

# HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

## Geleitwort

Professor Dr. Bernd Oppermann

## Aufsatz

Professor Dr. Christian Wolf 50 Jahre Loccum

## Entscheidungen

Finja Maasjost

Simon Künnen

Frederike Hirt

Felix Lücke

Schwarzarbeit - BGH VII ZR 241/13

Schlemmerblock - BGH VII ZR 308/16

A.C.A.B. - BVerfG 1/BvR 1593/16

Liquid Ecstasy - BGH 1 StR 354/16

## Studienpraxis & Fallbearbeitung

Felix Hinkelmann

Finja Maasjost

Alina Amin

Felix Hinkelmann

Klausur im Schuldrecht, 16 Punkte

Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte

Klausur im Europarecht I, 13 Punkte

Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene  
im Zivilrecht, 13 Punkte

## Varia

Robert Bähr

Tim Brockmann

Fachschaft

Patrick Glatz

Frederike Hirt

Moot Courts in Hannover - Nur Mut!

Wer Überschriften weglässt...

Der Jurastudent - Prototyp des bösen Egoisten

Rückblick: JurVoice

Heere Ziele

Seiten 42 bis 47

Kurz & Knapp:  
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!

## Verlag

---

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

Registernummer  
VR 202863  
Amtsgericht Hannover

[www.hanoverlawreview.de](http://www.hanoverlawreview.de)

## Info

---

Erscheinungsweise: Quartalsweise zu 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  
Rigistraße 9  
12277 Berlin

## Zitiervorschlag

---

amerikanisch:  
Autor, 1 Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:  
Autor, Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

## Redaktion

---

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

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:  
Alina Amin, Christian Denz, Robin Dudda,  
Jan-Hendrik Flis, Patrick Glatz, Malte Gauger,  
Adam Hetka, Frederike Hirt, Paula  
Kirsten, Simon Künnen, Felix Lücke,  
Finja Maasjost, Moritz Stamme, Jonas Vonjahr,  
Fabienne Wundram, Jendrik Wüstenberg.

## Kontakt

---

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

## Hanover Law Review

---

Die Hanover Law Review versteht sich als studentische, unparteiliche und unabhängige Zeitschrift. Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt es 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 oder in der Redaktion. Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitonen und Kommilitoninnen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit zu ersten Erfahrungen zur Veröffentlichungspraxis gegeben.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

– Die Redaktion

## Dank

---

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

**Prof. Dr. Susanne Beck,  
Prof. Dr. Fraenkel-Haeberle,  
Prof. Dr. Thomas Jaeger,  
Prof. Dr. Axel Metzger,  
Prof. Dr. Bernd Oppermann,  
Prof. Dr. Christian Wolf,**

**der Juristischen Fakultät Hannover  
sowie der Fachschaft Jura Hannover**

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 der oben genannten Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

## Lernen, lehren & veröffentlichen

*Lernen, lehren & veröffentlichen* – dafür steht die Hanover Law Review (HanLR). Nicht nur Wissenschaft und Forschung brauchen Publizität, auch Lehre muss öffentlich wahrnehmbar sein.

Nur, wer aus einem breiten Angebot von Lern- und Lehrangeboten wählen kann, kann sich optimal informieren und eine gut begründete, differenzierte Meinung bilden. Nur, wer Diskurs bezüglich Lern- und Lehrmeinungen zulässt, erlaubt vielschichtige Lehre; das gilt für Lehrende, und Rezipienten von Lehre gleichermaßen. Hierzu gehört auch das ernsthafte und verantwortungsbewusste Ausbilden diskursfähiger Studierender.

Die HanLR hat sich der Darstellung studienrelevanter Themen verschrieben und versucht adressatengerecht zu informieren, mit ihren Falllösungen und Entscheidungsanmerkungen wendet sie sich in der Hauptsache an Studierende.

Große Zeitschriften wie die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) informieren schon seit langer Zeit erfolgreich einen anderen Adressatenkreis. Die NJW versteht sich als Bereitstellerin von Informationen für die Praxis: Aktuelle Rechtsprechung, relevante Urteile und Beschlüsse oder Praxisthemen im Aufsatzformat halten die Vertreter der juristischen Berufe, insbesondere die Anwaltschaft, auf dem Laufenden. Viele der Autoren sind als Rechtsanwälte tätig oder zumindest tätig gewesen und kennen deswegen die Relevanz prozessrechtlicher Fragen, beispielsweise zu Beweisverwertungsverböten, Verwirkungsregeln oder den Voraussetzungen und Grenzen anwaltlicher Zeugenvorbereitung<sup>1</sup> nur zu gut. Eine Zeitschrift aus der Praxis, für die Praxis.

Andere, wie die Juristische Schulung (JuS) oder die Juristischen Arbeitsblätter (JA), verstehen sich als Zeitschrift für Studium und Referendariat und bieten nach Examensrelevanz geordnete Rechtsprechungsübersichten und Fallbearbeitungsbeispiele. In der Ausbildungszeit

ist das angeleitete Lernen mit Aufsätzen und Urteilscommentierungen in Zeitschriften wie der JuS und der JA wichtig und unabdingbar, trotzdem aber nur ein Teil der vielfältigen Zeitschriftenlandschaft auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften.

Die HanLR versucht, das Beste beider Ideen zu verbinden, ohne mit ihnen in Konkurrenz treten zu wollen und zu können: *Eine Zeitschrift für das Studium – aus dem Studium.*

Orientierung und ein breites, vielfältiges Lernangebot während der Ausbildung im Studium erscheinen uns wichtig. Deswegen sind Rechtsprechungsübersichten, beispielhafte Prüfungsschemata und Lernbeiträge identitätsstiftender und umfangreicher Bestandteil der Zeitschrift.

In der Tradition der amerikanischen Law Reviews ermöglicht die Zeitschrift Studierenden und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Beiträge in Form von Rechtsprechungsanmerkungen zu verfassen und zu veröffentlichen. Erste Schritte in die Welt des Veröffentlichens anhand abgrenzbarer und verständlicher Entscheidungsbesprechungen zu ermöglichen, hatte und hat einen beachtlichen Mehrwert in der juristischen Ausbildung – Für Leser innen und Leser und Autorinnen und Autoren gleichermaßen.

Durch die Gelegenheit des angeleiteten Veröffentlichens, wenngleich nicht so auflagenstark wie bei anderen Zeitschriften, bietet die HanLR insbesondere eine Plattform für (Erst-) Veröffentlichungen. Egal, ob man so erste Erfahrungen mit redaktioneller Zusammenarbeit sammelt oder die Öffentlichkeit um einen lesens- und lernenswerten Beitrag bereichert, das Veröffentlichen in der HanLR ist auch Selbstzweck.

Wissenschaft & Lehre brauchen Publizität. Publizität führt zu Diskurs, Diskurs fördert Argumentations- und Streitkultur, Meinungspluralismus und (Fach-) Verständnis. Deswegen haben sich Studierende der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leibniz Universität Hanover zusammengefunden um die Hanover Law Review zu erstellen und zu veröffentlichen.

<sup>1</sup> Hoffmann/Maurer, Voraussetzungen und Grenzen anwaltlicher Zeugenvorbereitung, NJW 2018, 257ff.

Letztlich drückt sich der Ausbildungsbezug nicht nur in der Veröffentlichung von Entscheidungsbesprechungen und Prüfungsschemata aus: In der Beitragsreihe *Varia* wollen wir identitätsstiftend tätig werden. (Lehr-) Veranstaltungsrückblicke, Hinweise auf Diskussionen oder Seminare an der Juristischen Fakultät Hannover und Textbeiträge der Fachschaft finden hier genauso einen Platz, wie Interviews mit Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, Berichte aus Schwerpunkten, LL.B - Studiengängen oder Moot Courts.

Das ambitionierte Projekt, eine quartalsweise erscheinende Zeitschrift zu gründen und mit Beiträgen und Leben zu füllen ist Herausforderung, (Dauer-)Lehrveranstaltung, gelebte Verantwortung und der Versuch, den Studienstandort Hannover zu bereichern.

Über Anregungen, Kritik, Beiträge, Mitarbeitswünsche und Fragen an

*redaktion@hanoverlawreview.de*

freuen wir uns sehr.

An die Stelle dieses einleitenden Editorials wird in Zukunft weiterhin ein Editorial treten - die Möglichkeit für uns als Redaktion eine eigene Meinung zu formulieren und eigene Gedanken zu äußern. Rechts- oder Tatsachenauffassungen, die in den Beiträgen erscheinen, bleiben Gedankenerklärung der jeweiligen Autorinnen und Autoren, die Redaktion macht sie sich ausdrücklich nicht zu eigen.

Wir wünschen viel Vergnügen, kurzweilige und hoffentlich auch lehrreiche Lektüre.

- Die Redaktion

**Prof. Dr. Bernd Oppermann**

Professor Dr. Oppermann ist Dekan der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und Lehrstuhlinhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Zivil- und Handelsrecht.

Sehr geehrte Leserinnen,  
sehr geehrte Leser,

seit einigen Jahren gibt es an rechtswissenschaftlichen Fakultäten Deutschlands eine stetig wachsende Zahl von studentisch initiierten und geprägten Zeitschriften.

Dem US-amerikanischen Vorbild der Law Reviews folgend, versuchen diese in große Fußstapfen zu treten. In den USA genießen die Mitarbeiter von Law Reviews hohes Ansehen, da sie auf Grund fachlicher Qualifikation ausgewählt werden. Damit bietet sich Studierenden die sich für eine Mitarbeit entscheiden, schon vor der Berufstätigkeit ein Forum für Publikationen auf fachlich hohem Niveau. Dieses hohe Niveau ist anerkennungswürdig, aber nicht weiter verwunderlich. Das US-amerikanische Law Review kann auf eine lange Tradition zurückblicken, die ersten Zeitschriften etablierten sich bereits in den 1850er Jahren und sind seitdem erfolgreich um ihre Professionalisierung und ihr Fortbestehen bemüht. Die Mitarbeit in einer Law-Review-Redaktion versteht sich dort als Auszeichnung.

So ist es nicht verwunderlich, wohl aber bemerkenswert, dass ehemalige Mitglieder des Harvard Law Reviews, gegründet 1887, die Richter am Obersten Gerichtshof der USA Ruth Bader Ginsburg, Antonin Scalia, Stephen Breyer und John G. Roberts, Jr., der 44. Präsident der Vereinigten Staaten Barack Obama, der frühere Gouverneur des Bundesstaates New York Eliot Spitzer sowie die Pulitzer-Preisträgerin Annette Gordon-Reed sind.

Von jener fachlichen Bedeutung und Ansehen sind, ihrer jungen Tradition geschuldet, die hiesigen Law Reviews noch weit entfernt. Eine Entwicklung in eine vergleichbare Richtung zeichnet sich aber auch hierzulande ab.

Die Tätigkeit in einer jungen, studentisch geführten Redaktion kann vieles sein: Lehrreich, interessant, neigungsgerecht, bereichernd und wertvoll. Wie bei jeder ernsthaft betriebenen, extracurricularen Aktivität interessieren sich gegenwärtige und zukünftige Arbeitgeber sicherlich für das zum Ausdruck gebrachte Engagement, das durch die Mitarbeit bewiesen wird. Die Bewältigung der Redaktionsarbeit erfordert gleichzeitig Disziplin, Begeisterungsfähigkeit,



Konsens- und Teamfähigkeit und auch Fleiß – Qualitäten, die für Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler der heutigen Zeit elementar sind.

Ernstzunehmende Konkurrenz für die etablierten Rechtszeitschriften scheinen jene Publikationen bisher nicht zu sein. Anders als in den USA spielen die Fakultätszeitschriften hierzulande im juristischen Veröffentlichungsbetrieb noch keine gewichtige Rolle. Auch die Hanover Law Review wird dieses in nächster Zukunft nicht ändern.

Die Hanover Law Review verstehe ich als begrüßenswertes, erfolgsversprechendes Lern- und Lehrangebot, welches sich gut in die bereits bestehende Fakultätslandschaft einpassen kann. Es gewährt ambitionierten Studierenden und engagierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auch die Möglichkeit, erste Veröffentlichungserfahrung zu sammeln und schafft damit ein neues, lehrreiches Angebot an der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover. Mit dem Untertitel *lernen, lehren & veröffentlichen* greift es einen wichtigen Teil des Selbstverständnisses unserer Universität auf. Als Ort der Lehre und des Lernens kann jedem Mitglied unserer Universität nur daran gelegen sein, die Publizität unseres Ausbildungsauftrages zu fördern. Ich unterstütze die Arbeit der studentischen und gemeinnützigen Initiative nachdrücklich. Die Mitarbeit bei dem Projekt verdient großen Respekt!

Ich würde mich sehr freuen, wenn auch Sie, liebe Leserin, lieber Leser, die Zeit und das Engagement finden könnten, die Zeitschrift zu fördern. Wie ich von den Mitgliedern der Redaktion weiß, ist dort

jede Art von ideeller Unterstützung sehr gefragt: Sei es die Bereitschaft einen Aufsatzbeitrag zu veröffentlichen, einen alten Klausursachverhalt zur Veröffentlichung freizugeben oder als Ansprechpartner für wissenschaftliche Fragen zu fungieren, die Mitarbeit oder die bloße Hilfestellung bei den ersten Schritten des ambitionierten Projektes wäre aller Ehren wert. Mein verbindlicher Dank gilt in diesem Zusammenhang den Kolleginnen und Kollegen, die bereits zur Unterstützung der Initiative beigetragen haben.

Ich verbleibe mit den besten Wünschen für spannende, hochwertige und vielgelesene Beiträge, regen Zulauf der Leserschaft und würde mich persönlich sehr freuen, der Hanover Law Review in einem Jahr zu ihrem ersten Jubiläum gratulieren zu können.

Ihr



Bernd Oppermann  
Dekan der Juristischen Fakultät der  
Leibniz Universität Hannover

**Aufsatz**

<b>Professor Dr. Christian Wolf -</b>	50 Jahre Loccum	Seiten <b>1 bis 7</b>
---------------------------------------	-----------------	-----------------------

**Entscheidungen**

<b>stud. iur. Finja Maasjost -</b>	Schwarzarbeit - BGH VII ZR 241/13	Seiten <b>8 bis 15</b>
<b>stud. iur. Simon Künnen -</b>	Schlemmerblock - BGH VII ZR 308/16	Seiten <b>16 bis 21</b>
<b>stud. iur. Frederike Hirt -</b>	A.C.A.B. - BVerfG 1 BvR 1593/16	Seiten <b>22 bis 31</b>
<b>stud. iur. Felix Lücke -</b>	Liquid Ecstasy - BGH 1 StR 354/16	Seiten <b>32 bis 41</b>

**Kurz & Knapp**

<b>Ass. iur. Tim Brockmann -</b>	Entscheidungsübersicht Zivilrecht 1/2018	Seiten <b>42 bis 43</b>
<b>Dipl.-Jur. Tyll Philipp Krömer -</b>	Entscheidungsübersicht Öffentliches Recht 1/2018	Seiten <b>44 bis 45</b>
<b>StA'in Isabell Plich -</b>	Entscheidungsübersicht Strafrecht 1/2018	Seiten <b>46 bis 47</b>

**Studienpraxis & Fallbearbeitung**

<b>stud. iur. Felix Hinkelmann -</b>	Klausur im Schuldrecht, 16 Punkte	Seiten <b>50 bis 54</b>
<b>stud. iur. Finja Maasjost -</b>	Klausur im Grundkurs Strafrecht I, 15 Punkte	Seiten <b>55 bis 60</b>
<b>stud. iur. Alina Amin -</b>	Klausur im Europarecht, 13 Punkte	Seiten <b>61 bis 65</b>
<b>stud. iur. Felix Hinkelmann -</b>	Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Zivilrecht, 13 Punkte	Seiten <b>66 bis 84</b>

**Varia**

<b>Dipl. - Jur. Robert Bähr -</b>	Moot Court - Nur Mut!	Seiten <b>85 bis 87</b>
<b>Ass. iur. Tim Brockmann -</b>	Wer Überschriften weglässt...,	Seiten <b>88 bis 90</b>
<b>Fachschaft JURA -</b>	Der Jurastudent - Prototyp des bösen Egoisten	Seiten <b>91 bis 92</b>
<b>stud. iur. Patrick Glatz -</b>	Rückblick: JurVOICE	Seite <b>93</b>
<b>stud. iur. Frederike Hirt -</b>	Heere Ziele	Seiten <b>94 bis 95</b>



---

**Prof. Dr. Christian Wolf**

\*Professor Dr. Christian Wolf ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht an der Leibniz Universität Hannover und Mitherausgeber der JA, sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht.

**I. Einleitung**

Universitäten und damit Juristische Fakultäten sind in der Regel Einrichtungen mit großer ungebrochener Tradition, welche sich bis ins 14. Jahrhundert und darüber hinaus zurückführen lässt. So wirbt z.B. die älteste Universität in Deutschland, die Universität Heidelberg, mit dem Slogan „Zukunft seit 1386“. Seit der Verfestigung der Universitätsstrukturen gehört die Juristische Fakultät neben der Medizinischen und der Theologischen Fakultät zu den drei hohen Fakultäten der Universität. Die vierte Fakultät, die Artistenfakultät, diente der Vorbereitung auf das Studium an einer der drei hohen Fakultäten.<sup>1</sup> Die Tradition vieler Universitäten geht bis ins 14. bzw. 15. Jahrhundert zurück. Nicht jede Epoche war sicherlich Zukunft, wie der Slogan der Universität Heidelberg suggeriert. Man braucht dabei nicht zwingend an die Zeit zwischen 1933 und 1945 zu denken.<sup>2</sup> Auch zu Zeiten Leibniz waren die Universitäten nicht der Ort der – wie man heute sagen würde – der Spitzenforschung. Professuren wurden in der Familie weitergereicht, man spricht von „Familienuniversitäten“.<sup>3</sup> Deshalb organisierte man die Forschung in Akademien außerhalb der Universitäten.<sup>4</sup> Leibniz, der Namensgeber der Universität Hannover, hat es bekanntlich abgelehnt, an einer Universität zu lehren.

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover wurde erst 1973 gegründet und nahm den Lehrbetrieb 1974 auf. Auf welche juristische Tradition kann sich nun die Juristische Fakultät der Leibniz

Universität Hannover berufen? Zu bedenken ist dabei, dass sich Geschichte und Traditionsbildung immer aus der Gegenwart rekonstruiert, oder Geschichte erzählt sich immer mit unseren eigenen Augen und sagt damit über die Gegenwart genauso etwas aus wie über die Vergangenheit.<sup>5</sup>

**II. Der äußere technische Rahmen der Reformen**

Vom 1. bis 4. November 1968 fand in der Evangelischen Akademie Loccum eine Tagung zu dem Thema „Krise der Juristenausbildung“ statt.<sup>6</sup> Aus der Tagung ging der Loccumer Arbeitskreis zur Reform der Juristenausbildung hervor.<sup>7</sup> Dieser legte am 8. Oktober 1969 ein Memorandum zur Reform der Juristenausbildung vor. Wenig später wurden die Thesen auf der zweiten Loccumer Tagung „Reform der juristischen Ausbildung“ vom 24. bis 27. Oktober 1969 diskutiert.<sup>8</sup> Damit war der Grundstein für das bislang größte Reformprojekt der juristischen Ausbildung gelegt, die einstufige Juristenausbildung. Einstufig bedeutete, dass die Trennung in eine theoretisch-universitäre Ausbildung, welche mit dem ersten Juristischen Staatsexamen abgeschlossen wird, und die praktische Ausbildung im Referendariat, welches mit der zweiten Juristischen Staatsprüfung abgeschlossen wird, aufgegeben wurde zugunsten einer Verzahnung von theoretischer und berufspraktischer Ausbildung. Möglich wurde dies durch eine Änderung des Deutschen Richtergesetzes. In § 5b des DRiG wurde den Ländern ermöglicht, Studium und Vorbereitungsdienst zu einer gleichwertigen Ausbildung von mindestens 5 ½ Jahren zusammenzufassen.<sup>9</sup> Der Feldversuch war von Anfang an zeitlich begrenzt. Nach dem Einstufenmodell konnte die juristische Ausbildung nur noch bis zum 15. September 1985 aufgenommen werden.

---

1 Weber, Geschichte der europäischen Universität, 2002, S. 35ff.

2 Vgl. für die Technische Hochschule Hannover, Jung, Die Technische Hochschule Hannover und ihre Professoren im Nationalsozialismus, 2013.

3 Vandermeersch in: Rüegg, Geschichte der Universität in Europa, Bd. II, 1996, S. 194.

4 Hammerstein in: Rüegg, Geschichte der Universität in Europa, Bd. II, 1996, S. 497.

---

5 E.H. Carr, What is History, 1990, S. 27.

6 Loccumer Protokolle 257/1968.

7 Wassermann in: Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 7. Dem Arbeitskreis gehörten u.a. an Hans Peter Bull, Wolfgang Kilian, Thilo Ramm, Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter und Gisela Zenz.

8 Loccumer Protokolle 157/1969.

9 BGBl. I 1971, 1557 (1558).

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover<sup>10</sup> wurde 1973 als Reformfakultät im Rahmen der einstufigen Juristenausbildung gegründet. Neben Hannover wurde die einstufige Juristenausbildung in einer ganzen Reihe anderer Universitäten verwirklicht: Z.B. Konstanz, Augsburg, Bayreuth und Bielefeld. Der Geist von Loccum wurde vor allem in den drei norddeutschen Modellen der einstufigen Juristenausbildung in Bremen, Hamburg II und Hannover versucht zu verwirklichen.<sup>11</sup> Äußeres Merkmal der norddeutschen Reformmodelle war die Integration der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung. Daneben suchte man statt Frontalvorlesungen ein anderes didaktisches Konzept zu verwirklichen, wozu Kleingruppenarbeit und Co-Teaching gehörte. Praktiker und Hochschullehrer boten zusammen Vorlesungen an, insbesondere aber die Integration der Sozialwissenschaften sollte auch zu einem „Neuen Juristen“ führen.<sup>12</sup>

Der 1973 errichtete Fachbereich Rechtswissenschaften an der Technischen Universität Hannover, der 1974 seinen Lehrbetrieb aufnahm, ist mehr oder weniger direktes Ergebnis der Reformdiskussionen in Loccum. Zu den prägenden Figuren in Loccum gehört neben dem Frankfurter Ordinarius *Rudolf Wiethölter*<sup>13</sup> *Rudolf Wassermann*. *Rudolf Wassermann* war damals Präsident des Landgerichts Frankfurt und stellvertretender Bundesvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen. 1971 wurde er Präsident des OLG Braunschweigs.<sup>14</sup> In dieser Funktion konnte er entscheidenden Einfluss auf die Planung und Gründung des Fachbereichs nehmen. So

wurde er Vorsitzender der im Juni 1971 eingesetzten Kommission zur Vorbereitung der einstufigen Juristenausbildung. Die Kommission erarbeitete die Grundlagen der einstufigen Juristenausbildung in Hannover. Dabei hob die Kommission drei Strukturprinzipien hervor, nämlich die Integration von Theorie und Praxis, die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Ausbildung und die Spezialisierung.<sup>15</sup> Die Darstellung des Stoffes orientierte sich dabei nur noch zum Teil an der rechtsdogmatischen Einteilung und suchte stattdessen den Zugang über Lebenszusammenhänge: Vorlesungen zu „Status“ und „Teilhabe, Freiheit und Eigentum“, „Verhalten, Verbrechen und Sanktion“ oder „Student und Hochschule“ wurden angeboten. Die Reflexion der Rechtswissenschaft sollte durch die Sozialwissenschaften erfolgen, welche ursprünglich einen Schwerpunkt im ersten Studienjahr bildeten.<sup>16</sup>

Die Sozialwissenschaften, vierte Säule genannt, wurden in Hannover erst durch das Hochschuloptimierungskonzept 2003 aufgegeben.<sup>17</sup> Mit der Umbenennung des Fachbereichs Rechtswissenschaften in Juristische Fakultät 2004 fand die einstufige Juristenausbildung auch formal ihren Abschluss in Hannover.

Die Verbindung von Theorie und Praxis, die Integration der Sozialwissenschaften und die Möglichkeit der Schwerpunktbildung waren der technologische Teil des Loccumer Reformprogramms.<sup>18</sup> Loccum stand aber auch für ein inhaltlich-gesellschaftsveränderndes Verständnis der Rechtswissenschaft.<sup>19</sup> Die technologische Seite der Loccumer Reformideen ist vielfach und an allen Juristischen Fakultäten auf-

10 Universität Hannover hieß die Leibniz Universität erst nach der Integration der Pädagogischen Hochschule 1978, den Namen Leibniz Universität nahm sie erst 2006 an.

11 *Hoffmann-Riem*, Interview in KJ, Streitbare Juristinnen, 2016, 603.

12 *Wassermann* in: Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, S. 14f.

13 Zu *Rudolf Wiethölter*, *Krönig* in: ZERP-Diskussionspapier 1/2013, S. 195ff.

14 Hierzu ausführlich *Litten*, Politisierung der Justiz, Hamburg 1971, S. 9ff.

15 Modell Hannover, Einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen, Hrsg. Niedersächsisches Ministerium der Justiz, 1972, S. 13ff. Siehe auch BT-Drucks. 7/3604, S. 11.

16 *Brink*, KJ 1981, 141 (142) zu dem Bericht von *Brink* auch den Bericht von *Berlit/Dreier*, KJ 1981, 150ff.

17 <https://www.mwk.niedersachsen.de/startseite/service/presseinformationen/17917.html> (zuletzt abgerufen am 22.03.2018).

18 Siehe *Wiethölter*, KJ, 1981, 1 (4).

19 *Wiethölter*, KJ, 1981, 1 (4).

gegriffen worden. Die theoretische universitäre Ausbildung ist deutlich praktischer geworden, Legal Clinics und Moot Courts stehen für einen deutlich stärkeren Praxisbezug.<sup>20</sup> Gleichfalls werden heute so viele Praktiker, wie nie, mit Lehraufträgen betraut.

Allerdings lässt sich durchaus fragen, ob die heute vermittelten Praxisbezüge in den Moot Courts dem entsprechen, was man sich in Loccum vor 50 Jahren vorgestellt hat. So erkennt *Ralf Michaels* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine epistemische Gemeinschaft, welche primär transnational und nicht national ist und die ihre Aufgabe in der Begründung einer transnationalen Rechtsordnung sieht.<sup>21</sup> Mit dem Vis Moot fördert man aktiv die Transnationalisierung des Nachwuchses.<sup>22</sup> Jedoch, so *Michaels*, sei die rechtsquellentheoretische Begründung eines transnationalen Schiedsrechts durch die Visionäre der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein *Kierkegaardscher* Sprung von der Rationalität in den Glauben.<sup>23</sup> Ähnlich attestiert *Somek* den Moot Courts lediglich die Vermittlung von handwerklichen Konventionen zur Vorbereitung der Erwerbstätigkeit ohne kritische Reflexion.<sup>24</sup> *Somek* spricht davon, dass die Ablehnung der ersten Welt, also der europäischen Rechtswissenschaft, in den USA häufig schnurstracks in der dritten Welt landet. Mit dritter Welt meint er eben jene Vorbereitung auf die Erwerbstätigkeit ohne wissenschaftlichen Reflexionsbezug, welche das eine Ende der amerikanischen Juristenausbildung darstellt.<sup>25</sup> Das andere Ende der amerikanischen Law School Landschaft bildet die zweite Welt, die stark interdisziplinär arbeitet. Der Preis, den die amerikanische Rechtswissenschaft hierfür zahlt, ist jedoch hoch. Im Kern besteht eine

Sprachlosigkeit zwischen der amerikanischen Rechtsprechung auf der einen Seite und der interdisziplinär arbeitenden Rechtswissenschaft auf der anderen Seite.<sup>26</sup> Die Forderung des Wissenschaftsrats an die Rechtswissenschaft in Deutschland, sich stärker interdisziplinär aufzustellen,<sup>27</sup> birgt die Gefahr in sich, am Ende den Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis aufzugeben.<sup>28</sup>

### III. Die inhaltlich-gesellschaftsverändernde Kritik an der Rechtswissenschaft

In Loccum wurde nicht nur eine technische Neuausrichtung des juristischen Studiums durch die Integration der Praxis, der Sozialwissenschaften und eine Spezialisierung gefordert. Im eigentlichen Mittelpunkt stand die Kritik am bestehenden Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. *Wiethölter* fasste seine Kritik an der Rechtswissenschaft mit folgenden Worten zusammen: „Unsere Rechtswissenschaft ist vorwissenschaftlich, weil Recht und Juristen in idealistischer Philosophie hängengeblieben sind und die Anschlüsse an alle Wissenschaftslager von heute verpaßt haben. Sie ist vorindustriell, weil Recht und Juristen nicht einmal technisch-systematisch den Anforderungen der organisierten-spätkapitalistischen Industriegesellschaft gewachsen sind. Sie ist vor-demokratisch, weil Recht und Juristen die bisherigen Demokratisierungsprozesse nicht inhaltlich mitgemacht haben, sondern formal bei einem spezifischen Verständnis des konstitutionellen Dualismus von Staat und Gesellschaft stehen geblieben sind.“<sup>29</sup> Angesprochen sind damit zwei engverwobene Problembereiche, nämlich die Fragen, wie Recht zu legitimieren ist und wie Recht durch die Gerichte auszulegen ist.

<sup>20</sup> Vgl. *Somek*, JZ 2016, 481ff.

<sup>21</sup> *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 183, 196.

<sup>22</sup> *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 186.

<sup>23</sup> *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 196.

<sup>24</sup> *Somek*, JZ 2016, 481 (483).

<sup>25</sup> *Somek*, JZ 2016, 481 (483).

<sup>26</sup> *Posner*, *Divergent Paths*, 2016.

<sup>27</sup> Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Drs. 2558-12, S. 29, 31, 33, 37.

<sup>28</sup> *Wolf*, ZRP 2013, 20f.

<sup>29</sup> *Wiethölter* in: *Neue Juristenausbildung*, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 25.

Recht hat sich durch die gesamte Geschichte von Oben legitimiert, Thron und Altar, also weltliche Macht und religiöse Macht, waren, so Wiethölter, die Halterung der Gesellschaft.<sup>30</sup> Nachdem die Autoritätsableitung des Rechts aus der Religion im Rahmen der Säkularisierung und Emanzipation der Gesellschaft aufgegeben werden musste,<sup>31</sup> könne das Naturrecht diese Funktion des Ankers nicht übernehmen. Naturrecht war in der Sicht Wiethölters inhaltlich zu unbestimmt, um eine neue Legitimationsbasis des Rechts zu bilden.<sup>32</sup> Mehr noch, Naturrecht trägt als Emanzipationsprogramm nicht, weil es den Blick von der Verantwortung des Menschen für sein Recht abwendet und auf die Verantwortung des Menschen vor dem Recht hinwendet.<sup>33</sup>

Ein demokratisches Rechtsverständnis erfordert in der Perspektive von Loccum ein politisches Bürgerliches Recht. Das Bürgerliche Recht jedoch sei in der Tradition Savignys verhaftet geblieben. Nicht die gesetzliche Setzung soll das Privatrecht bestimmen, sondern der Volksgeist sollte das Bürgerliche Recht hervorbringen. Recht wird durch Jurisprudenz erzeugt, durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür des Gesetzgebers.<sup>34</sup> Die Entwicklung des Rechts war damit den Oberrichtern und den Oberprofessoren überantwortet, so Wiethölter.<sup>35</sup> Das Bürgerliche Recht war somit nicht mehr Teil der praktischen Philosophie, sondern wurde als Jurisprudenz Teil einer historischen und philosophischen Wissenschaft.<sup>36</sup>

Wiethölter begriff Recht als Politikum, als Teil einer politischen Praxis.<sup>37</sup> Das „entpolitisierte Bürgerliche Recht“, welches durch die Oberprofessoren und Oberrichter stellvertretend für das Volk entwickelt

wird, mag funktionieren, soweit nicht gegensätzliche Interessenstrukturen bestehen. Dort aber, wo politische Interessengegensätze bestehen, müssen diese auch politisch aufgelöst und entschieden werden. Die Fragen nach mehr oder weniger Mieterschutz, rigideres Kündigungsrecht im Arbeitsrecht oder mehr Flexibilität sind politisch und damit demokratisch zu beantworten und nicht wissenschaftlich.

Rechtsverhältnisse sind in diesem Verständnis in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse.<sup>38</sup> Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist, argumentierte Radbruch auf den sich Wiethölter beruft, weiter, mögen sich diejenigen so vorstellen, die überwiegend die Wohltaten dieses Rechts genießen.<sup>39</sup>

Eng mit der Frage, was die Legitimationsgrundlage von Recht ist hängt die Frage zusammen, wie **Recht auszulegen** ist. In Loccum allerdings kontrovers diskutiert wurde die Frage, in welchem Umfang der Richter an das Gesetz gebunden sein soll, also der Rationalität des Gesetzes folgen muss,<sup>40</sup> oder in welchem er frei nach außergesetzlichen Kriterien zu entscheiden hat. Allerdings sind hier die Argumentationslinien nicht einfach zu entschlüsseln.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass jede Rechtsanwendung immer auch ein Stück Rechtserzeugung ist.<sup>41</sup> Mit abstrakten Gesetzesnormen lassen sich konkrete Entscheidungen nur bis zu einem bestimmten Grad vom Gesetzgeber determinieren.<sup>42</sup> Diese Erkenntnis lässt sich auf Kant zurückführen. Verstand sei das Vermögen Regeln zu bilden, hingegen bedarf es der Urteilskraft, um unter diese [abstrakten] Regeln zu subsumieren. Da die allgemeine Logik von allen Erkenntnissen abstrahiert, könnte sie keine

30 Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt 1968, S. 28.

31 Wiethölter, in Loccumer Protokolle, 25/1968, 21.

32 Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 42.

33 Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 60.

34 Savigny, in Hattenhauer (Hrsg.) Thibaut und Savigny, 1973, S. 105.

35 Wiethölter in Loccumer Protokolle, 25/1968, 39.

36 Wiethölter in Loccumer Protokolle, 25/1968, 30.

37 Wiethölter in Loccumer Protokolle, 25/1968, 30.

38 Radbruch Gesamtausgabe (Hrsg. Arthur Kaufmann), Bd. II 1993, S. 477.

39 Radbruch Gesamtausgabe (Hrsg. Arthur Kaufmann), Bd. II 1993, S. 477.

40 So ausdrücklich Ramm, in Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung, 1970, 78f.

41 Bogdany/Venzke, In wessen Namen, 2014, S. 138f.

42 Bogdany/Venzke, In wessen Namen, 2014, S. 138.



Vorschriften über die Urteilkraft enthalten: „Wollte sie [die allgemeine Logik] nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regel subsumiert, d.h. unterscheiden sollte, ob etwas darunter steht oder nicht, so könne dieses nicht anders als wieder durch eine Regel geschehen. Die erfordert eben darum, weil es eine Regel ist, aufs Neue eine Unterweisung der Urteilkraft...“.<sup>43</sup>

Diese Erkenntnis erklärt zum einen die Fallbezogenheit des juristischen Studiums.<sup>44</sup> Zugleich ist damit aber auch eine grundsätzliche Absage an ein striktes System der Gewaltenteilung im Sinne von Montesquieu verbunden. Der Richter muss mehr sein als bloß der reine Mund des Gesetzes.

Im Grunde gibt es zwei Hauptströmungen, wie methodisch mit diesem Befund umzugehen ist. Die erste heute h.M. ist die der objektiven Auslegung. Die objektive Auslegung gibt vor, den Willen des Gesetzgebers objektiv erfassen zu wollen. Das Gesetz selbst löst sich vom Willen des historischen Gesetzgebers ab und entfaltet ein Eigenleben, welches nach dem objektiven Zweck des Gesetzes und der Sachgemäßheit der Regelung festgestellt wird.<sup>45</sup>

Die andere Hauptströmung, die subjektive Auslegung, sucht zunächst den Willen des historischen Gesetzgebers zu ergründen.<sup>46</sup> Allerdings vermag der Gesetzgeber, folgt man der Einsicht Kants, den Richter nicht in die Lage zu versetzen, das Urteil gleichsam mechanisch aus dem Gesetz zu schlussfolgern.<sup>47</sup> Noch weitergehend wird man formulieren können, dass die Gesetze in gewisser Weise notwendig unfertig sein müssen, wollen sie auf Fälle angewandt werden, deren Vielfalt unendlich ist.<sup>48</sup> Dort, wo der

Richter nicht mehr durch das Gesetz gesteuert wird, betreibt er im Sinne von Kelsen Rechtspolitik.<sup>49</sup>

Die in Loccum vorgetragene Kritik wollte den unpolitischen und gerade deshalb politischen Richter durch einen politischen Richter ersetzen. Rechtssprechende Gewalt und Rechtswissenschaft sind nur scheinbar neutral, ihre Rechtsschöpfung ist eine politische Aktion, wie es in dem Memorandum des Loccumer Arbeitskreises heißt.<sup>50</sup> Man wandte sich gegen den „Juristen als solches“<sup>51</sup> und bezog sich damit auf eine Formulierung, welche Windscheid in seiner Rektoratsrede von 1884 verwandte: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Combination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“<sup>52</sup>

Jedoch lässt sich der Text auch anders lesen. Windscheid hat in seiner Rektoratsrede nämlich einerseits die Rolle der Rechtswissenschaft bei der Schaffung neuen Rechts betont, zugleich aber Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber angemahnt:

„Hier nun liegt es mir vor Allem am Herzen, auszusprechen, dass die Rechtswissenschaft die ihr der Gesetzgebung gegenüber angewiesene Stellung nicht überschätzen soll. Nicht immer, und in zahlreichen Fällen nicht, ist der Jurist als solcher der berufene Gesetzgeber.“<sup>53</sup>

Gegen das von Wiethölter entwickelte Methodenverständnis hat insbesondere Ramm in Loccum Stellung bezogen.<sup>54</sup> Die Frage, in welchem Umfang man einer

43 Kant, Werke, Bd. 3, Darmstadt 1983, Kritik der reinen Vernunft, S. 184 (A 133).

44 Canaris in: FS für Medicus, 1999, 25ff.

45 Hierzu die Darstellung und Kritik bei Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, Rn. 796ff.

46 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, Rn. 796.

47 Wie regelmäßig dies der Fall ist, ist umstritten, siehe auf der einen Seite Zöllner, AcP 188 (1988), 85 (89) und andererseits Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, S. 115.

48 Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997, S. 91.

49 Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 350ff.

50 Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, 12 (15).

51 Wiethölter, in Loccumer Protokolle, 25/1968, S. 23.

52 Windscheid, Kleine Schriften, Reden und Rezensionen Teil 2, Leipzig, 1984, S. 31.

53 Windscheid, Kleine Schriften, Reden und Rezensionen Teil 2, Leipzig, 1984, S. 30f.

54 Ramm in Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 78ff.

Politisierung der Rechtsprechung im Sinne einer Emanzipation der Rechtsprechung vom Gesetz das Wort reden kann, hängt stark mit der Rolle des Rechts in der NS-Zeit zusammen. Waren die Richter durch den Rechtspositivismus dem NS-Unrecht schutzlos ausgeliefert oder fand das NS-Unrecht nicht in weitaus stärkerem Umfang Eingang durch eine unbegrenzte Auslegung des bestehenden Rechts im Sinne der NS-Ideologie?<sup>55</sup> Wenngleich auch in *Radbruchs* Aufsatz von 1946 „Gesetzliches Unrecht und übergesetzlicher Richter“<sup>56</sup> bereits deutlich wird, dass „grenzenlose Auslegung“ dem NS-Unrecht Bahn gebrochen hat, blieb doch vielfach hängen, dass der NS-Staat die Gefolgschaft seiner Juristen mit dem Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ an sich zu binden wusste.

Ingewisser Weise folgte das *Wiethölter*sche Methodenverständnis insoweit der üblichen Diskreditierung des Rechtspositivismus.<sup>57</sup> Zurecht ist daher der Vorwurf erhoben worden, dass man nur die „rechte“ Elite durch eine „linke“ Elite ersetzen wollte, aber den demokratischen Kern des Rechtsstaats verfehlen würde, wenn man die Emanzipation des Richters vom Gesetz beibehalten wolle, nur den Richter nunmehr auf andere Ziele verpflichten würde.<sup>58</sup>

Eine der Demokratie verpflichtete Rechtswissenschaft erfordert vielmehr nicht vorschnell von der Auslegung in die Einlegung überzugehen. Mit Einlegung bezeichnet *Rüthers* die von der objektiven Auslegung praktizierte Methode aus einem Gesetzestext etwas herauszulesen, was man zuvor erst als hineingelesen hat (Einlegung), um so die subjektive, rechtspolitische Eigenproduktion als objektive Aus-

legung zu verkaufen.<sup>59</sup> Dort wo allerdings richterliche Rechtsfortbildung notwendig ist, oder in den Worten Kelsen, die reine Rechtslehre zu keinem eindeutigen Ergebnis mehr führt und daher die Rechtspolitik beginnt,<sup>60</sup> ist diese darzulegen und zu verantworten.<sup>61</sup> Die Offenlegung des eigenen Wertungsmodells, die Darlegung der rechtspolitischen Begründung stellt hier einen Rationalitätsgewinn dar.<sup>62</sup>

Für diesen Rationalitätsgewinn hat man allerdings den Preis eines substanziellen Verfahrens zu zahlen. Wer seine Wertungen offen legt und darlegt, dass diese nicht mehr vom Gesetz vollständig determiniert sind, sagt damit gleichzeitig auch eine andere Entscheidung wäre denk- und begründbar gewesen. Wen man so will fehlt der Jurisprudenz damit eine greifbare Rationalität einer exakter gewordenen Wissenschaft. Entgegen *Wiethölter*s Nachbetrachtung aus dem Jahr 1981 sollte man hieraus aber nicht den Schluss ziehen, man dürfe die Juristen, die Jurisprudenz und die Justiz nicht mit dem Programm von Loccum vertraut machen, so sie ihre Funktion behalten sollen.<sup>63</sup> Vorbild und Ziel kann nicht der von *Wieacker* beschriebene überpersönliche und daher typische römische Jurist sein,<sup>64</sup> auf den sich *Wiethölter* beruft.<sup>65</sup>

Jener typische Jurist ist in den Worten von *Luhmann* eine eigentümliche zwiespältige, distanzierte Haltung zum Recht institutionalisieren. Es käme nicht auf die innere Ergriffenheit an, sondern auf die operative Wendigkeit, die Entscheidung überzeugend als einzig richtige zu begründen und trotzdem andere Möglichkeiten zu sehen und in Rechnung zu stellen. Der typische Jurist im *Luhmann*schen Sinne operiert

55 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., 1991, S. 98ff.

56 *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

57 Hierzu jüngst: *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 74.

58 *Ramm* in Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 80. Hierzu auch die Kritik bei *Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, 1977, S. 378 und *Heldrich*, JuS, 1974, 281, 285.

59 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 56f.

60 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 350ff.

61 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 56f.

62 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 56ff. und *Rüthers*, Die heimliche Revolution, 2014, 168.

63 *Wiethölter*, KJ 1981, 1 (3).

64 *Wieacker*, Vom römischen Juristen, in: Vom Römischen Recht, Leipzig 1944, S. 7.

65 *Wiethölter*, In KJ 1981, 1 (3).



in einem Horizont von Unsicherheit und präsentiert Sicherheit.<sup>66</sup>

Damit einher geht die Funktion, welche *Luhmann* dem Verfahren zu weist: Der Entscheidungsempfänger hat im Prozess so viel zeremonielle Arbeit zu leisten wie notwendig ist, um sich selbst zu isolieren. Hierdurch soll der Unterlegene seine Interessen nicht mehr generalisieren können und Solidarität für sich einfordern können.<sup>67</sup>

Den Preis, welchen der Richter für die Offenlegung des eigenen Wertungsmodell zahlen muss, ist, die Einlösung eines substanziellen Verfahrensversprechens als Ort der dialogischen Rechtsfindung. Das Spannungsverhältnis zwischen der regulativen Leitidee einer einzigen richtigen Entscheidung und der Fallibilität der tatsächlichen Entscheidungspraxis ist, wie *Habermas* es fordert, durch das Verfahren, also die Struktur der Argumentationsprozesse, aufzulösen.<sup>68</sup> An die Stelle einer monologischen Beziehung zwischen Richter und Gesetz, so *Christensen/Kudlich*, hat das streitige Verfahren zu treten, in dem Parteien und Richter um die Bedeutung der Worte kämpfen.<sup>69</sup> Der Prozess muss Erkenntnisprozess und nicht lediglich pädagogische Vermittlungsanstalt einer außerhalb des Verfahrens gefundenen Entscheidung sein.<sup>70</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Loccum hat eine ganze Reihe Grundsatzfragen unseres Rechtssystems zur Diskussion gestellt. Es hat deutlich gemacht, dass Recht in Paragraphen gegossene Politik ist. In einer Demokratie bedeutet dies

eine notwendige Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft. Allzu verführerisch ist aber sich selbst zum Gesetzgeber aufzuschwingen. *Lex Mercatoria* oder transnationales Wirtschaftsrecht sind Beispiele, wie heute in anderem Gewand die historische Rechtsschule wiederbelebt wird. Das so geschaffene oder besser ausgedachte Recht gilt dann aufgrund der inneren Vernünftigkeit und Richtigkeit. Geltungsgrund für dies neugeschaffene Recht ist nicht mehr – in Anlehnung an *Kötz* – *ratione imperii*, sondern *imperio rationis*.<sup>71</sup> Dabei wird zum einen die verfassungsrechtliche Bedeutung der Gewaltenteilung verkannt oder ignoriert.<sup>72</sup>

*Bernd Rüthers*, weder ein 68ziger noch ein Loccumer, hat die Problematik des wissenschaftlich selbstgeschaffenen Rechts auf den Punkt gebracht:

„Jede Rechtsordnung ist eine normativ verfestigte Wertordnung, Werte sind zwar rational diskutierbar, aber nicht logisch beweisbar. [...] Weder Wertungswissenschaftler aller Art, noch die Richterschaft der letzten Instanzen haben hierfür ein Wahrheitsmonopol. Die Inhalte der Rechtsordnung werden folgerichtig in demokratischen Verfassungsstaaten nicht von „juristischen Richtigkeitsexperten“ (Inhaber der juristischen Wahrheit), sondern von demokratisch legitimierten Normsetzungsorganen, den Parlamenten, festgelegt.“<sup>73</sup>

Über „linke“ Eliten (*Ramm*) schneller zum Zug zu kommen, als durch demokratische Willensbildung, mag aber auch den Reformüberlegungen von Loccum nicht völlig fremd gewesen sein.

66 *Luhmann*, Rechtssoziologie, Opladen, 3. Aufl. 1987, S. 180. *Luhmann* bezieht sich gleichfall auf *Wieacker*, Vom römischen Juristen, in: *Vom Römischen Recht*, Leipzig 1944, S. 7.

67 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 116.

68 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 2006, S. 272ff.

69 *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 55ff.

70 Hierzu bereits *Wolf* in *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., 2014, Einl. Rn. 60ff. und § 1 BRAO Rn. 17.

71 *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175ff.

72 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, Rn. 610; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtstheorie, 3. Aufl., S. 528.

73 *Rüthers*, Die heimliche Revolution, 2014, S. 21.

## Schwarzarbeit

§§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2, 817 S. 2 BGB; § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG

BGH, Urt. v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13

stud. iur. Finja Maasjost

### Sachverhalt (gekürzt):

A beauftragt Elektriker E mit der Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten in seinem Haus. Sie unterzeichneten einen Pauschalvertrag über eine Summe von 13.800 EUR, welche A an E zahlte. Daneben vereinbarten beide, dass ein weiterer Werklohn i.H.v. 5.000 EUR in bar bezahlt wird und E hierfür keine Rechnung erteilt. Nach Abschluss der Arbeiten stellt A an den Elektroinstallationen Mängel fest, woraufhin er die Zahlung des Werklohns i.H.v. 5.000 EUR verweigert. E verlangt von A Zahlung des vereinbarten Werklohns, während A von E Nacherfüllung der Mängel verlangt.

- Kann E von A Zahlung des Werklohns i.H.v. 5.000 EUR verlangen?
- Kann A von E Nacherfüllung der Mängel verlangen?

### § 1 SchwarzArbG - Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit.

(2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

[...]

Nr. 2 als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflicht nicht erfüllt,

[...].

*Fassung vom 23.07.2004 (Inkrafttreten: 01.08.2004)*

## Einordnung

In seinem Urteil zur Problematik der Schwarzarbeit vom 10.04.2014 vollzog der BGH einen Rechtswandlung. Während der BGH in seiner früheren Entscheidung vom 31.05.1990 (Az. VII ZR 336/89) den § 817 S. 2 BGB in Fällen der Schwarzarbeit

aufgrund einer teleologischen Reduktion für nicht anwendbar erklärte, kehrte er seine Rechtsprechung nun um. Dies hat zur Folge, dass sowohl die Vergütungsansprüche des Schwarzarbeiters, als auch die Gewährleistungsrechte des Bestellers wegen § 817 S. 2 BGB ausscheiden. Die Problematik der Schwarzarbeit ist ein Examensklassiker im Zivilrecht und somit von stets hoher Ausbildungsrelevanz.

## Leitsatz

Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23. Juli 2004 nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz gegen den Besteller nicht zu.

## Gutachterliche Lösung

Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB

1. Werkvertrag

2. **Wirksamkeit (!)**

- a) Vorliegen eines Verbotsgesetzes
- b) Verstoß gegen das Verbotsgesetz
- c) Rechtsfolge, §§ 134, 139 BGB

**I. Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB**

E könnte einen Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB gegen A haben.

**1. Werkvertrag**

Dafür müsste zunächst ein wirksamer Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB vorliegen. Laut Sachverhalt haben die Parteien einen Werkvertrag geschlossen.

**2. Wirksamkeit**

Dieser könnte jedoch gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein.

**a) § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG als Verbotsgesetz**

Dafür müsste es sich bei § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG um ein Verbotsgesetz handeln. Ein Gesetz ist gem. § 2 EGBGB jede

Rechtsnorm.<sup>1</sup> Eine solche ist ein Verbotsgesetz, wenn ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft aufgrund seines Inhaltes oder der Umstände des Zustandekommens untersagt ist.<sup>2</sup> Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG leistet Schwarzarbeit, wer Werkleistungen erbringt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Der Vertragsabschluss wird damit direkt nicht beschränkt. Sinn und Zweck des Gesetzes ist jedoch eine effektive Bekämpfung der Schwarzarbeit, was nur durch eine Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages gewährleistet wird.<sup>3</sup> Mithin stellt § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz dar.

**b) Verstoß gegen das Verbotsgesetz**

Weiterhin müssten A und E durch die Vereinbarung einen Teil der Werkleistung ohne Rechnung zu erbringen, um die anfallende Umsatzsteuerpflicht zu umgehen, verstoßen haben. Dafür ist bereits der Verstoß einer Partei gegen das Verbotsgesetz ausreichend, wenn die andere Partei diesen bewusst zu ihrem eigenen Vorteil ausnutzt.<sup>4</sup> E stellte für den Werklohn i.H.v. 5.000 EUR keine Rechnung und wollte so der anfallenden Umsatzsteuerpflicht entgehen. Auch A konnte sich so seiner steuerlichen Pflicht entziehen, beide erfüllten mithin ihre Steuerpflicht i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht. Folglich liegt ein Verstoß gegen das o.g. Verbotsgesetz vor.

**c) Rechtsfolge, §§ 134, 139 BGB**

Durch den Verstoß gegen das Verbotsgesetz ist die Vereinbarung über den Werklohn i.H.v. 5.000 EUR gem. § 134 BGB nichtig. Fraglich erscheint, ob der Verstoß zur Gesamtnichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages führt. Eine Teilnichtigkeit ergibt sich nur,

<sup>1</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl. 2017, Rn. 321.

<sup>2</sup> Brox/Walker, BGB AT (Fn. 1), Rn. 321.

<sup>3</sup> BGH NJW 2013, 3167 (3168); BGH NJW 1990, 2542 (2542); BT-Drucks. 15/2573, S. 17; Armbrüster in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage 2015, § 134 Rn. 77.

<sup>4</sup> BGH NJW 2013, 3167 (3168).

wenn der Teilwerklohn ohne Rechnung eine konkrete Einzelleistung betrifft.<sup>5</sup> Bei dem geschlossenen Werkvertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Mithin führt der Verstoß mangels Einzelleistungsbezogenheit der Vereinbarung gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Werkvertrages.

### 3. Ergebnis

Folglich hat E keinen Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB gegen A.

## II. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

E könnte einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1. Anwendbarkeit (!)
2. Fremdes Geschäft
3. Fremdgeschäftsführungswille
4. Ohne Auftrag oder sonstiges Geschäftsführungsrecht
5. Berechtigung i.S.d. § 683 S. 1 BGB
6. Rechtsfolge

### 1. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob die GoA bei einem nichtigen Vertrag anwendbar ist.

#### a) Ansicht des BGH

Nach der Ansicht des BGH ist die GoA auch bei (Teil-) Nichtigkeit des Vertrages anwendbar.<sup>6</sup> Folgte man dieser Auffassung, wären im Folgenden die Voraussetzungen einer echten, berechtigten GoA zu prüfen.

<sup>5</sup> BGH NJW 2014, 1805 (1805); Busche in: MüKoBGB/ § 139 Rn. 24.

<sup>6</sup> BGH NJW 2012, 3366 (3368); BGH NJW 1962, 2010 (2011); BGH NJW 1990, 2542 (2542).

#### b) Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Lehre sei die Leistungskondition vorrangig, sodass die §§ 677ff. BGB bei Handeln aufgrund eines nichtigen Vertrages unanwendbar seien.<sup>7</sup> Folgte man dieser Auffassung, wäre das Bereicherungsrecht vorrangig, sodass die GoA nicht zur Anwendung käme.

#### c) Stellungnahme

Beide Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, mithin ist eine Stellungnahme geboten. Für die Ansicht des BGH spricht, dass eine Einschränkung der Anwendbarkeit weder nach Wortlaut noch im Sinne des Gesetzes geboten erscheint.<sup>8</sup> Insbesondere dürfe eine Person, die aufgrund eines nichtigen Vertrages agiert nicht schlechter gestellt werden, als eine Person, die ohne vertragliche Vereinbarung handelt. Die Anwendbarkeit werde zudem durch die fehlende Erforderlichkeit bei einer Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB relativiert.<sup>9</sup>

Für die herrschende Lehre spricht, dass andernfalls das Bereicherungsrecht und seine Schranken bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Verträge übergangen werden würden.<sup>10</sup> Durch die Umgehung der Schranken (§§ 814, 817, 818 Abs. 3 BGB) käme es zu Wertungswidersprüchen.<sup>11</sup> Zudem kann nach der Trennungslehre ein Sachverhalt nur als Leistung oder Aufwendung eingeordnet werden, sodass Leistungs- und Aufwendungskondition nicht miteinander

<sup>7</sup> Dornis in: Erman, Kommentar zum BGB Bd. 1, 15. Aufl. 2017, § 677 Rn. 51; Beuthien in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 10, 3. Aufl. 2012, § 677 Rn. 23; Schäfer in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5/2, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 88; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 36 Rn. 21; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 853.  
<sup>8</sup> BGH NJW 1962, 2010 (2011).  
<sup>9</sup> BGH NJW 1990, 2542 (2542); BGH NJW 2014, 1805 (1805); Dornis in: Erman, BGB, Bd. 1 (Fn. 7), § 677 Rn. 43; Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 87; Looschelders, Schuldrecht BT (Fn. 7), Rn. 853.  
<sup>10</sup> Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 677 Rn. 11.  
<sup>11</sup> Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 677 Rn. 23; Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 88.

konkurrieren.<sup>12</sup> Dies sei auf das Verhältnis von GoA und Leistungskondition zu übertragen.<sup>13</sup> Schließlich sei es verfehlt, das Risiko nutzloser Aufwendungen ohne Rücksicht auf den Nichtigkeitsgrund über §§ 683 S. 1, 670 BGB dem Gläubiger zuzuweisen.<sup>14</sup>

In ihrer Gesamtheit vermögen die Argumente der Rechtsprechung aufgrund der Umgehung der spezielleren bereicherungsrechtlichen Vorschriften nicht zu überzeugen. Zudem käme es bei einer solch weitreichenden Betrachtung zu einer Uferlosigkeit der §§ 677ff. BGB, sodass die GoA zu einem reinen Billigkeitsinstrument würde.<sup>15</sup> Mithin ist hier der Auffassung der herrschenden Lehre zu folgen, sodass die GoA keine Anwendung findet.

**Anmerkung:** Folgt man der Ansicht des BGH, so sind im Folgenden die Voraussetzungen der echten berechtigten GoA zu prüfen, andernfalls endet hier die Prüfung. Aufgrund der Vertretbarkeit beider Ansichten, wird im Sinne der Entscheidungsbesprechung im Folgenden der Lösungsweg nach der Auffassung der Rechtsprechung (hilfsgutachterlich) besprochen.

## 2. Fremdes Geschäft

Weiterhin müsste E ein fremdes Geschäft besorgt haben. Eine Geschäftsbesorgung ist jedes rechtsgeschäftliche, als auch tatsächliche Handeln mit wirtschaftlicher Bedeutung. Eine solche ist fremd, wenn es im Interessenkreis eines anderen liegt.<sup>16</sup> Die Ausführung der Elektroinstallationsarbeiten liegen im Interessenkreis des A. Allerdings nimmt E vorliegend seine eigene

Verpflichtung aus dem Vertrag wahr. Damit wird sowohl der Interessenkreis des A, als auch des E gleichermaßen berührt. Mithin liegt ein auch-fremdes Geschäft vor.

## 3. Fremdgeschäftsführungswille

E müsste auch mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dieser liegt vor, wenn der Geschäftsführer im Bewusstsein und Willen handelt, ein fremdes Geschäft zu führen. Dieser wird nach ständiger Rechtsprechung bei einem fremden, sowie einem auch-fremden Geschäft vermutet.<sup>17</sup> Zudem handelte E in Kenntnis der Fremdnützigkeit seiner Handlung. Folglich handelte er mit Fremdgeschäftsführungswillen.

## 4. Ohne Auftrag oder sonstiges Geschäftsführungsrecht

Weiterhin dürfte E weder aus Vertrag, noch aus Gesetz zur Vornahme des Geschäfts verpflichtet sein. Der Werkvertrag zwischen A und E ist gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. Mithin handelte E ohne gesetzliche oder sonstige Verpflichtung.

## 5. Berechtigung zur Geschäftsführung, § 683 S. 1 BGB

Schließlich müsste E im Interesse und Willen von A gehandelt haben. Die Geschäftsbesorgung liegt im Interesse des Geschäftsherrn, soweit diese für ihn objektiv nützlich und von Vorteil ist. E nahm die Elektroinstallation im Haus des A vor. Dies ist für A objektiv nützlich und von Vorteil. Hinsichtlich des Willens des Geschäftsherrn ist der wirkliche, also der tatsächlich geäußerte Wille maßgeblich. A wollte, dass E die Leitungen für ihn installiert. Mithin ist die Geschäftsführung berechtigt i.S.d. § 683 S. 1 BGB.

## 6. Rechtsfolge

Grundsätzlich hat E einen Anspruch auf Aufwendersatz i.S.d. § 670 BGB. Demnach sind alle Aufwendungen ersatzfähig, die zur Ausführung getätigt wurden, sofern der Geschäftsführer diese für

<sup>12</sup> Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 88.

<sup>13</sup> ebenda.

<sup>14</sup> Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 677 Rn. 23; Bergmann in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Geschäftsführung ohne Auftrag, Neubearbeitung 2015, Vorbem. zu § 677 Rn. 331.

<sup>15</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 412.

<sup>16</sup> BGHZ 121, 161 (165f.).

<sup>17</sup> BGHZ 54, 157 (160); 63, 167 (169); 65, 354 (354ff.).



erforderlich halten durfte. Aufwendungen sind alle freiwilligen Vermögensopfer.<sup>18</sup> E installierte die Elektroleitungen im Haus des A und tätigte damit nach der Sicht des BGH Aufwendungen. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ist diese durch einen Vergleich zur Gesamtrechtsordnung und damit normativ einzuschränken.<sup>19</sup> Selbst bei ausdrücklicher Weisung zur Vornahme wäre diese wegen § 134 BGB unbeachtlich, sodass der Geschäftsführer die Aufwendungen bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot normativ nicht für erforderlich halten durfte.<sup>20</sup> E verstieß bei der Ausführung gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. Folglich durfte er die Aufwendungen nicht für erforderlich halten.

## 7. Ergebnis

Mithin hat E keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB gegen A.

## III. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB haben.

Anspruch auf Wertersatz aus Leistungskondition (*condictio indebiti*) gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Ohne Rechtsgrund
4. Kein Ausschluss nach § 814 BGB
5. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)

### 1. Etwas erlangt

A müsste etwas erlangt haben. Fraglich ist, was bei Gebrauchsvorteilen und Dienstleistungen das erlangte Etwas darstellt. Nach der Ansicht des BGH

handelt es sich bei dem Erlangten, um das rechtlich Erlangte und somit um die ersparten Aufwendungen durch die Vornahme durch einen anderen.<sup>21</sup> E nahm die Ausführung der Elektroinstallation vor, sodass A diese nicht vornehmen musste. Damit musste A selbst diesbezüglich keine Ausgaben tätigen. Mithin hat A etwas erlangt.

Nach der herrschenden Lehre ist das tatsächlich Erlangte maßgeblich. Dies meint den unmittelbaren (Gebrauchs-)Vorteil, soweit er Vermögenswert ist.<sup>22</sup> A hat vorliegend die Arbeitsleistung und somit etwas i.S.d. § 812 BGB erlangt. Beide Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid nicht erforderlich ist, A hat etwas erlangt.

### 2. Durch Leistung

Weiterhin müsste A dies durch Leistung des E erlangt haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.<sup>23</sup> E nahm die Installation der Elektroleitungen aufgrund der vertraglichen Abrede mit A vor. Dass ein Teil der Gegenleistung mit einer ohne-Rechnung-Abrede belegt worden ist, ändert an der Ziel- und Zweckgerichtetheit der Vermögensmehrung nichts. Damit mehrte E bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des A. Folglich liegt eine Leistung vor.

### 3. Ohne Rechtsgrund

Der Werkvertrag zwischen A und E ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. Mithin erfolgte die Leistung des E ohne Rechtsgrund.

### 4. Kein Ausschluss nach § 814 Alt. 1 BGB

Der Anspruch des E könnte gem. § 814 Alt. 1 BGB wegen positiver Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen sein. Dazu müsste der

18 BGH NJW 1989, 1284 (1285); Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 670 Rn. 2.

19 Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 670 Rn. 22.

20 BGH NJW 1990, 2542 (2542); BGH NJW 2014, 1805 (1805); Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 670 Rn. 7.

21 BGH NJW 1971, 609 (610).

22 Schwab in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 21; Buck-Heeb in: Erman, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 15. Aufl. 2017, § 812 Rn. 9; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht (Fn. 7), § 40 Rn. 5.

23 Sprau in: Palandt (Fn. 10), § 812 Rn. 14; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht (Fn. 7), § 40 Rn. 6.



Leistende positive Kenntnis der, für ihn nicht bestehenden rechtlichen Verpflichtung haben.<sup>24</sup> Zweifel oder die bloße Kenntnis der Umstände, aus denen sich die fehlende Verpflichtung ergibt, ist hingegen unzureichend.<sup>25</sup> Somit ist bei der Annahme einer solchen positiven Kenntnis Zurückhaltung geboten, sodass etwaige Zweifel zu Lasten des Empfängers der Leistung gehen und ein Ausschluss nicht erfolgt.<sup>26</sup> Vorliegend bleibt es offen, ob E die rechtliche Schlussfolgerung hinreichend gezogen hat. Mithin ist der Anspruch nicht gem. § 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen.

### 5. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB

Schließlich könnte der Anspruch jedoch gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, soweit E gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen hat. § 817 S. 2 BGB findet dabei nach ganz herrschender Meinung nicht nur auf § 817 S. 1 BGB, sondern auf alle Leistungskonditionen Anwendung. Der Ausschluss nach § 817 S. 1 BGB ist anhand einer objektiven und subjektiven Komponente zu bestimmen.

#### a) Objektiver Verstoß

Dabei muss die Leistungserbringung als solche einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot darstellen. Der Verstoß ergibt sich vorliegend daraus, dass E seiner Steuerpflicht nicht nachgekommen ist. Das SchwarzArbG soll insbesondere die mit der Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindern bzw. beschränken und dient so auch dem Schutz gesetzestreuher Unternehmer und Arbeitnehmer. Dementsprechend verstößt auch die Ausführung einer gegen

§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßenden Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot.<sup>27</sup> Nur so kann der Schutzzweck des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG hinreichend gewahrt werden. Demnach liegt durch die Installation der Elektroleitungen ein objektiver Verstoß vor.

#### b) Subjektiver Verstoß

Des Weiteren müsste es E auch bewusst gewesen sein, dass er gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstößt. E wollte durch die Vereinbarung die 5.000 EUR bar und ohne Rechnung zu zahlen seine Steuerpflicht umgehen. Demnach war er sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst.

#### c) Zwischenergebnis

Grundsätzlich verstößt E durch die Leistungserbringung gegen § 817 S. 2 BGB, sodass sein Anspruch entfällt.

#### d) Einschränkende Auslegung

Fraglich ist, ob ein Verstoß vorliegt oder eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB in Schwarzarbeiterfällen gem. § 242 BGB geboten ist.

#### aa) Frühere Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung sollte der § 817 S. 2 BGB in Fällen von Schwarzarbeit aufgrund von Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht anwendbar sein. Dies wurde damit begründet, dass durch das Entfallen des Lohnanspruchs der Unternehmer einseitig belastet sei, obwohl beiderseits gegen das gesetzliche Verbot verstoßen wurde. Ferner sei der Zweck des SchwarzArbG die Wahrung öffentlicher Interessen, welche bereits durch den Ausschluss vertraglicher Ansprüche hinreichend gewahrt und eine generalpräventive Wirkung entfalten würde. Demnach entspreche es nicht der Billigkeit, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller seinen Vorteil unentgeltlich zu belassen.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Lorenz in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ungerechtfertigte Bereicherung, Neubearbeitung 2007, § 814 Rn. 4; Schwab in: MüKoBGB, Bd. 6 (Fn. 22), § 814 Rn. 16.

<sup>25</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, § 814 Rn. 4f.; Schwab in: MüKoBGB, Bd. 6 (Fn. 22), § 814 Rn. 17.

<sup>26</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bd. 11/3, § 814 Rn. 16; Sprau in: Palandt, § 814 Rn. 10.

<sup>27</sup> BGH NJW 2014, 1805 (1806).

<sup>28</sup> BGH NJW 1990, 2542 (2543).

**bb) Heutige Rechtsprechung**

In seinem Urteil vom 10.04.2014 wich der BGH von dieser Ansicht ab. So setze eine effektive Generalprävention voraus, dass auch der Leistende keinen Wertersatz für die von ihm erbrachte Leistung erhalte. Nur so könne der intendierten Wirksamkeit des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit genüge getan werden. Der bewusst gegen das SchwarzArbG Verstoßende solle nach der Intention des Gesetzgebers gerade schutzlos bleiben und veranlasst werden, das Geschäft nicht zu schließen. Überdies sei bei einem beidseitigen Verstoß kein Raum für Billigkeitserwägungen. Letztlich dürfe der Besteller bei einem Verstoß keine Mängelansprüche oder Mangelfolgeansprüche haben. Beide Parteien wären dann gleichermaßen von der ohne-Rechnung-Abrede beeinträchtigt.

**cc) Zwischenergebnis**

Aus Gründen des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb ist mit der neuen Rechtsprechung ist § 817 S. 2 BGB nicht einschränkend auszulegen. Folglich ist der Anspruch des E gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

**5. Ergebnis**

E hat keinen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB gegen A.

**IV. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB**

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Wertersatz wegen Zweckverfehlung (*condictio ob rem*) gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Zweckvereinbarung
4. Nichteintritt des bezweckten Erfolgs
5. Kein Ausschluss nach § 815 BGB
6. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)

Ein Anspruch des E auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB ist ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

**V. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB**

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB gegen A haben, soweit der Zweck derart bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

Anspruch auf Wertersatz (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Verstoß gegen gesetzliches Verbot durch Leistungsannahme
4. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)

Ein Anspruch des E auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB ist ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

**VI. Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem.****§§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**

Schließlich könnte E einen Anspruch auf Werklohnzahlung gem. §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

1. Anwendbarkeit des § 951 Abs. 1 BGB
2. Voraussetzungen des § 951 Abs. 1 BGB
  - a. Rechtsverlust gem. §§ 946ff. BGB
  - b. Voraussetzungen des § 812 BGB (!)
3. Rechtsfolge §§ 951 Abs. 1 S. 2, 812 BGB

§ 951 Abs. 1 BGB beinhaltet jedoch eine Rechtsgrundverweisung in das Bereicherungsrecht, sodass dessen

Voraussetzungen aufgrund des Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ebenfalls nicht erfüllt sind.<sup>29</sup>

## VII. Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung der Mängel gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB gegen E haben.

### Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB

1. Werkvertrag
2. **Wirksamkeit (!)**
3. Sach- / Rechtsmangel i.S.d. § 633 BGB
4. Kein Ausschluss der Gewährleistung i.S.d. § 635 Abs. 3 BGB
5. Kein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung
6. Rechtsfolge

Da der Werkvertrag zwischen A und E gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist dieser gem. § 134 BGB unwirksam, sodass auch etwaige Mängelgewährleistungsansprüche des A entfallen. Zwar könnte in Betracht gezogen werden, dem Auftraggeber in entsprechender Anwendung der Mängelgewährleistungsregeln einen Anspruch auf Nacherfüllung zu gewähren, da der Schwarzarbeiter ansonsten „gefahrlos“ sein Werk vollbringen könnte.<sup>30</sup> Gerade dies führt jedoch zur Abschreckung des Auftraggebers und entspricht somit dem Schutzzweck des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.<sup>31</sup> Folglich hat A keinen Anspruch auf Nacherfüllung der Mängel gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB gegen E.

## Fazit

Durch die Verwehrung der beidseitigen Ansprüche wird der Zielsetzung des Gesetzgebers genüge getan, ein Unrechtsbewusstsein gegenüber der Schwarzarbeit zu schaffen und rechtmäßiges Verhalten zu fördern.<sup>32</sup> So ist sich der Schwarzarbeiter bewusst, dass er bei einer Vorleistung keinerlei Anspruch auf den ausstehenden Werklohn hat, während der Auftraggeber Gefahr läuft, eine mangelhafte Leistung zu erhalten, ohne einen Anspruch auf Gewährleistungsrechte geltend machen zu können.

Die im Urteil festgehaltenen Grundsätze hinsichtlich der Nichtigkeit und Einschränkung des § 817 S. 2 BGB bestätigte der BGH mit dem Urteil vom 16.03.2017 (Az. VII ZR 197/16).<sup>33</sup>

Zudem erweiterte der BGH die Rechtsprechung dahingehend, dass auch ein Vertrag, der zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, unwirksam gem. § 134 BGB sein kann, soweit er durch eine nachträgliche Abänderung von § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.<sup>34</sup> Zudem wendet der BGH sich gegen die in der Literatur vertretene Auffassung, dass eine solche Änderungsvereinbarung bereits an sich unwirksam sei und den Werkvertrag unberührt lasse. Die Änderungsvereinbarung betreffe lediglich die Umstände der Zahlung und stelle erst in Verbindung mit der erbrachten Leistung einen Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG dar.<sup>35</sup> Zwar wird durch die verschärfte Anwendung der §§ 134, 817 S. 2 BGB die zivilrechtliche Geltendmachung ausstehender Ansprüche ausgeschlossen, fraglich ist jedoch, ob dieser erwünschte Abschreckungseffekt auch zu einem effektiven Rückgang der Schwarzarbeit in Deutschland führen wird.

<sup>29</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, Vor § 812 Rn. 22.

<sup>30</sup> Zintl/Singbartl, Und das Ende der Geschichte?, Schwarzarbeit, die lohnt sich nicht, ZJS 2015, 148 (151).

<sup>31</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 2542 (2543); Zintl/Singbartl (Fn. 25), ZJS 2015, 148 (151).

<sup>32</sup> BT-Drucks. 15/2573, S. 17.

<sup>33</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809).

<sup>34</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809).

<sup>35</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809f.).

## Schlemmerblock

§§ 305, 306, 307, 14, 310 BGB, Verhältnismäßigkeit von Vertragsstrafen bei Gutscheineften

BGH, Urt. v. 31.08.2016 – VII ZR 308/16

stud. iur. Simon Künnen

**Sachverhalt (gekürzt):**

K ist selbstständige Herausgeberin eines Gutscheinblocks. Sie bietet Betreibern von Gaststätten an, Anzeigen darin zu veröffentlichen.

Die Gastwirte verpflichten sich im Gegenzug dazu, den Erwerbern eines Gutscheinblocks gegen Vorlage der darin enthaltenen Gutscheine und Abnahme von mindestens zwei Hauptgerichten einen Preisnachlass von 100% für das günstigere Hauptgericht zu gewähren. Der Gastwirt B unterzeichnete 2015 einen Vertrag mit K über den Einbezug seiner Gaststätte in besagten Gutscheinblock. Der Vertrag enthält Vorgaben für eine Mindestanzahl an Gerichten und Serviceerwartungen. Im übrigen enthält der Vertrag die folgende Klausel:

*§ 20 “[...] Der Gutschein-Anbieter verpflichtet sich, bei einem vorsätzlich schuldhaften Verstoß gegen die im vorliegenden Anzeigenvertrag sowie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommenen Pflichten eine Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs an die K zu zahlen. Die Vertragsstrafe beträgt 2.500,00 EUR für jeden Fall und ist verwirkt, wenn ein Gutscheinnutzer sich über die Nichteinhaltung der im vorliegenden Anzeigenvertrag sowie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommenen Pflichten nachgewiesen berechtigt bei der K beschwert. [...]”*

Anfang des Jahres 2015 löste B wiederholt Gutscheine nicht ein, woraufhin sich mehrere Kunden bei K beschwerten.

- Kann K von B die Zahlung der Vertragsstrafe i.H.v. 2.500,00 EUR verlangen?

### Einordnung

Der oben aufgeführte Sachverhalt behandelt im Grundsatz die Angemessenheit von Vertragsstrafen. Geregelt ist die Vertragsstrafe durch allgemeine Geschäftsbedingungen, weshalb der Kern der folgenden Prüfung eine AGB Kontrolle darstellt. Wo genau eine AGB-Kontrolle innerhalb einer Prüfung vorgenommen wird, ist vom Einzelfall abhängig, soll

jedoch ein Anspruch aus einer Klausel der allgemeinen Geschäftsbedingungen geprüft werden, so ist bereits eingehend bei der Frage, ob der Anspruch entstanden ist zu prüfen, ob die anspruchsbegründende Klausel überhaupt wirksam einbezogen wurde. In eben jener Prüfung liegt in diesem Fall der Fokus auf der Frage, ob die Vertragsstrafe gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine entgegen des Gebotes von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung darstellt.

Bei der Beantwortung der Frage durch das Berufungsgericht sowie den BGH bestand Einigkeit hinsichtlich der sog. Druck- und Kompensationsfunktion, an der sich die Vertragsstrafe messen lassen muss. In Angesicht der Tatsache, dass im vorliegenden Fall das Funktionieren des Konzeptes maßgeblich von der Vertragstreue des jeweiligen Gastwirtes abhängig ist, kamen das Berufungsgericht und der BGH beide zu dem Schluss, dass die Vertragsstrafe für diese Funktion nicht unverhältnismäßig sei.

Im Gegensatz zum Berufungsgericht problematisierte der BGH jedoch die Pauschalisierung der Vertragsstrafe. Eine solche kann laut BGH an sich schon zu einer Unangemessenheit einer Vertragsstrafe führen, in jedem Falle müsse jedoch die Höhe in Bezug zur typisch kleinsten Pflichtverletzung ins Verhältnis gesetzt werden. Im vorliegenden Fall konnten somit auch kleinste Verstöße wie schlechter Service o.Ä. zu der hohen Strafe führen. Bei diesem Verhältnis sah der BGH, im Gegensatz zum stärkeren Verstoß der Nicht-Einlösung von Gutscheinen, eine unproportionale Schärfe der Sanktion und somit eine unangemessene Benachteiligung. Der Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB führt somit zu einer Unwirksamkeit der Klausel.

## Leitsatz

Eine Vertragsstrafenvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herausgebers eines Gutscheinblocks, die für schuldhaft vorsätzliche Vertragsverstöße von unterschiedlichem Gewicht einen pauschalen Betrag von 2.500,00 EUR vorsieht, ist unwirksam, weil sie angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstoßes unverhältnismäßig hoch ist und den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

## Gutachterliche Lösung

### Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe gem. § 20 des Vertrages

1. Wirksamer Vertrag
2. Wirksamkeit der Klausel
  - a) Anwendbarkeit der §§ 305ff. BGB
  - b) Vorliegen von AGB
    - aa) Vorformulierte Vertragsbedingungen
    - bb) Gestellt vom Verwender
    - cc) Keine Individualvereinbarung
  - c) Einbeziehung in den Vertrag
  - d) Inhaltskontrolle
    - aa) Eröffnung der Inhaltskontrolle
    - bb) Verstoß gegen die §§ 308 - 309 BGB
    - cc) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (!)
3. Voraussetzungen der Klausel

### I. Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe gem. § 20 des Vertrages

K könnte einen Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe i.H.v. 2.500,00 EUR gegen B aus § 20 des Vertrages haben.

#### 1. Wirksamer Vertrag

Die Parteien haben laut Sachverhalt einen Vertrag geschlossen, Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich.

#### 2. Wirksamkeit der Klausel

Um einen Anspruch aus § 20 des Vertrages zu haben, müsste die Klausel zunächst in Form von AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein und einer Inhaltskontrolle standhalten.



**a) Anwendbarkeit der §§ 305ff. BGB**

Die §§ 305ff. BGB müssten zunächst anwendbar sein. Ein Ausschluss der Anwendung findet sich in § 310 Abs. 4 BGB. Solche sind hier jedoch nicht ersichtlich. Die §§ 305ff. BGB sind somit anwendbar.

**b) Vorliegen von AGB, § 305 Abs. 1 BGB**

Ebenfalls müsste es sich bei der vorliegenden Klausel um eine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB handeln.

**aa) Vorformulierte Vertragsbedingungen**

Dazu müssten die Vertragsbedingungen vorformuliert sein. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie vor Abschluss des Vertrages in der Absicht formuliert wurden, in künftigen Fällen Verwendung zu finden.<sup>1</sup> Dieses ist zumindest dann der Fall, wenn mehr als drei Verwendungen geplant sind, auf eine tatsächliche Mehrfachverwendung kommt es nicht an.<sup>2</sup> Es ist hier davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Gasstätten in dem Gutscheinheft der K auftreten sollen. Zudem ist aus der Formulierung der Klausel ersichtlich, dass sie für alle diese Gaststättenbetreiber gelten soll. Damit ist eine mehrmalige Verwendung geplant, folglich handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen.

**bb) Vom Verwender gestellt**

Entscheidend ist zudem, dass die Vertragsbedingungen vom Verwender gestellt werden. Gestellt werden die Vertragsbedingungen dann, wenn eine der Parteien die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen verlangt oder vorgibt.<sup>3</sup> Indem K die Klausel dem Vertrag hinzufügte, zeigte er B auf, dass er verlangte sie zum Bestandteil des Vertrages zu machen. Folglich stellt K als Verwender die Vertragsbedingungen einseitig.

**cc) Keine Individualvereinbarung**

Die Bedingungen dürfen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zudem nicht individuell vereinbart, also ausgehandelt worden sein.<sup>4</sup> Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass B Änderungen der Vertragsbedingungen verlangte oder vornahm. Eine Individualvereinbarung liegt folglich nicht vor.

**c) Einbeziehung in den Vertrag**

Ebenso müssten die AGB auch Vertragsbestandteil geworden sein. Grundsätzlich ist die Einbeziehung von AGB in § 305 Abs. 2, 3 BGB geregelt. Etwas anderes ergibt sich gem. § 310 Abs. 1 BGB, wenn es sich bei den Vertragspartnern um Unternehmer i.S.d. § 14 BGB handelt. Ist dies der Fall, regelt sich die Einbeziehung der AGB nach den allgemeinen Rechtsgeschäftsgrundsätzen gem. §§ 145, 147 BGB.

Es könnte sich bei den Parteien um Unternehmer handeln. Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. K ist selbstständige Herausgeberin und wird damit selbstständig unternehmerisch tätig, Gastwirt B führt aus erwerbswirtschaftlichen Zwecken ein Lokal.

Damit sind sowohl K als auch B Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Weiterhin müssten beide den Willen geäußert haben, die Klausel auch in den Vertrag einzubeziehen. Ein übereinstimmender Wille i.S.d. §§ 145, 147 BGB ergibt sich aus der Unterzeichnung des schriftlichen Vertrages mit der genannten Klausel. Die Unternehmer K und B wollten die AGB, somit auch § 20 der AGB, in ihren Vertrag einbeziehen. Die AGB sind somit Bestandteil des Vertrages geworden.

**d) Inhaltskontrolle**

Die allgemeine Geschäftsbedingung müsste auch einer Inhaltskontrolle standhalten.

<sup>1</sup> Lapp/Salamon in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2017, § 305 Rn. 24.

<sup>2</sup> Lapp/Salamon in: jurisPK-BGB (Fn. 1), § 305 BGB Rn. 24; Becker in: Bamberger/Roth, Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 305 Rn. 23.

<sup>3</sup> BGHZ 130, 57 (61); OLG Hamm NJW-RR 1999, 999 (1000); Berger in: PWW, 12. Aufl. 2017, 305 Rn. 6.

<sup>4</sup> BGHZ 97, 215; 84, 112; Berger in: PWW (Fn. 3), § 305 Rn. 11.



**aa) Eröffnung der Inhaltskontrolle**

Dazu müsste die Möglichkeit zur Inhaltskontrolle zunächst eröffnet sein. Nach § 307 Abs. 3 BGB findet eine Anwendung der Inhaltskontrolle nur auf Klauseln statt, die von dispositiven Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Eine generelle Vertragsstrafenregelung ist dem BGB nicht bekannt. Die Klausel § 20 des Vertrages ergänzt somit die Rechtsvorschriften. Die Möglichkeit der Inhaltskontrolle ist somit eröffnet.

**bb) Ausschluss nach §§ 308 - 309 BGB**

Zunächst könnte hier ein Verstoß gegen die §§ 308 - 309 BGB vorliegen. Jedoch sind gem. 310 Abs. 1 S. 1 BGB die §§ 308 - 309 BGB nicht anwendbar, wenn es sich bei dem Vertragspartner um einen Unternehmer handelt. Wie bereits festgestellt trifft die Stellung auf B zu. Im Gegensatz zu einer direkten Anwendung kommt den §§ 308 - 309 BGB jedoch eine Indizwirkung für eine mögliche Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu.<sup>5</sup>

**cc) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB**

Fraglich ist somit, ob hier die Vertragsbestimmung durch einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen des Gebotes von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine Beurteilung muss daher, dem Vertrag wesensgemäß, auf einer Berücksichtigung der jeweiligen Interessen der Vertragspartner beruhen.<sup>6</sup> Daher liegt zumindest dann eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn der Vertragspartner missbräuchlich einseitige Interessen durchzusetzen sucht, ohne die Belange des Vertragspartners zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Es lässt sich vorliegend erkennen, dass Sinn und Zweck der Klausel eine Druck- und Kompensationsfunktion ist. Durch die Vertragsstrafe will K sicherstellen, dass

B die Gutscheine der Kunden einlöst. Es ist jedoch fraglich, ob die Höhe von 2.500,00 EUR pro Verstoß im Verhältnis zur Funktion gerechtfertigt erscheint. Eine solche unproportionale Schärfe der Sanktion würde eine unangemessene Benachteiligung darstellen. Bei dem Anlegen des Kontrollmaßstabes für die unproportionale Schärfe müssen hier Privatautonomie,<sup>8</sup> Verkehrssitte<sup>9</sup> und (wirtschaftliche) Auswirkungen beim Vertragspartner<sup>10</sup> herangezogen werden. Sollten die Gastronomen in dem Gutscheineheft des K gehäuft das Einlösen der Gutscheine verweigern, würde dies einen erheblichen Image-Schaden für das Geschäft der K bedeuten. Eine Folge wäre, dass Kunden den Gutscheineblock nicht mehr kaufen würden. Das gesamte Konzept der K hängt somit von der Vertragstreue der Gastwirte ab. Dem gegenüber steht die Höhe der Vertragsstrafe. Sollte ein Gastwirt mehreren Kunden das Einlösen verweigern, so multipliziert sich die Vertragsstrafe auf eine Höhe, die für den jeweiligen Gastwirt existenzbedrohend sein kann.

Ebenfalls in die Betrachtung ist einzustellen, dass es sich bei K und B um Unternehmer i.S.d. § 14 BGB handelt. Bereits aus der Wertung des § 310 Abs. 1 BGB ist ersichtlich, dass der Maßstab an der Unternehmer-Verkehrssitte anzulegen ist.<sup>11</sup> Die Schutzwürdigkeit eines Unternehmers i.S.d. § 14 BGB ist im Vergleich zu einer Privatperson herabgesetzt.

Von einem Unternehmer kann zumindest in den Grundzügen erwartet werden, dass er die Vertragsstrafe vorher kalkuliert und auf Basis dessen die Überlegungen treffen kann, ob er diese versprechen will. Es liegt somit auch ein anderes Risikobewusstsein vor.<sup>12</sup> Eine etwaige Existenzbedrohung war somit für B kalkulierbar, dennoch entschied er

<sup>5</sup> BGH NJW 2007, 3774 (3774).

<sup>6</sup> Coester in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neubearbeitung 2013, § 307 Rn. 96.

<sup>7</sup> BGH NJW 2017, 1941 (1943); NJW 2017, 1669 (1669).

<sup>8</sup> Coester in: Staudinger (Fn. 6), § 307 Rn. 91

<sup>9</sup> Coester in: Staudinger (Fn. 6), § 307 Rn. 112.

<sup>10</sup> BGHZ 153, 311 (325f.), Lapp/Salamon, in: jurisPK-BGB (Fn. 1), § 307 Rn. 60.

<sup>11</sup> Coester in: Staudinger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 307 - 309 Rn. 16; § 307 Rn. 112.

<sup>12</sup> BGH NJW 1986, 2190 (2194).

sich bewusst dazu den AGB zuzustimmen. In einer Abwägung zwischen dem, dem Geschäftsmodell geschuldeten hohen Erfüllungsinteresse der K, zu der hohen aber bewusst eingegangen und kalkulierbaren Vertragsstrafen-Belastung des B, überwiegt somit das Interesse an der Erfüllung. Die Vertragsstrafenhöhe ist somit in Anbetracht des Schadens durch wiederholtes Nicht-Einlösen unter Berücksichtigung der Unternehmereigenschaft nicht unangemessen.

Problematisch könnte jedoch sein, dass in der aufgeführten Klausel nicht zwischen Pflichtverstößen differenziert wird. Unter Berücksichtigung des Übermaßgedankens kann bereits eine Vertragsstrafe, welche breitflächig sämtliche Pflichtverletzungen abdeckt, eine unangemessene Benachteiligung darstellen.<sup>13</sup> In jedem Falle ist jedoch die Höhe bei pauschalisierten Vertragsstrafen an dem typischerweise geringsten Vertragsverstoß zu messen.<sup>14</sup> Hier könnte auch eine schlechte Serviceleitung oder ein Verstoß gegen die Mindestanzahl an Gerichten zu einer Vertragsstrafe i.H.v. 2.500,00 EUR führen. Ein solcher Verstoß würde jedoch nicht zu einem gänzlichen Scheitern des Konzeptes führen, hingegen jedoch zu einer möglichen Existenzbedrohung des Gastwirtes. Es handelt sich somit um eine unproportionale Schärfe der Sanktion. Führt somit nicht bereits die pauschalisierte Vertragsstrafe an sich aufgrund des Übermaßgedankens zu einer unangemessenen Benachteiligung, so tut es zumindest die unproportionale Schärfe in Anbetracht des geringsten Vertragsverstoßes. Die Klausel verstößt folglich gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

## II. Rechtsfolge

Die Klausel § 20 des Vertrages ist aufgrund des Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. In Abgrenzung zur Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen erhalten.<sup>15</sup> K kann sich mithin nicht auf die Klausel berufen.

<sup>13</sup> BAG NZA 2006, 34 (37); BAG NZA 2005, 1053 (1056); Coester in: Staudinger (Fn. 6), § 307 Rn. 158.

<sup>14</sup> BGH NJW 2016, 1230 (1234); NJW 1997, 3233 (3235).

<sup>15</sup> Lapp/Salamon in: jurisPK-BGB (Fn. 1), § 307 Rn. 15.

## III. Ergebnis

K hat folglich keinen Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe aus § 20 des Anzeigenvertrages.

**Anmerkung:** Auch wenn die oben gezeigte Ausführung für eine Klausur lang erscheint, so dient sie hier primär dazu aufzuzeigen, welche Kriterien bei der Prüfung der Unangemessenheit von Vertragsstrafen angeführt werden müssen. Wichtig ist, dass die Interessenlagen beider Vertragsparteien berücksichtigt werden. Bei der Auswahl der Kriterien sollte zu dem die Wertung des § 310 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden. Schwerpunkt der Entscheidung des BGH ist, dass eine pauschalisierte Vertragsstrafe schon an sich problematisch ist und zusätzlich den Wertungsmaßstab im Rahmen des typisch kleinen Pflichtverstoßes nach unten verschiebt. Besonders vor dem Hintergrund des vergleichsweise geringen Anspruches der restlichen Lösung, kann also eine ausführliche Argumentation im § 307 BGB erwartet werden.

## Fazit

Als häufiger Bestandteil von Examensprüfungen und Abschlussklausuren, kommt der AGB-Kontrolle eine nicht zu vernachlässigende Rolle zu. Der Aufbau scheint im ersten Moment komplex und die Positionierung ist, je nach Fallfrage, auch nicht immer eindeutig.

Die Prüfungsreihenfolge für eine AGB-Kontrolle ist immerhin oft gleich, zumindest sehr ähnlich. Zu beachten ist, dass, wäre hier die Fallfrage nicht eindeutig auf einen Anspruch aus der Vertragsstrafe gerichtet, auch etwaige Ansprüche auf Schadensersatz wegen eines Pflichtverstoßes in Frage gekommen wären.

Stehen der Aufbau und die Positionierung fest, so bietet gerade der Punkt der eigentlichen Inhaltskontrolle viel Freiraum für Argumentation. Im vorliegenden Fall musste aufgrund der Unternehmerstellung auf die allgemeine Klausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zurückgegriffen werden. Der Bezug in dieser zum Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB zeigt jedoch nicht nur, dass viel Freiraum für Argumentation besteht, sondern dieser auch ausgefüllt werden muss. Dass in der hier besprochenen Entscheidung die pauschalisierte Vertragsstrafe ein Verstoß gegen eben jenen in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verkörperten Grundsatz darstellt, ist kein Novum. Bereits in vergangenen Entscheidungen wies der BGH auf diese Problematik hin.

Mit der jetzigen Entscheidung steckt der BGH den Rahmen für pauschalisierte Vertragsstrafen genauer ab. Eine Entscheidung, die geeignet als Prüfungsaufgabe im ersten und zweiten Examen erscheint. Sowohl die Prüfung der §§ 305ff. BGB in der ersten Prüfung, als auch das Entwerfen entsprechender Klauseln als Kautelarklausur im Referendarexamen können als Prüfungsaufgabe einen Bezug zur Entscheidung herstellen.

## A.C.A.B.

Art. 5 Abs. 1 GG, 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG

BVerfG 1 BvR 1593/16  
stud. iur. Frederike Hirt

**Sachverhalt (gekürzt):**

L besucht im März 2015 ein Fußballspiel der zweiten Bundesliga. Sie trägt eine Weste mit Aufnähern auf der vorderen, linken Brustseite. Ein Aufnäher ist mittig positioniert und zeigt die Buchstaben A.C.A.B. Darunter sind zwei Aufnäher mit der Zahlenkombination 1 3 1 2 angebracht. Bei der Einlasskontrolle am Stadion wurden die Ordner durch eine Abteilung der Bereitschaftspolizei unterstützt. L kannte die anwesenden Polizisten namentlich, auch war ihr bekannt, dass diese während des Spiels an der Einlasskontrolle eingesetzt werden. L hielt sich während des Einlasses überwiegend in ihrer Fan-Gruppe auf und konzentrierte sich nicht mehr als Andere auf die Einlasskontrolle oder die Polizisten.

In Polizeikreisen ist seit langem bekannt und etabliert, dass die Buchstabenfolge das Akronym für „All Cops are Bastards“ (zu deutsch: Alle Polizisten sind Bastarde) ist. Für die Zahlenfolge 1 3 1 2 liegt eine Bedeutungsäquivalenz zwar nahe, aufgrund der bisher seltenen Verwendung der Zahlenfolge hat sich dieses aber noch nicht etabliert. Als einer der Polizeibeamten den Aufnäher mit der Buchstabenfolge A.C.A.B. und der Zahlenfolge 1312 sah, veranlasste er die Kontrolle und Durchsuchung der L durch eine Kollegin und zwei Kollegen, die den Aufnäher ebenfalls wahrnahmen.

Das AG verurteilte L wegen Beleidigung i.S.d. § 185 StGB zu der Geldstrafe. Die Berufung ans LG und die Revision ans OLG wurden zurückgewiesen.

Das OLG stimmt dem AG und dem LG zu, dass die vier Geschädigten als Personengemeinschaft unter einer Kollektivbezeichnung beleidigt worden sind. Die herabsetzende Äußerung habe sich an die Polizeibeamten gerichtet, die als solche an dem konkreten Einsatz – der Kontrolle des Stadioneingangs – teilgenommen hätten. Damit hebe sich diese Gruppierung deutlich von der Allgemeinheit heraus und sei von überschaubarer Anzahl.

L erwidert, dass sie damit nur zeigen wollte, was sie von der Polizei hält und es nicht konkret auf diese Polizisten bezogen war. Es müsse in Deutschland doch wohl möglich sein, zu sagen, dass man auf die Polizei nicht viel geben würde, ohne gleich vor Gericht verurteilt zu werden. Ein derartiges Verhalten müsse von dem Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasst sein.

- Hat die zwei Wochen nach Beschluss des OLG eingereichte Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG Aussicht auf Erfolg?

## Einordnung

Die Meinungsfreiheit ist ein elementarer Bestandteil einer freiheitlichen Demokratie. In diesem Zusammenhang sah sich das Bundesverfassungsgericht schon oft mit dem Schutz dieses Grundrechts konfrontiert. Gerade im Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG sind daher grundlegende Urteile des BVerfG zu finden, die alle der Linie folgen diesem Freiheitsgrundrecht größtmögliches Gewicht beizumessen. An diese Grundsätze ist stets in einer grundrechtlichen Klausur zum Art. 5 Abs. 1 GG zu denken. Angestoßen mit dem wegweisenden „Alle-Soldaten-sind-Mörder-Urteil“ von 1995<sup>1</sup> sollte sich in diesem Bereich eine beständige Rechtsprechung prägen. Das Verhältnis der Meinungsäußerungsfreiheit zu Kollektivbeleidigungen, ebenso wie die Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil spielen im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG eine wichtige Rolle. Es sind einige Urteile und Beschlüsse gefolgt,<sup>2</sup> die erkennen lassen, dass sich vor der Bearbeitung eines Klausurfalles folgende Fragen gestellt werden können, um sich der Thematik zu nähern:

1. Handelt es sich im konkreten Fall um ein Werturteil oder um eine Tatsachenbehauptung? Wie erfolgt eine Abgrenzung beider Begriffe?
2. Darf man bei Abkürzungen eine bestimmte Aussage unterstellen und wenn ja, wie gängig muss die Abkürzung sein?
3. In welcher Situation spielte sich die Meinungsäußerung ab? Ist ein Einzelner oder eine konkret bestimmbare Gruppe direkt angesprochen?

<sup>1</sup> BVerfGE 93, 266ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 94, 1ff.; BVerfGE 124, 300ff.; BVerfG NJW 2001, 61ff.; BVerfG NJW 2016, 2870f.

Sind diese Fragen beantwortet, müssen zusätzliche Schwerpunkte im Rahmen der Prüfung des Art. 5 Abs. 1 GG beachtet werden. Zu beachten sind zuallermeist die Prüfung des Schrankentrias und die ordentliche Darstellung der Wechselwirkungslehre.

## Leitsätze

1. Die Parole A.C.A.B. (für: all cops are bastards) steht für eine allgemeine Ablehnungshaltung gegenüber der Polizei. Auch, wenn die Parole als Aufnäher auf einer Weste zur Schau gestellt wird, fällt die Aussage unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG.
2. Dass die im Fußballstadion eingesetzten Polizistinnen und Polizisten den A.C.A.B.-Aufnäher wahrnehmen können, stellt keine hinreichende Konkretisierung des Kollektives „Polizei“ dar. (**Leitsätze der Redaktion**)

## Gutachterliche Lösung

Die Verfassungsbeschwerde hat gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG Aussicht auf Erfolg, sofern sie zulässig und soweit sie begründet ist.



**A. Zulässigkeit**

- I. Zuständigkeit
- II. Beteiligtenfähigkeit
- III. Beschwerdegegenstand
- IV. Beschwerdebefugnis
- V. Rechtswegerschöpfung
- VI. Form und Frist

**B. Begründetheit****I. Artikel 5 Abs. 1 GG****1. Schutzbereich (!)**

- a) persönlicher Schutzbereich
- b) sachlicher Schutzbereich
  - aa) Aufnäher A.C.A.B.
  - bb) Aufnäher 13 12

**2. Eingriff****3. Rechtfertigung****a) Schranke****b) Schranken-Schranken (!)**

- aa) Eingriffsermächtigung
- bb) Einzelentscheidung

**II. Artikel 2 Abs. 1 GG****A. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde müsste gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG zulässig sein.

**I. Zuständigkeit**

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

**II. Beteiligtenfähigkeit**

L müsste beteiligtenfähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist das „jedermann“, der Träger der in Betracht kommenden Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte ist. L ist als natürliche Person Trägerin des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Somit ist sie beteiligtenfähig i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG.

**III. Beschwerdegegenstand**

Es müsste weiterhin ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegen. Dies ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG jede Maßnahme der öffentlichen Gewalt. Es liegt ein letztinstanzliches, strafgerichtliches Urteil eines OLG gegen L vor, welches die Ausführungen der vorangegangenen Urteile des LG und AG zu materiellen Rechtslage einbezieht. Folglich liegt mit der Entscheidung des OLG als Akt der Judikative ein tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG vor.

**IV. Beschwerdebefugnis**

L müsste i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt sein. Beschwerdebefugt ist nach der Möglichkeitstheorie zumindest derjenige, der eine Verletzung seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechten geltend macht und dadurch die Möglichkeit einer derartigen Rechtsverletzung deutlich werden lässt.<sup>3</sup> Beschwervert ist der Beschwerdeführer dann, wenn er selbst, gegenwärtig und unmittelbar von der geltend gemachten Grundrechtsverletzung betroffen ist. Bei Judikativakten ist das grundsätzlich der Fall.<sup>4</sup>

L behauptet in ihrer Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG durch das Strafurteil verletzt zu sein. Es geht ihr gerade nicht um die abstrakte Überprüfung des § 185 StGB. Es kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass durch das Urteil ungerechtfertigt in die Meinungsäußerungsfreiheit der L eingegriffen wurde. Des Weiteren kommt Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Eine Verletzung der Grundrechte der L aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG erscheint daher möglich. Von dem gegen sie gerichteten Urteil ist sie auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Demnach ist L i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdebefugt.

<sup>3</sup> BVerfGE 89, 155 (171); Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 211f.; Epping, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Kap. 4 Rn. 179.  
<sup>4</sup> Epping, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 4 Rn. 182.



## V. Rechtswegerschöpfung

L hat vor dem LG Berufung und Revision vor dem OLG eingelegt. Somit hat sie den Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 BVerfGG, Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG erschöpft.

## VI. Form und Frist

L hat die Klage zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung begründet eingereicht. Folglich hat sie die Formvorschriften i.S.d. §§ 23, 92 BVerfGG und das Fristerfordernis i.S.d. § 93 Abs. 1 BVerfGG von einem Monat eingehalten.

## VII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der L ist i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG zulässig.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, sofern der persönliche und sachliche Schutzbereich eines Grundrechts eröffnet und ein Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG.

### I. Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG

#### 1. Schutzbereich

##### a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Vom persönlichen Schutzbereich eines Jedermann-Grundrechts sind sämtliche natürliche Personen, unabhängig der Staatsbürgerschaft, sowie juristische Personen umfasst.<sup>5</sup> L ist als natürliche Person Trägerin des Jedermann-Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, der persönliche Schutzbereich ist eröffnet.

##### b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Art. 5 Abs. 1 Halbs. 1 GG schützt das Äußern und das

Verbreiten einer Meinung. Eine Meinung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Halbs. 1 GG ist eine durch ein Argument der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äußerung, die das Ergebnis wertender Denkprozesse ist.<sup>6</sup> Sie genießt den Schutz aus Art. 5 Abs. 1 GG unabhängig davon, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, als gefährlich oder ungefährlich eingeschätzt wird.<sup>7</sup> In Abgrenzung dazu sind inhaltslose Äußerungen nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG umfasst.<sup>8</sup> Die Äußerung selbst ist die Kundgabe der eigenen Meinung.<sup>9</sup> L trug einen Aufnäher mit dem Kürzel A.C.A.B und zwei Aufnäher mit der Zahlenfolge 1 3 1 2. Fraglich ist, ob das Tragen dieser beiden Aufnäher eine Meinungsäußerung ist.

#### aa) Aufnäher A.C.A.B.

Bezüglich der Buchstabenfolge ist bei der Polizei und bei der Äußernden allgemein bekannt, dass das Kürzel A.C.A.B. für die englische Parole „All Cops Are Bastards“ (zu Deutsch: Alle Polizisten sind Bastarde) steht. Es kann daher angenommen werden, dass L nicht nur die einzelnen Buchstaben A C A B mitteilen, sondern damit auch die Parole kundgeben wollte. Das wird zusätzlich insofern bestärkt, als dass L die Aufnäher während der Einlasskontrolle zu einem Fußballspiel trägt. Oft sind dort Polizeibeamtinnen und -beamte eingesetzt, die sich die Kleidung der Stadiongäste. Die Äußerung ist damit gerade nicht inhaltlos, sondern bringt eine generelle Ablehnungshaltung gegenüber der Polizei zum Ausdruck. Kundgegeben wird die Parole vor den eingesetzten Polizistinnen und Polizisten als Teilgruppe der Polizei. L bezieht damit im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung Stellung bezüglich ihrer Haltung zur Polizei. Folglich liegt eine Meinungsäußerung vor.

<sup>6</sup> BVerfGE 90, 241 (247); BVerfGE 124, 300 (320); *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 I, II Rn. 62.

<sup>7</sup> BVerfGE 90, 241 (247); BVerfGE 124, 300 (320); *Jarass* in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 5), Art. 5 Rn. 5.

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2017, 1092 (1092); *Muckel*, Meinungsfreiheit schützt nicht jede Kollektivbeleidigung – „A. C. A. B.“ kann auch strafbar sein, JA 2017, 876 (876).

<sup>9</sup> *Epping*, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 218.

<sup>5</sup> *Schulze-Fielitz* in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 114ff.; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 5 Rn. 14.

**bb) Aufnäher 1 3 1 2**

Fraglich ist, ob auch die Zahlenfolge als inhaltliche Stellungnahme gewertet werden kann.

Während die Buchstabenkombination A.C.A.B mittlerweile allgemein als Synonym für „All Cops Are Bastards“ gilt, ist das bei der Zahlenfolge 1 3 1 2 gerade nicht der Fall. Dadurch kann die Zahlenfolge öfter auftauchen, ohne dass die entsprechende Aussage damit verbunden wird. Auch trägt L die Zahlenfolge nur als Aufnäher auf ihrer Jacke. Durch diesen Umstand können weder mit der Zahlenfolge verbundene Emotionen oder Verhaltensweisen der L abgelesen werden. Insofern darf L nicht vorschnell ein Aussagegehalt unterstellt werden, der sich aus reiner Interpretation eines Kleidungsstücks ergibt.

Allerdings entspricht die Zahlenfolge 1 3 1 2 der Stellung der Buchstaben A, C, A und B im Alphabet, sodass es nahe liegt, einen Zusammenhang herzustellen. Der Zusammenhang wird dadurch verstärkt, dass L die Aufnäher direkt untereinander trägt. Indem L durch ihre Kundgabe der A.C.A.B Parole eine negative Stellung bezieht, entsteht ein Kommunikationszusammenhang zwischen A.C.A.B und 1 3 1 2. Die Zahlenfolge ist vorliegend gerade nicht als zufällige, inhaltslose Aneinanderreihung von Zahlen zu sehen. Indem die Zahlen direkt unter der Buchstabenfolge platziert sind, wird deutlich, dass die Zahlenfolge zumindest als Synonym für die Buchstabenfolge steht. In Verbindung mit dem Kürzel A.C.A.B entsteht wiederum ein Bezug zu der Parole „All Cops Are Bastards“. Für eine Qualifizierung der beiden 1 3 1 2 - Aufnäher als Meinung spricht auch der umfassendere Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit im Vergleich zu der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Nur weil 1 3 1 2 weniger bekannt ist als A.C.A.B ist in dem Zusammenhang, den L herstellt, die eine Variante nicht weniger schützenswert als die Andere.

Ihre ablehnende Haltung gegenüber der Polizei äußert L daher nicht nur mit einem A.C.A.B-Aufnäher, sondern unterstreicht diese Haltung mit den zwei 1 3 1 2 - Aufnähern. Folglich ist auch die Zahlenfolge 1 3 1 2 mit dieser hier vorliegenden Positionierung auf der Jacke eine inhaltliche Stellungnahme der L.

**Anmerkung:** Das Bundesverfassungsgericht hat an dieser Stelle offengelassen, ob auch die Zahlenfolge 1 3 1 2 eine inhaltliche Stellungnahme ist. Mit guter Argumentation ist daher beides vertretbar.

**cc) Zwischenergebnis**

Eine Meinungsäußerung liegt vor. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

**2. Eingriff**

Es müsste ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Halbs. 1 GG vorliegen. Ein Eingriff im klassischen Sinn ist in rechtsförmiger Vorgang, der unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfügbares Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.<sup>10</sup> Gegen L wurde ohne weiteren Vollzugsakt ein Urteil auf Grundlage der Verbotsnorm des § 185 StGB verhängt. Dieses hatte die Absicht, L für die Kundgabe der Parole A.C.A.B zu verurteilen. Somit liegt ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Halbs. 1 GG vor.

**3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Eingriff könnte seinerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

**a) Schranke**

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung unterliegt dem Schrankentrias gem. Art. 5 Abs. 2 GG. Danach wird die Meinungsäußerungsfreiheit durch allgemeine Gesetze, die Gesetze zum Schutze der Jugend und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Zur Bestimmung von allgemeinen Gesetzen kombiniert das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Sonderrechts- mit der Abwägungslehre.<sup>11</sup> Gesetze werden als allgemein qualifiziert, wenn sie sich nicht gegen die

<sup>10</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 8 Rn. 6.

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 198 (209f.); BVerfGE 117, 244 (260), BVerfGE 124, 300 (322).

Meinungsfreiheit an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten und vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zuschützenden Rechtsguts dienen.<sup>12</sup> Die weiteren Schranken verlieren angesichts dessen an eigenständiger Bedeutung. Sie können jedoch in Kombination weiterhin auftreten.<sup>13</sup> Das strafgerichtliche Urteil erfolgte auf der Grundlage des § 185 StGB. § 185 StGB verbietet beleidigende Äußerungen. Insofern richtet sich das Gesetz nur abstrakt gegen Äußerungen mit beleidigendem Inhalt und eben nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder konkret gegen eine Äußerung. § 185 StGB dient dem Schutz der Ehre. Die Ehre ist verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG geschützt und in Art. 5 Abs. 2 GG erwähnt. Sie stellt damit auch ein schlechthin zu schützendes Rechtsgut dar. Folglich ist § 185 StGB sowohl ein allgemeines Gesetz, als auch Schutzvorschrift der persönlichen Ehre. Eine Schranke liegt vor.

### **b) Schranken-Schranken**

Die Schranke könnte wiederum beschränkt sein, wenn sie selbst oder die Einzelfallentscheidung nicht verfassungskonform sind. Maßstab ist jeweils insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>14</sup> Bezüglich der Meinungsfreiheit hat das BVerfG die Prüfung der Verhältnismäßigkeit mithilfe der Wechselwirkungslehre zusätzlich konkretisiert. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.<sup>15</sup> Die Wechselwirkungslehre unterteilt sich in drei Ebenen, die

sowohl bei der Verfassungsmäßigkeit der Schranke, als auch bei der Verfassungsmäßigkeit der Einzelentscheidung relevant werden.<sup>16</sup>

### **aa) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung**

Zunächst müsste § 185 StGB selbst verfassungsgemäß sein.

#### **(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Der Bundesgesetzgeber ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuständig gewesen. Verfahrens- und Formfehler bestehen nicht.

#### **(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

§ 185 StGB müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Es gilt grundsätzlich der Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG.

#### **(a) Bestimmtheitsgebot**

Es könnte das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt sein. Zwar bestehen im Hinblick auf den weit auslegbaren Begriff der „Beleidigung“ Bedenken, ob die Bestimmtheitsanforderungen erfüllt sind. Allerdings folgt der Straftatbestand einer langen Tradition und wurde im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung hinreichend und deutlich konkretisiert. Es sind für den Normadressaten daher Anhaltspunkte erkennbar, wann eine Strafbarkeit besteht. Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG ist folglich nicht verletzt.

#### **(b) Verhältnismäßigkeit**

Der Straftatbestand müsste insbesondere im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG verhältnismäßig sein. Im Rahmen der Wechselwirkungslehre ist in dieser Hinsicht die Normauslegungsebene maßgeblich. Auf dieser müssen, aufgrund der außerordentlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit für das Bestehen einer freiheitlichen Demokratie, beschränkende Gesetze ihrerseits

<sup>12</sup> BVerfGE 117, 244 (260); Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 I, II Rn. 142.

<sup>13</sup> BVerfGE 124, 300 (326f.); Sachs, II/Grundrechte (Fn. 10), Kap. 17 Rn. 61.

<sup>14</sup> Sachs, II/Grundrechte (Fn. 10), Kap. 10 Rn. 36.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 198 (208f.); Jarass in: Jarass/Pieroth (Fn. 5), Art. 5 Rn. 69.

<sup>16</sup> Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 I, II Rn. 159; Ep-ping, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 250.

im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt werden.<sup>17</sup> Es muss eine regelbezogene Abwägung zwischen der Einschränkung der Meinungsfreiheit und dem geschützten Interesse stattfinden.<sup>18</sup> § 185 StGB verfolgt den Zweck die Ehre der beleidigten Person zu schützen. Eine strafrechtliche Sanktionierung ist in dieser Hinsicht geeignet und im Vergleich zu anderen Möglichkeiten das wirksamste Mittel, um Ehrverletzungen abzuwehren. Der Wortlaut des § 185 StGB spricht allgemein von „Beleidigung“. Im Sinne einer weit gefassten Meinungsäußerungsfreiheit darf zunächst nicht jede in die negative Richtung interpretierbare Äußerung über den Begriff der „Beleidigung“ verboten werden. Im Hinblick auf den starken Wertungscharakter dieses Begriffs entstehen große Schwierigkeiten individuelle Kränkungen gleichmäßig zu beurteilen. Ein Missbrauch der Norm ist daher auch immer eine Gefahr für die freiheitliche Meinungsäußerung. Gerade für Gruppen ist es schwer, die persönliche Kränkung des Einzelnen zu begründen. Der § 185 StGB muss im Sinne der Wechselwirkungslehre gerade an dieser Stelle mit besonderer Rücksicht auf die Meinungsäußerungsfreiheit ausgelegt werden. Um zu vermeiden, dass Kollektivbeleidigungen als verallgemeinerte, negative Äußerungen zu schnell als strafbare Beleidigung des Individuums interpretiert werden, müssen sie daher ein hinreichendes Kollektiv erkennen lassen. Je größer und unbestimmter das Kollektiv, desto schwächer ist einzelne Kränkungsmöglichkeit. In solchen Fällen muss daher schon ein sehr starker Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 1 Abs. 1 GG vorliegen, um eine Beleidigung anzunehmen. Mit dieser Auslegung des § 185 StGB ist die Norm in Abwägung mit Art. 5 Abs. 1 GG verhältnismäßig.

### (3) Zwischenergebnis

Die Eingriffsermächtigung ist verfassungskonform.

**Anmerkung:** In einer Klausur kann die Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung oft noch kürzer erfolgen. Falls an dieser Stelle keine Zeit bleibt, sollte der Schwerpunkt der Bearbeitung unbedingt bei der Sachverhaltsverwertung in der Verfassungsmäßigkeit der Einzelentscheidung liegen. Bei gängigen Normen wie § 185 StGB oder § 823 BGB kann die Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsermächtigung hier eher unterstellt werden, wenn Zeitmanagement und Schwerpunktsetzung es vorschreiben.

### bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelentscheidung

Die konkrete Entscheidung im Einzelfall müsste gerechtfertigt sein. Insbesondere muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Hierbei kommt es insbesondere darauf an, ob das beeinträchtigte oder das geschützte Interesse überwiegt.<sup>19</sup>

#### (1) Legitimer Zweck

Das Urteil müsste einem legitimen Zweck dienen. Die ist der Fall, wenn das Mittel nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>20</sup> Das Urteil dient dem Zweck den Ehrschutz der Polizisten zu wahren. Der Ehrschutz ist als Schranke im Art. 5 Abs. 2 GG verankert und darüber hinaus durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht iSd Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Damit ist es sogar im Sinn der Rechtsordnung und dient einem legitimen Zweck.

#### (2) Geeignetheit

Das Urteil müsste geeignet sein, den Zweck zu verfolgen. Geeignet ist ein Mittel, sobald es den Zweck irgendwie fördert.<sup>21</sup> Das Urteil sorgt dafür, dass der Ehrschutz der Polizei in den Vordergrund gerückt wird. Somit ist es geeignet, den Zweck zu verfolgen.

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198 (208); Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 I, II, Rn. 159.

<sup>18</sup> Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 (1701).

<sup>19</sup> Hufen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2017, § 9 Rn. 17ff.

<sup>20</sup> Sachs, II/Grundrechte (Fn. 10), Kap. 10 Rn. 37.

<sup>21</sup> BVerfGE 30, 292 (316); Hufen, Staatsrecht II (Fn. 19), § 9 Rn. 20.



**(3) Erforderlichkeit**

Darüber hinaus müsste das Urteil erforderlich sein. Erforderlich ist es, wenn es kein geeigneteres, gleich wirksames Mittel gegeben hätte den Zweck zu verfolgen.<sup>22</sup> Die Alternative wäre zuerst ein milderes Urteil selbst gewesen. So wäre bspw. eine niedrigere Geldstrafe in Betracht gekommen. Ob eine niedrigere Geldstrafe L aber tatsächlich dazu bewegt hätte, ihre ablehnende Haltung gegenüber der Polizei ehrschützend zu äußern, ist zweifelhaft. Außerdem hätte das OLG auch die Möglichkeit gehabt, die Revision nicht zu verwerfen. Dann aber wäre der Zweck nicht mehr in dem Maß verfolgt worden, wie es jetzt der Fall ist. Es gibt kein milderes Mittel, welches denselben Ehrschutz gewährleistet. Folglich war das Urteil erforderlich.

**(4) Angemessenheit**

Das Urteil müsste im Verhältnis zum Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit auch angemessen gewesen sein. Die Wechselwirkungslehre kommt bei der Abwägung im Einzelfall über die Sinndeutungsebene und die Normanwendungsebene zum Ausdruck.<sup>23</sup>

Liegt die eine Äußerung vor, muss für die weitere Auseinandersetzung die ihr zugeschriebene Bedeutung sinngemäß berücksichtigt werden. Schließlich bildet nicht die Äußerung als solche, sondern die ihr zugeschriebene Bedeutung die Grundlage der rechtlichen Bewertung.<sup>24</sup>

Im Rahmen der Normanwendungsebene ist eine Abwägung der konkret betroffenen Interessen vorzunehmen. Es genießt von vorneherein weder Art. 5 Abs. 1 GG noch das kollidierende Rechtsgut Vorrang.<sup>25</sup> Sobald die Menschenwürde angegriffen oder Schmähkritik ausgeübt wird, findet jedoch auch die

Meinungsfreiheit ihre Grenze.<sup>26</sup>

Es wird weder die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG angegriffen, noch steht die Diffamierung einer Person bei der Aussage im Vordergrund. Durch die Bezeichnung aller Polizisten als Bastarde wird viel eher die Ehre der Beamtinnen und Beamten verletzt. Gegenüber stehen sich damit der Ehrschutz der Polizistinnen und Polizisten und die Meinungsäußerungsfreiheit der L. Mit dem A.C.A.B - Aufnäher kommuniziert L eine ablehnende Haltung gegenüber der Polizei. Die Aufnäher 1 3 1 2 stehen durch die einschlägige Positionierung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Parole und verstärken diesbezüglich die ablehnende Aussage.

Adressat von A.C.A.B ist grundsätzlich die gesamte Polizei. Indem L die Aufnäher im Stadion bei der Einlasskontrolle in dem Wissen trägt auf Polizisten zu treffen, verkleinert sie diesen Adressatenkreis zumal sie die anwesenden vier Polizeibeamte persönlich kennt. Indem sich L jedoch nicht weiter auf die Einlasskontrolle konzentriert, als die anderen Fußballfans, stellt sie gerade keinen persönlichen Bezug her. Die vier anwesenden Polizistinnen und Polizisten werden dementsprechend nur in ihrer Funktion als Beamte angesprochen. Der sichtbare A.C.A.B - Aufnäher gilt nicht der Person des anwesenden Polizeibeamten, sondern dem Träger öffentlicher Gewalt, den er während seiner Arbeit im Stadion repräsentiert. Die eingesetzten Polizisten werden damit zur Teilgruppe der gesamten Polizei.

Etwas Anderes kann sich aus der inneren Absicht der L ergeben. Schließlich wusste L, dass ebendiese Polizisten während des Spiels an der Einlasskontrolle im Einsatz sind. Dass sie absichtlich zu dem Spiel auf dem sie die anwesenden Polizisten kennt geht, zeigt, dass L sich bewusst war, dass diese sie wahrnehmen können. Naturgemäß sind aufgrund der hohen Besucherzahlen jedoch stets viele Polizeibeamte während eines Fußballspiels im Einsatz. Gerade bei den Einlasskontrollen treffen die Massen der Zuschauer

22 BVerfGE 30, 292 (316); Hufen, Staatsrecht II (Fn. 19), § 9 Rn. 21.

23 Epping, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 250.

24 BVerfGE 93, 266 (295); Epping, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 251; Grimm (Fn. 18), NJW 1995, 1697 (1700).

25 Schulze-Fielitz in: Dreier (Fn. 5), Art. 5 I, II Rn. 160; Grimm (Fn. 18), NJW 1995, 1697 (1702).

26 BVerfGE 93, 266 (293); Epping, Grundrechte (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 255.



aufeinander, sodass für L vorher nicht planbar war auf welchen Beamten sie trifft. Dafür spricht des Weiteren, dass L sich während der Einlasskontrolle nicht auffällig gegenüber den Anwesenden verhielt. Sie war überwiegend in ihrer Fan-Gruppe und konzentrierte sich nicht mehr als Andere auf die Einlasskontrolle. Sie selbst richtete ihre Aussage dadurch nicht direkt an die anwesenden Polizisten, selbst wenn sie vorher wusste, dass sie auf die Polizisten treffen kann.

Letzten Endes spiegelt das allgemein gleichgültige, alltägliche Verhalten der L gegenüber den anwesenden Beamtinnen und Beamten die Allgemeinheit der Parole selbst. Ohne einen konkreteren Bezug zu einem individualisierbaren Adressaten behält die Äußerung der L ihren Aussagewert als generelle Ablehnungshaltung gegenüber der Polizei. Auch wenn diese generelle Ablehnungshaltung von vier Polizisten wahrgenommen wird, heißt das nicht, dass sich die Ablehnung auf diese beziehen soll. Das Verhalten der L ist gerade nicht darauf ausgelegt, diese Vier mehr als alle anderen Beamtinnen und Beamten, die Teil des gesamten Kollektivs Polizei sind, in der Ehre zu verletzen. Der Angriff auf die Ehre ist damit ein Angriff auf die Ehre der Polizei selbst und wird maximal konkretisiert auf alle während des Fußballspiels Eingesetzten. Im Verhältnis zu diesem großen Kollektiv, verringert sich die Ehrverletzung jedes einzelnen Beamten. Insbesondere bei einer weit gefassten Aussage wie A.C.A.B reicht diese Ehrverletzung nicht aus, um die Meinungsäußerungsfreiheit bezüglich der Aussage einzuschränken. Gerade weil auch eine Parole wie „All Cops Are Bastards“ als negative Stellungnahme zu der Polizei von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt ist und ihr damit der wichtige Charakter dieses Freiheitsrechts zugutekommt, ist das Tragen der Aufnäher während der Einlasskontrolle nicht genug für das Überwiegen der pauschalen Ehrverletzung.

Die Anwendung des § 185 StGB im Einzelfall war demnach in Abwägung zu der Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht angemessen.

### (5) Zwischenergebnis

Die konkrete Entscheidung im Einzelfall ist nicht gerechtfertigt.

### c) Zwischenergebnis

Es liegt ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG vor.

## II. Artikel 2 Abs. 1 GG

Mit der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 1 GG tritt Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiär zurück.

## III. Zwischenergebnis

Es liegt ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG vor. Die Verfassungsbeschwerde der L ist somit begründet.

## C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der L ist zulässig sowie begründet und hat demnach Aussicht auf Erfolg gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90ff. BVerfGG.

## Fazit

Das Bundesverfassungsgericht bleibt seiner bisherigen Rechtsprechung treu. Allerdings muss in jedem Fall auf die individuelle Interessenabwägung im Einzelfall abgestellt werden. So ist es nicht immer selbstverständlich, dass die Meinungsäußerungsfreiheit der Strafbarkeit einer Kollektivbeleidigung überwiegt. Deutlich wird das in der A.C.A.B – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2017.<sup>27</sup> In dieser Entscheidung ging es um einen Stoffbeutel mit dem Aufdruck „A.C.A.B – All CATS are BEAUTIFUL“, der ostentativ vor Polizeibeamten zur Schau gestellt wurde. Nachdem der Beschwerdeführer von allen vorangegangenen Instanzen zu einer Geldstrafe wegen Beleidigung i.S.d.

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2017, 2607.

§ 185 StGB verurteilt wurde, entschied das Bundesverfassungsgericht, dass in diesem Fall der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit gerechtfertigt ist. Der Unterschied zum oben besprochenen Fall liegt hierbei in der hinreichend konkretisierbaren Polizistengruppe. Indem der Stoffbeutel offensichtlich und überdeutlich zur Schau gestellt wurde, wurden Beamtinnen und Beamte unmittelbar angesprochen. Das Bundesverfassungsgericht zeigt damit, dass der Ehrschutz von Beamtinnen und Beamten eben auch überwiegen kann und es immer auf den konkreten Einzelfall ankommt. Vor dem Hintergrund sind die vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Kriterien sehr breit aufgestellt.<sup>28</sup> In der Klausur kommt es daher insbesondere darauf an den Personenkreis und die Art der zur Schau Stellung gründlich herauszuarbeiten. Im Anschluss wird mit guter, ausführlicher und differenzierter Argumentation beinahe jedes Ergebnis tragfähig sein.

---

<sup>28</sup> Muckel, (Fn. 8), JA 2017, 876 (877).

## Liquid Ecstasy

§§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB, spezifischer Gefährdungsbezug

BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16  
stud. iur. Felix Lücke

**Sachverhalt (gekürzt und vereinfacht):**

A bringt zu einer WG-Party ein Fläschchen mit hochdosiertem und unverdünntem Gammabutyrolacton (GBL) mit. Bei GBL, dessen Einnahme zu Atemdepressionen und einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns führen kann, handelt es sich um ein Industrie-Lösungsmittel, welches häufig als Partydroge missbraucht wird und auch unter dem Namen „Liquid Ecstasy“ bekannt ist.

Im Wohnzimmer stellt A die Flasche mit dem, an die umstehenden Gäste gerichteten, Hinweis auf den Boden, sie enthalte GBL, welches nur in kleinen Konsumeinheiten zu sich genommen werden dürfe.

Am frühen Morgen nimmt der stark alkoholisierte G, der die Warnung des A nicht vernommen hatte, einen großen Schluck aus der Flasche, ohne zu wissen, was sich genau darin befindet. G wird in der unmittelbaren Folge müde und legt sich hin. A befindet sich zu dieser Zeit in einem anderen Raum der Wohnung, wird aber später darüber informiert, dass G aus der Flasche getrunken hatte.

A sieht immer wieder nach ihm, ruft aber keine ärztliche Hilfe. Der Zustand des G verschlechtert sich im Verlauf des frühen Morgens, sodass er schließlich in Folge eines, durch das GBL ausgelösten, Atemstillstands stirbt. Hätte A einen Rettungsdienst gerufen, hätte sowohl die Verschlechterung des Zustandes als auch der Tod des G verhindert werden können.

A ist sich bewusst gewesen, dass eine zu hohe Dosierung von GBL nicht nur Müdigkeit hervorrufen kann. Er vertraute jedoch darauf, dass G schon nicht sterben werde.

- Hat sich A gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, weil er keine ärztliche Hilfe für den G herbeirief?

### Einordnung

In dieser Entscheidung beschäftigt sich der BGH mit einer Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB. In diesem Fall steht jedoch nicht ein aktives Tun, sondern ein Unterlassen als Anknüpfungspunkt für die Tathandlung im Raum.

Bereitet bereits der Prüfungsaufbau eines Erfolgsqualifikationsdelikts wie § 227 Abs. 1 StGB gewisse Schwierigkeiten, so ist es eine noch größere Herausforderung, dies mit der Struktur eines unechten Unterlassungsdelikts zu verbinden. Neben der präzisen Unterscheidung zwischen der Verwirklichung des Grunddelikts

einerseits und der schweren Folge andererseits,<sup>1</sup> ist es in einer solchen Konstellation auch entscheidend, die erforderliche Garantenstellung des Täters gem. § 13 Abs. 1 StGB sauber herzuleiten, sowie sich mit der Frage nach einer etwaigen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers auseinanderzusetzen. Schwerpunkt einer solchen Prüfung ist wie im vorliegenden Fall ferner der spezifische Gefahrszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim unechten Unterlassungsdelikt, dessen Voraussetzungen hier vom BGH in seinem Urteil konkretisiert werden.

## Leitsatz

Bei einer Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge ist der erforderliche spezifische Gefahrszusammenhang regelmäßig – soweit nicht allgemeine Gründe für einen Ausschluss der Zurechenbarkeit der schweren Folge eingreifen – gegeben, wenn der Garant in einer ihm vorwerfbaren Weise den lebensgefährlichen Zustand herbeigeführt hat, aufgrund dessen der Tod der zu schützenden Person eintritt.

## Gutachterliche Lösung

### Strafbarkeit des A gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge strafbar gemacht haben, indem er trotz Kenntnis des GBL-Konsums des G keine ärztliche Hilfe rief und G daraufhin verstarb.

<sup>1</sup> Eisele, JuS 2017, 561 (563), Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16.

## I. Tatbestand

### 1. Grunddelikt, §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

#### a) Objektiver Tatbestand

- aa) Erfolgseintritt
- bb) Nichtvornahme
- cc) Hypothetischer Kausalzusammenhang
- dd) Objektive Zurechnung
- ee) Garantenstellung (!)**

(1) Beschützergarant

(2) Ingerenz

(a) Eine Auffassung

(b) Andere Auffassung

(c) Stellungnahme

(3) Verkehrssicherungspflicht

ff) Entsprechungsklausel

#### b) Subjektiver Tatbestand

#### c) Zwischenergebnis

### 2. Erfolgsqualifikation, § 227 Abs. 1 StGB

#### a) Eintritt der schweren Folge

#### b) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge

#### c) Tatbestandsspezifischer

#### Gefahrszusammenhang (!)

aa) Lebensgefährliche Situation erst durch Unterlassen einer gebotenen Handlung

bb) Pflichtwidriges Vorverhalten durch Verletzung einer Garantenpflicht

cc) Stellungnahme

#### d) Objektive Fahrlässigkeit gem. § 18 StGB

aa) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

bb) Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

cc) Zwischenergebnis

#### e) Zwischenergebnis

## II. Rechtswidrigkeit

## III. Schuld

### 1. Schuldtausschließungs- und Entschuldigungsgründe

### 2. Subjektive Fahrlässigkeit

#### a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung

#### b) Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

#### c) Zwischenergebnis

## IV. Ergebnis

**I. Tatbestand**

Zunächst müsste hierzu der Tatbestand der §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB erfüllt sein.

**1. Verwirklichung des Grunddelikts, §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1**

A müsste eine Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB tatbestandlich verwirklicht haben.

**a) Objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**aa) Erfolgseintritt, § 223 Abs. 1 StGB**

Dafür müsste der tatbestandliche Erfolg des § 223 Abs. 1 StGB eingetreten sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden des Tatopfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>2</sup> An der Gesundheit geschädigt wird derjenige, bei dem ein pathologischer Zustand hervorgerufen oder gesteigert wird.<sup>3</sup> Weil keine ärztliche Hilfe für ihn herbeigerufen wurde, verschlechterte sich der gesundheitliche Gesamtzustand des G und damit einhergehend auch dessen körperliches Wohlbefinden zunehmend. Hierin liegt eine üble und unangemessene Behandlung, die auch zu einer Steigerung des behandlungsbedürftigen Zustandes beitrug. Eine körperliche Misshandlung ist somit gegeben.

Die Verschlechterung des Gesundheitszustandes des G sowie dessen daraus resultierender Atemstillstand stellen zudem einen

pathologischen Zustand dar, sodass auch eine Gesundheitsschädigung vorliegt. Der tatbestandliche Erfolg des § 223 Abs. 1 StGB ist daher eingetreten.

**bb) Nichtvornahme einer objektiv gebotenen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit**

A müsste eine objektiv gebotene Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit unterlassen haben. Dem Täter müsste es demnach physisch-real möglich gewesen sein, die erforderliche Erfolgsabwendungshandlung vorzunehmen.<sup>4</sup> Darüber, dass G aus der GBL-Flasche getrunken hatte und sich sein Gesundheitszustand in der Folge stetig verschlechterte, ist A informiert worden. Andere Gründe für eine subjektive oder objektive Unmöglichkeit des Hilferufens sind nicht ersichtlich. Damit wäre es nicht nur erforderlich, sondern auch möglich gewesen, ärztliche Hilfe herbeizurufen. A wäre damit physisch-real in der Lage gewesen, eine erforderliche Rettungshandlung vorzunehmen. Indem er dies nicht tat, hat er eine objektiv gebotene Handlung trotz seiner individuellen Handlungsmöglichkeit nicht vorgenommen.

**cc) Hypothetischer Kausalzusammenhang**

Weiterhin müsste ein hypothetischer Kausalzusammenhang bestehen. Ein Unterlassen ist dann für einen Erfolg kausal, wenn die rechtlich gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BGHSt 14, 269 (271); Fischer, Kommentar zum StGB, 65. Aufl. 2018 StGB, § 223 Rn. 3a; Joecks in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 223 Rn. 4.

<sup>3</sup> BGHSt 36, 1 (6f.); Fischer, StGB (Fn. 2), § 223 Rn. 8; Kühl in: Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2014, § 223 Rn. 5; Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2014, § 223 Rn. 5.

<sup>4</sup> BGHSt 6, 46 (57); Gaede in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos-Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 12.

<sup>5</sup> BGHSt 6, 1 (2); Gaede in: NK-StGB (Fn. 4), § 13 Rn. 14.



**Anmerkung:** Die Ergänzung um den Zusatz „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ ist von Nöten, weil bei hypothetischen Kausalzusammenhängen, bei denen eine tatsächlich nicht vorgenommene Handlung hinzugedacht wird, keine Gewissheit hinsichtlich eines Ausbleibens des Erfolges erlangt werden kann, sondern lediglich eine Überzeugungsbildung betrieben wird.<sup>6</sup>

Hätte A ärztliche Hilfe herbeigerufen, hätte sowohl die Verschlechterung des Gesundheitszustandes als auch der Atemstillstand des G mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert werden können. Ein hypothetischer Kausalzusammenhang liegt folglich vor.

#### dd) Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. Der Erfolg eines Unterlassungsdelikts ist objektiv zurechenbar, wenn sich im Erfolg diejenige Gefahr realisiert hat, die der Täter durch das pflichtwidrige Unterlassen der gebotenen Handlung geschaffen hat.<sup>7</sup>

Eine Zurechnung könnte hier dann zu verneinen sein, wenn G sich eigenverantwortlich selbst gefährdet hätte, denn dann hätte sich nicht das vom Täter geschaffene, sondern ein vom Opfer selbst eingegangenes Risiko im konkreten Taterfolg realisiert. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt vor, wenn sich das spätere Tatopfer frei für eine gewisse Handlung entscheidet, deren Gefährlichkeit es kennt.<sup>8</sup> Nach Ansicht des BGH ist hierfür erforderlich, dass der sich selbst Gefährdende das eingegangene Risiko für das betroffene eigene Rechtsgut jedenfalls in seinem wesentlichen Grad zutreffend erkannt hat, wenn ihm auch nicht

sämtliche rechtsgutsbezogenen Risiken bekannt sein müssen.<sup>9</sup>

Andere wollen sich hinsichtlich des erforderlichen Bewusstseinsgrades an den Exkulpationsregeln (§§ 20, 35 StGB, § 3 JGG) oder an der Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen orientieren, um die Einheitlichkeit zur Einwilligung in eine Fremdgefährdung bzw. an den Schuldausschluss herzustellen.<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob G sich hier über die Gefährlichkeit des Trinkens aus der GBL-Flasche bewusst war und dieses Risiko freiwillig in Kauf genommen hat.

Hier hatte G gar nicht gewusst, dass sich in der Flasche GBL befand, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass er überhaupt ein irgendeartiges Risiko in der Einnahme erkannt hat. Zudem war er stark alkoholisiert, was seine Fähigkeit zur Risikoeinschätzung zusätzlich einschränkte.

Somit fehlte es G an einem generellen Risikobewusstsein, sodass eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung nach beiden Positionen ausscheidet.

Durch die Herrschaft über die GBL-Flasche und das anschließende Unterlassen des Herbeirufens ärztlicher Hilfe für G, hat A eine Gefahr geschaffen, die sich schließlich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat, eine freiwillige Selbstgefährdung liegt nicht vor. Dieser Erfolg ist A daher objektiv zurechenbar.

#### ee) Garantenstellung, § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB

Ein Unterlassen ist gem. § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB nur dann tatbestandlich, wenn eine rechtliche Erfolgsabwendungs- bzw. Einstandspflicht, sog. Garantenpflicht, besteht, die der Täter durch sein Unterlassen verletzt hat. Garant ist demnach, wer rechtlich für die Erfolgsabwendung einzustehen hat.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> BGHSt 37, 106 (127); 59, 292 (302); Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 49 Rn. 13.

<sup>7</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 49 Rn. 24.

<sup>8</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 86; Rengier, StR AT (Fn. 6), § 13 Rn. 80f.

<sup>9</sup> BGHSt 59, 150 (169f.); 61, 21 (59); BGHSt 61, 318 (321); Brünning, ZJS 2017, 727 (732), Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2016, – 1 StR 354/16.

<sup>10</sup> Kühl, StR AT (Fn. 8), § 4 Rn. 88 m.w.N.

<sup>11</sup> Heuchemer in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 36. Edition 2017, § 13 Rn. 33; Gaede in: NK-StGB (Fn. 4), § 13 Rn. 29.

Im vorliegenden Fall kommen für eine Garantenpflicht des A unterschiedliche Anknüpfungspunkte in Betracht.

### (1) Beschützergarant

Möglich erscheint zunächst eine Beschützergarantenstellung des A aufgrund einer Gefahrengemeinschaft der Partygäste. Beschützergarant ist, wer rechtlich dafür einzustehen hat, dass ein gewisses zu beschützendes Rechtsgut vor allen oder bestimmten äußeren Gefahren bewahrt wird.<sup>12</sup> Im Rahmen einer Gefahrengemeinschaft werden mehrere Beschützergaranten zusammengefasst, die sich zusammengefunden haben und jedenfalls konkludent gegenseitig versprochen haben, auf sie zukommende Gefahren voneinander abzuwenden.<sup>13</sup> Unter Gefahrengemeinschaften werden begrifflich regelmäßig Personengruppen in Extremsituationen, bspw. Bergsteigergemeinschaften, verstanden. Eine Übertragung auf die Gäste einer WG-Party scheidet mangels konkludentem Versprechen der Beteiligten indes aus.

### (2) Ingerenz

Demgegenüber könnte A Überwachungsgarant für die von der GBL-Flasche ausgehenden Gefahren gewesen sein. Überwachungsgarant ist derjenige, den für eine konkrete Gefahrenquelle eine besondere Sicherungspflicht trifft.<sup>14</sup>

Eine solche Sicherungspflicht könnte den A hier aufgrund eines gefahrverursachenden Vorverhaltens, sog. Ingerenz, treffen. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob eine Garantenstellung stets die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens voraussetzt.<sup>15</sup>

#### (a) Eine Auffassung

Dies wird von der überwiegenden Ansicht bejaht; ein pflichtwidriges Vorverhalten begründe dann eine Garantenstellung, wenn es die naheliegende Gefahr

des Eintritts des Taterfolgs begründe.<sup>16</sup> Folgte man dieser Auffassung, wäre zu Überprüfen, ob das Handeln des A zumindest die naheliegende Gefahr des Eintritts des Taterfolges bewirkte. Wäre dieses der Fall, läge ein ingereutes Verhalten vor, dass sich in dem Entstehen einer Garantenstellung niederschläge.

#### (b) Andere Auffassung

Nach entgegenstehender Ansicht soll grundsätzlich jede Gefahrverursachung ausreichen, um eine Garantenstellung kraft Ingerenz hervorzurufen.<sup>17</sup> Folgte man dieser Auffassung, so läge ein garantens-tellungsindizierendes Verhalten vor.

#### (c) Stellungnahme

Vorliegend kommen die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Beurteilung des Verhaltens des A. Nach erstgenannter Auffassung erscheint es zumindest theoretisch möglich, dass kein pflichtwidriges Vorverhalten vorliegt. Dafür spricht, dass derjenige, der pflichtgemäß handelt, nicht für etwaige Gefahren seines Handelns einstehen müssen solle.<sup>18</sup> Beispielsweise könne von dem aus Notwehr gem. § 33 StGB Gerechtfertigten nicht erwartet werden, dass er für die Handlungsgefahr gegenüber dem rechtswidrigen Angreifer einzustehen habe.<sup>19</sup> Gegen die zweitgenannte Auffassung lässt sich zudem einwenden, dass die Strafbarkeit schuldunabhängig sehr weit ausgedehnt würde. Zudem könnten sich Wertungswidersprüche ergeben, wenn ein Verhalten von der Rechtsordnung einerseits anerkannt ist, sich daraus andererseits aber Erfolgsabwendungspflichten ergeben.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 4.

<sup>13</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 26.

<sup>14</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 6.

<sup>15</sup> Fischer, StGB (Fn. 2), § 13 Rn. 50.

<sup>16</sup> BGHSt 19, 152 (154f.); Fischer, StGB (Fn. 2), § 13 Rn. 52 m.w.N.

<sup>17</sup> Freund, Der praktische Fall, JuS 1990, 213 (213ff.); Herzberg, Zur Garantenstellung aus vorausgegangenem Tun, JZ 1986, 986 (986ff.).

<sup>18</sup> Heuchemer in: BeckOK-StGB (Fn. 11), § 13 Rn. 55f.

<sup>19</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 77.

<sup>20</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 73ff.

Aus diesen Gründen ist der erstgenannten Ansicht zu folgen. Für die Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz ist mithin grundsätzlich ein pflichtwidriges Vorverhalten erforderlich. Wer bereits selbst eine Gefahrenquelle pflichtwidrig herbeiführt, hat mithin dafür zu sorgen, dass aufgrund dieser niemand zu Schaden kommt.<sup>21</sup>

Fraglich ist demnach, ob sich A durch das Mitbringen der GBL-Flasche zur WG-Party pflichtwidrig verhalten hat. Dabei ist zu beachten, dass GBL als solches, namentlich als Industrie-Lösungsmittel, grds. frei verkäuflich ist und auch in mehreren Wirtschaftszweigen große Bedeutung hat. Es fällt daher auch nicht unter die verbotenen Stoffe des BtMG.<sup>22</sup> Aus diesem Grund kann durch das reine Mitbringen der GBL-Flasche nicht von einem pflichtwidrigen Vorverhalten und damit einhergehend auch nicht von Garantenstellung aus Ingerenz ausgegangen werden.

### (3) Verkehrssicherungspflicht

Schließlich kommt eine Überwachengarantenstellung aus einer Verkehrssicherungspflicht heraus in Betracht. Im Einklang mit den zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten hat jeder Eigentümer oder Besitzer die seinem Herrschaftsbereich unterstehenden Sachen dergestalt zu überwachen, dass von ihnen keine Gefahren für andere ausgehen.<sup>23</sup> Hiernach hätte A die mitgebrachte GBL-Flasche, bei der es sich aufgrund der beschriebenen Gesundheitsgefahr um eine Gefahrenquelle handelt, zu überwachen und dafür zu sorgen, dass niemand Schaden an dieser nimmt.<sup>24</sup> Allerdings war es G hier möglich, aus der GBL-Flasche zu trinken, sodass A seiner Überwachungspflicht nicht zur Genüge nachgekommen ist. Insbesondere war die Flasche nicht mit einem Hinweis auf die Gefährlichkeit der beinhaltenen Substanz beschriftet und A hatte die anderen Partygäste auch nicht intensiv genug vor einem Konsum

gewarnt. Demnach hat A seine Garantenstellung insofern verletzt, als dass er G nicht davor bewahrte, das unverdünnte GBL zu konsumieren. Diese Garantenstellung wirkt sich sodann insofern fort, als dass A auch nach dem GBL-Konsum des G verpflichtet gewesen wäre, weitergehende Körperverletzungserfolge abzuwenden. Folglich hatte A eine Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB inne.

### ff) Entsprechungsklausel, § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB

Die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB ist gewahrt, weil die Begehung durch Unterlassen hier der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun entspricht.

### b) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen zur Tatbestandsverwirklichung,<sup>25</sup> wobei es ausreicht, dass der Täter den Erfolgseintritt als möglich erachtet und damit in der Weise einverstanden ist, dass er ihn billigend in Kauf nimmt oder sich zumindest damit abfindet.<sup>26</sup> In Abgrenzung dazu handelt jedenfalls bewusst fahrlässig, wer mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft darauf vertraut, dass der Taterfolg ausbleibt.<sup>27</sup> A ist sich bewusst gewesen, dass die Folgen des Konsums von unverdünntem und hochkonzentriertem GBL über bloße Müdigkeit hinausgehen können. Er vertraute zwar darauf, dass G schon nicht sterben werde, demgegenüber stand er dem Eintritt eines Körperverletzungserfolgs, namentlich der Verschlechterung des Gesundheitszustandes, aber gleichgültig gegenüber, als er keine ärztliche Hilfe herbeirief. Damit nahm er den Eintritt des Taterfolgs jedenfalls billigend in Kauf. A hatte somit Körperverletzungsvorsatz.

<sup>21</sup> Kühl, StR AT (Fn. 8), § 18 Rn. 91.

<sup>22</sup> Lorenz, NStZ 2017, 223 (226), Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2016, – 1 StR 354/16.

<sup>23</sup> Heuchemer in: BeckOK-StGB (Fn. 11), § 13 Rn. 60; Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 45.

<sup>24</sup> Rengier, StR AT (Fn. 6), § 50 Rn. 53a.

<sup>25</sup> Joecks in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 13; Sternberg-Lieben/Schuster in: Sch/Sch-StGB (Fn. 3), § 15 Rn. 9.

<sup>26</sup> BGHSt 36, 1 (9f.); Rengier, StR AT (Fn. 6), § 14 Rn. 28.

<sup>27</sup> BGHSt 36, 1 (9f.); Rengier, StR AT (Fn. 6), § 14 Rn. 28.

**c) Zwischenergebnis**

Das Grunddelikt des §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wurde durch A tatbestandlich verwirklicht.

**2. Erfolgsqualifikation, § 227 Abs. 1 StGB**

Zusätzlich müssten die Voraussetzungen der Erfolgsqualifikation erfüllt sein.

**a) Eintritt der schweren Folge**

Gem. § 227 Abs. 1 StGB müsste als schwere Folge der Tod der durch das Grunddelikt verletzten Person eingetreten sein. G ist hier in Folge eines, durch das GBL ausgelösten, Atemstillstands verstorben. Die schwere Folge des § 227 Abs. 1 StGB ist folglich eingetreten.

**b) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge**

Zwischen dem Grunddelikt des §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB und der schweren Folge des § 227 Abs. 1 StGB müsste zudem ein Kausalzusammenhang bestehen. Ein solcher besteht i.S.d. *conditio-sine-qua-non*-Formel, wenn das Grunddelikt nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die schwere Folge in ihrer konkreten Gestalt entfiele.<sup>28</sup> Hätte A hier die Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB tatbestandlich nicht verwirklicht, sondern ärztliche Hilfe für G gerufen, dann wäre die schwere Folge, namentlich der Tod des G, nicht eingetreten. Die tatbestandliche Verwirklichung des Grunddelikts war damit ursächlich für den Eintritt der schweren Folge.

**c) Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang**

Fraglich ist, ob neben der Kausalität zwischen dem Grunddelikt aus §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB und der schweren Folge des § 227 Abs. 1 StGB auch der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang vorliegt. Dafür müsste sich gerade die dem Grunddelikt anhaftende spezifische Gefahr in der schweren Folge

der Erfolgsqualifikation niedergeschlagen haben.<sup>29</sup> Diese spezifische Gefahr ist für jedes Grunddelikt separat zu bestimmen.<sup>30</sup> Problematisch ist in diesem Zusammenhang, was als spezifische Gefahr einer durch Unterlassen verwirklichten Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB angesehen werden kann. Hierbei sind zwei mögliche Anknüpfungspunkte denkbar.

**aa) Anknüpfungspunkt: Lebensgefährliche Situation erst durch Unterlassen einer gebotenen Handlung**

Nach einer möglichen Auffassung, ist eine spezifische Gefahr der Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB darin zu sehen, dass erst durch das Unterlassen einer Handlung eine lebensgefährliche Situation für den Geschädigten hervorgerufen werde, die sich sodann in der schweren Folge des Todes realisieren könne.<sup>31</sup> Folgte man dem, so wäre festzustellen, dass der lebensgefährliche Zustand des G nicht erst aus dem Nichtrufen des Rettungsdienstes durch A und damit aus der durch Unterlassen verwirklichten Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB, des A, der keinen Rettungsdienst rief, sondern bereits aus dem Konsum des unverdünnten GBL resultierte. Daher wäre für den vorliegenden Fall einen spezifischen Gefahrezusammenhang verneinen.

**bb) Anknüpfungspunkt: Pflichtwidriges Vorverhalten durch Verletzung einer Garantenpflicht**

Auch erscheint eine Anknüpfung an ein mögliches pflichtwidriges Vorverhalten des Täters sinnvoll, um den o.g. Maßstab einzuschränken. Denn werde i.R.d. Prüfung allein darauf abgestellt, ob der Täter den lebensgefährlichen Zustand durch sein verwirklichtes

<sup>28</sup> BGHSt 1, 332 (332ff.); Vgl. Rengier, StR AT (Fn. 6), § 13 Rn. 3.

<sup>29</sup> Kudlich in: BeckOK-StGB (Fn. 11), § 18 Rn. 15; Kühl in: Lackner/Kühl-StGB (Fn. 3), § 18 Rn. 8.

<sup>30</sup> Life&Law 2017, 407 (409), Anm. zu BGH, Urt. v. 22.11.2016, – 1 StR 354/16.

<sup>31</sup> Ingelfinger, Die Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen und die Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB, GA 1997, 573 (582).



Unterlassungsdelikt herbeigeführt habe, so bliebe dabei außer Betracht, dass auch in der Verletzung der durch die Garantenstellung begründeten Erfolgsabwendungspflicht im Grunddelikt eine spezifische Gefahr begründet sein könnte.<sup>32</sup> Der spezifische Gefahrezusammenhang könne somit angenommen werden, wenn der Garant bereits in einer ihm vorwerfbaren Weise den lebensgefährlichen Zustand herbeigeführt hat, aufgrund dessen der Tod der zu schützenden Person eingetreten ist.<sup>33</sup>

Hier hatte A eine Überwachergarantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB inne, weil eine Gefahrenquelle schuf, vor der er andere zu schützen hatte. Er kam seiner Erfolgsabwendungspflicht nicht nach und die spezifische Gefahr des GBL realisierte sich im Tod des G. Durch das Unterlassen der Herbeiholung ärztlicher Hilfe durch A, zu der er aufgrund seiner Garantenstellung verpflichtet gewesen ist, liegt der tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang vor.

### cc) Stellungnahme

Beide Ansätze gelangen zu unterschiedlichen Ergebnissen, mithin ist Stellung zu beziehen. Für die zweitgenannte Ansicht spricht, dass die spezifische Gefahr einer Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB nicht nur darin liegen könne, dass ein lebensgefährlicher Zustand erst durch die Verwirklichung des Grunddelikts herbeigeführt werde; vielmehr könne auch ein, eine Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB verletzende pflichtwidrige Vorverhalten, eine spezifische Gefahr begründen, die sich in der Folge im Tod des Geschädigten realisieren könne.<sup>34</sup> Im Ergebnis ist daher der zweitgenannten Auffassung zu folgen. Ein tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang liegt vor.

**Merke:** Der spez. Gefahrezusammenhang einer Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge ist nach dieser Lösung regelmäßig dann gegeben, wenn der Garant in einer ihm vorwerfbaren Weise den lebensgefährlichen Zustand herbeigeführt hat, aufgrund dessen der Tod der zu schützenden Person eintritt.

### d) Min. objektive Fahrlässigkeit gem. § 18 StGB

A müsste bzgl. des Eintritts der schweren Folge des § 227 Abs. 1 StGB jedenfalls objektiv fahrlässig gehandelt haben. A vertraute hier ernsthaft darauf, dass G nicht sterben werde, sodass ein Tötungsvorsatz ausscheidet. Daher kommt lediglich eine bewusste Fahrlässigkeit in Betracht.

#### aa) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

A müsste dafür objektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben. So handelt, wer diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die von einem besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden zu erwarten ist.<sup>35</sup>

Vorliegend hatte A die GBL-Flasche mit in die Wohnung gebracht und bereits nicht dafür Sorge getragen, dass niemand von der Substanz Schaden nimmt. Ihm ist bewusst gewesen, dass die Folgen des GBL-Konsums über bloße Müdigkeit hinausgehen können. Auch die potentielle Möglichkeit des Todes sah er, er vertraute aber ernsthaft darauf, dass dieser bei G nicht eintreten werde. Nachdem sich der Zustand des G zunehmend verschlechterte, wäre von einem gewissenhaften Menschen spätestens zu erwarten gewesen, ärztliche Hilfe herbeizuholen. Indem A dies nicht tat, handelte er objektiv sorgfaltswidrig.

#### bb) Objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

Der Eintritt der schweren Folge und der spezifische Gefahrezusammenhang müssten objektiv

32 BGH NSTZ 1995, 589 (590); BGHSt 61, 318 (323); Life&Law (Fn. 30) 2017, 407 (410).

33 BGHSt 61, 318 (323).

34 Life&Law (Fn. 30) 2017, 407 (410).

35 Kühl in: Lackner/Kühl-StGB (Fn. 3), § 15 Rn. 37.



vorhersehbar gewesen sein. Objektiv vorhersehbar ist, was nicht außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten ist.<sup>36</sup> Es liegt nicht außerhalb aller Lebenserfahrung, dass der Konsum von unverdünntem GBL ohne ärztliche Behandlung zum Tod führen kann; im Gegensatz dazu ist dies sogar sehr wahrscheinlich. Der Eintritt der schweren Folge sowie der spezifische Gefahrezusammenhang waren objektiv vorhersehbar. Zudem müsste der Erfolg vermeidbar gewesen sein. Ein Erfolg ist vermeidbar, wenn er bei pflichtgemäßem Alternativverhalten nicht eingetreten wäre.<sup>37</sup> Hätte A hier ärztliche Hilfe gerufen, wäre G nicht verstorben. Der Taterfolg wäre daher auch objektiv vermeidbar gewesen.

#### cc) Zwischenergebnis

A handelte bzgl. des Eintritts der schweren Folge objektiv fahrlässig gem. § 18 StGB.

#### e) Zwischenergebnis

Der Tatbestand der Erfolgsqualifikation gem. § 227 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

### 3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

## II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

## III. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben.

### 1. Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe

Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## 2. Subjektive Fahrlässigkeit

A müsste auch subjektiv fahrlässig gehandelt haben.

### a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung

A müsste eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung zur Last gelegt werden können. Dafür muss der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage sein, die objektiven Sorgfaltspflichten zu erkennen und zu erfüllen.<sup>38</sup> Anzeichen dafür, dass dies dem A nicht möglich gewesen ist, sind nicht ersichtlich. Er handelte daher auch subjektiv sorgfaltswidrig.

### b) Subjektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

Der Eintritt der schweren Folge und der spezifische Gefahrezusammenhang müsste für A subjektiv vorhersehbar gewesen sein. Der Täter muss dafür nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage gewesen sein, den Eintritt der schweren Folge und den Gefahrezusammenhang vorauszusehen.<sup>39</sup> A wusste darum, dass der Konsum von unverdünntem GBL nicht nur Müdigkeit hervorrufen würde. Der Möglichkeit des Todes als Konsumfolge war er sich persönlich auch bewusst. Die subjektive Vorhersehbarkeit ist folglich gegeben. Der Erfolg müsste auch subjektiv vermeidbar gewesen sein. Ein Erfolg ist subjektiv vermeidbar, wenn der Täter auch nach seinen individuellen Fähigkeiten in der Lage gewesen wäre, durch ein pflichtgemäßes Alternativverhalten den Erfolgseintritt zu verhindern.<sup>40</sup> Es wäre A hier ohne weiteres möglich gewesen, ärztliche Hilfe herbeizurufen, sodass der Erfolg auch subjektiv vermeidbar gewesen wäre.

### c) Zwischenergebnis

A handelte auch subjektiv fahrlässig.

### 3. Zwischenergebnis

A handelte schuldhaft.

36 Sternberg-Lieben/Schuster in: Sch/Sch-StGB (Fn. 3), § 15 Rn. 180.

37 Rengier, StR AT (Fn. 6), § 52 Rn. 26.

38 Hardtung in: MüKo-StGB (Fn. 2), § 222 Rn. 63.

39 Rengier, StR AT (Fn. 6), § 52 Rn. 83.

40 Rengier, StR AT (Fn. 6), § 52 Rn. 82ff.

#### IV. Ergebnis

A hat sich wegen Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er es unterließ, für den G ärztliche Hilfe zu rufen.

### Fazit

In seinem Urteil vom 20.07.1995 hat der 4. Strafsenat des BGH formuliert, dass eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB jedenfalls dann in Betracht komme, wenn erst durch das Unterbleiben der gebotenen Handlung eine Todesgefahr geschaffen werde.<sup>41</sup> Wurde diese Rechtsauffassung in der Literatur teilweise dahingehend gedeutet, dass der BGH alle Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 227 I StGB ausnehmen wolle, in denen das Unterlassen lediglich an eine bereits vorhandene lebensgefährliche Vorschädigung angeknüpft habe,<sup>42</sup> so tritt der 1. Strafsenat dem entschieden entgegen. Nach seiner Auffassung sei der spezifische Gefahrzusammenhang bei der Prüfung einer Strafbarkeit gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB immer dann anzunehmen, wenn der Garant in einer ihm vorwerfbaren Weise den lebensgefährlichen Zustand herbeigeführt habe, aufgrund dessen der Tod der zu schützenden Person eingetreten ist.<sup>43</sup> Diese Ansicht hat der 3. Strafsenat des BGH erst kürzlich in einem neuerlichen Urteil bekräftigt.<sup>44</sup> Für die Fallbearbeitung bedeutet dies, dass nach dem BGH nicht erst das Unterlassen der gebotenen Rettungshandlung selbst den lebensgefährlichen Zustand herbeiführen müsse. Es sei vielmehr ausreichend, dass der Garant diesen bereits im Vorfeld pflichtwidrig, also nicht zwangsläufig vorsätzlich, verursacht habe.<sup>45</sup>

Dies ist in der Literatur nicht unumstritten, sodass ein gewisses Problembewusstsein für die Fallbearbeitung von Vorteil ist. Die Rechtsprechung des BGH rückt damit die Prüfung der Garantenstellung nach § 13 Abs. 1 Halbs. 1 StGB bei einer Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge gem. §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB in den Mittelpunkt. Bereits hier ist es erforderlich, präzise herauszuarbeiten, woraus eine etwaige Erfolgsabwendungspflicht des Täters resultieren könnte. Denn entsteht diese durch ein pflichtwidriges Vorverhalten, dann ist dies mitunter der Anknüpfungspunkt für die Bejahung des spezifischen Gefahrzusammenhangs. Besteht sodann im Zeitpunkt des Unterlassens einer gebotenen Rettungshandlung ein Körperverletzungsvorsatz und tritt später der Tod des Opfers ein, so liegt eine Strafbarkeit aus §§ 227 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB nahe und darf nicht – wie im vorliegenden Fall von der erkennenden Vorinstanz<sup>46</sup> – vernachlässigt werden, führt sie doch zu einem höheren Strafraum als etwa dem des § 222 StGB.

Es empfiehlt sich daher, auch bei Erfolgsqualifikationsdelikten ein Begehen durch Unterlassen nicht *per se* auszuschließen, sondern einen genauen Blick auf eine etwaige Garantenstellung und den spezifischen Gefahrzusammenhang zu werfen.

<sup>41</sup> BGH NStZ 1995, 589 (589ff.).

<sup>42</sup> Ingelfinger (Fn. 31), GA 1997, 573 (582).

<sup>43</sup> BGHSt 61, 318 (323).

<sup>44</sup> BGH NStZ 2017, 410.

<sup>45</sup> Brüning (Fn. 9), ZJS 2017, 727 (732f.).

<sup>46</sup> LG Bamberg, Urt. v. 10.12.2015, Az.: 22 Ks 2101 Js 16013/14.

## Rechtsprechung: Zivilrecht

In der Rechtsprechungsübersicht haben wir je zehn Entscheidungen für jedes Rechtsgebiet aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind. Die Gründe für diese Relevanz sind vielfältig: Vielleicht handelt es sich um besonders aktuelle oder politische Entscheidungen, vielleicht sind es Grundsatzurteile oder Paradigmenwechsel, möglicherweise handelt es sich um die einzige höchrichterliche Entscheidung im Schuldrecht AT der letzten drei Monate.

Die Hinweise auf diese Entscheidungen, das Verständnis ihres Inhalts und ihrer Probleme helfen bei der nächsten Klausur, Hausarbeit oder mündlichen Prüfung. Sie sind Anregung zum Selbststudium und - zusammen mit der digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ - vermitteln sie eine solide Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung. Merke: Keine Rechtsprechungsübersicht ist vollständig, sondern immer nur ein - vom Autor festgelegter - Ausschnitt.

### **OLG Nürnberg, Urteil vom 29.03.2017 - 4 U 1162/13**

Die Vereinbarung einer Reitbeteiligung zwischen einer Pferdehalterin und einer Reiterin, die es der Reiterin erlaubt, gegen Zahlung eines regelmäßigen Entgelts und Mithilfe im Stall an festgelegten Tagen selbstständige Ausritte mit dem Pferd machen zu dürfen, begründet keine Mithaltereigenschaft. Eine derartige Reitbeteiligung rechtfertigt nicht die Annahme eines konkludent vereinbarten Haftungsausschlusses.

### **BGH, Urteil vom 04.04.2017 - VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029**

Haftung des Betreibers eines Bewertungsportals als unmittelbarer Störer.

**BGH, Urteil vom 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817, NJW-RR 2017, 1173**

Voraussetzungen der vertraglich vorausgesetzten Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1; Vertraglich vorausgesetzt im Sinne des § 434 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist die zwar nicht vereinbarte, aber von beiden Vertragsparteien unterstellte Verwendung der Kaufsache, die von der gewöhnlichen Verwendung abweichen kann.

**BGH, Urteil vom 31.08.2017 – VII ZR 5/17, BeckRS 2017, 127083**

Beschaffenheitsvereinbarung bei Wandanstrichen

**BGH, Urteil vom 14.09.2017 – VII ZR 307/16, BeckRS 2017, 127515**

Aufklärungspflichten vor Durchführung einer Kfz-Reparatur

**OLG Hamm, Urteil vom 18.10.2017 – 12 U 115/16, BeckRS 2017, 131242**

Wenn Vertragsparteien für einen Teil des Architektenhonorars nachträglich eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ treffen, wird der Architektenvertrag wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nichtig. Dann stehen dem Auftraggeber auch keine vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen den Architekten zu.

**BGH, Beschluss vom 15.11.2017, BeckRS 2017, 133751**

Zum Ausschluss des Widerrufsrechtes bei entsiegelten Waren – Vorlage zur Vorabentscheidung an den Europäischen Gerichtshof.

**BGH, Urteile vom 22.11.2017 – VIII ZR 83/16 und VIII ZR 213/16, BeckRS 2017, 135534**

Wird der Kaufpreis unter Verwendung des Online-Zahlungsdienstes PayPal entrichtet, ist die geschuldete Leistung bewirkt, wenn der vom Käufer geschuldete Betrag dem PayPal-Konto des Verkäufers vorhaltlos gutgeschrieben wird, so dass dieser den Zahlungsbetrag endgültig zur freien Verfügung erhält.

**BGH, Urteil vom 23.11.2017 – III ZR 60/16, BeckRS 2017, 135004**

Die Schwimmaufsicht ist verpflichtet, den Badebetrieb und damit auch das Geschehen im Wasser fortlaufend zu beobachten und mit regelmäßigen Kontrollblicken daraufhin zu überwachen, ob Gefahrensituationen für die Badegäste auftreten.

**BAG, Urteil vom 16.01.2018 – 7 AZR 312/16**

Die Befristung des Arbeitsvertrags eines Profifussballers ist wirksam. Sie ist wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt.

## Rechtsprechung: Öffentliches Recht

Die öffentliche rechtliche Rechtsprechung der ersten Ausgabe wäre leicht mit Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zu füllen gewesen, die eine gewisse politische und gesellschaftliche Relevanz haben und deswegen auch klausurrelevant erscheinen. Stattdessen sind bewusst auch Urteile zum Straßenrecht, Baurecht, Versammlungsrecht und Gefahrenabwehrrecht aufgenommen worden. Bei der Lektüre höchstrichterlicher Rechtsprechung geraten diese Rechtsgebiete (am wenigsten wohl noch das Versammlungsrecht) leicht aus dem Fokus, das Verfassungsgericht befasst sich selten mit dem Leinen- und Maulkorbzwang in Wohngebieten. Dennoch eignen sich gerade diese Materien aus dem besonderen Verwaltungsrecht ungemein für die schriftliche und mündliche Prüfung. Gerade im besonderen Teil ist es eine (oftmals) unbekannte Norm, die vom Kandidaten geprüft werden muss. Saubere Tatbestandsarbeit und Kenntnis der Rechtsfolge (zumeist: Ermessen) erfreuen jede Prüferin und jeden Prüfer.

In unserer digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren.

### **BVerfG, Urteil vom 17.01.2017 - 2 BvB 1/13, NJW 2017, 611**

Kein Verbot der NPD wegen fehlender Anhaltspunkte für eine erfolgreiche Durchsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele. Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar. Es soll den Risiken begegnen, die von der Existenz einer Partei mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz und ihren typischen verbandsmäßigen Wirkungsmöglichkeiten ausgehen.

### **VGH München, Beschluss vom 03. Mai 2017 - 10 CS 17.405, BeckRS 2017, 110437**

Leinen- und Maulkorbzwang in zusammenhängend bebauten Gebieten.

### **BVerfG, Beschl v. 27. Juni 2017 - 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333**

Eilantrag gegen Kopftuchverbot für Referendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen erfolglos.



**VGH Mannheim, Urteil vom 29. August 2017 - 10 S 30/16, BeckRS 2017, 124386**

Die Pflicht einen Schutzhelm zu tragen, um sich selbst und andere Verkehrsteilnehmer zu schützen, überwiegt in der Abwägung das Recht der Religionsausübung im konkreten Fall. Soweit die Religion das ununterbrochene Tragen eines Turbans verlangt, ist es für den Religionsausübenden zumutbar auf das Motorradfahren verzichten, sofern Schutzhelmpflicht besteht.

**BVerwG, Urteil vom 13. September 2017 - 10 C 7.16, NVwZ 2018, 73**

Die Einzäunung und Bewirtschaftung des gesamten Meeresstrandes der Gemeinde Wangerland als kostenpflichtiges kommunales Strandbad ist rechtswidrig. Nicht von der Bade-Infrastruktur geprägte Flächen dürfen unentgeltlich zum Baden und Spaziergehen betreten werden.

**BVerfG, Beschl. v. 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16, BeckRS 2017, 130176**

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.

**OVG Lüneburg, Beschl. v. 01. November 2017 - 11 ME 518/17, BeckRS 2017, 129901**

Versammlungsrechtliche Beschränkungen bei einem „rollenden Theater“

**BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25.17**

Ein Beamter, der Tätowierungen mit verfassungswidrigem Inhalt trägt und den sog. Hitlergruß zeigt, kann aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden.

**VGH München, Beschluss vom 15. Dezember 2017 - 8 ZB 16.1806, 8 ZB 16.1814, 8 ZB 16.1819**

Die Verlegung und der dauerhafte Verbleib eines „Stolpersteins“; straßenrechtliche Sondernutzung

**BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017 - 1 BvL 3/14**

Bundes- und landesgesetzliche Vorschriften über die Studienplatzvergabe für das Fach Humanmedizin teilweise mit dem Grundgesetz unvereinbar. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG haben jede Studienplatzbewerberin und jeder Studienplatzbewerber ein Recht auf gleiche Teilhabe an staatlichen Studienangeboten und damit auf gleichheitsgerechte Zulassung zum Studium ihrer Wahl.

## Rechtsprechung: Strafrecht

In unserer digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren.

In dieser Rechtsprechungsübersicht haben wir Entscheidungen für jedes Rechtsgebiet aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind. Die strafrechtliche Rechtsprechung steht in dieser Ausgabe unter dem Zeichen des Mordparagraphen und des Allgemeinen Teils. Besonders spannend, wenngleich evtl. am wenigsten prüfungsrelevant ist der Beschluss vom 02.08.2017 – 4 StR 169/17, das Strafrecht muss – wie jedes andere Rechtsgebiet – mit den Gegebenheiten einer modernen Gesellschaft Schritt halten.

Deswegen ist manchmal ein Paradigmenwechsel erforderlich, hier einer, der ein älteres (Garanten-) Verständnis ablöst. **4 StR 399/17** bedarf eigentlich schon keiner Erwähnung, die Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz wird sicher in der Klausur einen Frühling erleben.

**BESONDERS RELEVANT!**

### **BGH, Urteil vom 01.03.2018 – 4 StR 399/17**

Kein genereller (bedingter) Tötungsvorsatz bei „Rasern“ bzw. Autorennen

### **BGH, Urteil vom 07.02.2017 – 5 StR 483/16, NJW 2017, 1763**

Für die Dauerhaftigkeit des Verlustes der Gebrauchsfähigkeit eines Körperglieds kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat.

### **BGH, Urteil vom 07.06.2017 – 2 StR 474/16, BeckRS 2017, 129579**

Verdeckungsabsicht kommt auch bei entdeckter Vortat und bedingtem Tötungsvorsatz in Betracht.

### **BGH, Urteil vom 12.07.2017 – 2 StR 160/16, BeckRS 2017, 119104**

Ein in der Hand gehaltener Schlüssel ist kein evident ungefährliches Werkzeug.

**BGH, Beschluss vom 02.08.2017 – 4 StR 169/17, NJW 2017, 3609**

Bei Beurteilung der Frage, ob eine strafrechtliche Garantenpflicht eines Kindes gegenüber einem Elternteil besteht, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Während in der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Garantenstellung aus familienrechtlichen Beziehungen durchweg angenommen worden ist, können diese heute nur noch als Indizien für eine Garantenpflicht gewertet werden. Das hat zur Folge, dass eine Einstandspflicht, z.B. von Kindern gegenüber ihren Eltern immer einer sachlichen Begründung, die über das bloße Familienrecht hinausgeht, bedarf.

**BGH, Beschluss vom 29.08.2017 – 4 StR 116/17, BeckRS 2017, 127901**

Rücktritt durch einvernehmliche Tataufgabe

**BGH, Urteil vom 28.06.2017 – 5 StR 20/16, NJW 2017, 3249**

Strafbarkeit von Manipulationen im Rahmen der Verteilung von postmortal gespendeten Lebern wegen versuchten Totschlags oder versuchter Körperverletzung.

**BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – BGH 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276**

Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden oder von ihnen gelenkte Dritte hat regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge.

**BGH, Beschluss vom 28. November 2017 – 5 StR 480/17**

Im Rahmen von § 211 StGB ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe zu entnehmen, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt.

**LG Berlin, Urteil vom 27.02.2017 – 535 Ks 8/16, NStZ 2017, 471**

Mordverurteilung im „Berliner Kudammraserfall“. Wenn der Pkw zum „gemeingefährlichen Mittel“ wird und Vorsatzprobleme „überwunden“ werden müssen.

**BGH, Urteil vom 11.01.2018 – 3 StR 427/17, bundesgerichtshof.de**

Freisprüche für Mitglieder der „Scharia-Polizei“ aufgehoben und rückverwiesen, Strafbarkeit nach § 3 Abs. 1, § 28 des Versammlungsgesetzes.

## Vorbemerkungen

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 Punkte 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 13, 14, 15 oder 16 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 gut oder besser) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

*redaktion@hanoverlawreview.de*

an.

- Die Redaktion



## BGB II True Blood

Die Klausur ist als Abschlussklausur zur Veranstaltung BGB II im Wintersemester 2012 / 2013 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)** (mittlerweile Humboldt-Universität zu Berlin), der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Felix Hinkelmann**, die Klausur ist mit 16 Punkten bewertet worden.

### Sachverhalt

Ulli aus Rostock wird von seinem Freund Lance am 29.03.2012 zu einer Rennradtour ins Münsterland eingeladen. Lance fährt sein Rad der Marke „True Blood“. Damit fährt er Ulli in Grund und Boden. Ulli reist zurück nach Rostock und teilt Lance einige Tage später mit, dass er ihm das tolle Rad, das Lance gefahren ist, gerne abkaufen würde. Lance mag sein geliebtes Rad nicht verkaufen, meint aber, er könne ein weiteres Rennrad der Marke „True Blood“ besorgen und ihm dieses zum Preis von 2.500 EUR liefern. Lance betont, er werde Ulli das Rad mittels seines speziellen Radgepäckträgers anliefern, da er alsbald ohnehin einen Ausflug nach Rostock unternehmen wolle. Man wird sich einig. Der geplante Ausflug fällt jedoch aus. Am 17.04.2012 übergibt Lance das Rad einem Transportdienst. Auf der Autobahn kommt es zu einer Massenkarambolage, bei der das Rad zerstört wird. Ulli wartet vergeblich auf sein Rad. Schließlich verlangt er von Lance ein „neues Rennrad“. Lance hat seine Forderung in Höhe von 2.500 EUR am 05.04.2012 an Hein abgetreten, dem er noch Geld schuldete. Hein wendet sich unter Verweis auf die Abtretung an Ulli und verlangt von diesem die Zahlung der 2.500 EUR. Ulli verweist darauf, dass Lance noch nicht geliefert habe. Er ist der Ansicht, nicht in Vorleistung treten zu müssen.

- Hat Ulli (U) einen Anspruch gegen Lance (L) auf Lieferung eines neuen Fahrrades des Typs „True Blood“? Kann Hein (H) Zahlung von 2.500 EUR von Ulli (U) verlangen?

Bearbeitungszeit: Zwei Stunden (10 - 12 Uhr)

Hilfsmittel: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

## Gutachterliche Lösung

### A. Anspruch U gegen L gem. § 433 I 1 BGB

U könnte gegen L Anspruch auf Übergabe und Über-  
eignung eines Fahrrades der Marke „True Blood“ gem.  
§ 433 I 1 BGB haben.

#### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

##### 1. Wirksamer Kaufvertrag

Es müsste ein wirksamer Kaufvertrag vorliegen. Die-  
ser besteht aus einer Einigung. Eine Einigung besteht  
aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Willens-  
erklärungen, dem Angebot und der Annahme, gem.  
§§ 145ff. BGB.

##### a) Angebot

Einer der beiden (U oder L) müsste dem anderen  
gegenüber ein wirksames Angebot unterbreitet  
haben. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige  
Willenserklärung durch die dem möglichen Vertrags-  
partner der Vertragsschluss so angetragen wird, dass  
dieser nur noch von dessen Einverständnis abhängt.  
Vorliegend könnten der U dem L ein Angebot gemacht  
haben, indem er diesem anbot das Fahrrad der Marke  
„True Blood“ abzukaufen.

Dieser wollte sein Fahrrad aber nicht verkaufen, wollte  
dem U aber ein Rad der gleichen Marke beschaffen.  
Gem. § 150 BGB handelt es sich bei dieser Handlung  
des L um eine abändernde Annahme des L, die als  
neues Angebot betrachtet werden muss. Es liegt ein  
wirksames Angebot des L vor.

##### b) Annahme

Es müsste eine Annahme des U vorliegen. Die  
Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige  
Willenserklärung mit der man sein Einverständnis  
zum Vertragsschluss abgibt. Laut Sachverhalt wurden  
U und L sich einig. Von einer Annahme des U ist aus-  
zugehen. Es liegt damit eine Annahme des U vor.

### 2. Zwischenergebnis

Kaufvertrag und Anspruch sind entstanden. Es liegt  
ein wirksamer Kaufvertrag vor. Der Anspruch des U  
ist damit entstanden.

### II. Anspruch erloschen

Der Anspruch des U könnte erloschen sein.

#### 1. Erfüllung, § 362 BGB

Der Anspruch könnte durch Erfüllung gem.  
§ 362 BGB erloschen sein. L hat seine Schuld gegen-  
über U in Form des Rades aber noch nicht beglichen.  
Der Anspruch ist nicht durch Erfüllung gem.  
§ 362 BGB erloschen.

#### 2. Unmöglichkeit, § 275 BGB

Der Anspruch des U könnte erloschen sein, wenn es  
dem L unmöglich geworden wäre seine Schuld zu  
leisten.

Unmöglich wird die Leistung, wenn die zu leistende  
Sache untergegangen ist. Ob die Leistung untergan-  
gen ist, bestimmt sich nach dem Schuldtyp.

##### a) Abgrenzung Gattungs- und Stückschuld

Fraglich ist, ob die geschuldete Lieferung des Rades  
durch L einer Gattungs- oder Stückschuld entspricht.  
Eine Gattungsschuld liegt vor, wenn die geschuldete  
Sache nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmt  
ist. Der Schuldner muss nur eine Sache mittlerer  
Art und Güte dieser Sache leisten, gem. § 243 I BGB.  
Eine Sache mittlerer Art und Güte liegt vor, wenn die  
Sache durchschnittlicher Qualität entspricht, also  
weder die beste noch die schlechteste Qualität hat.  
Eine Stückschuld liegt vor, wenn eine individualisierte  
Sache geschuldet wird.

Vorliegend würde es sich um eine Stückschuld  
handeln, wenn L und U sich darüber einig gewesen  
wären, dass L dem U sein eigenes Fahrrad verkauft.  
Da die beiden sich aber letztendlich darüber einig  
waren, dass L dem U ein Fahrrad der gleichen Marke  
besorgen und liefern solle, handelt es sich um eine  
Gattungsschuld, da die geschuldete Sache nur  
nach einer bestimmten Marke her geschuldet bzw.

bestimmt ist. Weiter individualisiert ist die Forderung des U nicht, er möchte nur irgendein Fahrrad der Marke „True Blood“ erwerben.

Bei der Gattungsschuld muss der Schuldner dafür Sorge tragen, dass die geschuldete Sache den Gläubiger erreicht. Er muss solange versuchen eine Sache der geschuldeten Gattung zu liefern, bis es auf der ganzen Welt diese Gattung nicht mehr gibt. Das Risiko liegt beim Schuldner. Demnach liegt also eine Gattungsschuld vor und L muss dafür Sorge tragen, dass U sein Rad erhält. Das Leistungsrisiko liegt bei der Gattungsschuld beim Schuldner. Damit muss L versuchen, nachdem das Rad, dass er dem U ursprünglich liefern wollte zerstört ist, ein weiteres Rad der Marke „True Blood“ zu besorgen.

#### **b) Konkretisierung**

Die Gattungsschuld des L könnte allerdings gem. § 243 II zur Stückschuld konkretisiert worden sein.

Die Gattungsschuld wird konkretisiert, wenn der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte ausgesondert hat.

Die weiteren Voraussetzungen für die Konkretisierung bestimmen sich nach dem jeweiligen Schuldcharakter.

#### **aa) Abgrenzung Hol-, Bring-, Schickschuld**

Fraglich ist, um welchen Schuldcharakter es sich i.S.d. § 269 BGB es sich bei der Schuld des L handelt. Bei der Holschuld liegen Leistungs- und Erfüllungsort beim Schuldner. Bei der Bringschuld liegen Leistungs- und Erfüllungsort beim Gläubiger und bei der Schickschuld liegt der Leistungsort beim Schuldner und der Erfüllungsort beim Gläubiger.

Wenn kein Ort für die Leistung bestimmt ist, dann handelt es sich gem. § 269 I BGB immer um eine Holschuld.

Vorliegend ist fraglich, wie ein objektiver Empfänger die Äußerungen des L i.S.d. §§ 133, 157 BGB verstehen musste. L äußerte gegenüber U, dass er diesem das Rad persönlich mittels seinem speziellen Radgepäckträgers anliefern wollte. Ein objektiver Empfänger und mithin U musste diese

Äußerung so verstehen, dass L auf jeden Fall das Fahrrad persönlich bei U anliefern wolle. Darüber, dass L das Rad letztendlich mit einem Transportdienst liefern lassen wollte ist U nicht aufgeklärt worden. Es handelt sich damit um eine Bringschuld gem. § 269 II BGB des L. Gem. § 243 II BGB muss der Schuldner neben der Aussonderung einer Sache mittlerer Art und Güte auch noch alles weitere Erforderliche getan haben die zur Leistung der geschuldeten Sache führt. Bei der Bringschuld besteht die Erfordernis für die Konkretisierung darin, dass der Schuldner am Wohnsitz des Gläubiger die geschuldete Sache anbietet. Hier ist weder das Rad noch L selbst am Wohnsitz des U angekommen. L hat damit nicht alles seinerseits Erforderliche zur Leistung seiner Schuld getan gem. §§ 243 II, 269 II BGB.

Die Gattungsschuld hat sich nicht zur Stückschuld konkretisiert.

#### **bb) Zwischenergebnis**

Es liegt bei der Schuld des L eine Gattungsschuld vor. L muss damit weiterhin alles tun, um U zu befriedigen. Die Marke „True Blood“ ist nicht untergegangen. Die Leistung ist dem L nicht gem. § 275 I BGB unmöglich geworden. Der Anspruch ist nicht untergegangen.

#### **III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch ist durchsetzbar, da keine Durchsetzungshindernisse ersichtlich sind.

#### **IV. Ergebnis**

U hat gegen L Anspruch auf Übergabe und Übereignung eines Fahrrades der Marke „True Blood“ gem. § 433 I 1 BGB.

#### **B. Anspruch H gegen U gem. §§ 433 II, 398 BGB**

H könnte gegen U einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 2500 EUR haben gem. §§ 433 II, 398 BGB.

**I. Anspruch entstanden**

Der Anspruch müsste entstanden sein.

**1. Abtretung, § 398 BGB**

Der L müsste seine Kaufpreisforderung i.H.v. 2500 EUR aus § 433 II BGB wirksam gem. § 398 BGB an H abgetreten haben, da H und U ansonsten nie miteinander in geschäftlichem Kontakt standen. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen müssten vorliegen.

**a) Wirksamer Abtretungsvertrag**

Es müsste ein wirksamer Abtretungsvertrag zwischen L und H vorliegen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von einer Einigung bezüglich der Abtretung der Forderung des L aus § 433 I BGB an H auszugehen. Mithin liegt ein wirksamer Abtretungsvertrag zwischen L und H vor.

**b) Bestehen und Bestimmbarkeit der Forderung**

Die Forderung des Zedenten müsste bestehen und bestimmbar sein.

Zwischen U und L liegt ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB vor (siehe oben). Aus diesem ergibt sich, dass L gegen U eine Kaufpreisforderung von 2500 EUR hat. Die Forderung des Zedenten besteht und ist bestimmbar.

**c) Verfügungsberechtigung des Zedenten**

L müsste zur Zeit der Abtretung Verfügungsberechtigt über die abgetretene Forderung gewesen sein.

L hatte zur Zeit der Abtretung noch eine Forderung aus § 433 II BGB, die er dann abgetreten hat. L war damit zur Zeit der Abtretung Verfügungsberechtigt über die später abgetretene Forderung.

**d) Kein Ausschluss**

Es sind keine Gründe gem. §§ 399ff. BGB ersichtlich, warum die Abtretung des L an den H ausgeschlossen gewesen sein sollte.

**2. Zwischenergebnis**

Es liegen alle Voraussetzungen einer wirksamen

Abtretung gem. § 398 BGB vor. Damit ist die Forderung des L auf H übergegangen. Der Anspruch ist entstanden.

**II. Anspruch erloschen**

Es sind keine Erlöschensgründe wie etwa § 362 BGB ersichtlich. Der Anspruch ist mithin nicht erloschen.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch des H müsste durchsetzbar sein.

**1. Nicht erfüllter Vertrag, § 320 BGB**

Als Durchsetzungshindernis könnte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB kommen. Es müssten alle Voraussetzungen für eine solche vorliegen.

**a) Gegenseitiger Vertrag**

Es müsste ein gegenseitiger Vertrag zwischen Zedent und Schuldner vorliegen. Denn aufgrund der synallagmatischen Eigenschaft eines gegenseitigen Vertrages ist der eine Teil immer nur Zug um Zug zu seiner Leistung verpflichtet, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Zwischen U und L liegt gem. § 433 BGB ein gegenseitiger Vertrag vor.

**b) Fälligkeit der Forderung**

Die Forderung des U müsste fällig sein. Vorliegend ist kein Fälligkeitsdatum ersichtlich, aber gem. § 271 BGB ist anzunehmen, dass die Leistung soweit nicht anders vereinbart, sofort fällig wird. Die Forderung des U ist fällig.

**c) Nichterfüllter Vertrag**

L dürfte den Vertrag aber noch nicht erfüllt haben. Vorliegend hat L dem U das Rad noch nicht gem. § 433 I BGB übergeben und übereignet. L hat den Vertrag noch nicht erfüllt.

**d) Keine Vorleistung, § 320 I S. 1 BGB**

U dürfte nicht zur Vorleistung verpflichtet sein.

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass zwischen U und L keine Verabredung bezüglich der Vorleistung des U getroffen wurde. U ist nicht zur Vorleistung verpflichtet.

#### e) Zwischenergebnis

Es liegen alle Voraussetzungen des § 320 BGB vor. Die Einrede müsste wirksam sein.

Die Einrede muss sich auch der neue Gläubiger H entgegenhalten lassen gem. § 404 BGB. Gem. § 404 BGB muss der neue Gläubiger sich Einwendungen entgegenhalten lassen die zur Zeit der Abtretung begründet waren.

Zur Zeit der Abtretung hatte der L trotz Fälligkeit der Forderung noch nicht geleistet. Die Einwendung bestand also schon bei der Abtretung. Weiterhin sind Einwendungen weit auszulegen und beinhalten mithin auch Einreden wie die gem. § 320 BGB. Die Einrede ist wirksam

#### 2. Zwischenergebnis

Der Anspruch des H ist erst durchsetzbar gem. § 320 BGB, sobald L dem U gegenüber geleistet hat.

#### IV. Ergebnis

H hat gegen U einen Anspruch auf Zahlung von 2500 EUR gem. §§ 433 II, 398 BGB. Der Anspruch ist aber noch nicht durchsetzbar. Erst gem. §§ 348 i.V.m. 320 BGB wäre dies der Fall.

### Anmerkungen

Die Klausur ist überdurchschnittlich gut bewertet worden. Vom Korrekturassistenten ist in Rechnung gestellt worden, dass jedes Problem des Sachverhaltes einer gutachterlichen, richtigen Lösung zugeführt worden ist.

Die teilweise unpräzise Überschriftenbildung und die nicht einheitliche Verwendung der Bezeichnungen „erloschen“ und „untergegangen“ wird richtigerweise in Korrektur angemerkt.

16 Punkte



## StrafR I Rock

Die Klausur ist als Abschlussklausur zur Veranstaltung Grundkurs Strafrecht I im Wintersemester 2016 / 2017 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE)**, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasserin der Klausurlösung ist **stud. iur. Finja Maasjost**, die Klausur ist mit 15 Punkten bewertet worden.

### Sachverhalt

A ist mehrfach vorbestraft und neigt generell dazu, seine Probleme mit den Fäusten zu „lösen“. Eines Abends besucht er das langerwartete und einzige Konzert der Rockband „Die toten Ärzte“. Kaum in der Veranstaltungshalle angekommen, möchte sich A noch etwas zu trinken holen und fängt prompt an, mit dem vor ihm in der Schlange stehenden B zu diskutieren. Die Diskussion bleibt jedoch noch im nicht strafbaren Bereich. Nach dem Konzert geht A auf den Parkplatz, um mit seinem Auto nach Hause zu fahren. Kaum am Auto angekommen, trifft A erneut auf den B. Es entwickelt sich ein heftiger Streit zwischen den beiden, was A zum Anlass nimmt, dem B zu zeigen wo der Hammer hängt. Dazu nimmt er eine Eisenstange aus dem Kofferraum seines Autos und läuft mit den Worten: „Jetzt war’s das für dich! Ein für alle Mal!“ auf B zu. A schlägt B dreimal mit der Eisenstange gegen den Kopf. A erkennt das Unrecht seines Tuns und die Gefahren, die von den Schlägen mit der Eisenstange gegen den Kopf für B ausgehen. Zwar will A nicht, dass B stirbt und hofft, dass er überleben werde, er hält den Tod des B aber für möglich und nicht ganz fernliegend und findet sich damit ab. B wird derart schwer verletzt, dass er sofort zusammensackt und noch auf dem Parkplatz verstirbt.

A macht sich sofort davon. Zufällig trifft er am Wegesrand auf seinen Freund F und nimmt ihn direkt im Auto mit. Stolz erzählt A dem F was gerade passiert ist. F ist über das Verhalten des A derart aufgebracht, dass er A starke Vorwürfe macht. Das nimmt A zum Anlass, dem F dessen „spießiges Gehabe“ abzugewöhnen. Dazu möchte er aber nicht erneut mit dem Gesetz in Konflikt treten und lacht den F wegen seiner Spießigkeit so lange aus, bis diesem der Kragen platzt und er A angreift. Darauf hat A nur gewartet. Zwar wäre für A ein Ausweichen möglich, er findet jedoch, dass das feige wäre und schnappt sich eine im Auto herumliegende Plastiktüte. Mit dieser würgt er F so lange, bis dieser tatsächlich bewusstlos wird und A seine Ruhe hat. F befand sich zu keiner Zeit in Lebensgefahr.

- Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?

Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Bearbeitervermerk: Zu prüfen sind nur vollendete Begehungsdelikte.  
§§ 221, 227 sowie 185 StGB sind nicht zu prüfen.

## Gutachterliche Lösung

### A. Strafbarkeit des A im 1. Tatkomplex

A könnte sich wegen eines Totschlages gem. § 212 I StGB<sup>1</sup> strafbar gemacht haben, indem er dem B dreimal mit einer Eisenstange auf den Kopf schlug und dieser daraufhin verstarb.

#### I. Tatbestand

Dazu müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste er den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

##### a) Tod eines anderen Menschen

Ein anderer Mensch müsste gestorben sein. B ist tot. Folglich liegt der Tod eines anderen Menschen vor.

##### b) Kausalität

Weiterhin müsste die Handlung des A auch kausal für den konkreten Taterfolg gewesen sein. Kausal ist nach der *condicio-sine-qua-non*-Formel jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Taterfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele. Hätte A dem B nicht dreimal mit der Eisenstange auf den Kopf geschlagen, hätte dieser keine Verletzungen erlitten und wäre nicht gestorben. Damit kann die Handlung des A nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des B in seiner konkreten Gestalt entfiele. Folglich war die Handlung des A kausal für den Erfolgseintritt.

##### c) Objektive Zurechnung

Zudem müsste der Taterfolg dem A auch objektiv zurechenbar sein. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn der Täter eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen hat, welche sich im konkreten Taterfolg realisiert hat. A hat durch die Schläge mit der

Eisenstange eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen, dass B erhebliche Verletzungen erleidet. Diese hat sich auch im konkreten Taterfolg, dem Tod des B, realisiert. Folglich ist der Taterfolg A auch objektiv zurechenbar.

##### d) Zwischenergebnis

Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste A auch vorsätzlich i.S.d. § 15 gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände. A wollte nicht, dass B verstirbt. Damit handelte er nicht mit der Vorsatzart der Absicht, die den Willen, den Tatbestand zu erfüllen voraussetzt, sowie nicht mit direktem Vorsatz, der das für sicher halten der Tatbestandsverwirklichung voraussetzt. Fraglich ist insoweit ob A mit Eventualvorsatz oder lediglich bewusst fahrlässig handelte. Die Abgrenzungskriterien diesbezüglich sind umstritten.

##### a) Möglichkeitstheorie

Nach der sogenannten Möglichkeitstheorie handelte der Täter vorsätzlich, wenn er die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und trotzdem handelt. Nach dieser Ansicht handelte A mit Vorsatz.

##### b) Wahrscheinlichkeitstheorie

Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie müsste der Täter die Tatbestandsverwirklichung nicht nur für möglich, sondern für wahrscheinlich halten, damit er vorsätzlich gehandelt hat. A hält den Tod des B lediglich für möglich, sodass er nach dieser Theorie nicht vorsätzlich handelte.

##### c) Gleichgültigkeitstheorie

Die Gleichgültigkeitstheorie bejaht den Vorsatz, wenn der Täter die Rechtsgutsverletzung beim Opfer für möglich hält, dieser jedoch gleichgültig gegenüber steht und trotzdem handelt. A hofft, dass B überleben würde. A hofft, dass B überleben würde. Damit steht er dem Tod des B nicht gleichgültig gegenüber, sodass er nach dieser Ansicht vorsätzlich handelte.

<sup>1</sup> Nachfolgend zitierte Vorschriften ohne Gesetzestitel sind solche des Strafgesetzbuches (StGB).

**d) Manifestation des Vermeidewillens**

Die Theorie der Manifestation des Vermeidewillens verneint den Vorsatz, wenn der Täter alle möglichen Handlungen zur Vermeidung des Taterfolgs ergriffen hat und dieser trotzdem eintrat. A griff B mit der Eisenstange an. Handlungen zur Vermeidung des Erfolgseintritts sind nicht ersichtlich. Folglich handelte A auch nach dieser Theorie vorsätzlich.

**e) Billigungstheorie**

Nach der Billigungstheorie handelt vorsätzlich, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und dies billigend in Kauf nimmt, sich also damit abgefunden hat. Der Täter handelt hingegen nicht vorsätzlich, wenn er den Erfolgseintritt für möglich hielt, jedoch fest darauf vertraute, dass dieser ausbleiben würde. A hielt den Tod des B für möglich und hoffte, dass B überleben werde, fand sich jedoch mit einem möglichen Tod ab. Zwar hoffte A, dass der Erfolg ausbleiben würde, dies genügt nach dieser Ansicht jedoch nicht für die bewusste Fahrlässigkeit, die ein „festes vertrauen“ erfordert. Somit nahm A den Tod des B billigend in Kauf, sodass er, folgte man dieser Ansicht, vorsätzlich handelte.

**f) Stellungnahme**

Hinsichtlich der verschiedenen Ergebnisse der Theorien ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen die Möglichkeitstheorie spricht, dass sie das voluntative Element des Vorsatzes völlig außer Acht lässt und zudem Abgrenzungsprobleme zur bewussten Fahrlässigkeit aufweist. Die Wahrscheinlichkeitstheorie weist ähnliche Probleme auf und ist insbesondere schwer von der Möglichkeitstheorie abgrenzbar. Gegen die Theorie der Manifestation des Vermeidewillens spricht, dass sie zu einer unbilligen Beweislastumkehr führen würde, da infolgedessen der mutmaßliche Täter beweisen müsste, dass er alle möglichen Maßnahmen unternommen hat. Folgte man der Gleichgültigkeitstheorie würde das kognitive Element außer Acht gelassen werden, was ebenfalls zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Für die Billigungstheorie spricht, dass sie sowohl voluntative,

als auch kognitive Elemente berücksichtigt und eine klare Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz ermöglicht. Somit wird der letzten Ansicht gefolgt. Folglich handelte A mit Eventualvorsatz und somit vorsätzlich i.S.d. § 15.

**g) Zwischenergebnis**

Der subjektive Tatbestand ist folglich erfüllt. Damit handelte A tatbestandsmäßig.

**II. Rechtswidrigkeit**

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich handelte A rechtswidrig.

**III. Schuld**

Schließlich müsste A auch schuldhaft gehandelt haben. Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich handelte A schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A hat sich wegen eines Totschlages gem. § 212 I strafbar gemacht, indem er dem B dreimal mit einer Eisenstange auf den Kopf schlug, woraufhin dieser verstarb.

**B. Strafbarkeit des A im 2. Tatkomplex**

A könnte sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht haben, indem er den F mit einer Plastiktüte würgte, bis dieser bewusstlos wurde.

**I. Tatbestand**

Dazu müsste A tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**1. objektiver Tatbestand**

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt worden sein.

**a) Körperverletzung**

A könnte F am Körper verletzt haben. Dazu müsste er ihn körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

**aa) Körperliche Misshandlung**

A könnte F körperlich misshandelt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit eines anderen Menschen mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. A würgte F mit einer Plastiktüte. Dies stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, welche das körperliche Wohlbefinden des F mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Folglich hat A den F körperlich misshandelt.

**bb) Gesundheitsschädigung**

Weiterhin könnte A den F an der Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes. F wird bewusstlos. Damit hat A bei F einen pathologischen Zustand in Form der Bewusstlosigkeit hervorgerufen. Folglich hat A den F an der Gesundheit geschädigt.

**b) Kausalität**

Zudem müsste die Handlung des A auch kausal für den Taterfolg gewesen sein. Hätte A den F nicht mit der Plastiktüte gewürgt, wäre dieser nicht bewusstlos geworden. Folglich war die Handlung des A kausal für den konkreten Taterfolgeintritt.

**c) Objektive Zurechnung**

Schließlich müsste der Erfolg dem A auch objektiv zurechenbar sein. Durch das Würgen schafft A die Gefahr, dass F bewusstlos werden könnte. Diese Gefahr hat sich auch im konkreten Taterfolg, der Bewusstlosigkeit des F, realisiert. Folglich ist der Erfolg A auch objektiv zurechenbar.

**d) Qualifikationen des § 224**

A könnte eine gefährliche Körperverletzung begangen haben.

**aa) § 224 I Nr. 2 Alt. 2**

Dies könnte er gemäß § 224 I Nr. 2 Alt. 2 mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen haben. Ein

gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Art der Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Die Plastiktüte wurde zum Würgen des F verwendet. Damit war sie hinsichtlich der konkreten Anwendung im Einzelfall geeignet erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Folglich beging A die Tat mittels eines gefährlichen Werkzeuges.

**bb) § 224 I Nr. 5**

Weiterhin könnte A die Tat mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung i.S.d. § 224 I Nr. 5 begangen haben. Dazu müsste die Verletzungshandlung des A den objektiven Umständen nach geeignet gewesen sein, das Leben des F zu gefährden. Fraglich ist insoweit, ob dazu eine konkrete Lebensgefahr vorliegen muss, oder ob eine abstrakte ausreichend ist.

**(1) Eine Ansicht**

Nach einer Ansicht reicht zur Erfüllung des § 224 I Nr. 5 lediglich eine konkrete Lebensgefährdung. Der Tod des F müsste hier nach nur noch vom Zufall abhängig gewesen sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall. F schwebte zu keiner Zeit in Lebensgefahr. Folgte man dieser Ansicht, Mittel gewesen sein. Das A hätte ausweichen können ist hier unerheblich aufgrund der Tatsache, dass das Recht dem Unrecht nicht weichen muss. Andere mildere, gleichgeeignete Mittel sind nicht ersichtlich. Die Handlung war folglich erforderlich.

**(2) Andere Ansicht**

Nach anderer Ansicht reicht zur Erfüllung des Tatbestandes bereits eine abstrakte Lebensgefahr des F aus. Durch das Würgen mit der Plastiktüte war das Leben des F zumindest abstrakt gefährdet. Folgte man dieser Ansicht, hätte A mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gehandelt.

**e) Zwischenergebnis**

Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste A auch vorsätzlich gehandelt haben. A wollte, dass F bewusstlos wird und handelte auch in Kenntnis der konkreten Tatumstände seiner Handlung. Folglich handelte er vorsätzlich.

## 3. Zwischenergebnis

Damit handelte A tatbestandsmäßig.

## II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. A könnte gerechtfertigt gehandelt haben, wenn die Voraussetzungen der Notwehr erfüllt sind.

### 1. Notwehrlage

Zunächst müsste eine Notwehrlage vorliegen. Diese liegt vor, wenn ein gegenwärtiger Angriff gegeben ist. Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, durch das die Verletzung eines rechtlich geschützten Rechtsguts droht. F greift B an. Damit liegt ein menschliches Verhalten vor, dass die körperliche Unversehrtheit des A bedroht. Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er kurz bevorsteht, gerade geschieht oder noch fort dauert. F greift A in dem Moment an. Damit ist der Angriff gegenwärtig. Der Angriff ist rechtswidrig, wenn er nicht durch Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt ist. Solche Gründe sind hinsichtlich des Handelns des F nicht ersichtlich. Damit handelte dieser auch rechtswidrig. Folglich liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vor und somit auch die Notwehrlage.

### 2. Notwehrhandlung

Weiterhin müsste sich die Notwehrhandlung gegen den Täter richten, objektiv erforderlich und geboten gewesen sein.

#### a) Verteidigung

Die Handlung müsste gegen den Angreifer gerichtet sein. F greift A an und A würgt diesen daraufhin mit der Tüte. Folglich richtet sich die Handlung gegen den Angreifer.

#### b) Erforderlichkeit

Die Handlung müsste weiterhin erforderlich gewesen sein. Dazu müsste sie geeignet und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel gewesen sein. Geeignet ist die Handlung, wenn sie den Angriff beenden kann. Dies ist vorliegend der Fall. Zudem müsste sie auch das mildeste Mittel gewesen sein. Das A hätte ausweichen können ist hier unerheblich aufgrund der Tatsache, dass das Recht dem Unrecht nicht weichen muss. Andere mildere, gleichgeeignete Mittel sind nicht ersichtlich. Die Handlung war folglich erforderlich.

#### c) Gebotenheit

Weiterhin müsste die Handlung auch geboten gewesen sein. Dies ist dann gegeben, wenn die Handlung sich noch im Rahmen des normativ angemessenen hält. Problematisch erscheint hier, dass A den Angriff selbst provoziert hat. Fraglich ist, welche Auswirkungen diese sogenannte Notwehrprovokation auf das Notwehrrecht des A hat. Zunächst müsste A den Angriff absichtlich oder zumindest rechtlich vorwerfbar herbeigeführt haben. In Betracht kommt hier die sogenannte Absichtsprovokation. Hier für müsste A den F absichtlich provoziert haben, damit dieser ihn angreift und er ihm unter dem Deckmantel der Notwehr Verletzungen zufügen kann. A wollte, dass F ihn infolge seiner Bemerkungen bezüglich der Spießigkeit des F, dass dieser ihn angreift, um ihn wiederum gerechtfertigt angreifen zu können. Damit hat er den Angriff des F absichtlich herbeigeführt, um diesen „gerechtfertigt“ Verletzungen zufügen zu können. Folglich liegt ein Fall der Absichtsprovokation vor. Fraglich ist insoweit, welche Auswirkungen dieser Umstand auf das Notwehrrecht des A hat.

#### aa) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht steht dem A weiterhin ein uneingeschränktes Notwehrrecht zu, da nach wie vor ein rechtswidriger Angriff vorliege. Folgte man dieser Ansicht, wäre A gerechtfertigt.



**bb) Andere Ansicht**

Nach anderer Ansicht, der sog. Rechtsmissbrauchs-theorie, wäre es rechtsmissbräuchlich dem Täter ein Notwehrrecht zuzugestehen, wenn dieser die Notwehrlage schuldhaft herbeigeführt hat. Folgte man dieser Ansicht, handelte A nicht gerechtfertigt.

**cc) Weitere Ansicht**

Nach einer weiteren Ansicht ist das Notwehrrecht nach der sogenannten Drei-Stufen-Theorie einzuschränken. Demnach müsste A zunächst ausweichen, wenn dies unmöglich ist dürfte er Schutzwehr leisten und erst dann dürfte er zur Trutzwehr übergehen. A hätte die Möglichkeit zum Ausweichen gehabt, ergriff diese jedoch nicht. Damit handelte er auch nach dieser Ansicht nicht gerechtfertigt.

**dd) Stellungnahme**

Hinsichtlich der verschiedenen Ergebnisse ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen die erste Ansicht spricht, dass diese Ansicht zu unbilligen Ergebnissen führen würde und dadurch die Gefahr der Aushöhlung des Notwehrrechts drohe. Zudem lässt sie das schuldhafte Handeln des A völlig außer Acht, was ebenfalls zu rechtsmissbräuchlichen Ergebnissen führe. Da die anderen beiden Ansichten zu dem gleichen Ergebnis kommen ist hier ein Streitentscheid entbehrlich. Folglich handelte A nicht im Rahmen des normativ Angemessenen.

**3. Zwischenergebnis**

Folglich handelte A nicht gerechtfertigt.

**III. Schuld**

Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A hat sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht, indem er F würgte.

**15 Punkte****Anmerkungen**

Die insgesamt gut bewertete Leistung hat in der Korrektur hauptsächlich Kritik hinsichtlich der Ausführlichkeit und Schwerpunktsetzung erhalten. Ebenfalls angemerkte Rechtschreibfehler sind redaktionell korrigiert worden. Hervorstechender Kritikpunkte bei der Korrektur waren damit die Kürze der Argumentationsbewertung in der Stellungnahme am Ende der Klausur und das (seltene) Fehlen von Definitionen (z.B. bei Verteidigung).

## Europarecht I

### Vorratsdatenspeicherung

Die Klausur ist als Abschlussklausur zur Veranstaltung Europarecht I im Wintersemester 2016 / 2017 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Fraenkel-Haeberle**, die sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasserin der Klausurlösung ist **stud. iur. Alina Amin**, die Klausur ist mit 13 Punkten bewertet worden.

#### Sachverhalt

Rat und Parlament erlassen eine Richtlinie (RL) über die Vorratsspeicherung von Daten, die von öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsnetzen (Telefon und Internet) erzeugt werden. Diese Daten sollen zur Ermittlung und Verfolgung nicht näher bezeichneter schwerer Straftaten an die zuständigen nationalen Behörden weitergeleitet werden. Auch wenn sie nicht den Inhalt der Kommunikation betreffen, sollen sie darüber Aufschluss geben, mit welchen Personen ein Teilnehmer oder registrierter Benutzer auf welchem Weg kommuniziert hat, wie lange die Kommunikation gedauert hat, von welchem Ort sie ausging sowie wie häufig der Teilnehmer und registrierter Benutzer während eines bestimmten Zeitraums mit bestimmten Personen kommuniziert hat.

Der Mitgliedsstaat A, der gegen die RL gestimmt hat, hält die RL für unionsrechtswidrig. Er bemängelt, dass aufgrund der RL sämtliche Personen und elektronische Kommunikationsmittel ohne Einschränkungen erfasst werden. Des Weiteren beanstandet der Mitgliedsstaat A, dass kein objektives Kriterium für den Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten und keine entsprechenden Informationspflichten gegenüber den betroffenen Teilnehmern und registrierten Benutzern vorgesehen ist. Auch der Zugang zu diesen Daten über einen Zeitraum von sechs Monaten bis zu zwei Jahren sei zu pauschal berechnet, ohne dass objektive Kriterien gewährleisten, dass die Speicherung auf das absolut Notwendige beschränkt bleibt. Ferner sei kein ausreichender Missbrauchsschutz gewährleistet, auch weil eine Speicherung der Daten im Unionsgebiet nicht vorgeschrieben ist. Entsprechende Datenlöschungspflichten seien (was zutrifft) ebenfalls nicht vorgesehen.

Der Mitgliedsstaat A ist daher der Auffassung, dass die RL mit dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten unvereinbar sei. Er will gleich nach ihrer Bekanntmachung im Amtsblatt gegen die Richtlinie vorgehen.

#### Aufgabe 1 (60%)

- Hat eine Klage des Mitgliedsstaates A Aussicht auf Erfolg?

**Aufgabe 2 (20%)**

- Was versteht man unter unmittelbarer Wirkung einer RL und unter welchen Voraussetzungen ist sie möglich und zulässig?

**Aufgabe 3 (20%)**

- Erläutern Sie die wesentlichen Funktionen und Bestimmungen des Vorabentscheidungsverfahrens und gehen Sie kurz auf hier bestehende Problemstellungen innerhalb der Annahmefähigkeit der Vorlagefrage ein.

Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Satzung des Gerichtshofs), Auszug:

**Art. 51 [Zuständigkeitsverteilung zwischen Gerichtshof und Gericht]**

Abweichend von der in Art. 256 Absatz 1 AEUV vorgesehenen Regelungen sind dem Gerichtshof die Klagen gemäß den Artikeln 263 und 265 AEUV vorbehalten,

a) die von einem Mitgliedsstaat gegen eine Handlung oder wegen unterlassener Beschlussfassung des Europäischen Parlaments oder des Rates oder dieser beiden Organe in den Fällen, in denen sie gemeinsam beschließen, erhoben werden, mit Ausnahme

- der Beschlüsse des Rates gemäß Artikel 108 Absatz 2 Unterabsatz 3 AEUV;
- der Rechtsakte, die der Rat aufgrund einer Verordnung des Rates über handelspolitische Schutzmaßnahmen im Sinne von Artikel 207 AEUV erlässt;
- der Handlungen des Rates, mit denen dieser gemäß Artikel 291 Absatz 2 AEUV Durchführungsbefugnisse ausübt;

b) die von einem Mitgliedstaat gegen eine Handlung oder wegen unterlassener Beschlussfassung der Kommission gemäß Artikel 331 Absatz 1 AEUV erhoben werden.

Dem Gerichtshof sind ebenfalls die Klagen gemäß denselben Artikeln vorbehalten, die von einem Unionsorgan gegen eine Handlung oder wegen unterlassener Beschlussfassung des Europäischen Parlaments, des Rates, dieser beiden Organe in den Fällen, in denen sie gemeinsam beschließen, oder der Kommission erhoben werden, sowie die Klagen, die von einem Unionsorgan gegen eine Handlung oder wegen unterlassener Beschlussfassung der Europäischen Zentralbank erhoben werden.

*Bearbeitungshinweis:*

*Bearbeiten Sie die Aufgabe 1 rechtsgutachterlich, ggf. hilfsgutachterlich und beantworten Sie Aufgabe 2 und 3 in Textform. Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.*

## Gutachterliche Lösung

### Aufgabe 1

Eine Klage des Mitgliedsstaates A hat Aussicht auf Erfolg, wenn die zulässig und soweit sie begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein.

##### I. Zuständigkeit

Der EuGH ist gem. Art. 256 I AEUV i.V.m. Art. 51a) EuGH – Satzung für Nichtigkeitsklagen zuständig.

##### II. Klageberechtigung

Der Mitgliedstaat A müsste klageberechtigt sein. Gem. Art. 263 II AEUV sind die Mitgliedstaaten klageberechtigt. Somit ist A klageberechtigt.

##### III. Klagegegner

Ferner müssten Rat und Parlament taugliche Klagegegner sein. Gem. Art. 263 I S. 1 AEUV sind Rat, Parlament, die Kommission und die EZB Klagegegner. Bei dem Rat und Parlament handelt es sich um taugliche Klagegegner.

##### IV. Klagegegenstand

Zudem müsste ein Klagegegenstand vorliegen. Bei dem Klagegegenstand handelt es sich um Handlungen mit Rechtswirkung gegenüber Dritten. Vorliegend handelt es sich um eine Richtlinie. Diese entfaltet grds. Rechtswirkung gegen Dritte. Somit liegt ein Klagegegenstand vor.

##### V. Klagebefugnis

Der Mitgliedsstaat A müsste zudem klagebefugt sein. Mitgliedstaaten gehören zu der Gruppe der privilegierten Kläger gem. Art. 263 II AEUV. Diese müssen eine Klagebefugnis nicht darlegen. Somit ist der Voraussetzung der Klagebefugnis genüge getan.

##### VI. Klagegrund

Ein Klagegrund müsste vorliegen. In Betracht kommt dafür beispielsweise Vertragsverletzung, Ermessensmissbrauch oder Verletzung wesentlicher Formvorschriften. Vorliegend sagt A, die Richtlinie sei mit dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten unvereinbar. Dies stellt eine mögliche Vertragsverletzung dar. Somit liegt ein Klagegrund vor.

##### VII. Form und Frist

Form und Frist müssten vorliegen. Die Frist beginnt ab Verkündung der Handlung für 2 Monate gem. Art. 263 VI AEUV. A will gleich nach Verkündung vorgehen. Dem Fristerfordernis wird genüge getan und auch den Formerfordernissen wird voraussichtlich genüge getan.

##### B. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

##### C. Begründetheit

Die Klage müsste ferner begründet sein. Die Klage ist begründet wenn die Richtlinie tatsächlich mit dem Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten unvereinbar ist, gem. Art. 8 I EU-GR Charta.

##### I. Persönlicher Schutzbereich

Hierfür müsste zunächst der persönliche Schutzbereich eröffnet sein. Gem. Art. 8 I EU-GR Charta ist jede natürliche und juristische Person vom Schutzbereich miteinbezogen. Die Richtlinie richtet sich gegen alle Nutzer öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsketten. Diese sind natürliche und juristische Person. Folglich ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

##### II. Sachlicher Schutzbereich

Ferner müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Bei den zu speichernden Daten müsste es sich um personenbezogene Daten handeln. Personenbezogene Daten sind alle Daten, die wesentliche Informationen über eine Person freigeben.

Vorliegend sollen zwar nicht die Inhalte von Telefonaten, aber die Häufigkeit, die Art, der Zeitraum und die Beteiligten der Kommunikationen gespeichert werden. Die Daten geben wesentliche Informationen über das Leben und das Umfeld der Personen frei. Somit handelt es sich um personenbezogene Daten und der sachliche Schutzbereich ist ebenfalls eröffnet.

### III. Eingriff

Ein Eingriff müsste vorliegen. Eingriff ist jede Handlung, die rechtliche erheblich ist. Die Richtlinie entfaltet grds. Rechtswirkung und der Erlass einer solchen Richtlinie ist mithin rechtlich erheblich. Somit liegt ein Eingriff vor.

### IV. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

#### 1. Schranken

Fraglich ist, ob der Eingriff von einer Schranke gedeckt ist. Als Schranke kommt Art. 52 I S. 1 EU-GR Charta in Betracht. Danach muss jede Einschränkung gesetzlich vorgesehen sein. Gem. Art 8 II S. 1 EU-GR Charta dürfen Daten für festgelegte Zwecke verarbeitet werden. Somit ist der Eingriff von der Schranke gedeckt.

#### 2. Schranke-Schranke

Fraglich ist, ob der Eingriff auch von den Schranken-Schranken gem. Art. 52 I S. 2 EU-GR Charta gedeckt ist. Der Eingriff müsste legitim, erforderlich, geeignet und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

##### a) Legitimer Zweck

Zunächst müsste ein legitimer Zweck vorliegen. Dafür kommt jeder Zweck in Betracht, der nicht gegen die allg. Rechtsordnung verstößt. Der Zweck der RL ist die Verfolgung nicht näher bezeichneter schwerer Straftaten. Dies verstößt zunächst nicht gegen die allgemeine Rechtsordnung. Somit liegt ein legitimer Zweck vor.

##### b) Geeignet

Die Maßnahme müsste geeignet sein um den Zweck zu erreichen. Sie müsste die Erreichung zumindest fördern. Durch die RL werden Daten offen gelegt, die Verbindungen einzelner Personen freilegen. Dadurch ist es einfacher, organisierte Verbrechen zu verfolgen. Die Maßnahme ist geeignet.

##### c) Erforderlich

Sie müsste auch erforderlich sein. Sie ist erforderlich, wenn kein milderes Mittel ersichtlich ist, was gleich effizient ist. Fraglich ist, ob nicht nur das Untersuchen Einzelner reichen würde. Dies würde aber nicht die typischen Verbindungen zwischen Straftätern offen legen. Somit ist kein milderes Mittel ersichtlich und die RL ist auch erforderlich.

##### d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die RL müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Sie dürfte nicht unverhältnismäßig in das Grundrecht eingreifen. Die Richtlinie soll der Prävention von Straftaten dienen. Hierbei geht es um den Schutz der Allgemeinheit und auch deren körperlichen Unversehrtheit. Jedoch ist keine konkrete Speicherungseinschränkung der Daten vorgesehen. Die Daten müssen nicht gelöscht werden und können auf einer unbestimmten Zeit auf einem Server vorliegen. Es liegen keine objektiven Kriterien zur Notwendigkeit der Daten vor. Damit kann jeder Bürger bewacht werden. Durch die kaum vorhandene Einschränkung der Datenspeicherung kann sich kein Bürger sicher sein, ob sein Umfeld und Alltag nicht aufgezeichnet werden und ein Missbrauchsschutz, der nicht ausreichend gegeben ist, kann die Daten der Bürger nicht ausreichend wahren. Die Datenspeicherung ist der willkürlich. Ferner spricht gegen eine Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, dass ein Zugang, der über sechs Monate bis zwei Jahre gegeben ist, viel zu pauschal ist. Der Eingriff ist somit nicht verhältnismäßig.

#### 3. Zwischenergebnis

Der Eingriff ist nicht von den Schranken-Schranken gedeckt. Eine Grundrechtsverletzung liegt vor.



**D. Zwischenergebnis**

Eine Grundrechtsverletzung liegt vor. Die Klage ist begründet.

**Ergebnis**

Eine Klage des A hat Aussicht auf Erfolg.

**Aufgabe 2**

Wenn eine RL unmittelbare Wirkung entfaltet ist sie von jedem MS umzusetzen. Die unmittelbare Wirkung von RL ist möglich und zulässig unter den Voraussetzungen, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die RL zunächst self-executing ist. Unter self-executing versteht man die hinreichende Bestimmtheit einer RL und die Unbedingtheit. Sie muss also ohne einen weiteren Umsetzungsakt wirken. Ferner darf sie keine benachteiligende Wirkung für den Bürger entfalten, das heißt sie darf nicht umgekehrt-vertikal wirken, sodass der MS keine RL gegen einen Bürger geltend machen kann. Das widerspräche dem Sanktionsprinzip, dass nur der MS sanktioniert werden kann, aber nicht der Bürger. Ferner ist eine unmittelbare Wirkung einer RL ausgeschlossen, wenn ein Fall der horizontalen Direktwirkung vorliegt. Ein Bürger kann nämlich keine RL gegen einen anderen Bürger geltend machen. Zu differenzieren ist hier von der horizontalen Drittwirkung. Bei dieser macht ein Bürger die nicht Umsetzung einer RL gegenüber einem MS geltend und ein Anderer Bürger würde bei evtl. unmittelbarer Wirkung der RL Nachteile ziehen. Bei dem Fall der horizontalen Drittwirkung gilt es zu differenzieren ob es sich bei den Nachteilen um eine negative Folge, also einen Rechtsreflex handelt, oder ob dem Benachteiligten Bürger Verpflichtungen auferlegt werden. Bei letzterem ist eine unmittelbare Wirkung der RL ausgeschlossen.

**Aufgabe 3**

Das Vorabentscheidungsverfahren dient der Auslegung der Verträge und der Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der EU. Das Verfahren setzt sich aus Zulässigkeit und Beantwortung zusammen. Wesentlicher Bestandteil der Zulässigkeit ist, dass der EuGH zuständig

ist gem. Art 267 AEUV und dass ein tauglicher Vorlagegegenstand durch einen tauglichen Vorlageberechtigten vorliegt. Ferner muss es sich um einen echten und keinen konstruierten Rechtsstreit handeln und es darf sich um keine rein hypothetische Frage handeln. Form- und Fristenfordernisse gibt es hierbei nicht. Eine bekannte Problemstellung ist hier, ob ein letztinstanzliches Gericht eines MS verpflichtet ist, die Frage dem EuGH vorzulegen oder ob es verpflichtet ist die Frage selbst anzunehmen. Eine Ansicht verneint die Vorlagepflicht mit der Begründung des Wortlauts von Art. 267 II AEUV „kann“. Danach besteht keine Pflicht. Eine Andere Ansicht bejaht die Pflicht zur Vorlage damit, dass es trotzdem eine einheitliche Auslegung geben muss und nicht innerhalb der MS durch Befreiung der Vorlagepflicht Unterschiede geben kann. Dies wird letztendlich auf der Supranationalität der EU gestützt.

**13 Punkte****Anmerkungen**

Die Prüfung des persönlichen Schutzbereichs war in diesem Umfang nicht geboten, da hier eine objektive Rechtsbeanstandung erfolgt. Ferner fehlt in der Abwägung der Maßstab nach dem die Abwägung erfolgen muss. In der zweiten Aufgabe hätte der Ablauf der Umsetzungsfrist genauer benannt werden müssen. In der dritten Aufgabe, wird nicht auf alle relevanten Probleme eingegangen. So muss unter dem Punkt der tauglichen Vorlageberechtigung auf den einheitlichen Gerichtsbegriff eingegangen werden. Außerdem gilt zu beachten, dass das Vorabentscheidungsverfahren selbst keine Frist vorsieht. Im Falle der Überprüfung der Gültigkeit von Handlungen kollidiert das Vorabentscheidungsverfahren jedoch mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV. Um die hierfür nach Art. 263 IV AEUV erforderliche Frist nicht zu umgehen, dürfte sie in diesen Fällen nicht abgelaufen sein.

## Zivilrecht Das Häuschen der Eltern

Die Hausarbeit ist in der Übung für Fortgeschrittene im Sommersemester 2014 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt **Professor Dr. Thomas Jaeger, LL.M.**, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat.

Verfasser der Klausurlösung ist **stud. iur. Felix Hinkelmann**, die Hausarbeit ist mit 13 Punkten bewertet worden.

### Sachverhalt

Die betagten Eheleute M und V sind im Grundbuch in Gütergemeinschaft eingetragene Eigentümer eines kleineren Mehrfamilienhauses am Stadtrand von Hannover. Im Erdgeschoss leben M und V selbst, die übrigen 3 Wohnungen sind vermietet. M und V leben im Wesentlichen von den Erträgen der Vermietung, nennenswertes sonstiges Vermögen haben beide nicht.

Im Frühjahr 2011 entschließen sich M und V langjährigen Mieterforderungen nachzugeben und endlich einen Aufzug errichten zu lassen. Dazu ist ein Außenanbau nötig. Um Kosten zu sparen, beauftragen sie den Bauunternehmer U nur mit der Errichtung des Rohbaus und dem Einbau des Aufzugs. U soll dafür unter anderem Bauziegel von M und V verwenden, die schon längere Zeit im Hof des Hauses lagern. U besieht die Ziegel und äußert Bedenken, dass ihre Festigkeit durch Verwitterung gelitten habe. Diese Bedenken hält er auch in der Auftragsbestätigung schriftlich fest. M und V wollen aber Kosten sparen und bestehen auf der Verwendung der Ziegel. Den Verputz und die sonstigen optischen Feinarbeiten soll sodann ihr Bekannter B übernehmen. Im Sommer 2011 sind U und B mit ihren jeweiligen Arbeiten fertig. M und V freuen sich über die rasche Ausführung und zeigen sich mit dem Ergebnis zufrieden.

Gleichzeitig wächst der Wunsch beim und M, mit den Mühen der Verwaltung des Objekts und dem Bestreiten der laufenden Kosten nicht mehr befasst zu sein. Sie entschließen sich, das Mehrfamilienhaus unter Vorwegnahme späterer Erbfolge an ihr älteres Kind, die Tochter T, zu übergeben, was mit notariellem Vertrag im März 2012 besiegelt wird. Der Wert des Objekts wird auf 450.000,- EUR geschätzt. An der im Erdgeschoss gelegenen Wohnung behalten sie sich ein Wohnrecht auf Lebenszeit vor, dessen Wert mit 50.000,- EUR quantifiziert wird. Nicht leer ausgehen soll aber auch das jüngere Kind, der Sohn S. Da die Übergabe des Hauses das Erbe beträchtlich schmälert, muss sich T im Übertragungsvertrag verpflichten, ihrem Bruder S binnen 6 Wochen einen Ausgleich in Höhe von 100.000,- EUR zu zahlen. Der Übertragungsvertrag räumt S auch ein direktes Forderungsrecht ein. S erhält von T nach 6 Wochen die 100.000,- EUR. Weitere Verpflichtungen für T fallen nicht an.

Nach der Übertragung des Grundstücks und der Zahlung des Geldbetrages verschlechtert sich der Gesundheitszustand der Eltern im Herbst 2012 stark. M und V werden pflegebedürftig und müssen in ein Pflegeheim übersiedeln. Die Erdgeschosswohnung, an der M und V das Wohnrecht behalten haben, wird für die beiden vermietet, wobei S behilflich ist. Die Einkünfte sollen helfen, zusammen mit den Pensionsbezügen von M und V die mit dem Aufenthalt im Pflegeheim verbundenen Kosten zu decken. Kurze Zeit genügt dies auch, als sich der Pflegebedarf allerdings intensiviert, reicht das Geld nicht mehr. Da weder S noch T gegenüber ihren Eltern unterhaltspflichtig sind, wird der fehlende Betrag von 3000,- EUR monatlich zunächst vom Landeswohlfahrtsverband L übernommen. Dieser gibt in der Folge zwei Überleitungsanzeigen gemäß § 93 SGB XII ab und verlangt von T die Erstattung der aufgewendeten Pflegekosten. Von einer Inanspruchnahme des S sieht L in einem an T und S gemeinsam gerichteten Schreiben ausdrücklich ab, da S mittlerweile für vermögenslos gehalten wird. Außerdem habe er für M und V schon die Vermietung der Erdgeschosswohnung besorgt, wovon die beiden nach wie vor zehren. T aber müsste das Haus verkaufen, um die Forderungen des L zu bedienen. Da T daher jede Zahlung verweigert, erhebt L Klage.

Im Frühsommer 2013 versterben die Ehegatten M und V kurz nacheinander. T ist Erbin, S erhält den Pflichtteil. Unmittelbar danach stellt T am Liftanbau große Risse im Verputz fest. T wendet sich an B, der jede Schuld von sich weist. Die Risse seien wohl durch Fehler an der Konstruktion des Anbaus entstanden. U wiederum streitet dies ab. T fragt einen ihr bekannten Bausachverständigen um Rat. Der sieht sich die Sache an und stellt fest, für die Risse sei zu gleichen Teilen das unglückliche Ineinanderwirken der Verwendung brüchiger Bauziegel beim Rohbau und eines eigenständigen Fehlers beim Verputz verantwortlich. T wendet sich wieder an U und B und besteht darauf, dass sie die Sanierung gemeinschaftlich vornehmen. Beide lehnen ab. Daraufhin beauftragt T den Bausachverständigen mit der Sanierung. Die Kosten dafür betragen 30.000,- EUR.

• Kann L die T im Februar 2014 auf Ersatz des gesamten Fehlbetrags der aufgelaufenen Pflegekosten in Anspruch nehmen? Wenn ja, muss T die aufgelaufenen Kosten alleine tragen?

• Kann T von U oder B die Sanierungskosten und anfallende Gutachterkosten verlangen? Kann im Fall der Inanspruchnahme durch T der U von B (bzw. umgekehrt) einen Ausgleich verlangen? Gehen Sie davon aus, dass im Vertrag der Eltern mit U standardmäßig die Geltung der VOB/B vereinbart ist.

• Kann T von U oder B die Sanierungskosten und anfallende Gutachterkosten verlangen? Kann im Fall der Inanspruchnahme durch T der U von B (bzw. umgekehrt) einen Ausgleich verlangen? Gehen Sie davon aus, dass im Vertrag der Eltern mit U standardmäßig die Geltung der VOB/B vereinbart ist.

**Auf folgende Vorschriften wird hingewiesen:**

**Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) - Sozialhilfe**

**§ 93 - Übergang von Ansprüchen**

(1) Hat eine leistungsberechtigte Person [...] für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, einen Anspruch gegen einen anderen, [...] kann der Träger der Sozialhilfe durch schriftliche Anzeige an den anderen bewirken, dass dieser Anspruch bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht. [...] Der Übergang ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann.

**Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen- Teil B (VOB/B)**

**§ 4 - Ausführung**

(3) Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.

**§ 13 - Mängelansprüche**

(1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. [...]

[...]

(3) Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Absatz 3 obliegende Mitteilung gemacht.

Ein Umfang von bis zu 25 Seiten exklusive Deckblatt, Sachverhalt, Gliederung, Literaturverzeichnis und Eigenständigkeitserklärung ist einzuhalten. Für die Formalien wird im Übrigen verwiesen auf die Leitlinien zur Erstellung von Hausarbeiten.

Auf einen Abdruck des Inhalts-, Literatur- und Abkürzungsverzeichnisses wird aus redaktionellen Gründen verzichtet; die angegebenen Literaturnachweise haben den Bearbeitungsstand der Hausarbeit und sind lediglich redaktionell leicht angepasst worden, um der Zitierweise der Zeitschrift zu entsprechen.

## Gutachterliche Lösung

### A. Anspruch L gegen T gern. §§ 93 I 1 SGB XII, 528 I 1 BGB i.V.m. 818 II BGB<sup>1</sup>

L könnte gegen T einen gem. § 93 I 1 SGB XII überleiteten Rückforderungsanspruch aus § 528 I 1 i.V.m. § 818 II BGB in Höhe der aufgelaufenen Pflegekosten haben. Der zuständige Sozialhilfeträger wird durch § 93 I 1 SGB XII ermächtigt, Ansprüche der leistungsberechtigten Person durch eine schriftliche Anzeige auf sich überzuleiten. Eine solche Überleitungsanzeige stellt einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dar.<sup>2</sup> Die vorliegenden Überleitungsanzeigen müssten mithin rechtmäßig sein, die Voraussetzungen hierfür müssten vorliegen.

#### I. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die Überleitungsanzeigen müssten formell rechtmäßig sein. Der Sozialhilfeträger muss zuständig gewesen und eine Anhörung der Schuldner muss erfolgt sein. Weiterhin muss die Anzeige schriftlich und begründet erfolgen. Außerdem wird die Überleitungsanzeige als empfangsbedürftige Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Schuldner bekanntgegeben wird. Die Bekanntgabe unterliegt keiner Formvorgabe.<sup>3</sup> Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von der Erfüllung der formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen auszugehen. Die Überleitungsanzeigen sind demnach formell rechtmäßig.

#### II. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die Überleitungsanzeigen müssten weiterhin auch materiell rechtmäßig sein. Der Sozialhilfeträger muss vor der Überleitung tatsächlich Leistungen erbracht oder bewilligt haben.<sup>4</sup> Vorliegend hat der

Sozialhilfeträger L bereits die monatlich fehlenden Pflegekosten der Ehegatten übernommen. Der Sozialhilfeträger hat damit vor der Überleitung tatsächlich Leistungen bewilligt und erbracht. Es ist jedoch umstritten, ob die Rechtmäßigkeit der Hilfestellung eine materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung darstellt.

#### 1. Erste Ansicht

Nach der ersten Ansicht ist eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hilfestellung nur geboten, wenn die Voraussetzungen für den überzuleitenden Anspruch und den Sozialhilfeanspruch wesentlich unterschiedlich sind. Bei wesentlich gleichen Voraussetzungen ist eine entsprechende Prüfung nicht notwendig. Eine Prüfung ist weiterhin notwendig, wenn die Belange eines Dritten in einer unzulässigen Art und Weise verkürzt werden.<sup>5</sup> Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte unterscheiden sich die Voraussetzungen für den überzuleitenden Anspruch nicht wesentlich von denen des Sozialhilfeanspruchs. Eine unzulässige Verkürzung von Belangen Dritter ist ebenfalls nicht ersichtlich. Eine Rechtmäßigkeitsprüfung der Hilfestellung wäre nach dieser Ansicht nicht geboten.

#### 2. Zweite Ansicht

Nach einer anderen Ansicht ist aus der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck des § 93 SGB XII zu folgern, dass die Herstellung des Nachrangverhältnisses dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns in besonders hohem Maße verpflichtet ist.<sup>6</sup> Damit setzt eine rechtmäßige Überleitung nach dieser Ansicht immer die Rechtmäßigkeit der Hilfestellung voraus. Eine Rechtmäßigkeitsprüfung der Hilfestellung wäre nach dieser Ansicht geboten.

#### 3. Streitentscheid

Die vorstehenden Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist erforderlich. Aber schon die schutzwürdigen Interessen eines Drittschuldners machen es notwendig,

<sup>1</sup> Vorschriften ohne Gesetzestitel sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

<sup>2</sup> Kiss in: M/Z-SGB XII, § 93 Rn. 3.

<sup>3</sup> Kiss in: M/Z-SGB XII, § 93 Rn. 4-12.

<sup>4</sup> Wolf in: FIW-SGB XII, § 93 Rn. 8.

<sup>5</sup> Münder in: Existenzsicherungsrecht, Kapitel 40 Rn. 69.

<sup>6</sup> Kiss in: M/Z-SGB XII, § 93 Rn. 14.



diesen nicht für Sozialhilfeleistungen heranzuziehen die rechtswidrig gewährt wurden.<sup>7</sup>

Es ist demnach der zweiten Ansicht zu folgen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hilfestellung ist somit notwendig. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Gewährung Sozialhilfe durch L rechtmäßig war. Des Weiteren wurden die Voraussetzungen in Form der Gleichzeitigkeit des Anspruchs und der Überleitung in den Grenzen der Höhe der erbrachten Leistungen erfüllt. Weiterhin bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass L sein pflichtgemäßes Ermessen bezüglich der Überleitungsanzeige nicht fehlerfrei ausgeübt hat.

#### 4. Überleitungsfähiger Anspruch

Die Leistungsempfänger M & V müssten einen überleitungsfähigen Anspruch gegen einen anderen i.S.d. § 93 I 1 SGB XII gehabt haben. Überleitungsfähig sind sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Ansprüche. So sind auch etwaige Rückforderungsansprüche des Schenkers gem. § 528 überleitungsfähig.<sup>8</sup> M & V könnten gegen T einen Rückforderungsanspruch gem. § 528 I 1 gehabt haben. Dieser müsste entstanden, dürfte nicht erloschen und müsste ferner auch durchsetzbar sein.

##### a) Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Die Voraussetzungen hierfür müssten vorliegen.

##### aa) Vollzogene Schenkung

Zwischen den Ehegatten und T müsste eine Schenkung vollzogen worden sein. Gem. § 516 I besteht die Schenkung in einer Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert und beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Eine Schenkung ist vollzogen, wenn der Schenker die versprochene Leistung freiwillig bewirkt und damit gem. § 362 I die Erfüllung

des Schenkungsvertrags bewirkt.<sup>9</sup> Fraglich ist dementsprechend zunächst, ob zwischen den Ehegatten und T ein Schenkungsvertrag vorlag.

##### (1) Vertragsschluss

Es müsste ein wirksamer Vertrag vorliegen. Damit ein Schenkungsvertrag zustande kommt, müssen sich zwei Personen über die unentgeltliche Bewirkung einer Leistung zugunsten des Beschenkten geeinigt haben und diese darf nicht dem Typ eines spezielleren unentgeltlichen Vertrags entsprechen.<sup>10</sup> Weiterhin unterliegt der Abschluss eines Schenkungsvertrags den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsschlusses.<sup>11</sup>

##### (a) Zuwendung

Zunächst müsste eine Zuwendung der Eheleute an T stattgefunden haben. Schenkungsinhalt ist eine gegenstandsbezogene Zuwendung eines Vermögenswerts, der beim Schenker zu einer Entreicherung und beim Beschenkten damit zu einer Vermögensmehrung führt.<sup>12</sup> Durch die Zuwendung müsste es also bei den Eheleuten zu einer Entreicherung gekommen sein. Die gegenwärtige Vermögenssubstanz müsste hierfür dauerhaft vermindert werden.<sup>13</sup> Fraglich ist, wie sich das im Übertragungsvertrag festgelegte Wohnrecht auf Lebenszeit der Ehegatten auf deren Vermögen auswirkt. Es ist strittig, ob eine dauerhafte Gebrauchsüberlassung als eine Vermögensminderung i.S.d. § 516 anzusehen ist. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass ein solches Wohnrecht als Leihe gem. § 598 zu qualifizieren ist.<sup>14</sup> Der Vermögensgegenstand scheidet in einem solchen Fall jedoch nicht endgültig aus dem Vermögen des Schenkers aus.<sup>15</sup> Daraus ergibt sich, dass der Wert der Zuwendung in Form des Mehrfamilienhauses um den Wert des Wohnrechts

9 Weidekaff in: Palandt, § 518 Rn. 9.

10 Wimmer-Leonhardt in: Staudinger BGB, § 516 Rn. 6.

11 Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 313.

12 Tonner, Schuldrecht, § 14 Rn. 1.

13 Koch in: MüKoBGB, § 516 Rn. 6.

14 BGH NJW 1982, 820 (820).

15 Sefrin in: jurisPK-BGB, § 516 Rn. 2.

7 Kiss in: M/Z-SGB XII, § 93 Rn. 14.

8 H. Sellhorn in: S/S/H-SGB XII, § 93 Rn. 20.

gemindert werden muss. Das Haus hat einen Wert von 450.000 EUR, das Wohnrecht wird mit einem Wert von 50.000 EUR quantifiziert. Daraus ergibt sich ein Restwert von 400.000 EUR. Die gegenwärtige Vermögenssubstanz der Eltern wurde mithin um 400.000 EUR vermindert. Ferner ist es damit bei den Eheleuten zu einer Entreicherung gekommen. Weiterhin müsste es bei T zu einer Bereicherung gekommen sein. Diese muss eine objektive und unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise Vermögensmehrung darstellen, die durch einen Vermögensvergleich vor und nach der Schenkung festzustellen ist.<sup>16</sup> Nach der Zuwendung ihrer Eltern steht das Mehrfamilienhaus im Eigentum der T. Ihr Vermögen mehrte sich mithin in Höhe des Hauswertes, vermindert um das dem Eltern vorbehaltene Wohnrecht. Das Vermögen der T hat sich durch die Zuwendung der Eheleute demnach zunächst um 400.000 EUR erhöht. Bei T ist es mithin zu einer Bereicherung gekommen. Damit hat zunächst eine Zuwendung der Eheleute an T stattgefunden.

#### **(b) Unentgeltlichkeit der Zuwendung**

Die Zuwendung müsste zudem unentgeltlich erfolgt sein. Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestimmt sich gem. § 516 nach der Parteivereinbarung über eine solche. Eine solche Einigung liegt vor, wenn die Zuwendung mit keinem Gegenwert verknüpft ist. Entgeltlich ist die Zuwendung hingegen, wenn die Zuwendung und eine Gegenleistung in wechselseitiger Abhängigkeit versprochen werden.<sup>17</sup> Fraglich ist, wie der Umstand zu beurteilen ist, dass sich T im Gegenzug zur Übertragung des Hauses dazu verpflichten muss ihrem Bruder S eine Ausgleichszahlung i.H.v. 100.000 EUR zu zahlen. In diesem Zusammenhang könnte es sich damit um eine gemischte Schenkung handeln. Eine solche entsteht, wenn eine Partei eine Vermögenszuwendung tätigt, die nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien teils unentgeltlich, teils entgeltlich erfolgen soll. Auf die objektive Gleichwertigkeit von Leistung und

Gegenleistung kommt es gerade nicht an.<sup>18</sup> Vorliegend übertragen die Eheleute M & V der T das Haus unter der Vorwegnahme der späteren Erbfolge. Innerhalb dieser fordern sie von dieser eine Ausgleichszahlung an S, da dessen Erbe durch die Hausübertragung beträchtlich geschmälert wird. Häufig werden mit der vorweggenommenen Erbfolge weitere Vereinbarungen getroffen, wie die Zahlung sog. Gleichstellungsgelder. Bei solchen verpflichtet sich der Beschenkte dazu, als Ausgleich für den Erhalt der Schenkung Leistungen an nahestehende Personen des Schenkers bzw. Erblassers zu erbringen. In Zusammenhang mit solchen Ausgleichszahlungen hat man es oft mit gemischten Schenkungen zu tun.<sup>19</sup> Vorliegend findet jedoch trotz der vorgenommenen Ausgleichzahlung und des vorbehaltenen Wohnrechts auf Lebenszeit ein Teil der Zuwendung, nämlich i.H.v. 300.000 EUR, unentgeltlich statt. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist weiterhin davon auszugehen, dass T und ihre Eltern sich darüber einig sind, dass ein Teil der Leistung unentgeltlich geschieht und Leistung und Gegenleistung objektiv nicht gleichwertig sind. Es handelt sich mithin um eine gemischte Schenkung. Es ist allerdings umstritten, wie die gemischte Schenkung zu behandeln ist bzw. ob das Schenkungsrecht gem. §§ 516ff. auf eine solche Anwendung findet.

#### **(aa) Einheitstheorie**

Nach der Einheitstheorie sind die verschiedenen Vertragstypen, die sich in der gemischten Schenkung niederschlagen zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft verbunden. Damit finden die Bestimmungen der Schenkung und alle weiteren Bestimmungen der anderen begriffenen Vertragstypen kumulativ Anwendung. Kommt es zu einer Kollision dieser mit den Schenkungsregelungen, so entscheidet der von den Parteien gewollte Zweck des Vertrags.<sup>20</sup> Nach dieser Theorie finden demnach die Vorschriften der Schenkung auf die vorliegende gemischte Schenkung Anwendung.

<sup>18</sup> Mansel in: Jauernig, § 516 Rn. 17.

<sup>19</sup> Chiusi in: Staudinger BGB, § 516 Rn. 151.

<sup>20</sup> Oertmann BGB, § 516 Nr. 9 d).

<sup>16</sup> Koch in: MüKoBGB, § 516 Rn. 11.

<sup>17</sup> Brox/Walker, Schuldrecht BT, § 9 Rn. 9.

**(bb) Trennungstheorie**

Nach der Trennungstheorie muss das Rechtsgeschäft um die gemischte Schenkung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegt werden. Auf die voneinander getrennten Rechtsgeschäfte finden dann die jeweils einschlägigen Vorschriften Anwendung.<sup>21</sup> Vorliegend besteht ein unentgeltliches Rechtsgeschäft i.H.v. 300.000 EUR. Auf diese sind nach der Trennungstheorie die schenkungsrechtlichen Vorschriften anwendbar.

**(cc) Zweckwürdigungstheorie**

Die Zweckwürdigungstheorie ordnet die gemischte Schenkung keinem bestimmten Regelungstypus der dieser innewohnt zu. Vielmehr wendet sie für den jeweiligen Einzelfall die Regelungen an, die dem Zweck des Vertrages oder dem Parteiwillen am ehesten entsprechen. Kriterien zur Bestimmung der jeweils geltenden Regelungen kann der wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrags sein.<sup>22</sup> Wirtschaftlich betrachtet überwiegt vorliegend der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts zwischen T und ihren Eltern den entgeltlichen Teil erheblich. Da es sich um einen Fall der vorweggenommenen Erbfolge handelt ist außerdem davon auszugehen, dass die Regelungen der Schenkungen am ehesten dem Zweck des Vertrages entsprechen. Damit sind nach der Zweckwürdigungstheorie die schenkungsrechtlichen Vorschriften auf das Rechtsgeschäft zwischen T und ihren Eltern anzuwenden.

**(dd) Streitentscheid**

Vorliegend ist zu beachten, dass die Forderungen des Sozialhilfeträgers den Wert von 300.000 EUR nicht übersteigt. Demnach muss § 528 lediglich auf diesen Betrag Anwendung finden können. Die vorstehenden Theorien kommen damit zumindest i.H.d. Forderung des Sozialhilfeträgers zu übereinstimmenden Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist mithin entbehrlich. Die §§ 516ff. sind demnach auf die vorliegende gemischte Schenkung anwendbar.

**(ee) Schenkung unter Auflage**

Des Weiteren ist fraglich, wie sich das von M & V vorbehaltene Wohnrecht auf Lebenszeit auf die Unentgeltlichkeit auswirkt. Bei dem Wohnrechtsvorbehalt könnte es sich insoweit um eine Auflage gem. § 525 handeln. Eine solche verpflichtet den Beschenkten zwar zu einer Gegenleistung, es liegt aber trotzdem kein entgeltliches Geschäft vor, weil die Gegenleistung aus dem geschenkten Gegenstand heraus erbracht wird. Typische Beispiele solcher Schenkungen sind Übergabeverträge, bei denen der Veräußerer auf den Erwerber die Verpflichtung überträgt, dass dieser zugunsten des Veräußerers bestimmte Handlungen, wie etwa die Einräumung eines Wohnrechts zugunsten des Veräußerers, mit dem übertragenen Gegenstand vornimmt.<sup>23</sup> Den Vollzug der Auflage kann der Schenker gem. § 525 I erst verlangen, soweit er bereits an den Beschenkten geleistet hat. Hier liegt ein Übertragungsvertrag mit einem den Ehegatten vorbehaltenen Wohnrecht auf Lebenszeit in der Erdgeschosswohnung des Hauses vor. Des Weiteren haben die Ehegatten ihrerseits auch bereits an T geleistet. Mithin handelt es sich insoweit um eine mit der Schenkung verbundenen Auflage gem. § 525, auf deren Vollzug die Eheleute auch einen Anspruch haben.

**(ff) Zwischenergebnis**

Bei der vorliegenden Zuwendung handelt es sich um eine gemischte Schenkung unter Auflage. Die Vorschriften über die Schenkung gem. §§ 516ff. finden Anwendung. Die Zuwendung ist mithin unentgeltlich erfolgt.

**(c) Form**

Die Formvorschriften müssten gewahrt sein. Gem. § 518 I 1 i.V.m. § 128 müsste das Schenkungsversprechen der Eheleute notariell beurkundet worden sein. Vorliegend wurde die Übergabe des Hauses in einem notariellen Vertrag besiegelt. Die Annahmeerklärung

<sup>21</sup> Sefrin in: jurisPK-BGB, § 516 Rn. 56.

<sup>22</sup> Koch in: MüKoBGB, § 516 Rn. 38.

<sup>23</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 799

des Beschenkten ist formfrei.<sup>24</sup> Die Formvorschriften wurden gewahrt.

#### **(d) Zwischenergebnis**

Es liegt ein wirksamer Vertrag vor.

#### **(2) Zwischenergebnis**

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte hat T auch gem. §§ 873, 925 I das Eigentum am Mehrfamilienhaus erworben. Zwischen den Ehegatten und T wurde eine Schenkung vollzogen.

#### **bb) Notbedarf des Schenkers**

Es müsste ein Notbedarf der Ehegatten vorgelegen haben. Gem. § 528 I müsste der Schenker hierfür außerstande sein, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder gesetzliche Unterhaltungspflichten zu erfüllen. Entgegen dem Wortlaut des § 528 ist es ausreichend, wenn eine der beiden Varianten erfüllt ist. Zur Feststellung des Notbedarfs muss das gegenwärtige Aktivvermögen des Schenkers ermittelt werden. Dessen Verwertung ist dem Schenker i.d.R. zuzumuten.<sup>25</sup> Mangels weitergehender Anhaltspunkte besteht das Vermögen der Ehegatten nach Vollzug der Schenkung nur noch aus der Erdgeschosswohnung, auf die sie ein Wohnrecht auf Lebenszeit haben und ihren Pensionsbezügen. Nachdem sie im Pflegeheim waren, wurde diese jedoch bereits von S, durch deren Vermietung, für die Deckung ihrer Kosten genutzt. Das Vermögen der Eheleute wurde mithin bereits verwertet. Diese bezogen bereits aufgrund dessen Sozialhilfe vom Sozialhilfeträger L. Wenn bereits Sozialhilfe geleistet worden ist, besteht in der Feststellung des Notbedarfs i.d.R. kein Problem mehr, denn der Notbedarf wurde dementsprechend bereits vorgeprüft.<sup>26</sup> Bei den Ehegatten hat damit ein Notbedarf vorgelegen.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen für einen Rück-

forderungsanspruch gem. § 528 liegen vor. Der Anspruch ist zunächst entstanden.

#### **b) Anspruch untergegangen**

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein. Fraglich ist in diesem Zusammenhang zunächst, wie es sich auswirkt, dass die Schenker im Februar 2014 bereits verstorben sind. Zu berücksichtigen ist die grundsätzliche Freiheit des Schenkers, selbst darüber zu entscheiden, ob er einen Rückforderungsanspruch geltend machen will oder nicht. Dementsprechend könnte der Beschenkte auch dann nicht zur Rückgabe des Geschenks verpflichtet werden, wenn der Schenker zu Lebzeiten auf die Rückforderung verzichtet und stattdessen die Leistungen eines Sozialhilfeträgers in Anspruch genommen hat.<sup>27</sup> Soweit der Notbedarf des Schenkers jedoch durch einen Sozialhilfeträger gedeckt wurde, steht dieser Annahme § 93 I 4 SGB XII entgegen. Dieser stellt eine spezielle Ausprägung des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes i.S.d. § 2 SGB XII dar. Er besagt, dass der Forderungsübergang nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann. Dies bedeutet, dass die Entscheidungsfreiheit des Schenkers gegenüber dem Sozialhilfeträger nicht geschützt ist.<sup>28</sup> Außerdem könnte der Rückforderungsanspruch aufgrund von Konfusion untergegangen sein. Bei Konfusion handelt es sich um die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person.<sup>29</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn der Beschenkte, gegen den ein Rückgabeanspruch besteht, auch gleichzeitig der Erbe des Schenkers ist.<sup>30</sup> Vorliegend wird T mit dem Tod ihrer Eltern und als Schuldnerin des gegen sie gerichteten Rückforderungsanspruchs als gleichzeitige Erbin dieses Anspruchs zugleich ihre eigene Gläubigerin. Ein Fall der Konfusion liegt damit eigentlich vor. Ein Untergang des vorliegenden Anspruchs kommt jedoch nur in Betracht, wenn niemand

24 Hirsch, Schuldrecht Besonderer Teil, Rn. 361.

25 Koch in: MüKoBGB, § 516 Rn. 3f.

26 BGH NJW 1996, 987 (987).

27 Koch in: MüKoBGB, § 516 Rn. 9, 13.

28 BGH NJW 1995, 2287 (2288).

29 Kollhosser/Jansen, JA 1988, 305 (305).

30 BGH NJW 1995, 2287 (2288).



mehr ein schützenswertes Interesse am Fortbestehen des Anspruchs hat.<sup>31</sup> Hier ist jedoch L als Sozialhilfeträger zur Sicherung des Unterhalts der Ehegatten in Vorlage getreten. L hat mithin ein schützenswertes Interesse am Fortbestand des Anspruchs aus § 528 I, um diesen auf sich überleiten zu können. Der Rückforderungsanspruch ist nicht aufgrund von Konfusion untergegangen. Weitere Untergangsgründe wie etwa eine Entreicherung der Beschenkten T gem. § 818 III sind nicht ersichtlich. Damit ist der Anspruch nicht untergegangen.

### c) Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste des Weiteren auch durchsetzbar sein. Dies ist der Fall, soweit keine Einreden vorliegen. In Betracht kommen hier die Ausschlussgründe gem. § 529. Gem. § 529 I Alt. 1 ist der Rückforderungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Dieser Ausschlussgrund greift jedoch nur, wenn die nachträgliche Herbeiführung der Bedürftigkeit durch den Schenker für den Beschenkten nicht vorhersehbar war.<sup>32</sup> Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass M & V nach der Schenkung über ihre Verhältnisse lebten oder so ihren Notbedarf in anderer Weise grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeiführten. Fraglich ist jedoch, wie es sich auf die Vorhersehbarkeit der Verarmung der Eltern auf Seiten der T auswirkt, dass diese nach der Übergabe des Hauses noch Vermögen aufwiesen und dieses zunächst auch erfolgreich zur Deckung der Heim- und Pflegekosten verwendet wurde. Die Verarmung trat erst mit der Intensivierung des Pflegebedarfs ein. Außerdem verschlechterte sich der Zustand der Eheleute erst nach der Übertragung. Weiterhin ist nicht ersichtlich, ob T bekannt war, dass M & V mit der Übergabe ihres Hauses den Großteil ihres vorhandenen Vermögens abgaben. Die nachfolgende Verarmung dieser war mithin für T nicht vorhersehbar. § 529 ist jedoch als

rechtshemmende Einrede ausgestaltet und bedarf mithin der Geltendmachung durch den Beschenkten.<sup>33</sup> T machte jedoch keine Einrede gem. § 529 I Alt. 1 geltend. Der Rückforderungsanspruch ist nicht gem. § 529 I Alt. 1 ausgeschlossen. Außerdem sind zur Zeit des Eintritts der Bedürftigkeit der Ehegatten gem. § 529 I Alt. 2, seit der Leistung des geschenkten Gegenstands auch noch keine zehn Jahre verstrichen. Weiterhin könnte der Anspruch verjährt sein. Die Verjährungsfrist beträgt gem. § 196 zehn Jahre. Die Frist beginnt gem. § 199 I mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen. Die Frist begann damit am Ende des Jahres 2012 zu laufen. Der Anspruch ist damit auch nicht verjährt. Der Anspruch ist demnach auch durchsetzbar. Der Anspruch könnte weiterhin gem. § 529 II ausgeschlossen sein. Dieser Ausschlussgrund greift ein, soweit der Beschenkte durch die Herausgabe des Geschenks selbst in Not geraten würde. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass T das Mehrfamilienhaus verkaufen müsste, um die Forderungen des L zu bedienen. Denn die Veräußerung eines angemessenen Familieneigenheims kann grundsätzlich nicht vom Beschenkten verlangt werden.<sup>34</sup> Es bestehen vorliegend jedoch keine Anhaltspunkte zur Annahme, dass T das Mehrfamilienhaus als angemessenes Eigenheim nutzt. Weiter ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass T durch die Bedienung der Forderung der L, ihrerseits keinen Notbedarf erleidet. Der Anspruch ist dementsprechend auch nicht durch § 529 II ausgeschlossen.

### d) Rechtsfolgen

Es liegt ein nicht erloschener und ferner durchsetzbarer Rückforderungsanspruch gem. § 528 I 1 vor. Damit stehen M & V ein Herausgabeanspruch nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Hierbei handelt es sich um einen

<sup>31</sup> Kollhosser/Jansen, JA 1988, 305 (307).

<sup>32</sup> Saeger in: HK-BGB, § 529 Rn. 5.

<sup>33</sup> Weidekaff in: Palandt, § 518 Rn. 1.

<sup>34</sup> E. Herrmann in: Erman-BGB, § 529 Rn. 2.



Rechtsfolgenverweis. Dieser führt grundsätzlich dazu, dass der Schenker gem. § 812 I 1 die Naturalrückgabe des Geschenks verlangen kann. Der Anspruch ist jedoch durch den Wert der Zuwendung und den angemessenen Unterhalt des Schenkers begrenzt.<sup>35</sup> Dementsprechend reicht der Herausgabeanspruch gem. § 528 grundsätzlich nur so weit, wie der Notbedarf vorliegt. Bei unteilbaren Schenkungsgegenständen wie etwa Häusern und Grundstücken ist eine Teilrückgabe unmöglich. Deswegen ist der Beschenkte in einem solchen Fall zum Teilwertersatz gem. § 818 II verpflichtet. Dieser ist begrenzt durch die Höhe des Wertes des Schenkungsteils der Zuwendung. Der Beschenkte hat die Möglichkeit sich von einem solchen Teilwertersatz zu befreien, indem er das Geschenk in natura herausgibt. Eine solche Ersetzungsbefugnis folgt aus § 242 und der Rechtsnatur des § 528 als Billigkeitsanspruch.<sup>36</sup> Damit ist T grundsätzlich zur Rückgabe des Mehrfamilienhauses in natura verpflichtet. Der Notbedarf der verstorbenen Ehegatten erstreckt sich allerdings auf einen Wert der deutlich unterhalb der 300.000 EUR liegt, die T unentgeltlich in Form des Hauses zugewendet wurden. Die Teilung des Grundstücks in den geforderten Wertersatz ist jedoch unmöglich. Damit ist T gem. § 818 II zur Zahlung eines Teilwertersatzes in Höhe der von L aufgewendeten Pflegekosten verpflichtet. T könnte jedoch auch das gesamte Haus herausgeben und sich so von der Teilwertersatzpflicht frei machen.

#### aa) Mehrere Beschenkte

Fraglich ist jedoch, ob T alleine dem Rückforderungsanspruch ausgesetzt ist oder ob auch S haftbar ist. Wurden mehrere Personen gleichzeitig beschenkt, so haften diese gleichrangig nebeneinander. Es erfolgt eine Begrenzung der Haftung der einzelnen Beschenkten durch § 528 I und § 818 II und III. Demnach haftet jeder Beschenkte nur bis zur Obergrenze des Notbedarfs des Schenkers und der Höhe der eigenen

und noch vorhandenen Bereicherung.<sup>37</sup> Werden die Schenkungen als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts innerhalb des gleichen Vertrags vorgenommen, haften alle Beschenkten grundsätzlich als Gesamtschuldner. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn ein Grundstück an das Kind übertragen wird, diese Übertragung jedoch einer Herauszahlungsverpflichtung an die Geschwister unterliegt.<sup>38</sup> Vorliegend handelt es sich um die Übergabe des Hauses der Ehegatten an ihre Tochter T, die mit einem Herauszahlungsanspruch an ihren Bruder S i.H.v. 100.000 EUR verbunden ist. Damit wurden T und S gleichzeitig beschenkt und haften gleichrangig nebeneinander. S haftet bis zur Höhe der Herauszahlung, mithin bis zu 100.000 EUR. Zwischen den Beschenkten besteht ein interner Ausgleichsanspruch gem. § 426 I. Mithin gilt beim Fehlen von Verteilungsregelungen grundsätzlich eine gleichmäßige Belastung der Beschenkten auch dann, wenn ein etwaiger Rückforderungsanspruch bereits auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden ist.<sup>39</sup> Vorliegend bestehen zwischen S und T keine besonderen Verteilungsregelungen. Damit werden diese gleichmäßig belastet. T ist nicht alleine dem Rückforderungsanspruch ausgesetzt. S und T haften als Gesamtschuldner gleichrangig nebeneinander.

#### bb) Zwischenergebnis Rechtsfolgen

S und T sind als Gesamtschuldner i.S.d. § 421, gem. § 818 II zur Zahlung eines Teilwertersatzes in Höhe der von L aufgewendeten Pflegekosten verpflichtet. T könnte jedoch auch das gesamte Haus herausgeben und sich und ihren Bruder so von der Teilwertersatzpflicht frei machen.

#### e) Ergebnis

Die Leistungsempfänger M & V haben einen überleitungsfähigen Anspruch gegen einen anderen i.S.d. § 93 I 1 SGB XII gehabt.

<sup>35</sup> Hadding, in: FS Mühl, 225 (234).

<sup>36</sup> Schwarz, JZ 1997, 545 (547).

<sup>37</sup> Koch in: MüKoBGB, § 528 Rn. 27.

<sup>38</sup> Sefrin in: jurisPK-BGB, § 528 Rn. 40.

<sup>39</sup> BGH NJW 1998, 537 (540).

### 5. Zwischenergebnis

Die Überleitungsanzeigen sind auch materiell rechtmäßig.

### III. Rechtsfolge

Die Überleitung des Anspruchs gem. § 93 SGB XII bewirkt einen Forderungsübergang auf den Sozialhilfeträger. Mit dem Zugang der Überleitungsanzeige an den Schuldner tritt der Sozialhilfeträger in die Rechtsstellung des Anspruchsgläubigers ein. Er hat nunmehr das Recht, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen und zu verfolgen. Der Schuldner kann ferner nur noch an den Sozialhilfeträger mit befreiender Wirkung leisten. Es findet mithin lediglich ein Gläubigerwechsel statt.<sup>40</sup> Demnach tritt L als Gläubiger an die Stelle von M & V und kann deren Ansprüche aus § 528 I nunmehr in eigenem Namen geltend machen. T und S können ferner nur noch an L mit befreiender Wirkung leisten.

### IV. Ergebnis

L hat gegen T und S einen gem. § 93 I 1 SGB XII überleiteten Rückforderungsanspruch aus §§ 528 I 1, 818 II auf Teilwertersatz in Höhe der aufgelaufenen Pflegekosten.

### Teil 2

**B. Anspruch T gegen U gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B**  
T könnte einen Anspruch gegen U gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B darauf haben, die Kosten der von T in Auftrag gegebenen Mängelbeseitigung zu erstatten. Fraglich ist zunächst, ob die Regelungen des VOB/B in diesem Fall überhaupt Anwendung finden. Wenn die Vertragsparteien für den betreffenden Bauvertrag vereinbart haben, dass diesem die VOB/B zugrunde liegen soll, dann ergeben sich die Mangelhaftigkeit und die daraus folgenden Ansprüche nicht aus den §§ 633ff., sondern aus § 13 VOB/B.<sup>41</sup> Vorliegend haben T und U mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zwar einen Vertrag

geschlossen. Es ist jedoch fraglich, ob ein Bauvertrag vorliegt. Der Bauvertrag in dem sich ein Unternehmer dazu verpflichtet, ein Bauwerk bzw. Teile davon zu errichten, ist als Werkvertrag gem. § 631 I einzuordnen. Vorausgesetzt, dass eine Herstellungsverpflichtung von den Vertragsparteien tatsächlich gewollt ist.<sup>42</sup> Abzugrenzen ist der Werkvertrag, aufgrund erheblicher Unterschiede bezüglich der Sachmängelhaftung, vom Dienstvertrag.<sup>43</sup> Bei einem Dienstvertrag i.S.d. § 611 I schuldet der Dienstverpflichtete nur seine Tätigkeit als solche. Ein bestimmter Tätigkeitserfolg ist hingegen nicht geschuldet. Der Unternehmer i.S.d. § 631 I schuldet zwar auch zwangsläufig ein Tätigwerden. Er schuldet jedoch noch zusätzlich auch das versprochene Werk, das aus seiner Tätigkeit resultiert.<sup>44</sup> Vorliegend beauftragen M & V den U damit den Rohbau des Außenbaus zu errichten und den Fahrstuhl einzubauen. Das Ziel des zwischen den beiden Parteien geschlossenen Vertrages ist mithin, dass U am Ende seiner Tätigkeit den Rohbau erfolgreich errichtet und den Fahrstuhl ebenso erfolgreich in diesen eingebaut hat. Es würde dem Willen der Auftraggeber widersprechen hier anzunehmen, dass die Ehegatten den U lediglich vertraglich dazu verpflichten wollten, dass dieser bezüglich des Rohbaus und des Fahrstuhls lediglich tätig wird, ohne dass er seine Arbeit erfolgreich beendet. Damit haben die Vertragsparteien vorliegend einen Werkvertrag gem. § 631 I geschlossen. Weiterhin handelt es sich bei dem Rohbau um ein Bauwerk bzw. um einen Teil davon. Mithin besteht ein Bauvertrag. Außerdem ist in diesem Bauvertrag standardmäßig die Geltung der VOB/B vereinbart worden. Die VOB/B weist jedoch einen grundsätzlichen AGB-Charakter auf. Diese wird jedoch nur dann zur allgemeinen Geschäftsbedingung, wenn sie von einem Vertragspartner gestellt ist. Wenn sie als Ganzes vereinbart wurde, unterliegt sie nicht der isolierten Inhaltskontrolle gem. §§ 305ff.<sup>45</sup> Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte wurde die Geltung

<sup>40</sup> Wolf in: FIW-SGB XII, § 93 Rn. 39.

<sup>41</sup> Busche in: MüKoBGB, § 634 Rn. 98.

<sup>42</sup> Schoofs/Hafkesbrink, Bauvertrag und Bauprozess, Rn. 4.

<sup>43</sup> Schoofs/Hafkesbrink, Bauvertrag und Bauprozess, Rn. 8.

<sup>44</sup> Wörlen/Metzler-Müller, Schuldrecht BT, Rn. 258, 259.

<sup>45</sup> Keldungs/Brück, Der VOB-Vertrag, Rn. 32, 34.

der VOB/B vorliegend als Ganzes vereinbart und eine Inhaltskontrolle mithin ausgeschlossen. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, ob die VOB/B von einem der Vertragspartner gestellt worden ist. Dementsprechend ergeben sich Ansprüche aufgrund einer etwaigen Mangelhaftigkeit des Werks nicht aus den §§ 633ff., sondern aus § 13 VOB/B. Dementsprechend kommt für das vorliegende Ersuchen der T kein Anspruch aus den §§ 634 Nr.2, 637, sondern der entsprechende aus § 13 V Nr. 2 VOB/B in Betracht.

### **I. Anspruch entstanden**

Der Anspruch gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B müsste zunächst entstanden sein. Die Voraussetzungen für einen solchen müssten vorliegen.

#### **1. Sachmangel**

Die Konstruktion des Liftanbaus müsste mangelhaft sein. Gem. § 13 I VOB/B hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte haben die Eheleute keine Beschaffenheitsvereinbarung mit U getroffen. Gem. § 13 I 3 VOB/B gilt, wenn die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann. Vorliegend ist nicht ersichtlich, ob die Risse die gewöhnliche Verwendbarkeit des Liftanbaus einschränken. Aber auch unerhebliche Abweichungen, die die gewöhnliche Verwendbarkeit nicht beeinträchtigen, können nach dem subjektiven Fehlerbegriff einen Mangel darstellen. Es liegen also auch Mängel vor, wenn das Werk mit einem Fehler behaftet ist, der dessen Wert mindert.<sup>46</sup> Die Risse im

Verputz mindern den Wert des Liftanbaus. Weiterhin weist ein Verputz üblicherweise keine Risse auf und der Auftraggeber konnte dementsprechend auch erwarten, dass solche nicht entstehen würden. Ein Mangel liegt mithin vor. Fraglich ist jedoch wie es sich auswirkt, dass die Ehegatten sich mit dem Ergebnis der Arbeit des U bei ihrer Abnahme zufrieden zeigten und der Erstattungsanspruch auch nicht von diesen, sondern von T geltend gemacht wird. Die Eheleute sind zur Zeit der Geltendmachung bereits verstorben. T ist Erbin. Gem. § 1922 geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf einen oder mehrere Erben über. Das Vermögen besteht aus der Summe der geldwerten Rechte, die einer Person zustehen. Es besteht aus den Rechten der Person an Rechtsobjekten.<sup>47</sup> Damit tritt T als Vertragspartner und mithin in Form des Auftraggebers an die Stelle ihrer Eltern und kann mithin auch Ansprüche, die aus diesem entstehen, geltend machen. Des Weiteren gilt zwar, dass der Auftraggeber mit der Abnahme erklärt, dass das vom Auftragnehmer erstellte Werk als vertragsmäßig hergestellt betrachtet und demnach der geschuldete Erfolg eingetreten ist. Erklärt nun der Auftraggeber trotz vorliegender Mängel die Abnahme, so gelten jedoch weiterhin bzw. gerade die Ansprüche aus § 13 VOB/B.<sup>48</sup> Damit hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht frei von Sachmängeln verschafft. Die Konstruktion des Liftanbaus ist mangelhaft.

#### **2. Fruchtloser Fristablauf**

Die Frist zur Nachbesserung müsste fruchtlos abgelaufen sein.

##### **a) Verweigerungsrecht**

U könnte ein Recht darauf gehabt haben, die Nachbesserung zu verweigern. Dies ist der Fall, wenn ihm die Mangelbeseitigung unmöglich oder unzumutbar ist.<sup>49</sup> Vorliegend ist es weder technische noch

<sup>46</sup> BGH ZfBR 2005, 166 (167).

<sup>47</sup> Rüthers/Stadler, BGB AT, § 12 Rn. 1.

<sup>48</sup> Schoofs/Hafkesbrink, Bauvertrag und Bauprozess, Rn. 890.

<sup>49</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger BGB, Anh. zu § 638 Rn. 31.

rechtlich i.S.d. § 13 VI VOB/B i.V.m. § 275 unmöglich den Außenanbau zu sanieren. Unzumutbar ist die Nacherfüllung dem Auftragnehmer gem. § 13 VI VOB/B i.V.m. § 635 III, wenn die Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Hierfür muss der Wert der mangelhaften mit dem Wert des mangelfreien Werks ermittelt werden. Dann sind diese Werte in Beziehung zu den Kosten der Nacherfüllung zu setzen. Eine Unverhältnismäßigkeit dieser Kosten ist im Einzelfall zu ermitteln und unterliegt keinen generellen Regeln.<sup>50</sup> Die Sanierung kostet 30.000 EUR. Es ist aber nicht ersichtlich wie hoch der Wert des Anbaus in mangelfreiem bzw. im mangelhaften Zustand ist. Damit ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass keine Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung und mithin auch keine dementsprechende Unzumutbarkeit vorliegen. Außerdem ist eine Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung gem. § 275 III auch nicht ersichtlich. U hatte kein Recht darauf die die Nachbesserung zu verweigern.

#### b) Weitere Voraussetzungen

Die weiteren Voraussetzungen eines fruchtlosen Ablaufs der Nachbesserungsfrist müssten vorliegen. Die Formerfordernisse der Fristsetzung müssen eingehalten worden sein. Diese bedarf jedoch keiner besonderen Form. Sie kann einem Nachbesserungsverlangen nachfolgen oder auch mit diesem verbunden werden. Die Frist muss zur Mängelbeseitigung angemessen gewesen sein und schließlich muss die Frist auch ungenutzt verstrichen sein.<sup>51</sup> T wendet sich u.a. an U und verlangt Nachbesserung. Hier fiel demnach das Nachbesserungsverlangen mit der Fristsetzung zusammen. Die Formerfordernisse der Fristsetzung wurden eingehalten. Die Frist hierzu war mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch angemessen. Weiterhin verweigert U die Nachbesserung und lässt so eine etwaige Frist ungenutzt verstreichen. Die weiteren Voraussetzungen eines fruchtlosen Ablaufs der Nachbesserungsfrist liegen mithin vor.

#### c) Zwischenergebnis

Die Frist zur Nachbesserung ist fruchtlos abgelaufen.

#### 3. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für einen Anspruch gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B liegen vor. Der Anspruch gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B ist zunächst entstanden.

#### II. Haftungsausschluss

Die Haftung des U und mithin der diesbezügliche Anspruch der T gegen diesen könnte jedoch ausgeschlossen sein. Gem. § 13 III VOB/B ist die Haftung des Auftragnehmers ausgeschlossen, soweit der Mangel auf vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffen oder Bauteilen beruht und der Auftragnehmer eine ihm nach § 4 III VOB/B obliegende Mitteilung macht. Die Verwendung der Ziegel müsste U zunächst vorgeschrieben gewesen sein. Vorgeschrieben sind Stoffe und Bauteile nur dann, wenn dem Auftragnehmer eine bindende Anordnung vorliegt, die diesem keine Wahl lässt und die er unbedingt befolgen muss.<sup>52</sup> M & V bestehen auf der Verwendung der Ziegel. Es ist von einer damit einhergehenden bindenden Anordnung für U auszugehen die betreffenden Ziegel zu verwenden. Die Verwendung der Ziegel ist dem U zunächst vorgeschrieben gewesen. Außerdem müsste der Mangel auf den vorgeschriebenen Ziegeln beruhen. Dies wird nach der Adäquanztheorie beurteilt. Die fehlerhaften Stoffe müssen demnach nach aller Wahrscheinlichkeit und Lebenserfahrung dazu geeignet gewesen sein, einen Mangel der vorliegenden Art herbeizuführen.<sup>53</sup> Die fehlende Festigkeit die durch die Verwitterung der Ziegel entstand, ist nach aller Wahrscheinlichkeit und Lebenserfahrung dazu geeignet die Risse im Verputz hervorzurufen. Der Mangel beruhte somit auf den vorgeschriebenen Ziegeln. U müsste seiner ihm obliegenden Mitteilungspflicht gem. § 4 III VOB/B nachgekommen sein. Der Auftragnehmer kommt seiner nach § 4 III VOB/B obliegenden Pflicht nach, wenn er dem Auftraggeber seine Bedenken

<sup>50</sup> Busche in: MüKoBGB, § 635 Rn. 38.

<sup>51</sup> Peters/Jacoby in: Staudinger BGB, Anh. zu § 638 Rn. 31.

<sup>52</sup> Riedl/Mansfeld in: H/R/R-VOB/B, § 13 Rn. 38.

<sup>53</sup> Riedl/Mansfeld in: H/R/R-VOB/B, § 13 Rn. 42.



unverzüglich und möglichst schon vor Beginn der Arbeiten schriftlich mitteilt. U hat seine Bedenken bezüglich des Zustands der Ziegel den Ehegatten noch vor Beginn der Arbeiten schriftlich mitgeteilt. U ist seiner ihm obliegenden Mitteilungspflicht gem. § 4 III VOB/B nachgekommen. Die Haftung des U und mithin der diesbezügliche Anspruch der T gegen diesen ist ausgeschlossen.

### III. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen U gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B darauf die Kosten der von T in Auftrag gegebenen Mängelbeseitigung zu erstatten. Weitere Mängelansprüche aus § 13 VOB/B scheiden aufgrund des Haftungsausschlusses für U gem. § 13 III VOB/B i.V.m. § 4 III VOB/B ebenso aus.

### C. Anspruch T gegen B gem. §§ 634 Nr. 2, 637

T könnte gegen einen B einen Anspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 auf den Ersatz der von ihr übernommenen Kosten für die Sanierung i.H.v. 30.000 EUR zuzüglich der Gutachterkosten haben. Ein wirksamer Vertrag ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zwischen den beiden entstanden. Es ist jedoch fraglich, ob die §§ 634 Nr. 2, 637 Anwendung finden. Denn B übernahm die optischen Feinarbeiten und den Verputz, ist jedoch ein Bekannter der Ehegatten. Dementsprechend ist der Werkvertrag gem. § 631 I vom Auftrag gem. § 662 abzugrenzen. Im Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung und Verschaffung des versprochenen Werks im Austausch gegen die Leistung einer Vergütung.<sup>54</sup> Bei einem Auftrag gem. § 662 verpflichtet sich der Auftragnehmer ein vom Auftraggeber übertragenes Geschäft unentgeltlich zu besorgen. Wenn zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen ist, jedoch keine Regelungen über das „Ob“ einer Vergütung getroffen wurde, dann führt § 632 I zu einer Vergütungspflicht, wenn nach allen Umständen des Falles die Leistungen des Werks nur gegen die Zahlung einer

Vergütung erwartet werden kann.<sup>55</sup> Maßgebliche Kriterien für die Annahme einer Vergütungspflicht sind die Verkehrssitte, Art, Umfang und die Dauer der Dienste, wie auch die Stellung der Beteiligten zueinander.<sup>56</sup> Zwischen T und B besteht mangels entgegenstehender Anhaltspunkte keine Vergütungsabrede. Zwar ist B ein Bekannter der Ehegatten, doch erreicht der Arbeitsaufwand des B in Form des Verputzens des gesamten Liftanbaus und aller sonstigen optischen Feinarbeiten ein Maß, nach dem von B nicht mehr erwartet werden kann, dass er die Arbeiten ohne entsprechende Vergütung vornimmt. Mithin greift die Fiktion des § 632 I und begründet so eine Vergütungspflicht für M & V. Damit hat sich der Unternehmer B zur Herstellung und Verschaffung des Verputzes und aller sonstigen optischen Feinarbeiten im Austausch gegen die Leistung einer Vergütung verpflichtet. Zwischen den Parteien liegt ein Werkvertrag gem. § 631 I vor. Die §§ 634 Nr. 2, 637 finden Anwendung.

### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 müsste entstanden sein. Die Voraussetzungen hierfür müssten vorliegen. Ein Mangel liegt zunächst in Form der Risse im Verputz vor.<sup>57</sup>

### 1. Fruchtloser Fristablauf

Die von T zum Zwecke der Nacherfüllung gesetzte Frist müsste fruchtlos verstrichen sein. Es handelt sich um eine konkrete Leistungsaufforderung, die dem Unternehmer unmissverständlich deutlich macht, dass der Auftraggeber nach Ablauf der Frist eine weitere Mängelbeseitigung ablehnen wird und der Auftragnehmer dies nur abwenden kann, indem er fristgerecht nachbessert.<sup>58</sup> Vorliegend fordert T u.a. den B dazu auf, eine Sanierung des Anbaus vorzunehmen. Es ist davon auszugehen, dass diese Leistungsaufforderung konkret genug war. Weiterhin ist die Länge der Fristsetzung mangels entgegenstehender

<sup>55</sup> Weidekaff in: Palandt, § 632 Rn. 9.

<sup>56</sup> Weidekaff in: Palandt, § 612 Rn. 4.

<sup>57</sup> vgl. oben B.I.1.

<sup>58</sup> Busche in: MüKoBGB, § 636 Rn. 5.

<sup>54</sup> Weidenkaff in: Palandt, Einf. v. § 631 Rn. 1.



auch angemessen gewesen. B hat die Nachbesserung jedoch abgelehnt. Die von T zum Zwecke der Nacherfüllung gesetzte Frist ist damit fruchtlos verstrichen.

## 2. Zwischenergebnis

Es bestehen auch keine Gründe die einen Ausschluss des Selbstvornahmerechts der T begründen. Der Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 ist damit entstanden.

## II. Anspruch untergegangen und durchsetzbar

Der Anspruch der T dürfte nicht untergegangen und müsste auch durchsetzbar sein. Untergangsgründe sind nicht ersichtlich. Weiterhin wurde auch die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche bezüglich Bauwerken gem. § 634 a I Nr. 2 eingehalten. Weitere Durchsetzungshindernisse sind nicht ersichtlich. Damit ist der Anspruch der T nicht untergegangen und durchsetzbar.

## III. Rechtsfolgen

Fraglich ist, in welchem Umfang T von B ihre Nachbesserungskosten verlangen kann. Der Umfang des Selbstvornahmeanspruchs entspricht der Nachbesserungspflicht des Unternehmers.<sup>59</sup> Gem. § 635 I kann der Unternehmer bei einem Nacherfüllungsverlangen, nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen. Wenn der Auftraggeber die Nachbesserung selbst durchführt, kann dieser die Erstattung seiner Aufwendungen verlangen.<sup>60</sup> Aufwendungen sind auch solche Leistungen an Dritte, derer sich der Auftraggeber zur Mängelbeseitigung bedienen musste.<sup>61</sup> Vorliegend beauftragt T den Bausachverständigen als Dritten mit der Sanierung des Anbaus. Für die Sanierung durch diesen hat sie Aufwendungen i.H.v. 30.000 EUR. Mithin besteht der Umfang der Nachbesserungskosten zunächst i.H.v. 30.000 EUR. Diese Aufwendung müsste auch erforderlich sein. Der Ersatz der Aufwendungen zur Nachbesserung werden gem. § 637 I durch das

Kriterium der Erforderlichkeit begrenzt. Erforderlich sind alle Aufwendungen die aus wirtschaftlicher Sicht geeignete und erfolgversprechende Maßnahmen zur Mängelbeseitigung darstellen.<sup>62</sup> Die Sanierung im Wert von 30.000 EUR ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte geeignet, den festgestellten Mängel zu beseitigen. Die Aufwendung ist auch erforderlich. Fraglich ist, ob auch die Kosten für die Untersuchung des Anbaus durch den Bausachverständigen zu den Aufwendungen gehören. Der Umfang des Aufwendersersatzes umfasst auch die Kosten der Vor- und Nachbereitung. Dabei sind auch sachverständige Begutachtungen zu berücksichtigen, wenn diese erforderlich scheinen, das Ausmaß und die Ursachen zu erkunden und eventuell ein Konzept zu seiner Beseitigung zu erstellen.<sup>63</sup> Vorliegend war ein Sachgutachten zur Ermittlung des Grundes der Risse im Verputz erforderlich, um zu ermitteln, auf welcher Ursache diese beruhen. Denn nur so konnte der richtige Anspruchsgegner für die Mängelgewährleistungsansprüche ermittelt werden. Damit gehören auch die Kosten für die Untersuchung des Anbaus durch den Bausachverständigen zu den Aufwendungen. Damit kann T von B ihre kompletten Nachbesserungskosten i.H.v. 30.000 EUR und zuzüglich der im Vorfeld angefallenen Gutachterkosten verlangen.

## IV. Ergebnis

T hat gegen einen B einen Anspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 auf den Ersatz der von ihr übernommenen Kosten für die Sanierung i.H.v. 30.000 EUR zuzüglich der Gutachterkosten.

## D. Anspruch B gegen U gem. § 426 I 1

B könnte gegen U einen gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1 haben.

## I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

59 Peters/Jacoby in: Staudinger BGB, § 634 Rn. 83.

60 Peters/Jacoby in: Staudinger BGB, § 634 Rn. 85.

61 Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 8 Rn. 124.

62 Mansel in: Jauernig, § 637 Rn. 5.

63 Peters/Jacoby in: Staudinger BGB, § 634 Rn. 83.

### 1. Gesamtschuld

B und U müssten gegenüber T Gesamtschuldner i.S.d. § 421 sein. Die Voraussetzungen des § 421 müssten somit vorliegen.

#### a) Schuldnermehrheit

Der Gläubigerin T müssten gem. § 421 mehrere Schuldner zur Leistung verpflichtet sein. Der Rechtsgrund der Verpflichtung muss jedoch nicht identisch sein.<sup>64</sup> T hat zunächst einen Anspruch gegen U gem. § 13 V Nr. 2 VOB/B. Und T hat gegen einen B einen Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637. Sowohl U als auch B waren zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet. Der Gläubigerin T sind gem. § 421 mehrere Schuldner zur Leistung verpflichtet.

#### b) Einmaligkeit der Leistung

T dürfte gem. § 421 nur berechtigt sein, die Leistung einmalig zu fordern. Sie hat gegen B und U einen Anspruch in Höhe der Sanierungs- und Gutachterkosten. Da T nur ein Gesamtschaden in dieser Höhe entstanden ist, war sie nur einmal zur Forderung der Leistung berechtigt. T ist gem. § 421 nur berechtigt, die Leistung einmalig zu fordern.

#### c) Identität des Leistungsinteresses

Die Ansprüche der T gegen B und U müsste auf Befriedigung des gleichen Leistungsinteresses gerichtet sein. Die geschuldeten Leistungen müssen entsprechend den gleichen Inhalt aufweisen. Eine völlige Identität ist nicht notwendig. Unerlässlich ist jedoch eine sehr nahe Verwandtschaft. Eine solche kann gerade bei zur Werkherstellung Verpflichteten gegeben sein, die einerseits zur Nachbesserung und andererseits zum Schadensersatz in Geld verpflichtet sind. Dies ist etwa bei der Haftung von Bauunternehmer und Architekt für Baumängel der Fall.<sup>65</sup> B und U sind beide zur Werkherstellung Verpflichtete und mithin zur Nachbesserung desselben Mangels und ferner zum daraus resultierenden Schadensersatz in

Geld verpflichtet. Die Ansprüche der T gegen B und U sind auf Befriedigung des gleichen Leistungsinteresses gerichtet.

#### d) Weitere Voraussetzungen

Neben den Voraussetzungen gem. § 421 könnte man noch weitere Anforderungen fordern. Die Anwendbarkeit dieser ist umstritten. In Betracht kommt zunächst das Kriterium der Gleichstufigkeit. An einer solchen fehlt es, wenn einer der Schuldner von Anfang an als der Leistung näherstehend primär verpflichtet ist. Der andere Schuldner hat in einem solchen Fall nur Vorschuss zu leisten und intern ein vollumfänglichen Regressanspruch.<sup>66</sup> Die Ansprüche der T gegen B und U richten sich beide auf Ersatz ihrer Aufwendungen zur selbstständigen Mängelbeseitigung in Höhe der Sanierungs- und Gutachterkosten. Die Ansprüche sind dementsprechend gleichstufig. Außerdem kommt als weiteres Kriterium das der Zweckgemeinschaft in Betracht. Eine solche wird angenommen, soweit zwischen den einzelnen Verbindlichkeiten ein innerer Zusammenhang besteht, diese dementsprechend demselben Zweck dienen.<sup>67</sup> B und U sind beide jeweils B zu einer Werkherstellung Verpflichtete und mithin zur Nachbesserung desselben Mangels und ferner zum daraus resultierenden Schadensersatz in Geld verpflichtet. Die Verbindlichkeiten dienen mithin demselben Ziel und stehen somit in einem inneren Zusammenhang. Sämtliche Anforderungen, die zusätzlich an ein Gesamtschuldverhältnis gem. § 421 gestellt werden können, liegen vor. Eine Entscheidung des Meinungsstreits ist nicht erforderlich.

#### e) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 421 liegen vor. B und U sind gegenüber T Gesamtschuldner i.S.d. § 421. B ist U daher gem. § 426 I zum Ausgleich verpflichtet. Gem. § 426 I haften beiden grundsätzlich zu gleichen Anteilen, soweit nicht etwas anderes bestimmt

64 Gebauer in: Soergel BGB, § 421 Rn. 6.

65 Völzmann-Stickelbrock in: NK BGB, § 421 Rn. 3.

66 Looschelders in: Staudinger BGB, § 421 Rn. 27.

67 Schulze in: Hk-BGB, § 424 Rn. 4.

ist. Es sind zunächst Ausgleichsvereinbarungen zu beachten. Hiernach sind gesetzliche Ausgleichsregelungen möglich. Erst wenn es an diesen Kriterien fehlt, kommt es zum sog. Kopfteilregress.<sup>68</sup> Ob Ausgleichsvereinbarungen zwischen B und U oder auch gesetzliche Ausgleichsregelungen bestehen, kann dahingestellt bleiben. Denn der den Ansprüchen der T zugrundeliegende Mangel beruht laut dem Bau-sachverständigen zu gleichen Teilen auf den Arbeiten des B und U. Demnach trägt U 50 % der Verantwortung an der Entstehung des Mangels. Damit muss er B die Hälfte des an T gezahlten Betrages in Höhe ihres Anspruchs ersetzen. Demnach hätte B gegen U einen gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruch gem. § 426 in Höhe der Hälfte des an T gezahlten Betrags.

## 2. Haftungsfreistellung des U

Es ist jedoch unberücksichtigt geblieben, dass die Haftung des U gegenüber T gem. § 13 III VOB/B ausgeschlossen ist. Dies hat zur Folge, dass T gegenüber U ihren Anspruch nicht mehr geltend machen kann. Fraglich ist jedoch, ob dieser Haftungsausschluss gegenüber T auch Wirkung gegenüber dem Gesamtschuldner B entfaltet. Die Behandlung dieser Fragestellung ist umstritten.

### a) Kein Ausgleichsanspruch

Nach einer Ansicht sorgt die Haftungsfreistellung des begünstigten Schuldners dafür, dass der Gläubiger nur noch gegen den anderen Schuldner vorgehen kann, weil die Haftungsbefreiung eines Gesamtschuldners schon im Außenverhältnis die Entstehung einer Gesamtschuld verhindert. Der Schuldner, der verblieben ist, muss dann dementsprechend im Außenverhältnis alleine eintreten und kann im Innenverhältnis keine Ausgleichsansprüche geltend machen.<sup>69</sup> Nach dieser Ansicht wäre aufgrund der Haftungsfreistellung des U zwischen ihm und B von vornherein kein Gesamtschuldnerverhältnis zustande gekommen. Denn die Gläubigerin T konnte von vornherein nicht gegen U

vorgehen. Damit müsste B nicht nur gegenüber T alleine für die angefallenen Kosten eintreten, sondern kann auch keinen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I gegenüber U geltend machen.

### b) Voller Ausgleichsanspruch

Nach einer weiteren Ansicht besteht der Ausgleichsanspruch des zahlenden Gesamtschuldners auch dann, wenn der andere Gesamtschuldner dem Bauherrn selbst wegen eines Haftungsausschlusses nicht mehr haftet. Denn Haftungsvorteile eines Gesamtschuldners sollen nur im Außenverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, nicht jedoch im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern wirken.<sup>70</sup> Somit würde vorliegend trotz des Haftungsausschlusses des U ein Gesamtschuldverhältnis zwischen ihm und B fingiert und U so ein Ausgleichsanspruch gegen diesen eingeräumt.

### c) Minderung im Außenverhältnis

Eine weitere Meinung verlangt beim Vorliegen einer Haftungsbegünstigung bei einem der Schuldner, dass der Anspruch des Bauherrn gegen den nicht haftungsbegünstigten Schuldner um den Verantwortungsteil des Privilegierten gemindert werden soll. Eine Ausgleichspflicht der Gesamtschuldner wird so von vornherein ausgeschlossen, weil der Ersatzanspruch des Gläubigers auf die Höhe des Verantwortungsteils des nicht privilegierten Gesamtschuldners gekürzt wird.<sup>71</sup> Das würde vorliegend bedeuten, dass der Anspruch der T gegen B gem. §§ 634 Nr. 2, 637 auf den Ersatz der von ihr übernommenen Kosten für die Sanierung i.H.v. 30.000 EUR zuzüglich der Gutachterkosten um den Verantwortungsteil des U gekürzt wird. Dieser beträgt die Hälfte. Somit hätte T nur noch einen Anspruch auf 15.000 EUR und die Hälfte der Gutachterkosten aus §§ 634 Nr. 2, 637. Damit würden dieser Auffassung nach die Ausgleichsansprüche des B gegenüber U ausscheiden.

68 Bydlinksi in: MüKoBGB, § 426 Rn. 14.  
69 Gebauer in: Soergel BGB, § 426 Rn. 14.

70 Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2517.  
71 Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2518.

#### d) Streitentscheid

Die vorliegenden Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist erforderlich. Gegen die Ansicht des vollen Ausgleichsanspruchs spricht, dass Haftungsausschlüsse die vertraglich vereinbart wurden und zu einer Privilegierung des entsprechenden Schuldners führen, den Vertrag in einen solchen zu Lasten des anderen Schuldners umwandeln. Haftungsbegünstigende Vertragsvereinbarungen des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner dürfen jedoch nicht zu Lasten Dritter gehen.<sup>72</sup> Gegen die Ansicht des vollen Ausgleichsanspruchs spricht zunächst, dass es nicht nachvollziehbar ist, dass der Unternehmer, der einen Baumangel zusammen mit einem anderen verschuldet, schlechter steht als wenn ihm die alleinige Verantwortung zukäme.<sup>73</sup> Denn bei der alleinigen Verantwortung könnte sich derjenige auf den Haftungsausschluss berufen, nicht jedoch bei einem Mitverschulden eines anderen Unternehmers. Zudem berücksichtigt diese Ansicht zu Unrecht nicht, dass zwischen den Parteien haftungsbegünstigende Vertragsvereinbarungen getroffen wurden und unterläuft die Vertragsfreiheit dieser im Wege des Rückgriffs.<sup>74</sup> Für die Meinung der Minderung im Außenverhältnis ist hingegen anzuführen, dass sie die Vertragsfreiheit der Parteien und mithin die vertraglich vereinbarte Haftungsbegünstigung respektiert. Außerdem wird der nicht privilegierte und u.U. in geringerem Maße verantwortliche Zweitschädiger gegenüber dem haftungsprivilegierten und mitverantwortlichen Schädiger nicht schlechter gestellt.<sup>75</sup> Mithin ist dieser Ansicht zu folgen. Somit hat T nur noch einen Anspruch auf 15.000 EUR und die Hälfte der Gutachterkosten aus §§ 634 Nr. 2, 637. Ein Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1 scheidet im Umkehrschluss aus.

<sup>72</sup> BGH NJW 1989, 2386 (2387).

<sup>73</sup> Grüneberg in: Palandt, § 426 Rn. 20.

<sup>74</sup> Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2519.

<sup>75</sup> Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2520.

#### 3. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist nicht entstanden.

#### II. Ergebnis

B hat gegen U keinen gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1.

#### E. Anspruch B gegen U gem. § 426 II

B könnte gegen U einen Anspruch gem. § 426 II geltend machen. B hat gegenüber U jedoch keine Ausgleichsansprüche. Dementsprechend scheidet ein Anspruch des B gegen U gem. § 426 II aus.

#### Teil 3

#### F. Anspruch B gegen U auf Prozesskostenerstattung gem. § 426 I 1

B könnte gegen U einen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1 auf eine anteilige Beteiligung seiner Prozesskosten haben. Für die Entstehung eines solchen Anspruchs müssten B und U zunächst Gesamtschuldner i.S.d. § 421 sein. Dies ist zunächst der Fall.<sup>76</sup> Fraglich ist jedoch, ob die vorliegenden Prozesskosten ausgleichsfähig sind. Die Prozesskosten die aus dem Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem leistendem Gesamtschuldner sind grundsätzlich nicht ausgleichsfähig. Jeder der Gesamtschuldner muss damit rechnen, dass er den Gläubiger in voller Höhe befriedigen muss. Damit liegt es jeweils in seinem Verantwortungsbereich, ob er den Gläubiger befriedigt, wenn er in Anspruch genommen wird oder ob er einen Prozess und die damit einhergehenden Kosten riskiert.<sup>77</sup> Eine Ersatzfähigkeit kann sich aber in Ausnahmefällen ergeben. So etwa aus dem Verhalten des Gesamtschuldners, wenn dieser im Innenverhältnis allein zum Ausgleich verpflichtet ist oder, wenn nicht der Ausgleichsverpflichtete, sondern der Ausgleichsberechtigte den Prozess alleine in dessen Interesse geführt hat. Außerdem auch, wenn einer der Gesamtschuldner seine interne

<sup>76</sup> Vgl. oben D.I.1.a) bis e).

<sup>77</sup> BGH NJW 2003, 2980 (2981).

Pflicht verletzt hat, den Gläubiger anteilig zu befriedigen oder, wenn der in Anspruch genommene Gesamtschuldner die Prozesskosten, die eigentlich nicht geschuldet sind, nutzt, um einen Teil von der Hauptforderung durch einen Teilvergleich abzugelten.<sup>78</sup> Vorliegend besteht keiner der vorgestellten Ausnahmefälle. Damit sind die Prozesskosten des B aus dem Rechtsstreit mit T nicht ausgleichsfähig. Mithin hat B gegen U keinen Ausgleichsanspruch gem. § 426 I 1 auf eine anteilige Beteiligung seiner Prozesskosten haben.

#### G. Gesamtergebnis

L hat gegen T und S einen gem. § 93 I 1 SGB XII übergeleiteten Rückforderungsanspruch aus §§ 528 I 1, 818 II auf Teilwertersatz in Höhe der aufgelaufenen Pflegekosten. T hat gegen B einen Anspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 auf den Ersatz der Hälfte der von ihr übernommenen Kosten für die Sanierung i.H.v. 15.000 EUR zuzüglich der Hälfte der Gutachterkosten. Gesetzliche Ansprüche der T gegen U und B gem. § 823 I scheiden mangels entgegenstehender Anhaltspunkte aufgrund des jeweils fehlenden Verschuldens aus.

## Anmerkungen

In der Hausarbeit ist stilistisch kritisiert worden, dass der Gutachtenstil nicht durchgängig eingehalten worden ist, andere formale oder stilistische Bemerkungen sind nicht negativ gemacht worden, gelegentlich ist an gutachterlich gelungenen Stellen die genaue Subsumtion gelobt worden. Inhaltlich ist vor allem die Kürze und die leicht hinter den Erwartungen zurückbleibende Überzeugungskraft der Streitentscheide angemerkt worden. Insbesondere der Streit am Anfang der Arbeit hätte weiter in seiner Entscheidung begründet werden können. Auch der letzte Teil der Arbeit ist in seinem Umfang als zu kurz beschrieben worden, in der Korrektur wird vorgeschlagen, gegliederter und gutachterlicher vorzugehen und die Qualität über die gesamte Länge der Arbeit aufrecht zu halten.

13 Punkte

<sup>78</sup> Looschelders in: Staudinger BGB, § 421 Rn. 45.



## Moot Court? Nur Mut!

Die Aufregung ist immer groß, wenn das gesamte Team nur noch wenige Minuten von dem Moment trennen, auf den es so lange hingearbeitet hat! Tag und Nacht wurden Urteile gewälzt, Schriftsätze vorbereitet und Verhandlungen simuliert. Am Ende eines Moot Court Wettbewerbs steht die mündliche Verhandlung gegen andere Universitäten und vor einer Jury aus renommierten Juristinnen und Juristen, die zumeist eine ganze Batterie an Titeln vor und hinter ihrem Namen tragen. Wenn das Gericht, das Tribunal oder das Gremium dann die Verhandlung eröffnet, heißt es, die Nerven zu behalten und sich von Anfang an souverän zu präsentieren. Es wird noch einmal kurz daran gedacht, Fragen präzise zu beantworten, auf die Zeit zu achten und flexibel auf den Gegner zu reagieren, statt sich strikt an das vorbereitete Skript zu halten. Schließlich werden die Schultern gestrafft und man schlüpft in die Schuhe einer knallharten Anwältin oder eines knallharten Anwalts.

Wer sich bei einem Moot Court präsentieren will, braucht nicht nur viel Wissen, sondern auch Ehrgeiz, Charisma und starke Nerven.

Moot Courts sind prestigeträchtige Wettbewerbe für angehende Juristinnen und Juristen, die neben dem ersten Staatsexamen sicherlich die größte Herausforderung darstellen, der sich Jurastudierende im Studium stellen können. Der Begriff kommt aus dem Englischen und bedeutet so viel wie „fiktives Gericht“. Den teilnehmenden Studentinnen und Studenten wird ein fiktiver Fall zugeteilt, bei dem sie jeweils eine der Prozessparteien vor einer Jury vertreten müssen. Die Idee stammt aus dem Amerikanischen und ist dort fester Bestandteil der juristischen Ausbildung.

Moot Court Wettbewerbe wurden ins Leben gerufen, weil allein das Schreiben und Bestehen von Klausuren und Hausarbeiten noch keine gute Juristin und keinen guten Juristen ausmachen. Tatsächlich ist ein inhaltlich richtiges Argument nur halb so gut wie es sein könnte, wenn es nicht überzeugend präsentiert wird. Es geht bei Moot Court Wettbewerben deswegen nicht nur darum, ein Argument inhaltlich auf dem juristischen Hochreiß zu erbringen, sondern auch

darum, wie die Argumentation gerade präsentiert wird – eine Fähigkeit, die gute Juristinnen und Juristen ausmacht und nicht genug geübt werden kann.

An unserer Fakultät gibt es Moot Court Wettbewerbe zu verschiedenen Rechtsgebieten und – je nach eigener Präferenz – besteht die Möglichkeit, seine Universität auf nationalem oder internationalem Parkett zu repräsentieren. Der größte Moot Court Wettbewerb, an dem die Juristische Fakultät der Universität Hannover teilnimmt, ist der Willem C. Vis Moot Court zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Hong Kong und Wien. Jährlich nehmen rund 400 Universitäten aus mehr als 90 Ländern daran teil. Darüber hinaus vertreten Kommilitoninnen und Kommilitonen die Leibniz Universität Hannover jedes Jahr beim Soldan Moot Court zum anwaltlichen Berufsrecht, BAG Moot Court, ELSA Deutschland Moot Court, European Law Moot Court Competition, Strafrecht Moot Court im Rahmen des ADVO-Zertifikats, Steuerrechts-Moot Court sowie die ICC Mediation Competition und die ELSA Contract Competition.<sup>1</sup>

Die finalen Verhandlungen des Soldan Moot Courts zum anwaltlichen Berufsrecht werden sogar in Hannover ausgetragen. Jedes Jahr kommen dafür Anfang Oktober ca. 40 Teams von verschiedenen Universitäten aus der gesamten Bundesrepublik, um gegeneinander anzutreten und das beste Team ihres Jahrgangs zu küren. Daneben finden an der Juristischen Fakultät Hannover auch noch der Hannover Pre Moot im Rahmen des Willem C. Vis Moot Court Wettbewerbs und die Hannover Pre Rounds zur ICC Mediation Competition statt. Beide Veranstaltungen dienen Teams aus ganz Europa zur Übung und Verbesserung ihrer Verhandlungstechnik und rhetorischen Fähigkeiten.

---

<sup>1</sup> Eine Übersicht zu den verschiedenen Moot Court Wettbewerben und Competitions, die an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover angeboten werden, findet sich unter: [www.jura.uni-hannover.de/moot\\_courts.html](http://www.jura.uni-hannover.de/moot_courts.html) (zuletzt abgerufen: 02.03.2018). Der Internetseite kann auch entnommen werden, welcher Lehrstuhl den jeweiligen Moot Court Wettbewerb bzw. die Competition betreut und an wen eine Bewerbung für die Teilnahme an einem der Wettbewerbe zu richten ist.

Für die Teilnahme an einem Moot Court Wettbewerb braucht es zu Beginn den Mut, sich einer zusätzlichen Herausforderung in einem ohnehin schon vollgepackten und anspruchsvollen Jurastudium zu stellen. Am Ende ist es eine einzigartige und großartige Lebenserfahrung. Das hört sich zwar pathetisch an, ist aber die Wahrheit. Die Frage, warum im trockenen Jurastudium ein Moot Court den Lebenslauf und die Persönlichkeit bereichert, hat viele Antworten. Exemplarisch seien hier drei genannt:

Erstens: Durch die Teilnahme an einem Moot Court Wettbewerb wird man immer wieder gezwungen über seine Grenzen hinaus zu gehen. Es handelt sich um einen harten Wettbewerb, der Ausdauer benötigt und Nerven kostet. Es wird verlangt, sein Bestes zu geben und sich nicht von den anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmern, Verpflichtungen oder sogar Freizeitaktivitäten aus dem Konzept bringen zu lassen. Das betrifft vor allem die Zeit während des Verfassens von Schriftsätzen und die Vorbereitung auf mündliche Verhandlungen. Während Freunde in den Biergarten oder einen Glühwein trinken gehen, sitzt man selbst noch am Schreibtisch und arbeitet am Schriftsatz oder bereitet sich auf eine mündliche Verhandlung vor. Es wird deutlich, dass weniger Zeit für das Studium an sich vorhanden ist. Auch die Zeit für Freunde und Familie wird knapper. Natürlich wird es daher auch Momente geben, in denen der Gedanke aufkommt, aufzuhören und von diesem Projekt „Moot Court“ wegzulaufen. Solche Erfahrungen gehören aber ausnahmslos dazu. Ohne sie würde die ganze Veranstaltung nur halb so lehrreich sein, da gerade der Umgang mit Stress ein wesentlicher Lehr- und Lernaspekt von einem Moot Court ist. Es wird geübt, in extremen oder überraschenden Situationen ruhig zu bleiben und logisch zu denken. Diese erlangte Eigenschaft wird später, z.B. in der Prüfung zum Ersten juristischen Staatsexamen (Erste juristische Prüfung) einen bedeutenden Vorteil gegenüber Kommilitoninnen und Kommilitonen einbringen, die nicht an einem Moot Court Wettbewerb teilgenommen haben. Schließlich ist auch die Prüfung des

Ersten juristischen Staatsexamen im Wesentlichen ein Stresstest, bei dem es während der Vorbereitung und beim Schreiben der Klausuren heißt, die Nerven zu behalten.

Zweitens: Durch die Teilnahme an einem Moot Court wird die Möglichkeit gegeben, unschätzbare Fähigkeiten zu erlernen. Im Jurastudium werden gewisse Grundlagen der Rechtswissenschaft vermittelt, um am Ende der universitären Ausbildung eine staatliche Prüfung zu absolvieren, mit der Aufgabe, sechs überragenden Klausuren im Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht zu schreiben. Was aber leider während der juristischen Ausbildung immer noch sehr vernachlässigt wird und wirklich zählt, sind *Soft Skills*.<sup>2</sup>

In den fünf Jahren des Jurastudiums an der Leibniz Universität Hannover müssen lediglich zwei Vorträge vor anderen Menschen gehalten werden – für den Seminarschein und für das Schwerpunktstudium. Das ist sehr wenig im Vergleich zu unseren Kolleginnen und Kollegen aus dem Common Law Bereich, in dem Moot Courts für jede Studentin und jeden Student der Rechtswissenschaft zum obligatorischen Lehrplan gehören. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Angst oder Unfähigkeit vor anderen Menschen zu sprechen, später große Probleme in der juristischen Berufswelt machen wird, ist dies nur positiv zu vermerken. Der Auftritt vor dem Gericht und der Umgang mit Mandanten gehören zum Alltag einer Anwältin und eines Anwalts, wie die Leitung von öffentlichen Gerichtsverhandlungen als Richterin

---

<sup>2</sup> *Soft Skills* bezeichnen eine nicht abschließend definierte Anzahl persönlicher Werte (z. B. Fairness, Respekt, Verlässlichkeit), persönlicher Eigenschaften (z. B. Gelassenheit, Geduld, Freundlichkeit), individueller Fähigkeiten (z. B. Kritikfähigkeit, Zuhören, Begeisterungsfähigkeit) und sozialer Kompetenzen (Umgang mit anderen Menschen: Teamfähigkeit, Empathie, Kommunikationsfähigkeit), Lies in: Springer Gabler Verlag (Hrsg.), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: *Soft Skills*, auf der Internetseite: [www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1097117094/soft-skills-v1.html](http://www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1097117094/soft-skills-v1.html) (zuletzt abgerufen: 19.03.2018).

oder Richter. Wer nicht über Ausdruckstärke und ein selbstsicheres Auftreten verfügt, kann eine erfolgreiche Karriere in der juristischen Berufswelt – soweit angestrebt – (fast) an den Nagel hängen.

Die Teilnahme an einem Moot Court gibt einem die Möglichkeit, genau diese Fähigkeiten zu erlernen und zu verbessern. Teamarbeit, Recherche, das Schreiben von anwaltlichen Schriftsätzen und der verhandlungssichere Umgang mit einer anderen Sprache werden während eines Moot Court Wettbewerbs geschult. Vor allem wird bei den simulierten Verhandlungen gefordert und geübt, mit (nicht immer freundlichen) Fragen umzugehen, selbstsicher aufzutreten und die eigene Position rhetorisch überzeugend und charismatisch zu präsentieren.

Das Besondere bei einem Moot Court Wettbewerb ist, dass das im ersten Schritt theoretisch Gelernte in einem zweiten Schritt praktisch umgesetzt werden muss. Im Wesentlichen ist es genau das, was die Teilnahme an einem Moot Court Wettbewerb ausmacht: In einer extrem theorielastigen Juristenausbildung wird die Chance geboten, durch Praxisübungen neue Soft Skills zu erwerben, direkt anzuwenden, sowie bereits vorhandene Talente zu stärken.

Drittens: Ein Moot Court Wettbewerb macht Spaß, es werden Freundschaften geknüpft und er ist ein Sprungbrett für die eigene Karriere. Sobald sich die anderen teilnehmenden Studentinnen und Studenten, Jurorinnen und Juroren bei Übungsverhandlungen in den besten Kanzleien des Landes oder bei den finalen Verhandlungen in Hannover, Paris, Hong Kong und Wien kennenlernen, wird schnell deutlich, dass sich hier alle sehr gut miteinander verstehen. Das ist überraschend, da es sich eigentlich um einen harten Wettbewerb handelt, bei dem jeder gerne gewinnen möchte und sich gegenseitig nichts geschenkt wird. Die Lösung dieses Widerspruchs liegt in der gemeinsamen Erfahrung, die alle miteinander teilen und der besonderen Zeit, die alle gemeinsam erleben. Es gibt das Sprichwort „einmal Moot Court, immer Moot Court“. Und das ist wahr. Einmal an einem Moot Court

Wettbewerb teilgenommen, lässt es einen nicht mehr los. Sei es beim Praktikum, im Referendariat oder im Job. „Ex-Mooties“ sind überall – und ein wichtiges Netzwerk.

Natürlich geht es bei der Teilnahme an einem Moot Court Wettbewerb auch um Erfolg. Ein Blick in den Moot Court Raum der juristischen Fakultät und es finden sich gefüllte Vitrinen voller Auszeichnungen, die dort exemplarisch von dem Erfolg unserer Fakultät und der herausragenden Leistungen der ehemaligen Teilnehmerinnen und Teilnehmer zeugen. Unsere Fakultät stand in den letzten Jahren oft auf dem Siebertreppchen, was die vielen Auszeichnungen für den ersten, zweiten oder dritten Platz beim Soldan Moot Court oder Vis Moot Court Wettbewerb zeigen. Am Ende zählt eben nicht nur der olympische Gedanke: Dabei sein ist alles.

Gleichwohl wird die Teilnahme am Moot Court auch ohne einen Platz auf dem Siebertreppchen belohnt: Mit guten Erfahrungen (nicht nur für den Lebenslauf), Freundschaften und nützlichen Fähigkeiten. Was in Hannover für eine Teilnahme an einem Moot Court Wettbewerb benötigt wird? **Nur Mut!**

Robert Bähr

Moot Court Coach am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht

## Wer Überschriften weglässt...

... schlägt auch kleine Kinder!

Zugegeben, das Weglassen von Gliederungsüberschriften und Kindesmisshandlung haben nichts miteinander zu tun und sollten nicht in einem Atemzug genannt werden. Die Diskussion um Gliederungsüberschriften in Gutachten scheint jedoch von Übertreibungen, Absolutheit und Sturheit dermaßen geprägt, dass der Beitragstitel allein deswegen angemessen erscheint.

Zuerst die *Gegenthese*. Namenhaft vertreten, nicht nur von kommerziellen Repetitorien sondern in der einen oder anderen Abwandlung auch von Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern der Fakultät. Professor Dr. Wolf schreibt, exemplarisch:

*Schemata sind verführerisch falsch. Die Juristerei lebt davon, dass man den Leser für sich einnimmt, ihn gewinnt und (sprachlich) überzeugt. Recht lebt in der Sprache. Ein Prüfungsschema-Staccato zerstört den Argumentations- und Lesefluss und vermag niemanden zu überzeugen. Unwichtiges wird bis zum Erbrechen betont und Wichtiges übersehen.<sup>1</sup>*

Anhand einiger – zu Verdeutlichungszwecken übertriebener – Beispiele zeigt Wolf sodann auf, dass die schematische Darstellung von Klausurleistungen den Lesefluss stören kann und Überzeugungskraft zu rauben in der Lage ist. Einverstanden.

Ein namenhaftes Repetitorium propagiert am Standort Hannover ebenfalls:

*Überschriften kosten Zeit, die Sie nicht haben. Sie sind bloße Zusammenfassung vom Folgenden und haben deswegen kaum einen Mehrwert für Ihr Gutachten! Deswegen: Weglassen!*

Beiden Thesen kann man entgegengetreten. Zunächst muss festgehalten werden, dass es einen Zwang Überschriften zu setzen (oder diese wegzulassen), weder in Prüfungsordnungen noch in Korrekturrichtlinien oder ähnlichen Papieren gibt. Diese, für Juristen möglicherweise ungewohnte, Abwesenheit einer eindeutigen Regelung, lässt die mittlerweile entstandene Debatte erst zu.

Zunächst muss eine Unart – die sich als Trittbrettfahrerin zur hier diskutierten Frage eingeschlichen hat – von der Diskussion ausgeschlossen werden.

Wer eine Gliederungsebenenbezeichnung (A. I. 1. a. aa. (1). (a). (aa).) wählt, muss auch eine Überschrift dazu finden. Fließtext nach einer Gliederungsebenenbezeichnung zu schreiben, ergibt keinen Sinn; dieses Vorgehen ist nicht Fisch und nicht Fleisch, es ist weder konsequent, noch zielführend. Der Sinn und Zweck einer Gliederungsebenenbezeichnung – nämlich das Schaffen von ansehnlicher Struktur und Übersicht, geht verloren.

Ob vor diesem Absatz ein (aa) steht oder nicht, hat für dessen Rezipientenfreundlichkeit keine Bewandnis.

Schlagen wir ein beliebiges Lehrbuch auf, eine beliebige Dissertation oder den Münchener Kommentar: Die Überschriften für Randnummern, Kapitel oder Tatbestandsmerkmale dienen der Inhaltsübersicht und lassen den geneigten Leser erfassen, worum es im nachfolgenden Fließtext geht. Der einsame Doppelbuchstabe vor den seitenlangen Ausführungen zum normativen Leistungsbegriff hilft niemandem und existiert deswegen in der etablierten Literatur nicht. Die allermeisten Werke und Autoren schätzen die Überschrift für das, was sie tut: Dem Leser zur Hand gehen.

Auch der technische Ansatz zur Erstellung eines Inhaltsverzeichnisses in Schreibprogrammen wie Microsoft Word

<sup>1</sup> Editorial JA 6/2016 – Fünf Stunden sind fünf Stunden! Wider das Prüfungsschema-Staccato.

oder LaTeX indiziert einen gewissen Grundkonsens in Sachen Gliederungsebenen- und Gliederungsüberschriftenzusammenhang. Würde man hier eine Gliederungsebene ohne Überschrift vor den Fließtext setzen, mit Leerzeichen abtrennen und sodann ein Inhaltsverzeichnis automatisch erstellen lassen, das Verzeichnis wäre genauso lang wie der Fließtext selbst. Der Mehrwert der Gliederung und des Inhaltsverzeichnisses geht dann gegen Null.

Was damit richtigerweise bleibt, ist die Frage nach der Gebotenheit von Gliederungsebenen **mit** zugehörigen Gliederungsüberschriften in einer Begutachtung. Wie eingangs festgehalten, kann man sich für und gegen eine solche Gliederung aussprechen.

Zuerst kann und muss Wolf Recht gegeben werden. Die Sprache ist Vehikel des Juristen. Sie dient ihm dazu, sich auszudrücken, andere zu erreichen und idealerweise für sich zu gewinnen und zu überzeugen. Eine allgemeingültig richtige Sprache gibt es nicht. Selbst wenn der eigene Gedanke genial wie korrekt ist, ist sein Erfolg rezipientenabhängig.

Ganz konkret bedeutet das für den Fall der Klausurbearbeitung, dass sich ein Klausurerstellender fragen muss, wie der Korrektor am besten erreicht wird, wie man ihm oder ihr am besten behilflich ist, das selbst mit viel Mühe **verfasste** Gutachten auch zu **erfassen**.

Versuchen wir zunächst ein Idealbild zu zeichnen. Der Korrektor ist ordentlicher Professor und seit mehreren Jahren Lehrstuhlinhaber, verfügt über die Venia im klausurrelevanten Rechtsgebiet und allen Nebengebieten. Er hat die Klausur selbst entworfen, eine Lösung skizziert und alle Alternativlösungen bedacht, egal wie nah- oder fernliegend. Gleiches gilt für den einzigen Klausurbearbeiter.

In dieser Situation lässt sich Wolfs Argumentation ideal nachvollziehen: Im Austausch der beschriebenen

Geister stören Gliederungsüberschriften. Sie sind tatsächlich nur hinderliche Worthölse, der kein Mehrwehrt innewohnt. Wenn überhaupt, kann sich der Gedankenaustausch auf die stichhaltigsten Argumente der jeweils vertretenen und vertretbaren Position beschränken. Nachdem diese dargetan sind, müssen beide Seiten zu dem Schluss kommen, dass die gegenüberliegende Auffassung ebenso begründbar und daseinsberechtigt ist, wie die eigene Auffassung und einer Bewertung mit „sehr gut“ nichts im Wege steht. Voraussetzung ist natürlich, dass sich die Auffassungen überhaupt unterscheiden – *great minds think alike!*<sup>2</sup>

Auf die Spitze gedacht, bräuchten die Beteiligten überhaupt kein Vehikel um sich zu verständigen, jedes Argument des Gegenüber ist bedacht, jeder Einwand ist antizipiert – ohne, dass ein Wort fällt. In Wolfs Elfenbeinturm herrscht tiefes, sehr gutes, Schweigen.

Möglicherweise ist dieses aber eine Idealvorstellung, die nicht der Realität entspricht. In der Einzimmerwohnung des Korrekturassistenten herrscht nämlich indes rege Betriebsamkeit. Frisch gerüstet mit formaler Qualifikation zur Korrekturhilfskraft und dreizehn Seiten Lösungsskizze schickt er sich an, den eigenen Lebensunterhalt aufzubessern.

Schriftlich hat er mit der Fakultät das Folgende vereinbart.

Als Werkvertragsvergütung werden folgende Bruttobeträge vereinbart:

[...]

Aufsichtsarbeiten im Rahmen der Zwischenprüfung (€ 6,00/Stück). [...]

Die Vergütung wird fällig nach Vorlage und Abnahme der erledigten Korrekturen eines Termins. [...]

<sup>2</sup> das englischsprachige Idiom muss vollständigerweise um ..., *though fools seldom differ*. ergänzt werden.



Irgendwo zwischen wissenschaftlicher Mitarbeit und Referendariat, der Tätigkeit als Rechtsanwalt oder der Arbeitssuche findet er Gelegenheit zur Korrektur. Nicht nur um Geld zu verdienen! Auch, um möglicherweise selbst im Thema zu bleiben und Studierenden in Form wohlformulierter Noten und Voten eine kleine Hilfe zu sein.

45 Klausuren, bei durchschnittlich 22 Seiten pro Bearbeitung sind das ca. 1000 Seiten Lektüre. Für immerhin 270 Euro (brutto). 27 Cent pro Seite, Idealismus exklusive, Schriftbild inklusive.

Wer ihn als Rezipienten der eigenen Leistung hat, muss sich – abseits von formaler und tatsächlicher Qualifikation – fragen, wie er diesen Korrektor am besten erreicht, ihn an die Hand nimmt, ihn überzeugt. Hierzu soll in unserem Fall die Sprache dienen: Der Verständigung mit dem Menschen, nicht dem Übermenschen. Es erscheint zunächst nur eine Erkenntnis als gesichert: Schweigen ist keine Alternative. **Es ist am Verfasser des Gutachtens, sich zu erklären.** Es gilt Überblick zu verschaffen, den Korrekturassistenten häppchenweise, verstehbar, kontextuiert und bekömmlich mit inhaltlich richtigen Informationen und Argumenten zu füttern. Satzzeichen und Absätze erhöhen die Lesbarkeit, Gliederungsebenen und zugehörige Überschriften kontextualisieren und helfen bei der Orientierung im Gutachten. Rechtschreibung kann und darf in die Bewertung einfließen.

Nur wer überhaupt verstanden wird, vermag auch zu überzeugen. Gliederung kann dabei helfen, Verständnis und Nachvollziehbarkeit zu erzeugen, sie ist selbst Vehikel innerhalb des Sprachvehikels. Sie ist Mittel zum Zweck des Begreiflichmachens, wovon keinen Gebrauch zu machen nachlässig wäre.

Worauf ich mich als Korrekturassistent mit Wolf einigen kann, ist die Bedeutung von Schwerpunktsetzung. Kommen im Leben keine vertraglichen Ansprüche in Betracht, wäre es wohl leicht verfehlt unter „I. Vertragliche Ansprüche“ ebendieses lang und breit festzustellen.

Wenn Wolf bemängelt, dass zu stoisch im Prüfungsschema geblieben wird, meint er, dass *Unwichtiges [...] bis zum Erbrechen betont und Wichtiges übersehen [wird]*.

Dieses jedoch ist nicht Frage eines Schemas, sondern eben der Betonung, der Schwerpunktsetzung. Zugegeben, mehr als ein Stirnrunzeln wird der Korrekturassistent für

#### A. Vertragliche Ansprüche

*Vertragliche Ansprüche zwischen A und B sind nicht ersichtlich, ein unmittelbarer rechtsgeschäftlicher Kontakt hat zwischen ihnen nicht stattgefunden.*

nicht übrig haben. Aber eben auch nur dieses Stirnrunzeln, keine Tobsuchtsanfälle, keine gepfefferten Voten und keine Negativbewertung für das Einhalten und Hinschreiben eines Prüfungsschemas. Es ist eben keine Überbetonung bis zum Erbrechen, wenn man systematisch und vollständig vorgeht.

Wenn es aber gerade diese Überschrift ist, die den Klausurbearbeiter dazu anhält, auch im weiteren Verlauf der Arbeit zu gliedern, im Voraus zu planen und die eigenen Gedanken zu strukturieren, die Unsitte der „Sterncheneinfügungen“ zu reduzieren, systematisch und in durchdachter Reihenfolge zu arbeiten, begreifbar zu argumentieren und sinnvoll und begreiflich darzustellen... **Bitte!**

**Deswegen gilt:** Wer sichergehen kann, die perfekte Lösung gefunden zu haben, das perfekte Gutachten verfasst zu haben und den perfekten Korrektor oder die perfekte Korrektorin erwischt zu haben, der lässt Überschriften und Gliederungsebenen weg (bitte dann auch in der Hausarbeit, Studienarbeit, der Dissertation und anschließender Habilitation).

Alle anderen gliedern, strukturieren und sortieren, nehmen den geneigten Leser an die Hand und machen sich auf dem Weg zu einer ordentlichen Klausurlösung. Schritt für Schritt. Mit Überschriften und Struktur.

Eventuell sogar doppelt unterstrichen.

Tim Brockmann, Korrekturassistent

## Der Jurastudent Prototyp des bösen Egoisten

*Oder: Warum studieren auch miteinander geht.*

Er hat den Reiter auf der Brust, fährt mit dem Rollkoffer in die Bibliothek und hat den obligatorischen Kaffee-to-Go dabei. Er hat nur ein Ziel: Bestnoten. Mindestens genauso wichtig ist ihm, besser zu sein als alle anderen, insbesondere als seine Kommilitoninnen und Kommilitonen. Er handelt getreu dem Motto: Wenn ich die besseren Noten habe, bin ich der bessere Jurist, bin ich der erfolgreichere Mensch. Aufsätze verstecken, Informationen über Klausuren werden geheim gehalten. Wichtig sind auch seine Spähkünste: Er weiß genau in welchem Schwerpunkt es die besten Noten gibt, verrät dies keinem und sichert sich so seinen vermeintlichen Triumph. Dass ihn dieses Verhalten vielleicht gerade nicht zum besseren Menschen macht, dafür ist kein Platz in seinem Weltbild.

So oder so ähnlich stellt man ihn sich vor: Den klassischen Jurastudenten. Fragt man hin und wieder Studierende anderer Studiengänge, was sie denn über Juristen zu sagen hätten, fliegen einem gleich mehrere Klischees um den Kopf, unter anderem das Eingangs skizzierte: Der Jurastudierende zeichnet sich durch seinen ausgeprägten Egoismus aus, von Papa finanziert, den Ralph Lauren Reiter stolz auf der Brust. Nichts geleistet, und doch so hochnäsig und arrogant durch das Leben schreitend, dass sich einem der Magen verdreht.

Viel besorgniserregender ist aber eigentlich eine andere Geschichte die über uns erzählt wird. In jeder Fachrichtung gibt es zumindest einen der die Geschichte schon gehört hat, die an Brisanz und an unsozialem Verhalten an sich kaum zu überbieten ist: Das gezielte verstecken der aktuellen Kommentaraufgaben oder das Herausreißen des einen Aufsatzes, der zur Lösung der Hausarbeit dringend benötigt wird. Solche geballte Konkurrenzkampfkompetenz der Studierenden bringt nicht jeder Studiengang mit sich. Kein anderer Studiengang kennt so ein Verhalten.

Dabei handelt es sich nicht einmal um ein lokales Problem, Kolleginnen und Kollegen aus juristischen Fakultäten aus ganz Deutschland berichten über ähnliches Verhalten.

Die Frage, ob wir einen solchen Prototypen wirklich stellvertretend für uns 2200 Studierende in der öffentlichen Wahrnehmung wollen, drängt sich einem dabei schon auf! Natürlich hat jeder Studiengang seine Klischees. Seien es die Mediziner, Sozialwissenschaftler oder Geodäsie-Studenten. Während viele Klischees einfach nur der Belustigung dienen, so ist das Klischee über uns ein zutiefst erschreckendes, trauriges und unsympathisches.

Man mag einige Gründe für ein solches Verhalten schnell ausmachen: „bedingungsloser“ Konkurrenzkampf, die Irrvorstellung man würde, wenn man nur als einziger diese Seiten besäße, sofort schon im prädikativen Notenbereich landen, Neid, eigene Unsicherheit. Die eigene Note und das eigene Vorankommen werden als Heiligstes betrachtet.

Jeder, egal ob das Ziel Großkanzlei, Ministerium oder Justiz heißt, wird irgendwann mit vielen Menschen zusammenarbeiten. Dabei wird eines immer von außergewöhnlicher Wichtigkeit bleiben: Teamfähigkeit und Sozialkompetenz.

Wer schon so früh in der Berufsausbildung zeigt, dass er eigentlich nicht dazu gemacht ist, mit anderen Menschen zusammenzuarbeiten, wird im späteren Verlauf seiner Karriere, sofern er oder sie nicht daran arbeitet, schnell gegen eine Wand laufen.

Doch nicht nur wird es der- oder diejenige später schwer im Beruf haben. An sich steht ein unsoziales Verhalten auch entgegengesetzt zu dem, was von uns als angehende Juristinnen und Juristen später erwartet wird: Integrität.

Jeder von uns wird in seinem späteren juristischen Beruf mit hoher Wahrscheinlichkeit in einer Position landen in der er oder sie, entweder als Organ in der Staatsverwaltung oder Rechtspflege fungiert. Das mag vielleicht während des Studiums noch weit entfernt und zu abstrakt klingen. Aber wir erfüllen im verfassungsmäßigen Gefüge später eine elementare Aufgabe. Von uns wird viel erwartet, aber vor allem eins: Verantwortung, Integrität und Sozialkompetenz. Und genau dazu passt eben jenes, am Anfang geschildertes Verhalten, einfach nicht.

Natürlich ist es nur ein sehr kleiner Teil der Studierenden, die ein solches Verhalten an den Tag legen. Und wahrscheinlich sind wir auch mehrheitlich der Meinung, dass ein asoziales Verhalten nicht angebracht und schon gar nicht tolerierbar ist. Umso trauriger ist es doch, dass wohl eine Minderheit unserer Kolleginnen und Kollegen das Bild von uns abwertet; abwerten kann!

Studieren ist und war niemals eine Einbahnstraße, oder gar eine Welt, in der nur derjenige überlebt, der sich gegen andere durchsetzt. Studieren, und vielleicht gerade das Jurastudium, lebt von gemeinsamen Bemühungen. Sei es in Lerngruppen, in denen man in der Examensvorbereitung gemeinsam Lösungen erarbeitet. Oder sei es die eine AG oder Vorlesung, die nur durch die Anwesenheit dieses einen Kommilitonen erträglich wird. Spätestens im Berufsleben wird einem wohl eins gewahr werden: Wer gute Beziehungen über Jahre aufgebaut hat, Freunde aus der Studienzeit bei sich hat, dem erschließen sich vielleicht mitunter neue Möglichkeiten, neue Perspektiven. Einzelkämpfer, wie oben skizziert, mögen zwar kurz und mittelfristig Erfolg haben. Aber langfristig gut und auch mit Spaß studieren, geht nur miteinander. Wer einen Schritt in die richtige Richtung tun will, der bleibt nicht untätig. Damit ist gerade gemeint, dass das bloße Unterlassen des Herausreißen von Buchseiten nicht schon das Richtige ist – das muss erwartet werden. Wer das Richtige tun will, wird Teil einer

großen (oder kleinen) juristischen Gemeinschaft und zeigt Dritten, dass das Klischee nicht stimmt. Wer das Richtige tun will, sortiert Bücher zurück oder macht bei dem Refugee Law Clinic e.V. mit, wer das Richtige tun will engagiert sich bei der Fachschaft oder bei Bildungsvereinen (zum Beispiel Weitblick e.V.). Wer das Richtige tun will, der bildet Lerngruppen, stellt sich in der Mensa hinten an und hält Türen auf, bringt Klausuren in den Klausurenpool, wird Tutor oder Tutorin oder hilft jüngeren Semestern bei der Fallbearbeitung – und lässt andere Idioten Bücher verstecken.

Christian Denz und Patrick Glatz  
Fachschaft Jura Hannover

## Rückblick: JurVoice

Am 14.12.2017 fand die Auftaktveranstaltung zu einer neuen Diskussionsreihe statt: JurVoice – Hingehen, Mitreden! Das Motto war Programm: Mit über 100 Studierenden wurde, unter den Eindrücken der der Justizministerkonferenz (JuMiKo), über den Reformbedarf des juristischen Studiums ein Abend mit vier Diskutanten gesprochen.

Das Besondere an dem neuen Veranstaltungsformat: Ein Stuhl bleibt symbolisch in der Diskussionsrunde frei. Vor dem Podest mit dem Diskutanten befindet sich die Möglichkeit, für Zuhörerinnen und Zuhörer an einem Tisch mit einem Mikrofon sich aktiv in die Diskussion einzubringen und mitzugestalten. Denn es war Eure Meinung gefragt: „JurVoice“.

Bei der ersten Veranstaltung konnten wir als Gäste erfreulicherweise Frau Dr. Bonanni von CMS (Köln), Professor Dr. Heinze, Professor Dr. Wolf und Nikolai Wacker vom BRF (Bundesverband rechtswissenschaftlicher Fachschaften) gewinnen. Durch diese Mischung konnten wir eine sehr ausgewogene und fundierte Diskussion führen.

Es wurden spannende, bedeutsame und kritische Fragen, wie z.B. die Reformbedürftigkeit der Schwerpunktsbereichsprüfung oder die generelle Studienorganisation, unter den Beteiligten diskutiert. Die Wortbeiträge aus dem Publikum wurden der Idee der Veranstaltung bereits gerecht, eine Diskussion, mitgesteuert vom Auditorium, kam tatsächlich ins Rollen.

Die Veranstaltungsreihe soll künftig semesterweise fortgeführt werden. Es soll sich mit unterschiedlichen gesellschaftlichen oder politischen Themen mit juristischen Bezug befassen werden, eine Konstante soll bleiben: Mitdiskutieren aus dem Publikum ist

erwünscht.

Der Fachschaftsrat Jura bedankt sich bei allen Diskutanten und Zuhörerinnen und Zuhörern für das Erscheinen und Mitdiskutieren.

Ein großer Dank für die Durchführung gilt ebenfalls der Fakultät für ihre grandiose Unterstützung, wir hoffen dass Diskussionskultur und studentische Interessen auch weiterhin hier einen Raum finden und Unterstützung erfahren!

Seid dabei, wenn es im kommenden Semester wieder um Eure Meinung geht.

**JurVoice: Nicht nur hingehen, sondern mitreden!**

Patrick Glatz  
JurVoice-Team

## Heere Ziele

Wenn sieben Juristinnen und Juristen einen Verein gründen, läuft alles reibungslos ab – sollte man zumindest meinen. Als wir am 06.10.2017 zusammen kamen, um den Hanover Law Review e.V. zu gründen, hatten wir schon einige Treffen und einige Diskussionen hinter uns. Zwar stehen die Rahmenbedingungen für eine Vereinsgründung alle im Gesetz und auch an Lehrbüchern mangelt es nicht. Trotz dessen war die praktische Umsetzung eine Herausforderung – selbst für (angehende) Juristinnen und Juristen, die im Umgang mit dem Gesetz doch eigentlich einen Vorteil haben sollten.

Angefangen hatte alles am 20.07.2017 mit einer E-Mail unseres Schriftleiters an potentiell interessierte, zukünftige Redaktionsmitglieder. Als sich knapp zwei Monate später zum ersten Treffen alle zusammenfanden, ging es maßgeblich darum, die Rahmenbedingungen der Zeitschrift festzulegen. Schnell wurde auch klar, dass der einfachste Weg zur Umsetzung eine Vereinsgründung ist. Insbesondere beim Verfassen der Satzung und der Geschäftsordnung fühlten wir uns in der Rolle einer kleinen Legislative der Vereinsregeln.

Viel wichtiger als die Fragen, welchen Namen wir uns geben, ob und wie wir die Zeitschrift designen oder welche Zitierrichtlinien wir vorgeben, war die Auseinandersetzung damit, wer wir als Verein sein wollen. Dahinter steckt letztendlich auch, mit welchem Selbstverständnis sich jede und jeder Einzelne von uns als (angehende) Juristin und (angehender) Jurist sieht. Auf dem ersten konspirativen Treffen aller potentiellen Vereinsmitglieder waren sich alle einig: Wir sind Idealistinnen und Idealisten. Aber leichter gesagt als getan. Was tun wir also, wenn Beiträge nicht aufgenommen werden können? Wie verlagern wir die Kompetenzen möglichst demokratisch auf viele Schultern? Wie gehen wir mit parteipolitischer Werbung um, wie gehen wir überhaupt mit Werbung um? Gendern wir? Was davon ist wichtig für eine Zeitschrift, was ist wichtig für die Vereinskassen oder für die zukünftige Leserschaft?

Idealistisch zu denken, wird uns im Studium nicht beigebracht. Sicher beginnen Einige das Jurastudium aus Motiven der Gerechtigkeit und Hilfsbereitschaft. Andere wiederum sehen es als sichere Zukunftsperspektive, die ein solides Auskommen sichern kann – gute Juristinnen und Juristen werden immer gebraucht! Das Studium soll uns als Menschen nicht zu etwas völlig Anderem machen. Es darf uns prägen und uns bereichern. Aber es soll nicht vorgeben, dass alle Juristinnen und Juristen zu einer kompletten Einheit aus unpragmatischen, realitätsfernen Idealistinnen und Idealisten oder rationalen, empathielosen Realistinnen und Realisten verschmelzen.

Wenn wir als Hanover Law Review e.V. also beschließen, dass wir Idealistinnen und Idealisten sind, dann müssen wir das erstmal lernen. Heere Ziele zu haben, funktioniert nämlich theoretisch recht einfach, sich an die eigene Moral zu halten, ist hingegen eine Herausforderung. Wir müssen uns ernst nehmen, indem wir überlegen, dass zumindest alle wissenschaftlich korrekten Beiträge in die Online-Ausgabe kommen. Indem wir verbindlich in die Geschäftsordnung aufnehmen, dass es bei der Auswahl von Beiträgen ausschließlich auf die wissenschaftliche Richtigkeit ankommt und nicht, wer den vermeintlich juristischsten Wortschatz oder die besseren Beziehungen hat. Wir müssen Fragen der Finanzierung hintenanstellen oder noch kleiner anfangen als ursprünglich geplant, wenn wir nur geringfügig Seiten an Werbende verkaufen wollen. Wir müssen unsere eigenen Texte korrigieren, redigieren und umschreiben lassen; gewinnt der Idealismus hier gegen den Egoismus? Und wenn es heißt, dass wir unsere Vereinssatzung sowie Geschäftsordnung mehrfach überprüfen müssen, um für uns die richtige Art und Weise einer geschlechtergerechten Sprache zu finden, dann gendern wir trotzdem. Im Sinne der Entscheidung des BVerfG vom 10.10.2017 selbstverständlich auch unter Beachtung des dritten Geschlechts, sobald sich gesellschaftlich eine, alle Geschlechter berücksichtigende Bezeichnung etabliert hat.



Ergebnis darauffolgender, endlos erscheinender Redaktionstreffen ist die erste Ausgabe der Hanover Law Review.

Wenn sieben (angehende) Juristinnen und Juristen einen Verein gründen, treffen sich letztlich junge Menschen. Junge Menschen, die erst noch herausfinden müssen, wie und wer sie sein wollen. Ein gemeinsames Projekt, verantwortungsvolle Arbeit mit selbstgesetzten Zielen und Regeln oder abendliche Diskussionen in Seminarräumen sind geeignet, um herausfinden, wer man ist. Und wer man sein will. Wir sind motiviert, das Projekt in die Hand zu nehmen und unsere Vorsätze zu erfüllen.

Dabei können wir Hilfe gut gebrauchen. Klausuren und Hausarbeiten, die veröffentlichungsfähig erscheinen, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Webredaktion, Variabeiträge oder Entscheidungsbesprechungen können helfen und für Dich eine Chance sein, etwas zu bewirken.

Idealistinnen und Idealisten werden deswegen dringend gesucht, schreibt an

[redaktion@hanoverlawreview.de](mailto:redaktion@hanoverlawreview.de)

Bis dahin, einstweilen werbefreie Grüße.

Frederike Hirt

Vorstand

Hanover Law Review e.V.



# HANOVER LAW REVIEW