie sich die Nutzung von Social Media Plattformen aus rechtlicher Perspektive präsentiert.

C. Umsonst ist nicht kostenlos – unerkannte Gegenleistungspflichten im digitalen Raum

Soziale Netzwerke basieren hierzulande teilweise auf sogenannten Freemium-Modellen, bei denen unentgeltliche Basisfunktionen und kostenpflichtige Premiumfunktionen angeboten werden (bspw. XING, LinkedIn). Die dominierende Alternative ist das gänzlich unentgeltliche Modell, bei dem Plattformen die von ihren Nutzern generierten personenbezogenen Daten monetarisieren, indem sie aus diesen Daten Interessenprofile erstellen, anhand deren es Werbetreibenden, die einen Vertrag mit der Plattform abschließen, ermöglicht wird, ihre Zielgruppen mit einer nahezu erschreckenden Präzision durch ihre Werbung zu erreichen.⁶

Umgangssprachlich ausgedrückt wird die Teilnahme am sozialen Netzwerk also mit Nutzerdaten „bezahlt“. Hier ist sich jedoch für die juristische Einordnung in Erinnerung zu rufen, dass den Daten die für Geld charakteristische Fungibilität fehlt, also die gleichwertige Austauschbarkeit durch andere Stücke gleicher Gattung und Menge.⁷ Ferner fehlt Daten auf absehbare Zeit auch die Funktion als Tausch- oder Wertaufbewahrungsmittel und auch als Rechnungseinheit. Daten sind also kein Geld.

Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Gegenleistung der Nutzer an den Plattformbetreiber als Entgelt eingestuft werden kann, also als dem Vertragspartner zugewandter wirtschaftlicher Wert – was zur Folge hätte, dass ein Schuldverhältnis mit synallagmatischen Leistungspflichten zwischen Betreiber und Nutzer bestünde.⁸ Einer solchen Einstufung lässt sich nicht entgegenhalten, dass der Nutzer selbst (in der Regel) nicht die Möglichkeiten hat, seine Daten zu Geld zu machen. Denn die Monetarisierung

fällt den Plattformen ausweislich der Börsenkurse von Facebook, Google und Co. zweifelsohne leicht und überdies setzt § 241 BGB nicht voraus, dass den Leistungen eines Schuldverhältnisses ein Geldwert innewohnt.⁹

Konkret geschuldet wird seitens der Nutzer nicht die Übermittlung der Daten selbst, sondern nach wohl zutreffender Ansicht die datenschutzrechtliche Einwilligung in die kommerzielle Verwertung der Nutzerdaten.¹⁰ Der nach Art. 7 Abs. 3 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) jederzeit mögliche Widerruf ist insoweit als auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB zu sehen.¹¹ Folglich besteht bei der Nutzung von sozialen Netzwerken wie Facebook, Instagram oder Twitter ein entgeltlicher Vertrag, dessen präzise Klassifizierung schwierig und abhängig von den konkret vereinbarten Leistungspflichten ist. Aus diesem Vertrag schulden die Plattformen dem Nutzer den „Zugang“ zu der Plattform, worunter die Ermöglichung der Nutzung entsprechend der Vertragsbestimmungen zu verstehen ist. Dieser vertragliche „Zugangs“-Anspruch unterfällt § 1922 Abs. 1 BGB, wodurch der Erbe im Erbfall hinsichtlich des Nutzungsvertrags mit sämtlichen Rechten und Pflichten in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt.¹²

Wie dieser Rechteübergang praktisch zu erfolgen hat und inwieweit Rechte Dritter oder des Erblassers zu berücksichtigen sind, hat der 3. Zivilsenat des BGH in zwei Entscheidungen in Bezug auf ein Facebook-Profil ausgeführt.¹³

D. Die Rechtsprechung des BGH zum „digitalen Nachlass“

Zugrunde liegt den Entscheidungen des BGH die Klage einer Frau, die Zugang zu dem Facebook-Profil ihrer verstorbenen, minderjährigen Tochter und „den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten“ begehrt.¹⁴ Die Tochter, die sich ein Jahr vor ihrem Tod mit Einverständnis ihrer Eltern bei der Plattform anmeldete, ist unter bislang ungeklärten Umständen verstorben, als sie in einem U-Bahnhof von einem einfahrenden Zug erfasst wurde. Facebook versetzte das Profil in den sogenannten „Gedenkzustand“,

⁶ Zu den potentiell demokratiegefährdenden Auswirkungen dieser Geschäftsstrategien empfiehlt sich eine Lektüre über den Cambridge Analytica Skandal, wie bspw. von *Dachwitz/Rudl/Rebiger*, <https://netzpolitik.org/2018/cambridge-analytica-was-wir-ueber-das-groesste-datenleck-in-der-geschichte-von-facebook-wissen/> (Abruf v. 12.10.2020) oder genereller und tiefergehender *Shoshana Zuboff's* Buch „Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus“. Für gestresste ExamenkandidatInnen wird für die abendliche Lektüre seitens des Autors jedoch weniger schwere Kost angeraten.

⁷ „Digitaler Neustart“ (Fn. 2), S. 199f.

⁸ „Digitaler Neustart“ (Fn. 2), S. 200.

⁹ Olzen in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 14ff.

¹⁰ *Bräutigam*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken, MMR 2012, 635 (640).

¹¹ „Digitaler Neustart“ (Fn. 2), S. 207. Datenschutzrechtliche Detailfragen, die in diesem Rahmen in reichlicher Anzahl vorkommen, werden an dieser Stelle ausgeklammert, um den Beitrag prägnant zu halten.

¹² *Leipold* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1922 Rn. 20, 25; *Preuß* in: Beck-OGK BGB (Fn. 4), § 1922 Rn. 173ff.

¹³ BGH K&R 2018, 633ff. und BGH WM 2020, 1829ff. Der folgende Sachverhalt ist der kondensierte Tatbestand dieses Verfahrens.

¹⁴ Die Frau war gemäß § 1925 Abs. 1, Abs. 2 BGB in Erbengemeinschaft mit ihrem Ehemann die gesetzliche Erbin der Tochter.

bei dem die Inhalte des Profils auf den Servern der Plattform erhalten bleiben, ein Zugang zu dem Profil aber auch mit den zutreffenden Zugangsdaten nicht mehr möglich ist. Die Klägerin begehrte Zugang zu dem Profil, um Aufschluss darüber zu erlangen, ob ihre Tochter kurz vor ihrem Tod Suizidabsichten gehegt habe und um etwaige Schadensersatzansprüche des U-Bahn Fahrers abzuwehren. Facebook verweigerte die Zugangsgewährung unter anderem mit Hinweis auf die Persönlichkeitsrechte der Kommunikationspartner der Tochter, die durch eine Bereitstellung der Kommunikationsinhalte an die Klägerin verletzt würden.

I. Der Zugangsanspruch im Allgemeinen

Der BGH stellte ohne große Umschweife fest, dass das Vertragsverhältnis gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben übergegangen ist und dass der sich daraus ergebende Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerprofil auch die darin enthaltenen vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen Inhalte umfasst.¹⁵ Die interessante Frage, um welche Art von Vertrag es sich hierbei handelt, ließ der BGH mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Als gutachterlicher Klausurbearbeiter eines so gelagerten Falles sollte man vom Gebrauch dieser Möglichkeit eher absehen. Denn so ist ein ungewollter und notentechnisch unvorteilhafter Bruch mit dem Gutachtenstil schnell passiert. Überdies ist die genaue Bestimmung der vertraglichen Leistungspflichten – die ja den Kern der vertraglichen Typisierung bildet – sehr hilfreich für die später aufkommende Frage, was die Erben genau vom Vertragspartner verlangen können.

Weiter stellte der BGH fest, dass ein – grundsätzlich möglicher¹⁶ – vertraglicher Ausschluss der Vererbbarkeit von Ansprüchen nicht erfolgt ist. Auch wenn die Facebook-Klauseln zum sogenannten Gedenkzustand Vertragsbestandteil geworden wären, begründeten diese nach der zutreffenden Ansicht des BGH einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, da das Versetzen in den Gedenkzustand den Erben aus dem Benutzerprofil aussperrt und da-

mit dessen wesentliche Rechte aus dem Vertragsverhältnis aushöhlt.¹⁷ Auch dieses (Klausur-)Problem ist über das bekannte AGB-Recht selbst ohne geheimes Detailwissen zu lösen: Der Klausurbearbeiter hat das gesetzliche Leitbild des § 1922 BGB herauszuarbeiten und zu diskutieren, ob die zu prüfende Klausel einseitig zu Gunsten des Verwenders von diesem Leitbild abweicht und somit die wesentlichen Rechte des Vertragspartners in vertragszweckgefährdender Weise einschränkt.¹⁸

II. Ausschluss wegen Höchstpersönlichkeit

Im Folgenden diskutierte der BGH die Frage, ob sich aus dem Wesen des Vertrags eine Unvererbbarkeit ergeben könnte. Denn der Grundsatz der Universalsukzession gilt – worauf die Bezeichnung als Grundsatz bereits hindeutet – nicht absolut: Ausnahmen bestehen für höchstpersönliche Rechte ohne Vermögenswert, aber auch für schuldrechtliche Ansprüche, deren Inhalt so fundamental auf die Person des Berechtigten oder Verpflichteten zugeschnitten ist, dass sie bei einem Gläubiger- oder Schuldnerübergang wesentlich verändert würden.¹⁹ Beispielhaft wird an dieser Stelle gerne der Partnerschaftsvermittlungsvertrag genannt. Für den vorliegenden Fall attestierte der BGH, dass zuzugeben wäre, dass das Vertragsverhältnis zwar dahingehend auf den Kontoberechtigten zugeschnitten und damit „personenbezogen“²⁰ ist, dass dieser nur unter seinem Namen Inhalte teilen und Nachrichten versenden kann, dies alleine aber nicht zur Unvererbbarkeit führe.²¹

Dies begründete der BGH mit Verweis auf § 2047 Abs. 2 BGB und § 2373 S. 2 BGB, in denen das BGB vermerkt, dass auch Rechtspositionen mit Inhalten höchstpersönlicher Natur wie Familienbilder oder private Schriftstücke auf die Erben übergehen.²² Insoweit fand der Gerichtshof keinen überzeugenden Grund, digitale Inhalte anders zu behandeln als analoge Kommunikation, da das Kriterium der Höchstpersönlichkeit gleichermaßen betroffen ist.²³ Darüber hinaus kann als Argument herangezogen werden, dass die Plattforminhaber ihre Dienste regelmäßig ohne Rücksicht auf

¹⁵ BGH K&R 2018, 633 (634 Rn. 21 des Urteils).

¹⁶ Leipold in: MüKo BGB (Fn. 12), § 1922 Rn. 21.

¹⁷ BGH K&R 2018, 633 (635, Rn. 34 des Urteils). Der BGH verneinte jedoch die Einbeziehung der Regeln zum Gedenkzustand in den Vertrag gemäß § 305 Abs. 2 BGB, da diese nicht in den Nutzungsbedingungen, sondern lediglich im „Hilfereich“ des sozialen Netzwerks aufzufinden waren.

¹⁸ Vgl. zum § 307 Abs. 2 BGB: Roloff/Looschelders in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 307 Rn. 24ff.

¹⁹ „Digitaler Neustart“ (Fn. 2), S. 22.

²⁰ Gemeint ist damit nicht die datenschutzrechtliche Personenbezogenheit im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Vielmehr verwendet der BGH den Begriff des Personenbezugs hier als ein von der DSGVO unabhängiges dogmatisches Konzept bei der Ermittlung, ob ein Rechtsverhältnis höchstpersönlich und damit unvererbbar ist.

²¹ BGH K&R 2018, 633 (635, Rn. 36 des Urteils).

²² BGH K&R 2018, 633 (635, Rn. 49 des Urteils).

²³ BGH K&R 2018, 633 (635, Rn. 50 des Urteils).

die Person des Nutzers, insbesondere ohne Identitätsprüfungen, anbieten.²⁴ Sich beziehend auf die Vertragspflichten von Facebook, welches das Zur-Verfügung-Stellen der Kommunikationsplattform und die Übermittlung von Inhalten schuldet, stellte der BGH fest, dass diese Leistungspflichten sogar rein technische Leistungen ohne persönlichkeitsbezogenes Element sind.²⁵ Der Zugangsanspruch ist damit nicht wegen Höchstpersönlichkeit des Vertragsverhältnisses vom Grundsatz der Universalsukzession ausgeschlossen.

III. Ausschluss des Anspruchsübergangs wegen TKG und DSGVO?

In der weiteren Urteilsbegründung finden sich teils langwierige Ausführungen zu § 88 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) und der DSGVO. Bevor diese inhaltlich in der gebotenen Kürze dargestellt werden, sollen noch kurz die in diesem Beitrag schon mehrfach adressierten ExamenskandidatInnen für den Umgang mit unbekannter Gesetzesmaterie sensibilisiert werden.

1. Exkurs: Unbekannte Gesetze in der Examensklausur

Inhaltlich tiefere Kenntnis des TKG, der DSGVO oder des Niedersächsischen Gesetzes über den Wald und die Landschaftsordnung wird in der Klausur vom Prüfling nicht erwartet. Das Glück, durch die Lektüre des richtigen Urteils in der Klausur zu wissen, wo die Reise rechtlich hingeht, hat man eher selten – möglicherweise null aus sechs Mal. Dies wird von den Prüfungsämtern berücksichtigt und die Klausuren so gestellt, dass sie auch ohne Kenntnis der Rechtsprechung vertretbar gelöst werden können. Meist werden dazu den Parteien des Rechtsstreits im Klausursachverhalt diejenigen Argumente in den Mund gelegt, die sich geschickte KlausurbearbeiterInnen zu eigen machen, um auch in unbekanntem Rechtsgebiet argumentativ zu glänzen. Diese „Hilfsargumente“ sollten stets dankbar angenommen und ausnahmslos in die Klausur eingearbeitet werden. Wird dieses Vorgehen kombiniert mit einer sauberen Auslegung und Anwendung des Wortlautes der geprüften Vorschrift(en), muss sich der Prüfling – sollte er sogenannte „Stirn-Klatsch“-Fehler unterlassen – um das Bestehen der Klausur bereits keine Sorgen mehr machen. BearbeiterInnen, die mit ihrer Klausur die Notenstufe

„gut“ oder das nur aus Mythen bekannte „sehr gut“ anstreben, ist es insoweit freigestellt, diese Hilfsargumente um Ausführungen über den Telos, die Systematik oder die Historie der Norm zu ergänzen – sofern dies im Rahmen einer gesunden Schwerpunktsetzung angezeigt ist. Folglich gelten bei unbekanntem oder Spezialgesetzen in der Examensklausur umso mehr zwei allgemeine Regeln: Alle Informationen des Sachverhalts verarbeiten und gründlich die allgemeinen Auslegungsregeln anwenden.

2. Der BGH zu Telekommunikations- und Datenschutzrecht

Im Prozess wurde seitens der Prozessbevollmächtigten von Facebook angeführt, dass es ihnen ihrer Ansicht nach aufgrund von § 88 Abs. 3 TKG untersagt sei, der Klägerin Kenntnis von den Kommunikationsinhalten ihrer Tochter zu verschaffen. Der Norm zufolge ist es Diensteanbietern²⁶ untersagt, sich oder anderen Kenntnis von dem Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen. Der BGH konzentrierte sich auf die Frage, ob der Erbe eines Kommunikationspartners ein „anderer“ im Sinne des § 88 Abs. 3 TKG ist und verneinte dies schlussendlich. „Andere“ seien Personen oder Institutionen, die nicht an dem geschützten Kommunikationsvorgang beteiligt sind.²⁷ Der Erbe würde aber zum Zeitpunkt des Erbfalls zum Beteiligten der dann noch nicht beendeten (und deshalb dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterstehenden) Kommunikationsvorgänge werden, sodass das Verbot des § 88 Abs. 3 TKG hier nicht einschlägig sei.²⁸ Das Fernmeldegeheimnis verhindert die Zugangsgewährung demnach nicht – auch hier ließe sich freilich der bereits oben angeführte Vergleich zu analog aufbewahrter Briefpost oder auf Medien des Erblassers gespeicherten digitalen Inhalten anführen.

Schließlich berief sich Facebook – was eine gewisse Komik aufweist – auf das Datenschutzrecht. Insoweit wäre es im Hinblick auf die Kommunikationspartner der Erblasserin nach der DSGVO nicht zulässig, die Kommunikationsinhalte an die Klägerin zu übermitteln und ihr dauerhaft bereitzustellen. Der BGH verwies zunächst darauf, dass Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 b) DSGVO zulässig sind, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages erforder-

²⁴ Martini, Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, 1145 (1147).

²⁵ BGH K&R 2018, 633 (635, Rn. 35 des Urteils).

²⁶ Gemäß § 3 Nr. 6 TKG: Jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig a) Telekommunikationsdienste erbringt oder b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Ob und bzgl. welcher Leistungen Facebook solche Dienste anbietet, hat der BGH offen gelassen, vgl. BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 56 des Urteils).

²⁷ BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 56-58 des Urteils).

²⁸ BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 56-58 des Urteils).

lich sind, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist.²⁹ Unklar bleibt, ob der BGH hier fälschlicherweise davon ausging, dass über diese Vorschrift die Verarbeitung von Daten, die Personenbezug zu den KommunikationspartnerInnen der Erblasserin aufweisen (in Form der Nachricht dieser ChatpartnerInnen), gerechtfertigt werden kann. Jedenfalls prüfte er anschließend auch eine Rechtfertigung dieser Datenverarbeitungen durch den in diesem Rahmen einschlägigen Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO, für welchen im Rahmen einer Interessenabwägung überprüft wird, ob die Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist, oder ob die Grundrechte der betroffenen Personen überwiegen.³⁰ Der BGH kam nach ausführlicher Diskussion³¹ zu dem Ergebnis, dass die berechtigten Interessen der Klägerin an der Zugangserlangung, einerseits hinsichtlich vermögensrechtlicher Interessen in Bezug auf den Abwehr von Schadensersatzansprüchen durch den Zugfahrer, aber auch in Bezug auf das ideelle Interesse, näheres über das Ableben der eigenen Tochter erfahren zu wollen, die Grundrechte der Kommunikationspartner überwiegen.³² In diese Abwägung floss auch ein, dass der Facebook-Account der Erblasserin nach den Wertungen des durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Erbrechts der Klägerin zustand.³³

Somit urteilte der BGH im Ergebnis, dass der Facebook-Nutzungsvertrag nach den Grundsätzen des § 1922 BGB auf den Erben übergeht. Weiter ist diesem auch Zugang zu dem Profil des Erblassers zu gewähren, da weder das Fernmeldegeheimnis noch Datenschutzrecht entgegenstehen.

V. 14.000 Seiten PDF-Datei – Zugang zum Benutzerkonto?

Doch musste sich der BGH ein weiteres Mal mit der Sache befassen.³⁴ Auf den titulierten Zugangsanspruch der Klägerin reagierte Facebook mit der Übermittlung einer PDF-Datei mit mehr als 14.000 Seiten – die wohl eine vollständige Kopie der Daten des Nutzerkontos der Erblasserin enthält. Die Klägerin gab sich damit nicht zufrieden und zog schlussendlich erneut vor den BGH. Im Kern war

Streitgegenstand die Bedeutung des Wortes „Zugang“ im Kontext von Nutzerprofilen in sozialen Netzwerken. Der BGH gründete seine Argumentation auf einer Wortlautauslegung, nach der schon sprachlich erkennbar wäre, „dass die Gläubigerin in das im Herrschaftsbereich der Schuldnerin befindliche Konto ‚hineingehen‘ können muss und ihr nicht lediglich dessen Inhalte zu übermitteln sind“.³⁵ Den Erben müsse Zugang so gewährt werden, dass es ihnen möglich ist, vom Konto und dessen Inhalten auf dieselbe Art und Weise Kenntnis zu nehmen, wie es die Erblasserin konnte.³⁶ Dabei klammerte der BGH lediglich die aktive Nutzung des Kontos aus – wohlgleich an einer solchen im Regelfall auch kein Interesse bestehen wird.³⁷ Erfreulich ist insoweit, dass der BGH die (Schein-)Argumente Facebooks, eine derartige Zugangsgewährung sei nicht möglich, nicht gelten ließ.³⁸

E. Fazit

Die Rechtsprechung des BGH schafft viel benötigte Klarheit bei Fragestellungen rund um den digitalen Nachlass. Überraschungen im engeren Sinne hält diese Rechtsprechung allerdings nicht parat – die Urteile stellen sich als konsequente Anwendung geltenden Rechts dar. Es zeigt sich abermals, dass „digitale“ Sachverhalte mit den alt-hergebrachten Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zu lösen sind. Diese durch die Entscheidungen des BGH zur Vererbbarkeit von Nutzerprofilen aus sozialen Netzwerken erneut bewiesene Tatsache sollte auch von Prüflingen in der Klausur stets berücksichtigt werden. Auf der Basis dieser Erkenntnis kann auch für die Examensvorbereitung angeraten werden, regelmäßig dafür zu sorgen, dass die juristischen Grundlagen sicher beherrscht werden. Ob sich die Praxis in Zukunft über die Auslegung testamentarischer Verfügungen hinsichtlich der Vererbung von Facebook-, Instagram-, oder Tiktak-Accounts streiten wird, bleibt abzuwarten – sicher ist jedoch, dass das BGB auch ohne größere Reformbemühungen dafür gewappnet scheint.³⁹

²⁹ BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 71-72 des Urteils).

³⁰ An dieser Stelle findet durch die Prüfung des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO ein guter Teil öffentliches Recht seinen Weg in dieses Zivilurteil. Insoweit bedarf es einer präzisen Herausarbeitung der betroffenen Interessen, bevor in einem zweiten Schritt argumentativ zu entscheiden ist, welche Interessen überwiegen.

³¹ In diesem Rahmen wird auf ein vollständiges Wiedergeben der wirklich gelungenen Ausführungen des BGH verzichtet und stattdessen angeregt, bei Interesse den entsprechenden Teil des Urteils zu lesen.

³² BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 70-93 des Urteils).

³³ BGH K&R 2018, 633 (636, Rn. 78 des Urteils).

³⁴ Siehe <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-iii-zb-30-20-digitaler-nachlass-erben-bekommen-zugriff-auf-facebook-konto/> (Abruf v. 15.10.2020).

³⁵ BGH WM 2020, 1829 (1830, Rn. 15 des Urteils).

³⁶ BGH WM 2020, 1829 (1830, Rn. 11 des Urteils).

³⁷ BGH WM 2020, 1829 (1830, Rn. 11 des Urteils). Tiefergehend zur Frage der aktiven Weiternutzung eines sozialen Netzwerks durch die Erben: Fraunhofer-Institut SIT, Digitaler Nachlass (Fn. 2), S. 43ff.

³⁸ BGH WM 2020, 1829 (1830, Rn. 45 des Urteils).

³⁹ So auch das Ergebnis der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ (Fn. 2), S. 406.

MobIPaR: eine fiktive Gerichtsverhandlung

Ass. Jur. Daniela Sprengel

Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz Universität Hannover.

Woran forschen eigentlich Juristen¹ an der Leibniz Universität Hannover? Was können sie beitragen zu einem technisch orientierten Projekt zum Thema künstliche Intelligenz in Medizinprodukten? Und was passiert mit den Ergebnissen, wenn das Projekt beendet ist? Kann davon jemand profitieren oder verschwinden sie einfach in der Schublade?

Diese und weitere Fragen klären wir auf die Art und Weise, wie Juristen Probleme in der Praxis regelmäßig lösen: in einem Gerichtsverfahren.

I. Konzept

Eine fiktive Gerichtsverhandlung ist ein aktuelles Veranstaltungskonzept und soll das Forschungsprojekt *MobIPaR*² mit all seinen Teilbereichen vorstellen. Es präsentiert die Arbeit der Projektpartner nicht auf herkömmliche Art und Weise in gereihten Vorträgen. Die jeweiligen Beiträge werden vielmehr in eine mündliche Gerichtsverhandlung eingebettet. Wie darin üblich, führt das Gericht in den Sach- und Streitstand ein. Hier wird der gesamte Sachverhalt des streitigen Verfahrens dargestellt und die unterschiedlichen Positionen der Parteien zusammengefasst. Anschließend tragen die Parteien, hier Klägerin und Beklagter, ihre Ansichten vor. Daraufhin werden die jeweiligen Projektpartner als Sachverständige gehört und anschließend befragt. Abschließend wird ein Urteil gefällt und begründet.

Trotz des aufgelockerten Szenarios ist der Inhalt fachlich fundiert. Die Sachverständigen berichten neutral von ihren Forschungen und Erfahrungen; auf ausdrückliche Nachfragen sind auch persönliche Einschätzungen und Meinungen erwünscht. Juristisch ist das Gerichtsverfahren nicht an jeder Stelle fachlich exakt, was dem übersichtlichen und anschaulichen Szenario geschuldet ist.

Die Veranstaltung wurde am 29.09.2020 per Livestream auf dem YouTube-Channel der juristischen Fakultät übertragen. Diese Version wird dort dauerhaft sichtbar bleiben und um geschnittene Fassungen ergänzt.³

II. Einleitung: *MobIPaR* und *Vemo*

Das interdisziplinäre Forschungsprojekt *MobIPaR* beschäftigt sich mit der Frühmobilisation pflegebedürftiger Patienten auf der Intensivstation. Das Pflegebett *Vemo* kann sich als Ganzes nahezu senkrecht aufrichten, wovon der sonst ausschließlich liegende Patient aus medizinischer Sicht enorm profitiert.⁴ Eine geführte Gangbewegung der Beine stabilisiert den empfindlichen Kreislauf. Nachdem der Anwender (medizinisches Personal) einen Patienten gesichert hat, kann er sich ausschließlich auf diesen konzentrieren und ist keinerlei körperlich belastenden Anstrengungen ausgeliefert. Der Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) verbessert die Therapie zusätzlich.

Als fiktives Szenario lassen wir eine Patientenvereinigung gegen einen Ausschuss klagen mit dem Ziel, dass die Behandlung jedes Patienten mit dem *Vemo* von den gesetzlichen Krankenversicherungen übernommen wird.

III. Verhandlungsleitung durch die Richterin

Das Gericht eröffnet und leitet die Verhandlung. Es wird zu Beginn formal und inhaltlich in die Thematik und den Streitstand eingeführt.

Die Parteien streiten um die Aufnahme des Vemo in die entsprechende Richtlinie des Beklagten, sodass die Frühmobilisation von gesetzlich Krankenversicherten künftig regulär abgerechnet werden könnte.

Zur Klägerin:

Eine Patientenvereinigung berät individuell Patienten,

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter angesprochen sind.

² Mobilisation Intensiv-Pflegebedürftiger durch adaptive Robotik; vgl. auch <https://www.mobipar-projekt.de/index.html> (Abruf v. 22.10.2020); gefördert durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung.

³ https://youtu.be/PG63yb1_yJ8 (Abruf v. 22.10.2020); auf der Homepage des Lehrstuhls von Frau Prof. Dr. Susanne Beck finden sich weitere Informationen.

⁴ Dazu weiter unten noch ausführlich. Eine anschauliche Darstellung der Funktion und der medizinischen Vorteile unter <https://www.reactive-robotics.com/klinisches/> (Abruf v. 22.10.2020).

setzt sich aber auch übergeordnet für das Allgemeinwohl ein. Zu den Zielen gehört auch, die medizinische Versorgung, Pflege, Betreuung etc. von Patienten ständig zu verbessern. Gerade bei inhaltlich komplexeren Ansprüchen ist einem einzelnen betroffenen Patienten mit einem Verfahren wie diesem meist nicht geholfen. Seine Genesung erfordert ein rasches Handeln, die eingeklagten Rechte kämen Monate oder Jahre zu spät.

Die Patientenvereinigung nimmt also fremde Interessen wahr und ähnelt damit gewissermaßen den weit aus bekannteren Verbraucherschutzorganisationen. Ihre (beschränkten) Rechte erhalten die Vereinigungen aus § 140f. SGB V.

Zum Beklagten:

Unser beklagter „Ausschuss“ orientiert sich an dem Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) und ist zuständig für die konkrete Ausgestaltung der medizinischen Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung. Er setzt sich aus unparteiischen Mitgliedern, Krankenversicherungen, Leistungserbringern (d.h. diverse Ärzte) und Patientenorganisationen zusammen. In Richtlinien legt er verbindlich fest, welche Leistungen die gesetzliche Krankenversicherung übernimmt. Patienten sollen gut versorgt sein und vom medizinischen Fortschritt profitieren, gleichzeitig soll die Versorgung qualitätsgesichert und wirtschaftlich sein.

Das Handeln oder Unterlassen eines solchen Ausschusses hat also weitreichende Auswirkungen. Regelungen zum GBA finden sich in den §§ 91ff. SGB V.

Zum Verfahren nach SGB V:

Der Ausschuss regelt in Rechtsverordnungen, welche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, Krankenhausbehandlungen etc. von der gesetzlichen Krankenversicherung erstattet werden – oder auch negativ davon ausgeschlossen sind (siehe etwa § 92 SGB V). Um die „richtigen“ auszuwählen, werden zuvor Erprobungsrichtlinien erlassen, um verschiedene geeignet wirkende Maßnahmen zu testen und zu vergleichen (§§ 137c, 137e SGB V).

Es gilt eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung zu garantieren, § 92 Abs. 1 SGB V. Kriterien hierfür sind der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse, der Nutzen, die medizinische Notwendigkeit, die Wirtschaftlichkeit und vergleichbare Methoden (§ 92 Abs. 1 S. 1 SGB V a.E.). Gerade bei innovativer

Technik wie dem Einsatz von verkörperter KI unmittelbar am Körper des Menschen ist eine solche Bewertung vielen Unsicherheiten ausgesetzt.

Die tragenden Gründe für Entscheidungen des GBA sind bekannt zu machen, § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V. Bei Abweichungen von Einschätzungen Dritter gelten besondere Begründungspflichten.

Grundsätzlich ist der Entscheidungsspielraum des Ausschusses sehr groß. Es muss eine fundierte Entscheidung getroffen werden, welche Methode oder Behandlung in die Rechtsverordnung aufgenommen wird, sodass eine Kostenerstattung erfolgen kann. Bei den vielfältigen Kriterien erscheint diese Aufgabe bereits auf den ersten Blick sehr anspruchsvoll. Auch die vorbereitenden Maßnahmen, wie etwa die Erprobungsrichtlinien, bedürfen dieser Sorgfalt; schließlich müssen aus vielen und teils ähnlichen, in Frage kommenden Behandlungen Schritt für Schritt die geeigneten ausgewählt werden, § 137e SGB V.

Dieser Gestaltungsspielraum des Ausschusses hat zur Folge, dass ein einzelner Anspruchsteller keinen Anspruch darauf hat, dass eine bevorzugte Behandlung positiv berücksichtigt wird. Andernfalls würde der Erstattungsanspruch ausufern und der Leistungskatalog der Krankenversicherungen nicht den genannten Kriterien genügen. Zudem drohte eine ernsthafte Überforderung des Gesundheitssystems. Deshalb kann lediglich ein Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung bestehen.

Ein naheliegender Ermessensfehler ist in diesem Fall der Ermessensfehlergebrauch. Dafür müsste der Ausschuss etwa zweck- oder sachfremde Erwägungen oder Logikfehler anstellen. Denkbar ist auch eine Ermessensfehlergewichtung, bei der alle Belange zwar erkannt, aber falsch gewichtet werden.

Prozessuales zum Gerichtsverfahren:

Es handelt sich um die mündliche Verhandlung vor dem Bundessozialgericht.

Die Beschlüsse des Ausschusses sind Verwaltungsakte, vgl. für den GBA § 31 SGB X.

Die Klägerin wählt die Versagungsgegenklage, um ihr Begehren zu verfolgen. Es handelt sich um eine Klagehäufung in Form einer kombinierten Anfechtungs- und Verpflich-

tungsklage. Damit würde der ablehnende Bescheid des Ausschusses beseitigt und er darüber hinaus gerichtlich verpflichtet, den *Vemo* in die entsprechende Rechtsverordnung aufzunehmen.

Zur Sache:

Gerade im Zusammenhang mit aktuellen sozialen und demografischen Entwicklungen („Pflegenotstand“, alternde Gesellschaft in Deutschland) könnte sich eine Entwicklung von traditionellen zu innovativen Medizinprodukten als hilfreich erweisen. KI in Medizinprodukten gibt es zwar in der Forschung, im medizinischen Alltag ist sie bis auf wenige Ausnahmen jedoch kaum angekommen. Verbreitet sind, wenn überhaupt, eher bildgebende Diagnosesysteme wie Computertomografen.

Ein großes Problem im Alltag des Pflegepersonals ist aber die körperliche Belastung. Helfen könnte hier eine sogenannte verkörperte KI wie der *Vemo*. Die KI beeinflusst dabei unmittelbar die beweglichen Komponenten der Robotik, es ergibt sich ein direkter körperlicher Kontakt zum Patienten. Die Pflege würde körperlich entlastet und könnte sich intensiver der (zwischen-) menschlichen Fürsorge widmen.

Bei allen Chancen verbleiben jedoch berechtigte Bedenken. Je neuer eine Methode oder ein Medizinprodukt ist, desto mehr Unsicherheiten bestehen in vielfältiger Hinsicht: rechtliche, technische, gesellschaftliche und finanzielle Risiken sind absehbar. Dazu kommt die Tatsache, dass ein Produktentstehungsprozess generell viel Zeit in Anspruch nimmt. Dies gilt ganz besonders, wenn die wichtigen Rechtsgüter Leben, Gesundheit und körperliche Unversehrtheit betroffen sind. Zudem ist der Anspruch an Medizinprodukte im Hinblick auf Qualität und Funktionalität generell sehr hoch. Der Fortschritt muss also gut durchdacht sein. Und selbst eine sorgfältige Beachtung all dieser Aspekte garantiert noch lange keine Erstattung der Behandlungskosten durch die gesetzliche Krankenversicherung.

Unabhängig von dem Ergebnis im Einzelfall muss sichergestellt werden, dass dieser anspruchsvolle und komplexe Abwägungsprozess angemessen durchgeführt wird. Es be-

darf vieler sorgfältiger Entscheidungen, welche Innovationen wann gefördert werden und zu welcher Zeit sie den „Sprung in den medizinischen Alltag“ der Kliniken schaffen. Dies hängt unter anderem von der Finanzierung ab, also welche Leistungen die Krankenträger über die gesetzliche Krankenversicherung abrechnen können.

Der *Vemo* funktioniert wie unter II. beschrieben.⁵ Jeder Patient hat ein spezielles Krankenhausbett, in dem er ständig verbleibt. Die Robotik und das Gurtsystem werden für die Mobilisation angebracht. Es handelt sich um ein einzelnes System, das keinerlei besondere IT-Infrastruktur des Krankenhauses benötigt. Auch Daten werden nicht auf andere Services übertragen.

Aus medizinischer Sicht ist die Mobilisation von Patienten nichts Neues und allgemein anerkannt. Es ergeben sich viele Vorteile etwa für die Wachsamkeit, Selbstwahrnehmung, Atmung, Verdauung, Muskelmasse und Knochen-dichte. Eine manuelle Mobilisation benötigt bis zu drei Personen, die den Patienten aufrichten, sichern und mobilisieren. Die Pflege ist durch diesen Vorgang körperlich stark belastet und auch für den Patienten ergeben sich erhebliche Gesundheitsrisiken. Dieselben Probleme ergeben sich beim Transfer des Patienten auf ein externes Mobilisationsgerät. In der klinischen Praxis wird auf eine Mobilisation daher oft verzichtet – trotz der bekannten Chancen für den Patienten.

Allgemeiner rechtlicher Hintergrund der Streitigkeit:

In rechtlicher Hinsicht ergeben sich vielfältige Herausforderungen beim Einsatz von KI in Medizinprodukten. Dies ist keine besondere Situation des *Vemo*, sondern üblich, wenn eine neue Technik eingesetzt wird. Bei der Nutzung von KI ergeben sich darüber hinaus spezifische Probleme.

Juristisch betrachtet liegt ein Forschungsschwerpunkt auf der Unklarheit der genauen Sorgfaltspflichten von Verantwortlichen. Dieses Problem stellt sich im Zivilrecht ebenso wie im Strafrecht. Es ist nicht geklärt, was von dem Hersteller, dem Gerät selbst, der KI und dem medizinischen Personal genau erwartet werden kann und darf. Insbesondere beim Einsatz innovativer Technik gibt es regelmäßig keine Standards: weder Facharztstandards noch Richt-

⁵ Tatsächlich fehlen dem *Vemo* für die Aufnahme in die Liste des Ausschusses noch verschiedene formale Anforderungen und Prüfungen, wie etwa die Wirksamkeitsprüfung. Für dieses Szenario wird davon ausgegangen, dass all diese Anforderungen bereits erfüllt sind.

linien oder Empfehlungen in technischer Hinsicht, keine DIN-Normen etc.⁶

Im Zivilrecht stehen bereits mit Anschaffung eines Medizinprodukts konkrete Fragen nach der Einweisung des Personals, der Anwendung und der Wartung im Fokus. Aber auch die benötigte Einwilligung des Patienten bedarf einer angemessenen Aufklärung und muss daher sorgsam vorbereitet werden. Sollte es zum Behandlungsvertrag kommen, sind die geschuldeten Pflichten unklar. Die §§ 630aff. BGB gehen grundsätzlich davon aus, dass eine Behandlung nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards erfolgt, § 630a Abs. 2 BGB. Diese fehlen bei der Mobilisation mittels KI aber (noch) vollständig. Im Schadensfall stehen die Schadensersatzansprüche aus Vertrag und Delikt im Vordergrund, insbesondere die Fahrlässigkeitshaftung.

Der unmittelbare Kontakt der verkörperten KI zu dem besonders verletzlichen Patienten könnte erhebliche Schäden an dessen Gesundheit verursachen. So entstünden hohe finanzielle Kosten zur Wiederherstellung der körperlichen Unversehrtheit, § 249 Abs. 1, 2 BGB. Darüber hinaus ist ein immaterieller Schaden und damit die Zahlung eines Schmerzensgeldes denkbar, § 253 Abs. 1, 2 BGB. Im Lichte der hohen Rechtsunsicherheit ergibt sich für die Verantwortlichen ein besonderes Risiko.

Es ergeben sich vielfältige weitere Probleme, angesprochen sei hier lediglich die Produkthaftung als Gefährdungshaftung. Der verantwortliche Hersteller haftet dort verschuldensunabhängig für einen Fehler des Produkts, § 1 ProdHaftG. Doch was dürfen die beteiligten Kreise berechtigterweise erwarten von einem neuartigen Produkt mit verkörperter KI? Klar ist nur: Je innovativer ein Produkt, desto unklarer ist das Vorliegen eines Fehlers nach § 3 ProdHaftG. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit ist enorm.

Im Strafrecht stehen viele Delikte im Fokus. Im Schadensfall sind die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) oder sogar die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) offensichtlich. Besonders problematisch ist, dass die Delikte dem Verantwortlichen persönlich zur Last gelegt werden, nicht nur dem (gegen finanzielle Schäden versicherten) Klinik-

träger. Die oben bereits beschriebenen Unsicherheiten lassen eine Einschätzung auch hier schwerfallen: Wenn sich nur das sogenannte erlaubte Risiko verwirklicht hat, scheidet eine Strafbarkeit aus. Die Verantwortlichen hätten dann kein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen. Es stellt sich erneut die Frage, welche Gefahren im Zusammenhang mit Robotik als gesellschaftlich akzeptiert gelten und was darüber hinausgeht.

Bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit KI können generell erhebliche Beweisprobleme für alle Parteien entstehen. Je mehr eine KI statt eines Menschen „entscheidet“ und „handelt“, desto weniger ist dies möglicherweise nachvollziehbar für die Beteiligten.

Noch unklar ist, wie diese Herausforderungen möglichst rechtssicher bewältigt werden können. In rechtlicher Hinsicht sind etwa vertragliche Regelungen und eine besonders sorgfältige Aufklärung des Patienten mit einer darauf beruhenden Einwilligung denkbar.

Zusammengefasst handelt es sich um wichtige allgemeingültige und gesellschaftsrelevante Fragen für die Zukunft. Keine Disziplin kann diese komplexen Zusammenhänge allein bearbeiten.

IV. Erklärung der Klägerin (Patientenvereinigung)

Die Aufnahme des *Vemo* in die entsprechende Richtlinie des Beklagten ist unerlässlich, sodass die Frühmobilisation von gesetzlich Krankenversicherten künftig regulär abgerechnet werden kann.

Die Bevölkerung wird immer älter, der Bedarf medizinischer Versorgung und Pflege steigt dementsprechend. Die Zahl der Physiotherapeuten und des Pflegepersonals erhöht sich jedoch nicht in entsprechendem Maße. Körperliche Überbeanspruchung und Unzufriedenheit mit den Arbeitsbedingungen führen zu einer hohen Quote von Berufsausstiegern. Vorhandene Krankenhausbetten können bereits heute nicht belegt werden, weil Personal fehlt.

Die verkörperte KI kann helfen, diese grundlegenden und bereits heute akuten Probleme zu lösen. Der Einzug innovativer Technik ist längst fällig. Bestehende Probleme und Unklarheiten lösen sich nicht durch Abwarten. In der Forschung und Entwicklung sind seit langer Zeit Fort-

⁶ Bzw. beziehen sich vorhandene Normen lediglich auf die Hardware, etwa auf die Anforderungen eines herkömmlichen Bettes mit Zulassung für die Intensivstation. Keinerlei Normen gibt es bisher für das Konzept der verkörperten KI in Medizinprodukten, also eine innovative Verknüpfung von Hard- und Software.

schritte zu erkennen, im medizinischen Alltag spiegeln sie sich kaum wider. Das Potenzial ist jedoch enorm. Natürlich bestehen auch Herausforderungen im Umgang mit der verkörperten KI. Sie lassen sich als Gesellschaft aber nur lösen, wenn die Robotik dort ankommt: *im Alltag der Menschen*.

Der Vemo erfüllt alle Anforderungen des Beklagten, etwa aus § 92 Abs. 1 SGB V. Die körperliche Entlastung der Pflege ist dringend geboten, die Mobilisation des Patienten von medizinischem Nutzen und die Wirtschaftlichkeit liegt ebenfalls vor. Die Kosten für Anschaffung und Unterhalt der Geräte sind in Relation zu dem Potenzial eindeutig gerechtfertigt. Dies zeigt sich bereits mit Blick auf die früher freiwerdenden Kapazitäten der Intensivstationen und den dort täglich anfallenden Kosten pro Patienten.

Es wird beantragt, den ablehnenden Bescheid des Beklagten aufzuheben und ihn darüber hinaus zu verurteilen, den Vemo dergestalt in die entsprechende Rechtsverordnung aufzunehmen, dass eine Mobilisation von Patienten bei der gesetzlichen Krankenversicherung abgerechnet werden kann.

Hinweis:

Tatsächlich würden wohl weitere (Hilfs-) Anträge gestellt im Hinblick auf die Verpflichtung des Beklagten zur Durchführung der vorbereitenden Maßnahmen, wie die Aufnahme in eine Erprobungsrichtlinie.

V. Erklärung des Beklagten (Ausschuss)

Die von der Klägerin vorgebrachten Fakten sind zwar richtig, ihre daraus gezogenen Schlussfolgerungen jedoch falsch oder zumindest deutlich verfrüht. Die verkörperte KI ist keinesfalls bereits erprobt genug, um in unsere Richtlinie aufgenommen zu werden.

Schon die erforderliche Wirtschaftlichkeit liegt nicht vor, vgl. §§ 12, 92 Abs. 1 SGB V. Anschaffung und Unterhalt eines Geräts sowie die Schulung der Mitarbeiter sind sehr aufwändig, zumal beim Einsatz von Robotik besondere Vorsicht geboten ist. Der medizinische Nutzen ist schon für sich genommen zu gering im Vergleich zu bereits auf dem Markt verfügbaren Medizinprodukten zur Mobilisation. Somit überschreitet der Einsatz von KI das Maß des Notwendigen; die Abkehr von traditionellen Methoden ist nicht geboten.

Bei Medizinprodukten steht die Sicherheit und Qualität besonders im Fokus. Dieser elementare Grundsatz dient den Anwendern und Nutzern und damit der gesamten Gesellschaft. Ein Mangel an geeignetem Pflegepersonal darf notwendige Sicherheitsbedenken nicht verdrängen.

Überspitzt gesagt bietet der Vemo einem Patienten die Chance, einen Tag eher aus dem Krankenhaus entlassen zu werden und das zu unverhältnismäßigen Risiken wie z.B. erheblichen Körperschädigungen. Es bedarf noch weitaus mehr Forschung zur verkörperten KI, um eine Verhältnismäßigkeit herbeizuführen – eventuell ist diese nie möglich. Auch soziale, ethische und demografische Probleme löst der Vemo nicht.

Die Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung ist es nicht, derart experimentelle Forschung zur verkörperten KI unter dem Deckmantel der „Optimierung“ in den Alltag zu bringen. Den Versicherten werden nur sichere und erprobte Methoden zur Verfügung gestellt.

Es wird beantragt, die Klage vollumfänglich abzuweisen.

VI. Befragung der Sachverständigen

Gerichtlich bestellte Sachverständigengutachten sind ein Strengbeweismittel, vgl. §§ 404ff. ZPO. Sie sollen in einen Gerichtsprozess die oft nötige fachliche Expertise einbringen. Das Gericht wählt entsprechende Sachverständige aus und formuliert eine klare Fragestellung. Es ist an die Einschätzung nicht gebunden, folgt den fachlichen Ausführungen jedoch oft.

Bei den Experten dieser mündlichen Verhandlung handelt es sich um Teilprojektleiter von MobIPaR bzw. wissenschaftliche Mitarbeiter. Das Konsortium setzt sich aus verschiedenen Fachrichtungen zusammen. Es ist damit gut geeignet, um umfassend an diesem komplexen Thema zu forschen und ein realistisches Bild zu vermitteln.

Sachverständige werden belehrt über ihre Pflicht, neutral und sachlich über ihr Fachwissen zu berichten. Dazu gehört, weder etwas hinzuzuerfinden noch wegzulassen, Unsicherheiten einzuräumen und eventuelle Missverständnisse des Gerichts aufzuklären. Anschließend können das Gericht und die Parteien Nachfragen stellen. Sofern sie nicht ausdrücklich nach ihrer eigenen Meinung gefragt werden, bleibt der Vortrag sachlich.

Dr. Alexander König (*Gründer und CEO von Reactive Robotics und damit Hersteller des Vemo*) betont in seiner Einleitung die spannende Entwicklung der Robotik und den aktuellen Stand der Technik. Robotik sei in der Pflege kaum angekommen, obwohl sich nicht nur seiner Ansicht nach ein großes Potenzial biete. Er betont als Chancen des Vemo die körperliche Entlastung der stark beanspruchten Pflegekräfte. Vor dem Hintergrund einer alternden Gesellschaft und des Pflegenotstands verbleibe so die Möglichkeit, qualitativ hochwertige Pflege zu leisten, die sich auf die menschliche Zuwendung konzentriere.

Allgemeine Risiken der Robotik bestünden aus seiner Sicht für die körperliche Unversehrtheit von Anwendern und Patienten, den Datenschutz und die IT-Sicherheit. Beim Vemo seien diese Problemfelder jedoch beachtet worden, sodass einer Anwendung nichts entgegenstehe. Auch wenn der Pflegenotstand damit nicht behoben werden könne, handle es sich um einen wertvollen Beitrag.

Dr. Elisabeth Jensen (*wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Technischen Universität München am Lehrstuhl von Prof. Dr. Sami Haddadin, Inhaber des Lehrstuhls für Robotik und Systemintelligenz*) erklärt die Entwicklung und Funktion der KI in Form der sogenannten Assist-as-Needed-Funktion. Es handelt sich hierbei um einen Regelungsalgorithmus, welcher auf einer sensorbasierten Überwachung von Energie beruht. So wird die Unterstützung des Vemo stetig automatisch angepasst, um die Eigenleistung des individuellen Patienten und seinen Therapieerfolg zu maximieren.

Dr. Jensen verweist zudem darauf, dass das medizinische Personal sogar in doppelter Hinsicht profitiere: Die körperliche Belastung sinke und zugleich steige die Effektivität der eigenen Arbeit. Die Bedienbarkeit ist auch für technische Laien über den Touchscreen möglich. Optimierungen in technischer Hinsicht seien bei jedem Produkt möglich, beim Vemo sei etwa eine Verbesserung der Anpassungsfähigkeit an den Patienten durch weitere Tests denkbar.

Dr. Friedemann Müller (*Chefarzt der Schön Klinik Bad Aibling, leitet die neurologische Frührehabilitation & Rehabilitation*) hat bereits 2019 mit dem Vemo erste praktische Tests durchgeführt. Hierbei standen sowohl die Anwender als auch die Nutzer im Fokus. Er verweist zu Beginn auf die Nutzergruppe der besonders hilfsbedürftigen Patienten auf der Intensivstation. Eine Mobilisation komme ihnen zugute und mache förmlich „einen anderen Menschen“ aus dem Patienten. Trotzdem stünden der Durchführung im

klinischen Alltag oft Hindernisse entgegen.

Um den dekonditionierten Kreislauf während der Mobilisation zu schonen, sei eine Gangbewegung unerlässlich. Unter diesen Aspekten sei der Vemo das am weitesten entwickelte Produkt auf dem Markt. Als Chance wird nicht nur betont, dass der einzelne Patient eher aus dem Krankenhaus entlassen werden könnte und wertvolle Lebenszeit gewinne. Es ergäben sich damit freie Kapazitäten auf den Intensivstationen, wodurch nicht zuletzt erhebliche Kosten gespart würden. Auch in Anbetracht der Personalknappheit und der körperlichen Belastung des Pflegepersonals sei der Einsatz des Vemo wünschenswert.

Zuletzt verweist Dr. Friedemann Müller auf bestehende Probleme des Gesundheitssystems sowie auf langfristige Zusammenhänge zwischen der deutschen Volkswirtschaft und der Entwicklung und Herstellung von Medizinprodukten am Industriestandort Deutschland.

Prof. Dr. Martin Müller (*Professor an der Technischen Hochschule Rosenheim für Pflegewissenschaft, insbesondere Pflegeforschung*) fokussiert mit seiner Forschung besonders die Anwender. Hierzu wurden Pflegekräfte etwa nach der Anwendung des Vemo befragt. Auch er bestätigt den anerkannten Nutzen der Mobilisation für schwer erkrankte Patienten und betont gleichzeitig den hohen Personalaufwand bei rein konventionellen Methoden. Zudem seien Anwender und Nutzer hohen Unsicherheiten ausgesetzt.

Durch den Vemo bestehe potenziell die Chance, Personal einzusparen und dem Patienten gleichzeitig mehr Mobilisation zu ermöglichen. Den durch seine Arbeitsgruppe durchgeführten Beobachtungen zufolge fühle sich der vertikalisierte Patient während des gesamten Vorgangs sicher. Prof. Dr. Martin Müller betont aber auch, dass der Pflegenotstand nicht allein durch mehr Technik behoben werden könne. Auch sei unklar, ob eine körperliche Entlastung und ein Mehr an Technik allein den Pflegeberuf als solchen attraktiver mache.

Nur wenn die Anwender einen Vorgang als sicher, hilfreich und wirksam empfinden, sieht er eine gute Chance auf einen tatsächlichen Einsatz im klinischen Alltag, und zwar unabhängig davon, ob das Medizinprodukt mithilfe von KI oder auf eine traditionelle Art funktioniert.

Dr. Verena Buddenberg (*wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Evangelischen Hochschule Ludwigsburg in der Forschungsgruppe Gesundheit - Technik - Ethik unter der Leitung von Prof. Dr. Kirsten Brukamp*) berichtet von eigenen Forschungsstudien, die die Erfahrungen in der Anwendung

des *Vemo* und ethische Herausforderungen fokussieren. Sie betont die Aspekte der Menschlichkeit und der Fürsorge in der Pflege. Eine Vollautomatisierung der Mobilisation ohne menschliche Begleitung sei ihren Beobachtungen nach nicht gewünscht.

Auch die Sicherheit der Patienten und die Produktqualität hätten eine ethische Dimension. Auf ein subjektives Unwohlbefinden könnten die Verantwortlichen nach der Einschätzung von Frau Dr. Buddenberg jedoch im Einzelfall eingehen. Dies stünde einem Einsatz des *Vemo* nicht entgegen.

Darüber hinaus seien die Selbstbestimmung und das Selbstverständnis der Patienten zu berücksichtigen. Auch die ethische Perspektive erfordere hier eine sorgfältige Aufklärung. Auf gesellschaftlicher Ebene sei der Aspekt der Gerechtigkeit und des Zugangs zu medizinischer Versorgung relevant. Eine Möglichkeit biete die Regelung über ein solidarisches Gesundheitssystem, wie von der Klägerin beabsichtigt.

Eine erste kleine Studie mit gesunden Probanden zeige, dass diese dem *Vemo* aufgeschlossen gegenüberstehen. Sie würden grundsätzlich eher einen potenziellen Nutzen sehen und lehnten den Einsatz von KI nicht pauschal ab.

VII. Gerichtsurteil

Leibniz hat vor ca. 300 Jahren Folgendes festgestellt: „Die Ärzte kennen und nützen die neuen Erfindungen nicht: Man läßt die Medizin (...) bei ihrem alten Geschlepp (...). Sie sollten die neuen (...) Verfahren, wie sie in anderen Ländern (...) bereits geläufig sind, anwenden“.

Wie wir in diesem Prozess gehört haben, scheint diese Einschätzung nicht mehr aktuell. Mediziner würden neue Verfahren gerne anwenden, der Weg dorthin ist jedoch weit.

Wie bereits in der Einführung deutlich gemacht, sprechen für beide Parteien gute Argumente. Die Alterung der Gesellschaft und die Verschärfung des Pflegenotstandes sind seit längerer Zeit bekannt. Klar ist, dass sich diese Probleme nicht kurzfristig durch den Einsatz von KI in Medizinprodukten beheben lassen. Trotzdem besteht das Potenzial, einen Beitrag zu leisten, etwa die körperlichen Belastungen des Pflegepersonals erheblich zu reduzieren. Die Sachverständigen haben die komplexen Herausforderungen deutlich gemacht. Der *Vemo* ist insgesamt weniger „futuristisch“ als sich der Laie die verkörperte KI mög-

licherweise vorstellt. Die potenziellen Chancen sind bei einer weiten Verbreitung enorm.

Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass die Behandlung des *Vemo* in die Rechtsverordnung aufgenommen wird, sodass eine Abrechnung über die gesetzliche Krankenversicherung erfolgt.

Andererseits darf der Beklagte die Entwicklungen in Technik und Gesellschaft nicht unberücksichtigt lassen. Es erscheint denkbar, dass die Robotik hier einen wertvollen Beitrag leisten kann, ohne dass die menschliche Fürsorge darunter leidet. Es wäre sogar möglich, dass eine sinnvolle Teilautomatisierung die Qualität der Pflege erhöht oder hilft, einen gewissen Standard in der Zukunft beizubehalten.

Die Klägerin hat deshalb einen Anspruch darauf, dass der Beklagte eine *ermessensfehlerfreie Auswahl für die Erprobungsrichtlinie* trifft. Der Spielraum der Beklagten ist hierbei sehr groß. Gerichtlich überprüfbar ist, ob der Beklagte eine *ermessensfehlerfreie Auswahl* trifft. Fehler wären etwa, gar nicht zu handeln, sachfremde Erwägungen anzustellen, Argumente bewusst nicht zu beachten oder falsch zu gewichten.

VIII. Videos

Zum YouTube-Stream geht es auch mit diesem QR-Code:



Zudem werden zwei geschnittene Versionen des Videos angefertigt. Weitere Infos findet Ihr auf der Homepage von Frau Prof. Dr. Susanne Beck.

Auf der Projekthomepage⁷ finden sich nähere Informationen der einzelnen Projektpartner und Kontaktdaten sowie weiterführende Hinweise.

⁷ Siehe www.mobipar-projekt.de (Abruf v. 22.10.2020).

Windenergie auf See

Dipl. Jur. Antonia Hagedorn und Dipl. Jur. Felix Lücke

BVerfG 1 BvR 1679/17

Art. 2 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1; Art. 14 Abs. 1; Art. 20 Abs. 3 GG; WindSeeG

Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

Die A-GmbH ist ein deutsches Unternehmen, das die Zulassung von Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone nach der bis 2017 geltenden Seeanlagenverordnung, die keine staatliche Flächenplanung sowie eine behördliche Zulassung von Bauvorhaben nach dem Kriterium zeitlicher Priorität vorsah, beantragt hat. Danach hat die A-GmbH – wie gewohnt – auf eigene Kosten notwendige Planungsarbeiten durchgeführt. Diese umfassten Wasser-, Luft- und Umweltverträglichkeitsuntersuchungen.

Zum 01.01.2017 wurde mit den Vorschriften des Gesetzes zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See („WindSeeG“) die Errichtung von Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone in Nord- und Ostsee neu geregelt. Nach dem WindSeeG wird die Zulassung des Betriebs eines Offshore-Windparks zwar weiterhin durch ein Planfeststellungsverfahren geregelt; dabei liegt die Flächenentwicklung jedoch nunmehr beim Staat, der einen Zuschlag zur Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens an interessierte Unternehmen erteilt. Ausschreibungen werden zentral im Voraus durchgeführt und die Anlagenerrichtung und Netzanbindung zentral aufeinander abgestimmt. Die Gesetzesreform soll vordergründig dem Klima- und Umweltschutz durch einen staatlich gesteuerten Ausbau der Nutzung von Windenergie auf See dienen.

Das WindSeeG enthält verschiedene Übergangsregelungen, deren Voraussetzungen die A-GmbH allerdings nicht erfüllt, da jene insbesondere auf bereits errichtete und in Kürze zu errichtende Anlagen abzielen. Im Übrigen verlieren bereits durchgeführte Verfahrensschritte ihre rechtliche Bedeutung. Vielmehr müsste die A-GmbH sich nun für einen Zuschlag auf Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens nach dem WindSeeG bewerben.

Die A-GmbH sieht sich dadurch in ihrer Eigentumsfreiheit verletzt. Der nach früher geltendem Recht erreichte Verfahrensstand, einschließlich der bereits erteilten Genehmigung für die Inbetriebnahme ihres Windparks, habe nach dem WindSeeG rückwirkend keine rechtliche Bedeutung mehr, ohne dass ihr insoweit ein Ausgleich gewährt würde, zumal die bereits erlangten Untersuchungsergebnisse vom Staat im weiteren Planungsverlauf ohne Weiteres nutzbar gemacht werden können. Es könne in einem Rechtsstaat nicht hingenommen werden, dass das Vertrauen der ansässigen Unternehmen derart enttäuscht werde. Ferner sei eine Verletzung der Berufsfreiheit darin zu erblicken, dass der Betrieb eines Offshore-Windparks nun grundsätzlich verboten und nur im Falle eines Zuschlags im Wege behördlicher Einzelzulassung erlaubt werde. Daran ändere es auch nichts, dass sie von der Realisierung des Windparks mangels Netzanschlusses noch weit entfernt ist.

Die A-GmbH möchte sich bezüglich der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des WindSeeG an das BVerfG wenden.

Hat ein in Betracht kommendes Verfahren vor dem BVerfG Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Von der Einhaltung der einschlägigen Formvorschriften und Fristen ist auszugehen. Eine mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch das WindSeeG ist nicht zu prüfen. Vom Abdruck der Normen des WindSeeG wurde aus Übersichtlichkeitsgründen abgesehen. Es genügt daher eine Auseinandersetzung mit den im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsproblemen.

EINORDNUNG

Das BVerfG hatte erneut Gelegenheit, sich zu dem grundrechtlichen Vertrauensschutzgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG und in diesem Zusammenhang zur unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung zu äußern. Insofern stellte sich die Frage, ob das enttäuschte Vertrauen eines Offshore-Windpark-Projektentwicklers unter Abwägung mit den vom WindSeeG verfolgten Zielen – vorrangig Klima- und Umweltschutz – jedenfalls insoweit schützenswert ist, dass für die bereits durchgeführten Planungsarbeiten und Untersuchungen ein Ausgleich zu gewähren ist.

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde mehrerer solcher Projektentwickler beschäftigte sich das BVerfG ferner mit der Problematik, ob eine erteilte Genehmigung oder ein bereits erreichter Verfahrensstand als eigentumsfähige Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen ist. Schließlich wurde im Rahmen der Rechtfertigung einer möglichen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG die Frage relevant, inwieweit das enttäuschte Vertrauen in die Fortführbarkeit einer beruflichen Tätigkeit unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten grundrechtlich zu schützen ist.

Der Fall verbindet grundlegende Fragen im Blickfeld von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG mit einer Prüfung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots, das in der Entscheidung des BVerfG selbstständig neben den anderen geprüften Grundrechten steht. Der Beschluss beweist insbesondere die Aktualität einer Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung, die immer wieder Gegenstand juristischer Prüfungsarbeiten im Staatsrecht ist.

LEITSÄTZE

1. Art. 14 Abs. 1 GG schützt unter Umständen das Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum. Das setzt aber eine eigentumsfähige Rechtsposition voraus.

2. Art. 12 Abs. 1 GG kann eine Übergangsregelung gebieten, wenn eine in der Vergangenheit in erlaubter Weise ausgeübte Berufstätigkeit künftig unzulässig ist. Hingegen bietet Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich keinen Vertrauensschutz wegen frustrierter Investitionen, die mit Blick auf

eine künftige unternehmerische Tätigkeit erfolgt sind.

3. Der allgemeine Vertrauensschutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergänzt die spezifischen Vertrauensschutzverbürgungen der besonderen Freiheitsrechte. Das Kriterium der Rückwirkung kann Aufschluss darüber geben, ob eine Rechtsänderung schutzwürdige Stabilitätserwartungen enttäuscht, also nicht bloß die allgemeine Erwartung betrifft, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen. Die durch Verhältnismäßigkeitsanforderungen konkretisierten verfassungsrechtlichen Grenzen der Rückwirkung finden über das Steuerrecht hinaus auch in anderen Rechtsgebieten Anwendung.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

III. Prozessfähigkeit

IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität, § 90 Abs. 2 BVerfGG

VII. Form und Frist

VIII. Ergebnis zu A.

B. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

I. Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts

1. Schutzbereichseröffnung

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Einschränkungsmöglichkeit

b) Verfassungsmäßige Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit

c) Ggf. Verfassungsgemäße Konkretisierung im Einzelfall

II. Ergebnis zu B.

C. Ergebnis

In Betracht kommt die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG durch die A-GmbH. Diese hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde der A-GmbH müsste zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG für die Entscheidung der Verfassungsbeschwerde zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die A-GmbH müsste im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdefähig sein. Dies ist i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder den in § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgeführten grundrechtsgleichen Rechten ist.¹

Fraglich ist insofern, ob die A-GmbH als juristische Person des Privatrechts gem. § 13 Abs. 1 GmbHG Trägerin von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten sein kann. Sie beruft sich im vorliegenden Verfahren auf die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG. Nach Art. 19 Abs. 3 GG sind inländische juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich grundrechts- und damit auch beschwerdefähig, soweit die vermeintlich verletzten Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.² Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn der Schutzbereich des betreffenden Grundrechts an bestimmte äußere oder innere Merkmale seines Trägers anknüpft, die nur natürlichen Personen „wesenseigen“ sind.³ Entscheidend ist demnach die Möglichkeit einer auch korporativen Betätigung des jeweiligen Grundrechts.⁴ Eine solche besteht insbesondere für die (auch) auf den Wirtschaftsverkehr ausgerichteten Grundrechte der Eigentums- und Berufsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.⁵ Folglich ist die A-GmbH als inländische juristische Person des Privatrechts mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG Trägerin dieser Grundrechte und somit nach § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdefähig.

III. Prozessfähigkeit

Die A-GmbH wird gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch ihren Geschäftsführer vertreten.

IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Erfasst ist demnach grundsätzlich sämtliches Handeln der Legislative, der Exekutive und der Judikative entsprechend Art. 1 Abs. 3 GG.⁶ Die A-GmbH wendet sich gegen diejenigen Vorschriften des WindSeeG, die den nach früherem Recht erreichten Verfahrensstand einschließlich der bereits erteilten Genehmigung hinsichtlich der Zulassung und des Betriebs von Windenergieanlagen auf See rückwirkend beseitigen. Bei diesen Gesetzen handelt es sich um Akte der Legislative, mithin um taugliche Beschwerdegegenstände nach § 90 Abs. 1 BVerfGG.

V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die A-GmbH müsste auch beschwerdebefugt sein. Die Beschwerdeführerin muss geltend machen, in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte möglicherweise verletzt zu sein, eine Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein⁷ und sie muss durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.⁸

Durch die Vorschriften des WindSeeG wird der durch die A-GmbH bereits erreichte Verfahrensstand bzgl. der Planung und Errichtung von Windenergieanlagen auf See dadurch rückwirkend entwertet, dass nunmehr ein von Grund auf neu gestaltetes Zuschlags-, Planungs- und Genehmigungsverfahren nach dem WindSeeG durchzuführen ist. Insoweit ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass hierdurch die Eigentums- (Art. 14 Abs. 1 GG), Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) oder jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit der A-GmbH aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein könnte.

Daneben beenden die Vorschriften des WindSeeG das laufende Planungsverfahren der A-GmbH durch Gesetz, sodass diese auch selbst, noch andauernd bzw. demnach

¹ Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum BVerfGG, 59. EL 2020, § 90 Rn. 125.

² Vgl. C. Grünwald in: BeckOK-BVerfGG, 9. Edition 2020, § 90 Abs. 1 Rn. 23.

³ BVerfGE 21, 362 (368f.); 95, 220 (242); 106, 28 (42).

⁴ BVerfGE 42, 212 (219); 122, 342 (355).

⁵ Für Art. 14 GG BVerfGE 66, 116 (130); für Art. 12 GG BVerfGE 105, 252 (265); 121 317 (370); für Art. 2 Abs. 1 GG BVerfGE 10, 221 (225); vgl. Bethge in: Maunz et al. (Fn. 1), BVerfGG, § 90 Rn. 140; Scherzberg in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 13 Rn. 26.

⁶ C. Grünwald in: BeckOK-BVerfGG (Fn. 2), § 90 Abs. 1 Rn. 47.

⁷ BVerfGE 129, 49 (67); Manssen, Staatsrecht II – Grundrechte, 17. Aufl. 2020, Rn. 915.

⁸ BVerfGE 79, 1 (13f.); Manssen, StaatsR II (Fn. 7), Rn. 919.

gegenwärtig und mangels notwendigen Vollzugsakts unmittelbar durch das Gesetz betroffen ist.⁹

Die A-GmbH ist somit beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität, § 90 Abs. 2 BVerfGG

Die A-GmbH müsste gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft und daneben den Grundsatz der Subsidiarität gewahrt haben. Weil ein Rechtsweg gegen Bundesgesetze wie das WindSeeG nicht gegeben ist, kommt insoweit nur der durch das BVerfG entwickelte Grundsatz der Subsidiarität in Betracht. Hiernach hat der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde „grundsätzlich alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten [zu] ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen“.¹⁰ Eine ggf. zu erhebende Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten hätte allein die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Normen zum Thema gehabt und daneben nicht etwa zu einer Aufklärung der Sachlage in sachlicher und rechtlicher Hinsicht beitragen können, zumal die Auslegung des einfachen Rechts an dieser Stelle nicht entscheidungserheblich ist. Insoweit hat die A-GmbH den Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

VII. Form und Frist

Die Formvorschriften (§ 23 Abs. 1 BVerfGG) und die Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) können eingehalten werden.

VIII. Ergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde der A-GmbH wäre zulässig.

B. Begründetheit

Weiterhin müsste die Verfassungsbeschwerde begründet sein. Dies ist der Fall, wenn das angegriffene WindSeeG die A-GmbH in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG, von Art. 12 Abs. 1 GG sowie des allgemeinen Vertrauensschutzes gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

I. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Das WindSeeG könnte die Beschwerdeführerin in ihrem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzen, indem die nach früherem Recht erteilte Genehmigung sowie der bereits erreichte Verfahrensstand keine rechtliche Bedeutung mehr haben.

1. Schutzbereichseröffnung

Zunächst müsste der Schutzbereich der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Eigentumsfreiheit eröffnet sein. In sachlicher Hinsicht schützt Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem jeweils Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben darf.¹¹

Fraglich erscheint, ob die der A-GmbH nach der früher geltenden Seeanlagenverordnung erteilte Genehmigung eine eigentumsrechtliche Position darstellt. Zwar ist der sachliche Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG nicht auf Eigentumspositionen im Sinne des Privatrechts begrenzt.¹² Die vor Inkrafttreten des WindSeeG erteilte Genehmigung diente mit der Feststellung der Rechtskonformität der geplanten Anlage jedoch der Überwindung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, welches die Überprüfung von Gefahren durch den Betrieb eines Offshore-Windparks bezweckt. Dagegen will die Genehmigung nicht die Schaffung einer Eigentumsposition herbeiführen.¹³ Mangels Qualifizierung der Genehmigung als vermögenswerte Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG ist der sachliche Schutzbereich der Eigentumsfreiheit insofern nicht eröffnet.

Ferner könnte die von der Beschwerdeführerin nach früherem Recht erlangte Verfahrensposition als solche ein vermögenswertes Recht darstellen. Dagegen spricht allerdings, dass die der Genehmigung selbst vorausgehende bloße Verfahrensposition erst recht nicht als Eigentumsrecht im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG angesehen werden kann. Etwas anderes könnte anzunehmen sein, wenn die Verfahrensposition dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zuzuordnen ist. Ob dieses überhaupt dem sachlichen Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt, ist bislang noch nicht abschließend entschieden

⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 61 – juris.

¹⁰ BVerfGE 63, 77 (78); 134, 106 (115); 129, 78 (92); 134, 242; vgl. Niesler in: BeckOK-BVerfGG (Fn. 2), § 90 Rn. 50.

¹¹ BVerfGE 131, 66 (79).

¹² BVerfGE 95, 267 (300).

¹³ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 77 – juris; siehe bereits zuvor zur Verneinung der Frage der Eigentumsfähigkeit von Anlagenzulassungsentscheidungen BVerfGE 143, 246.

worden.¹⁴ Auf die Frage käme es vorliegend allerdings nicht an, wenn die Verfahrensposition dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht unterfiele. Der Schutz dieses Rechts kann grundsätzlich nicht weiter reichen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.¹⁵ Als wirtschaftliche Grundlage ist der nach der Seeanlagenverordnung erreichte Verfahrensstand zu betrachten, der ungeachtet seines Marktwerts nicht als Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen ist. Die Verfassungsmäßigkeit der aus der Rechtsänderung resultierenden praktischen Erschwerung des Gewerbebetriebs ist im Rahmen der Vereinbarkeit der Vorschriften mit Art. 12 Abs. 1 GG zu untersuchen.¹⁶ Demnach handelt es sich auch bei dem erreichten Verfahrensstand nicht um eine vermögenswerte Rechtsposition, sodass auch diesbezüglich der sachliche Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG nicht eröffnet ist.

2. Zwischenergebnis

Eine Verletzung der A-GmbH in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG durch das WindSeeG scheidet mangels Betroffenheit des sachlichen Schutzbereichs aus.

II. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

Das WindSeeG könnte die A-GmbH jedoch in ihrer von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit verletzen, indem der Betrieb von Windenergieanlagen auf See nach dem WindSeeG verboten und nur im Falle eines Zuschlags im Wege behördlicher Einzelzulassung erlaubt und die nach altem Recht erteilte Zulassung sowie der bloße Verfahrensstand wirkungslos sind. Insofern bedarf es wiederum eines nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffs in die grundrechtlich verbürgte Position.

1. Schutzbereichseröffnung

Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste eröffnet sein. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt das Recht, eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen (sog. Berufswahl) und frei auszuüben (sog. Berufsausübung).¹⁷ Unter einem Beruf versteht man jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.¹⁸ Das Betreiben eines Offshore-Windparks ist als eine Tätigkeit zur Schaffung

und Erhaltung der Lebensgrundlage anzusehen, sodass der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

Aufgrund der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ist auch der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit für die A-GmbH eröffnet.

2. Eingriff

Bei dem grundsätzlichen Verbot des Betriebs eines Windparks könnte es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit der A-GmbH handeln. Unter einem Eingriff versteht man die Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbereichs.¹⁹ In Betracht kommt insofern ein Eingriff im klassischen Sinne, also durch einen unmittelbaren, finalen und imperativen Rechtsakt.²⁰ Bei dem WindSeeG handelt es sich um eine Norm und damit um einen Rechtsakt der Legislative, der als Verbot imperativ auf die Berufsfreiheit der A-GmbH wirkt. Es zielt gerade darauf ab, den Betrieb des Windparks zu verbieten und unter den Zulassungsvorbehalt zu stellen, sodass auch die Finalität gegeben ist. Letztlich ist dem WindSeeG auch eine unmittelbare Wirkung beizumessen, da zwischen dem Rechtsakt und der Verkürzung des grundrechtlichen Schutzes keine Zwischenursache erkennbar ist. Mithin liegt ein klassischer Eingriff vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er den Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an Eingriffe dieser Art stellt. Das WindSeeG müsste demnach eine verfassungsgemäße Konkretisierung der für Art. 12 Abs. 1 GG geltenden Einschränkungsmöglichkeit darstellen.

a) Einschränkungsmöglichkeit

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG erfordert zunächst, dass die Berufsfreiheit einschränkbar ist. Art. 12 Abs. 1 GG wird als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden, sodass die nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG lediglich für die Berufsausübung geltende Einschränkungsmöglichkeit auch auf die Berufswahl ausgeweitet wird.²¹ Aus der Formulierung „durch ein Gesetz oder auf Grund eines Ge-

¹⁴ BVerfGE 143, 246 (331); BGHZ 111, 349 (355f.); BVerwGE 81, 49 (54).

¹⁵ BVerfGE 58, 300 (353).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 84ff. – juris.

¹⁷ BVerfGE 141, 121 (130).

¹⁸ BVerfGE 141, 121 (130f.).

¹⁹ Herdegen in: Maunz/Düring, Kommentar zum GG, 90. EL 2020, Art. 1 Rn. 40.

²⁰ Vgl. hierzu Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 392ff.

²¹ BVerfGE 7, 377 (402f.).

gesetzes“ folgt, dass die Berufsfreiheit einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt.²² Bei dem WindSeeG handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift, die die Anforderungen eines einfachen Gesetzesvorbehalts erfüllt. Art. 12 Abs. 1 GG ist mithin grundsätzlich durch die Vorschriften des WindSeeG einschränkbar.

b) Verfassungsmäßige Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit

Fraglich erscheint weiterhin, ob das WindSeeG auch eine verfassungsmäßige Konkretisierung der für Art. 12 Abs. 1 GG geltenden Einschränkungsmöglichkeit darstellt.

aa) Die bei Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Drei-Stufen-Theorie

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG ist die vom BVerfG entwickelte Drei-Stufen-Theorie zu berücksichtigen. Ihr zufolge kann ein Eingriff auf der ersten Stufe der Berufsausübungsfreiheit gerechtfertigt werden, wenn er vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls dient. Hinsichtlich eines Eingriffs in die subjektive und in die objektive Berufswahl auf zweiter und dritter Stufe sind strengere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen.²³

Grundsätzlich kann die A-GmbH weiterhin einen Windpark betreiben. Ihr ist es lediglich verboten, den Betrieb in dem das WindSeeG betreffenden Gebiet ohne behördliche Einzelzulassung aufzunehmen, sodass es nicht um das „Ob“ der Berufswahl geht, sondern um das „Wie“ im Sinne der Berufsausübung. Folglich handelt es sich um einen Eingriff auf erster Stufe.

Das WindSeeG bezweckt den Klima- sowie den Umweltschutz,²⁴ bei dem es sich um eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls handelt. Der Eingriff genügt demnach grundsätzlich den Anforderungen der Drei-Stufen-Theorie.

bb) Die Wahrung der Anforderungen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Obwohl die Drei-Stufen-Theorie ähnliche Maßstäbe wie diejenigen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anwendet, erscheint es überzeugender, diesen zu-

mindest neben der Theorie anzuwenden. Hierfür spricht auch, dass mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz individuellere Ergebnisse erzielt werden können.²⁵ Somit müsste das WindSeeG verhältnismäßig sein.

Bei dem in Art. 20a GG normierten Schutz natürlicher Lebensgrundlagen, der auch den Schutz von Klima und Umwelt erfasst, handelt es sich um ein rechtlich erlaubtes Ziel und damit um einen legitimen Zweck. Die einzelnen Regelungen des WindSeeG fördern zumindest den Schutz der genannten Rechtsgüter, sodass die Vorschriften auch geeignet sind.²⁶ Erforderlich wäre das Gesetz, wenn keine mildereren und zugleich weniger eingriffsintensiven Mittel gegenüber dem prinzipiellen Verbot des Betriebs und dem Erfordernis eines Zuschlags infrage kommen.²⁷ Insofern sind andere Regelungssysteme, die ebenso zwecktauglich sind und sich dabei milder im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG auswirken, nicht ersichtlich.

Letztlich müsste das aus dem WindSeeG folgende grundsätzliche Verbot des Betriebs eines Windparks in dem betreffenden Gebiet ohne behördliche Genehmigung auch angemessen sein. Insofern sind die in Art. 20a GG verankerten gewichtigen Ziele des Umwelt- und Klimaschutzes zu berücksichtigen, die mit der Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von Windparks abzuwägen sind. Im Rahmen einer abstrakten Bewertung überwiegen die hohen Ziele des Klima- und Umweltschutzes. Ferner ist zu beachten, dass die Intensität des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG nicht sehr hoch ist, da der Betrieb an sich nicht absolut untersagt, sondern lediglich von dem vorherigen Zuschlag abhängig gemacht wird.

Gegen das Überwiegen der mit dem WindSeeG verfolgten Ziele im Rahmen einer konkreten Abwägung könnte jedoch sprechen, dass das Vertrauen der Windparkbetreiber in die rechtliche Fortführbarkeit der beruflichen Tätigkeit enttäuscht worden ist. Insofern ist allerdings bedeutsam, dass das WindSeeG Übergangsregelungen für die Betreiber enthält, die ihre Tätigkeit vor dem Inkrafttreten des WindSeeG am 01.01.2017 aufgenommen haben. Den Regelungen unterfallen hingegen die Betreiber nicht, die den Betrieb in der Vergangenheit noch nicht aufgenommen ha-

²² Mangold/Lange JuS 2018, 161 (167).

²³ BVerfGE 7, 377 (405ff.).

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 100 – juris.

²⁵ Classen, Staatsrecht II – Grundrechte, 2018, S. 207.

²⁶ BVerfGE 126, 112 (144).

²⁷ BVerfGE 90, 45 (172).

ben, sondern zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eine Genehmigung oder eine bloße Verfahrensposition innehaben.²⁸ Folglich hat der Gesetzgeber die Aspekte des enttäuschten Vertrauens der Betreiber auf die Fortführung ihrer beruflichen Tätigkeit hinreichend berücksichtigt; insbesondere ist das Unternehmen von der Realisierung des Windparks mangels Netzanschlusses noch weit entfernt. Dies erscheint im Rahmen der konkreten Abwägung des Eingriffs in ihre Berufsfreiheit mit den hohen Zielen des WindSeeG überzeugend, da das enttäuschte Vertrauen vor der Aufnahme des Betriebes weniger schwer zu gewichten ist.

Schlussfolgernd sind die das Verbot des Betriebes regelnden Vorschriften des WindSeeG auch im Rahmen der konkreten Güterabwägung angemessen und damit verhältnismäßig.

4. Zwischenergebnis

Eine Verfassungswidrigkeit der Regelungen des WindSeeG folgt nicht aus ihrer Unvereinbarkeit mit der in Art. 12 Abs. 1 GG normierten Berufsfreiheit der A-GmbH.

III. Verletzung des allgemeinen Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)

Das WindSeeG könnte aber dergestalt Grundrechte der A-GmbH verletzen, dass es den allgemeinen Vertrauensschutzanforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG nicht genügt.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich müsste eröffnet sein. Soweit die speziellen Vertrauensschutzgrundlagen der besonderen Freiheitsrechte nicht eingreifen, kommt auf Grundlage der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG ein allgemeiner, grundrechtlicher Vertrauensschutz in Betracht.²⁹

Bewusst wurde hier der auch vom BVerfG gewählte Aufbau übernommen, der das allgemeine, grundrechtliche Vertrauensschutzgebot selbstständig neben die anderen einschlägigen Grundrechte setzt. Hierher

rührt auch die Mitzitierung von Art. 2 Abs. 1 GG. Gerade in Fällen unechter Rückwirkung prüft das BVerfG einen möglichen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nicht selbstständig als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern auf grundrechtlicher Ebene. Gewiss wäre es daher auch hier zulässig, die Rückwirkungsproblematik im Rahmen der vorangegangenen Grundrechtsprüfung zu erörtern.

Dieser sichert das im Grundsatz schutzwürdige Vertrauen des Grundrechtsträgers ab, nicht in unzulässiger Weise mit rückwirkenden Gesetzen belastet zu werden.³⁰ Durch das WindSeeG wurde der von der A-GmbH auf Grundlage der Vorgängerregelungen bereits erreichte Verfahrensstand sowie deren Genehmigung zur Durchführung eines Planungsverfahrens für die Errichtung von Windenergieanlagen auf See rückwirkend beseitigt. Der Schutzbereich des allgemeinen, grundrechtlichen Vertrauensschutzes ist insoweit eröffnet.

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rückwirkung

Fraglich ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Rückwirkung.

a) Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung

Hinsichtlich der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der durch das WindSeeG herbeigeführten Rückwirkung ist zunächst zwischen echter und unechter Rückwirkung zu unterscheiden.³¹ Danach entfaltet eine Rechtsnorm echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreift und dessen Rechtsfolgen somit nachträglich abändert.³² Demgegenüber zeichnet sich die unechte Rückwirkung einer Rechtsnorm dadurch aus, dass sie auf einen gegenwärtig noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt einwirkt und künftig eintretende Rechtsfolgen modifiziert, dabei aber zugleich eine betroffene Rechtsposition entwertet.³³ Während eine echte Rückwirkung verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist, also nur in besonderen Ausnahme-

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 106ff. – juris.

²⁹ BVerfGE 128, 90 (105); Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 122 – juris.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 127 – juris; BVerfGE 148, 217 (254).

³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 128ff. – juris; Grzeszick in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 20 Rn. 80ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, Rn. 50ff.

³² BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 129 – juris; vgl. die im Wesentlichen synonyme Bezeichnung des Zweiten Senats „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“, BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241); Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 105.

³³ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 130 – juris; BVerfGE 148, 217 (255); vgl. die im Wesentlichen synonyme Bezeichnung des Zweiten Senats „tatbestandliche Rückanknüpfung“, BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241); Maurer, StaatsR I (Fn. 32), § 17 Rn. 105.

fällen gestattet sein kann,³⁴ sind unechte Rückwirkungen von Verfassung wegen im Grundsatz nicht zu beanstanden.³⁵

Durch die Vorschriften des WindSeeG wird in das laufende Planungsverfahren zur Errichtung von Windenergieanlagen auf See der A-GmbH derart eingegriffen, dass die nach altem Recht durchgeführten Verfahrensschritte ihre rechtliche Bedeutung verlieren. Gleichwohl ist der Verfahrenssachverhalt selbst wegen der jedenfalls noch erforderlichen Errichtung der Windenergieanlagen und deren Netzanbindung nicht abgeschlossen. Insofern werden die Rechtsfolgen eines bereits vollständig abgeschlossenen Sachverhalts durch das WindSeeG nicht nachträglich negativ verändert. Mithin liegt eine echte Rückwirkung nicht vor.³⁶

Wie bereits festgestellt werden allerdings die von der A-GmbH bereits durchgeführten Planungs- und Verfahrensschritte durch die Gesetzesreform vollständig entwertet, sodass eine Rechtsposition der A-GmbH betroffen ist. Die der späteren Inbetriebnahme von Windenergieanlagen dienenden Maßnahmen sind damit nutzlos geworden. Eine unechte Rückwirkung ist damit gegeben.

b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der unechten Rückwirkung

Die unechte Rückwirkung von Rechtsnormen ist zwar grundsätzlich zulässig, Grenzen ergeben sich hierbei aber aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insofern ist eine Abwägung danach vorzunehmen, ob die Bestandsinteressen des Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.³⁷ Dabei ist insbesondere auch von Relevanz, inwieweit das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdiger Natur ist³⁸

Aus Sicht der A-GmbH gab es zunächst keinen Anlass, an eine baldige Gesetzesänderung zu denken und Investitionen entsprechend risikohaft einzusetzen. Demzufolge konnte sie berechtigterweise davon ausgehen, dass die von ihr durchgeführten Planungs- und Verfahrensschrit-

te Bestand haben und in der tatsächlichen Errichtung von Windenergieanlagen auf See münden würde. Andererseits ist aber zu bemerken, dass im Grundsatz jederzeit mit Rechtsänderungen gerechnet werden muss; aus dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz ergibt sich gerade nicht, Betroffene vor Enttäuschungen hinsichtlich der Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu bewahren.³⁹

Gleichzeitig verfolgt das WindSeeG das legitime Ziel, Wettbewerb und Planungssicherheit durch ein ausdifferenziertes Regelungssystem zu stärken und damit dem Klima- und Umweltschutz zu dienen.⁴⁰ Die Vorschriften sind hierzu auch geeignet.⁴¹

Es könnte sich aber ein milderer und gleichermaßen geeignetes Mittel dahingehend ergeben, dass der betroffenen A-GmbH jedenfalls die notwendigen Kosten für die bisherigen Planungsuntersuchungen, die durch die Einführung des WindSeeG nutzlos geworden sind, zu erstatten sind. Hierdurch würde das enttäuschte Vertrauen der A-GmbH in den Bestand ihres Verfahrenstands jedenfalls abgemildert, indem der getätigte, dann aber letztlich fruchtlose Aufwand der Planung und Untersuchung ausgeglichen würde. Dafür spricht entscheidend auch, dass der Staat die Ergebnisse der bereits durchgeführten Umweltuntersuchungen auch im weiteren Planungsgang verwenden kann und insoweit eigene Aufwendungen erspart. An der Eignung für die Erreichung der Umweltschutz- und Regelungsziele würde eine Ausgleichszahlung indes nichts ändern.⁴² Letztlich würde damit einerseits der durch die A-GmbH geleistete Aufwand gewürdigt, der mangels Aufnahme des Betriebs einer Windenergieanlage noch nicht durch die Übergangsregelungen des WindSeeG abgesichert wurde, andererseits hätte der Staat nicht mehr Kosten als ihm durch die notwendige Durchführung der einschlägigen Planungs- und Untersuchungsarbeiten ohnehin entstünden. In einer entsprechenden Ausgleichsregelung bestünde damit ein gleich effektives, aber mit Blick auf die A-GmbH milderer Mittel.

Folglich stellt sich die unechte Rückwirkung hier mangels

³⁴ BVerfGE 13, 261 (271); 25, 371 (403); 30, 367 (385f.); 30, 392 (401); 41, 205 (225); 45, 142 (173f.); 72, 200 (253); 88, 384 (403f.); 97, 67 (80); Grzeszick in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 40 Rn. 80.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 131 – juris.

³⁶ Vgl. ebd., Rn. 135.

³⁷ BVerfGE 132, 302 (320).

³⁸ Maurer, StaatsR I (Fn. 32), § 17 Rn. 122ff.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 125 – juris.

⁴⁰ Vgl. ebd., Rn. 152.

⁴¹ S. oben B.II.3.b)bb).

⁴² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 157ff. – juris.

Ausgleichsregelung als nicht erforderlich und damit als verfassungsrechtlich unzulässig dar.

c) Zwischenergebnis

Die unechte Rückwirkung durch das WindSeeG ist verfassungsrechtlich unzulässig.

3. Zwischenergebnis

Der allgemeine Vertrauensschutz der A-GmbH aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ist verletzt.

IV. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der A-GmbH wäre begründet.

C. Ergebnis

Eine durch die A-GmbH erhobene Verfassungsbeschwerde wäre zulässig und begründet und hätte daher Erfolg.

FAZIT

Die Fallkonstellation verbindet die klassische Grundrechtsprüfung im Rahmen der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde mit der Frage nach der Wahrung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots. Hinsichtlich einer möglichen Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG ist insbesondere bedeutsam, dass die Definition des grundrechtlich geschützten Eigentums Grenzen erfährt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG zeigt auf, dass das Vertrauen in eine zukünftige Berufsausübung lediglich teilweise schützenswert ist. Schließlich wird im Hinblick auf die Prüfung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots die Relevanz einer Unterscheidung von echter und unechter Rückwirkung bedeutsam. Insoweit ist die unechte Rückwirkung ebenso wie die Beschränkung einzelner Freiheitsgrundrechte am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen, der eine differenzierte Abwägung erfordert. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist insbesondere die Möglichkeit der Gewährung einer Ausgleichszahlung von Bedeutung. Die Entscheidung des BVerfG beweist, dass sich mit dem in der Ausbildung zum Verfassungsrecht erlernten Grundwissen auch aktuelle Sachverhalte aus einem unbekanntem Normkontext lösen lassen. Insoweit ist eine saubere Prüfungsstruktur entscheidender als Detailwissen.

Entbehrlichkeit der Abnahme bei Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf die Erbringung der Werkleistung

stud. iur. Stefan Kaufhold

BGH VII ZR 108/19

§§ 631 Abs. 1, 641 Abs. 1 S. 1; § 641 Abs. 1 S. 3 a.F.; §§ 214, 215 Abs. 1 BGB

Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht)

Am 09.07.2010 schlossen B und K einen schriftlichen Vertrag über die Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit zu einem Pauschalpreis von EUR 315.126,05 netto. Im Anschluss an die Fertigstellung der Arbeiten verlangte K die Abnahme des Werkes von B. Dies lehnte B allerdings mit der Begründung ab, dass erhebliche Restarbeiten offen seien und darüber hinaus noch zahlreiche Mängel vorlägen. In diesem Zusammenhang forderte B die K zur Beseitigung der gerügten Mängel auf.

Erst im Anschluss an einen gemeinsamen Ortstermin am 21.06.2012 beseitigte die K einige der von B gerügten Mängel. Daraufhin teilte K der B am 10.10.2012 im Einzelnen mit, welche Mängel inzwischen beseitigt worden seien. Einige Monate später, am 28.04.2013, sandte B der K ein aktualisiertes Mängelprotokoll ihres Privatgutachters zu. Daraus ergab sich, dass nach wie vor erhebliche Mängel an dem Werk bestanden. Insbesondere zeigte das Protokoll, dass K im Zuge der ersten Mängelausbesserung einige der gerügten Mängel gar nicht bedacht hatte. Zusammen mit der Übersendung des Privatgutachtens machte B Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzmaßnahmen und wegen verspäteter Fertigstellung geltend. Daraufhin erhob K die Verjährungseinrede bezüglich des Erfüllungsanspruchs der K.

K verlangt Zahlung des Werklohns i.H.v. EUR 92.207,96. Zu Recht?

Bearbeitervermerk:

Es sei explizit darauf hingewiesen, dass für Verträge, die vor dem 01.01.2018 abgeschlossen worden sind, das „alte“ Recht gilt. Dies wirkt sich vorliegend insbesondere auf § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aus.

EINORDNUNG

Anders als von der gesetzlichen Vermutung des § 271 Abs. 1 BGB geregelt, tritt die Fälligkeit bei Werkverträgen nicht schon mit Abschluss des Vertrages ein, sondern gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst mit Abnahme des Werkes. Nach der Rechtsprechung des BGH gibt es von diesem Grundsatz nur wenige Ausnahmen.

Die vorliegende Entscheidung des BGH thematisiert die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Abnahme des Werkes für den Eintritt der Fälligkeit ausnahmsweise entbehrlich ist. In diesem Zusammenhang verweist der siebte Senat des BGH auf einige Entscheidungen der jüngeren

Vergangenheit, in denen eine Entbehrlichkeit für den Fall angenommen wurde, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein bloßes Abrechnungsverhältnis umwandelt.¹ Diesbezüglich stellte sich sodann die Frage, ob dieser Fall mit dem Fall gleichgesetzt werden könnte, dass dem Erfüllungsanspruch des Bestellers die Einrede der Verjährung entgegensteht.

Der Fall begleitet Studierende durch die Möglichkeiten, aufgrund derer die Fälligkeit des Werklohnanspruchs (unabhängig von der Abnahme) herbeigeführt werden kann.

¹ BGH NJW 2017, 1604 (1606); BGH NJW 2006, 2475 (2476).

LEITSATZ

Die Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf Herstellung des versprochenen Werks führt nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Unternehmers.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB

I. Anspruch entstanden

II. Fälligkeit

1. Ausdrückliche Abnahme

2. Konkludente Abnahme

a. Ausbleibende Mängelrüge

b. Untätigkeit nach teilweiser Beseitigung der Mängel

c. Zwischenergebnis

3. Fiktion der Abnahme

4. Entbehrlichkeit der Abnahme

a. Abrechnungsverhältnis

b. Verjährung des Erfüllungsanspruchs

III. Zwischenergebnis

B. Anspruch aus GoA

C. Gesamtergebnis

A. Anspruch aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB

K könnte ein Anspruch auf Restwerklohnzahlung gegen B aus §§ 650a, 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB zustehen. Das setzt voraus, dass zwischen K und B ein wirksamer Bauvertrag geschlossen wurde und der Anspruch auf Restwerklohnzahlung fällig geworden ist.

I. Wirksamer Bauvertrag

Ein Anspruch auf Restwerklohnzahlung setzt zunächst das Bestehen eines wirksamen Werk- oder Bauvertrags zwischen K und B voraus. Gemäß § 650a Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Ein Vertrag setzt sich aus zwei übereinstimmenden Willenser-

klärungen zusammen.² Am 09.07.2010 haben K und B einen schriftlichen Vertrag über die Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit geschlossen. Somit liegen bezüglich der vertragsgemäßen Erweiterung zwei übereinstimmende Willenserklärungen von K und B vor. Folglich handelt es sich um einen wirksamen Bauvertrag zwischen den Parteien, sodass der Anspruch der K auf Restwerklohnzahlung zumindest dem Grunde nach entstanden ist.

II. Fälligkeit

Darüber hinaus müsste der Anspruch der K aber auch fällig sein. Ab Fälligkeit kann der Anspruchsteller die Forderung verlangen.³ Fälligkeit tritt gemäß § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort ein, sofern eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Für die Fälligkeit des Werklohns bestimmt die besondere Regelung des § 641 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen den Zeitpunkt der Abnahme des Werkes i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB.⁴ Unter einer Abnahme versteht man die körperliche Hinnahme und Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung durch den Besteller.⁵ Dies könnte hier entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgt sein.

1. Ausdrückliche Abnahme

Zunächst könnte das Werk von B durch ausdrückliche Erklärung abgenommen worden sein. Ist eine körperliche Entgegennahme wegen der Art der Werkleistung nicht möglich, weil z.B. Arbeiten am Grundstück des Bestellers ausgeführt wurden, so ist für die Abnahme die Billigung des Werkes nach dessen Vollendung ausreichend.⁶ Das Werk besteht vorliegend in der Erweiterung eines als Bürogebäude genutzten Fachwerkhauses um eine Wohneinheit. Allerdings verweigerte B die verlangte Abnahme mit Verweis auf ausstehende Restarbeiten und zahlreiche Mängel. Eine Billigung des Werkes nach dessen Vollendung wäre für eine Abnahme aufgrund der Art der Werkleistung zwar als ausreichend anzusehen, jedoch liegt gerade keine Billigung des Werkes durch B vor. Folglich hat B das Werk nicht ausdrücklich abgenommen.

2. Konkludente Abnahme

Die Abnahme könnte allerdings auch konkludent erfolgt sein. Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn

² H.-W. Eckert in: BeckOK BGB, 55. Edt. 2020, § 145 Rn. 3.

³ BGH NJW 2007, 1581 (1582); Krüger in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 2.

⁴ Busche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019, § 641 Rn. 3.

⁵ BGHZ 61, 42 (45); Sprau in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl. 2020, § 640 Rn. 3.

⁶ BGHZ 48, 257 (262f.).

dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.⁷ Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Auftragnehmer gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen.⁸ Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls.⁹ Eine Abnahme könnte sich vorliegend aus der anfänglich ausbleibenden Mängelrüge oder der Untätigkeit der B nach der teilweise erfolgten Beseitigung der Mängel ergeben.

a. Ausbleibende Mängelrüge

Eine konkludente Abnahme seitens der B könnte sich zunächst daraus ergeben, dass diese nach dem gemeinsamen Ortstermin vom 21.06.2012 zunächst keine weiteren Mängel rügte. Allerdings wurden im Vorfeld des Ortstermins durch K noch keine der von B gerügten Mängel beseitigt. Somit konnte aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht davon ausgegangen werden, dass B das Werk trotz der weiterhin bestehenden Mängel als im Wesentlichen vertragsgemäß billigen würde. Folglich liegt in der fehlenden Mängelrüge der B keine konkludente Abnahme.

b. Untätigkeit nach teilweiser Beseitigung der Mängel

Ferner könnte sich eine konkludente Abnahme des Werkes durch B daraus ergeben, dass diese zunächst untätig geblieben ist, nachdem K jedenfalls die teilweise Beseitigung der gerügten Mängel durchgeführt hat.

Jedoch hat K in ihrem Schreiben vom 10.10.2012 eine Vielzahl der beanstandeten Mängel nicht als beseitigt ausgewiesen. Somit konnte aus objektiver Empfängersicht nicht angenommen werden, dass eine unterlassene Reaktion der B auf den Zugang des Schreibens vom 10.10.2012 als Verzicht auf ihre Mängelinwände auszulegen war. Folglich kann auch in der unterbliebenen Reaktion der B bezüglich des Schreibens vom 10.10.2012 keine konkludente Abnahme gesehen werden.

c. Zwischenergebnis

Mithin kann aufgrund des Verhaltens der B nicht auf einen (konkludenten) Abnahmewillen ihrerseits geschlossen werden.

3. Fiktion der Abnahme

Denkbar wäre hier aber, dass die Abnahme des Werkes – unter den Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung des § 641 Abs. 1 S. 3 BGB – fingiert worden sein könnte. Nach der früheren gesetzlichen Regelung wird die Abnahme fingiert, wenn der Besteller das Werk innerhalb einer angemessenen Frist trotz Verpflichtung hierzu nicht abnimmt. Für eine gesetzliche Fiktion müsste das Werk insbesondere abnahmereif sein. Abnahmereife ist dann anzunehmen, wenn das Werk vollständig und – von unwesentlichen Mängeln i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. abgesehen – mangelfrei ist.¹⁰

Das Werk weist laut des von B einberufenen Sachverständigengutachtens erhebliche Mängel auf. Somit war das Werk nicht abnahmereif. Folglich kann K sich auch nicht auf die gesetzliche Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. berufen.

Anmerkung:

Auf Schuldverhältnisse, die vor dem 01.01.2018 begründet wurden, ist weiterhin § 640 Abs. 1 S. 3 BGB anzuwenden. Die Regelung hat im Zuge der Reform des Bauvertragsrechts in § 640 Abs. 2 BGB einen neuen Regelungsstandort erhalten.¹ In diesem Zusammenhang sind die Voraussetzungen für die Abnahmefiktion vom Gesetzgeber etwas modifiziert worden. Insbesondere sollte damit der wiederkehrenden Frage um die (nicht mehr tolerierbare) Wesentlichkeit von Mängeln begegnet werden. Während § 640 Abs. 1 S. 3 BGB die Abnahmefiktion noch auf die Fälle beschränkte, in denen der Besteller die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel beschränkte, wurde diese Unterscheidung mit der Einführung des § 640 Abs. 2 BGB aufgehoben.² Im Ergebnis wäre eine Fiktion auch nach der neuen Gesetzeslage abzulehnen.

¹ Busche in: MüKo BGB (Fn. 4), § 640 Rn. 25.

² BT-Drs. 18/8486, 24 (48); Busche in: MüKo BGB (Fn. 4), § 640 Rn. 26.

⁷ BGH NJW 2013, 3513 (5314).

⁸ BGHZ 146, 250 (262).

⁹ BGH NJW-RR 2010, 748 (749).

¹⁰ BGH NJW 1992, 2481; Sprau in: Palandt (Fn. 5), § 640 Rn. 8.

4. Entbehrlichkeit der Abnahme

Jedoch könnte die Abnahme im vorliegenden Fall entbehrlich sein, sodass der Anspruch der K ohne Abnahme und

trotz fehlender Abnahmepflicht fällig und somit durchsetzbar sein könnte.

a. Abrechnungsverhältnis

Zunächst könnte sich die Entbehrlichkeit der Abnahme daraus ergeben, dass sich das Schuldverhältnis zwischen K und B in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt hat. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Werkunternehmer endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht.¹¹ Dies kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Besteller nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt oder die Abnahme des Werkes oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig ablehnt.¹² B macht zwar Schadensersatzansprüche für von ihr durchgeführte Ersatzvornahmen und wegen verspäteter Fertigstellung geltend, allerdings hat sie nie endgültig auf die Fertigstellung des Werkes und die Mangelbeseitigung durch K verzichtet. Somit wandelt sich das Vertragsverhältnis zwischen K und B nicht in ein Abrechnungsverhältnis um. Folglich ist die Abnahme des Werkes in diesem Zusammenhang auch nicht entbehrlich.

b. Verjährung des Erfüllungsanspruchs

Die Entbehrlichkeit der Abnahme könnte sich allerdings auch aus der Verjährung des Erfüllungsanspruchs ergeben. Fraglich ist insoweit, ob eine verständige Auslegung der §§ 215, 641 Abs. 1 BGB dazu führt, dass eine entgegengesetzte Verjährungseinrede des Bestellers eine mit dem Abrechnungsverhältnis vergleichbare Wirkung entfaltet.

Einerseits könne argumentiert werden, dass die Rechtswirkungen der beiden Institute im Ergebnis parallel liefen. Auch im Falle einer Verjährungseinrede werde das Werk unter normalen Umständen nicht mehr vollendet. Schließlich könne der Werkunternehmer aufgrund der Verjährungseinrede seine Leistungspflicht gem. § 214 Abs. 1 BGB verweigern. Das würde dazu führen, dass der Besteller den Erfüllungsanspruch gem. § 215 Abs. 1 BGB nur noch einredeweise geltend machen könne.¹³ Für eine einredeweise Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs des Bestellers

sei wiederum erforderlich, dass diesem ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch gegenüberstehe.¹⁴ Der einzige Anspruch der insoweit in Frage käme, wäre der Werklohnanspruch des Werkunternehmers. Somit müsse dieser im Ergebnis auch ohne Abnahme fällig sein.¹⁵

Andererseits müsse berücksichtigt werden, dass es dem Werkunternehmer im letzteren Fall rechtlich und tatsächlich möglich sei, den Anspruch des Bestellers zu erfüllen. Somit liege es letztlich in seiner eigenen Verantwortungssphäre, die Voraussetzungen für die Abnahmepflicht des Bestellers und die damit verbundene Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen.¹⁶ Im Gegensatz zu dem erstgenannten Fall lasse die Verjährungseinrede den Anspruch nicht untergehen, sondern hindere gem. § 214 Abs. 1 BGB lediglich dessen Durchsetzbarkeit.¹⁷ Letztlich begründe § 215 Abs. 1 BGB gerade kein Zurückbehaltungsrecht, sondern setze ein solches voraus.¹⁸

Zwar kann man der ersten Ansicht zugutehalten, dass die Verjährungseinrede bei rein faktischer Betrachtung tatsächlich zu einem sehr ähnlichen Ergebnis führt. Die Vollendung des Werkes tritt in der Regel in beiden Fällen nicht ein. Auf den zweiten Blick trägt diese Sichtweise allerdings. Bei der Verjährungseinrede fällt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht weg. Der Werkunternehmer kann die Erfüllung lediglich verweigern. Somit liegt es aber auch in seiner Verantwortungssphäre, die Fälligkeit seines eigenen Anspruchs gegen den Besteller herbeizuführen. In dem Moment, in dem der Werkunternehmer das Werk (im Wesentlichen) fehlerfrei zu Ende stellt, wird dieses abnahmereif. Im Ergebnis ist der Werkunternehmer nicht in dem Maße schutzbedürftig, wie dies bei der Umwandlung des Leistungsverhältnisses in ein Abrechnungsverhältnis der Fall ist.

III. Zwischenergebnis

Mithin ist die Abnahme im vorliegenden Fall nicht entbehrlich. Eine derartige Würdigung der §§ 215, 641 Abs. 1 BGB verstößt auch nicht gegen die Maßstäbe von Treu und Glauben, die sich aus § 242 BGB ergeben. B kann die Fälligkeit des Werkes jederzeit durch die (im Wesentlichen man-

¹¹ NJW 2017, 1607; BGH NJW-RR 2002, 160.

¹² BGHZ 167, 345; 213, 349.

¹³ BGH NJW 2020, 2070 (2271).

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd.

gelfreie) Fertigstellung des Werkes herbeiführen.

Folglich ist der Anspruch der K auf Restwerklohnzahlung nicht fällig, sodass der Anspruch der K zwar dem Grunde nach besteht, allerdings nicht durchgesetzt werden kann.

B. Anspruch aus GoA

Aufgrund der bestehenden vertraglichen Regelungen scheidet ein Anspruch aus GoA aus.

C. Gesamtergebnis

Zusammenfassend hat K mangels Fälligkeit zurzeit keinen Anspruch auf Restwerklohnzahlung aus §§ 650a, 631 Abs. 1, 2. HS BGB gegen B.

FAZIT

Der BGH unterstreicht in der vorliegenden Entscheidung die Relevanz der Abnahme für die Fälligkeit von Werklohnansprüchen. Zwar bestätigt der BGH die Entbehrlichkeit der Abnahme für den Fall, dass sich das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien in ein Abrechnungsverhältnis umwandelt.

Der siebte Senat macht aber im gleichen Atemzug deutlich, dass, abgesehen von dieser allgemein anerkannten Ausnahme, eine Entbehrlichkeit der Abnahme nicht vorschnell angenommen werden kann. Insbesondere könne eine solche nicht dadurch herbeigeführt werden, dass der Werkunternehmer sich (berechtigterweise) auf die Einrede der Verjährung beruft. Solange der Eintritt der Fälligkeit allein oder zumindest weit überwiegend in der Verantwortungssphäre des Werkunternehmers liegt, bestehe kein Grund, die gesetzlichen Regelungen teleologisch zu reduzieren und die Abnahme des Werkes als entbehrlich anzusehen.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ZIVILRECHT

BGH IV ZR 69/20

Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 BGB) finden neben der Regelung über die Verwaltung des Nachlasses gem. § 2038 BGB Anwendung. Eine Sperrwirkung für allgemeine Ansprüche wegen eigenmächtiger Maßnahmen der Miterben entsteht gerade nicht. § 2038 BGB regelt ausschließlich die Verwaltung des Nachlasses, welche den Erben gemeinschaftlich zusteht.

BGH IV ZR 16/19

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftersanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB sein.

BGH V ZR 8/19

Ein Fahrzeug, das einem vermeintlichen Kaufinteressenten für eine unbegleitete Probefahrt überlassen und von diesem nicht zurückgegeben wurde, ist dem Eigentümer nicht im Sinne von § 935 BGB abhandengekommen. Dieser verliert daher sein Eigentum an dem Fahrzeug, wenn es nachfolgend durch einen Dritten in gutem Glauben erworben wird.

BGH VI ZR 354/19

Der Schadensersatzanspruch des Käufers eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasrückführung versehenen Fahrzeugs kann durch die im Wege des Vorteilsausgleichs erfolgende Anrechnung gezogener Nutzungen vollständig aufgezehrt werden. Deliktzinsen nach § 849 BGB können nicht verlangt werden, wenn der Geschädigte für die Hingabe seines Geldes im Wege des Leistungsaustauschs eine in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbare Gegenleistung erhält. In diesem Fall kompensiert die tatsächliche Nutzbarkeit der Gegenleistung den Schadensersatzanspruch.

BGH VII ZR 108/19

Die Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf Herstellung des versprochenen Werks führt nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Unternehmers.

BGH VIII ZR 323/18

Der nach Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung unter den Voraussetzungen des § 574 Abs. 1 S. 1 BGB gegebene Anspruch des Mieters auf Fortsetzung des Mietverhältnisses ist nach § 574 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn ein Grund vorliegt, der den Vermieter zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Vermieter die außerordentliche Kündigung erklärt hat; es genügt, wenn dem Vermieter bei Zugang der ordentlichen Kündigung (auch) ein Recht zur fristlosen Kündigung zusteht.

BGH VIII ZR 48/18

Der Leasinggeber ist verpflichtet, die ihm aus einem Schadensfall zustehenden Entschädigungsleistungen eines Versicherers dem Leasingnehmer zugutekommen zu lassen, indem er sie für die Reparatur oder Wiederbeschaffung des Fahrzeugs verwendet oder diese bei Vertragsende auf den Schadensersatz- oder Ausgleichsanspruch anrechnet. Eine Zahlung, die der Leasinggeber als Minderwertausgleich von dem Haftpflichtversicherer erhalten hat, mindert deshalb – unabhängig davon, ob der Leasinggeber von einem vertraglich vereinbarten Andienungsrecht Gebrauch macht oder das Fahrzeug verwertet – dessen Anspruch auf Restwertausgleich.

BGH IX ZR 289/19

Ein Anwaltsvertrag hat auch ohne eine ausdrückliche Regelung Schutzwirkungen zu Gunsten eines Dritten, sofern sich dies aus einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben geprägten ergänzenden Auslegung des Beratervertrages ergibt. Entscheidend für die Leistungsnähe ist, dass Sinn und Zweck des Anwaltsvertrages und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten dessen Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erforderten.

OLG Frankfurt am Main 16 U 265/19

Begeht eine Person auf den Bahngleisen einen Suizid, haften die Erben des Verstorbenen dem involvierten Lokführer nicht auf Schadensersatz, wenn der Schaden in einem die freie Willensentschließung ausschließenden Zustand zugefügt wurde.

OLG München 31 Wx 415/17

Bei Auslegung eines Ehegatten-Erbvertrages in einer Patchworkfamilien-Konstellation stellen sich besondere Anforderungen. Bei Wegfall eines der Schlusserben stellt sich die Frage einer vertragsmäßigen Bindung des überlebenden Ehegatten betreffend diesen Erbteil infolge Anwachsung zugunsten der übrigen Schlusserben erst, sofern kein Wille der Ehegatten in Bezug auf eine erneute Testierung des überlebenden Ehegatten infolge des Wegfalls des Schlusserben im Wege der individuellen Auslegung festgestellt werden kann.

LG Heidelberg 5 O 66/2

Behördliche Schließungsanordnungen stellen keinen Sachmangel im Sinne des § 536 BGB dar. Sie dienen dem Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen gesundheitlichen Gefahren. Sie knüpfen nicht unmittelbar an die konkrete Beschaffenheit der Mietsache an, sondern allein an den Betrieb des jeweiligen Mieters. Die Maßnahmen stellen dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten ab, sondern allgemein auf die Nutzungsart sowie den Umstand, dass in den betroffenen Flächen Publikumsverkehr stattfindet und dies Infektionen begünstigt.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT STRAFRECHT

BGH 4 StR 117/20

Tritte gegen den ungeschützten Kopf einer bewusstlos am Boden liegenden Person erfüllen die Voraussetzungen einer das Leben gefährdenden Behandlung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

BGH 4 StR 44/20

Ob der Tatmittler bereits die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschritten hat, ist dann unerheblich, wenn der Täter die Tat nicht selbst, sondern i.S.d. § 25 Abs. 1 StGB durch einen anderen begehen will. Ein unmittelbares Ansetzen nach § 22 StGB ist dann anzunehmen, wenn der Täter die nach seiner Vorstellung erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und dieser die Tathandlung nach den insoweit maßgeblichen Vorstellungen des Täters in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Einwirkung vornehmen soll. Aus Sicht des Täters liegt bereits in diesem Zeitpunkt eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts vor.

BGH 4 StR 14/20

Tritt ein Mittäter in Kenntnis und mit Billigung des bisherigen Geschehens in eine bereits begonnene Tathandlung ein, liegt sukzessive Mittäterschaft vor, die sich auch auf die Verwirklichung einer Qualifikation beziehen kann. Hierfür ist es unerheblich, wenn diese Handlung von dem ursprünglich gemeinsamen Tatplan abweicht. Der Eintritt des Mittäters ist vor Tatvollendung möglich, kann aber auch noch danach erfolgen, solange der zunächst allein handelnde Täter die Tat noch nicht beendet hat.

BGH 4 StR 658/19

Eine schuldhaft provokative Handlung kann zur Einschränkung des Notwehrrechts führen. Hierfür muss die Notwehrlage durch ein sozial-ethisch zu missbilligendes oder gar rechtswidriges Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden sein und es muss ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff bestehen. Weitere Voraussetzung ist ein motivationaler Zusammenhang; hierfür muss festgestellt werden, ob und inwieweit das Vorverhalten des Angegriffenen zum Verhalten des Angreifers beigetragen hat. Fehlt es hieran, ist im Zweifel von einer Rechtfertigung durch Notwehr auszugehen.

BGH 5 StR 219/20

Beim Schuldspruch wegen Mordes kommt nur beim Vorliegen außergewöhnlicher mildernder Umstände eine Strafrahmenverschiebung unter Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB in Betracht. Trifft die heimtückische Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammen, bei denen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar ist, gebietet die verfassungskonforme Rechtsanwendung die Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen für Strafzumessungserwägungen offenen Strafrahmen. Hierfür kann allerdings nicht jeder Entlastungsfaktor gelten, vielmehr müssen außergewöhnliche Umstände hinzutreten. Im Regelfall ist für die heimtückisch begangene Tötung auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

BGH 5 StR 93/20

Die Brandlegung in einem bewohnten Mehrfamilienhaus ist grundsätzlich bereits ihrer Eigenart nach ein gemeingefährliches Mittel, wenn der Angeklagte die davon ausgehenden Gefahren nicht beherrschen kann. Gefährdet ein Tötungsmittel in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Anzahl von Menschen an Leib oder Leben, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht beherrschen kann, ist es gemeingefährlich. Es ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit des Mittels abzustellen. Zu berücksichtigen sind Eignung und Wirkung in der konkreten Situation sowie die persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters.

BGH 5 StR 82/20

Werden mit derselben EC-Karte in kurzen zeitlichen Abständen am selben Geldautomaten mehrere Abhebungen getätigt, handelt es sich hierbei nicht um jeweils selbstständige, in Realkonkurrenz stehende Taten des Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1 StGB. Derartige Abhebungen sind in natürlicher Handlungseinheit stehende Teile einer einheitlichen Tat nach § 263a Abs. 1 StGB.

BGH 5 StR 10/20

Der Tatbestand des Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB setzt den Bruch fremden Gewahrsams voraus. Verliert ein Geschädigter sein Mobiltelefon auf der Flucht nach einer Rangelei mit dem Täter auf der Straße und entschließt sich, an den Ort des Geschehens zurückzukehren, um das Mobiltelefon wieder an sich zu nehmen, hat er keinen Gewahrsam mehr an der Sache. Der Gegenstand befindet sich an einem öffentlich zugänglichen Ort, womit der ortsabwesende Geschädigte nicht mehr auf die Sache einwirken kann und damit auch die Sachherrschaft nicht mehr nach seinem Willen ausüben kann. Auch ein gelockerter Gewahrsam ist dann nicht anzunehmen. Findet der Täter das Mobiltelefon auf seinem Rückweg und nimmt es an sich, um es für sich zu behalten, macht er sich wegen einer Fundunterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB und nicht wegen Diebstahls strafbar.

BGH 5 StR 433/19

Mit dem Gebrauch gefälschter Fotokopien wird grundsätzlich nicht der Tatbestand der Urkundenfälschung gemäß § 267 Abs. 1 StGB verwirklicht. Allerdings wird dann eine unechte Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB hergestellt, wenn Gehaltsabrechnungen und Kontoauszüge mittels eines Computers verfälscht und ausgedruckt werden. Bei dem Ausdruck handelt es sich nicht um inhaltlich falsche Kopien.

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 1 Ws 120/19 KL

Ein wiederholt und lautstark ausgesprochenes Verbot, einen Raum zu verlassen, stellt tatbestandlich keine Freiheitsberaubung dar. Für diese ist Voraussetzung, dass der Täter das Opfer einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt. Beide Alternativen erfordern allerdings objektiv die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit, was durch ein bloßes Verbot nicht der Fall ist.

RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG 2 BvE 1/19

Um die verfassungsrechtlich gebotene Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung zu gewährleisten, ist es unerlässlich, dass die Parteien, soweit irgend möglich, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen. 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. Dieses Recht wird verletzt, wenn Staatsorgane zugunsten oder zulasten einer politischen Partei oder von Wahlbewerbern auf den Wahlkampf einwirken. Staatsorgane haben als solche allen zu dienen und sich neutral zu verhalten. Einseitige Parteinahmen während des Wahlkampfs verstoßen gegen die Neutralität des Staates und verletzen die Integrität der Willensbildung des Volkes. Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Beachtung des Gebots staatlicher Neutralität. Die Aufgabe der Staatsleitung schließt als integralen Bestandteil die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ein. Die Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung endet dort, wo Werbung für oder Einflussnahme gegen einzelne Parteien oder Personen beginnt. Die Bundesregierung ist zwar berechtigt, gegen ihre Politik gerichtete Angriffe öffentlich zurückzuweisen; dabei hat sie aber sowohl hinsichtlich der Darstellung des Regierungshandelns als auch hinsichtlich der Auseinandersetzung mit der hieran geübten Kritik die gebotene Sachlichkeit zu wahren. Für die Äußerungsbefugnisse eines einzelnen Mitglieds der Bundesregierung gilt nichts Anderes. Eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit im politischen Wettbewerb liegt vor, wenn Regierungsmitglieder sich am politischen Meinungskampf beteiligen und dabei auf durch das Regierungsamt eröffnete Möglichkeiten und Mittel zurückgreifen, über welche die politischen Wettbewerber nicht verfügen. Ob die Äußerung eines Mitglieds der Bundesregierung in Ausübung des Ministeramtes stattgefunden hat, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu bestimmen. Eine Äußerung erfolgt insbesondere dann in regierungsamtlicher Funktion, wenn der Amtsinhaber sich in Form offizieller Publikationen, Pressemitteilungen sowie auf der Internetseite seines Geschäftsbereichs erklärt oder wenn Staatssymbole und Hoheitszeichen eingesetzt werden.

BVerfG 1 BvR 2459/19, 1 BvR 2397/19, 1 BvR 1094/19 u.a.

Da Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG jedem das Recht gibt, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten, auch wenn dies in polemischer oder verletzender Weise geschieht, greifen strafrechtliche Verurteilungen wegen Beleidigung (§ 185 StGB) in das Grundrecht der Meinungsfreiheit ein. Die Anwendung dieser Strafnorm erfordert daher eine dem Art. 5 Abs. 1 GG gerecht werdende Ermittlung des Sinns der infrage stehenden Äußerung und darauf aufbauend eine Abwägung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite drohen. Hierfür bedarf es einer umfassenden Auseinandersetzung mit den konkreten Umständen der Situation, in der die Äußerung fällt. Eine ehrbeeinträchtigende Äußerung ist daher nur dann eine gemäß § 185 StGB tatbestandsmäßige und rechtswidrige (§ 193 StGB) Beleidigung, wenn das Gewicht der persönlichen Ehre in der konkreten Situation die Meinungsfreiheit des Äußernden überwiegt. Eine solche Abwägung kann zwar im Einzelfall entbehrlich sein, wenn herabsetzende Äußerungen die Menschenwürde eines anderen antasten oder sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen. Dabei handelt es sich jedoch um Ausnahmefälle, die an strenge Voraussetzungen geknüpft sind.

BVerfG 2 BvR 1985/19

Die Auslegung der Fachgerichte bei einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen „Containern“ verstößt weder gegen das Willkürverbot noch ist die Beweiswürdigung verfassungsrechtlich zu beanstanden. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und insbesondere das Ultima-Ratio-Prinzip gebieten keine Einschränkung der Strafbarkeit. Die maßgeblich an zivilrechtlichen Wertungen orientierte Auslegung der Strafgerichte in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „Fremdheit“ einer Sache im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB verstößt nicht gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot. Im Hinblick auf den Wortlaut und Schutzzweck des § 242 StGB sowie auf die Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtssi-

cherheit beruht diese Auslegung auf sachgemäßen Erwägungen und ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Fachgerichte haben unter Würdigung der konkreten Umstände zu entscheiden, ob die Abfälle durch eine Eigentumsaufgabe gemäß § 959 BGB herrenlos geworden sind, ob ein Übereignungsangebot an beliebige Dritte vorlag oder ob die Abfälle im Eigentum des bisherigen Eigentümers verblieben. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht kann diese Entscheidung nicht darauf prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Der Gesetzgeber, der bisher Initiativen zur Entkriminalisierung des Containers nicht aufgegriffen hat, ist insofern frei, das zivilrechtliche Eigentum auch in Fällen der wirtschaftlichen Wertlosigkeit der Sache mit Mitteln des Strafrechts zu schützen.

BVerfG 1 BvQ 94/20

Ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG kann zum Schutz des Grundrechts Dritter auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerechtfertigt werden. Unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit können zum Zweck des Schutzes vor Infektionsgefahren auch versammlungsbeschränkende Maßnahmen ergriffen werden. Dazu gehören grundsätzlich auch Versammlungsverbote, die allerdings nur verhängt werden dürfen, wenn mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen und soweit der hierdurch bewirkte tiefgreifende Eingriff in das Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG insgesamt nicht außer Verhältnis steht zu den jeweils zu bekämpfenden Gefahren. In Betracht kommen namentlich Auflagen mit der Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Mindestabstände, mit der Verpflichtung der Versammlungsteilnehmer zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung, die nach Einschätzung des Robert-Koch-Instituts jedenfalls zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens beitragen kann, oder Beschränkungen der Teilnehmerzahl, um eine Unterschreitung notwendiger Mindestabstände zu verhindern. Als weitere Regelungen kommen etwa die Durchführung als ortsfeste Kundgebung anstelle eines Aufzugs oder die Verlegung an einen aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vorzugswürdigen Alternativstandort in Betracht.

BVerwG 2 C 13.19

Mit der Neufassung des Art. 75 Abs. 2 S. 2 BayBG im Jahr 2018 hat der bayerische Gesetzgeber unmittelbar die parlamentarische Leitentscheidung getroffen, dass sich Polizeivollzugsbeamte in dem beim Tragen der (Sommer-)Uniform sichtbaren Körperbereich nicht tätowieren lassen dürfen. Das in Art. 75 Abs. 2 S. 2 BayBG normierte Verbot für Polizeivollzugsbeamte, sich an Kopf, Hals, Händen und Unterarmen im sichtbaren Bereich tätowieren oder vergleichbar behandeln zu lassen, verletzt weder das allgemeine Persönlichkeitsrecht dieser Beamten noch verstößt es gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn dieses Verbot ist geeignet und erforderlich, das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel eines einheitlichen und neutralen Erscheinungsbildes der Polizei zu fördern.

OVG Lüneburg 7 ME 89/20

Die pandemiebedingte Betroffenheit des örtlichen Einzelhandels kann sowohl landes- als auch bundesweit und für jeden Sonntag angeführt werden und damit keinen Ausnahmecharakter vom Gebot der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen begründen. Diese rechtfertigt für sich genommen keine anlasslosen, gebietsweiten und sortimentsübergreifenden Ladenöffnungsfreigaben an Sonntagen. Das bloße Umsatzinteresse stellt unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben keinen sonstigen rechtfertigenden Sachgrund im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 NLöffVZG dar.

OVG Lüneburg 2 ME 349/20

Ob eine schriftliche Prüfung im Rahmen eines Hochschulstudiums im Grundsatz als Online-Prüfung oder als Präsenzprüfung angeboten wird, obliegt – im Rahmen der bestehenden rechtlichen Vorgaben – auch in Zeiten der Corona-Pandemie dem Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Prüfer. Dass der Antragsteller als Raucher nach der Einschätzung des Robert-Koch-Instituts zu einer sog. Risikogruppe gehört, begründet angesichts der derzeitigen überschaubaren Infektionszahlen in Norddeutschland und der für die Präsenzprüfung getroffenen Schutzvorkehrungen keinen individuellen Anspruch auf Durchführung einer Online-Prüfung.

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 mit mind. 12 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 abzdrukken.

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.

Klausur im Grundkurs BGB II

stud. iur. Nils Grimmig, 17 Punkte

Die Klausur ist in der Veranstaltung BGB II im Wintersemester 2019/2020 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Jan Eichelberger, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt Aufgabe 1:

K benötigt ein neues Smartphone. Er begibt sich deshalb Anfang Februar 2020 in das Geschäft seines Freundes V, wo er auch gleich ein passendes Modell findet. V und K werden sich zum Preis von EUR 300,00 handelseinig. Als es „ans Bezahlen“ geht, wird dem K beim Blick ins Portemonnaie allerdings schmerzlich bewusst, dass er temporär in finanziellen Schwierigkeiten steckt und deshalb den Kaufpreis nicht sofort bar bezahlen kann. V hat Mitleid mit seinem Freund K und so wird man sich einig, dass K, statt den geschuldeten Kaufpreis bar zu zahlen, dem V seinen zum 01.03.2020 fälligen (und ansonsten einredefreien) Anspruch gegen C auf Rückzahlung eines privaten zinslosen Darlehens i.H.v. EUR 300,00, das K dem C gewährt hatte, abtritt. Daraufhin verlässt der K mit dem neuen Smartphone glücklich das Geschäft des V.

V wendet sich im April 2020 an den C und verlangt die Rückzahlung des Darlehens. Unterstellen Sie, dass der K dem C EUR 400,00 aus einem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag schuldet, und dass diese Forderung des C gegen K bereits seit Januar 2020 fällig und einredefrei, jedoch immer noch nicht beglichen ist. C erklärt nunmehr gegenüber dem die Rückzahlung des Darlehens verlangenden V die Aufrechnung mit dieser Kaufpreisforderung. V meint, es könne doch nicht sein, dass C ihm gegenüber mit einer Forderung gegen K aufrechnet; er – V – habe mit dieser Forderung des C gegen K schließlich nichts zu tun.

Frage: Hat V einen Anspruch gegen C auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. EUR 300,00?

Hinweis zur Bearbeitung: Der Anspruch des K auf Rückzahlung des Darlehens gegen C ergibt sich aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Das Entstehen dieses Anspruchs ist nicht zu prüfen.

Sachverhalt Aufgabe 2:

X bestellt im Ladengeschäft des Computerhändlers H einen PC. Der PC soll nach Fertigstellung von H dem X nach Hause geliefert und dann erst bezahlt werden. Auf dem ihm von H vorgelegten Bestellformular sind auf der Rückseite die „Vertragsbedingungen“ abgedruckt. Unter Ziff. 9 heißt es: „Dieser Vertrag umfasst unseren 24-Stunden-Computer-Notdienst. Pro Quartal kostet dieser Service nur EUR 49,00, zahlbar jeweils im Voraus. Sie können diesen Service jederzeit kündigen.“ X hatte diese Bedingungen auf der Rückseite nicht zur Kenntnis genommen. Auf der Vorderseite des Formulars, unmittelbar dort, wo X schließlich unterschrieben hat, findet sich allerdings der fettgedruckte Hinweis „Ich bin mit den umseitig abgedruckten Vertragsbedingungen einverstanden.“ Diesen Hinweis hatte X gesehen. Als H den PC zu X bringt und Zahlung des Kaufpreises für den PC sowie EUR 49,00 für das erste Quartal des 24-Stunden-Computer-Notdienstes verlangt, ist X entsetzt: Er wolle zwar unbedingt den PC behalten und werde diesen auch bezahlen. Nicht bezahlen wolle er jedoch den Computer-Notdienst. Er habe so etwas niemals beauftragt. Außerdem müsse er ja wohl mit so etwas nicht rechnen.

Frage: Kann H von X Bezahlung der EUR 49,00 für das erste Quartal des 24-Stunden-Computer-Notdienstes verlangen?

Bearbeitervermerk:

1. Beantworten Sie die beiden Fragen in rechtsgutachtlicher Form.
2. Es sind ausschließlich Normen des BGB zu prüfen.
3. Bitte beschreiben Sie die Seiten nur einseitig und lassen Sie links 1/3 Korrekturrand, nummerieren Sie die Seiten fortlaufend und stellen Sie der Bearbeitung ein Deckblatt mit Ihrer Matrikelnummer und der Bezeichnung der Veranstaltung voran.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG**Aufgabe 1****Anspruch entstanden**

V könnte gegen C einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. EUR 300,00 gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB¹ haben.

I. Wirksamer Darlehensvertrag

Zwischen V und C besteht kein wirksamer Darlehensvertrag. Jedoch haben C und K einen wirksamen Darlehensvertrag geschlossen. K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. EUR 300,00. Diesen Anspruch könnte K an V gem. §§ 398ff. abgetreten haben.

II. Abtretung**1. Wirksamer Abtretungsvertrag**

Dafür müssten K und V einen wirksamen Abtretungsvertrag geschlossen haben. Dieser besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145ff.). Laut Sachverhalt haben K und V sich unproblematisch darauf geeinigt, einen Abtretungsvertrag zu schließen. K und V haben einen wirksamen Abtretungsvertrag geschlossen.

2. Bestehen der Forderung und Inhaberschaft des Zedenten

Weiterhin müsste die Forderung bestehen und dem Zedenten (also K) zustehen. Die Forderung aus dem Darlehensvertrag besteht i.H.v. EUR 300,00 und ist einreddefrei. Sie steht dem K laut Sachverhalt auch zu. Die Forderung besteht und steht dem Zedenten zu.

3. Bestimmbarkeit

Die Forderung müsste auch bestimmbar sein, um dem Ge-

danken der Rechtssicherheit Genüge zu tun. Die Forderung aus dem Darlehensvertrag besteht i.H.v. EUR 300,00 und ist damit ausreichend bestimmt. Die Forderung ist bestimmbar.

4. Übertragbarkeit

Schließlich dürfte die Abtretung nicht nach §§ 399, 400 oder durch Vertrag ausgeschlossen sein. Es sind keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss ersichtlich. Die Forderung ist auch übertragbar.

5. Zwischenergebnis

K hat seinen Anspruch gegen C aus dem Darlehensvertrag gem. § 488 wirksam nach § 398 S. 1 an V abgetreten. Gem. § 398 S. 2 tritt V damit an die Stelle des K als neuer Gläubiger.

III. Ergebnis

V hat zunächst einen Anspruch gegen C auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. EUR 300,00.

Anspruch erloschen

Der Anspruch des V gegen C könnte jedoch erloschen sein. In der Regel erlischt ein Anspruch durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1. In diesem Fall hat der C seine geschuldete Leistung jedoch nicht bewirkt. In Frage kommt jedoch die Erlöschung durch Aufrechnung gem. §§ 387ff.

IV. Aufrechnung des C

C könnte seine Kaufpreisforderung gegen K gem. §§ 387ff. gegen die Forderung des V gegen ihn aufrechnen.

1. Aufrechnungslage

Dafür müsste eine Aufrechnungslage gegeben sein.

¹ Alle folgenden §§ sind solche des BGB.

a. Gegenseitigkeit der Forderungen

Zunächst müssten die Forderung des C und die des V in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. C müsste Schuldner der Hauptforderung und Gläubiger seiner Gegenforderung sein und V Schuldner der Gegenforderung sowie Gläubiger der Hauptforderung. Im vorliegenden Fall ist der V nicht Schuldner der Gegenforderung. Somit würde es an der Gegenseitigkeit mangeln.

Jedoch könnte § 406 als Schuldnerschutzvorschrift – in diesem Fall für C – einschlägig sein. Indem K seine Forderung an den V abtrat, wurde V neuer Gläubiger der Forderung gegen den C. Da der Abtretungsvertrag ohne Mitwirkung des Schuldners (C) geschlossen wurde, ist dieser grundsätzlich schützenswürdig, sodass C auch gegen den neuen Gläubiger (V) aufrechnen darf nach § 406 Hs. 1. Der § 406 Hs. 2 schließt die Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger nur aus, wenn der Schuldner beim Erwerb der Forderung Kenntnis von der Abtretung hatte oder die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis oder später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

C hat keine Kenntnis von der Abtretung gehabt und dessen Forderung gegen den C (Januar 2020) ist nicht später als die abgetretene Forderung (01.03.2020) fällig geworden. Die Einschränkungen des § 406 Hs. 2 sind nicht einschlägig. Der C kann seine Forderung auch gegen den neuen Gläubiger V aufrechnen. Das Gegenseitigkeitsverhältnis besteht insofern.

b. Gleichartigkeit der Forderungen

Weiterhin müssten die Forderungen des C bzw. des V gleichartig sein. Das ist regelmäßig bei Geldschulden oder vertretbaren Gattungsschulden der Fall. Die Forderungen des C bzw. V sind jeweils Geldschulden. Sie sind mithin gleichartig.

c. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung

Weiterhin müsste die Gegenforderung durchsetzbar und fällig sein. In diesem Fall ist dies die Kaufpreisforderung des C. Diese ist seit Januar 2020 fällig und einredefrei. Damit ist die Gegenforderung durchsetzbar und fällig.

d. Erfüllbarkeit der Hauptforderung

Schließlich müsste die Hauptforderung erfüllbar sein gem. § 271 Abs. 1. Sie muss also eben nicht bereits fällig sein. Nach der Auslegungsregel des § 271 Abs. 1 kann der Schuldner die Leistung im Zweifel sofort bewirken. Die Forderung

auf Rückzahlung des Darlehens an V unterliegt keiner Zeitbestimmung und ist daher sofort erfüllbar. Die Hauptforderung ist erfüllbar gem. § 271 Abs. 1.

e. Zwischenergebnis

Eine Aufrechnungslage besteht.

2. Erklärung

Der C müsste die Aufrechnung gem. § 388 S. 1 auch gegenüber V erklärt haben. Laut Sachverhalt hat der C dem V gegenüber die Aufrechnung erklärt. Die Erklärung der Aufrechnung gem. § 388 S. 1 ist wirksam erfolgt.

3. Kein Ausschluss

Schließlich dürfte die Aufrechnung nicht gem. §§ 390, 392, 393, 394 ausgeschlossen sein. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen solchen Ausschluss. Die Aufrechnung ist nicht ausgeschlossen.

4. Zwischenergebnis

Gem. § 389 gelten die Forderungen als erloschen, soweit sie sich decken. Die Hauptforderung des V beträgt EUR 300,00, die Gegenforderung des C beträgt EUR 400,00. Die Forderungen decken sich bis zur Höhe von EUR 300,00. Die Forderung des V gegen den C ist in voller Höhe erloschen gem. § 389, während die Forderung des C nur in Höhe von EUR 300,00 erloscht und i.H.v. EUR 100,00 besteht.

V. Ergebnis

Die Aufrechnung des C gegen V ist wirksam erfolgt.

Gesamtergebnis

V hat keinen Anspruch gegen C auf Rückzahlung des Darlehens i.H.v. EUR 300,00 gem. § 488 Abs. 1 S. 2.

Aufgabe 2**Anspruch entstanden**

H könnte einen Anspruch auf Zahlung der EUR 49,00 für das erste Quartal des 24-Stunden-Computer-Notdienstes aus dem Vertrag *sui generis* haben.

I. Wirksamer Vertrag

Es müsste ein wirksamer Vertrag *sui generis* zwischen H und X geschlossen worden sein, der sowohl Elemente eines Kaufvertrages gem. § 433 als auch eines Dienstvertrages gem. § 611 enthält. Dafür müsste eine Einigung, also zwei übereinstimmende Willenserklärungen, i.d.R. Angebot und Annahme (§§ 145ff.), vorliegen. H und X haben sich

unproblematisch über den Kauf des PCs geeinigt. Fraglich ist jedoch, ob die Vereinbarung über den Computer-Notdienst wirksam in den Vertrag zwischen H und X einbezogen wurde.

1. Anwendungsbereich

Zunächst müssten die einschlägigen Regelungen der §§ 305ff. anwendbar gem. § 310 Abs. 3 sein. Dafür müsste es sich um einen Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher handeln. Laut Sachverhalt ist H Unternehmer i.S.d. § 14. Mangels entgegenstehender Umstände und weil anzunehmen ist, dass X den Vertrag weder für gewerbliche oder selbständige Zwecke abschließt, ist davon auszugehen, dass X Verbraucher i.S.d. § 13 ist. Die einschlägigen Regelungen der §§ 305ff. sind vollumfänglich anwendbar.

2. Vorliegen von AGB

Es könnte sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gem. § 305 Abs. 1 handeln.

a. Vorformulierte Vertragsbedingungen

Dafür müsste die Klausel des Computer-Notdienstes gem. § 305 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Laut Sachverhalt handelt es sich bei dem Vertrag zwischen X und H um ein Formular, bei dem aufgrund der Händlereigenschaft des H und des Massengeschäfts mit PCs davon ausgegangen werden kann, dass es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung handelt.

b. Einseitig vom Verwender gestellt

Schließlich müssten die Vertragsbedingungen auch einseitig vom Verwender bei Vertragsabschluss dem anderen Vertragspartner gegenübergestellt worden sein. Der H ist in diesem Fall der Verwender. H hat die Vertragsbedingungen dem X laut Sachverhalt mit dem Formular vorgelegt und damit einseitig gestellt. H hat die Vertragsbedingungen einseitig bei Vertragsabschluss dem X gestellt.

c. Zwischenergebnis

Bei der Klausel handelt es sich um AGB i.S.d. § 305 Abs. 1.

3. Einbeziehung in den Vertrag

Weiterhin müsste die Vertragsbedingung gem. § 305 Abs. 2 auch wirksam in den Vertrag zwischen H und X einbezogen worden sein.

a. Ausdrücklicher Hinweis

Dafür müsste der Verwender die andere Vertragspartei gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 ausdrücklich auf die Vertragsbedingung hingewiesen haben. Auf der Vorderseite des Formulars befand sich der Hinweis, dass die umseitig bedruckten Vertragsbedingungen Vertragsbestandteil werden sollen. H hat den X damit ausdrücklich auf die Vertragsbedingungen hingewiesen.

b. Möglichkeit der Kenntnisnahme

Weiterhin müsste der Verwender der anderen Vertragspartei gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 die Möglichkeit verschafft haben, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Der H hat den Inhalt der Vertragsbedingungen im vorliegenden Fall umseitig auf das Formular gedruckt. H hat dem X somit in zumutbarer Weise die Möglichkeit verschafft, vom Inhalt der Vertragsbedingungen Kenntnis zu nehmen.

c. Einverständnis

Schließlich müsste die andere Vertragspartei gem. § 305 Abs. 2 Hs. 2 mit der Geltung der Vertragsbedingungen einverstanden sein. Das Einverständnis ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Indem der X den Hinweis, dass er mit den umseitig abgedruckten Vertragsbedingungen einverstanden sei unterzeichnet hat, hat der X sein Einverständnis erklärt. X war mit der Geltung der Vertragsbedingungen einverstanden.

4. Zwischenergebnis

Die Vertragsbedingungen wurden wirksam in den Vertrag einbezogen, sodass der H zunächst einen Anspruch gegen X auf Zahlung der EUR 49,00 hat.

II. Keine Unwirksamkeit

Schließlich dürfte die Klausel jedoch auch nicht gem. § 306 Abs. 1 i. V. m. §§ 307, 308, 309 unwirksam sein.

1. Klauselverbote

Zunächst könnten Klauselverbote gem. §§ 308, 309 vorliegen. Im vorliegenden Fall sind keine einschlägigen Klauselverbote ersichtlich.

2. Inhaltskontrolle

Mangels Vorliegens eines Klauselverbotes ist die Wirksamkeit der Klausel des Computer-Notdienstes der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 zu unterziehen.

Demnach dürfte die Klausel den Vertragspartner des Ver-

wenders nicht entgegen Treu und Glauben (§ 242) unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 liegt eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel vor, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

In diesem Fall hat der H in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Abschluss eines Servicevertrages i.H.v. EUR 49,00 pro Quartal vorgesehen. Nach § 241 Abs. 2 hat der Vertragspartner eine Rücksichtnahmepflicht auf die Rechtsgüter des anderen Teils. Indem H jedoch eine solche Klausel in die umseitigen AGB aufnimmt und damit dem direkten, ausdrücklichen Vertragsinhalt entzieht, obwohl dadurch weitere Hauptleistungspflichten für den X entstehen, weicht er von den wesentlichen Grundgedanken des § 241 Abs. 2 ab. Diese Abweichung ist nicht damit zu vereinbaren. Insofern liegt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 des X durch den H vor.

Ergebnis

Die von H verwendete Computer-Notservice-Klausel ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 unwirksam, führt aber gem. § 306 Abs. 1 nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. H kann von X nicht Bezahlung der EUR 49,00 für das erste Quartal des Notdienstes verlangen.

ANMERKUNGEN

Eine sehr gelungene Leistung. Die Schwerpunkte der Klausur werden alle gesehen und durchgehend argumentativ überzeugend gelöst.

Bei der zweiten Aufgabe wird das Problem der AGB gesehen. Hier wird § 307 als entscheidend angesehen, auf § 305c wird nicht eingegangen. Die Lösung ist aber auf hohem Niveau begründet und erscheint vertretbar.

Klausur in Verfassungsgeschichte

stud. iur. Daniel Müller, 15 Punkte

Die Klausur wurde an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Wintersemester 2015/2016 am 02.02.2016 bei Prof. Dr. Hermann Butzer geschrieben, ihm gebührt herzlicher Dank für das Einverständnis zur Sachverhaltsveröffentlichung.

Aufgaben:

1. Vergleichen Sie bitte in Grundzügen die verfassungsrechtliche Stellung und Kompetenzausstattung des Reichskanzlers unter der Reichsverfassung von 1871 (RV 1871), des Reichskanzlers unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919 (WRV) und des Bundeskanzlers unter dem Grundgesetz von 1949 (GG). Worin liegen – betrachtet aus heutiger Perspektive unter der Geltung des Grundgesetzes – die wesentlichen Änderungen? Bitte nennen Sie jeweils auch einschlägige Normen.

2. Bitte bearbeiten Sie außerdem **zwei** der folgenden drei Aufgaben:

a. Was ist gemeint, wenn von „Souveränität“ gesprochen wird, und wie ist die Verbindungslinie zwischen „Souveränität“ und „monarchischem Prinzip“?

b. Was verstand man im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts unter „großdeutscher Lösung“? Skizzieren Sie bitte den Inhalt der Diskussion und deren historische „Meilensteine“ 1848/49, 1870/71, 1918 und 1938.

c. Was besagt der Ausdruck „Doppelstaat“, mit dem der deutsch-amerikanische Jurist und Politikwissenschaftler Ernst Fraenkel die Rechtswirklichkeit im nationalsozialistischen Deutschland um 1938/1939 zu beschreiben versucht hat?

Auszug aus der Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 (RV 1871)

IV. Präsidium.

Artikel 11

Das Präsidium des Bundes steht dem Könige von Preußen zu, welcher den Namen Deutscher Kaiser führt. Der Kaiser hat das Reich völkerrechtlich zu vertreten, im Namen des Reichs Krieg zu erklären und Frieden zu schließen, Bündnisse und andere Verträge mit fremden Staaten einzugehen, Gesandte zu beglaubigen und zu empfangen.

Zur Erklärung des Krieges im Namen des Reichs ist die Zustimmung des Bundesrathes erforderlich, es sei denn, daß ein Angriff auf das Bundesgebiet oder dessen Küsten erfolgt.

Insoweit die Verträge mit fremden Staaten sich auf solche Gegenstände beziehen, welche nach Artikel 4. in den Bereich der Reichsgesetzgebung gehören, ist zu ihrem Abschluß die Zustimmung des Bundesrathes und zu ihrer Gültigkeit die Genehmigung des Reichstages erforderlich.

Artikel 12

Dem Kaiser steht es zu, den Bundesrath und den Reichstag zu berufen, zu eröffnen, zu vertagen und zu schließen.

Artikel 13

Die Berufung des Bundesrathes und des Bundestages findet alljährlich statt und kann der Bundesrath zur Vorbereitung der Arbeiten ohne den Reichstag, letzterer aber nicht ohne den Bundesrath berufen werden.

Artikel 14

Die Berufung des Bundesrathes muss erfolgen, sobald sie von einem Drittel der Stimmenzahl verlangt wird.

Artikel 15

Der Vorsitz im Bundesrathe und die Leitung der Geschäfte steht dem Reichskanzler zu, welcher vom Kaiser zu ernennen ist. Der Reichskanzler kann sich durch jedes andere Mitglied des Bundesrathes vermöge schriftlicher Substitution vertreten lassen. [...]

Artikel 17

Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze und die Ueberwachung der Ausführung derselben zu. Die Anordnungen und Verfügungen des Kaisers werden im Namen des Reichs erlassen und bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Reichskanzlers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.

Artikel 18

Der Kaiser ernennt die Reichsbeamten, läßt dieselben für das Reich vereidigen und verfügt erforderlichen Falles deren Entlassung. [...]

Auszug aus der Verfassung des Deutschen Reichs von 1919 (WRV):**Dritter Abschnitt: Der Reichspräsident und die Reichsregierung****Artikel 41**

Der Reichspräsident wird vom ganzen deutschen Volke gewählt.

Wählbar ist jeder Deutsche, der das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz. [...]

Artikel 45

Der Reichspräsident vertritt das Reich völkerrechtlich. Er schließt im Namen des Reichs Bündnisse und andere Verträge mit auswärtigen Mächten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten. Kriegserklärung und Friedensschluß erfolgen durch Reichsgesetz.

Bündnisse und Verträge mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung des Reichstags.

Artikel 46

Der Reichspräsident ernennt und entläßt die Reichsbeamten und die Offiziere, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Er kann das Ernennungs- und Entlassungsrecht auch durch andere Behörden ausüben lassen.

Artikel 47

Der Reichspräsident hat den Oberbefehl über die gesamte Wehrmacht des Reichs.

Artikel 48

Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

Der Reichspräsident kann wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. [...]

Artikel 50

Alle Anordnungen und Verfügungen des Reichspräsidenten, auch solche auf dem Gebiete der Wehrmacht, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Reichskanzler oder den zuständigen Reichsminister. Durch die Gegenzeichnung wird die Verantwortung übernommen.

Artikel 51

Der Reichspräsident wird im Falle seiner Verhinderung zunächst durch den Reichskanzler vertreten. Dauert die Verhinderung voraussichtlich längere Zeit, so ist die Vertretung durch ein Reichsgesetz zu regeln.

Das gleiche gilt für den Fall einer vorzeitigen Erledigung der Präsidentschaft bis zur Durchführung der neuen Wahl.

Artikel 52

Die Reichsregierung besteht aus dem Reichskanzler und den Reichsministern.

Artikel 53

Der Reichskanzler und auf seinen Vorschlag die Reichsminister werden vom Reichspräsidenten ernannt und entlassen.

Artikel 54

Der Reichskanzler und die Reichsminister bedürfen zu ihrer Amtsführung des Vertrauens des Reichstags. Jeder von ihnen muß zurücktreten, wenn ihm der Reichstag durch ausdrücklichen Beschluß sein Vertrauen entzieht.

Artikel 55

Der Reichskanzler führt den Vorsitz in der Reichsregierung und leitet ihre Geschäfte nach einer Geschäftsordnung, die von der Reichsregierung beschlossen und vom Reichspräsidenten genehmigt wird.

Artikel 56

Der Reichskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür gegenüber dem Reichstag die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Reichsminister den ihm anvertrauten Geschäftszweig selbständig und unter eigener Verantwortung gegenüber dem Reichstag.

Artikel 57

Die Reichsminister haben der Reichsregierung alle Gesetzentwürfe, ferner Angelegenheiten, für welche Verfassung oder Gesetz dieses vorschreiben, sowie Meinungsverschiedenheiten über Fragen, die den Geschäftsbereich mehrerer Reichsminister berühren, zur Beratung und Beschlußfassung zu unterbreiten.

Artikel 58

Die Reichsregierung faßt ihre Beschlüsse mit Stimmenmehrheit. Bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden.

Artikel 59

Der Reichstag ist berechtigt, den Reichspräsidenten, den Reichskanzler und die Reichsminister vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich anzuklagen, daß sie schuldhafterweise die Reichsverfassung oder ein Reichsgesetz verletzt haben. [...]

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Aufgabe 1:

Im Folgenden soll ein Vergleich der verfassungsrechtlichen Stellung und Kompetenzausstattung des Reichskanzlers nach der Reichsverfassung 1871 mit derjenigen des Reichskanzlers unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919 und der Stellung des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz vorgenommen werden. Dabei ist zunächst von Bedeutung, dass dem Reichskanzler nach der RV 1871 eine untergeordnete Stellung im Vergleich zum Reichskanzler der WRV und insbesondere zu der Stellung des Bundeskanzlers zukam. Dies wird insofern deutlich, als die RV 1871 nicht von einer „Reichsregierung“ i.S.e. selbstständigen Verfassungsorgans ausgeht, wie dies bei der Reichsregierung in Art. 41ff. WRV und bei dem grundgesetzlichen Abschnitt über die Bundesregierung in Art. 62 bis 68 GG der Fall ist. Vielmehr ist lediglich der Reichskanzler als solcher in der RV 1871 erwähnt, und zwar nicht in einem eigenen, den anderen Organen (Präsidium, Bundesrat, Reichstag) gleichgeordneten Abschnitt, sondern nur in dem Abschnitt über das Präsidium, vgl. Art. 11ff. RV 1871. Bereits diese Einordnung zeigt die größere politische Abhängigkeit des Reichskanzlers vom Staatsoberhaupt.

Des Weiteren wurde der Reichskanzler nach Art. 15 RV 1871 vom Kaiser, dem das Präsidium gemäß Art. 11 RV 1871 zustand, ernannt und entlassen. Dabei erfolgten die Ernennung und Entlassung allein nach der Entscheidung des Kaisers und waren unabhängig vom Reichstag oder anderen Organen. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Legitimation des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz. Zwar erfolgt auch hier die Ernennung und Entlassung nach Art. 63 Abs. 1 S. 2 GG formell durch das Staatsoberhaupt, den Bundespräsidenten, doch hat der Bundespräsident materiell keinen wesentlichen Entscheidungsspielraum, da der Bundeskanzler vom Bundestag gewählt wird, Art. 63 Abs. 1 GG. Daraus folgt, dass der Bundeskanzler vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist, was ein wesentliches Merkmal des parlamentarischen Regierungssystems der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Dies steht dem konstitutionellen Regierungssystem des Deutschen Reiches nach der RV 1871 gegenüber, bei dem der Reichskanzler allein auf das Vertrauen des Kaisers angewiesen war.

Die Stellung des Reichskanzlers nach der Weimarer Reichsverfassung entspricht insoweit eher derjenigen

des Bundeskanzlers. Auch hier ist in Art. 53 WRV davon die Rede, dass der Reichskanzler vom Reichspräsidenten ernannt und entlassen wird, doch ausdrücklich wird hervorgehoben, dass der Reichskanzler bei seiner Amtsausführung von dem Vertrauen des Reichstags abhängig ist, Art. 54 WRV. Damit sieht die Weimarer Reichsverfassung zwar keine direkte Wahl des Kanzlers durch das Parlament vor, wie etwa das Grundgesetz, doch ist auch hier der Legitimationsgrad des Reichskanzlers – durch die mittelbare Legitimation des Volkes über das Parlament – deutlich höher als der des Reichskanzlers nach der Reichsverfassung 1871.

Jedoch besteht zwischen der Weimarer Reichsverfassung und dem Grundgesetz ein wesentlicher Unterschied in der Kontrollmöglichkeit des Parlaments. Während das Grundgesetz als Möglichkeit des „Kanzlersturzes“ nur ein konstruktives Misstrauensvotum vorsieht, d.h. das Misstrauensvotum gegenüber dem Bundeskanzler an die Wahl eines neuen Kandidaten knüpft, vgl. Art. 67 GG, wird dem Reichstag durch Art. 54 WRV ein destruktives Misstrauensvotum eingeräumt. Die Abwahl des amtierenden Reichskanzlers war somit nicht von einer Neuwahl abhängig. Hier zeigt sich also ein unterschiedliches Maß der Vertrauensabhängigkeit des Kanzlers von der Volksvertretung.

Da die Reichsverfassung 1871 keine Reichsregierung als eigenständiges Verfassungsorgan vorsah, ergeben sich auch Unterschiede für das Rechtsverhältnis zwischen Reichs- bzw. Bundeskanzler und den Ministern. In der Reichsverfassung 1871 wird lediglich von „Staatssekretären“ gesprochen, die der Reichskanzler eigenmächtig ernennen kann. Diese sind indes nach ihrer verfassungsrechtlichen Stellung dem Reichskanzler nachgeordnet und nicht mit einer eigenen Ressortverantwortlichkeit wie etwa die Bundesminister in Art. 65 S. 2 GG ausgestattet. Im Gegensatz zur Stellung der Bundesminister besteht wiederum nach Art. 54 WRV eine Abhängigkeit der Reichsminister vom Vertrauen des Reichstages. Nach dem Grundgesetz besteht hingegen keine Möglichkeit des Bundestages, einen Minister abzuwählen. Der Grad der Eigenverantwortlichkeit ist demnach hier noch höher als nach der Reichsverfassung 1871 und der Weimarer Reichsverfassung.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der Stellung des Reichskanzlers und der des Bundeskanzlers zeigt sich im Verhältnis zum jeweiligen Staatsoberhaupt und der eigenen Stellung in Hinsicht auf die Ausübung von Staats-

gewalt. In allen drei Verfassungen ist der jeweilige Kanzler Teil der Exekutive – nach der Weimarer Reichsverfassung und dem Grundgesetz leitet er die Regierung –, doch seine Stellung im Organgefüge ist unterschiedlich ausgestaltet. So trägt der Reichskanzler nach Art. 15 RV 1871 die volle politische Verantwortlichkeit für das politische Handeln des Kaisers, was sich in dem Gegenzeichnungserfordernis des Reichskanzlers niederschlägt. Somit ist das politische Wirken von Kaiser und Reichskanzler verfassungsrechtlich unmittelbar miteinander verbunden. Damit geht einher, dass der Kaiser mit eigenen zentralen Kompetenzen der Exekutive ausgestattet ist, vgl. Art. 11ff. RV 1871, und ihm jedenfalls verfassungsrechtlich die führende Rolle in der ausführenden Gewalt zukommt. Ähnlich ist dies auch in der Weimarer Reichsverfassung geregelt, da hier der Reichspräsident an der Spitze der Exekutive steht – wenn auch als unmittelbar demokratisch legitimes Staatsoberhaupt – und der Reichskanzler eine schwächere Stellung einnimmt. Im Gegensatz dazu geht aus dem Kompetenzgefüge des Grundgesetzes hervor, dass der Bundeskanzler das zentrale Organ der Exekutive kraft seiner alleinigen Richtlinienkompetenz und des sog. Kanzlerprinzips darstellt. Nach Art. 65 S. 1 GG bestimmt er die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Der Bundespräsident als mittelbar demokratisch legitimes Staatsoberhaupt nimmt im Wesentlichen repräsentative Funktionen wahr, hat jedoch beispielsweise kein eigenes Recht zur Einbringung von Gesetzesvorlagen.

Indes lassen sich in Bezug auf die verfassungsrechtliche Stellung des Reichs- bzw. Bundeskanzlers nach den jeweiligen Verfassungen auch Gemeinsamkeiten und Kontinuitäten feststellen. So besaß der Reichskanzler nach der Reichsverfassung 1871 und der Weimarer Reichsverfassung wie auch der Bundeskanzler ein Gegenzeichnungsrecht für Anordnungen und Verfügungen des Staatsoberhauptes, solche sind ohne eine Gegenzeichnung durch den Kanzler unwirksam, vgl. Art. 17 RV 1871, Art. 50 WRV, Art. 58 GG. Auch wenn diese Regelungen teilweise einen unterschiedlichen materiell-rechtlichen Gehalt haben, so begründen sie zumindest ein formales Instrument der Kontrolle gegenüber dem Staatsoberhaupt in allen drei Verfassungen. Das Recht zur Einbringung von Gesetzesvorlagen im Parlament (Initiativrecht) steht nach Art. 76 Abs. 1 GG der Bundesregierung als Kollegialorgan zu, welcher der Bundeskanzler vorsteht. Eine entsprechende Vorschrift findet sich in Art. 68 WRV. Hier kommt das Initiativrecht ebenfalls der Reichsregierung als Kollegialorgan zu. In der Reichs-

verfassung 1871 findet sich hingegen kein Initiativrecht des Reichskanzlers, der insoweit einen geringeren verfassungsrechtlichen Einfluss auf die Gesetzgebung hatte.

Schließlich ist zu beachten, dass der Reichskanzler nach der Reichsverfassung 1871 gleichzeitig das Amt des preußischen Ministerpräsidenten und zudem den Vorsitz im Bundesrat innehatte, Art. 15 RV 1871. Eine derartige Koppelung verschiedener verfassungsrechtlicher Ämter ist weder in der Weimarer Reichsverfassung noch im Grundgesetz zu finden, was auf eine größere Ausgeglichenheit im bundesstaatlichen System und eine ausgeprägtere Ämtertrennung hinweist. Ausdrücklich ist eine Inkompatibilität des Amtes des Bundeskanzlers für alle anderen besoldeten Ämter in Art. 66 GG vorgesehen. Dass der Reichskanzler zugleich preußischer Ministerpräsident war – wie im Übrigen auch der preußische König zugleich Kaiser war – deutet ferner auf die preußische Hegemonialstellung im Deutschen Reich von 1871 hin.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich die Stellung des Reichs- bzw. Bundeskanzlers im verfassungsgeschichtlichen Verlauf wesentlich verändert und weiterentwickelt hat. Nicht nur verfügt der Bundeskanzler nach dem Grundgesetz über eine deutlich stärkere Stellung und zentrale Rolle als Teil der ausführenden Staatsgewalt, auch hat sich der Legitimationsgrad durch das Volk erhöht. Der Übergang vom konstitutionellen zum parlamentarischen Regierungssystem verlagerte das Vertrauenserfordernis vom Staatsoberhaupt hin zum Parlament. Dennoch bestehen in allen drei Verfassungen auch Kontinuitäten in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Befugnisse der Kanzler.

Aufgabe 2a:

Die Diskussion um eine großdeutsche oder kleindeutsche Lösung hat in der deutschen Verfassungsgeschichte mehrfach eine Rolle gespielt. Die wesentlichen Abschnitte sollen hier kurz dargestellt werden.

Zunächst stellte sich die Problematik im Zuge der Revolution 1848/1849 (sog. Märzrevolution). Im Vordergrund stand bei der Verfassungsneugestaltung für einen neuen deutschen Nationalstaat durch die Abgeordneten der Frankfurter Nationalversammlung die Frage, welche der zahlreichen Mitgliedsstaaten des bis dahin bestehenden Deutschen Bundes Teil des neuen Deutschen Reichs sein sollten und welche nicht. Das Kaiserreich Österreich war

zu diesem Zeitpunkt Mitglied des Deutschen Bundes. Streitig war bei der Erarbeitung des Entwurfs der Frankfurter Reichsverfassung, ob das neu zu gründende Deutsche Reich alle deutschsprachigen Gebiete des Deutschen Bundes und damit auch den deutschsprachigen Teil Österreichs umfassen sollte (sog. großdeutsche Lösung) oder sogar das gesamte Kaiserreich Österreich-Ungarn (ebenfalls großdeutsche Lösung) Teil des neu zu gründenden Deutschen Reichs sein sollte, oder Österreich gänzlich außerhalb des Deutschen Reichs bleiben sollte (sog. kleindeutsche Lösung). Die Lösung brachte hier der sog. Simon-Gagern-Pakt.¹ Dieser sah einen Kompromiss zwischen den politischen Lagern vor, der im Wesentlichen in der kleindeutschen Lösung bestand und im Gegenzug ein fortschrittliches allgemeines und gleiches Wahlrecht vorsah. Mit der Ablehnung der Wahl des preußischen Königs Friedrich Wilhelms IV. zum deutschen Kaiser und der späteren Auflösung der Frankfurter Nationalversammlung scheiterte jedoch die Gründung des Deutschen Reichs. Die abschließende Klärung des Staatsgebiets blieb damit aus.

Weiterhin spielte die oben genannte Frage bei der Gründung des Deutschen Reichs 1870/1871 als Folge dreier Einigungskriege eine Rolle. Da sich Preußen 1866 im sog. deutsch-deutschen Krieg mit Österreich befand und diesen gewann, fiel auch hier bei der Festlegung des Staatsgebiets die Entscheidung zugunsten einer kleindeutschen Lösung aus. Damit sollte nach der Vorstellung des preußischen Ministerpräsidenten Otto von Bismarck die Hegemonialstellung Preußens im zukünftigen Nationalstaat gesichert werden. Konkret erfolgte die Reichsgründung durch den Zusammenschluss des sog. Norddeutschen Bundes von 1866 unter Führung Preußens mit den verbleibenden süddeutschen Staaten unter Ausschluss Österreichs.

Erneute Bedeutung erlangte die Frage bei der Verfassungsgebung 1919 nach der Niederlage des Deutschen Reichs im Ersten Weltkrieg. Sie entstand mit der Auflösung Österreich-Ungarns als Folge des Ersten Weltkriegs und betraf einen möglichen Beitritt der deutschsprachigen Gebiete Österreichs zum Deutschen Reich. Ein solcher wäre mit der Variante eines Staatsgebiet in Form der großdeutschen Lösung von 1848 vergleichbar gewesen. Jedoch wurde dieser Beitritt ausdrücklich durch die Bestimmungen des Ver-

sailer Friedensvertrags² verboten, welcher 1919 zwischen dem Deutschen Reich und den alliierten Siegermächten geschlossen wurde. Die großdeutsche Lösung war mithin ausgeschlossen.

Schließlich trat die Frage, ob Österreich ein Teil des Deutschen Reichs sein sollte, im Zuge der Eroberungspolitik des Deutschen Reichs unter Adolf Hitler auf. 1938 annektierte das Deutsche Reich Österreich und führte anschließend eine Volksabstimmung durch, die zugunsten des Anschlusses an das Deutsche Reich ausfiel. Die Entscheidung für die großdeutsche Lösung spiegelte sich in der neuen amtlichen Bezeichnung als sog. „Großdeutsches Reich“ wider.

Aufgabe 2c:

Der Ausdruck „Doppelstaat“ des Politikwissenschaftlers Ernst Fraenkel bezieht sich auf die verfassungsrechtliche Situation des Deutschen Reichs zwischen 1933 und 1945. Er drückt aus, dass im Deutschen Reich einerseits zwar weiterhin eine Verfassung und i.w.S. eine Rechtsordnung (sog. Normenstaat) galt, gleichzeitig aber Entscheidungen für bestimmte Bereiche allein nach politischen und nicht nach rechtlichen Maßstäben getroffen würden (sog. Maßnahmenstaat). In diesem letzteren Bereich hätten nach Fraenkel rechtsstaatliche Grundsätze keinen Bestand und der Einzelne sei den politischen Willkürentscheidungen des Staates ohne eigene subjektive Rechte ausgesetzt. Entsprechend müsse sich der Staat in diesem Bereich auch nicht für seine Entscheidungen verantworten. Trotz dieser offenkundigen Lösung von rechtsstaatlichen Bindungen habe es weiterhin geltende Rechtsnormen für andere Bereiche gegeben, deren Einhaltung auch staatlich überwacht wurde. Diesen Dualismus von Rechtsordnung und Rechtswirklichkeit im NS-Staat beschreibt der Begriff des „Doppelstaates“.

¹ Vereinbarung zwischen dem Präsidenten der Frankfurter Nationalversammlung Heinrich von Gagern und dem Abgeordneten der Frankfurter Nationalversammlung Heinrich Simon.

² Art. 80 des Versailler Friedensvertrages.

Studienklausur im Strafrecht

stud. iur. Maik Schwierzy

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag. Der Hanover Law Review liegt viel daran, authentische Klausur- und Hausarbeitsleistungen zu veröffentlichen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichungs-fähigen Sachverhalten oder Leistungen aus gewissen Rechtsbereichen, um die Kategorie "Studienpraxis" divers und interessant aufzustellen. Dem begegnet die Studienklausur: Sie ist von Studierenden entworfen, gelöst und veröffentlicht.

Sachverhalt „Der glückliche Uhrenkäufer - Die strafrechtliche Seite von Shill Bidding“

Aufgrund der Corona-Pandemie hat A seine Arbeitsstelle verloren. Seine finanzielle Situation wird zunehmend kritischer. Er beschließt daraufhin, ungenutzte Gegenstände von seinem Dachboden zu verkaufen.

Bei der Durchsicht fällt ihm eine alte Uhr auf, die er vor vielen Jahren von seiner Großmutter geschenkt bekommen hat. Der Wert der Uhr ist ihm nicht bekannt; er lässt diesen nicht schätzen. Aus Angst, von Fachhändlern bezüglich des wahren Preises „geprellt“ zu werden, entschließt sich A, die Uhr auf einer Internetauktionsplattform zu verkaufen. So will er sicherstellen, dass ein realistischer Preis durch Gebote mehrerer Interessenten zustande kommt. Um das Interesse der potenziellen Käufer zu erhöhen, setzt er ein Startgebot i.H.v. EUR 1,00. Damit er seine laufenden Kosten für diesen Monat begleichen kann, muss die Uhr aber mindestens EUR 1.000,00 einbringen. Hierfür würde A die Auktion gegebenenfalls auch durch Lockgebote manipulieren. Die Auktionszeit setzt er auf sieben Tage fest.

Am ersten Tag der Auktionslaufzeit gibt der Uhrensammler S ein Gebot i.H.v. EUR 1,00 ab. Er erhofft sich, ein Schnäppchen zu erzielen, obwohl er den Wert der Uhr ebenfalls nicht kennt. Als der höchste gebotene Preis mit Ablauf des sechsten Auktionstages immer noch bei EUR 1,00 liegt, wird A zunehmend frustrierter. Um einem Verlustgeschäft zu entgehen, bittet er seinen Kumpel B um Hilfe. B soll A seinen Account zur Verfügung stellen, damit A von diesem aus auf seiner eigenen Auktion mitbieten kann. Dem A ist dabei bewusst, dass eine solche Vorgehensweise in den AGB des Internetauktionshauses ausdrücklich verboten wird. Aufgrund der AGB und einigen Berichten, die er in der Zeitung gelesen hat, nimmt A an, dass die Abgabe von Scheingeboten rechtlich nicht gebilligt werden könne. A ist aber überzeugt, dass es nicht „auffliegen“ werde, da er den Account von B nutze. Da B dem A aus alten Tagen einen Gefallen schuldet, lässt er sich zur Bereitstellung des Accounts überreden.

In den letzten Stunden der Auktion kommt es zu einem regelrechten Wettbieten zwischen A und S. S, der großes Interesse an der Uhr hat, bietet infolgedessen immer höhere Beträge. Im Rausche des gegenseitigen Übertrumpfens übersteigt S dabei sein sich zuvor selbst gesetztes Limit von EUR 1.200,00. Kurz vor einer Gebotshöhe von EUR 1.500,00 hört A auf, mitzubieten, da ihm dieser Betrag mehr als ausreicht. S ist sodann bei Ablauf der Auktion mit einem Gebot von EUR 1.500,00 Höchstbietender. Andere Mitbieter gab es nicht. Ob andere Interessenten mitgeboten hätten, wenn A den Preis nicht über das von S abgegebene Startgebot von EUR 1,00 erhöht hätte, kann nicht festgestellt werden.

Der Internetauktionsanbieter verschickt – wie üblich – eine Bestätigungsnachricht an S. Diese Nachricht enthält die Aufforderung, an A EUR 1.500,00 als Kaufpreis für die Uhr zu zahlen. Um die Uhr schnellstmöglich zu erhalten, zahlt S unmittelbar darauf an A. Die Uhr wird an S geliefert. Eine von ihm beauftragte Wertschätzung durch einen Sachgutachter ergibt, dass die Uhr einen objektiven Wert von EUR 2.000,00 hat. Sein Unmut darüber, dass er sein selbst gesetztes Limit überschritten hat, ist hierdurch endgültig beseitigt.

Frage: Hat sich A wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht? Die ggf. erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

Bearbeitervermerk:

Die AGB des Internetauktionshauses sehen Folgendes vor:

§ 3 Nr. 3 der AGB

Es ist verboten, durch Verwendung mehrerer eBay-Konten oder im Zusammenwirken mit anderen Nutzern die Preise eigener oder fremder Angebote zu manipulieren oder eigene Artikel zu kaufen.

§ 7 Nr. 5 der AGB

Bei Auktionen nimmt der Käufer das Angebot durch Abgabe eines Gebots an. Die Annahme erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Käufer nach Ablauf der Angebotsdauer Höchstbietender ist. Ein Gebot erlischt, wenn ein anderer Käufer während der Angebotsdauer ein höheres Gebot abgibt.

Vorbemerkung:

Sowohl § 145 BGB als auch die zur Erläuterung des Vertragsschluss aufgestellten AGB sind darauf ausgerichtet, dass der Vertragsschluss „einem anderen“ als dem Anbietenden angetragen wird. Das über ein zweites Mitgliedskonto unzulässig auf ein eigenes Angebot abgegebene Gebot eines Anbieters ist daher zivilrechtlich unwirksam und bleibt in der Reihe der abgegebenen Gebote unberücksichtigt. Ein regulärer Bieter muss es deshalb auch nicht übertreffen, um Meistbietender zu werden oder zu bleiben; vgl. BGH NJW 2017, 468 (Ls. 2).

Anmerkung:

Das sog. Shill Bidding wurde bisher vor allem zivilrechtlich erörtert. Dennoch hat die Problematik durchaus auch strafrechtliche Relevanz. Der Beitrag bietet insofern einen interessanten neuen Blickwinkel auf eine in anderem Kontext bereits bekannte Thematik. Er zeigt dabei einen möglichen Lösungsweg auf, jedoch bleibt eine höchstrichterliche Rechtsprechung diesbezüglich abzuwarten.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des S strafbar gemacht haben, indem er eine Auktion für seine Uhr erstellt, den Preis durch Scheingebote in die Höhe getrieben und den automatisierten Verfahrensablauf des Internetauktionsanbieters ausgenutzt hat.

I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB müsste in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt sein.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müssten die objektiven Merkmale des Betrugstatbestandes vorliegen.

a) Täuschung über Tatsachen

A müsste S über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sein könnten.¹ Eine Täuschung ist jedes Verhalten, durch das im Wege der Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erzeugt werden kann.²

Mit dem Erstellen der Auktion, der Abgabe von Scheingeboten sowie dem Ausnutzen des automatisierten Verfahrensablaufes des Internetauktionsanbieters könnte A den S über Tatsachen getäuscht haben.

¹ Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 6.

² Perron in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6.

aa) Täuschung über das Preisbildungsverfahren

S könnte von A über das Preisbildungsverfahren der Internetauktion getäuscht worden sein. Durch die AGB, die jeder Nutzer bei Erstellung seines Accounts akzeptiert, werden die Regeln zur Nutzung der Plattform konkretisiert. Zwar gelten die AGB des Internetauktionsanbieters unmittelbar nur zwischen den jeweiligen Nutzern und dem Anbieter der Plattform; bei Verträgen, die mithilfe des Anbieters zustande kommen, dienen sie jedoch als Auslegungshilfe.³ Mit dem Erstellen der Auktion entscheiden sich die Verkäufer für eine Preisbildung durch zeitlich beschränkte Bieterkonkurrenz.⁴ Mitbieter – die ebenfalls die AGB akzeptieren mussten – dürfen darauf vertrauen, dass sich die anderen Nutzer an diese durch AGB konkretisierten Regeln halten. Mithin beinhaltet die Geschäftsgrundlage der Verträge die ordnungsgemäße Nutzung der Plattform.⁵

Mit dem Erstellen der Auktion mit einem Startgebot von EUR 1,00 hat sich A für eine Preisbildung durch zeitlich beschränkte Bieterkonkurrenz entschieden. S als Mietbieter der Auktion durfte darauf vertrauen, dass A sich an die durch AGB konkretisierten Regeln des Anbieters hält. Durch Abgabe der Gebote mithilfe des zweiten Accounts verstieß A gegen § 3 Nr. 3 der AGB des Internetauktionsanbieters, mithin gegen die Regeln, die als Geschäftsgrundlage für den Kaufvertrag mit S dienten. Diese Geschäftsgrundlage ist ein gegenwärtiges Verhältnis, das dem Beweis zugänglich ist und damit eine Tatsache darstellt. Zum Zeitpunkt der Auktion wirkten die unwirksamen⁶ Angebote des A objektiv wie wirksame Gebote. Dadurch entstand eine Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem manipulierten, auf der Plattform angezeigten Preis. Für S als Mitbieter der Auktion bewirkte die Anzeige des manipulierten Preises eine Fehlvorstellung dahingehend, dass er den Preis für das tatsächlich wirksame Höchstgebot hielt sowie dass eine Preisbildung durch tatsächliche Bieterkonkurrenz innerhalb der zeitlich beschränkten Auktion stattfand.

A hat S über das Preisbildungsverfahren getäuscht.

bb) Täuschung über Zahlungsverpflichtung

Mit der Zahlungsaufforderung i.H.v. EUR 1.500,00 könnte A den S über das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung getäuscht haben. Durch das Einfordern einer Leistung wird schlüssig erklärt, dass ein entsprechender Anspruch gegenüber dem Schuldner bestehe.⁷ Eine Täuschung ist dann gegeben, wenn ein Bezug zu einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt⁸ oder die rechtliche Wirksamkeit des Anspruchs wahrheitswidrig als gesichert dargestellt wird.⁹

Mit dem Ablauf der Auktion verschickte der Internetauktionsanbieter eine automatische Nachricht an S mit einer Zahlungsaufforderung i.H.v. EUR 1.500,00. Aufgrund der Unwirksamkeit seiner eigenen Angebote ist zwischen A und S ein wirksamer Kaufvertrag über die Uhr zu einem Kaufpreis von nur EUR 1,00 zustande gekommen. Mit der Zahlungsaufforderung i.H.v. EUR 1.500,00 wird ein Bezug zu dem manipulierten Kaufpreis, mithin einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt. Durch das Einfordern des vermeintlichen Kaufpreises wirkt A – mithilfe des automatisierten Verfahrens – auf das intellektuelle Vorstellungsbild des S mit dem Ziel ein, dass bei diesem eine Fehlvorstellung über das tatsächliche Bestehen einer Zahlungsverpflichtung gegen A i.H.v. EUR 1.500,00 entstände.

S wurde über das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung gegenüber A in Höhe des manipulierten Höchstpreises der Auktion getäuscht.

Hinweis:

Gegen eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB (im Wege des Ausnutzens der automatisierten Zahlungsaufforderung durch den Internetauktionsanbieter) spricht, dass die Tat nicht „durch einen anderen“ begangen wird (vgl. Wortlaut des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB). Eine ausführliche Erläuterung bietet etwa *Heine/Weißer* in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25ff. Rn. 5, 120f.; § 26 Rn. 6ff.

³ Vgl. BGH NJW 2017, 468 (468f.).

⁴ Vgl. BGHZ 149, 129 (129).

⁵ Vgl. Popp, Strafbarkeit des regelwidrigen Mietbietens bei so genannten Internetauktionen?, JuS 2005, 689 (690).

⁶ Zur zivilrechtlichen Thematik vgl. BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363 (364f.); *Stamme*, Shill Bidding – BGH VIII ZR 100/15, HanLR 2019, 31.

⁷ Vgl. RG 26, 29; vgl. auch BGH NStZ 1994, 188 (188f.).

⁸ Vgl. BGH NJW 2017, 2425 (2426).

⁹ *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263 Rn. 16c.

cc) Zwischenergebnis

A täuschte S sowohl über die Geschäftsgrundlage und den Höchstpreis der Auktion als auch über die Zahlungsverpflichtung i.H.v. EUR 1.500,00.

b) Irrtum über Tatsachen

Die Täuschung des A müsste einen Irrtum bei S verursacht haben. Ein Irrtum liegt bei einem Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung und der Wirklichkeit vor.¹⁰ Das Erregen eines Irrtums verlangt, dass die Fehlvorstellung des Opfers gerade durch die Täuschungshandlung begründet wird.¹¹

Durch die Täuschung des A über das Preisbildungsverfahren sowie die Zahlungsaufforderung durch den Internetauktionsanbieter entstand bei S der Eindruck, dass sein Höchstgebot mit EUR 1.500,00 wirksam zustande gekommen sei. Mit der Zahlung des Kaufpreises an A bestätigte er dies. S ging davon aus, dass der Kaufpreis in einem fairen Wettbewerb im Rahmen der Auktion gebildet wurde. Wegen der Täuschung des A irrte S über die Ordnungsgemäßheit der Auktion und stellte sich darauf basierend irrig vor, er sei zur Zahlung von EUR 1.500,00 als Kaufpreis für die Uhr verpflichtet.

Die Täuschung des A hat bei S demnach einen Irrtum verursacht.

c) Vermögensverfügung

S müsste aufgrund seines Irrtums eine Vermögensverfügung getätigt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.¹² Zwischen Irrtum und Verfügung liegt kein Kausalzusammenhang vor, wenn der Getäuschte dieselbe Verfügung auch ohne den Irrtum vorgenommen hätte, dieser also für die Verfügung nicht zumindest mitbestimmend war.¹³

Aufgrund der Vorstellung des S, dass der A einen rechtswirksamen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. EUR 1.500,00 habe, zahlte er die geforderte Summe an A. Die Zahlung beruhte auf dem Irrtum bzgl. des gem. § 433

Abs. 2 BGB geschuldeten Kaufpreises, der seinerseits auf das verschleierte Scheingebot des A als positive Täuschungshandlung zurückzuführen ist. Die Zahlung des irrenden S ist eine rechtsgeschäftliche Handlung, welche unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt, mithin eine Vermögensverfügung darstellt.

S hat aufgrund seines Irrtums eine Vermögensverfügung getätigt.

Hinweis:

Der Vermögensbegriff ist zwar umstritten; alle Vermögenslehren bejahen vorliegend aber die Einordnung als Vermögen. Auf die Darstellung der einzelnen Vermögensbegriffe wurde daher verzichtet; eine vertiefende Darstellung findet sich etwa bei *Hefendehl* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 337ff.

d) Vermögensschaden

Die Vermögensverfügung des S müsste zu einem kausalen Vermögensschaden geführt haben. Vermögen ist die Summe aller geldwerten Güter einer Person.¹⁴ Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung im Ergebnis vermindert ist.¹⁵

aa) Gesamtsaldierung

Grundsätzlich wird ein Vermögensschaden nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ermittelt. Danach ist ein Vermögensschaden ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Getäuschten.¹⁶ Abzustellen ist grundsätzlich auf den objektiv-faktischen Marktwert.¹⁷

Durch die Vermögensverfügung an A wurde das Vermögen des S um EUR 1.500,00 gemindert. Im Gegenzug erhielt S von A unmittelbar durch seine Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes eine Uhr mit einem objektiven Wert von EUR 2.000,00. Das Vermögen des S hat sich damit faktisch um EUR 500,00 erhöht. Es liegt folglich eine

¹⁰ *Beukelmann* in: BeckOK-StGB, 47. Ed. 2020, § 263 Rn. 23.

¹¹ *Fischer*, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 65.

¹² BGHSt 14, 170f.; BGH NStZ 2017, 351.

¹³ *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263 Rn. 77.

¹⁴ *Jäger*, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. 2018, § 263 Rn. 101.

¹⁵ *Küper/Zopfs*, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 9. Aufl. 2015, Rn. 626.

¹⁶ BVerfG NStZ 1998, 506 (506f.); BGHSt 3, 102 (102f.); *Fischer* StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 110.

¹⁷ *Popp* (Fn. 5), JuS 2005, 689 (692).

unmittelbare Kompensation der Vermögensminderung vor.

Ein Vermögensschaden nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung liegt nicht vor.

bb) Eingehungsbetrug

Bereits durch den Vertragsschluss könnte bei S ein Vermögensschaden i.S.e. Eingehungsbetrugs eingetreten sein. Bei einem Eingehungsbetrug führt der Abschluss eines Vertrages zu einem Vermögensschaden, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Eingehen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit ergibt, dass der Betroffene durch den Vertrag wirtschaftlich schlechter gestellt ist.¹⁸

Mit der Eingehung der schuldrechtlichen Verbindlichkeit i.H.v. EUR 1,00 hat S einen Anspruch auf Eigentums- und Besitzverschaffung an der Uhr im Wert von EUR 2.000,00 erworben. Nach dem Vertragsschluss mit A ist S wirtschaftlich bessergestellt.

Bei S ist kein Vermögensschaden i.S.e. Eingehungsbetrugs eingetreten.

cc) Uneigentlicher Erfüllungsbetrug

S könnte einen Vermögensschaden in Form eines uneigentlichen Erfüllungsbetruges erlitten haben. Ein uneigentlicher Erfüllungsbetrug liegt u.a. vor, wenn der Getäuschte mehr leistet, als er zu leisten verpflichtet wäre.¹⁹ Der Schaden liegt in der Differenz zwischen geschuldeter und tatsächlich erbrachter Leistung,²⁰ wenn also folglich der Wert des Geleisteten die Höhe der Verbindlichkeit übersteigt.²¹

Irrtumsbedingt hat S eine Vermögensverfügung in Form einer Zahlung i.H.v. EUR 1.500,00 an A getätigt, obwohl er aus § 433 Abs. 2 BGB nur zu einer Zahlung von EUR 1,00 verpflichtet war. Skönnte uneingeschränkt die Verschaffung von Besitz und Eigentum an der Uhr gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu diesen Konditionen geltend machen. Lediglich in der Höhe des Anspruches des A gegen S i.H.v. EUR 1,00 erfolgt durch die Erfüllungswirkung des § 362 Abs. 1 BGB

eine Kompensation. Für die verbleibenden EUR 1.499,00 findet dagegen keine Vermögenskompensation statt. Die Verschaffung der Sache, die bereits gegen Zahlung von EUR 1,00 geschuldet ist, kann keine Kompensation für die Zahlung weiterer EUR 1.499,00 sein.

Ein Vermögensschaden des S i.H.v. EUR 1.499,00 liegt in Form eines uneigentlichen Erfüllungsbetrugs vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste den subjektiven Tatbestand des Betruges erfüllt haben.

a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich den objektiven Tatbestand des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung zum Zeitpunkt der Tat.²² Der Täter muss die wesentlichen Umstände, die den Schaden begründen, erkennen oder mit ihrer Möglichkeit rechnen und sie billigend in Kauf nehmen.²³ Der Täter muss Schädigungswillen aufweisen, d.h. dass die Handlungsweise des Täters von der Vorstellung getragen sein muss, den Wert des betroffenen Vermögens zu vermindern.²⁴

Die Scheingebote gab A mit direktem Vorsatz ab. Ihm war auch bewusst, dass S, der bereits geboten hatte, hierdurch eine Fehlvorstellung über die aktuell gebotenen Preise haben könnte. Mithin sollte S dazu veranlasst werden, höhere Gebote abzugeben. Bei der Erstellung seines Accounts für die Internetauktionsplattform hat A den AGB zustimmen müssen. Aufgrund des § 3 Nr. 3 der AGB musste er mit der Möglichkeit rechnen, dass seine Gebote über den Account seines Kumpels B unwirksam sind. Dabei musste er davon ausgehen, dass der Vertrag mit S zu dem letzten Preis vor seiner Manipulation zustande kommt. A wollte, dass S irrig annimmt, dass der manipulierte Preis den tatsächlichen Preis darstellt. Es war insoweit seine Absicht, dass S eine Vermögensverfügung i.H.d. manipulierten Preises tätigt. Auch war A bewusst, dass S dadurch einen Vermögensschaden i.H.d. Differenz zwischen dem manipulierten Preis und den tatsächlichen Preis erleiden würde.

¹⁸ Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263 Rn. 128.

¹⁹ Vgl. BGH NStZ 2016, 540 (541f.); Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263 Rn. 138.

²⁰ Hefendehl in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 505.

²¹ Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263 Rn. 106/107.

²² Joecks/Kulhanek in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 13.

²³ Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 181.

²⁴ Vgl. BGHSt 53, 204 (212); BGH NStZ 2003, 264 (249).

A hat den objektiven Tatbestand des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB vorsätzlich erfüllt.

b) Bereicherungsabsicht

A müsste Absicht im Hinblick auf die Bereicherung haben. Die Absicht muss sich auf die Verschaffung eines Vermögensvorteils beziehen.²⁵

aa) Absicht stoffgleicher Bereicherung

Seine Bereicherung müsste das Ziel der Täuschung gewesen sein. Eine Absicht der Bereicherung liegt vor, wenn es dem Täter zielgerichtet darauf ankommt, sich oder einen Dritten zu bereichern.²⁶ Der vom Täter erlangte Vorteil muss die Kehrseite des Schadens, also ihm „stoffgleich“ sein.²⁷ Der Schaden muss unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Verfügung sein, welche den Schaden des Opfers herbeiführt.²⁸

Es kam dem A gerade darauf an, dass S als unmittelbare Folge seines täuschungsbedingten Irrtums die zu hohe Vermögensverfügung tätigt. Insoweit wollte A stoffgleich i.H.d. Differenz von EUR 1.499,00 zwischen manipulierten und tatsächlichen Preis bereichert werden.

A handelte in der Absicht stoffgleicher Bereicherung.

bb) Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Die von A erstrebte Bereicherung müsste rechtswidrig gewesen sein. Die Bereicherung ist rechtswidrig, wenn nach materiellem Recht kein Rechtsanspruch auf die Bereicherung besteht.²⁹

Aufgrund der nichtigen Scheingebote kam zwischen A und S nur ein Kaufvertrag über die Uhr zu einem Kaufpreis von EUR 1,00 zustande. Nur in dieser Höhe war die Bereicherung rechtmäßig. Für die übrigen EUR 1.499,00 bestand kein Rechtsanspruch des A gegen S.

Die von A erstrebte Bereicherung i.H.v. EUR 1.499,00 war rechtswidrig.

cc) Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung

A müsste zudem Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gehabt haben. Für den Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit reicht es wegen deren normativen Charakters nicht aus, dass der Täter nur die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich die Rechtswidrigkeit ergibt.³⁰ Vielmehr muss er gemäß einer Parallelwertung in der Laiensphäre dieser Umstände einen Anspruch für nicht gegeben oder zumindest als zweifelhaft ansehen.³¹

Aufgrund § 3 Nr. 3 der AGB musste A damit rechnen, dass seine Scheingebote unwirksam sind. A durfte nicht ernsthaft darauf vertrauen, dass der durch seine Preismanipulation entstandene Preis tatsächlich rechtswirksam zustande kam. Vielmehr musste A aufgrund der Wertung des § 3 Nr. 3 der AGB Zweifel an dem wirksamen Zustandekommen des Kaufvertrages zwischen A und S zu einem Kaufpreis von EUR 1.500,00 haben.

A hatte Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit seiner Bereicherung.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

²⁵ Jäger, StUKo StGB (Fn. 16), § 263 Rn. 169.

²⁶ Hefendehl in: MüKo-StGB, Bd. 5 (Fn. 22), § 263 Rn. 913.

²⁷ Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 187.

²⁸ Vgl. BGHSt 6, 115 (116).

²⁹ Vgl. Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 191.

³⁰ Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 194.

³¹ Vgl. BGHSt 48, 322 (328f.); 42, 268; BGH NSTZ 2003, 663 (664).

Mündliche Prüfung - Am Ende ein sicheres Auftreten

Dipl. Jur. Christoph Clausen

Der Verlauf des Jurastudiums ist von seiner Fülle an Stoff und seinem schriftlichen Lösen von Klausursachverhalten geprägt. Doch was zu Beginn und während des Studiums gerne ausgeblendet wird, sind die mündlichen Prüfungen, die Teil des Ziels des langen Marathons sind. Sowohl im staatlichen Teil als auch im Schwerpunkt beinhaltet die jeweilige Prüfung ein Prüfungsgespräch mit mehreren Prüferinnen und Prüfern. Dieses Prüfungsgespräch hat mit 36 Prozent einen gewichtigen Einfluss auf die Endnote und sollte dementsprechend bestmöglich angegangen werden.

Dieser Beitrag will vor allem die Wichtigkeit des Auftretens und die Art und Weise des Vortragens in der mündlichen Prüfung hervorheben. Er soll mithin ein Zusatz zu Beiträgen darstellen, die den generellen Ablauf der Prüfung und das allgemeine juristische Lernen thematisieren.

Einleitung

Zunächst ist es wichtig, sich mit den rechtlichen Prüfungskriterien auseinanderzusetzen. Das Prüfungsverfahren stellt ein verwaltungsrechtliches Verfahren dar, welches einer gesetzlichen Grundlage bedarf. In Niedersachsen sind es das NJAG und die NJAVO. Nach einem Blick in diese Gesetze fällt auf, dass dort ein grober Rahmen gezeichnet wird. Es werden lediglich Aussagen zum Aufbau der mündlichen Prüfung getroffen:

- drei Prüfungsgespräche (§ 3 Abs. 1 S. 2 NJAG) jeweils in den drei Pflichtfächer mit dem Prüfungsstoff aus § 16 NJAVO
- die Dauer beträgt bei 5 Prüflingen etwa 60 Minuten, also etwa 12 Minuten pro Prüfling (§ 23 Abs. 1 S. 1 NJAVO)

In der Konsequenz spielt der Aspekt der Verständnisprüfung (§ 2 Abs. 1 S. 3 NJAG, § 16 Abs. 4 S. 2, Abs. 6 NJAG) eine wichtige Rolle. Das Gleiche gilt für die mündliche Prüfung im Schwerpunkt. Nach § 11 Abs. 1 der Schwerpunktbereichsprüfungsordnung der Juristischen Fakultät Hannover soll der Prüfling zeigen, dass er zur mündlichen Erörterung von Rechtsproblemen und zur selbstständigen mündlichen Argumentation in der Lage ist.

Gerade an diesem Punkt will dieser Beitrag ansetzen. Das mündliche Vermitteln des juristischen Stoffes, welcher sich im Kopf des Prüflings befindet, birgt eine andere Art der Schwierigkeit gegenüber dem Verfassen von Klausuren. Doch beginnen wir mit einem lockeren, aber nicht zu unterschätzenden Teil der mündlichen Prüfung wie ein Urteil aus Berlin zeigt: die Kleidung.

Kleidung

Bevor es am Prüfungstag zum LJPA geht, stellt sich die Frage des Kleidungsstils. Wie förmlich muss ich auftreten?

Der Hinweis in der Ladung zur mündlichen Prüfung „Ihr Erscheinen in dunkler Kleidung ist nicht erforderlich“ sorgt nicht für viel Abhilfe. Zunächst einmal Entwarnung: Der Kleidungsstil darf nicht ohne eine festgeschriebene oder vorher kommunizierte Grundlage Einzug in die Prüfungsbewertung finden. Das VG Berlin befand am 19.02.2020, dass das Kriterium „Kleidung“ als zulässiger Bewertungspunkt nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Besonders kommt dies in Bereichen zum Tragen, in denen es um Kleidung selbst geht (Stichwort Modedesign) und in denen ein funktionaler Bezug zum Prüfungsgegenstand besteht (Stichwort Sicherheitskleidung). In anderen Fällen muss dies im Vorfeld ausdrücklich mitgeteilt werden. Bei diesen Vorgaben im Vorfeld kommt den Prüferinnen und Prüfern ein weiter Gestaltungsspielraum zu, welcher nur im Hinblick auf Bewertungsfehler eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. Diese können begründet sein, wenn sie in keinem erkennbaren sachlichen Zusammenhang zu Ziel und Gegenstand der Prüfung stehen oder willkürlich sind.¹

Unabhängig davon sollte der Effekt auf sich selbst von gut sitzender und adretter Kleidung nicht unterschätzt werden. Durch ein professionelles Outfit vermittelt man nicht nur anderen, sondern auch sich selbst eine Art der Professionalität und Selbstbewusstsein.

Auftreten

An diesem Punkt geht es neben dem äußerlichen Auftreten um das verhaltensbezogene Auftreten. Dieser Aspekt hat mit Blick auf die Bewertungskriterien per se keine Relevanz.

¹ VG Berlin, Urt. v. 19.02.2020 – VG 12 K 529.18 –, zitiert nach juris Rn. 21.

Jedoch solltest Du die bewussten und unterbewussten Auswirkungen eines professionellen und zielstrebigem Auftretens nicht unterschätzen. Die mündliche Prüfung ist in gewissem Umfang eine Überzeugungsrede von Dir selbst und Deinem Wissen gegenüber den Prüferinnen und den Prüfern. Das umfangreichste und beste Wissen in Deinem Kopf bringt Dir in der mündlichen Prüfung nichts, wenn es nicht in entsprechender Weise beim Prüfer ankommt.

Aber was hat dies mit Deinem Auftreten zu tun?

Die Wahrnehmung durch andere richtet teilweise den Blickwinkel aus, wie Deine Aussagen, Dein Verhalten und Deine Körpersprache durch den Empfänger gedeutet werden.

Welche Faktoren suggerieren ein selbstsicheres Auftreten?

- ein langsames Sprechtempo
- eine Sprechlautstärke, bei der man denkt, dass sie oder er gehört werden will
- Augenkontakt
- keine hastige Gestik oder unruhige Körperhaltung

Beispielsweise können Sprechpausen entweder als Zeichen der Unwissenheit oder als Zeichen des Nachdenkens oder der Reflexion gedeutet werden. Je nachdem wie die Prüferin oder der Prüfer dies deutet, wird gewartet oder der nächste Prüfling ist an der Reihe.

Innerhalb dieses Punktes ist es schwierig allgemeingültige Aussagen zu treffen, da viel im Unterbewusstsein abläuft und situative Faktoren eine gewichtige Rolle spielen. Allerdings ist es wichtig, dass Du ein Bewusstsein dafür entwickelst, wie viel nichtsdestotrotz durch Auftreten bewirkt werden kann. Auf welche Aspekte es genau ankommt und wie man dort angelangt, dass Du dies umsetzen kannst, folgt in den nächsten beiden Abschnitten.

Die Prüfung

Was erwartet Dich eigentlich in einer juristischen mündlichen Prüfung?

Größtenteils besteht ein Prüfungsgespräch – nach einer Reihe von allgemein gehaltenen Einstiegsfragen – in der Lösung eines Sachverhaltes. Entweder wird Dir dieser ausgedrückt ausgehändigt oder vorgelesen, sodass die Kerninformationen von Dir aufgeschrieben werden sollten. Bei Unstimmigkeiten oder Verständnisproblemen solltest

Du direkt an dieser Stelle Nachfragen stellen. Die Lösung gestaltet sich wie die in einer Klausur. Dies hat den Vorteil, dass Du Dich inhaltlich anhand von Prüfungsschemata in bekannten Fahrgevässern befindest. Allerdings befindet sich auch dort eine Schwierigkeit, die es von Dir zu bewältigen gilt: mündliche Strukturvermittlung.

Die menschliche Denkweise charakterisiert sich für ihr kategorisches und vernetzendes Vorgehen. Das Denken fällt einem umso leichter, je besser Informationen in Kategorien eingeordnet oder abgegrenzt werden und je nach Informationsgehalt in einer über- oder untergeordneten Kategorie dargestellt werden. Dies ist ebenfalls die Herangehensweise der Gliederungsebenen im juristischen Prüfungsaufbau. Beim Lösen auf dem Papier hat man jederzeit die Möglichkeit, sich die verschiedenen Ebenen wieder durch Nachschlagen ins Gedächtnis zu rufen und kann sich wieder orientieren. Dies ist in der mündlichen Prüfung bis auf einige Notizen nicht möglich. Es ist von vornherein wichtig, dass Du Dein Wissen auf verständliche Art und Weise präsentierst.

Im mündlichen Vortragen von Wissen geht es einerseits um die äußere und andererseits um die innere Verständlichkeit.

Äußere Verständlichkeit

Die äußere Verständlichkeit meint die Art und Weise wie Du egal welchen Inhalt zu Deinem Gegenüber transportierst. Dazu gehören die Stimme und die Körpersprache.

Stimme

Im Hinblick auf die Stimme kommt es auf zwei wesentliche Punkte an: die Lautstärke und das Sprechtempo. Das Wichtigste ist es, „aus dem Körper“ zu sprechen, um das vollständige Lungenvolumen zu nutzen.

Grundsätzlich solltest Du eine Lautstärke wählen, von der man denkt, dass sie gehört werden will, um Inhalte zu vermitteln; also nicht zu laut oder zu leise. Da das Raumsetting stark variieren kann, ist es von Vorteil, wenn Du in der Lage bist, in entsprechender und in unterschiedlichen Lautstärken sprechen zu können. Bei der mündlichen Prüfung kann es vorkommen, dass die am weitesten entfernte Prüferin oder Prüfer mehrere Meter von Dir weg sitzt. Generell lässt sich allerdings festhalten, dass Du tendenziell etwas lauter reden solltest als Du denkst. Dies hat schlichtweg den Grund, dass Du selbst die Quelle bist und keine Distanz überbrücken musst.

Für das Sprechtempo gilt ein ähnlicher Tipp. Du solltest langsamer reden als Du sonst im Alltag sprichst. Als Konsequenz sprichst Du automatisch deutlicher. Dies bietet Dir selbst und den Zuhörerinnen und Zuhörer mehrere Vorteile. Einerseits vermittelst Du Dir selbst Ruhe und Gelassenheit und andererseits fällt es Zuhörerinnen und Zuhörern leichter, Dir zuzuhören und dem Inhalt zu folgen.

Sprechpausen stellen einen Sonderfall in der mündlichen Prüfung dar. Grundsätzlich dienen sie der inhaltlichen Gliederung oder können Interpunktionen darstellen. Da allerdings der Redeanteil im Vergleich zu einer klassischen Rede kürzer ist und Mitprüflinge auf ihre Chance zum Antworten warten, kann es passieren, dass die Prüferin oder Prüfer Dir innerhalb einer Sprechpause das Wort entzieht; je nachdem, wie du die Sprechpause vermittelst und der Prüfer/die Prüferin sie deutet.

Körpersprache - Gestik, Mimik & Haltung

Die Körpersprache ist der Ursprung der Kommunikation und deshalb wesentlicher Teil der menschlichen Begegnung. Es ist empirisch belegt, dass über die Hälfte der Sympathie durch Körpersprache erzeugt wird. Innerhalb der mündlichen Prüfung geht es natürlich um das richtige Transportieren der Inhalte; auch wenn ein völliges Abstellen der unterbewussten Effekte nicht möglich ist.

Das Szenario ist, dass Du mit Deinen Mitprüflingen in einer Reihe gegenüber den Prüferinnen und Prüfern an einem Tisch hinter Deinen Gesetzestexten sitzt. Dies hat zur Konsequenz, dass der überwiegende Teil Deines Körpers nicht zu sehen ist. Deshalb ist es umso wichtiger, dass Dein wahrnehmbarer Teil die Inhalte bestmöglich vermittelt. Dazu gehören:

- aufrecht sitzen, im besten Fall beide Fußsohlen flach auf den Boden und Knie im 90° Winkel
- neutrale bis freundliche Mimik während Du sprichst und wenn Du nicht an der Reihe bist (Dein Verhalten könnte von den nicht prüfenden Prüferinnen und Prüfern beobachtet werden)
- Deine Gestik einsetzen, um beispielsweise Gliederung aufzuzählen oder zwei Gegensätze zu visualisieren
- wenn nichts mitzuschreiben ist, idealerweise Deine Hände im 90° Winkel, aufeinander, ohne Deine Finger

ineinander zu legen, auf der Tischplatte platzieren

- zeigen, dass Du auch die Beiträge der anderen Prüflinge aufmerksam und verständig mitverfolgst

Abschließend gilt es auf die Wechselwirkung zwischen dem Auftreten und der äußeren Verständlichkeit hinzuweisen. Durch gekonntes Umsetzen der äußeren Verständlichkeit steigt Dein Selbstbewusstsein und Du trittst professioneller auf. Andersrum fällt Dir langsames und lautes Sprechen leichter, wenn Du ein professionelles Bild von Dir hast. Wie Du an diesen Punkt gelangst, folgt unter Tipps und Tricks.

Innere Verständlichkeit

Die innere Verständlichkeit richtet sich nach dem zu vermittelnden Inhalt. Je schwieriger die Thematik ist, desto mehr muss auf die innere Verständlichkeit Wert gelegt werden.

Gliederung

Es ist von übergeordneter Wichtigkeit, Dein Wissen, welches Du dem Prüfer vermitteln willst, zu strukturieren und zu gliedern. Grundsätzlich ist die juristische Arbeitsweise bereits im Vorteil, da man sich an dem Prüfungsschema beziehungsweise an den zu prüfenden Voraussetzungen orientieren kann und sollte. Dieses Grundgerüst gilt es dem Prüfer zu kommunizieren. Dadurch zeigst Du Dein Wissen und Deine strukturierte Herangehensweise gleich zu Beginn. Du gewinnst Sicherheit und kannst mit verhältnismäßig einfachem Grundlagenwissen punkten. Bevor Du beginnst zu sprechen, solltest Du Deine Gedanken versuchen kurz zu ordnen. Danach beginnst Du Deine geordneten Gedanken in Worte zu fassen. Erst wenn Du dies getan hast, kannst Du mit Punkt 1 inhaltlich beginnen. Ein Beispiel:

Prüfer: „Frau/Herr XY, prüfen Sie bitte als nächsten Prüfungspunkt die Wegnahme?“

XY: „Die Wegnahme definiert sich als Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Aus dieser Definition ergeben sich drei weitere Voraussetzungen, die ihrerseits definiert werden müssen. Erstens den „Gewahrsam“, zweitens den „Bruch fremden“ und drittens die „Begründung neuen“ Gewahrsams. Gewahrsam ist [...]“

Unglücklich wäre es in diesem Beispiel, alle vier Definitionen aneinander zu reihen. Es birgt die Gefahr, zu schnell alles

durchzuprüfen und etwaige Probleme zu übersehen.

Daraus ergibt sich folgender Grundsatz: Jedes neue Ansetzen zu einem Prüfungspunkt oder Eröffnen von Unterpunkten solltest Du sprachlich einfangen. Dies gilt auch für Ergebnisse. Jede Schublade, die Du verbal öffnest, solltest Du auch wieder schließen. Das verbirgt sich hinter dem Spruch „den Prüfer an die Hand nehmen“ – bloß in der mündlichen Prüfung.

Kurze Sätze

Die Sätze, die Du formulierst, sollten kurz und prägnant sein. Es ist entscheidend, dass der Zuhörer, während der Satz ausgesprochen wird, sofort dessen Inhalt erfassen kann. Ansonsten muss der Zuhörer während des Weitersprechens nachdenken, wodurch wichtige Inhalte und/oder Schlagwörter untergehen können. Zusätzlich könnte es passieren, dass Du unterbrochen wirst, damit Nachfragen gestellt werden (müssen). Beides steht nicht im Zeichen einer guten Performance.

Die Faustregel lautet: Ein (Haupt-)Gedanke, ein Satz. Dies soll nicht heißen, dass Du Nebensätze komplett vermeiden sollst. Allerdings sollten diese keine Einschübe sein, sondern möglichst am Anfang oder Ende stehen.

Keine sprachlichen Unsicherheiten

Das Prüfungsgespräch ist kein alltäglicher Smalltalk, der in ebendiesem Jargon geführt wird. Dementsprechend solltest Du auf Sätze mit Phrasen wie „Ich würde meinen, dass das [...] definiert wird.“ oder „Da gab es doch dieses Problem [...]“ verzichten. Das Gleiche gilt für Füllwörter wie „äh“ oder „eigentlich“ und „halt“. Als Prüfling willst Du den Prüfer/die Prüferin mit Deinem Wissen überzeugen, damit dieser Dich gut bewertet. Um den Prüfer/die Prüferin zu überzeugen, ist es wesentlich, dass Du selbst von Deinem Wissen überzeugt bist. Dies solltest Du sprachlich einfangen.

Falls eine Definition oder ein Problem Dir entweder nur vage oder gar nicht bekannt ist, gibt es Möglichkeiten, um diese Situationen galant zu meistern. Eine Möglichkeit ist es, direkt zu sagen, dass Du es nicht wissest. Dies wirkt allerdings trotzig und verfolgt nicht Dein Ziel, den Prüfer/die Prüferin von Deinem Wissen zu überzeugen.

Eine bessere Möglichkeit ist, wenn Du Deine Unsicherheit in Worte fasst. Ein Beispiel:

„An dieser Stelle bin ich mir unsicher. Zu diesem Prüfungspunkt fällt mir zunächst folgendes ein (Punkte/Probleme/Lösungen/Paragrafen). Man kann überlegen, ob dies vorliegend passt oder weiterhilft.“

Dadurch zeigst Du den Prüferinnen und Prüfer, dass Du Dich in brenzigen Situationen zu helfen weißt. Das Motto ist hier: Laut denken ist besser als Schweigen. Vor allem wird improvisiertes Arbeiten mit dem Gesetz und den Auslegungsmethoden positiv honoriert.

Alles in allem kann man die innere Verständlichkeit unter dem KISS-Prinzip zusammenfassen und als Gedankenstütze verwenden: *Keep It Short & Simple*. Wenn Du dann zusätzlich noch in strukturierter und gegliederter Weise Deine Gedanken in Worte fassen und Dein juristisches Wissen vermitteln kannst, brauchst Du Dir um Deine Verständlichkeit keine Sorgen zu machen.

Tipps und Tricks

Um nicht bei abstrakten Aussagen zu bleiben, folgen Ratschläge, wie Du zunächst Deine Anspannung gegenüber der mündlichen Prüfung abbaust und durch eine lockerere Einstellung besser überzeugen kannst. Diese sollen sich dabei nicht darin erschöpfen, dass Du Dir mal eine mündliche Prüfung ansehen solltest oder dir Prüfungsprotokolle organisierst.

Simulieren und Wiederholen

Auch wenn es ein leidiges Thema ist, welches man schon von den Klausuren kennt: Simuliere und wiederhole so viele „Prüfungsgespräche“ mit Deinen Lernpartnern wie es nur geht. Gerade weil dieser Teil nicht in die Ausbildung implementiert ist und es den wenigsten in die Wiege gelegt wurde, solltest Du Dich so früh wie möglich daran tasten. Ein Vorschlag zur Vorgehensweise:

- Reflektiere zunächst, wie Du Dich und Deine Fähigkeiten im mündlichen Vermitteln von Inhalten einschätzt.
- Wenn Du Dich eher als unsicher einschätzt, beginne erst-mals mit einer Freundin oder einem Freund strukturiert über nichtjuristische Themen zu sprechen. Nimm Dir einen Zeitungsartikel und versuche ihn strukturiert zusammenzufassen. Struktur meint zum Beispiel, dass Du Deinem Gegenüber vorweg aufzählst, welche Kernaussagen der Artikel hat; ähnlich wie ein juristisches

Prüfungsschema.

Solltest Du Dir einen gesellschaftlichen und/oder politischen Artikel ausgesucht haben, bietet es sich an, dass Du anschließend die Pro- & Contra-Seiten aufzeigst und beleuchtest.

- Je häufiger Du dies tust, desto einfacher fällt es Dir spontan, eine Struktur im Kopf zu basteln, um diese anschließend in Worten wiederzugeben.

Ein weiterer Tipp ist, dass Ihr in der Lerngruppe die Rollen tauscht. Dabei kriegt man ein Gefühl dafür, was man vom Prüfling hören will und wie wichtig die äußere und innere Verständlichkeit sind.

Üben mit Freunden und Familie

Um das Gleichgewicht zwischen professionellem und authentischem Auftreten zu perfektionieren, ist es ratsam, nicht nur mit Deiner Lerngruppe zu üben, sondern – sofern es nicht der Fall ist – auch mit engen Freunden oder Familienmitglieder. Dies lässt sich außerdem gut mit dem Üben von einer Präsentation nichtjuristischer Themen verknüpfen. Dabei sollten Deine Gegenüber vor allem auf Dein Auftreten und Deine Verständlichkeit in Hinblick auf die Punkte unter Auftreten & Die Prüfung achten.

Ein weiterer Vorteil kann sein, dass man seinem näheren Umfeld besonders zeigen will, was man kann; also ähnlich wie gegenüber einem Prüfer. Man lernt mit dieser Art der Nervosität umzugehen. Auch hier ist das Stichwort: Wiederholen.

Selbst aufnehmen

Damit Du Dich nicht nur auf das Feedback deines Umfelds verlassen musst, rate ich Dir, Dich bei ein, zwei Übungseinheiten aufzunehmen. So kannst Du unter Umständen Feedback besser nachvollziehen und Du kriegst ein Gefühl dafür, wie Du auf andere wirkst und was Du daran gut oder schlecht findest.

Varianten

Das Setting der mündlichen Prüfung wird sein, dass die Prüferinnen und Prüfer in unterschiedlichen Distanzen von Dir sitzen. Es ist dementsprechend ratsam, dass du deine Sprechlautstärke gezielt anpassen kannst. Deshalb solltest Du in Deine Übungen verschiedene räumliche Varianten einbauen. Sei es, dass Ihr die Übung zur Abwechslung stehend vollzieht oder mit mehr Abstand zueinander.

Probiere es einfach mal aus. Dadurch kommt Abwechslung in die Übung.

Sprech- & Atemübungen

Wenn Du generell Probleme hast, vor Menschen etwas vorzutragen, solltest Du ebenfalls Sprech- und Atemübungen in Deinen Lernalltag einbauen. Für eine kräftig klingende Stimme ist es unerlässlich, genug Sauerstoff in der Lunge zu haben. Deshalb solltest Du für Dich laut Übungstexte vorlesen und währenddessen darauf achten, dass du mit dem Zwerchfell atmest. Andernfalls kann es passieren, dass Dir während des Sprechens unfreiwillige Sprechpausen unterlaufen.

In der Prüfung

Neben dem vorher Ausgeführten gibt es noch kleinere Tipps, die Du während der Prüfung anwenden kannst:

- die richtigen Sachen mitnotieren: Prüfungsschemata, Schlagwörter, die dir einfallen und Dinge, auf die der Prüfer bei anderen Prüfern hinauswollte
- anknüpfen an Beiträgen von Mitprüflingen, wenn sich eine Diskussion dazu anbietet
- laut denken ist besser als schweigen
- Gesetzestext laut und deutlich vorlesen und nicht versuchen, schnell in eigenen Worten zusammenzufassen
- angemessene Schwerpunktsetzung

Fazit

Zu guter Letzt lass Dir gesagt sein, dass Du, wenn Du an den Punkt vor den mündlichen Prüfungen gelangt bist, stolz auf Dich sein kannst und bereits einen großen Beweis Deiner inhaltlichen Fähigkeiten in Jura erbracht hast. Dies solltest Du im Hinterkopf behalten, während Du Dich auf die mündliche Prüfung vorbereitest. Es soll nicht heißen, dass Du Dir vormachst, alles zu können. Vielmehr meine ich, dass Du Dein Bewusstsein festigst, um die Inhalte, die Du gelernt hast, in der mündlichen Prüfung genauso abrufen zu können.

Viel Erfolg bei Deiner letzten Etappe Deiner Endprüfung!

“Corona-Lernzeugkasten” – Kostenfreie Online-Materialien für das (Examens-) Studium aus dem Home-Office

Dipl. Jur. Antonia Cohrs, Dipl. Jur. Maximilian Nussbaum und Dipl. Jur. Martin Suchrow

Nur langsam hat sich in den letzten Jahren eine Vielfalt digitaler Lernangebote für Jurastudierende entwickelt. Jetzt, wo Studierende vermehrt fernab der Bibliotheken lernen müssen, lohnt sich der Blick auf die frei zugänglichen Online Angebote erst recht.

Die Verfügbarkeit von Datenbanken wie *Juris* oder *Beck-Online* wurde für eine kurze Zeit an vielen Universitäten erhöht und viele Zeitschriften waren vorübergehend einfacher in der eigenen Wohnung zu beziehen. Zum Start des neuen Semesters wird aber klar: Den Zugang zu Datenbanken wie *Beck-Online* oder auch kommerziellen „Online-Repetitorien“ wie *Jura-Online*, *Juracademy* oder *Lecturio* kann sich nicht jeder leisten.

Deshalb will dieser Beitrag eine Zusammenstellung der Angebote bieten, die jederzeit frei verfügbar sind. Denn ein gutes Lernen sollte niemals an einer „Material-Armut“ scheitern.

I. Vorlesungen als Podcasts

Zunächst einmal sind die online zur Verfügung gestellten Vorlesungen zu nennen. Neben dem wohl prominentesten Beispiel der Schuldrechtspodcasts von Prof. Lorenz (LMU München) findet sich eine weite Vielfalt von Vorlesungen verschiedener Universitäten, die der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden. Eine Sammlung dieser Aufnahmen findet sich auf der Seite der Bundesfachschaft.¹

II. Kostenfreie Ausbildungszeitschriften

Gutes Material für das (Examens-)Studium findet sich auch in didaktischen Zeitschriften, wie *JuS*, *JA*, *JURA et cetera*. Die meisten dieser Blätter sind jedoch nicht oder zumindest nicht flächendeckend frei abrufbar und ansonsten in der Uni-Bibliothek zu erhalten.

Die *Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS)*² ist eine alle zwei Monate erscheinende Online Zeitschrift, auf die man dagegen kostenlos zugreifen kann. Darin erscheinen Aufsätze, Lernbeiträge, Übungsfälle, Urteile und Besprechungen aus allen Rechtsgebieten, die von einer Redaktion aus Professor*innen redigiert werden und dementsprechend qualitative Maßstäbe setzt.

Die sich selbst als Online Zeitschrift bezeichnende Webseite *JuraExamen*³ bietet neben Lernbeiträgen, Entscheidungsanmerkungen und einer Sammlung von Lernmaterialien auch Informationen rund um das Studium und die Examensvorbereitung wie Lerntipps, aber auch Interviews mit erfolgreichen Jurist*innen. Einen Aufsatz zu einem bestimmten Thema muss man jedoch aufgrund der Struktur der Seite länger suchen.

Auch erscheinen eine Reihe von Law Reviews, also am angloamerikanischen Vorbild angelehnte Zeitschriften, die von Studierenden herausgegeben werden, kostenlos online. In der *Berliner Rechtszeitschrift*⁴, dem *Bucerius Law Journal*⁵, der *Freilaw*⁶, den *Hamburger Rechtsnotizen*⁷ und der *StudZR*⁸ werden von Studierenden und wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen verfasste Aufsätze und Lernbeiträge veröffentlicht, die online abrufbar sind.

In der *Jurastudium und Examen*⁹ erscheinen darüber hinaus auch Falllösungen und Entscheidungsbesprechungen.

In der *Hanover Law Review*¹⁰ gibt es neben all dem noch Besprechungen von Urteilen in Form von Gutachten, Studienarbeiten und auf der Webseite eine wöchentlich erscheinende Kurzzusammenfassung der Entscheidung der Woche.

¹ <https://bundesfachschaft.de/themen/selbststudium/> (Abruf v. 16.10.2020).

² <http://www.zjs-online.com> (Abruf v. 16.10.2020).

³ <http://www.juraexamen.info> (Abruf v. 16.10.2020).

⁴ <https://berlinerrechtszeitschrift.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

⁵ <https://law-journal.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

⁶ <https://freilaw.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

⁷ <http://hamburger-rechtsnotizen.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

⁸ <https://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/studzrwo/index> (Abruf v. 16.10.2020).

⁹ <http://www.zeitschrift-jse.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁰ <https://www.hanoverlawreview.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

III. Digitale Fallsammlungen

Da bekanntermaßen eine routinierte Falllösung ein zentraler Bestandteil eines guten (Examens-)Studiums sein sollte, lohnt sich ein Blick auf die frei zur Verfügung stehenden Fallsammlungen im Netz. So wird im *Digitalen Fallbuch* der Bucerius Law School¹¹ und für das Strafrecht im Falltraining von *Jurcoach*¹², einem Angebot des Lehrstuhls von Prof. Hefendehl (Uni Freiburg), im Rahmen einer angeleiteten Falllösung trainiert. Lernende werden schrittweise mittels konkreter Fragen angehalten, die Lösung zu reflektieren. Abgefragt werden dabei nicht nur Definitionen, eine gelungene Subsumtion und Streitstände. Oft werden darüber hinaus auch hilfreiche Hinweise zur Verortung des Problems und zur Klausurtaktik gegeben.

Eine im Gegensatz dazu gutachterliche Aufbereitung von Übungsfällen bieten die FU Berlin mit dem Projekt „*Hauptstadt-Fälle*“ und die Universität des Saarlandes mit den „*Saarheimer-Fällen*“ für das öffentliche Recht. Zum Download zur Verfügung stehen dabei separat der Sachverhalt, eine Kurzfassung der Lösung und ein ausführliches Gutachten, was dieses Material besonders attraktiv für die Verwendung in einer (Online-)Lerngruppe macht. Außerdem bieten die „*Hauptstadt-Fälle*“ zusätzlich noch eine Übersicht zu den wichtigsten Prüfungsschemata im Verwaltungs-, Staats- und Völkerrecht.

IV. Lernen mit aktueller Rechtsprechung

Weil in Examensklausuren sowie mündlichen Prüfungen häufig aktuelle Entscheidungen der Rechtsprechung Grundlage der Aufgabenstellung sind, verwundert es nicht weiter, dass sich Kandidat*innen mit dieser Form der „examensrelevanten Rechtsprechung“ auseinandersetzen wollen. Neben den kostenpflichtigen Angeboten der didaktisch ausgerichteten Fachzeitschriften und eigens von privaten Anbietern entwickelten Übersichten (RÜ und *Life&Law*) finden sich einige Angebote im Netz, die eine Auswahl an beachtenswerter Rechtsprechung treffen und die

Kerninhalte darstellen.

Dazu gehört der Rechtsprechungsbereich von *Juracademy*¹³ und der Urteilsticker von *Jura-Online*¹⁴, die anders als das jeweils dazugehörige Repetitorium frei zugänglich sind. Spannend dürfte auch das (zurzeit) für Externe geöffnete Angebot *SEE*¹⁵ (Sammlung examensrelevanter Entscheidungen Zivil- und Zivilprozessrecht) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg sein. Hier können Entscheidungen angeleitet durch ein Besprechungsvideo und zwischengeschobene eLearning-Elemente erarbeitet werden. In Form von Entscheidungsbesprechungen sammelt auch das Projekt *FAMOS*¹⁶ (Der Fall des Monats im Strafrecht) relevante Rechtsprechung aus dem Straf- und Strafprozessrecht. Wer sich die Entscheidungen nicht aufbereitet, sondern im Original zu Gemüte führen möchte, kann für die Auswahl auf (kategorisierte) Sammlungen wie *JurOnlineRep*¹⁷ von der Universität Hannover oder die Angebote von Prof. Bülte (Uni Mannheim) für das Strafrecht¹⁸ oder von Prof. Weiler (Uni Bielefeld) für das Zivilrecht¹⁹ zurückgreifen.

Eine besonders ausführliche Aufbereitung der Entscheidungen findet sich bei dem Angebot von *examensgerecht*²⁰ von Absolvent*innen der Universität Hannover. Auf *examensgerecht* werden Entscheidungen aus den drei Rechtsgebieten gutachterlich und unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Anmerkungen aufbereitet. Daneben werden an geeigneten Stellen mittels Dropdown-Elementen in einer Art „Zusatzschublade“ Vernetzungen zum Grundlagenwissen oder ähnlichen Fallgestaltungen hergestellt. Letztlich wird jeder Fall mit Zusatzfragen abgeschlossen, die den Fall abwandeln oder verwandte Prüfungsklassiker abfragen, um das Spektrum des behandelten Stoffes zu verbreitern.

V. Jura-Blogs

Seiten wie *Juraindividuell*²¹, *Jurainmaleins*²² und *Jurast-*

¹¹ <https://www.bucerius-fallbuch.de/> (Abruf v. 16.10.2020); zur Zeit ist das digitale Fallbuch zur freien Nutzung geöffnet (Benutzername: gast; Passwort: bucerius).

¹² <http://strafrecht-online.org/falltraining/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹³ <https://www.juracademy.de/rechtsprechung/1> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁴ <https://jura-online.de/blog/tag/urteilsticker/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁵ <https://www.jura.rw.fau.de/unser-fachbereich/einrichtungen-2/serviceeinheit-lehre-und-studienberatung/sammlung-examensrelevanter-entscheidungen-see/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁶ <http://famos.jura.uni-wuerzburg.de> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁷ <https://www.jura.uni-hannover.de/juronline/rep/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁸ <https://www.jura.uni-mannheim.de/buelte/lehre/examensvorbereitung/examensrelevante-rechtsprechung/> (Abruf v. 16.10.2020).

¹⁹ http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/weiler/Aktuelle_examensrelevante_Rechtsprechung/ (Abruf v. 16.10.2020).

²⁰ <https://examensgerecht.de> (Abruf v. 16.10.2020); Anmerkung der Redaktion: Die Verfasser des Beitrags sind an dem Angebot von Examensgerecht beteiligt.

²¹ <http://www.juraindividuell.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

²² <http://jurainmaleins.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

*udent*²³ bieten Lernmaterialien wie Schemata, Definitionen und von Studierenden verfasste Aufsätze, in denen Standardfragen erklärt werden. Jedes Angebot hat seinen eigenen Schwerpunkt. *Juraindividuell* bietet z.B. Aufsätze mit Grundlagenwissen, während sich *juraeinmaleins* auf Schemata mit Erläuterungen und eine Zusammenstellung von frei verfügbaren Skripten und Vorlesungen konzentriert.

Auf *Iurastudent* findet man darüber hinaus auch eine Übersicht über sog. *Leading Cases*, also die Klassiker der obergerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte, gutachterlich aufbereitet. *Juralib*²⁴ bietet die Möglichkeit, anhand von einer großen Zahl an Mindmaps zu einzelnen Themen die Wiederholung auch einmal in anderer Form zu gestalten. Speziell für das Strafrecht finden sich neben dem angeleiteten Falltraining unter *JurCoach* auch noch ein Problemfeld-Wiki und zahlreiche Multiple-Choice-Tests zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts.

VI. "Neuland": Lernen mit sozialen Netzwerken

Und wer auch während der Pause auf Instagram noch lernen möchte, sollte sich Accounts wie @Jura_Definitionen²⁵ oder @Jura_Urteile²⁶ anschauen, die – ganz getreu ihrem Namen – Definitionen oder Urteile im Instagram-tauglichen Format teilen. Ähnliche Kanäle gibt es zu Hauf.

@examensgerecht.de²⁷ verweist auf Instagram immer auf neu erscheinende gutachterlich aufbereitete Entscheidungen und veröffentlicht daneben zweimal wöchentlich ambitionierte Basics und Klassikerprobleme, deren Wiederholung gut auf eine Bahnfahrt passen.

VII. Fazit

Wer im Studium oder in der Examensvorbereitung weiß, wo er im Internet suchen muss, kommt weite Strecken ohne die Bibliothek aus. Dabei sollten die hier dargestellten Angebote keinesfalls einen Ersatz für das Studium analoger und verlegter Lehrmedien sein. Vielmehr bietet es sich an, sie dort, wo das Lehrbuch nicht zur Hand ist, als Ergänzung zu nutzen und die aufgenommenen Inhalte mit dem eigenen Verständnis der Materie abzugleichen. Dieser Beitrag stellt also keinen für sich genügenden „Corona-Lernzeugkasten“ dar, sondern erweitert ihn nur, ins-

besondere für solche Zeiten, in denen der Gang in die reich bestückten Hallen der Bibliothek schwerfällt.

²³ <https://www.iurastudent.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

²⁴ <https://www.juralib.de> (Abruf v. 16.10.2020).

²⁵ https://www.instagram.com/jura_definitionen/ (Abruf v. 16.10.2020).

²⁶ https://www.instagram.com/jura_urteile/ (Abruf v. 16.10.2020).

²⁷ <https://www.instagram.com/examensgerecht.de/> (Abruf v. 16.10.2020).

Die erfolgreiche Klausur im Zivilrecht – Teil 1

Dipl. Jur. David Marski

Der Autor ist Dozent und Autor für das juristische Repetitorium Alpmann Schmidt sowie Doktorand am Institut für Internationales Recht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Stephan Lorenz an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

A. Einleitung

Klausuren, Klausuren, Klausuren!

Diesen abgedroschenen Tipp hört ein Studierender von vielen (vermeintlich) erfolgreichen Absolventen¹. Was genau dahinter steckt, bleibt aber weitestgehend offen und bei genauer Nachfrage kommen weitere vage und unklare Empfehlungen. Im Ergebnis wird der Studierende vielfach hinsichtlich der genauen Ausgestaltung der Examensvorbereitung auf sich alleine gestellt sein. Ich selbst habe mir während meiner Examensvorbereitung immer und immer wieder die Frage gestellt, was es eigentlich bedeutet, eine gute Klausur zu schreiben. Soll ich jetzt einfach ganz viele Klausuren blind drauflos schreiben? Soll ich lieber vorher das materielle Recht umfassend lernen, bevor ich mich an eine fünfstündige Examensklausur heranwage? Wie viele Klausuren muss ich eigentlich schreiben, um erfolgreich zu sein?

Einen Aspekt würde ich – bevor ich die vorangestellten Fragen aus meiner Sicht beantworte – voranstellen, damit dieser Beitrag nicht in den falschen Hals kommt: Es gibt nicht „das Erfolgskonzept“ für ein gutes Examen. Eine genaue Anleitung, eine „erfolgreiche“ Klausur zu schreiben, wird es auch niemals geben, da zum einen die Bewertung immer eine subjektive Einschätzung des jeweiligen Korrektors ist. Zum anderen ist die Examensvorbereitung insgesamt immer etwas Individuelles, frei nach dem Motto: „Viele Wege führen nach Rom“.

In den vergangenen Jahren konnte ich – unabhängig von dem gerade Ausgeführten – allerdings erkennen, dass immer wieder dieselben Fehler zu schwachen Klausuren und damit zu einer nicht zufriedenstellenden Examensnote führen. Dieser Beitrag soll Euch in zweierlei Hinsicht helfen: *Erstens* soll er Euch die richtige Einstellung zum Schreiben von Probeklausuren geben. *Zweitens* soll er Euch – selbstverständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – aufzeigen, welche vermeidbaren Fehler in Zivilrechtsklausuren entwertenden Charakter haben.

B. Allgemeines zum Schreiben von Probeklausuren

I. Relevanz von Probeklausuren

Klausuren sind das Kernstück eures Examens!

Die sechs Klausuren im staatlichen Teil des ersten Staatsexamens werden je nach Bundesland unterschiedlich gewichtet.² Unabhängig von der unterschiedlichen Gewichtung sollte es für jeden Examenskandidaten aus dem gesamten Bundesgebiet klar sein, dass die schriftlichen Arbeiten das Kernstück jeder Gesamtnote ausmachen dürften. Zwar besteht durchaus die Möglichkeit, sich in der mündlichen Prüfung zu verbessern. Typischerweise sind jedoch keine exorbitanten Notensprünge zu erwarten, sodass ein Hauptaugenmerk auf der Ausarbeitung der Klausuren liegen sollte.

II. Beginn mit dem Schreiben von Probeklausuren

Aller Anfang ist schwer!

Oft werde ich gefragt, wann der richtige Zeitpunkt zum Starten von Probeklausuren ist. Meine Antwort lautet dann regelmäßig: „*Je früher desto besser.*“

Viele werden nach der ersten Probeklausur, die beispielsweise Erb-, Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht zum Gegenstand hatte, die Motivation verlieren und vorerst das Schreiben von Probeklausuren einstellen. Die ehemals motivierten Studenten begründen dies dann regelmäßig damit, dass sie dieses konkrete Rechtsgebiet noch nicht behandelt hätten und das Schreiben doch so keinen Sinn mache. Dieser Ansatz ist gefährlich und führt dazu, dass am Ende der Examensvorbereitung (viel!) zu wenig Klausuren geschrieben wurden.

Wenn man diesen Begründungsansatz nämlich zu Ende denkt, heißt das nichts anderes, als dass erst dann mit dem Schreiben von Probeklausuren begonnen wird, wenn man „alles“ behandelt hat. Das kann denklösig nur fehlgehend sein, weil man bis zum Ende der Examensvorbereitung niemals „alles“ behandelt haben wird. Es wird immer Themenfelder geben, die in der Examensklausur

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter angesprochen sind.

² In Niedersachsen zählen die Klausuren 64 %, vgl. § 12 Abs. 2 NJAG; in Bayern sogar 75 %, vgl. § 34 Abs. 1 S. 2 JAPO.

„neu“ sind. Das ist auch ganz normal, weil es aufgrund der Fülle des Stoffes schlichtweg unmöglich ist, alles vor den schriftlichen Examensklausuren zu durchdenken.

Auch bei mir wurden im Examen einige Problemkreise abgefragt, die ich vorher noch nicht gehört hatte. Es geht in einer guten Examensvorbereitung gerade darum, zu lernen, mit unbekanntem und neuen Konstellationen und Fragestellungen umzugehen. Wie soll ich das denn lernen, wenn ich erst damit anfangen muss, wenn ich – vermeintlich – alles gehört habe? Ich verstehe durchaus, dass es vor allem zu Beginn sehr frustrierend ist, eine Klausur zu schreiben, bei welcher man nur ein paar Seiten zu Papier bringen kann. Derjenige, der im Examen erfolgreich sein wird, beißt sich jedoch durch diese Phase hindurch und kämpft – ähnlich wie ein Profisportler – gegen den Schmerz an. Es kommen bessere Phasen, versprochen! Irgendwann werden die Klausuren leichter von der Hand gehen und auch unbekannte Themenfelder bekommt man – mit der nötigen Übung – in den Griff.

III. Probeklausuren schreiben unter Examensbedingungen

Am Ende wird abgerechnet!

Versucht Euch zu disziplinieren! Auch wenn die Versuchung, zum Lehrbuch oder zum Kommentar zu greifen groß ist, hört auf damit! Ihr veralbert Euch damit selbst und der Lerneffekt ist fast bei null. Im Examen habt Ihr ebenfalls keine Möglichkeit, auf Lehrbuch- oder Kommentarliteratur zurückzugreifen. Ihr solltet Euch klarmachen, dass genau das von den Klausurerstellern gewollt ist: Ihr sollt an irgendeinem Punkt der Klausur eigenständig versuchen, mit eigenen Worten eine vertretbare Lösung zu Papier zu bringen.

Versucht Eure Ergebnisse mit dem Gesetz, dem Sachverhalt und mit dem Handwerkszeug, welches während der Examensvorbereitung erlernt wird (Auslegung, Rechtsfortbildung, etc.), zu lösen.

An dieser Stelle auch der Hinweis, dass es keine „Musterlösung“ gibt. Es gibt keinen „richtigen“ Weg in einer Examensklausur. „Andere Ansichten“ sind in der Ersten Staatsprüfung selbstverständlich zulässig und oftmals sogar gewünscht, soweit sie vertretbar begründet werden. Nach § 2 Abs. 1 S. 3 NJAG ist das Ziel der Ersten Staatsprüfung nämlich, dass das Recht mit Verständnis erfasst und an-

gewendet werden kann. Somit kommt es nicht darauf an, irgendeine Rechtsprechung oder Meinung der Lehre auswendig abzuspielen und „papageienhaft“ niederzuschreiben. Macht Euch also locker und geht mit dem Gesetz – so wie im Examen dann auch – an den Fall heran und probiert Euch aus.

Versucht Euch vor allem auch hinsichtlich der Schreibzeit zu disziplinieren. Selbstverständlich ist es zu Beginn der Examensvorbereitung schwierig bis kaum möglich, eine fünfständige Probeklausur in der vorgegebenen Zeit zu lösen. Nehmt Euch in den ersten Monaten ein bisschen mehr Zeit, macht aber keinesfalls eine Hausarbeit daraus. Ab dem sechsten Monat solltet ihr dann komplett „scharf“ auf fünf Stunden schreiben.

Ein Tipp an dieser Stelle für Fortgeschrittene: Schreibt am Ende der Examensvorbereitung die Probeklausuren in vier Stunden. Dies hat den Vorteil, dass im Ernstfall im Zweifel mehr Zeit verbleibt, die man auch dringend braucht. In der Staatsprüfung wird man nachvollziehbarerweise den Sachverhalt, das Gesetz und die eigenen Ausführungen noch genauer lesen und durchdenken, sodass man unter Zeitdruck kommen wird. Wenn man sich vorher auf vier Stunden eingestellt hat, wird man im Examen dankbar sein für den Zeitpuffer!

Lasst Euch von den Noten in den Probeklausuren nicht demotivieren. Aus eigener Erfahrung weiß ich, wie ernüchternd die Korrektur einer Probeklausur sein kann. Das geht jedem so! Wenn Ihr Euch aber durchbeißt, dann werdet Ihr am Ende dieser harten Zeit die Lorbeeren ernten können! Denkt dran: Die Noten in Probeklausuren interessieren später niemanden!

IV. Anzahl von Probeklausuren

Viel hilft (nicht bei Jedem) viel!

Wenn viele Probeklausuren geschrieben werden, ist es natürlich keine notwendige Konsequenz, dass das Examen auch zufriedenstellend läuft. Aber eins kann man wahrscheinlich festhalten: Wenn viele Probeklausuren geschrieben werden, kann man die Wahrscheinlichkeit erheblich minimieren, im Examen zu scheitern. Die Schwierigkeiten im Examen haben Examensteilnehmer typischerweise nicht deshalb, weil sie zu wenig wissen. Sie haben vielmehr Schwierigkeiten, das gelernte Wissen innerhalb der vorgegebenen Zeit in eine angemessene Sprache und adäqua-

te Struktur zu überführen. Genau dem kann man einfach durch das häufige Üben und Schreiben von Probeklausuren begegnen.

Eine konkrete Zahl an zu schreibenden Probeklausuren kann ich aber kaum nennen, da dies vor allem von individuellen Faktoren abhängig ist. Ich kenne Examenskandidaten, die bereits mit 40 Klausuren zweistellige Ergebnisse erzielen konnten. Meines Erachtens sollten jedoch bis zum Examen mindestens 60 Klausuren geschrieben worden sein, da eben die meisten Kandidaten ausreichend Übung brauchen! Nehmt Euch auch die Zeit und geht nicht voreilig in die Staatsprüfung! Die Vorbereitung auf das Staatsexamen ist nämlich kein Sprint, sondern vielmehr ein Marathon. Der dauert eben ein wenig länger. Und da gilt: Übung macht den Meister!

V. Nacharbeit

Festige dein Wissen und Lerne am Fall!

Je nach Klausurenkurs bekommt Ihr Eure geschriebene Klausur samt (hoffentlich gewissenhafter) Korrektur und „Musterlösung“ (die ja keine ist; s.o.) nach einer bis vier Wochen zurück. Hier solltet Ihr – unabhängig davon, welche Note Ihr geschrieben habt – einen entscheidenden Fokus auf die Nachbereitung der Klausur legen. Man hat samt Fahrtzeit bereits mindestens fünf Stunden in diese Klausur investiert. Investiert ein paar weitere Stunden in die Nachbereitung der Klausur, um dann wirklich etwas aus der geschriebenen Klausur zu lernen.

Geht die Lösung sauber durch und vergleicht die dortigen Ausführungen mit den eigenen. Schreibt wichtige Problemkreise nochmals als sog. *Textbausteine* heraus, um an Eurer Sprache und vor allem an Eurer Subsumtionsfähigkeit zu arbeiten.

Die Lösung wird – je nach Klausurersteller – zumeist zu umfangreich für die Ausarbeitung einer fünfstündigen Klausur sein. Hierbei ist zu beachten, dass die Lösung vielfach erklärende Züge hat, wozu Ihr im Examen keine Zeit habt und was vor allem auch nicht gewollt ist. Eine solche Lösung soll und kann für eine Examensklausur hinsichtlich des Umfangs kein Maßstab sein. Aber gerade umfangreiche Lösungen helfen Euch dabei, die konkreten (vielleicht unbekannt) Problemkreise zu verstehen und einzuordnen. Meines Erachtens ist es auch deutlich hilfreicher, am konkreten Fall bzw. der Falllösung zu lernen, als abstrakt

an einem Lehrbuch bzw. Skript. Hier bekommt das Gelernte auf einmal „Gesicht“ und man hat die Chance, das konkrete Problem in einer ähnlichen Konstellation wiederzuerkennen. Das Wissen allein aus einem Lehrbuch oder Skript kann schnell dazu führen, dass eine konkrete Anwendung in der Klausursituation nicht zufriedenstellend ist oder gar unterbleibt, obwohl der Studierende das Problem abstrakt erfasst hat.

Der Beitrag wird in der HanLR Ausgabe 01/2021 fortgesetzt mit den typischen Fehlern in (Zivilrechts-) Klausuren.

Adventsverlosung

Auch dieses Jahr wollen wir die Adventszeit nutzen, um Euch und Eure Lerngruppen mit aktuellen Lehrbüchern des Springer-Verlages auszustatten.

Dafür haben wir zehn Fragen erstellt, deren Antworten Ihr in dieser Ausgabe finden könnt. Wer alle Antworten zu wissen glaubt, der sende die Lösung bis einschließlich den **18.12.2020** per Mail an redaktion@hanoverlawreview.de unter Angabe seines Namens sowie seiner Adresse. Zwischen allen korrekten Einsendungen werden drei Gewinnerinnen oder Gewinner ausgelost und anschließend per Mail kontaktiert. Jede Gewinnerin und jeder Gewinner kann sich ein Lehrbuch des Springer-Verlages aussuchen und uns seine Wahl mitteilen. Das gewählte Buch wird Euch durch den Springer-Verlag zugesandt. Eine Übersicht der zur Verfügung stehenden Bücher findet ihr unter:

https://www.springer.com/de/jura/lehrbuecher?utm_medium=social&utm_source=weihnachtsquiz_hanoverlawreview_stud&utm_campaign=103_rump02&utm_content=lpjura_112020

Mit der Einreichung der Lösung erklärt Ihr Euch mit der Weitergabe Eurer Daten an den Springer-Verlag zwecks Gewinnzusendung, sowie einer Namensnennung auf unseren Social-Media Kanälen für einverstanden. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.

Wir bedanken uns herzlich beim Springer-Verlag für die Bereitstellung der Lehrbücher und wünschen allen Teilnehmenden eine geruhsame Adventszeit und viel Glück!

1. Wofür gilt die in § 1922 Abs. 1 BGB angeordnete Universalsukzession auch?
2. Wie nennt man das Pflegebett, bei dem künstliche Intelligenz die Therapie zusätzlich verbessert?
3. Welche Theorie muss bei einem Eingriff in Art. 12 GG iRd verfassungsmäßigen Konkretisierung einer Schranke grds. berücksichtigt werden?
4. In welchem Ausnahmefall ist die Abnahme zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs nach der Rechtsprechung des BGH entbehrlich?
5. In welchem besonderen Fall wird ein Abhandenkommen iSd 935 BGB eines Fahrzeugs abgelehnt?
6. Was kann zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führen?
7. Woraus besteht ein wirksamer Abtretungsvertrag?
8. Wie nennt man die Revolution von 1848/1849?
9. Was ist der Begriff für ein Verhalten, durch das im Wege der Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erzeugt werden kann?
10. Vervollständige das Zitat: „Aller ... ist schwer!“



Tipps und Tricks direkt von Insidern:

- Abenteuer Referendariat
- Steuertipps für Studenten

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

www.hannover-absolventen.de

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:

Luther.

AIESEC

mtp

MARKET ► TEAM

VDSI

BDSU

elsa

The European Law Students' Association

Jur|SERVICE

H		L
P		

HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE

MLP



HANOVER LAW REVIEW